CONSTITUCIÓN
&
ARBITRAJE

CONSTITUCIÓN & ARBITRAJE

Coordinador
César Ochoa Cardich

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colección: **Miscelánea Constitucional**

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima, Perú.

CONSTITUCION & ARBITRAJE

Coordinador: César Ochoa Cardich

Primera edición, octubre 2025

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2025-09357
ISBN: N° 978-612-45731-9-4

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 600 ejemplares
Impresión: Corporación Gráfica JMD S.A.C.
Av. Francisco Lazo núm. 1537
Lince · Lima
Octubre de 2025

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ

Presidenta
Luz Pacheco Zerga

Vicepresidente
Helder Domínguez Haro

Magistrados
Francisco Morales Saravia
Gustavo Gutiérrez Ticse
Manuel Monteagudo Valdez
César Ochoa Cardich
Pedro Hernández Chávez

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
César Ochoa Cardich

Asesor Jurisdiccional con funciones
de Director Ejecutivo
Juan Manuel Sosa Sacio

Director de Publicaciones y Documentación
Alfredo Orlando Curaca Kong

Directora de Estudios e Investigación
Nadia Paola Iriarte Pamo

Asesora Jurisdiccional con funciones
de Directora Académica
María Candelaria Quispe Ponce

CONTENIDO

César Ochoa Cardich
Presentación: El arbitraje en clave constitucional 13

SECCIÓN I
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

César Ochoa Cardich y Luis R. Sáenz Dávalos
El Control Constitucional del Arbitraje 41

Ernesto Álvarez Miranda
El Control Constitucional del Arbitraje en el Perú: Reflexiones a partir del Caso María Julia 71

Natale Amprimo Pla y Rodolfo Núñez Robinson
Amparo Arbitral: Avances Jurisprudenciales en el Tribunal Constitucional Peruano 87

Álvaro Alarcón Dávalos y Miguel Delgado Henderson
La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, impulso a la seguridad jurídica del arbitraje 109

SECCIÓN II
PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

Jorge Vega Soyer
Los principios de Independencia del Convenio Arbitral y Kompetenz-Kompetenz como sustentos del Arbitraje en la Constitución Peruana de 1993 139

Carlos Luis Ruska Maguiña y José Carlos Taboada Mier
¿Hasta dónde hay que parecerlo? Breves anotaciones sobre la Imparcialidad e Independencia de los Árbitros 155

Roxana Sotomarino Cáceres
La Constitución del Perú y los Principios del Proceso Arbitral 181

SECCIÓN III
JURISDICCIÓN ARBITRAL

Fernando Vidal Ramírez
El convenio y la jurisdicción arbitral 197

Luis Andrés Roel Alva
Arbitraje y constitución: Conceptos clave para entender el arbitraje y la jurisdicción arbitral dentro de nuestro estado constitucional de derecho 211

Ricardo Rodríguez Ardiles
Jurisdicción arbitral y motivación de laudos 245

SECCIÓN IV
PROCESO ARBITRAL

Richard J. Martin Tirado
La defensa de los intereses del estado y el control judicial de las decisiones arbitrales. balance y perspectivas 265

Ricardo Gandolfo Cortés
La necesidad de garantizar la eficacia del laudo arbitral a través de las medidas cautelares 319

Raffo Velásquez Meléndez y Paulo Castañeda Montalván
Justicia procesal y material en las notificaciones arbitrales 337

SECCIÓN V
NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Carlos Alberto Matheus López
Naturaleza jurídica del arbitraje y jurisprudencia constitucional 365

Franz Kundmüller Caminiti
¿Réquiem por el Arbitraje? 385

SECCIÓN VI
ARBITRAJE Y DERECHO

César Landa Arroyo
Constitución y Arbitraje Deportivo 407

Rodolfo Miranda Miranda y Mariana Bazán Soriano
El Arbitraje en Derecho de Familia bajo la Normativa Peruana Vigente 441

Mario Linares Jara
Regulación del Arbitraje en la Ley General de Contrataciones Públicas. Consideraciones sobre el Derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva 459

SECCIÓN VII
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Bernardo M. Cremades
Arbitraje de Inversión frente a las Inmunidades del Poder 483

Joe Tirado y Cristóbal Sarralde
El estándar de plena protección y seguridad: Una mirada respecto de América Latina 495

María Beatriz Parodi Luna
Retos del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la Cooperación Técnica Internacional 509

Milagros Maraví Sumar y Bruno Marchese Quintana
La prueba de la Ley Peruana en Arbitrajes de Contratos de Asociaciones Público–Privadas ante el CIADI 531

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y Giancarlo Peralta Miranda
Inversión extranjera e inversión nacional bajo el blasón de la igualdad de trato. Una mirada al arbitraje internacional a propósito del artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993 545

Presentación:

EL ARBITRAJE EN CLAVE CONSTITUCIONAL

Con mucha satisfacción, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, que mis colegas magistrados me han honrado en dirigir, presenta esta valiosa publicación denominada *Constitución & Arbitraje*, un colectivo que reúne muy relevantes trabajos académicos de expertos en la materia arbitral y/o del derecho público, quienes, a partir de un enfoque interdisciplinario, analizan este sistema de resolución de controversias y diversos aspectos de su aplicación en clave constitucional. Sin duda, una obra enriquecedora que nos proporciona alcances y reflexiones sobre el estado actual y los desafíos de esta institución dentro del marco jurídico de la Constitución.

De alguna u otra forma, el arbitraje nos ha acompañado a lo largo de la historia para después asentarse con solidez en los textos constitucionales. Sobre este particular, creemos que tanto su evolución histórico-normativa como el desarrollo jurisprudencial del control constitucional de las actuaciones arbitrales, y particularmente del laudo arbitral, se pueden clasificar en etapas medianamente definidas o identificables. En tal sentido, en las líneas que siguen, abordaré sucintamente estas etapas, con la finalidad de ponernos en contexto sobre la evolución del arbitraje en nuestro sistema jurídico. Esto, con la intención de incluir un preludio -a modo de introducción- relativo a los diversos aspectos que sobre el arbitraje versan los trabajos presentados en esta publicación.

Históricamente, podríamos sostener que el arbitraje tiene antecedentes que se remontan a la época colonial. Un ejemplo de ello fue el establecimiento del Tribunal del Consulado de Lima, mediante la real cédula de Felipe II del 29 de diciembre de 1593, que operó en el periodo virreinal e, incluso, en buena parte del periodo republicano (1613-

1887) y tenía como una de sus funciones resolver controversias del tráfico comercial asociadas al derecho mercantil y marítimo (Pejovés, 2019)*, tal como ha sido la naturaleza del arbitraje en sus orígenes[1]. Este consulado replicó así experiencias del viejo continente como las de Pisa, Génova, Burgos y Sevilla. Las "cortes del mar", como las llamaba Jorge Basadre, tenían reglamentos propios y eran distintas a los tribunales ordinarios de carácter territorial o local (como se citó en Pejovés, 2019, p. 32)[2], los que, desde aquellas épocas, ya eran conocidos por su lentitud al resolver las causas. Un problema que, curiosamente, perdura hasta la actualidad.

José Antonio Pejovés, autor de un prolijo y bien documentado libro sobre el aludido Tribunal del Consulado de Lima, sostiene que los mecanismos utilizados por este para solucionar los conflictos no son otros que las actuales instituciones de la conciliación y del arbitraje. En sus palabras, "desde una perspectiva moderna, el Tribunal ejerció su jurisdicción como un mecanismo de solución de controversias, no alternativo sino exclusivo, y a través de instituciones (figuras) vigentes en la actualidad, como el arbitraje y la conciliación" (Pejovés, 2019, p. 100). Así, para beneficiar la actividad marítima y mercantil de una Lima —entonces Ciudad de los Reyes—, reconocida como el centro administrativo y comercial más importante del virreinato del Perú, se instauró este tribunal, a modo de una corte ágil que procuraba un consenso entre las partes en controversia o resolvía rápidamente los pleitos entre comerciantes para evitar que perdieran tiempo en sus negocios (Pejovés, 2019).

El periodo virreinal, como sabemos, culminó con la independencia del Perú y la derrota definitiva del ejército realista en la batalla de Ayacucho, acaecida en diciembre de 1824. No obstante, debe precisarse que el paso hacia la República no fue abrupto ni disruptivo; pues muchas leyes e institutos utilizados durante el virreinato, en tanto no

---

* NOTA: Las referencias bibliográficas de la presentación aparecen al final de la obra.

1 El Tribunal del Consulado de Lima tenía puntos comunes con lo que ahora conocemos como arbitraje institucional, pero también había diferencias claras con esta moderna figura.

2 Pejovés (2019) añade que "el Tribunal del Consulado de Lima era un fuero privativo que resolvía los litigios de los mercaderes agremiados en el Consulado aplicando la Lex mercatoria y sus propias normas, contenidas en las Ordenanzas de 1619 que, tras su confirmación real el 30 de marzo de 1627, fueron objeto de seis ediciones entre 1630 y 1820" (p. 98).

se opusieran a los principios de la naciente República peruana, permanecieron vigentes[3]. El arbitraje acompañó y se mantuvo luego de la transición. Este fue constitucionalizado incluso antes de la independencia y, posteriormente, reconocido en varias constituciones, como veremos a continuación.

1. Las primeras referencias al arbitraje en nuestro constitucionalismo: el arbitraje como derecho, el arbitraje obligatorio en las relaciones de trabajo y el reconocimiento del arbitraje internacional

Si se pasa revista a los textos históricos de nuestro constitucionalismo, no podremos obviar el antecedente más remoto sobre el arbitraje a nivel constitucional, que lo hallamos en la —prerrepublicana— Constitución de Cádiz de 1812, aquella que fue jurada durante la invasión napoleónica de España y en cuyas famosas cortes se congregaron no solo representantes de la península, sino de los territorios españoles de los virreinatos y capitanías de América y Filipinas, quienes participaron arduamente en el debate constituyente. Esta Constitución, que consideraba a la nación española como "la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios", preceptúo en el artículo 280 que "No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes". Vale decir, que en esta primigenia etapa, el arbitraje era considerado como un derecho natural de las personas para solucionar sus controversias por medio de *jueces árbitros* que al efecto elegirían[4].

Ya en el periodo republicano del Perú, las resonancias de la Constitución gaditana se pueden apreciar en algunos artículos constitucionales de textos fundamentales posteriores. Verbigracia, la Constitución de 1828, tercera de nuestras normas fundamentales, considerada por don Manuel Vicente Villarán, ilustre constitucionalista peruano, como la *madre de todas nuestras constituciones*, que contempló un texto muy similar al de la precitada Constitución de 1812 en su artículo 162, el que a la letra estableció: "Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros texto que fuera repetido sin ningún tipo de modificación en la Constitución

3 Al respecto, véase el artículo 121 de la Constitución de 1823.

4 Cabe mencionar que la Constitución de Cádiz de 1812 fue también la primera en regular constitucionalmente la figura de la conciliación en su artículo 284, otra modalidad alternativa de solución de controversias.

de 1839, conocida como la Constitución de Huancayo. De ahí en más, las cartas posteriores, del siglo XIX, el primer siglo como República, no hicieron referencia alguna sobre el arbitraje. Sin embargo, debemos hacer mención del Estatuto Provisorio de 1855, instrumento con pretensión de ser norma suprema provisional, dado durante el segundo gobierno de Ramón Castilla y Marquesado cuyo artículo 11 prescribía que "todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes" (Estatuto Provisorio, 1855, artículo 11).

Entrado el nuevo siglo, la Constitución de 1920, promulgada durante el segundo periodo presidencial de Augusto B. Leguía, que tuvo un reconocido matiz social por influencia de constituciones contemporáneas como las de Weimar y Querétaro, reguló el arbitraje en el marco de las relaciones de trabajo. Así, su artículo 48, insertado en el Título IV sobre "Garantías sociales", dispuso textualmente que "los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio" (Constitución, 1920, artículo 48). Por su parte, el artículo siguiente preceptuó que la ley establecería la forma como debían organizarse los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo, así como los requisitos y las condiciones para los efectos obligatorios de los fallos. En suma, estos dispositivos regularon un arbitraje obligatorio para solucionar conflictos laborales, que estaba a cargo de tribunales especializados cuyos fallos también eran imperativos, atributo propio de la jurisdicción. Todo esto en el marco de esa ola de reconocimiento en diversas cartas constitucionales, muy propia de aquella época, de los derechos sociales, llamados comúnmente derechos de segunda generación o del constitucionalismo del naciente Estado social.

La Constitución de 1920 fue pronto reemplazada al culminar el oncenio de Leguía. Su sucesora, la Constitución de 1933, promulgada por el presidente Luis Miguel Sánchez Cerro, no contempló normas similares sobre el arbitraje en materia laboral. Sin embargo, su artículo 226, al regular los impedimentos de los miembros del Poder Judicial, no impidió a estos servidores públicos ejercer cargos diplomáticos, la enseñanza universitaria, integrar comisiones codificadoras o de reforma de las leyes, ser delegados del Perú en congresos y conferencias internacionales o científicas, y ejercer las funciones de árbitro o de abogado en los tribunales de arbitraje internacional en que se controvierta algún derecho del Perú. Nótese así que este dispositivo reconoció

constitucionalmente el arbitraje internacional en el que podía participar el Estado peruano como una de las partes en conflicto.

La Constitución de 1933 fue sustituida por la de 1979, aprobada democráticamente al culminar el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, durante 1968-1980, que iniciara Velasco Alvarado (1968-1975) y culminara Morales Bermúdez (1975-1980). Este texto fundamental tomó una posición clara en relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, lo cual detallamos en los párrafos que siguen.

2. El reconocimiento constitucional del arbitraje como una "jurisdicción excepcional" en las Constituciones de 1979 y 1993: debate, promotores y defensores

En la doctrina del arbitraje, hay diversas teorías sobre su naturaleza jurídica. Entre estas, la teoría contractual o contractualista, que considera que el arbitraje nace como producto de un acuerdo contractual en el que las partes tienen libre voluntad para acordar los términos del arbitraje, ello en función a la autonomía de voluntad que lo origina. De otro lado, la teoría jurisdiccional del arbitraje, que propugna que este sistema de resolución de controversias nace por voluntad de la ley y tiene elementos propios de la jurisdicción como partes, proceso y un tercero que resuelve la controversia, cuyas funciones se asemejan a la de un juez; en consecuencia, lo que hay en puridad es una delegación permitida de las facultades jurisdiccionales. Y, sin extendernos a otras, la teoría mixta o ecléctica, que combina elementos de las dos primeras al sostener, entre otros aspectos, que si bien el arbitraje nace de un acuerdo de las partes, no se puede negar que el accionar de los árbitros y el laudo arbitral conllevan un carácter jurisdiccional. Como se verá de la lectura de algunos de los trabajos que presenta este colectivo, hay autores que defienden una u otra tesis, lo que enriquece aún más la obra, pues introduce al lector en un debate que en la actualidad sigue vigente y del que cada uno es libre de tomar partido o de cambiar de opinión.

En cuanto a la postura que se ha consolidado en nuestro sistema jurídico, habría que mencionar, como primer antecedente, al Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú de 1852, promulgado por el presidente José Rufino Echenique, cuyo artículo primero, numeral 2, ubicado en el Título I de la sección primera, denominado "La jurisdicción y sus especies", contempló que la jurisdicción es el poder de administrar justicia y que la ejercen también los árbitros. Para mayor ilustración, transcribimos la parte pertinente del artículo bajo comento:

> La jurisdiccion o el poder de administrar justicia corresponde á los magistrados y jueces, elegidos ó nombrados conforme á las leyes.
>
> …
>
> 2. Egercen tambien jurisdiccion las personas que los interesados nombran, conforme á este código, para que como árbitros conozcan en algun negocio particular. … [sic][5]

Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por la Ley 1510, de fecha 15 de diciembre de 1911, reguló en su artículo 3 que "ejercen, además, jurisdicción, las personas designadas por los interesados para que en calidad de árbitros resuelvan sus controversias". Como se advierte, mantuvo, sin medias tintas, la idea de que los árbitros resuelven los conflictos en el marco de la jurisdicción. La misma ley aprobó el Código de Procedimientos Civiles, que en el Título V reguló el denominado "Juicio arbitral". En el artículo 548, comprendido en el aludido título, se dispuso, siguiendo la línea de la antes referida Ley Orgánica del Poder Judicial, que "toda controversia, sea ó no materia de un juicio; puede someterse á la decisión de uno ó más árbitros"[6].

No obstante la antigüedad de las normas citadas, no fue sino hasta la Constitución Política del Perú de 1979, 68 años después, que se reconoció, ya a nivel constitucional, al arbitraje como un tipo especial de jurisdicción[7], con lo cual quedó claramente asumida una posición

---

5 A nivel legal, dos textos que remiten al arbitraje, y son anteriores al aludido Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, son el Código Civil de Santa Cruz del Estado Sudperuano y el Código Civil de Santa Cruz del Estado Norperuano, ambos de 1836, publicados en un contexto histórico en el que, bajo el mando del general Andrés de Santa Cruz, se pretendió crear un Estado confederado entre el Perú y Bolivia. Si bien no adoptan una posición sobre la naturaleza del arbitraje, tienen referencias al mismo en diversos artículos (artículos 1055 y 1466 del Código Civil del Estado Sudperuano y artículos 1055 y 1466 del Código Civil del Estado Norperuano).

6 La visión jurisdiccionalista del arbitraje en el antiguo Código de Procedimientos Civiles también se apreciaba en otros artículos, como en el 570, que disponía que contra las sentencias de los árbitros proceden los mismos recursos que contra las de los jueces ordinarios; o el artículo 568, que preceptuaba que los árbitros expedirían los fallos con sujeción al artículo 1074, que era el que regulaba el contenido de las sentencias judiciales.

7 La Constitución peruana de 1979 también reguló el arbitraje de inversión en su artículo 136, al establecer la sujeción de las empresas extranjeras a las leyes de la República que el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

del legislador constituyente, adscrita expresamente a la teoría jurisdiccional o jurisdiccionalista del arbitraje. Era, pues, consagrado en esta Carta como una rama especial de la jurisdicción, junto con la jurisdicción militar; ya que el numeral 1, *in fine*, de su artículo 233, sentenció con claridad: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar".

Si examinamos los debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, a fin de conocer los motivos que llevaron a que finalmente se incluya y apruebe el texto antes referido, se observará que en las propuestas de regulación del Poder Judicial, diversos partidos políticos presentaron sus proyectos, tales como el Partido Aprista Peruano (PAP), el Demócrata Cristiano (PDC) y el Popular Cristiano (PPC). Precisamos que, al interior de la comisión especial que se formó para elaborar las ponencias relativas al Poder Judicial (N° 06), no hubo consenso entre las propuestas presentadas. El 11 de diciembre de 1978, el asambleísta Francisco Chirinos Soto presentó ante la Comisión Principal los dictámenes emitidos y los votos singulares, relativos a las propuestas del PAP y del PDC —presentada esta última por el jurista Héctor Cornejo Chávez—. En estas fórmulas, según se observa, no hubo propuesta de regulación alguna sobre el arbitraje, menos aún entendiéndolo como una modalidad excepcional de jurisdicción.

Empero, más adelante, el día 21 de diciembre de 1978, se advierte en las actas revisadas la ponencia del PPC, presentada por los asambleístas Rafael Vega García y Xavier Barrón Cebreros, en cuyo artículo 3, numeral 1, se estableció que eran garantías de la administración de justicia "la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción arbitral en los casos que la ley no la prohíbe; y la jurisdicción militar". Es al PPC entonces al que se debe la inclusión en los debates del arbitraje como un sistema de jurisdicción alternativa a la ordinaria.

Ahora bien, se sabe que al interior del PPC el constituyente Andrés Aramburú Menchaca, quien en su momento fuera juez de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y experto en la materia arbitral, tuvo un rol protagónico en lo relativo a la inclusión del arbitraje como una modalidad excepcional de jurisdicción, hecho que debemos resaltar. Esto lo confirmó Enrique Chirinos Soto (1986) en su obra *"La nueva Constitución al alcance de todos*, en la cual textualmente mencionó: "La

otra excepción —la jurisdicción arbitral— fue introducida por iniciativa de Aramburú Menchaca, dueño de un fino pero robusto empecinamiento" (p. 264). El propio Aramburú Menchaca nos brinda detalles de la razón por la cual se reguló finalmente la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, así como la necesidad de incluir al arbitraje como un tipo excepcional de jurisdicción, al comentar en uno de sus posteriores trabajos el debate constitucional que se llevó a cabo en la asamblea constituyente de aquella época:

> El debate constitucional que hemos mencionado tuvo como extremos la concepción jurisdiccional ya señalada y la que contiene el Código Procesal. Expertos procesalistas, en el seno de la asamblea constituyente, sostuvieron este punto de vista. Otros defendimos la posición que ha prevalecido en la Constitución, como señala Enrique Chirinos Soto en su importante obra "La Constitución al Alcance de Todos". Es cierto que la materia suele ser ajena a los textos constitucionales, pero seguimos considerando que fue absolutamente necesario incluirla y creemos que se ha sentado un buen precedente. La razón de ser del debate y el origen del art. 233, que es el que nos interesa para este caso […] puede encontrarse en la tendencia manifestada por parte de algunos asambleístas inclinados a suprimir los tribunales privativos que habían proliferado durante el gobierno castrense, tendencia que incluía todos los fueros inclusive el militar. El ímpetu puesto al servicio de esta tendencia condujo a la redacción del inciso primero del mencionado art. 233, que menciona entre las garantías de la administración de justicia "la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional" […]. Como el artículo proyectado agregaba que "no existe ni se puede establecer jurisdicción alguna independiente", fue necesario complementarlo con las dos excepciones que trae ahora respecto a la jurisdicción arbitral y la militar. De no haberse hecho esta adición, si hubiera quedado la redacción inicial, podría haberse considerado que el arbitraje quedaba suprimido en el Perú, puesto que solo se admitía, a rajatabla y como garantía de la administración de justicia, la de los tribunales judiciales del Estado (Aramburú, 1988, pp. 27-28).

Al final, la propuesta del PPC (con correcciones de una subcomisión integrada por los asambleístas Javier Valle-Riestra, Roger Cáceres Velásquez, Francisco Chirinos Soto y Rafael Vega García), que es la que, recordemos, concebía al arbitraje como jurisdicción, fue la que finalmente se asumió como documento de trabajo por la Comisión Principal de Constitución, porque esta consolidaba las ideas principales de las propuestas formuladas por los demás partidos representados en la asamblea. No fueron pocas las voces que discreparon con la inclusión del arbitraje como una clase especial de jurisdicción en el seno de esta última

comisión, que, evidentemente, se adherían a una posición contractualista del arbitraje. El asambleísta Valle Riestra sostuvo, por ejemplo,

> Este privilegio para la jurisdicción arbitral, lo suprimiría, porque no estamos hablando de aquello a que voluntariamente las partes, si tienen litigios se someten, nombrando un árbitro para que exista un laudo de derecho. Eso no es una jurisdicción permanente, tiene ribetes de jurisdicción voluntaria a la que se someten las partes (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, p. 218).

Francisco Chirinos Soto, por su parte, mencionó lo siguiente: "Para adherirme totalmente al comentario del señor Valle Riestra, en el sentido de que la jurisdicción arbitral no tiene porqué figurar, precisamente por emanar de la voluntad, por el querer de la persona" (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, p. 218).

La defensa del arbitraje como una vertiente de la jurisdicción provino, como no podía ser de otra manera, del interior del PPC. Así, el constituyente Roberto Ramírez del Villar, replicando, expresó:

> ¿Por qué se pone la arbitral? Porque la arbitral resulta una jurisdicción independiente. … si no se establece que también es una forma independiente de jurisdicción [e]ntonces estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Esta es la razón de la excepción (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, pp. 218-219).

Más adelante, sostuvo que "(e)n cuanto al aspecto de la jurisdicción arbitral debe figurar, porque de otra manera se entendería prácticamente derogado el Capítulo del Código de Procedimientos Civiles que faculta este tipo de jurisdicciones" (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, p. 219).

De otro lado, Ernesto Alayza Grundy sustentó que "la ejecución de los fallos solo se puede llevar si hay una jurisdicción que la ley reconoce. De otra manera quedan convertidos en un acto privado, sin ninguna fuerza ejecutiva, entonces el arbitraje prácticamente ha desaparecido" (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, Tomo III, p. 219). Asimismo, señaló que

> la razón no es la creación de un fuero de excepción, sino la posibilidad de que por vía privada se convengan los términos de un juicio pero dentro de los límites que señalan los códigos de procedimientos y sobre todo reconociendo la jurisdicción arbitral como parte de la jurisdicción nacional. Por

> ello es que el fallo de un árbitro se lleva luego a un juez y se le pide proceda a dar la ejecución, de otro modo no habría manera, prácticamente es hacerlo desaparecer (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, p. 219)[8].

Luego de los debates, el presidente de la comisión sometió al voto el artículo sobre las garantías jurisdiccionales, excluyendo la parte sobre la jurisdicción arbitral, y este fue rechazado, por lo que se mantuvo el arbitraje como una modalidad especial de jurisdicción. Sin embargo, más adelante, el día 9 de febrero de 1979, con ocasión de una reconsideración presentada por el constituyente Valle-Riestra en relación a que se haya regulado el arbitraje como un tipo de jurisdicción, se puede observar la réplica que hace de tal reconsideración el asambleísta Aramburú Menchaca. Este finalmente intervino diciendo:

> No hay razón para temer decir 'jurisdicción arbitral'. Precisamente una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de árbitro de jure, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen [...]. Queda muy bien la palabra 'jurisdicción arbitral', es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje […]. De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término 'jurisdicción arbitral', que no es exactamente un contrato […]. Estoy convencido [de] que lo arbitral es también una forma de jurisdicción y es un medio de nuestro sistema y del sistema judicial de todas partes del mundo (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, tomo III, p. 286).

Luego de un interesante debate con Valle-Riestra[9], en el cual intervino también Ramírez del Villar, la Comisión Principal de Consti-

---

8 Complementando la posición de sus correligionarios, el asambleísta Rafael Vega García señaló que "al leer la Constitución vigente hay que advertir que ahí no prohibía ninguna jurisdicción independiente, en cambio aquí expresamente estamos prohibiendo todo acto de jurisdicción. Entonces si no hacemos la excepción expresa de juicio arbitral, como dice el señor Alayza, en la ejecución de los fallos arbitrales nos vamos a encontrar desprovistos de instrumentos realmente ejecutivos" (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1979, p. 220).

9 Al final, Valle-Riestra deseaba, en todo caso, que se cambiara el término *jurisdicción arbitral* por *juicio arbitral*.

tución de la Asamblea Constituyente desestimó la reconsideración de este último, manteniéndose el arbitraje como una jurisdicción excepcional.

Ya a nivel de la asamblea constituyente, el debate fue mínimo con relación a este tema. Sin embargo, debemos anotar que la Comisión Principal de Constitución presentó posteriormente a la asamblea un proyecto sustitutorio, que, sin eliminar la jurisdicción arbitral, tenía una redacción distinta a la original[10]. Así, el nuevo texto remitido por la Comisión Principal de Constitución fue aprobado y se convirtió, finalmente, en un dispositivo constitucional al entrar en vigencia la Carta Fundamental de 1979.

Su sucesora, la vigente Constitución Política de 1993, reiteró que el arbitraje es una modalidad excepcional de la jurisdicción en el inciso 1 de su artículo 139, que tiene en esta parte redacción casi idéntica a la de la Constitución de 1979, pues preceptúa que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral". No obstante, la aprobación de este texto no estuvo exenta de debates ni en la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático ni tampoco al interior del denominado Congreso Constituyente Democrático.

Ciertamente, como puede observarse de las actas correspondientes, la alianza fujimorista Nueva Mayoría - Cambio 90 presentó un proyecto sobre el capítulo referido al Poder Judicial, elaborado sobre la base de los proyectos presentados por el Poder Judicial, el Colegio de Abogados de Lima, así como por especialistas en la materia (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1413), en el cual incluyó el texto que reconoce al arbitraje como un tipo de jurisdicción, como ocurriera con la Constitución de 1979. Enrique Chirinos Soto, antiguo integrante de la asamblea constituyente de 1978-1979, notó esta similitud y se opuso a este reconocimiento. Al respecto, argumentó lo siguiente:

---

10 El texto original decía lo siguiente: "Son garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral, en los casos que la ley no la prohíbe, y de la jurisdicción militar". Por su parte, el texto sustitutorio finalmente aprobado establecía que "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 de la militar".

> No existe la jurisdicción arbitral. Los árbitros no tienen jurisdicción. Fue un exceso de la Constitución de 1979 la llamada jurisdicción arbitral. El árbitro no tiene *coercio*, señor Presidente. El árbitro no puede hacer efectivas sus resoluciones, pues terminado su trabajo hay que llevar el laudo arbitral al Poder Judicial (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1435).

Sin embargo, a diferencia del debate constituyente de 1978-1979, esta vez predominaron claramente las posiciones a favor de mantener al arbitraje como una jurisdicción especial. Al respecto, el constituyente de la alianza Nueva Mayoría-Cambio 90 César Fernández Arce contestó a Chirinos Soto: "el árbitro no tiene *coercio*, pero sí tiene *iurisdictio*; y si tiene *iurisdictio*, es jurisdiccional" (Comisión de Constitución y de Reglamento, 1993a, tomo II, p. 1436). Por su parte, Lourdes Flores Nano, del PPC, sostuvo en la misma línea que "el árbitro dicta derecho, es decir, que en esa medida ejerce jurisdicción" (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1436). Más adelante, al ampliar su posición, agregó que:

> Considero que no es una inexactitud afirmar que frente a la regla de la jurisdicción ordinaria está la excepción de jueces que no son tales; pero a los que el Estado les reconoce capacidad de resolver controversias, y también de árbitros que solucionan conflictos y, por tanto, dictan derecho por delegación de las partes. […] Pienso que la expresión constitucional es correcta. Hay jurisdicción en el sentido de que hay capacidad de dictar derecho, hay capacidad de resolver controversias por una fuente de poder diferente de la que señala ordinariamente la Constitución como regla (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1437).

Ante ello, Chirinos Soto replicó e insistió en que la naturaleza del arbitraje no era jurisdiccional. Si bien reconocía que el árbitro tenía la facultad de emitir decisiones que contenían reglas de derecho, enfatizó nuevamente que carecía de *coercio* para ejecutar sus laudos, por lo que para que ocurra ello necesariamente se debía acudir a los jueces ordinarios (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1437)[11].

---

11 Cabe mencionar que, durante el debate, Chirinos Soto sugirió la siguiente redacción: "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, salvo la militar. La ley reconoce los procedimientos de arbitraje" (Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1436).

Hubo más intervenciones en torno al tema hasta que finalmente llegó el momento de someter a voto el artículo en discusión. Efectuada la votación, con siete votos a favor, uno en contra (el de Chirinos Soto) y dos abstenciones, se aprobó el arbitraje como jurisdicción dentro de la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático de 1993.

Días después, en el Pleno del Congreso Constituyente Democrático, se inició el debate del proyecto sustitutorio del dictamen en mayoría de la mencionada Comisión de Constitución y Reglamento, específicamente, la parte relativa al Poder Judicial. El proyecto inicial incluía el reconocimiento de la jurisdicción arbitral en el inciso 1 del artículo 158, como se había aprobado en la citada comisión (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1280)[12]. Sin embargo, el artículo fue cambiado y se sometió a votación uno que no incluía a la jurisdicción arbitral. De modo previo a esta última votación, el presidente de la Comisión, Carlos Torres y Torres Lara, precisó que en el nuevo texto se habían recogido diversas sugerencias de los exdecanos del Colegio de Abogados, de la Corte Suprema de Justicia, de los grupos parlamentarios que intervinieron en el debate, entre otros (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, tomo II, p. 1321)[13]. En consecuencia, se infiere que las sugerencias planteadas habrían influido en esta modificación. Por un momento, entonces, la jurisdicción arbitral se eliminó de los debates.

Pese a ello, más adelante, Antero Flores-Araoz Esparza, constituyente del PPC, presentó una reconsideración al referido inciso 1 del artículo 158, con el fin de que se reincorpore en el texto al arbitraje

---

12 El texto al que se dio lectura para ser debatido fue el siguiente:

Artículo 158º. Son principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso:

1. La unidad y 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.
   […]".

13 El texto al que se dio lectura para ser sometido a voto fue el siguiente:

"**Artículo 158º**. Son principios y garantías 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.
   Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.
   […]".

como jurisdicción excepcional. Para sustentar su propuesta, argumentó lo siguiente:

> Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente. Por un lado, lógicamente va a significar que el Poder Judicial no esté tan abrumado de causas. Segundo, si quienes tienen un diferendo prefieren que éste sea resuelto por árbitros, no podríamos negarnos a ello. A los que tienen el diferendo y voluntariamente quieren buscar una jurisdicción diferente de la jurisdicción del Estado, que la ejerce el Poder Judicial, no tendríamos realmente por qué negarles esa posibilidad (Congreso Constituyente Democrático, 1993b, tomo III, p. 2302).

Una vez que se admitió a debate la reconsideración, ningún constituyente hizo uso de la palabra, por lo que se procedió directamente a la votación y, finalmente, se aprobó por unanimidad el texto en el que se reconoce al arbitraje como jurisdicción excepcional, como estuvo regulado en la Constitución de 1979[14].

3. El control constitucional del arbitraje. Etapas

Hasta aquí hemos observado cómo la figura del arbitraje acompañó al Perú tanto en su época virreinal como republicana. La Constitución de 1979, paradigmática en el reforzamiento del Estado constitucional, pues mantuvo el *habeas corpus* y el proceso de acción popular, pero, a su vez, creó el proceso de amparo y el de inconstitucionalidad, fue, como hemos observado, la que contempló al arbitraje como una jurisdicción alternativa por primera vez, lo que permaneció así en la actual Carta Fundamental de 1993.

La Constitución peruana de 1979 también reguló originariamente al entonces llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, reemplazado por el actual Tribunal Constitucional con la vigente Constitución, órgano garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, con facultades para conocer en última y definitiva instancia los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, que se instaló en 1996. Con la incorporación de un tribunal constitucional se ha fortalecido el control constitucional de diversas actuaciones y no han estado exentas de ese control las actuaciones arbitrales. Sin embargo,

14 Cabe mencionar que la Constitución de 1993 también reguló el arbitraje en sus artículos 62 y 63.

cabe precisar que este control ha sido oscilante, pues, a nuestro juicio, ha atravesado por cuatro etapas que, por ser desarrolladas con mayor profundidad en el artículo que aparece en este colectivo, titulado "El control constitucional del arbitraje", elaborado conjuntamente con el profesor Luis Sáenz Dávalos, solo describo de modo sucinto a continuación[15].

3.1. Primera etapa: 1999-2006, amparo arbitral permisivo de efectos moderados

Esta etapa comenzó en 1999, fecha en que se emitió la sentencia del caso Pesquera Rodga S.A, recaída en el Expediente 0189-1999-AA/TC. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional por primera vez reconoció la posibilidad de cuestionar un laudo arbitral mediante un proceso constitucional, teniendo en cuenta que, en anteriores pronunciamientos, ya había admitido el cuestionamiento de resoluciones judiciales emitidas por la jurisdicción ordinaria o militar, bajo determinadas circunstancias (Tribunal Constitucional, 1999, sentencia recaída en el Expediente 0189-1999-AA/TC, párr. 3). En ese sentido, precisó que solo procedían los procesos constitucionales contra laudos cuando se hubieran vulnerado derechos fundamentales de corte procesal, como el derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva. Con relación al debido proceso, el Tribunal Constitucional estableció en la referida sentencia que su vulneración podía alegarse cuando se acreditaba la afectación de alguna de sus manifestaciones, como el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley, a la pluralidad de instancia, a la defensa, entre otros (Tribunal Constitucional, 1999, sentencia recaída en el Expediente 0189-1999-AA/TC, párr. 4 y 6).

3.2. Segunda etapa: 2006-2008, consolidación y ampliación del control constitucional del arbitraje

Con posterioridad al caso Pesquera Rodga S.A no se presentaron casos similares sino hasta el año 2006, fecha en la que se resolvió el *habeas corpus* promovido por Fernando Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, sen-

15 Debe precisarse que otros autores también han identificado en su oportunidad y bajo otro epígrafe las diversas etapas del amparo arbitral con vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, véase Álvarez, E. y Muñoz, G. (2012). La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. En M. Castillo, *Arbitraje y Constitución* (pp. 17-44). Palestra.

tencia del Expediente 6167-2005-PHC/TC. A partir de esta sentencia, surgió una segunda etapa de control constitucional de laudos, que podría denominarse de consolidación o de ampliación. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional estableció, con calidad de precedente vinculante, varios criterios sobre el amparo arbitral. Entre ellos, se pueden mencionar los siguientes: (i) la reafirmación de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, (ii) el reconocimiento de la vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, (iii) que el control constitucional de laudos se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, y (iv) la ampliación de la procedencia de amparos arbitrales a los casos de incumplimiento "de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes de observancia obligatoria" (Tribunal Constitucional, 2006, sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, párr. 18). Si bien este precedente desarrolló cuestiones relevantes del control constitucional sobre el arbitraje, no abordó cabalmente todos los aspectos. Sin embargo, dio lugar a otros pronunciamientos que precisaban o hasta extendían los alcances del control, los cuales se detallan más adelante, en el trabajo antes mencionado.

3.3. Tercera etapa: 2009-2011, oscilaciones controvertidas en la línea jurisprudencial del control constitucional del arbitraje

En esta etapa, se pudo observar que llegaron al Tribunal Constitucional muy pocas demandas sobre amparo arbitral, de las cuales la mayoría fue desestimada, salvo muy puntuales excepciones (casos Codisa, Crasa, Ivesur y algunos más). En general, aunque no se pudo apreciar excesos en las decisiones del Tribunal, sí se advierte que no hubo una tendencia rectilínea ni uniforme en la jurisprudencia de este órgano constitucional.

3.4 Cuarta etapa: 2011 hasta la actualidad, los criterios del amparo arbitral instaurados a partir del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia (Expediente 0142-2011-PA/TC).

En el año 2011, el Tribunal Constitucional estableció un precedente vinculante en la sentencia del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia (en adelante precedente María Julia), recaída en el Expediente 0142-2011-PA/TC, que dispuso nuevas reglas para la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, que dejaron sin efecto el precedente Cantuarias. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional restringió el amparo contra laudos a tres

supuestos: (i) vulneración de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, (ii) ejercicio de control difuso con respecto a una norma ya declarada constitucional por el Tribunal Constitucional y (iii) afectación directa a los derechos constitucionales de un tercero ajeno al convenio arbitral producida por el laudo arbitral (Tribunal Constitucional, 2011, sentencia recaída en el Expediente 0142-2011-PA/TC, párr. 21). Este nuevo enfoque del Tribunal Constitucional se acerca a la tesis contractualista del arbitraje, pues busca limitar su intervención en el ámbito arbitral, en aplicación de lo que se conoce como *self-restraint* o autorrestricción, lo cual refleja un cambio drástico en su postura hasta el momento.

Un cuestionamiento que se desprende de este precedente es la falta de claridad con respecto a las razones por las que el recurso de anulación de laudos constituiría una vía igualmente satisfactoria al amparo. Esta conclusión del Tribunal resulta más debatible teniendo en cuenta que existe un precedente más reciente, establecido en la sentencia del caso Elgo Ríos Núñez, recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, que prevé criterios que debe cumplir una vía ordinaria para considerarla como igualmente satisfactoria. Estos nuevos criterios parecen incompatibles con lo establecido en el precedente Sociedad Minera María Julia, pues no es evidente que el recurso de anulación cumpla siempre con tales exigencias. En consecuencia, podría decirse que este precedente habría quedado desfasado o deslegitimado, por lo que se hace necesario aclarar o actualizar los criterios para la procedencia de un amparo arbitral y, en consecuencia, del control constitucional.

Lo descrito hasta aquí demuestra que el camino transitado por el arbitraje —y su control constitucional— ha sido prolongado y se encuentra aún en permanente evolución. Como ha sido descrito, fue inicialmente implementado como respuesta a una necesidad de solucionar rápida y eficazmente los conflictos que pudieran suscitarse en el marco de las relaciones comerciales; para después ser consagrado como un derecho natural de las personas en los primeros textos constitucionales. En este largo recorrido, diversas variantes del arbitraje fueron reconocidas en la historia constitucional, como los arbitrajes laboral e internacional, para, previo debate constituyente, finalmente ser contemplado como un tipo excepcional, especial o *sui generis* de jurisdicción en nuestras dos últimas constituciones. En ese marco, entendiendo que la jurisdicción se debe desenvolver en un ambiente de irrestricto respeto de los derechos fundamentales de la persona,

el control constitucional de las actuaciones arbitrales, a través de los mecanismos de tutela de derechos como el proceso de amparo o el de *habeas corpus*, también evolucionó, pero de modo vacilante.

En la actualidad, el arbitraje, aunque consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, presenta diversas problemáticas que en esta ocasión se analizan con una mirada académica especializada en la presente obra colectiva. Vale decir, por un grupo selecto de expertos en la materia que, desde su experiencia y sus conocimientos, desarrollan diversos análisis y reflexiones en relación con la institución del arbitraje en nuestro Estado constitucional.

4. La obra que presentamos

Para un mejor estudio, la presente obra está dividida en secciones que brevemente comentaré. En la primera sección, titulada "Jurisprudencia constitucional", se encuentran trabajos que vinculan al arbitraje con la jurisprudencia constitucional. Se ubican aquí los siguientes aportes: "El control constitucional del arbitraje", de coautoría mía con el asesor jurisdiccional Luis Saénz Dávalos; "El control constitucional del arbitraje en el Perú: reflexiones a partir del caso María Julia", de Ernesto Álvarez Miranda; "Amparo arbitral: avances jurisprudenciales en el Tribunal Constitucional peruano", de Natale Amprimo Plá y Rodolfo Núñez Robinson; y "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, impulso a la seguridad jurídica del arbitraje", de Álvaro Alarcón Dávalos y Miguel Delgado Henderson. En los tres primeros, se realiza un análisis de la jurisprudencia constitucional peruana en materia de arbitraje.

El trabajo elaborado en coautoría con Luis Sáenz Dávalos, desarrolla con mayor amplitud que en esta sección la evolución del amparo arbitral en el Perú y propone una serie de nuevos criterios de procedencia con relación a esta figura, a la luz del precedente Elgo Ríos, que obliga a repensar los criterios del precedente María Julia. Y es que, como hemos advertido anteriormente, los nuevos criterios del precedente Elgo Ríos parecen incompatibles con lo establecido en el precedente María Julia, pues a nuestro juicio no es evidente que el recurso de anulación cumpla siempre con las exigencias del primero. Por otro lado, el aporte de Ernesto Álvarez Miranda nos ofrece una visión distinta del aludido precedente María Julia, que, según entiende el autor, estableció criterios claros en relación con el amparo arbitral, limitándolo para que se emplee cuando sea necesario.

Del mismo modo, Amprimo Plá y Núñez Robinson ponderan el precedente María Julia; pues, a su juicio, desde su emisión el amparo arbitral ha dejado de ser una materia oscura y ambigua. En suma, en estos tres artículos, se observan diferentes posiciones doctrinales que permitirán al lector una mayor amplitud de perspectivas sobre la problemática actual del amparo arbitral. El cuarto trabajo nos muestra una mirada desde el derecho comparado. Específicamente, aborda la polémica que hubo en España en relación con la revisión judicial de los laudos arbitrales por infracción del orden público, lo que se cuestionó en su momento por desvirtuar el sistema de instancia única del modelo español; polémica que puso en jaque la práctica del arbitraje hasta que, finalmente, se pronunció sobre ella el Tribunal Constitucional español.

Siguiendo con el contenido de la presente obra, en la segunda sección, denominada "Principios del arbitraje" que engloba trabajos que estudian y analizan la aplicación de estos principios, se encuentran los artículos "Los principios de independencia del convenio arbitral y *kompetenz-kompetenz* como sustentos del arbitraje en la Constitución peruana de 1993", de Jorge Vega Soyer; "¿Hasta dónde hay que parecerlo? Breves anotaciones sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros", de los doctores Carlos Luis Ruska Maguiña y José Carlos Taboada Mier; y "La Constitución del Perú y los principios del proceso arbitral", de Roxana Sotomarino Cáceres. En el primero de ellos se realiza un desarrollo y análisis de los principios de independencia del convenio arbitral y *kompetenz-kompetenz,* catalogados como principios fundamentales del arbitraje. Se señala, por ejemplo, que el principio de independencia del convenio arbitral tiene sustento constitucional en el artículo 62 de nuestra Carta Fundamental, que reconoce la autonomía privada y la libertad de contrato, e implica que la cláusula arbitral es considerada independiente del contrato principal y, conforme se observará, es soporte de otros principios como el de *kompetenz-kompetenz*, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia.

En el siguiente trabajo, Ruska Maguiña y Taboada Mier se centran en analizar los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros y resaltan su importancia para generar un clima de confianza entre los litigantes de un arbitraje. Para su materialización, los árbitros tienen una serie de deberes que cumplir durante el trámite del proceso arbitral, tales como informar sobre posibles conflictos de interés o de sus relaciones con las partes, abogados, entre otros. Finalmente,

el trabajo de la doctora Sotomarino analiza los principios del proceso arbitral en conexión con el texto y espíritu de nuestra Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como anota. En ese empeño, aborda el tratamiento constitucional del arbitraje y las materias sometidas a él, aboga por una teoría autónoma del arbitraje que posee sus reglas y principios propios, para, a continuación, desarrollar los principios del proceso arbitral frente a la Constitución, con énfasis en los principios de no intervención de la autoridad judicial, de independencia, *kompetenz-kompetenz*, entre otros.

La tercera sección de esta publicación lleva bajo el epígrafe "Jurisdicción arbitral" y en esta obran los trabajos titulados "El convenio y la jurisdicción arbitral", de Fernando Vidal Ramírez; "Arbitraje y Constitución: concepto clave para entender el arbitraje y la jurisdicción arbitral dentro de nuestro Estado Constitucional de derecho", de autoría de Luis Roel Alva; y "Jurisdicción arbitral y motivación de laudos", de Ricardo Rodríguez Ardiles. El trabajo del doctor Vidal Ramírez realiza, en primer lugar, un importante estudio sobre los antecedentes históricos del arbitraje, destacando la institución del *compromisium* romano, para después detallar cómo la figura se afincó en el Perú. A continuación, se ocupa de desentrañar la naturaleza del convenio arbitral, su contenido, su eficacia y su marco constitucional, para concluir con un análisis del laudo como genuino acto jurisdiccional y el recurso de anulación del laudo como instrumento que somete al proceso arbitral a la jurisdicción ordinaria. Por su parte, Roel Alva explora los diversos medios alternativos de resolución de conflictos (MARC), con especial énfasis en el arbitraje como herramienta ágil y eficaz que contribuye a aliviar la carga del sistema judicial. Por último, el trabajo del jurista Ricardo Rodríguez Ardiles, que cierra esta sección, brinda un prolijo análisis sobre el estándar de motivación de los laudos arbitrales. Sobre el particular, desarrolla los tópicos de la jurisdicción arbitral, la motivación de los laudos y los criterios de motivación. Al respecto, resulta muy interesante el análisis que se hace en lo concerniente a si todos los laudos deben ser motivados y cuál es el estándar de motivación.

La sección cuatro, intitulada "Proceso arbitral", comprende trabajos que estudian diferentes aspectos procesales del arbitraje. En esta aparecen los artículos "La defensa de los intereses del Estado y el control judicial de las decisiones arbitrales. Balance y perspectivas", de Richard Martin Tirado; "La necesidad de garantizar la eficacia del laudo arbitral a través de las medidas cautelares", de Ricardo Gandolfo

Cortés; y "Justicia procesal y material en las notificaciones arbitrales", de Raffo Velásquez Meléndez y Paulo Castañeda Montalván.

El administrativista Martin Tirado, en un voluminoso trabajo, analiza la intervención de las procuradurías públicas *ad hoc*, como parte demandante, en procesos de nulidad de cosa juzgada de laudos arbitrales que han resuelto controversias en las que el Estado ha sido parte. A este respecto, examina si es viable que se puedan interponer demandas de nulidad de cosa juzgada contra laudos arbitrales y cuestiona la legitimidad de las procuradurías *ad hoc* para accionar en dichos procesos. Por su parte, el árbitro Ricardo Gandolfo revisa la normativa sobre arbitraje en contrataciones públicas relativa a las medidas cautelares. Con un espíritu crítico de la normativa actual, plantea la necesidad de permitir medidas cautelares *inaudita altera pars* y la caución juratoria sin limitación alguna, a fin de garantizar la eficacia del laudo arbitral. Finalmente, el trabajo de los profesores Velásquez Meléndez y Castañeda Montalván estudia los límites a la autonomía de la voluntad de las partes del arbitraje para fijar las reglas procesales sobre las notificaciones y los plazos. Estos límites implican que, si bien las partes cuentan con la libertad de pactar estas reglas de acuerdo con su criterio, deben ser compatibles con las garantías del debido proceso, por lo que enfatizan que el pacto debe ser válido y razonable. Asimismo, agregan que los tribunales arbitrales se encuentran obligados a realizar esfuerzos diligentes para asegurar la notificación efectiva.

La quinta sección lleva por rótulo "Naturaleza jurídica del arbitraje" y tiene dos trabajos muy valiosos: "Naturaleza jurídica del arbitraje y jurisprudencia constitucional", de autoría de Carlos Alberto Matheus López; y "¿Réquiem por el arbitraje?", cuyo autor es Franz Kundmüller Caminiti. Ambos abordan teóricamente el fenómeno arbitral centrándose en su naturaleza y las implicancias de su regulación. El profesor Matheus aboga por una posición ecléctica del arbitraje por ser la teoría más idónea para comprender la institución, ya que reúne inescindiblemente elementos tanto contractuales como jurisdiccionales. A partir de ahí, desarrolla una reinterpretación del artículo 139, numeral 1, de nuestra Constitución, que, como hemos mencionado, reconoce la "jurisdicción arbitral", y señala a continuación que, a pesar de que el Tribunal Constitucional adoptó formalmente la teoría jurisdiccionalista en su jurisprudencia, de algunas de sus decisiones deja entrever en sus considerandos que, más bien, lo que reconocía era la naturaleza híbrida del arbitraje, por lo que aún puede adoptarla en el

futuro. Por su parte, el profesor Kundmüller, quien se adscribe a una posición contractualista, postula, según sus palabras, que la evolución normativa heterogénea del arbitraje no es pacífica y eso impacta negativamente en su independencia o autonomía, así como en su correcta comprensión como medio especializado de solución de controversias[16]. Añade, asimismo, que la presunta "jurisdiccionalidad arbitral" solo se entiende en su plenitud jurídica si se hace una interpretación sistemática de esta jurisdiccionalidad con las normas constitucionales sobre contrato y libertad de pacto, en el marco de la Constitución Económica contemplada en la Constitución.

En la sexta sección, llamada "Arbitraje y Derecho", encontraremos los siguientes trabajos: "Constitución y arbitraje deportivo", del profesor César Landa Arroyo; "El arbitraje en derecho de familia bajo la normativa peruana vigente", de Rodolfo Miranda Miranda y Mariana Bazán Soriano; y "Regulación del arbitraje en la Ley General de Contrataciones Públicas. Consideraciones sobre el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva", de Mario Linares Jara. Estos trabajos analizan diversos aspectos de tres modalidades de arbitraje aplicables en nuestro país: el deportivo, el de familia y el de contrataciones públicas. El texto del profesor Landa Arroyo inicia mostrando la relación entre la Constitución y el deporte, para a renglón seguido examinar la tutela estatal del deporte y la naturaleza del derecho fundamental al deporte, como elemento esencial para el desarrollo integral del ser humano. Luego de hacer un repaso de casos emblemáticos que fueron llevados al arbitraje deportivo y a la justicia constitucional, concluye con la necesidad de integrar este tipo de arbitraje al orden constitucional de resguardo de los derechos fundamentales de los deportistas.

El interesante trabajo de Rodolfo Miranda y Mariana Bazán plantea la problemática de arbitrar asuntos del derecho de familia bajo la normativa actual. Así, desarrolla en primer lugar diversos aspectos sobre el principio de "arbitrabilidad", que informan qué tipos de conflictos pueden resolverse a través del arbitraje. En segundo orden, analiza la "arbitrabilidad" en el marco jurídico peruano y concluyen con que contamos un modelo de lista abierta positiva, según el cual son arbi-

16 El profesor Kundmüller llega a mencionar que, en un momento dado, curiosamente en el Perú estuvieron vigentes las normas constitucionales que instituían al arbitraje como una jurisdicción, las normas procesales que lo regulaban como proceso y las normas civiles que lo contemplaban como contrato.

trables todas las materias, salvo las expresamente excluidas por ley. Sin embargo, los autores advierten que esta apertura trae dificultades interpretativas cuando se extrapola al terreno del derecho de familia, por cuanto en este confluyen derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, muchos de estos indisponibles. Se necesita, entonces, regular un marco normativo específico. El minucioso trabajo que cierra esta sección, de autoría del profesor Mario Linares Jara, versa sobre cómo se ha regulado el arbitraje en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas y la incidencia que esta regulación ha tenido el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Se trata de un importante tema que reviste toda una problemática relacionada con la jurisdicción arbitral de los actos administrativos. Asimismo, como anota el autor, el trabajo revisa cómo la regulación de las medidas cautelares afecta de algún modo la tutela jurisdiccional efectiva y, finalmente, se refiere a la afectación de este derecho respecto de las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.

En la séptima y última sección, denominada "Arbitraje internacional de inversión", se recogen artículos que abordan, desde diferentes perspectivas, el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito internacional. En esta se han incluido los siguientes trabajos: "Arbitraje de inversión frente a las inmunidades del poder", de Bernardo Cremades; "El estándar de plena protección y seguridad: una mirada respecto de América Latina", de Joe Tirado y Cristóbal Sarralde; "Retos del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la cooperación técnica internacional", de María Beatriz Parodi Luna; "La prueba de la ley peruana en arbitrajes de contratos de asociación público privada ante el CIADI", de Milagros Maraví y Bruno Marchese; e "Inversión extranjera e inversión nacional bajo el blasón de la igualdad de trato. Una mirada al arbitraje internacional a propósito del artículo 63 de la Constitución de 1993", de Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y Giancarlo Peralta Miranda.

El trabajo de Bernardo Cremades, reconocido experto en arbitraje de nacionalidad española, ahonda en el arbitraje de inversión como instrumento de protección de las inversiones extranjeras, actualmente regulado por tratados internacionales. En tal sentido, analiza la transición de la protección diplomática hacia los tratados de protección de inversiones, los cuales legitiman a las personas físicas o jurídicas inversoras a accionar contra los Estados receptores de la inversión ante

tribunales arbitrales, sin que estos puedan invocar su inmunidad de jurisdicción. Para enriquecer su análisis, aborda casos relevantes en materia de inversiones; luego, enfatiza en el caso español respectivo a las controversias sobre inversión en las energías renovables; para, finalmente, reflexionar sobre los desafíos y cuestionamientos que en la actualidad presenta el arbitraje de inversión. Joe Tirado y Cristóbal Sarralde, por su parte, estudian en su trabajo el denominado estándar de plena protección y seguridad en el marco de las inversiones, contenido en la mayoría de tratados de libre comercio (TLC's); estándar que obliga a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para proteger la seguridad de las inversiones extranjeras, que incluye prevenir situaciones que las pongan en peligro y abstenerse de actividades que puedan comprometerlas. En este se realiza un interesante repaso de casos de arbitraje internacional en los que se analizó si el estándar de plena protección y seguridad se extiende más allá de la mera reparación de daños materiales a favor del inversor, como la protección de otros intereses de los inversionistas.

De otro lado, el artículo de la árbitra Beatriz Parodi se introduce en el análisis del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la cooperación técnica internacional. Vale decir, como el medio por el cual nuestro país recibe, transfiere y/o intercambia recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnologías de fuentes cooperantes externas cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos en materia de desarrollo, siguiendo a la ley de la materia. Al efecto, la autora propone reflexiones sobre algunos temas que deben ser considerados o mejorados en las cláusulas de arbitraje de contratos y convenios suscritos en el marco de la cooperación técnica. El trabajo de los juristas Milagros Maraví y Bruno Marchese se circunscribe, por otro lado, a la prueba de la ley o del derecho peruano en las contiendas arbitrales del Estado peruano llevadas a cabo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), como producto de los convenios arbitrales pactados en contratos de inversión en el marco de asociaciones público-privadas.

Finalmente, el artículo de los especialistas Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y Giancarlo Peralta Miranda refleja un riguroso análisis del artículo 63 de la Constitución, referido a la igualdad de trato por parte del Estado hacia la inversión nacional y extranjera. Es decir, el Gobierno, en su actuación, debe garantizar condiciones equitativas entre ambos tipos de inversión para que se desarrollen libremente. Ade-

más, destacan que esta igualdad de trato incluye el acceso a las mismas vías de solución de controversias, lo cual se refleja en el tercer párrafo del artículo comentado, el cual habilita al arbitraje nacional o internacional como vía de resolución de conflictos en temas de inversión. Esto fortalece la seguridad jurídica y la confianza para la inversión.

No podíamos concluir esta presentación sin expresar un merecido agradecimiento, en primer lugar, a mis colegas magistrados del actual colegiado del Tribunal Constitucional, por su apoyo permanente brindado a las iniciativas académicas del Centro de Estudios Constitucionales y de nuestro Fondo Editorial. Asimismo, manifestamos un especial agradecimiento a los autores que, con gran rigurosidad académica, contribuyeron al enriquecimiento de esta obra colectiva con sus valiosos artículos. De igual manera, extendemos nuestro agradecimiento al equipo del Centro de Estudios Constitucionales que ha hecho posible esta publicación, cuya labor constante, marcada por su compromiso y dedicación, ha sido fundamental para materializar tan significativa obra. Sin duda, el libro que el lector tiene en sus manos es el resultado de un esfuerzo arduo pero gratificante y estamos convencidos de que es una preciada contribución al estudio de un tema relevante en el debate jurídico contemporáneo, como lo es la relación entre la Constitución y el sistema de arbitraje como mecanismo para la resolución de controversias.

César Ochoa Cardich
Director General del Centro de Estudios Constitucionales
Tribunal Constitucional del Perú

SECCIÓN I

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

César Ochoa Cardich[1]
Luis R. Sáenz Dávalos[2]

Resumen

El presente trabajo brinda un estudio del control constitucional del arbitraje en las decisiones del Tribunal Constitucional. En esta línea, los autores sostienen que, si bien el arbitraje constituye una jurisdicción especial reconocida por la Constitución, no está exento de control cuando sus actuaciones o decisiones vulneran derechos fundamentales. A partir de ello, identifican cuatro etapas en la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el amparo arbitral: una primera de reconocimiento (1999-2006), una segunda de ampliación del control (2006–2008), una tercera caracterizada por oscilaciones jurisprudenciales (2009–2011), y una cuarta marcada por la adopción de nuevas reglas de procedencia del amparo arbitral a raíz del precedente vinculante establecido en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia. Por último, los autores concluyen que este precedente debe ser revisado, debido a que habría quedado desactualizado por un precedente posterior, emitido en el caso Elgo Rios Nuñez, por lo que proponen nuevos criterios de procedencia del amparo arbitral que se ajusten a este último y que aseguren un equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la protección de los derechos constitucionales.

1 Magistrado del Tribunal Constitucional. Director general del Centro de Estudios Constitucionales.

2 Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1. Consideraciones introductorias

El arbitraje es una institución compleja, con elementos privatistas y publicistas, contractuales y jurisdiccionales, que han dado lugar a que en la doctrina se desarrollen diversas tesis sobre su naturaleza jurídica: privatistas-contractualistas, jurisdiccionalistas-publicistas, así como las eclécticas o mixtas. De esta forma, y en términos de González de Cossío (2008), el arbitraje requiere un ejercicio de balance químico.

Las tesis privatistas enfatizan que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo privado de resolución de conflictos. Como resume Rocco (1944):

> Así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan (p. 65).

A diferencia de tal enfoque, en nuestro ordenamiento, fue la Constitución de 1979 la primera en atribuir al arbitraje la calidad de jurisdicción, que produce efectos de cosa juzgada, tesis que en su día preconizó el constituyente Andrés Aramburú Menchaca.

Así las cosas, se descarta que el arbitraje se base solo en el interés privado de las partes. Tal como afirmó el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Fernando Cantuarias Salaverry (Expediente 06167-2005-PHC/TC), si bien es cierto no es viable una equiparación absoluta entre el árbitro y el juez, los laudos de los árbitros no son solo de efectos privados, sino que también deben inspirarse en el principio de solidaridad y el deber de cooperación con los fines públicos que son ejes del proceso civil moderno (Jiménez, 2011). Más aún, por constituir una jurisdicción especial dentro del marco jurídico del orden público constitucional[3].

De manera similar a su predecesora, la Constitución peruana de 1993, atribuye expresamente naturaleza jurisdiccional al arbitraje en el artículo 139, inciso 1, que prevé como principio y derecho de la función jurisdiccional "la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con

3 Disentimos de algunas posiciones en contrario, entre las que destacan las de Juan Monroy Palacios (2006).

excepción de la militar y la arbitral", que configuran una jurisdicción especial (Álvarez y Muñoz, 2012, p. 28).

Así, se ha constitucionalizado el principio *pro arbitri* o proarbitraje, pero bajo la tesis jurisdiccionalista, según la cual el árbitro también ejerce funciones públicas propias de la jurisdicción (Kresalja y Ochoa, 2020). Como consecuencia del principio *pro arbitri*, los árbitros y los jueces deben preferir aquella interpretación que favorezca la jurisdicción arbitral en aquellas situaciones en las que se le esté cuestionando (Miranda, 2023).

Aun cuando el arbitraje puede conexionarse con diversas disciplinas jurídicas, es un proceso con efectos jurisdiccionales especiales, por mandato de la Norma Suprema, "aun cuando nazca de un contrato" (Cantuarias, como se citó en Miranda, 2023, p. 20; Cantuarias y Repetto, 2014, p. 100)[4].

En la citada sentencia del caso Fernando Cantuarias Salaverry, STC 06167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional precisó que el arbitraje no es solo de interés privado, sino que se integra en el orden público constitucional:

> 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* [énfasis agregado].
>
> La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal de la Constitución, sino que tiene origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la 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 51 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

4 En la tesis contractualista destaca *El arbitraje* (1993, p. 41), de Guillermo Lohman Luca de Tena (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

> como un componedor 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 en 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* [énfasis agregado]. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprobar su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales (fundamento 11).

Con relación al orden público constitucional, cabe citar en la doctrina española a Alonso García (1984), quien señala que constituye no la causa justificativa del límite o restricción de las libertades, sino su ejercicio con plenas garantías; es decir, la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional, incluyendo los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Las reflexiones que a continuación se desarrollarán estarán dirigidas a exponer el inventario jurisprudencial hasta ahora existente, a la par que evaluar si la posición por la que se optó vía el precedente recaído en el Expediente 00142-2011-PA/TC (caso María Julia) se compadece o no con los avances de nuestra jurisprudencia, o, en rigor, constituye una regresión en materia del control constitucional del arbitraje para determinar, al mismo tiempo, si tal postura puede o debe considerarse aún subsistente.

2. Origen y evolución del amparo arbitral

Desde una perspectiva histórica, se pueden distinguir hasta cuatro fases o etapas en la evolución de nuestro amparo arbitral (Álvarez y Muñoz, 2012):

(i) Amparo arbitral permisivo de efectos moderados (1999-2006)

(ii) Consolidación y ampliación del control constitucional de la jurisdicción arbitral (2006-2008)

(iii) Oscilaciones controvertidas en la línea jurisprudencial del control constitucional del arbitraje (2009-2011)

(iv) Retrocesos y nuevas reglas sobre procedencia del amparo arbitral (precedente vinculante, sentencia del Expediente 00142-2011-PA/TC, caso Minera María Julia)

De esta forma, la evolución jurisprudencial del amparo arbitral ha sido, desde la óptica de su desarrollo, no precisamente rectilínea, sino una de las modalidades más volubles o cambiantes que ha registrado nuestra jurisprudencia a lo largo de los años. Un rápido recorrido de las ejecutorias en la materia —que tampoco son muchas para ser consecuentes con la verdad— permite verificar que sus matices han oscilado entre modelos bastante opuestos, unos generosamente garantistas y otros acentuadamente restrictivos.

La explicación de una realidad como la descrita parece residir, en el fondo, en una abierta y bastante antigua discrepancia entre quienes abogan por el decidido fortalecimiento de lo que representa la finalidad tutelar de procesos constitucionales como el amparo, traducida en legitimar el control constitucional en todos los ámbitos, y una postura más bien recelosa, reflejada por algunos otros sectores doctrinarios, por aceptar al derecho constitucional y al control que le es característico, como el instrumento más adecuado para ser invocado en determinados contextos o escenarios, uno de los cuales sería el de carácter privado o particular.

En resumen, se evidenciaría, con la división de posiciones aquí descrita, la resistencia que aún persiste en el pensamiento de algunos para concebir a la Constitución como una norma jurídica auténticamente vinculante; es decir, obligatoria para todos por igual. Ignorándose de este modo que el arbitraje está sometido al orden público constitucional.

La primera ocasión en que nuestro Tribunal Constitucional abordó dicha temática pertenece a un periodo en el que la legislación empezaba recién a darnos sus primeras clarinadas, por lo que su configuración, en lo esencial, tuvo que establecerse por vía jurisprudencial.

2.1. Primera etapa: amparo arbitral permisivo de efectos moderados (1999-2006)

Efectivamente, el primer pronunciamiento sobre la materia lo encontramos contenido en la sentencia recaída en el Expediente 0189-1999-AA/TC (caso Pesquera Rodga SA contra los miembros de un tri-

bunal arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial, Cearco Perú)[5], donde nuestro colegiado admitió la viabilidad del amparo contra laudos arbitrales. Así, en cuanto al tema que aquí nos interesa resaltar, se estableció básicamente 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 que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar […] no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (fundamento 3).

En el fundamento 4, la precitada sentencia señala que no será viable articular un proceso constitucional tratándose de laudos derivados de procesos o procedimientos regulares y, en consecuencia, será viable al tratarse de laudos emitidos en procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares (Piqué, 2012). No se utiliza la expresión "de actuaciones arbitrales", de uso frecuente en la práctica arbitral. Así, se asumió una tesis admisoria moderada (Espinosa-Saldaña, 2012, p. 135):

> Que en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6° de la Ley 23506, que a la letra dispone: "No proceden las acciones de garantía […] contra resolución judicial emanada de procedimiento regular" (texto que, por cierto, ha sido modificado —en realidad complementado— por la Ley 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso[6]). Bajo dicho contexto, "procedimiento re-

5 Ver ejecutoria publicada el 16 de febrero de 2000.

6 Efectivamente, aunque, para el momento en que el Tribunal Constitucional resolvería el proceso comentado, ya se encontraba en vigor la Ley 27053, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de enero de 1999, esta no sería aplicada para resolver el caso, en atención al principio de temporalidad de las normas, habida cuenta de que el proceso constitucional respectivo había sido iniciado con fecha anterior a su puesta en vigencia. Dicha norma, es pertinente recordar, había incorporado al texto original del artículo 6, inciso 2, de la Ley 23506, un criterio que, aunque concebido básicamente para resoluciones judiciales, se

> gular" —ya lo ha dicho este Tribunal— es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es "procedimiento irregular" aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares (fundamento 4).

Asimismo, se puntualiza que la viabilidad del amparo contra laudos arbitrales está directamente vinculada con derechos procesales de rango constitucional:

> 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* [énfasis agregado]. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el Expediente N.° 611-97-AA/TC, donde junto con la amenaza del derecho de propiedad existía una evidente transgresión del derecho a la defensa como variable del debido proceso (fundamento 5).

---

ampliaba desde entonces a los procesos rigurosamente arbitrales. Decía el texto del inciso 2: "No proceden las acciones de garantía: […] Contra resolución judicial o arbitral emanadas de procedimiento regular" [énfasis agregado].

Con relación a la definición de los linderos del debido proceso y de la tutela procesal efectiva, en esta sentencia se determinaron las infracciones a los siguientes derechos: el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancia, el derecho al acceso a la justicia y a la motivación resolutoria (fundamento 6).

De los citados fundamentos, podían desprenderse, algunos detalles que, siendo relevantes, resultaban propios del estado de la jurisprudencia por aquellos años existente. De acuerdo con ello, se asumía básicamente lo siguiente:

(i) El hecho de que no haya existido desarrollo sobre amparo arbitral hasta el momento de interponerse el proceso no significa su prohibición, pues en tanto proceden los procesos constitucionales contra decisiones de la jurisdicción común, al igual que de la jurisdicción militar que sean consecuencia de procedimientos irregulares, es perfectamente viable el cuestionamiento de aquellas resoluciones de la jurisdicción arbitral que deriven también de un procedimiento a su vez irregular.

(ii) Si bien el control constitucional de las decisiones de la jurisdicción arbitral resulta perfectamente viable en los supuestos en que se invoque inconstitucionalidad de las mismas, dicho control solo se limita a la defensa o tutela de los derechos fundamentales estrictamente procesales (tutela jurisdiccional, debido proceso).

(iii) Aunque mediante amparo arbitral no se permite la tutela de derechos fundamentales de carácter sustantivo, por excepción ello sí puede suceder, siempre que concurrentemente a dicha pretensión se invoque de modo paralelo la protección de un derecho fundamental eminentemente procesal.

Como se puede apreciar, se trató en esta primera etapa de un modelo de amparo que siendo permisivo resultaba, al mismo tiempo, de efectos moderados.

Emitida esta preliminar ejecutoria, no se volverían a presentar casos de amparo arbitral durante un periodo bastante dilatado.

2.2. Consolidación y ampliación del control constitucional del arbitraje (2006-2008)

Fue recién hacia el año 2006, en que el Pleno del Tribunal Constitucional, ya con una nueva conformación de magistrados, conocerá del antes citado proceso de hábeas corpus promovido por Fernando Cantuarias Salaverry contra el fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima (Expediente 6167-2005-PHC/TC), el mismo que a la postre, se tornaría en emblemático[7]. En este último y a pesar de que el asunto central tenía que ver con un tema de presunta amenaza a la libertad individual motivada por una denuncia penal contra la actuación supuestamente indebida de un abogado como integrante de un tribunal arbitral, el colegiado utilizaría dicha controversia para teorizar nuevamente, y de manera mucho más detallada, sobre los alcances del amparo arbitral.

Entre otras cosas, se reafirmó la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, al precisarse que:

> *la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral* [énfasis agregado] 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 (fundamento 11).

Resulta particularmente relevante que el Tribunal Constitucional, como consecuencia precisamente de la tesis jurisdiccionalista, termina ratificando el principio de no interferencia del arbitraje. Como manifiestan Castillo y Sabroso (2011), los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran habilitados para desestimar toda intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de autoridades administrativas y/o judiciales, con la finalidad de avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito de la existencia de un acuerdo arbitral y del acuerdo de las partes. De esta forma, se afirma que:

---

7 Ver ejecutoria publicada el 9 de marzo de 2006.

> 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 139º de la 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 —incluidas 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* [énfasis agregado] (fundamento 12).

En el fundamento 13, el supremo tribunal asume el principio *kompetenz-kompetenz* como principio rector del arbitraje al establecer que:

> Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje —Ley 26572— que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada competencia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa del terreno judicial.

Sin perjuicio de ello, en la última parte del precitado fundamento 13, se enfatiza que será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción a la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional.

Con arreglo al principio *kompetenz-kompetenz*, el tribunal arbitral, además de gozar de competencia para decidir sobre el fondo del asunto, constituye el único órgano —en tanto dure el proceso arbitral— con autoridad para decidir sobre los asuntos relacionados con

su propia competencia (excepto cuando el Poder Judicial se encuentre ante un convenio arbitral manifiestamente nulo) (Miranda, 2023). Es interesante anotar que el principio *kompetenz-kompetenz* tampoco es universal, como señala Miranda:

> Es decir, hay países en los que la autoridad judicial si puede intervenir en el proceso arbitral en su tramitación: nada menos que en Estados Unidos. Así, si en Estados Unidos no se pacta expresamente el *kompetenz-kompetenz* en el convenio arbitral, se reputa que la autoridad judicial sí puede intervenir en el arbitraje durante su tramitación ante el cuestionamiento judicial a la competencia del tribunal arbitral (*anti arbitration injuctions*) (Miranda, 2023, p. 38).

También se puntualizaría, a título de doctrina constitucional vinculante, que el control judicial de los laudos es *ex post,* considerando como vías previas al recurso de apelación y anulación (denominado así en la Ley 26572), y/o al recurso de anulación (denominado así en el Decreto Legislativo 1071):

> 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 1º 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* [énfasis agregado]. 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 (fundamento 14).

Para finalmente concluir en que:

> 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 *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente (fundamento 18).

En suma, los criterios que en materia de amparo arbitral ahora se establecían podían sintetizarse en lo siguiente:

(i) La jurisdicción arbitral, si bien está dotada de garantías de autonomía en su desenvolvimiento, se encuentra vinculada al respeto por los derechos fundamentales, en particular –aunque no exclusivamente– a aquellos que informan el debido proceso.

(ii) Se reconoce la plena validez y vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*. Con arreglo a este principio, el tribunal arbitral, además de tener competencia para decidir sobre el fondo del asunto, constituye el único órgano, en tanto dure el proceso arbitral, con autoridad para decidir sobre los asuntos relacionados con su propia competencia.

(iii) Puede cuestionarse las decisiones de la jurisdicción arbitral, tanto judicialmente como acudiendo a los procesos constitucionales (control constitucional). El control judicial es siempre *a posteriori*, y se ejerce a través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje[8]. El control constitucional, en cambio, se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que, si lo que se cuestiona es un laudo que verse sobre materias o derechos de carácter disponible, deben agotarse previamente los recursos que franquea la Ley General de Arbitraje. La sentencia, por cierto, no precisa si el agotamiento de los citados recursos es obligatorio tratándose de laudos sobre materias o derechos de carácter no disponible.

(iv) El control constitucional de los laudos arbitrales procede no solamente si se vulneran los derechos constitucionales, sino también cuando se advierte incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante o de los precedentes de

8 Con posterioridad, se sigue esta misma línea jurisprudencial en la sentencia del Expediente 1567-2006-PA/TC, caso Compañía de Exploraciones Algamarca, fundamento 16, y en las sentencias de los expedientes 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, acumulados, caso Minera Sulliden Shahuindo, fundamento 10. Así, en el caso Minera Sulliden Shahuindo, los recursos de anulación y apelación previstos por la Ley 26572 no constituyen un nuevo proceso judicial, sino que conforman parte integrante y residual del arbitraje seguido inicialmente ante el tribunal arbitral.

> observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Siendo importante la sentencia glosada y las líneas de raciocinio en ella desarrolladas, creemos que no abordaron todos los aspectos que para dicho momento podían desprenderse respecto de un eventual control sobre las decisiones arbitrales. Quizá es por ello que Hakansson (2012) califica las líneas jurisprudenciales del caso Fernando Cantuarias Salaverry como el *self restraint* del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral.

Entendemos que una visión complementaria y mucho más detallista del control constitucional del arbitraje, en esta primera etapa de reconocimiento del amparo arbitral, nos la proporcionará recién la ejecutoria recaída en el proceso de amparo promovido por Corporación Meier S. A. C. y Personar S. A. C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited (Expediente 4972-2006-PA/TC)[9].

En esta ejecutoria, emitida por la entonces Primera Sala del Tribunal Constitucional, se procedió a reiterar criterios del caso Cantuarias Salaverry, pero también a ampliar algunos aspectos relativos a la procedencia del amparo contra laudos.

Dijo entonces el supremo colegiado, con relación al amparo arbitral, que:

> desde el punto de vista casuístico, 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.); 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.)" (fundamento 17).

9 Ver ejecutoria publicada el 18 de octubre de 2007.

En este contexto, se aprecia a partir del fundamento 18 una ampliación en el control constitucional de los laudos arbitrales, puntualizándose en relación con los derechos objeto de protección que:

> 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 los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4) (fundamento 18).

Asimismo, se precisa que el arbitraje se basa en el consentimiento o en la voluntariedad en su sometimiento por los sujetos privados al detallarse que:

> 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 habilitara con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares, no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean prima facie ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que sólo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral (fundamento 19).

Por lo demás, y como el arbitraje es la vía para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición, se concluyó que no son arbitrables los asuntos de naturaleza indisponible —tales como los derechos fundamentales— ni otros que estén reservados a los órganos jurisdiccionales:

> 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 justificara 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. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción (fundamento 20).

Como señala Miranda (2023), no son arbitrables aquellas cuestiones que la ley señale como no transigibles (no susceptibles de una transacción extrajudicial), aquellos derechos irrenunciables o sobre los que no se puede pactar, contratar o renunciar.

El tema, entonces, terminará por sintetizarse en tres extremos:

a) El control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando esta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que, formal o materialmente, integran la llamada tutela procesal efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido); o aquellos otros que integran el debido proceso, ya sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etcétera), o en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad).

En este aspecto, por tanto, se observa que el parámetro de control no solo estaría circunscrito sobre los laudos arbitrales en cuanto tales (opción que no parecía definirse con toda claridad en la sentencia recaída en el caso Cantuarias Salaverry), sino que comprendería toda actuación de los tribunales arbitrales, siempre que, desde luego, esta incida sobre los derechos constitucionales.

La idea de procedencia contra una amenaza, y no solo contra una vulneración directa, coloca sobre el tapete de la discusión algo sobre lo que volveremos luego: que puede, aunque excepcionalmente, habilitarse un control preventivo y no solo represivo de la actuación arbitral.

A su vez, y si existía alguna duda acerca del tipo de derechos que pueden ser objeto de tutela por la vía del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional asume una concepción garantista amplia del debido proceso. El problema de esta definición garantista —demasiado flexible— se confirma en la sentencia del caso Ivesur (Expediente 02851-2010-PA/TC):

> Se ha precisado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho "continente". En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentra comprendida una persona pueda considerarse como justo (fundamento 18).

b) El control constitucional procede cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente.

Este criterio va de la mano con las premisas desarrolladas en la sentencia del caso Cantuarias Salaverry, donde se deja claramente establecido que el arbitraje nace de la voluntad de las partes. Si por ende ello no es así, y más bien existe una voluntad unilateral tendiente a someter a una persona o entidad a la citada modalidad de solución de conflictos, será plenamente legítimo cuestionarla en sede constitucional.

c) El control constitucional, finalmente, opera cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

Este último tema, aunque elementalmente importante, no había sido abordado por la sentencia anteriormente analizada, que había centrado toda su atención en hablar de los asuntos disponibles. Conforme a esta lógica, aspectos como los relativos a derechos fundamentales o aquellos que puedan revestir incidencia penal no tienen posibilidad alguna de ser negociados por vía arbitral sin que con ello no se vea afectado el ordenamiento constitucional.

Otra consecuencia que bien puede desprenderse de esta tercera regla es que, cuando se trata de estos asuntos no disponibles, no sería obligatorio agotar los recursos internos o las vías previas, lo que, por cierto, va de la mano con la idea señalada líneas antes en torno de las amenazas, ya que estas no generan reclamo preliminar alguno.

Cabe puntualizar, por otra parte, que el criterio de no agotamiento de recursos internos de alguna forma podía también desprenderse (tal vez de modo implícito) del fundamento 14 de la sentencia recaída en el caso Cantuarias Salaverry; ya que, esta última, como se dijo anteriormente, solo imponía el consabido requisito para los asuntos o materias típicamente disponibles.

Tiempo después de haberse expedido la sentencia antes señalada nos encontraremos con otras ejecutorias que, aunque no son muy gravitantes en cuanto a sus resultados, volverán a ratificar lo dicho precedentemente, y agregarán sin embargo algunas cosas adicionales. Es el caso, principalmente, de la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por Proime Contratistas Generales SA contra los miembros del tribunal arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú (Expediente 4195-2006-PA/TC)[10]. En esta última ejecutoria, la entonces Segunda Sala del Tribunal Constitucional estableció, básicamente, cinco reglas para el control constitucional de los laudos arbitrales:

a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestionen 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 con el 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) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

   En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda

10 Ver ejecutoria publicada el 10 de abril de 2008.

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 (fundamento 4).

En otras palabras, y delimitadas en concreto dichas reglas:

a) El amparo arbitral será inviable respecto de actuaciones que resulten preliminares a la expedición del laudo, debiéndose esperar, en tales supuestos, la culminación del respectivo proceso arbitral.

Esta primera regla podría haber inducido a confusiones. Con ella no se estaba diciendo que sea imposible cuestionar decisiones distintas a un laudo, lo que se estaba señalando es que, si tales incidencias se presentasen, ellas solo podrían reclamarse cuando el proceso arbitral haya quedado concluido.

b) Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.

Esta pauta buscaba reiterar una regla que ya existía desde antes, aunque de alguna forma también abría las puertas para una eventual exceptuación a la regla de agotamiento de las vías previas cuando el uso de los recursos internos resultara impertinente.

c) El amparo no procede cuando se cuestionen las interpretaciones que el tribunal arbitral realiza en torno de la ley, a menos que con tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

Esta tercera regla recogía algo elemental, aunque tampoco tenía por qué entenderse como restrictiva de lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, habida cuenta de que el control no solo podía darse cuando se vulneraran derechos constitucionales, sino también cuando se dejaran de lado la doctrina y los precedentes vinculantes, lo que bien podría haber acontecido tras una incorrecta interpretación de ciertas normas.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral a menos que se advierta una manifiesta arbitrariedad en dicho proceder.

Con esta regla, se reproducía una premisa básica que también operaba en el ámbito del control constitucional sobre las decisiones judiciales: Según esta última, la valoración probatoria no se encontraría sujeta a control a menos que la misma denote un proceder irrazonable, extravagante o evidentemente arbitrario, excepción frente a la cual sí quedaría habilitado el control para la protección del derecho a la prueba, que integra el derecho a la tutela procesal efectiva[11]. Así, constituye parte del núcleo esencial del derecho a la prueba no solo ofrecer, actuar pruebas y/o contradecirlas, sino, además, que la libre valoración sea razonable. Un sistema de libertad absoluta no puede fomentar la arbitrariedad del juzgador. Como se señaló en la sentencia del caso Fernando Cantuarias Salaverry:

> Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes (fundamento 20).

e) Las vulneraciones a los derechos que se alegan producidos deberán acreditarse de manera objetiva y específica, lo que, evidentemente, es exigible en cualquier caso de amparo arbitral.

Según esta quinta y última regla, no se trataba tampoco de utilizar el amparo arbitral de manera indiscriminada, sino sujeta a vulneraciones inobjetablemente grotescas o de elemental comprobación.

Todas las ejecutorias hasta aquí glosadas marcaron, en su día, un derrotero a seguir en cada ocasión en que se presentara un supuesto de amparo arbitral, procurando, en lo esencial, que dicha variante se manejara de una forma suficientemente adecuada, pero sobre todo, predictible.

---

11 En la sentencia del Expediente 03997-2013-PHC/TC, entre otras, se ha precisado que el derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva. El Tribunal Constitucional declaró en el fundamento 6: "Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa".

2.3. Oscilaciones controvertidas en la línea jurisprudencial del control constitucional del arbitraje (2009-2011)

Durante el periodo comprendido entre el momento en que fue emitida la sentencia recaída en el caso Pesquera Rogda y los años en que fueron siendo aplicadas las pautas de las subsiguientes ejecutorias, incluyendo las establecidas en el caso Proime, el amparo arbitral fue utilizado en muy contadas o específicas oportunidades, sin apreciarse —en general— excesos ni despropósitos, destacándose que en la mayor parte de ocasiones las demandas fueron desestimadas y en muy pocas o contadísimas excepciones declaradas verdaderamente fundadas[12], tales como los casos Codisa (Expediente 5311-2007-PA/TC), Crasa (Expediente 02386-2008-PA/TC), Ivesur (Expediente 02851-2010-PA/TC), entre algunos más.

Ello no obstante, y conforme asevera Sabroso Minaya (2012), se observó que en los precitados casos no se siguió una tendencia rectilínea con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A decir verdad, y con independencia del resultado, se pudo apreciar que:

(i) Se admitió demandas de amparo, sin que se hayan agotado la vía previa (recurso de anulación) y sin que se presentara alguna de las excepciones contempladas en la sentencia recaída en el caso Proime.

(ii) Se pronunció sobre los alcances de cláusulas contractuales (es decir, analizaba temas que no eran de relevancia estrictamente constitucional).

(iii) Se cuestionó la interpretación realizada por los árbitros respecto de normas legales, a pesar de que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

(iv) Se ignoró que la valoración y calificación de los hechos sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros (Sabroso, 2012, pp. 276-277).

---

12 Uno de los contadísimos casos de un estimatorio en amparo arbitral lo tenemos en la sentencia recaída en el Expediente 5311-2007-PA (caso Compañía Distribuidora S. A.), con ejecutoria publicada el 13 de octubre de 2009. La sentencia del caso Codisa ha sido polémica. Así, Eloy Espinosa-Saldaña (2012) afirma que "esta situación de arbitrariedad manifiesta definitivamente no se daba en este caso, y, sin embargo, aquí se hace una evaluación sobre la proporcionalidad de la penalidad impuesta, así como de la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios sometidos a arbitraje" (pp. 141-142). Castillo Freyre y Sabroso Minaya (2011) critican, además, que en el caso Codisa, el Tribunal Constitucional haya eximido a la demandante del agotamiento de la vía previa: el proceso de anulación del laudo arbitral.

Por otra parte, y hasta la controvertida sentencia del caso Ivesur, fue muy relevante por su desarrollo conceptual el principio de imparcialidad, como manifestación del derecho fundamental procesal al juez imparcial, que se extiende al arbitraje, invocándose al respecto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

> Asimismo, este Tribunal sobre la teoría apariencia y su relación con el principio de imparcialidad, ha expuesto siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "Un tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva, hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, *incluso las apariencias pueden revestir importancia* […] debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente tener una falta de imparcialidad. *Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables*" [énfasis agregado] (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984, STC 00023-2003-AI/TC y STC 0004-2006-PI/TC). Así las garantías derivadas del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución (STC 6149-2006-AA/TC, fundamento 62) (fundamento 23).

Cabe puntualizar, como precisa Matheus (2009), la definición de "independencia" y la de "imparcialidad", que describen dos facetas de un mismo principio, donde el primer término se relaciona más con las partes, en tanto que el segundo se vincula con el fondo de la controversia.

3. Los criterios del amparo arbitral instaurados a partir del caso María Julia (Expediente 00142-2011-PA/TC)

Con independencia de los matices hasta aquí descritos, y que se evidenciaron durante el curso de varios años, el Tribunal Constitucional optaría sin embargo y de un momento a otro, por instituir, a título de precedente constitucional, un nuevo modelo de amparo arbitral sustancialmente distinto de los anteriores, inspirado, en esencia, en la tesis contractualista del arbitraje, cuya consecuencia práctica más relevante se ha orientado a limitar la revisión jurisdiccional de los laudos y hasta a blindarlos del control constitucional.

Con relación a la necesidad de cambio de línea jurisprudencial, Lancheros-Gámez (2012) comparte las siguientes razones para el cambio de precedente:

1. Cambio(s) en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas.
2. Cambios en la concepción del referente normativo, debidos o no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado.
3. Necesidad de unificar precedentes por coexistir dos líneas jurisprudenciales encontradas.
4. Constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia.
5. Equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial.
6. Consecuencias inesperadas e inaceptables de interpretaciones pasadas que en su momento fueron útiles y adecuadas.
7. Cambios históricos frente a los cuales resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional.
8. Elementos de juicio no considerados en su oportunidad que permitan desarrollar de manera más consistente la institución jurídica (pp. 182-183).

Sin embargo y aunque bien podía entenderse algunos retoques o un *aggiornamento*, ello tampoco significaba la necesidad de un cambio de línea jurisprudencial tan drástico como el generado en el marco de la ejecutoria recaída en el proceso de amparo promovido por Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA María Julia contra el tribunal arbitral unipersonal representado por el árbitro único don Luis Humberto Arrese Orellana (Expediente 00142-2011-PA/TC)[13]. Dicho en otras palabras, no se justificaba la necesidad de giros de carácter radical —como sostienen los defensores de un arbitraje blindado contra el control constitucional—, sino más bien la pertinencia de modular las líneas jurisprudenciales anteriores, acotarlas o afinarlas técnicamente para prevenir desviaciones o hipertrofias en el control de las actuaciones arbitrales.

13 Ver ejecutoria publicada el 26 de setiembre de 2011.

La precitada sentencia, más allá de reconocer los avances que la jurisprudencia había evidenciado sobre la variante de amparo aquí comentada, a los que antes se ha hecho referencia, contextualizaría su nueva construcción en el esquema general de amparo residual propugnado tras la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional del año 2004.

De esta forma, y al contrario de los crecimientos evidenciados a nivel jurisprudencial durante los años precedentes, postularía en adelante una decidida restricción en su utilización, en la lógica de fortalecer y, en algunos casos, de maximizar la autonomía de la justicia arbitral (Sáenz, 2012), distorsionando de alguna forma, y por exceso, el principio de no interferencia, reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde el caso Cantuarias Salaverry.

Sin embargo y desde nuestro punto de vista, no se debe confundir no interferencia con blindaje de control constitucional, que es lo que, paradójicamente, ha ocurrido.

Así, en el precedente María Julia, el Tribunal Constitucional afirmó:

> Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los 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 (fundamento 14).
>
> 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 solo podía y debía ser usado, en casos 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 5° inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional* [énfasis agregado] (fundamento 15).

Es en el contexto descrito, que a diferencia del anterior esquema jurisprudencial, en el que se postulaba que el recurso de anulación constituía una suerte de vía previa a la que, obligatoriamente y antes

de promover el amparo, debía acudir el afectado en sus derechos por parte de la jurisdicción arbitral—, en el nuevo escenario señalado por esta sentencia se establecía que el citado recurso de anulación constituye más bien una *vía procedimental igualmente satisfactoria* a la que necesariamente debe acudir el interesado, salvo que esta última no permita dilucidar determinados supuestos, solo en cuyo caso, y muy excepcionalmente, habrá de proceder el amparo arbitral.

A juicio del colegiado, y en el marco de la sentencia enunciada, los supuestos que habilitarían el proceso de amparo arbitral serían, en adelante, solo tres:

1. Cuando se invoquen como vulnerados los precedentes constitucionales establecidos por el Tribunal Constitucional.
2. Cuando en el procedimiento arbitral se haya ejercido control difuso respecto de una norma previamente declarada constitucional por el Tribunal Constitucional.
3. Cuando se afecten los derechos de un tercero que no haya formado parte del convenio arbitral.

Aunque de una manera simbólica, la sentencia deja en claro que, cuando el Poder Judicial conozca el recurso de anulación contra laudos (a título de vía procedimental igualmente satisfactoria), lo decidido por dicho órgano podrá ser cuestionado a través del amparo contra resoluciones judiciales dentro de los criterios establecidos en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (referido a la tutela procesal efectiva y sus variantes) y su desarrollo jurisprudencial[14], no se apreció, por lo menos en lo inmediato, mayor casuística sobre este último tópico, lo cual es lamentable, dado que este extremo era uno de los pocos puntos rescatables en la ejecutoria comentada, si nos atenemos a lo establecido en la sentencia emitida en el Expediente 3179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca Ponce)[15].

En resumen, se buscó, pues, con el modelo así graficado reducir al mínimo los roles del amparo arbitral sobrepotenciando en su lugar,

14 Lo dispuesto en su día en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional se ha visto reproducido íntegramente en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional de 2021. Ello, sin embargo, no ha supuesto que en la materia aquí comentada se hayan dado ulteriores desarrollos.

15 Ver ejecutoria publicada el 2 de octubre de 2006.

la confianza en la justicia arbitral bajo la presunción de que esta venía funcionando muy bien o sin excesos de por medio, en la mayoría de las ocasiones.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, no es que haya sido cuestionable optar por un modelo restrictivo si existía —como en el fondo parecía ser— una convicción en pro de fortalecer el fuero arbitral y el tipo de justicia dispensada por el mismo. Sin embargo, de allí a que se le haya blindado de una manera casi totalizadora bajo una presunción de pulcritud absoluta en sus actuaciones, no nos parece tampoco muy acorde con lo que ha sido la realidad de los casos, donde muchas veces se han observado indudables excesos. Creemos, en realidad, que una confianza en los árbitros no está mal ni tiene por qué ser criticable como raciocinio de arranque, pero considerarlos *ex profeso* como incapaces de vulnerar los derechos (al extremo de haber reducido las hipótesis de control solo a tres supuestos, incluso poco probables de acontecer) nos parece un exceso que no se compatibiliza en lo absoluto con los escenarios de situaciones lesivas que a menudo se verifican en los hechos, donde por una u otra razón, se aprecia que los particulares (y no hay que olvidar que los árbitros representan a los mismos) también se constituyen (o pueden constituirse) como virtuales fuentes de vulneración a la Constitución y a sus derechos. Es, pues, el exceso de confianza lo que realmente nos parece criticable en esta nueva toma de posición.

Interrogante que también despierta la ejecutoria en comentario tiene que ver con la concepción de vía procedimental igualmente satisfactoria que se ha hecho del llamado "recurso de anulación". Aunque, por cierto, no estamos diciendo que no se haya podido llegar a dicha conclusión, hubiese sido necesario que el tribunal nos precise con mayor detalle las razones por las que se calificó de dicho modo a ese medio impugnatorio, cuando sabido es que el concepto de vía procedimental igualmente satisfactoria se encuentra condicionado a que los roles procesales entre esta y los del amparo sean sustancialmente iguales, o por lo menos acentuadamente similares, lo que, a su vez, se encuentra sujeto a una serie de criterios (intensidad tutelar, elenco cautelar, plazos razonables, etcétera) cuya pertinencia, sin embargo, no se evalúa en ningún momento en la comentada sentencia. En este contexto, habrá de advertirse y muy seriamente, que la presente ejecutoria bien podría haber quedado desactualizada, e incluso deslegitimada, con la emisión del mucho más contemporáneo precedente

recaído en el Expediente 2383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos Núñez)[16], que, como se sabe, ha teorizado sobre lo que constituye una vía procesal igualmente satisfactoria, sin que lo sostenido en el Expediente 00142-2011-PA/TC sobre el citado recurso de anulación resulte todo lo consistente del caso.

Recientemente, en el proceso de amparo seguido por KS Depor S.A. contra los jueces de la Primera Sala Civil con Sub especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, así como contra las árbitras Lourdes Flores Nano, Shoschana Zusman Tinman, el Club Sporting Cristal S.A. y el Poder Judicial, resuelto por la Primera Sala del Tribunal Constitucional en el Expediente 3142-2022-PA/TC, se evidencia que la vía del recurso de anulación de laudo arbitral no resulta en estricto una vía igualmente satisfactoria a la del amparo. En ese caso, que muy brevemente paso a detallar, la amparista argumentó que en el arbitraje que promovió contra el Club Sporting Cristal S.A. se habían vulnerado sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la garantía de un juez/árbitro imparcial, al recurso efectivo y al de defensa, por cuanto, después de expedido el laudo arbitral, tomó conocimiento de que la árbitra Lourdes Flores Nano había litigado conjuntamente en el pasado, hasta en dos procesos, con el estudio Payet, Rey, Cauvi, Abogados, que defendió al mencionado Club Sporting Cristal en dicho arbitraje; mientras que la árbitra Shoschana Zusman Tinman había sido designada en otro proceso arbitral por la parte patrocinada justamente por la árbitra Lourdes Flores Nano y el Estudio Payet, Rey, Cauvi, Abogados. En tal sentido, KS Depor S.A. alegó que tales árbitras no habían cumplido con su deber de revelación.

Posteriormente, al interponer su recurso de anulación de laudo arbitral, los jueces -que a la postre fueran demandados en el amparo- declararon improcedente tal recurso. Adujeron que la recurrente no formuló el reclamo expreso sobre la contravención a los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad cuando solicitó la interpretación del laudo, ni efectuó reserva de que tal alegación la formularía en el recurso de anulación, ello a pesar de que el sustento del recurso de anulación fue precisamente que luego de haberse emitido el laudo y de haber sido notificada con la resolución que desestimó su recurso de interpretación, recién tomó conocimiento de los hechos que

16 Ver ejecutoria publicada el 9 de julio de 2015.

pondrían en duda la imparcialidad de las mencionadas árbitras y, por tanto, el incumplimiento de su deber de revelar tales circunstancias. Vale decir, el órgano jurisdiccional optó por no pronunciarse sobre el fondo de la controversia en tanto KS Depor S.A. no habría planteado sus cuestionamientos anteriormente, pese a expresamente afirmar que la recurrente conoció los hechos de forma posterior. Como consecuencia, KS Depor S.A. acudió a la vía constitucional solicitando la nulidad de la resolución que declaró improcedente su recurso de anulación de laudo arbitral, lo que finalmente obtuvo mediante la sentencia del Tribunal Constitucional.

A nuestro juicio, el caso referido, que es rigurosamente un amparo arbitral en el aspecto que se cuestionó lo decidido en la vía del arbitraje, evidencia la necesidad de replantear las reglas del precedente María Julia, que, reiteramos, califica al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria para proteger derechos fundamentales, pues consideramos que, en casos como el de KS Depor S.A., en los que se cuestiona la falta de imparcialidad de los árbitros, tal cuestionamiento no se encuentra sujeto a plazos o etapas preclusivas, como erróneamente postuló la resolución de los jueces demandados, basándose en criterios estrictamente procesales.

4. Conclusión y propuesta de reglas para un nuevo amparo arbitral

Desde nuestro punto de vista, consideramos que, en el estado actual de la jurisprudencia, lo resuelto por el Expediente 00142-2011-PA/TC debería ser pasible de una revisión, no solo por haber convertido el amparo arbitral en un modelo poco utilizable en los hechos, o con nulo efecto práctico, sino porque, a la luz de lo establecido en el posterior precedente, recaído en el Expediente 2383-2013-PA/TC, el concepto de "recurso de anulación" como vía procedimental igualmente satisfactoria que propugna resulta harto discutible, como lo han evidenciado diversos casos conocidos por el Tribunal Constitucional[17].

En las circunstancias descritas, somos del criterio de que un modelo de amparo arbitral acorde con las exigencias establecidas por la casuística sobre la materia debería encontrarse sujeto a nuevas reglas

17 Ver, entre otros, el resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 1083-2012-PA/TC (caso Empresa Minera Los Quenuales SA), publicada el 9 de agosto de 2018.

que lo sinceren con la naturaleza de los casos de los que a menudo conoce nuestro colegiado.

Sin ánimo de ser detallistas, pero en el contexto de la evolución jurisprudencial y de la experiencia de anteriores modelos de amparo arbitral, nos animaríamos a recoger las siguientes pautas a tomar en consideración en un futuro modelo jurisprudencial sobre esta materia:

a) El cuestionamiento de laudos por vía de amparo arbitral solo debería proceder frente a la violación o amenaza de violación de las reglas y principios fundamentales que conforman el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, reconocidos por la jurisprudencia constitucional y/o supranacional, o frente al desconocimiento de los precedentes y/o doctrina jurisprudencial establecidos por el Tribunal Constitucional. Debiéndose tomar en cuenta que no toda infracción a cualquier regla procesal vulnere *per se* derechos fundamentales.

b) La procedencia del amparo arbitral se condiciona, en cualquier caso, al previo agotamiento del recurso de anulación previsto en la ley, y siempre que el resultado de este último sea desestimatorio.

c) No procederá el cuestionamiento de actuaciones previas a la emisión del laudo por vía de amparo arbitral, a menos que se acredite de modo fehaciente un riesgo de irreparabilidad en los derechos fundamentales por los que se reclama.

d) Los actos de ejecución que desnaturalicen o incumplan total o parcialmente lo dispuesto en un laudo pueden ser directamente cuestionados por amparo arbitral.

e) Procederá el amparo arbitral cuando la jurisdicción arbitral haya sido impuesta compulsiva o unilateralmente, o cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente, las materias sobre las que ha de decidirse tengan carácter indisponible.

Naturalmente, la adopción de criterios como los indicados supondría un cambio del precedente constitucional vinculante establecido en el Expediente 00142-2011-PA/TC y la emisión de uno distinto que en adelante pase a sustituirlo.

REFERENCIAS

Alonso, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.

Álvarez, E. y Muñoz, G. (2012). La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 17-44). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

Cantuarias, F. y Repetto, J. L. (2014). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos del cambio. *Forseti*, *2*(2), 97-110.

Castillo, M. & Sabroso, R. (2011). Arbitraje y amparo. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 61-87). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

Congreso de la República. (19 de enero de 1999). Ley 27053, ley que modifica el inciso 2) del artículo de *habeas corpus* y amparo. Diario Oficial *El Peruano*. https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27053-jan-18-1999.pdf

Espinosa-Saldaña, E. (2012). Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 129-152). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

González, F. (2008). La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *1*(8). https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2008.8.251

Hakansson, C. (2012). La constitucionalización de la jurisdicción arbitral. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 153-173). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

Jiménez, R. (2011). Art. 38. Buena fe. En C. A. Soto y A. Bullard, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 422-446). Instituto Peruano de Arbitraje.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico* (Tomo II). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lancheros-Gámez, J. C. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias

de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la Sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Díkalon*, *21*(1), 159-186. http://doi.org/10.5294/dika.2012.21.1.5

Matheus, C. A. (2009). *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Miranda, R. (2023). *Temas de arbitraje internacional*. Palestra.

Monroy, J. J. (2006). Arbitraje, jurisdicción y proceso. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, *10*(7), 2008, 141-151.

Piqué Bui, E. (2012). El proceso de amparo y el arbitraje. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 245-272). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

Rocco, A. (1944). *La sentencia civil. La interpretación de las leyes procesales*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Sabroso, R. (2012). ¿Un gran paso hacia la autonomía del arbitraje? El nuevo precedente del Tribunal Constitucional. En Varios Autores, *Arbitraje y constitución* (pp. 273-286). Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

Sáenz, L. (2012). El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2011 (balance jurisprudencial). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 591-642. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40751

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ: REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO MARÍA JULIA

Ernesto Álvarez Miranda[1]

Resumen

Este trabajo se ocupa de analizar el desarrollo del control constitucional del arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, enfocándose en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera Maria Julia que establece los supuestos para iniciar un proceso de amparo arbitral. El autor expone cómo el Tribunal Constitucional peruano ha pasado de una etapa de excesiva e imprecisa intervención a una doctrina que marca límites más estrictos para el amparo arbitral, reconociendo al recurso de anulación como una vía igualmente satisfactoria, a partir del mencionado precedente. Además, estudia la parte del precedente que reconoce la facultad de los árbitros para ejercer el control difuso de constitucionalidad, fortaleciendo así el rol del arbitraje como una jurisdicción independiente, pero en concordancia con los principios fundamentales del sistema jurídico peruano. El estudio concluye que la sentencia del caso María Julia consolidó un equilibrio entre el respeto a la jurisdicción arbitral y la vigencia del orden constitucional.

1 Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Expresidente del Tribunal Constitucional y magistrado (2007-2014). Exbecario del ICI con especialización en Derecho Político por la Universidad de Navarra (1987-1988). Doctor en Derecho por la USMP y profesor de derecho constitucional.

1. Introducción

Durante los últimos años, el arbitraje se ha consolidado como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el Perú, especialmente en el ámbito comercial y el de contrataciones públicas. Es así que, este cimiento se viene forjando, en gran medida, debido a la eficiencia y celeridad que lo caracterizan, lo cual se puede contrastar con la vía judicial ordinaria, que usualmente es más lenta y burocrática.

Ahora bien, la importancia que se le otorga a este mecanismo en el ordenamiento jurídico se ve reflejada en su reconocimiento como una jurisdicción independiente, establecido en el artículo 139 de la Constitución Política. Sin embargo, debemos reconocer que la relación entre el arbitraje y el derecho constitucional ha generado un amplio espacio de debate, sobre todo, en lo que respecta al control constitucional de los laudos arbitrales.

En esa misma línea, el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral ha sido desarrollado en distintas oportunidades por el Tribunal Constitucional, siendo dos de los casos más relevantes: el caso Cantuarias Salaverry (Expediente 6167-2005-PHC/TC) y el caso Minera María Julia (Expediente 00142-2011-PA/TC), los cuales analizaremos. Particularmente, el último mencionado marcó un hito en esta materia al establecer criterios claros sobre los límites del control constitucional en el arbitraje. Este precedente no solo reafirmó la autonomía del arbitraje como jurisdicción independiente, sino que también estableció al amparo como una vía excepcional que puede ser empleada para corregir la transgresión de un derecho constitucional que pudo haberse vulnerado en un laudo arbitral.

En ese sentido, el caso María Julia representa un antes y un después, reforzando la confianza del Tribunal Constitucional en el arbitraje como una vía eficaz de resolución de conflictos. A través de este precedente, se dejó de desnaturalizar la figura de este mecanismo, que venía siendo afectada en anteriores sentencias, y se identificó un marco claro de intervención para el control constitucional en la jurisdicción arbitral.

Finalmente, frente a los desafíos y debates que han sido generados durante estos años, se busca reflexionar sobre cómo esta sentencia ha contribuido a fortalecer la seguridad jurídica del arbitraje y cómo el Tribunal Constitucional ha evolucionado en este camino de desarrollo jurisprudencial.

2. El arbitraje en el marco constitucional peruano

2.1. El arbitraje y su reconocimiento constitucional

La Constitución Política de 1993 reconoce al arbitraje como una jurisdicción independiente de la siguiente manera:

> 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.
>
> […]

A partir de lo expuesto, el Tribunal Constitucional desarrolló este principio y su relevancia, resaltando que, a pesar de la especial naturaleza que tiene el arbitraje, este no supone reemplazar un proceso judicial. Al respecto, establece que:

> El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa al 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 (Expediente 6167-2005-PHC/TC, F. J. 10).

De esta manera, si bien el arbitraje se fundamenta principalmente en la voluntad de las partes, ya que estas son las que deciden someter sus controversias a un tribunal arbitral en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria, la autonomía de este puede manifestarse en varios aspectos.

En primer lugar, debemos mencionar que las partes tienen la libertad de elegir a los árbitros, así como definir el procedimiento y establecer una serie de reglas que serán aplicables. En segundo lugar, los laudos arbitrales tienen efectos similares a las sentencias judiciales, ya que son ejecutables. Finalmente, el arbitraje está sujeto a un control limitado, principalmente, a través del recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071).

Ahora bien, de acuerdo con lo mencionado, si bien el arbitraje se rige por la voluntad de las partes y por la independencia jurisdiccional otorgada por la Constitución, no debe ser visto como un mecanismo que usurpe las funciones del Poder Judicial, sino que opera como una

herramienta complementaria. Esta distinción es de suma importancia, ya que determina que el arbitraje no debilita el sistema judicial, sino que ofrece una suerte de vía alternativa especializada para resolver conflictos.

Por otro lado, esta independencia no implica que el arbitraje funcione al margen de los principios constitucionales o de los derechos reconocidos por la Constitución, tal como señala el Tribunal Constitucional:

> 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 (Expediente 6167-2005-PHC/TC, F. J. 9).

En este sentido, el arbitraje no puede ser una "isla" fuera del control constitucional, sino que debe integrarse al sistema de justicia del Estado, ya que su funcionamiento y legitimidad dependen de un marco normativo que garantice el respeto a los principios fundamentales del derecho, como la igualdad, la legalidad, el debido proceso y el acceso a la justicia.

Por lo tanto, es evidente que el arbitraje, aunque goza de autonomía, respeta el marco constitucional. Esta relación de complementariedad y control se ha ido desarrollando a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde el caso Pesquera Rodga (Expediente 0189-1999-AA/TC); el caso CODISA (Exp. N° 05311-2007-PA/TC), que generó fuertes críticas, y el caso María Julia, que es el centro del presente artículo.

2.2. El control constitucional sobre la jurisdicción arbitral antes del caso María Julia

Continuando con el análisis del tema que nos convoca en este artículo, antes del caso María Julia, el Tribunal Constitucional ya había abordado el tema del control constitucional sobre las decisiones arbitrales. Pues, si retrocedemos en la línea de tiempo de jurisprudencia relevante en el tema, el caso Pesquera Rodga marcó un cambio, ya que el Tribunal Constitucional indicó que:

> A menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal (Expediente 0189-1999-AA/TC, F. J. 5).

A través del citado análisis, el Tribunal Constitucional determinó que es posible cuestionar un laudo arbitral a través de un proceso constitucional, basándose en que, si en ciertas circunstancias es posible cuestionar resoluciones de la jurisdicción ordinaria o la militar, no debería existir motivo para impedir su uso frente a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, quedaba pendiente definir específicamente en qué casos y bajo qué condiciones procedería el amparo.

Aunque los criterios establecidos se alineaban con la jurisprudencia vigente sobre el control constitucional de resoluciones judiciales, es en esta sentencia en la que se reconoció la posibilidad de permitir el amparo arbitral. Por lo cual, se preció cuáles serían los límites para su procedencia a través de dos supuestos; no obstante, esta postura generó preocupación, ya que se temía que el amparo se convirtiera en una tercera instancia para revisar decisiones arbitrales.

En ese contexto, si continuamos avanzando en esta línea del tiempo, una de las sentencias más relevantes fue la del caso Cantuarias, en el que el Tribunal Constitucional estableció que:

> 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 […]. 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. […] 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 (Expediente 06167-2005-HC/TC, F. J. 14).

Esta decisión marcó un cambio importante, ya que reconoció la autonomía del arbitraje como una jurisdicción independiente, pero también estableció límites para la intervención del Tribunal Constitu-

cional. Sin embargo, la falta de criterios claros generaba cierta incertidumbre en los límites del control constitucional sobre el arbitraje. Por otro lado, se admitía la posibilidad de revisar los laudos arbitrales en vía de amparo contra el laudo. Esta ambigüedad provocó que se abra la puerta del arbitraje y se haga un uso excesivo del amparo para cuestionar decisiones arbitrales, lo cual traía como consecuencia la afectación de la eficiencia y finalidad de este mecanismo.

En efecto, en muchos casos, las partes recurrían al amparo no porque necesariamente se haya vulnerado algún derecho fundamental, sino porque estaban en desacuerdo o insatisfechas con el laudo arbitral, lo cual llevó a que este se desnaturalice y pierda poco a poco su esencia como una vía célere y especializada para la resolución de conflictos. Además, la finalidad de abrir esta puerta del arbitraje no debería ser sobrecargar al Tribunal Constitucional con demandas relacionadas con la revisión de aspectos sustantivos o procedimentales que ya habían sido resuelto por árbitros.

Asimismo, el Tribunal Constitucional determinó que el control constitucional sobre el arbitraje debe ser *a posteriori* y sujeto al agotamiento de las vías previas, como el recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje. Este criterio buscaba equilibrar la autonomía del arbitraje con la protección de los derechos fundamentales, pero no logró resolver completamente la tensión entre ambos principios. En la práctica, como se mencionaba, muchas partes continuaron utilizando el amparo para cuestionar laudos arbitrales.

Consecuentemente, ello generó críticas, pues se argumentaba que el amparo no debería convertirse en una herramienta para revisar cuestiones de fondo que corresponden al ámbito del arbitraje. No obstante, debemos destacar que el caso Codisa es el que fue severamente cuestionado, ya que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional analizó el fondo de la controversia y dejó sin efecto al laudo por razones de fondo. Así, se mencionó que:

> el argumento utilizado en el laudo […] resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, resulta plenamente legítima como necesaria la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional (Expediente 05311-2007-AA/TC, foja 23).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional define que los laudos arbitrales sí pueden ser objeto de control constitucional, aunque las críticas a esta sentencia están referidas a la manera en que se realizó el análisis, ya que se aludieron temas de fondo y se cuestionó la valoración de los árbitros al momento de emitir el laudo arbitral. En concordancia con ello, insistimos en que el arbitraje no debe ser desnaturalizado al estar basado en la autonomía de las partes, es decir, las partes son las que se someten y aceptan que su controversia sea resuelta por árbitros que estas mismas seleccionan.

En este breve recorrido por la jurisprudencia relevante del control constitucional al arbitraje, hemos podido recoger que, si bien se pretende respetar la independencia jurisdiccional del mismo, este no puede vulnerar derechos fundamentales o principios constitucionales. Ante ello, es necesario que se precisen los límites que deben tomarse en cuenta a la hora de ejercer dicho control constitucional, evitando reexaminar la interpretación y valoración ya realizada por los árbitros, así como prevenir usar excesivamente el amparo y no confundirlo como una instancia más para discutir el laudo arbitral.

De manera que, ante este debate, es fundamental analizar cómo el caso María Julia contribuyó a definir y consolidar los principios del control constitucional en la jurisdicción arbitral, evitando que ello se convierta en una herramienta que socave la finalidad y eficacia del arbitraje.

3. El hito que marcó el caso María Julia respecto al control constitucional del arbitraje

3.1. El límite del control constitucional a la jurisdicción arbitral

El caso María Julia representó un punto de inflexión en materia de arbitraje y el derecho constitucional. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional estableció que el control constitucional sobre los laudos arbitrales debe ser excepcional, priorizando el agotamiento de las vías previas, como el recurso de anulación del laudo previsto en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), indicando que quien acude a este recurso ya no podrá *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo. Este criterio busca evitar el uso excesivo del amparo, introduciendo al recurso de anulación del laudo como una vía igualmente satisfactoria de acuerdo al actual inciso 2, artículo 7, del Nuevo Código Procesal Constitucional, que establece:

> Artículo 7.- Causales de improcedencia
>
> 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 habeas corpus.
>
> […]

En efecto, el Tribunal Constitucional, a partir de este precedente, marca un antes y un después, enmendando lo que se había desarrollado en sentencias anteriores. Pues, en el breve recorrido que hicimos en el apartado anterior, podemos apreciar cómo se trata de integrar y armonizar al arbitraje dentro de la administración de justicia a través de una serie de criterios que trataron de preservar la autonomía de este mecanismo; aun así, se crearon espacios en los que se desnaturalizó la figura del mismo mediante decisiones que intentaron retratar erróneamente el amparo frente al arbitraje e, incluso, tratando temas de fondo determinados en los laudos.

Ahora bien, con el caso María Julia, al limitarse la competencia del Tribunal Constitucional respecto al control constitucional en el arbitraje, se busca impedir la interposición tardía del amparo contra las resoluciones judiciales que ponían fin a los recursos de anulación. De igual manera, refiriéndonos a la vía igualmente satisfactoria, se trató de frenar la interposición de acciones de amparo sin antes haber recurrido a la vía de anulación de laudo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional menciona que:

> En tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulto 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 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 5 del CPConst. (Expediente 00142-2011-AA/TC, F. J. 18).

Precisamente, se trató de encajar la naturaleza del amparo arbitral como un mecanismo corrector excepcional. Entonces, el recurso

de anulación del laudo arbitral, al ser eficaz para corregir pronunciamientos arbitrales que vulneren derechos constitucionales, no debe considerarse como una vía previa en el sentido tradicional. Es decir, no es un paso obligatorio que se debe cumplir antes de interponer un amparo, sino una vía procedimental igualmente satisfactoria.

En consecuencia, si una persona decide impugnar un laudo a través de dicho recurso, debe asumir que la decisión será definitiva y la última instancia a la que podrá recurrir, cerrando la posibilidad de optar posteriormente por un amparo. Por lo cual, ya habiendo determinado la naturaleza de ambas figuras, el Tribunal Constitucional establece, con calidad de precedentes vinculantes, una serie de criterios a emplearse en materia de amparo arbitral:

> 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 63 del Decreto Legislativo N° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley N° 26572, respectivamente (Expediente 00142-2011-AA/TC, F. J. 20, literal "c").

Entonces, ello supone que el amparo no es procedente para impugnar la inexistencia de un convenio arbitral, ya que existen mecanismos específicos dentro del marco normativo que regulan el arbitraje para resolver este tipo de controversias. Es ese sentido, el recurso de anulación del laudo es la vía adecuada, al permitir cuestionar un laudo arbitral cuando se demuestre que el arbitraje se llevó a cabo sin un convenio válido entre las partes.

De esta manera, a través de este límite planteado, se preserva la autonomía del arbitraje, evitando que el amparo se utilice como una vía paralela que prolongue innecesariamente los litigios. Asimismo, se promueve la eficiencia y celeridad del arbitraje, ya que con las anteriores posiciones del Tribunal Constitucional, como en el caso Cantuarias Salaverry, el arbitraje no concluía solo en el laudo arbitral, sino que también se abría la amplia posibilidad de recurrir al amparo, lo cual resultaba en un proceso inacabable.

Por otro lado, respecto a los supuestos mediante es posible acceder al amparo contra un laudo arbitral[2], estos se dan cuando se in-

2 Tribunal Constitucional del Perú. Caso Minera María Julia (Expediente 00142-2011-AA, fundamento jurídico 21).

voque la vulneración de un procedente vinculante ya establecido por el Tribunal Constitucional y no merituado por el Tribunal Arbitral; cuando se haya ejercido un control difuso sobre una norma declarada constitucional, invocándose la contravención del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y cuando el amparo se interponga por un tercero que no sea parte del convenio arbitral y se afecten sus derechos constitucionales, como consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14[3] del Decreto Legislativo 1071.

Por tanto, con la determinación de los supuestos para la procedencia del amparo contra un laudo arbitral, se trata de enmarcar la intervención del Tribunal Constitucional, sin realizar interpretaciones que se encuentren fuera de su competencia y, mucho menos, sin afectar la naturaleza especial del arbitraje. Bajo estos parámetros, también se da un énfasis a que tampoco se podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje, evitando cometer errores del pasado.

Concluyendo este apartado, en resumen, el caso María Julia marcó un antes y un después al establecer precedentes vinculantes sobre el control constitucional del arbitraje. El Tribunal Constitucional estableció reglas claras sobre la improcedencia del amparo cuando existen vías, como el recurso de anulación, que son igualmente satisfactorias. Es precisamente este criterio el que ha contribuido a fortalecer la seguridad jurídica en el arbitraje, ya que las partes saben que no pueden recurrir al amparo para cuestionar laudos arbitrales, salvo en casos excepcionales.

Además, el Tribunal Constitucional limitó el uso del amparo arbitral, sin dejar que este desaparezca. De hecho, este criterio ha sido aplicado posteriormente, como en el caso Corporación Meier (Expediente 4972-2006-PA/TC), en el que el Tribunal Constitucional rechazó una demanda de amparo contra un laudo arbitral, señalando que no se había demostrado una vulneración de los derechos fundamentales.

---

3 "Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

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".

3.2. El control difuso de constitucionalidad en el arbitraje

Si bien es cierto, como hemos mencionado en el apartado anterior, el arbitraje es una jurisdicción independiente de acuerdo a lo establecido por el artículo 139 de la Constitución Política, por lo que esto no debe afectar al principio de unidad de la función jurisdiccional. Precisamente, en relación con ello, otro aporte relevante del caso María Julia fue el reconocimiento de que los árbitros pueden y deben ejercer el control difuso de constitucionalidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional menciona que:

> Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional (Expediente 00142-2011-AA/TC, F. J. 24).

En ese contexto, los árbitros también tienen la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad; en tal sentido, si en un proceso arbitral se presentara una incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los árbitros deben elegir la primera. Por tanto, esta capacidad no debe interpretarse de manera restrictiva solo para la jurisdicción ordinaria, sino que también los árbitros pueden ejercer el control difuso cuando corresponda.

De igual manera, ya que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por parte de los árbitros debe ser delimitado por el Tribunal Constitucional para que cumpla con su finalidad, se instituye la siguiente regla:

> El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes (Expediente 00142-2011-AA/TC, F. J. 26).

Ahora bien, conforme a lo citado, el control difuso que se ejerce en la sede arbitral implica que los árbitros interpreten y apliquen leyes según los principios constitucionales y también deben tener en cuenta la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional. Por ello, este criterio refuerza la idea de que el arbitraje no puede operar al margen de los principios constitucionales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que los árbitros deben respetar y aplicar la Constitución Política en sus decisiones, especialmente cuando se trata de garantizar principios como el de debido proceso y la tutela procesal efectiva. Ello fue aplicado en casos posteriores, como en el caso PROME Contratistas (Expediente 4195-2006-PA/TC), en el que se anuló un laudo arbitral por considerar que los árbitros habrían vulnerado el principio de debido proceso.

En resumen, el Tribunal Constitucional ha ido definiendo hasta dónde puede llegar el control constitucional en el arbitraje, buscando un equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales y la independencia de este mecanismo. En este camino, el caso María Julia marcó un hito, dejando claras las reglas del juego y transformando la manera en que el arbitraje y el derecho constitucional se relacionan en el Perú.

4. El impacto del caso María Julia en la práctica arbitral y en el derecho constitucional

En suma, de acuerdo al análisis realizado en párrafos anteriores, podemos afirmar que la posición del Tribunal Constitucional que se vio reflejada en el caso María Julia enmendó los errores cometidos por anteriores plenos, lo que consecuentemente significó un gran impacto en la práctica arbitral peruana al fijar puntos claros de lo que deberíamos entender respecto a la relación entre el arbitraje y el control constitucional. Este aporte se ha reflejado en distintos ámbitos, desde la seguridad jurídica en los procesos arbitrales hasta la manera en que los árbitros asumen su importante rol de acuerdo a las competencias que les corresponden ejercer.

Pues bien, consideramos este caso como una pieza sumamente clave para el arbitraje, no solo al establecer parámetros que ya se venían discutiendo en anteriores plenos, sino también porque se fijaron límites necesarios para dejar de poner en tela de juicio la naturaleza especial del arbitraje. Cabe resaltar que, si damos una mirada hacia atrás,

antes de esta sentencia existía incertidumbre sobre en qué condiciones las personas podían recurrir a un amparo arbitral; sin embargo, es este precedente el que refuerza la idea de que el uso del amparo se debe dar en situaciones excepcionales.

En efecto, el arbitraje no debe ser desnaturalizado, pero ello no debe significar que este deba desarrollarse sin tener en consideración a nuestro marco constitucional; por el contrario, el Tribunal Constitucional ha intentado durante estos años encajar a este mecanismo dentro del sistema de justicia, y determinar que los derechos fundamentales y los principios recogidos en nuestra Constitución deben ser salvaguardados. Como consecuencia de ello, la labor de los árbitros ha tomado un rol más importante, puesto que asumen el rol de ejercer correctamente el control difuso, lo cual exige la necesidad de una formación cada vez más especializada.

Sin embargo, si cambiamos el enfoque y nos centramos en el derecho constitucional, el caso María Julia ha dejado un precedente y cambió la perspectiva que se tenía de la relación entre esta rama del derecho y el arbitraje. La evolución de las decisiones tomadas en anteriores plenos, que algunas veces parecían un retroceso, al precedente analizado en este artículo, sirvió como ejemplo de cómo podemos encajar de manera armoniosa al arbitraje sin dejar que el Tribunal Constitucional sea visto como una instancia más en este proceso.

De este modo, en cuanto al derecho constitucional, este caso ayudó a reafirmar una vez más la primacía de la Constitución, dejando en claro que el arbitraje no es un mecanismo ajeno a la administración de justicia, y que principios como el de debido proceso y tutela procesal efectiva deben ser respetados sin excepción, independientemente de que el caso sea resuelto por jueces ordinarios o por árbitros.

Aunque debemos reconocer que aún existen desafíos en este ámbito, identificando el riesgo de una excesiva intervención por parte del Tribunal Constitucional, el arbitraje en el Perú sigue avanzando en la dirección correcta, creando un equilibrio, sin tener que analizar el fondo de los casos que pueden llegar a través del amparo arbitral.

El reto, entonces, es mantener este punto de equilibrio en el que se garantice la protección de los derechos y principios sin comprometer la autonomía del arbitraje. Solo así se podrá consolidar un sistema que brinde confianza a las partes que se someten voluntariamente a este mecanismo, sobre todo, si consideramos la importancia que tiene

en las contrataciones con el Estado, ya que este es el mecanismo obligatorio al que se someten las partes para la resolución de conflictos que puedan acontecer.

5. Conclusiones

Se concluye entonces que, el caso María Julia marcó un antes y un después en el control constitucional del arbitraje en el Perú, sin dejar que el amparo arbitral desaparezca, sino limitándolo para que sea empleado cuando sea necesario y ante las condiciones fijadas. A través de este precedente, el Tribunal Constitucional estableció criterios claros para evitar que el amparo sea percibido como una instancia adicional para discutir laudos arbitrales. Con ello, se logró reforzar la idea que se ha venido discutiendo en un debate que parecía interminable: el recurso de anulación del laudo es una vía igualmente satisfactoria, sin la necesidad de recurrir a un proceso constitucional.

Resulta claro, entonces, que este enfoque contribuyó en gran medida a la seguridad jurídica del arbitraje, asegurando que las reglas de juego sean claras para las partes que decidan someterse a este mecanismo. De igual manera, si nos referimos al papel del control constitucional, este surgiría únicamente en casos excepcionales. Por lo tanto, de acuerdo al tema que nos convoca en este artículo, podemos afirmar que se evitó que el amparo se convirtiera en una suerte de estrategia dilatoria que podrían utilizar las partes cuando no se encuentren de acuerdo con el laudo arbitral.

Asimismo, considerando los puntos mencionados, el Tribunal Constitucional reconoció la facultad de los árbitros para ejercer el control difuso de constitucionalidad. Esto significa que, en caso de conflicto entre una norma legal y la Constitución, los árbitros tienen la potestad de aplicar esta última, fortaleciendo así el rol del arbitraje como una jurisdicción independiente pero alineada con los principios fundamentales del sistema jurídico peruano.

Finalmente, el precedente no solo estableció límites precisos para la intervención en el arbitraje, sino que también reafirmó la importancia de este mecanismo en la administración de justicia. Al definir con mayor claridad las reglas para el control constitucional del arbitraje, se logró un equilibrio entre el respeto a la autonomía arbitral y la garantía de los derechos fundamentales, consolidando un marco más sólido para su aplicación en el país.

REFERENCIAS

Álvarez Miranda, E. (2022). *El rol del Tribunal Constitucional en el marco de la crisis política peruana*. Universidad de Pisa.

Constitución Política del Perú (1993).

Decreto Legislativo 1071. Ley de Arbitraje.

Tribunal Constitucional del Perú. Caso María Julia (00142-2011-AA/TC).

Tribunal Constitucional del Perú. Caso Cantuarias (06167-2005-HC/TC).

AMPARO ARBITRAL: AVANCES JURISPRUDENCIALES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Natale Amprimo Pla[1]
Rodolfo Núñez Robinson[2]

Resumen

El presente artículo analiza la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano con respecto al amparo arbitral. En ese sentido, los autores explican que las decisiones y actuaciones arbitrales se encuentran sujetas al control constitucional cuando se verifique la vulneración de derechos fundamentales. Para ello, estudian los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional referidos al proceso de amparo arbitral, y los criterios que se establecieron en cada una para iniciar dicho proceso, haciendo énfasis en el precedente vinculante vigente establecido en la sentencia del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Exp. 00142-2011-PA/TC) que delimita los supuestos para cuestionar decisiones arbitrales a través del amparo.

1 Abogado por la Universidad de Lima. Socio principal en Amprimo, Flury, Barboza & Rodríguez Abogados.

2 Abogado y especialista en Derecho Procesal (PSE) por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), especializado en derecho procesal y constitucional, así como en derecho de la ciberseguridad con enfoque en gestión de riesgos y respuesta de incidentes por la Universidad de Harvard. Asociado Senior en Amprimo, Flury, Barboza & Rodríguez Abogados.

1. Introducción: la Constitución como parámetro de control y los derechos fundamentales como límites

Los derechos fundamentales son los más básicos de los derechos de las personas, que encuentran fundamento en su dignidad y constituyen, sin lugar a dudas, los cimientos del Estado y de la sociedad. De hecho, así lo entiende nuestra Constitución, al establecer, en su primer artículo, que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Dicha norma sirve como sustento para el desarrollo de los derechos fundamentales y los permite definir como un conjunto de derechos y garantías que componen el orden más básico y elemental que todo ordenamiento jurídico debe respetar, pues en ellos se manifiesta el sistema de valores que el constituyente ha considerado como necesario para estructurar nuestra sociedad. Esta postura ha sido recogida por el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el Expediente 1042-2002-AA/TC:

> [Los] derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica (f. j. 2.2).

A nivel doctrinario, Ferrajoli (2004) los define como sigue:

> son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *"status"* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (p. 37).

Siguiendo dicho derrotero, es seguro concluir que los derechos fundamentales ostentan gran importancia en el desarrollo de un Estado constitucional y democrático de derecho, pues, como señala Loewenstein (2018), son el más eficaz "reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar" (p. 391). Y es que, justamente, estos sirven como una garantía que limita el ejercicio del Estado frente a privados,

como a privados entre sí. Así, varias teorías se han desarrollado sobre los niveles de cumplimiento de estos derechos, siendo relevante citar por todos la siguiente:

> En línea con lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de "niveles" de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro "niveles" de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho tenga acceso al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (Abramovich y Courtis, 2002, p. 29).

Precisamente, por ello, es que las personas, como sujetos de derechos, pueden exigir al Estado o a privados que se respeten sus derechos fundamentales. Esto es conocido como la "dimensión subjetiva de los derechos constitucionales", la cual ha sido desarrollada en el fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA/TC, en donde se explicita la habilitación de todo titular de exigir el respeto ante injerencias, estatales o privadas, al Estado –específicamente, a los órganos jurisdiccionales–:

> La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible.
>
> **En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales** [énfasis añadido]. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que

> ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

Esta protección de intervenciones injustificadas o impenetrabilidad, es conocida como la eficacia de los derechos fundamentales que, a su vez, tiene dos dimensiones: horizontal y vertical. Esta distinción, ya plenamente aceptada en nuestro país, ha sido desarrollada en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente 2989-2015-AA/TC:

> En el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo a garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora dimensión objetiva– (Sentencia emitida en el Expediente 3741-2004-PA/TC).

En buena cuenta, la premisa central de todo Estado constitucional y democrático de derecho, dicho en términos sencillos, es que toda persona —natural o jurídica— puede exigir el respeto de sus derechos fundamentales, independientemente de la naturaleza de aquellos (sean sociales, culturales, procesales), puesto que la Constitución, como norma política y jurídica, es el máximo parámetro de control en el ordenamiento jurídico. Y ello, precisamente, ha sido sentenciado por el Tribunal Constitucional al concluir que no existen islas exentas de control constitucional[3].

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC, con calidad de precedente vinculante, ya el supremo intérprete de la Constitución ha aseverado que es una interpretación inconstitucional sostener que una resolución —incluso, en el caso concreto del Jurado Nacional de Elecciones (JNE)— que afecta derechos fundamentales se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso de amparo[4].

---

3 Véase la sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC.

4 Véase la sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC (f. j. 35 y segundo punto resolutivo).

Y lo mismo sucede con el arbitraje: no existen dudas de que los laudos arbitrales o las actuaciones producidas dentro de un proceso arbitral pueden ser controladas por un proceso de amparo, siempre que se verifiquen severas afectaciones a derechos fundamentales, específicamente, de orden procesal. Así las cosas, y bajo ese contexto, en el presente trabajo haremos un recorrido del avance de la jurisprudencia constitucional sobre el particular, a efectos de identificar las reglas jurídicas fijadas por el Tribunal Constitucional en esta materia.

2. El proceso de amparo arbitral: avances de la jurisprudencia constitucional peruana

Como todo en Derecho, existen siempre derechos dicotómicos que pueden parecer contrapuestos debido a la tensión que existe entre estos: libertad de información versus privacidad o seguridad nacional, propiedad versus límites urbanísticos o interés social, derecho a vivir en un ambiente equilibrado y tranquilo para el desarrollo de la vida versus derecho a la protesta. Lo mismo ocurre en el arbitraje: existe una tensión entre el derecho a un debido proceso y el principio-derecho de mínima intervención judicial, la cual se traduce en que la revisión de los laudos sea solo por anulación —lo cual supone que las razones deben encontrarse taxativamente reguladas en la ley de la materia—. Sin embargo, no es menos cierto que, independientemente del proceso especial (proceso de anulación de laudo arbitral), existen casos en donde se permite la interposición de una demanda de amparo para poder tutelar derechos fundamentales vulnerados en un arbitraje.

Así, la finalidad del presente artículo será recopilar las principales decisiones del Tribunal Constitucional sobre la materia, a efectos de poder identificar las razones que permitirán a los justiciables recurrir con éxito a la jurisdicción constitucional para cuestionar decisiones emitidas en un arbitraje.

2.1. Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry)

En este proceso de hábeas corpus, el guardián de la Constitución fijó importantes parámetros a considerar para poder cuestionar jurisdiccionalmente un laudo arbitral. El caso, de manera resumida, versa sobre un hábeas corpus contra resolución judicial en donde el demandante cuestionó la denuncia hecha en su contra por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal.

En esta oportunidad, siendo una de las primeras decisiones de esta naturaleza que llegaban a la jurisdicción contenciosa del colegiado constitucional, se desarrollaron una serie de criterios que se tomaron como requisitos para el control constitucional de resoluciones arbitrales.

En primer lugar, se definió el **principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral**, el cual nace de la norma vigente en aquel momento: el artículo 9 de la Ley 26572. De acuerdo con esta, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual 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; por lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio y del arbitraje.

Esto, sin ánimos de desviarnos del tema central, responde a la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral, el cual se considera un contrato separado del principal en donde este está contenido. A decir de Born (2024):

> La presunción de separabilidad es una de las piedras angulares conceptuales y prácticas del arbitraje internacional. La presunción se articula de diversas maneras. En palabras de una destacada autoridad del *common law*:
>
> "Las características de un acuerdo de arbitraje […] son en cierto sentido independientes del contrato subyacente o sustantivo [y] a menudo han llevado a caracterizar un acuerdo de arbitraje como un 'contrato separado'. [Un acuerdo de arbitraje] es accesorio al contrato subyacente ya que su única función es proporcionar un mecanismo para resolver disputas en cuanto a las obligaciones primarias y secundarias que surgen bajo ese contrato".
>
> Más sucintamente, "los tribunales deben tratar la cláusula arbitral como separable del contrato en el que aparece". En la misma línea, un laudo arbitral frecuentemente citado establece la presunción de la siguiente manera: "la cláusula arbitral es autónoma y jurídicamente independiente del contrato principal en el que figura".
>
> Desde la perspectiva del derecho civil, una autoridad judicial francesa clásica resume la doctrina de la separabilidad (o autonomía) de la siguiente manera:
>
> "En materia de arbitraje internacional, el convenio arbitral, concluido separadamente o incluido en el acto jurídico al que está vinculado, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica que lo excluye de ser afectado por una eventual nulidad de ese acto".[5]

5 Traducción libre

Ahora bien, sin perjuicio de ser el arbitraje eminentemente de derecho privado, este debe ceñirse a los valores y principios constitucionales, pudiendo ser sometido a control jurisdiccional. A saber, citamos los fundamentos jurídicos 17 y 18 —siendo que el 17 ostenta calidad de precedente vinculante—:

> 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.
>
> Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.
>
> 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 in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Tomando ello en consideración, la primera regla objetiva que estableció el Tribunal Constitucional es que, independientemente de la naturaleza jurídica del arbitraje, al ser un despliegue de la función jurisdiccional estatal, debe responder a razones de orden público y, por lo mismo, puede ser controlado por la justicia constitucional de manera posterior en caso de advertirse una vulneración a la tutela procesal efectiva, el incumplimiento por parte de los árbitros de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes de observancia obligatoria.

En segundo lugar, se desarrolla el **principio de interdicción de la arbitrariedad**, el cual, de manera resumida, garantiza que toda

decisión responda a un orden constitucional mínimo, incluyendo los motivos razonables y racionales que sustenten cada decisión. Así, se concluyó que, si "ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes" (Expediente 06167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 20).

Tomando en consideración dichos principios, se estableció que existe, entonces, un supuesto constitucional de excepción; puesto que el criterio de irrevisabilidad de los laudos arbitrales nace de una interpretación formal propia del valorismo legalista, ignorando los valores y principios constitucionales, tales como la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, su fuerza normativa y la interdicción del ejercicio abusivo del derecho. A decir del colegiado constitucional:

> 23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4° del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

Dicho ello, las reglas objetivas que fijó el Tribunal Constitucional en este caso son:

- El arbitraje, si bien nace de la autonomía de las partes, responde a razones de orden social y, por lo mismo, puede ser controlado por la jurisdicción constitucional en caso se advierta una vulneración a la tutela procesal efectiva, el incumplimiento por parte de los árbitros de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes de observancia obligatoria.
- El ejercicio de la función jurisdiccional a través del arbitraje no puede significar que las decisiones que se emitan en dicho proceso sean autárquicas, sino que deben seguir un mínimo respeto a los valores y principios constitucionales.
- En la medida en que la Constitución tiene una fuerza normativa y valorativa suprema, y en que el derecho no permite su ejercicio abusivo, toda resolución emitida dentro de un proceso arbitral es susceptible de control constitucional.

2.2. Sentencia recaída en el Expediente 04195-2006-AA/TC (caso Proime Contratistas Generales SA)

En este proceso de amparo, el demandante interpuso una demanda de amparo contra un laudo arbitral solicitando que el mismo sea declarado ineficaz. El Tribunal Constitucional, en esta oportunidad, estableció dos puntos importantes. El primero, desarrolló un poco más el caso Fernando Cantuarias Salaverry, señalando que no por ser el laudo arbitral, *prima facie*, inimpugnable, lo convierte en incontrolable a través de un proceso de amparo.

De hecho, el colegiado constitucional ahondó en que, al ser el proceso de anulación de laudo arbitral solo procedente cuando se presente alguna de las causales establecidas en la ley especial, las afectaciones no contempladas que comprometen seriamente algún derecho constitucionalmente protegido pueden ser tramitadas a través del proceso como medio eficaz de defensa de los derechos afectados.

En segundo lugar, se determinaron cinco reglas para el control de las decisiones arbitrales a través de la jurisdicción constitucional. Para ello citamos el fundamento jurídico 4 de la sentencia bajo comentario:

> 4. En cualquier caso, y a efectos de determinar el ámbito de actuación de este Tribunal cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales, es pertinente precisar algunas reglas para el control de estas decisiones. En tal sentido:
>
> a) El amparo resulta improcedente 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[6].

---

6 Citamos el fundamento jurídico 3 de la sentencia recaída en el expediente 04195-2006-AA/TC: "No obstante, conforme se ha establecido en esta sede (Cfr. Expedientes 6167-2005-HC y 6149-2006-AA), a fin de preservar la capacidad de los árbitros de pronunciarse acerca de su propia competencia, no podrá interponerse el amparo directamente contra un acto violatorio de derechos fundamentales acaecido en el trámite del proceso arbitral, pues, ante tal eventualidad, será necesario esperar el pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral, el que podrá ser impugnado por violación intra proceso y resolverse como una cuestión previa, de ser el caso. En este supuesto, además, se deberán interpretar extensivamente

c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.

e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

Como podemos apreciar, esta decisión resulta trascendental, pues no solo se amplía el criterio contenido en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, sino que, a su vez, se plantean requisitos de procedencia y reglas procesales que deben ser tomadas en cuenta.

2.3. Sentencia recaída en el expediente 05311-2007-PA/TC (Caso Compañía Distribuidora SA)

En este proceso de amparo, el demandante inició el proceso con la finalidad de que se declare inaplicable o se deje sin efecto un laudo arbitral que le impuso una penalidad considerada excesiva

---

las causales de admisibilidad del recurso de anulación, con relación a la cuestión incidental.

Esto, por supuesto, no quiere decir que todas las violaciones al debido proceso o demás derechos fundamentales, aun cuando ya exista un laudo, puedan ser impugnadas por medio del recurso de anulación. Como ya quedó dicho, y la propia norma así lo prevé, las causales para interponer el recurso de anulación se encuentran contempladas de manera taxativa y, aunque su interpretación sea extensiva, esta discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites infranqueables. Lo anterior no implica, por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través un proceso de amparo, de ser el caso".

(USD 36 000 000,00). En este caso concreto, el Tribunal Constitucional estimó la demanda al considerar que se había producido un ejercicio abusivo del derecho, puesto que la penalidad era excesiva. A saber:

> 20). Los suscritos Magistrados estamos plenamente convencidos que aún cuando las partes que participan en una relación contractual tienen la plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.
>
> 21). Tampoco ni mucho menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos. Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su Artículo 103° […].
>
> 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 aquellas 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.

Como vemos, en este caso el colegiado constitucional consideró que el laudo arbitral debía ser declarado inaplicable; puesto que el tribunal arbitral permitió, a través de su decisión, una situación que se considera irrazonable y desproporcional; lo cual se manifiesta a través del ejercicio abusivo del derecho de la otra parte en el arbitraje. En ese sentido, este es un claro ejemplo de que, independientemente del respeto y la no interferencia entre jurisdicciones, la jurisdicción constitucional puede controlar decisiones arbitrales que resulten injustas; pues, como lo asevera el supremo intérprete de la Constitución en su fundamento jurídico 26, "es pues, como ocurre en el presente caso, el juzgador constitucional quien tiene la última palabra" cuando estamos ante vulneraciones de derechos fundamentales.

Entonces, las dos reglas objetivas que fijó el Tribunal Constitucional en esta oportunidad son:

- La jurisdicción constitucional está habilitada para controlar decisiones arbitrales que no reparan en el ejercicio abusivo del derecho.
- La jurisdicción constitucional tendrá la última palabra respecto a vulneraciones de derechos fundamentales ocurridas en un arbitraje.

2.4. Sentencia recaída en el Expediente 02386-2008-PA/TC (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa SA)

En este caso, la demandante interpuso una demanda de amparo en contra de un laudo arbitral con el objetivo de que se deje sin efecto. Independientemente de la discusión de fondo, que versaba sobre la resolución de un contrato, el criterio del Tribunal Constitucional resulta interesante, ya que controló el laudo en un sentido novedoso: sobre la validez de un pronunciamiento sobre una materia no considerada en la norma de arbitraje. Veamos los fundamentos jurídicos 7 a 9 de la sentencia:

> 7. ¿Existió o no un avocamiento indebido del árbitro y, por ende, la violación de los derechos constitucionales denunciados? Previamente se debe establecer si la autorización concedida por RBC para la operación de una estación del Servicio de Radiodifusión Comercial por Televisión en la ciudad de Lima está considerada dentro del artículo 1°, numeral 4), de la Ley General de Arbitraje.
>
> 8. En este orden de ideas, lo que corresponde es analizar qué implica la autorización de un servicio público, la cual se da para ejercer una actividad, que además de beneficiar al autorizado, se trata de un "acto imperio" que excluye toda bilateralidad. Consecuentemente, el otorgamiento y la aprobación de los contratos que se realicen, así como la posibilidad de dejarlos sin efecto, le corresponden al MTC en su condición de responsable de normar y administrar el espectro radioeléctrico, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57° del D.S. 013-93-TCC., TUO de la Ley de Telecomunicaciones, es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación.
>
> 9. En conclusión, podemos afirmar que el laudo no debió pronunciarse sobre los derechos inmateriales. En efecto, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, […] en el proceso de anulación parcial de laudo […], estableció de manera clara e inobjetable que la Resolución Ministerial que aprobara el Contrato no debió dejarse sin efecto, por lo que este extremo de la pretensión, estando a lo expuesto, ha de ser declarado procedente.

En buena cuenta, la regla objetiva fijada por el Tribunal Constitucional en este caso es la siguiente:

- Constituye un avocamiento indebido por parte del árbitro (o tribunal arbitral) el hecho de resolver respecto a actos de competencia exclusiva del Estado (tales como el espectro radioeléctrico, que es un recurso natural de propiedad estatal).

2.5. Sentencia recaída en el Expediente 02851-2010-PA/TC (caso Ivesur SA)

En este caso, el demandante interpuso una demanda de amparo contra una serie de resoluciones emitidas en el decurso de un arbitraje, a fin de que sean declaradas nulas y sin efecto. Específicamente, estas resoluciones designaban a un miembro del tribunal arbitral, desestimaban el pedido de nulidad de la designación del árbitro y, en general, se pretendía que se dejen sin efecto todas las resoluciones en donde había participado dicho árbitro.

El Tribunal Constitucional reiteró lo desarrollado en el caso Fernando Cantuarias Salaverry y estableció un criterio adicional respecto a las vulneraciones de derechos fundamentales generadas por un arbitraje: se habilita el proceso de amparo para controlar la independencia en el acto de elección de los árbitros. Veamos los fundamentos jurídicos más relevantes:

> 10. Se aprecia pues que ninguna de las causales establecidas para la interposición del recurso de anulación de laudo se relaciona con la presente *litis*. Por tal motivo, en el caso de autos se presenta una situación excepcional que no encuentra vía previa regulada o establecida para ser recorrida. Por ello, estando a que la vía previa para el cuestionamiento de las materias postuladas en el presente caso no se encuentra regulada, le resulta inexigible a la recurrente recorrerla para habilitar el presente proceso de amparo […].
>
> 26. De todo lo expuesto, este Colegiado aprecia que, en coincidencia con lo alegado por la recurrente, efectivamente existió una vinculación o relación de dependencia entre el vocal […] y la codemandada […] al desempeñarse como apoderado, representante y abogado de ésta, relación que motivó la renuncia del referido vocal como miembro del CSA. Esta apreciación inclusive ha sido ratificada por la propia demandada (CSA) en su escrito de contestación a la demanda […]. Por tanto, se tiene por plenamente acreditado lo alegado por la recurrente en su demanda en lo relacionado a la vinculación del referido vocal con una de las partes.

> […]
>
> 30. Este Colegiado considera que demostrar la falta de imparcialidad subjetiva es particularmente difícil toda vez que supondría, en algunos casos, la necesidad de ingresar en la mente del juzgador, de allí que cobre absoluta relevancia el aforismo recogido en innumerable jurisprudencia: *justice must not only be done; it must also be seen to be done*; ello no significa que cualquier sospecha respecto de la parcialidad de cualquiera de los que intervienen en el proceso arbitral […] implicaría su descalificación; sin embargo la apariencia de legalidad en el procedimiento de designación, dado el caso, origina serias dudas *ab origen* en la tramitación justa e imparcial del caso sometido a arbitraje, siendo que dichas dudas se deben despejar antes de la resolución de la controversia, pues de lo contrario resulta imposible subsanar cualquier irregularidad en sede arbitral. Sólo así y atendiendo a la sospecha documentada y no trivial se estará garantizando el principio de independencia e imparcialidad no sólo desde la perspectiva de los hechos concretos sino también desde la perspectiva de la teoría de la apariencia, la que dado el caso implica no sólo los actos del CSA demandado sino todo aquellos que por su inacción sucedieron con posterioridad en sede arbitral. Por ello, este Tribunal aprecia que […] a partir de una evaluación de los hechos [se] habría vulnerado la garantía de imparcialidad subjetiva inherente a todo órgano encargado de velar por la garantía de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, en concordancia con la teoría de la apariencia, y con ello se han visto afectados los actos emitidos en torno a la controversia planteada […]. Por estos motivos, resulta un imperativo reconducir el proceso arbitral a sus cauces constitucionales, respetando y restituyendo a la recurrente todas y cada una de las garantías del debido proceso, debiéndose por ello estimar la demanda de amparo, y declararse a su vez la nulidad de las actuaciones referidas.

Con esta decisión, se ratificó la tesis ya uniforme del Tribunal Constitucional respecto a que es procedente el amparo arbitral interpuesto en contra de decisiones que generan vulneraciones ajenas a las causales reguladas taxativamente por la ley arbitral; y, en consecuencia, se implementó una nueva regla objetiva:

- Es procedente aquella demanda de amparo arbitral en contra de resoluciones emitidas dentro de un arbitraje que violen el derecho de imparcialidad de la función jurisdiccional, pudiendo la justicia constitucional controlar tales decisiones y restituir el cauce del proceso a la etapa que sea necesaria para asegurar el respeto al debido proceso.

2.6. Sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia)

Esta sentencia es uno de los hitos más trascendentes en la jurisprudencia constitucional, puesto que fijó las reglas de procedencia del amparo arbitral y estableció la habilitación de control *ex post* en aquellos casos en que el tribunal arbitral haya hecho ejercicio del control difuso de constitucionalidad. En este caso, la demandante interpuso una demanda de amparo en contra de un laudo arbitral con el objetivo de que sea declarado ineficaz.

Durante el análisis de la controversia, el Tribunal Constitucional fijó tres precedentes vinculantes, contenidos en los fundamentos jurídicos 20, 21 y 26, y, dentro de ellos, una serie de reglas procesales. Veamos:

> 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 Nº 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 Nº 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
>
> b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún 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.
>
> 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 63° del Decreto Legislativo N.° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65° e inciso 1 del artículo 73° de la Ley N.° 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 dere-

chos 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 63 [incisos "e" y "f"]) los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

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.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, [b]ajo los criterios o

> parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.
>
> […]
>
> 26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla: El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

Como puede apreciarse, la presente sentencia modificó los criterios ya sostenidos por este supremo colegiado constitucional en decisiones anteriores y armonizó las disposiciones del Decreto Legislativo 1071, toda vez 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 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional (Expediente 00142-2011-PA/TC, fundamento jurídico 18).

De esta manera, el alto colegiado mantiene patente la excepción de subsidiariedad del amparo contra laudos arbitrales, señalando que, aún en los casos de afectaciones a derechos constitucionales, se debe acudir específicamente a la vía del recurso de anulación de laudo. Esto último, debemos destacar, va de la mano con un precedente emitido años después, contenido en el fundamento jurídico 15 de la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, en donde se determinaron los criterios para verificar la existencia de una vía específica e igualmente satisfactoria (caso Elgo Ríos):

> 15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
>
> - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
>
> - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
>
> - Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
>
> - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
>
> En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

Dicho ello, y a modo de síntesis, con esta sentencia el Tribunal Constitucional fijó las siguientes reglas:

- El recurso de anulación constituye una vía procesal específica, igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales.
- No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales supuestamente vulnerados en el arbitraje, aun cuando estos constituyan parte del debido proceso de la tutela procesal efectiva, pues para estos casos se contempla el proceso de anulación de laudo para quien alegue que no ha podido hacer valer sus derechos.
- Es improcedente el amparo destinado a cuestionar la ausencia de convenio arbitral.
- Procede el recurso de anulación cuando las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentren sujetas a negociación.
- La interposición del amparo que desconozca estas reglas no suspende ni interrumpe los plazos para demandar en el proceso ordinario.
- Contra lo resuelto por el Poder Judicial sobre anulación de laudo, solo es procedente la interposición de una demanda de amparo contra resolución judicial.

- No se podrá declarar la improcedencia del amparo arbitral cuando (i) se invoque la vulneración directa de un precedente emitido por el Tribunal Constitucional, (ii) en el laudo se ejerza el control difuso de constitucionalidad sobre una norma declarada constitucional, y (iii) el amparo sea interpuesto por un tercero que no forme parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación a sus derechos fundamentales.

2.7. Sentencia recaída en el Expediente 08448-2013-PA/TC (caso Octavio Olegario Olivo García)

En dicho expediente, se inició un proceso de amparo con la finalidad de obtener la ineficacia —dejar sin efecto— de una serie de resoluciones emitidas dentro de un arbitraje, pero distintas al laudo arbitral. Hasta dicho momento, si bien ya se contaba con un antecedente que habilitaba dicha acción de garantías —Caso Ivesur SA—, resulta importante revisar los parámetros que fija el Tribunal Constitucional:

> 12. Que por ello, sobre la base de los fundamentos que subyacen para la impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial, es posible sostener que procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el Tribunal Arbitral en fase de ejecución del laudo arbitral, siempre que se trate de una resolución que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales, caso contrario, será declarado improcedente. En estos casos el objeto de control constitucional lo constituye la resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral. Dicho control deberá llevarse a cabo conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, la regla jurídica que fija el supremo intérprete de la Constitución es palmariamente clara: es procedente una demanda de amparo que tenga como objeto de control constitucional una resolución distinta a un laudo arbitral, siempre que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales.

2.8. Sentencia recaída en el Expediente 00305-2021-PA/TC (caso Banco de Crédito del Perú SA)

Este caso reciente, que mal se hace en considerarlo un *leading case*, nos recuerda que es procedente una demanda de amparo interpuesta en contra de resoluciones distintas a un laudo arbitral, tal como

se dio en los casos Ivesur SA y Octavio Olegario Olivo García (explicados *supra*), los cuales ya tienen más de diez años de antigüedad. En este proceso, el demandante pretendió conseguir una declaración de nulidad de diversas resoluciones arbitrales que, entre otras, extendían los efectos del convenio arbitral en calidad de parte no signataria, a pesar de ser un agente retenedor que debía cumplir con un mandato jurisdiccional.

En el análisis de procedencia, el alto colegiado constitucional mantuvo el criterio ya sostenido en anteriores oportunidades sobre la procedencia del proceso de amparo en contra de resoluciones distintas al laudo arbitral. Así, citamos el fundamento jurídico 8:

> En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional entiende que, aunque el mencionado precedente fijó una lista de supuestos de procedencia y de improcedencia del amparo arbitral; no reguló la procedencia o improcedencia de cuestionamientos relativos a resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral que afectan a terceros ajenos al proceso arbitral, en cuyo caso la demanda resulta procedente, en la medida en que no existe una vía judicial ordinaria en la que pueda cuestionarse la actuación arbitral que, según alegatos del recurrente, conculca sus derecho fundamentales al juez predeterminado por ley y a la propiedad.

La postura del Tribunal Constitucional y la regla objetiva que fija es clara: proceden las demandas de amparo contra decisiones distintas al laudo arbitral, en la medida en que no existe una vía judicial ordinaria regulada para ello. Sin embargo y esto se aplica para todos los casos anteriormente mencionados –debiendo prestar especial atención a aquellos supuestos no regulados en el precedente María Julia–, el criterio rector que determinará la procedencia del proceso de amparo arbitral –sea contra laudo o, con mayor razón, alguna resolución arbitral distinta al laudo– será el contenido en el fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el Expediente 2877-2005-PHC/TC:

> 26. La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados en los fundamentos precedentes, pues determinando con claridad qué significa el RAC y cuándo éste puede ser presentado o postulado ante la segunda instancia judicial a fin de elevarlo ante este Colegiado, se puede conseguir mejor tutela para los justiciables y el ejercicio de sus derechos. En esta línea, es conveniente resaltar lo presentado por el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, el cual establece las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Entre ellas, es relevante hacer mención de las siguientes: que los hechos y

> petitorio de la demanda no refieran directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que existan vías igualmente satisfactorias para su protección, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable.
>
> […]
>
> De tal forma, consideramos que sólo podrá admitirse una intervención de este Colegiado si es que lo que está en juego es la búsqueda real de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y hacia ello debe estar orientada nuestra actuación.

En buena cuenta, para poder acceder con éxito a la jurisdicción contenciosa del Tribunal Constitucional, debemos tener en cuenta la siguiente regla objetiva de procedencia del recurso de agravio constitucional: solo procederá cuando, entre otros, se aprecie la existencia real de necesidad de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

3. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el amparo arbitral ha tenido, desde hace más de una década, avances significativos que han ido contornando la práctica y el proceso constitucional y el arbitraje. Si bien el arbitraje es eminentemente privado, no es menos cierto que la Constitución, como *norma normarum*, es el parámetro de control supremo para todo acto que se realice en la sociedad, siendo los derechos fundamentales ahí contenidos los límites que deben ser respetados en toda actuación, máxime si es una jurisdiccional.

Si bien a la fecha, desde el precedente María Julia, ya el amparo arbitral ha dejado de ser una materia oscura y ambigua, lo cierto es que existen importantes casos previos a la emisión de dicho precedente que fueron construyendo los cimientos y criterios que el amparo arbitral debe comprender para que pueda ser postulado con éxito.

En buena cuenta, consideramos que el criterio rector que debemos tener en cuenta al momento de iniciar un proceso de amparo arbitral es lograr acreditar, entre otros, la existencia real de necesidad de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; pues, de lo contrario, iniciaríamos una contienda que está destinada al fracaso.

REFERENCIAS

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.

Born, G. B. (2024). *International Commercial Arbitration* (3.ª ed.). Kluwer Law International.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4.ª ed.). Trotta.

Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, IMPULSO A LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Álvaro Alarcón Dávalos[1]
Miguel Delgado Henderson[2]

Resumen

El arbitraje es un método alternativo de resolución de controversias que se asienta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este método ha sido configurado como un sistema de instancia única, donde la decisión del árbitro o tribunal puede ser revisada por la justicia ordinaria únicamente en situaciones muy limitadas. No obstante, algunos tribunales en España emplearon un motivo tasado en la legislación, la infracción del orden público, además de una supuesta ausencia de motivación del laudo arbitral, para actuar como un tribunal de apelación, lo que vulneró la tutela judicial efectiva de las partes, ya que se entró a conocer de nuevo el fondo de los asuntos. Esto puso en jaque a la práctica del arbitraje a nivel local durante años hasta que, finalmente, se pronunció el máximo intérprete y defensor de las garantías constitucionales: el Tribunal Constitucional.

1 Abogado por la Universidad Complutense de Madrid, con Maestría en Derecho Empresarial por el Centro de Estudios Garrigues y la Universidad de Nebrija. Asociado principal de la firma Deloitte Legal.

2 Abogado por la Universidad de Granada, con Maestría en Abogacía Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado asociado de la firma Deloitte Legal.

1. Introducción

El problema que estudia este artículo surge a raíz de un incorrecto uso del límite que se le impone al arbitraje tanto en el ámbito internacional como nacional. Como es sabido, existen motivos establecidos en la legislación para impedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en el país donde se desee ejecutar, y también causas de anulación del laudo en el país donde se dictó. Gracias al trabajo de unificación realizado por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), del 21 de junio de 1985 (Ley Modelo), 85 Estados han promulgado legislaciones basadas en dicha ley. Esto hace que las causas de nulidad del laudo a nivel internacional sean sustancialmente similares en la mayor parte de jurisdicciones del mundo. Por otra parte, estas causas también se asemejan a las existentes para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos bajo la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (CNY).

En España, las causas de nulidad del laudo arbitral se encuentran tasadas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje (en adelante, LA). Por tanto, los tribunales superiores de justicia (TSJS), encargados de conocer la acción de nulidad en cuyo territorio se haya dictado el laudo, deben limitar su actuación a comprobar los posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación real, sin que este comporte la garantía de acierto del colegio arbitral, ni un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto (doctrina del Tribunal Constitucional español [TC]).

El objetivo de este artículo es analizar cómo algunos tribunales, en particular el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), interpretaron durante un lustro (2015-2020) una causa de nulidad de la Ley de Arbitraje española; es decir, que el laudo sea contrario al orden público (artículo 41, inciso 1, literal "f" de la LA), así como una supuesta falta de motivación de los laudos (artículo 37 de la LA) para extender el concepto de orden público a niveles incomprensibles (y, ciertamente, inconstitucionales), con el fin de conocer el fondo de los asuntos y actuar como una segunda instancia revisora de la decisión arbitral. Esto desestabilizó temporalmente la seguridad jurídica del arbitraje en Madrid hasta que el TC aclaró los límites al uso del orden público como causa de nulidad de los laudos, tesis que ha sido acatada por los TSJS españoles. Por lo tanto, se ha restablecido el equilibrio preexisten-

te y se ha consolidado la posición de Madrid como una de las grandes plazas de arbitraje a nivel mundial.

Para realizar un correcto estudio de la cuestión, este artículo se sustenta en el análisis de las sentencias más relevantes emitidas por el TJSM en el periodo aludido. Asimismo, se analiza en profundidad las sentencias del Tribunal Constitucional que evaluaron la interpretación del concepto de orden público y determinaron que el TJSM se había extralimitado en sus anulaciones. En siguiente lugar, se contrastan las sentencias del TJSM más recientes para confirmar que este tribunal ha acatado la doctrina del Tribunal Constitucional. Por último, se realiza una extrapolación de la problemática solventada en España al panorama peruano.

2. El arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos

Como es de sobra conocido, el arbitraje se caracteriza por su eficiencia, la flexibilidad que ofrece a las partes, la especialización del árbitro, la institución arbitral o la corte y la confidencialidad del procedimiento.

Existen numerosos principios delimitadores del arbitraje, los cuales pueden ser divididos en función de si están referidos al procedimiento arbitral o al laudo arbitral. Con respecto al procedimiento, encontramos el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el principio de intervención mínima de los órganos judiciales y la inexistencia de una segunda instancia. Con respecto al laudo arbitral, rigen el principio de irrevocabilidad (artículo 34 de la LA), el principio de colegialidad (artículo 32 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional [CCI]), el principio de motivación (artículo 37 de la LA), el principio de congruencia y el principio de difusión limitada, es decir, confidencialidad.

La eficiencia de este procedimiento se traduce en la facilidad de ejecución, es decir, la parte perdedora deberá cumplir con el laudo dictado por el árbitro; en caso de no hacerlo, la vencedora podrá acudir a la jurisdicción ordinaria, solicitar la ejecución del laudo y así obtener toda la asistencia judicial para coaccionar a la parte vencida para cumplir con el mismo. Estas sentencias son ejecutables tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En el ámbito internacional, cabe destacar la CNY, firmada y ratificada por 166 Estados, que garantiza la eficacia de los laudos arbitrales en buena parte del globo.

3. La anulación del laudo arbitral

Expuesto lo anterior, desarrollaremos los motivos por los que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo y sus causas de nulidad, de acuerdo con la CNY y la Ley Modelo a nivel internacional y la LA (inspirada en las anteriores) a nivel español. Por su parte, a nivel peruano, encontramos el Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje Peruana), que regula el arbitraje, vigente desde el 1 de setiembre de 2008 (también inspirado en la CNY y la Ley Modelo).

3.1. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

La CNY, de la que España es parte desde el año 1977, establece en sus arts. V y VI las circunstancias en las se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo.

El arículo V de la CNY recoge en su apartado 1 las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, alguna de las siguientes circunstancias:

- **Inexistencia de acuerdo de arbitraje válido** (artículo V.1 A, CNY). Un claro ejemplo de ello sería la falta de capacidad de uno de los firmantes del convenio arbitral.
- **Existencia de serias irregularidades procesales en el arbitraje** (artículo V.1 B, CNY). Un claro ejemplo de ello sería la falta de notificación de la solicitud de arbitraje a la demandada.
- **El tribunal resolvió sobre asuntos fuera de su jurisdicción** (artículo V.1 c, CNY). Un claro ejemplo de ello sería que el tribunal se pronunciase sobre un tema que las partes hubiesen omitido en sus escritos.

  Asimismo, en la sección "d" de este mismo artículo, se establece que el procedimiento arbitral deberá ajustarse al acuerdo de partes o a la ley del país donde se ha efectuado dicho arbitraje.
- **Posible provisionalidad del laudo** (artículo V.1 e, CNY).

Asimismo, el apartado 2 del artículo V de la CNY recoge dos causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de la senten-

cia, de oficio por la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- **Asunto no sujeto a arbitraje** (artículo V.2 A, CNY), que se rige por aquellas materias que, según la ley nacional, no son de libre disposición conforme al derecho.
- **Contrario al orden público** (artículo V.2 b, CNY).

3.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985

A su vez, la CNUDMI elaboró una Ley Modelo de Arbitraje para que los Estados que quisieran la pudieran usar de ejemplo a la hora de redactar sus leyes de arbitraje nacionales. La impugnación del laudo y los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de este vienen regulados en los capítulos VII y VIII de la Ley Modelo (artículos 34 y 36).

De esta forma, el artículo 34, desarrolla brevemente la petición de nulidad como único recurso contra el laudo y replica los motivos anteriormente expuestos en los artículos V y VI de la CNY, los cuales, asimismo, servirán de base a las causas de nulidad del artículo 41 de la Ley de Arbitraje. Adicionalmente, se añade un límite temporal a la petición de nulidad, la cual no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de recepción del laudo.

Por su parte, el artículo 36, expone los motivos para su denegación del reconocimiento y la ejecución (los mismos que los establecidos en la CNY). Además, se incluyen, en el apartado segundo del artículo 36, los casos en los que el laudo haya sido anulado o suspendido.

Finalmente, debemos destacar el párrafo 44 de la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo. En él se señalan diferencias prácticas entre los motivos para declarar la nulidad de un laudo y los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución. En primer lugar, con respecto al orden público, ya que estos motivos difieren en cuanto al fondo dependiendo del Estado que los trate. En segundo lugar, la anulación de un laudo en el país en el que se ha dictado impide su ejecución en todos los países, mientras que los motivos para denegar el reconocimiento solo son válidos en el Estado en la que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución.

3.3. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje

De acuerdo con el artículo 43 de la LA, "[e]l laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación". La LA se ha basado en la Ley Modelo, por lo que los motivos de anulación del laudo son casi idénticos a los especificados en los artículos 34 y 36 Ley Modelo. Por otro lado, el artículo 37 de la LA añade un nuevo motivo de anulación, la falta de motivación del laudo.

a. Causas de anulación previstas en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje

El laudo solo podrá ser anulado cuando se alegue y pruebe:

a) Que el **convenio arbitral no existe** o **no es válido**.

b) 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.

c) Que los árbitros han resuelto sobre **cuestiones no sometidas a su decisión**.

d) Que **la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes**, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

e) Que los árbitros han resuelto sobre **cuestiones no susceptibles de arbitraje**.

f) Que el **laudo es contrario al orden público**.

Por otro lado, su apartado cuarto aclara que "la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación". De esta forma, se reduce el plazo de prescripción de la acción de anulación de tres meses (artículo 34 de la Ley Modelo) a dos meses (artículo 41.4 de la LA). Todo ello se traduce en que las causas de anulación son escasas y están tasadas, y su aplicación debe ser de forma restrictiva para cumplir así con la finalidad última de este ADR, la eficiencia del arbitraje y la eficacia del laudo.

b. Breve análisis de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid más relevantes de 2018 a 2020 sobre la anulación de laudos arbitrales hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Para facilitar la lectura, se recoge en la tabla 1, las causas de anulación alegadas en dicho periodo y cuáles fueron aceptadas por el TSJM. Se aprecia un cambio en las causas empleadas por los recurrentes y aceptadas por el TSJM de 2018 con respecto a 2019. Mientras que, en 2018, las causas fueron principalmente procedimentales o relacionadas con defectos del convenio arbitral; en 2019, las causas de nulidad fueron más variadas y, en multitud de ocasiones, se ampararon en el orden público.

TABLA 1

	2018	2019	2020
Invalidez del convenio arbitral	— STSJM 6/2018 — STSJM 26/2018 — STSJM 41/2018	STSJM 5/2019	— STSJM 7/2020 — STSJM 18/2020 — STSJM 26/2020
Falta de notificación de las actuaciones arbitrales	— STSJM 14/2018 — STSJM 22/2018		— STSJM 9/2020 — STSJM 12/2020 — STSJM 20/2020
Resolución del árbitro de una cuestión no sometida a su decisión	No estimado por la sala	No estimado por la sala	STSJM 29/2020
Que el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre partes, salvo que dicho acuerdo fuese contrario a una norma imperativa	No estimado por la sala		No estimado por la sala
Resolución del árbitro de una cuestión no susceptible de arbitraje		STSJM 9/2019	
Laudo contrario al orden público	— STSJM 1/2018 — STSJM 9/2018 — STSJM 15/2018 — STSJM 27/2018 — STSJM 46/2018 — STSJM 49/2018	— STSJM 1/2019 — STSJM 3/2019 — STSJM 4/2019 — STSJM 9/2019 — STSJM 10/2019 — STSJM 23/2019 — STSJM 25/2019 — STSJM 26/2019 — STSJM 36/2019 — STSJM 43/2019 — STSJM 46/2019	— STSJM 11/2020 — STSJM 13/2020 — STSJM 16/2020 — STSJM 29/2020

Con respecto a la anulación de laudos por la supuesta infracción del orden público, los principales motivos alegados por los demandantes fueron: defectos de composición del tribunal arbitral; concurrencia de prejudicialidad penal; valoraciones irracionales en los medios de prueba alegados; falta de motivación; y, en último lugar, la falta de suspensión del procedimiento cuando debiera haber sido suspendido (Porras, 2020).

Destaca por último como en 2020, se produjo un descenso en la utilización de esta causa de nulidad. Esto se debe a la Sentencia 46/2020, en la que se determinó que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite la revisión del fondo de la decisión de los árbitros.

4. Extensión del concepto de orden público con el fin de pronunciarse sobre el fondo del asunto

Tras analizar las causas de anulación del laudo y su empleo por los tribunales durante los últimos años, nos ceñiremos de forma exclusiva a cómo el TSJM interpretó el concepto de orden público en relación con la invalidez del convenio arbitral (STSJM 33/2017) y a la falta de motivación del laudo (STSJM 1/2018), para efectuar una revisión en una suerte de "segunda instancia", y cuál fue la respuesta del TC (SSTC 46/2020 y 17/2021).

4.1. Análisis del concepto de orden público (material y procesal) en el ordenamiento jurídico español

El orden público es un concepto jurídico indeterminado que no viene regulado en la legislación, por lo que debemos atender a la definición que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, el propio TC ha definido el **orden público material** como "el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada" (SSTC 15/1987, 116/1988 y 54/1989).

En segundo lugar, el **orden público procesal** se configura como "el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal y, en consecuencia, solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de

nulo por vulneración del orden público" (Sentencia 46/2020). Asimismo, de acuerdo con Barrera (2017), este:

> abarca las reglas rectoras del debido proceso, en concreto el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, la igualdad en el trato, el derecho a ser oído, la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros (p. 2).

En definitiva, tal y como ha afirmado el TC, el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la CE, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.

4.2. Primeras sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ensanchan el concepto de orden público

El TSJM inicia la deriva doctrinal que estudia este artículo con la STSJM 13/2015, seguida de las SSTSJM 26/2015, 30/2015, 74/2015 y 83/2015.

El tribunal realizó una interpretación extensiva del concepto de orden público, a diferencia de la tendencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia de España, que realizaban una interpretación restrictiva (Fuentes, 2021), y llegó a concluir que el orden público:

> comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, [...], lo que se ha dado en llamar orden público económico", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación (STSJM 13/2015).

Constituyó así esta nueva figura jurídica, la cual moldeó mediante sus sentencias posteriores hasta 2020, momento en que el TC negó rotundamente la posibilidad al TSJM de entrar a conocer del fondo de los asuntos.

4.3. La alegación de invalidez del convenio arbitral vinculada a la tutela del orden público y de intereses generales (artículo 41 de la Ley de Arbitraje). Desprecio al poder de disposición o justicia rogada de las partes en el proceso

a. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 33/2017, del 4 de mayo

En el presente caso, se planteó una demanda de nulidad del laudo dictado por un árbitro único de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Aeade) el 29 de julio de 2016. Posteriormente, el día 13 de febrero de 2017, las partes presentaron ante la Sala del TSJM que conocía de la acción de nulidad un escrito en el que solicitaban la terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal *ex*. artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ya que habían alcanzado un acuerdo privado para la solución del conflicto, e interesaban la suspensión de la vista señalada. En consecuencia, se suspendió la vista, requiriéndoles el tribunal requirió a los procuradores para que aportasen un poder especial otorgado para el procedimiento de nulidad por sus representados y en el que constase expresamente la facultad de solicitar la terminación del proceso. Seguidamente, el 22 febrero, finalizó el plazo para presentar el poder especial exigido y, puesto que la demandante no lo aportó, el tribunal tuvo por no hechas las manifestaciones contenidas en el escrito de terminación del procedimiento.

Con posterioridad, se efectuó de nuevo un señalamiento para la celebración de la vista el 26 de abril de 2017. Ante esto, las partes solicitaron la suspensión de la vista y el archivo de las actuaciones, lo cual fue desestimado por auto del 4 de abril del mismo año. Tras esto, se interpuso incidente excepcional de nulidad de actuaciones a dicho auto, el cual fue nuevamente desestimado por auto del 3 de mayo de ese año.

Finalmente, el TSJM dictó la sentencia el día 4 de mayo de 2017, estimó la demanda de nulidad y anuló el laudo arbitral. La sala afirmó que, de acuerdo con el artículo 41.2 de la LA, debía decidir no solo sobre la base de los motivos alegados por las partes, y también a "aquellos otros [motivos] que hayan podido ser apreciados de oficio por el mismo".

El único motivo de la demanda era el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje (validez del convenio, artículo 41.1.a), al ser los arrendatarios consumidores. Además, cuestionaba la neutralidad del Aeada por su vinculación con una de las partes litigantes en el arbitraje a través de la entidad Arrenta. Finalmente, la sala concluyó que:

> la neutralidad de Aeade resulta comprometida tanto por su labor de asesoramiento a una de las partes durante el arbitraje como por el hecho de utilizar una entidad interpuesta, Arrenta, que presenta una evidente mis-

> midad con Aeade, para captar arbitrajes sin revelar esas vinculaciones entre la entidad que facilita el contrato de arriendo y promueve el arbitraje y la Corte llamada a administrarlo (STSJM 33/2017).

Es decir, no se puso en duda la imparcialidad del árbitro, sino la de la propia institución arbitral. En consecuencia, la sala entró a conocer sobre si la emisión del consentimiento a someterse a dicho arbitraje institucional estuvo o no "radicalmente viciado". Asimismo, se refirió al artículo 17.1 de la LA, al aclarar que se debe respetar el principio de igualdad tanto en la ratificación del convenio arbitral como durante el resto del procedimiento, y que dicho precepto podía aplicarse tanto a los árbitros como a las instituciones arbitrales.

En definitiva, la sala inadmitió la renuncia tácita de las partes al ser irrenunciable la vulneración del principio de igualdad, por ser un criterio de orden público esencial en el arbitraje. Por ello, estimó el motivo de anulación al amparo del artículo 41.1.f (aunque la verdadera causa fuese la del artículo 41.1.a) y declaró la nulidad del laudo al concluir que:

> están acreditados tanto la labor de asesoramiento de AEADE a una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral como la identidad de intereses entre la Corte de Arbitraje AEADE y la entidad comercializadora de los contratos de adhesión con cláusula de sumisión a arbitraje (ARRENTA), de tal modo que es fundado, conforme a la razón prudente, sostener que, en estas situaciones, falta la imparcialidad objetiva y/o la apariencia de neutralidad de la Corte de Arbitraje, con la consiguiente lesión del orden público por el laudo dictado en esas condiciones y, como hemos apuntado, con directa incidencia en la validez misma del convenio arbitral, consentido por una de las partes con clara quiebra del principio de igualdad a la hora de emitir el consentimiento, pues no cabe olvidar que la voluntad válida de someterse a arbitraje es aquella que parte de la base de que se acepta la sumisión a la decisión de un tercero independiente e imparcial y a la administración del arbitraje por una institución que también lo sea (STSJM 33/2017).

En último lugar, la sala no entró a valorar la causa de nulidad del 41.1.a, ya que resultaba innecesario al haber declarado el convenio radicalmente nulo.

b. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, del 15 de junio

En el asunto de referencia, tanto la sentencia anterior como la providencia del 8 de junio de 2017, por la que se inadmitió el incidente

de nulidad planteado contra la misma y el auto que denegó el archivo de las actuaciones, fueron recurridos en amparo ante el TC.

Los recurrentes alegaron que la negativa del TSJM a atender su solicitud de archivo del procedimiento vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE). Por su parte, el Ministerio Fiscal (MF) entendió que debía estimarse el recurso de amparo, ya que se debía reconocer el poder de disposición sobre el proceso de anulación del laudo arbitral.

Pues bien, el TC entendió que se había realizado una interpretación del concepto de orden público extensiva injustificada "que ha impedido a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del laudo arbitral". Para analizar si la decisión recurrida había vulnerado el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE, se estudió si se había dictado una resolución motivada y no fruto de la arbitrariedad. Se resaltó la posibilidad de las partes de llegar a un acuerdo posterior al dictamen del laudo y, como hemos desarrollado en el capítulo 2, epígrafe "c", al no existir norma legal prohibitiva al respecto, la posibilidad de hacer valer a posteriori los cambios sobrevenidos que afecten al interés de las partes en litigar al entrar dentro de su poder de disposición en el proceso de anulación del laudo arbitral.

La sala confirmó que las partes no pueden disponer del objeto del procedimiento de anulación cuando está presente el elemento de orden público, pero que sí pueden manifestar su ausencia de interés en proseguir con el litigio, ya que "la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar".

Una vez reinstaurado el poder de disposición de las partes, el TC analizó el ensanchamiento del concepto de "orden público" realizado por el TSJM. La sala afirmó que este "desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes en el proceso".

El TC ya se había pronunciado sobre esta cuestión en sus SSTC 174/1995, 75/1996, 43/1988 y 1/2018, al declarar que:

> Ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las ga-

> rantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo […] y que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE.

Asimismo, el TC sostuvo que "es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros".

Seguidamente, reiteró, al igual que se ha hecho durante este artículo, que la finalidad del arbitraje es "alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo" (ATC 231/1994, del 18 de julio, fj. 3). De igual forma, hizo énfasis en la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso "Mostaza Claro"[3], en el que se desarrolló por qué el control de los laudos debía ser limitado y que "solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales".

En definitiva, la sala entendió que el órgano judicial no puede revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje con el mero pretexto de una supuesta vulneración del orden público, y que por ello:

> La decisión del órgano judicial fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales, conclusión que se refuerza además por el comportamiento de la sala, que no solo rechazó la petición de archivo, sino que, además, como se pone de relieve en la demanda y subraya el Ministerio Fiscal, ni siquiera dio eficacia a la voluntad tácita de las partes de desistimiento por su no comparecencia al acto del juicio, demostrando con ello una pertinacia en decidir el fondo del asunto que, aparentemente, fue más allá de los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia (Sentencia 46/2020).

En consecuencia, se otorgó amparo y se reconoció que había sido lesionado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada por el artículo 24 de la CE.

3 STJCE del 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro, C-168/05.

5. Falta de motivación del laudo (artículo 37 de la Ley de Arbitraje) por la no ponderación de todas las pruebas practicadas

5.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1/2018, del 8 de enero

En la resolución referida, la sala estimó el motivo cuarto de la demanda de nulidad, al considerar que se había producido una violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE) en la motivación y en la valoración probatoria. Esto en cuanto que el laudo no daba respuesta a las cuestiones planteadas en el procedimiento ni valoraba "las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho".

5.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, del 15 de febrero

Por su parte, los recurrentes denunciaron en su recurso de amparo varias vulneraciones de derechos fundamentales. Principalmente, impugnaron la sentencia de fecha 8 de enero de 2018, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada (artículo 24.1 de la CE).

El MF insistió que:

> La motivación del laudo entra en este concepto indeterminado que es el orden público, pero su exigencia no le viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino por la previsión legal del art. 37.4 LA, y, por ello, esa motivación podrá ser objeto de un control, pero no equiparable al de la sentencia, que deberá ser un control externo, y se colmará con la comprobación de su propia existencia y de la ausencia de contradicciones con el fallo o, lo que es lo mismo, que no sea hasta tal punto incoherente y absurda que prácticamente sea huera e inexistente (Sentencia 17/2021).

De acuerdo con lo expresado por el MF, para mantener el nivel de autonomía del arbitraje, debe existir dicho límite al control judicial.

Así, la sala afirmó que:

> El motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden pú-

> blico no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa –en palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)– que permita el control de la decisión arbitral (Sentencia 17/2021).

Seguidamente, la sala aclaró que la LA únicamente establece, en su artículo 37.4, que "el laudo será siempre motivado"; es decir, que de dicho precepto, se concluye que el laudo debe contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que dicha motivación deba ser "convincente o suficiente" o que deba abarcar todos los extremos. A esto se añade a lo referido en su Sentencia 46/2020, FJ3: "el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales".

En conclusión, la resolución estimó el recurso de amparo al entender que la decisión del TSJM de anular el laudo por insuficiente motivación (artículo 37 de la LA) fue inadecuada y "contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales". Dicho comportamiento inadecuado se confirmó al entrar el TSJM a conocer del fondo del asunto y sobrepasar así los límites del deber de congruencia y motivación. En definitiva, la sentencia recurrida había entendido erróneamente que el laudo era "contrario al orden público por no haber extraído determinadas consecuencias jurídicas de la prueba practicada".

Por todo lo anterior, el TC entendió que el TSJM, mediante el pretexto de la infracción del orden público, había examinado la valoración de la prueba para "mutar" la acción de anulación en un mecanismo para la revisión del fondo del laudo. Mutación que no puede ser permitida ya que la acción de anulación, en palabras de nuestro TC, debe empleare para remediar situaciones de "indefensión efectiva y real" o "vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos".

6. El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución española [CE]) desde la perspectiva del deber constitucional de motivación

La STSJM 36/2019, que culminó con la Sentencia 65/2021, confirmó la doctrina constitucional creada por las dos sentencias del TC desarrolladas en los capítulos cuarto y quinto y puso fin a la controversia al aclarar los límites al control del laudo.

6.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 36/2019, del 1 de octubre

El procedimiento arbitral finalizó, mediante el laudo de fecha 4 de diciembre de 2018 ("el Laudo"), que estimó parcialmente las pretensiones de la demandante y declaró, por un lado, el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones legales de información en la fase precontractual del contrato SWAP; y, por el otro, la improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la demandante al no haber ocasionado el SWAP perjuicio alguno.

En fecha 11 de febrero de 2019, la demandante interpuso una acción de anulación parcial contra el Laudo ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJM por considerar que, al amparo del artículo 41.1.f de la LA, el mismo era contrario al orden público por arbitrario e incongruente en relación con lo dispuesto en el artículo 9 de la CE. En síntesis, la demandante pretendía que el TSJM entrara a analizar el fondo de la controversia y declarara la nulidad parcial del laudo y estimase la pretensión indemnizatoria.

En fecha 11 de octubre de 2019, se dictó sentencia que estimó la demanda de anulación parcial del Laudo. El TSJM consideró que el Laudo era contrario al orden público por incurrir en arbitrariedad por incoherencia y falta de motivación; y, por tanto, vulnerar el artículo 9.3 de la CE. En opinión del TSJM, resultaba arbitrario reconocer el incumplimiento de los deberes bancarios por parte de la demandada, pero, al mismo tiempo, no conceder indemnización alguna a la demandante.

Por su parte, en relación con la posibilidad de anular parcialmente un laudo cuando se vulnera el orden público, el TSJM se limitó a citar, sin mayor motivación, una serie de resoluciones en las que el tribunal había anulado parcialmente laudos por motivos distintos al del orden público.

6.2. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones

En fecha 12 de noviembre de 2019, la demandada formuló un incidente excepcional de nulidad de actuaciones frente a la sentencia por causar una patente indefensión y vulnerar el artículo 24.1 de la CE.

En fecha 2 de enero de 2020, se notificó a la demandada Providencia de 26 de diciembre de 2019 ("la Providencia") por la que el TSJM, obviando lo dispuesto en los artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("LOPJ") y 228.1 de la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), inadmitió sin más trámite el citado incidente de nulidad de actuaciones por considerar que no había infringido el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la CE.

6.3. Demanda de amparo constitucional

El derecho cuya protección se solicitó en el recurso fue el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución Española ("CE") en relación con los artículos 1 y 10 del mismo texto legal, relativos a la autonomía de las partes, que es la base sobre la que se sustenta el procedimiento arbitral (artículos 53.2 de la CE y 46.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ("LOTC").

Asimismo, la recurrente justificó el requisito de la especial trascendencia constitucional, dada (i) la ausencia de doctrina del TC en referencia al canon de motivación que debiesen aplicar los TSJ para valorar la procedencia de la acción de anulación de los laudos y (ii) la necesidad de que la LA fuese interpretada conforme a los parámetros constitucionales.

Respecto al fondo del asunto, la recurrente alegó tres motivos en el recurso de amparo.

En primer lugar, **la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE**). El recurso se apoyó en dos motivos: (i) que el TSJM entró a conocer el fondo del asunto y en ello basó su decisión anulatoria, siendo, además, incorrecta su decisión al haber aplicado erróneamente los criterios de motivación jurisdiccionales que no resultaban de aplicación al procedimiento arbitral; y (ii) que no resultaba posible anular parcialmente un laudo por vulneración de orden público, ya que, conforme al artículo 43.3

de la LA, el tribunal puede conocer y declarar la nulidad parcial de un laudo por una serie de causas tasadas, entre las que no se encuentre la del artículo 41.1.f (es decir, el orden público). Y ello ya que el orden público reviste tal entidad que la estimación de este motivo conlleva la nulidad total del laudo.

El siguiente motivo del recurso, la **imposibilidad de anular un laudo por no cumplir con los requisitos exigibles a las resoluciones judiciales**, fue dividido en cinco subepígrafes:

Primero, **la aplicación a los laudos del canon de la arbitrariedad *ex.* artículo 24 de la CE no es correcta**. Y ello ya que, salvo acuerdo entre las partes, la motivación del laudo carece de entidad anulatoria. Así se pronunció el TC en sus Sentencias 176/1996 y 9/2005, y en el voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos en la STSJM 1/2018. Sin embargo, en el supuesto enjuiciado, la anulación del Laudo se había producido porque el TSJM aplicó, al control de la motivación de los laudos, el test de control que es aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales, el conocido como canon de la arbitrariedad definido en la Sentencia 147/1999. En consecuencia, de lo anterior, solo cabía concluir que el TSJM había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandada al declarar la anulación del Laudo por no contener, según su criterio, una motivación suficiente, cuando dicha motivación solo es obligatoria en las resoluciones judiciales *ex*. artículo 24 de la CE y no en las arbitrales, las cuales obedecen al principio de la autonomía de la voluntad plasmado en los artículos 1.1 y 10 de la CE.

Segundo, **la legislación española admite la posibilidad de que un laudo no esté motivado**; en concreto, dicha posibilidad se encuentra contemplada en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (Convenio de Ginebra, artículo 8), del cual España es parte. La falta de motivación no es un motivo de vulneración del orden público, toda vez que las partes pueden pactar que el laudo no esté motivado; la indefensión, por el contrario, nunca podría acordarse pues es materia indisponible.

Tercero, **la Ley Modelo y la mayoría de las legislaciones nacionales europeas permiten los laudos no motivados y niegan la entidad anulatoria de la falta de motivación del laudo**. La propia Ley Modelo establece, en su artículo 31.2, que el laudo incluso será no motivado si esa es la práctica en el tráfico de que se trata. En este

sentido, la posibilidad del laudo no motivado es admitida en muchas de las legislaciones nacionales como, por ejemplo, la de Reino Unido (Ley de Arbitraje de 1996, s. 52.4), la de Alemania (Ley de Arbitraje de 1998, artículo 1054.2) o la de Noruega (Ley de Arbitraje de 2004, artículo 36). Pero incluso otras que no han sido inspiradas en la Ley Modelo, también han incorporado la admisión del laudo no motivado. En este sentido, las legislaciones nacionales de Portugal (Ley de Arbitraje 63/2011, artículo 42.3), Holanda (Ley de Arbitraje, Código de Procedimiento Civil, libro IV, de 1986, modificado en 2015, artículo 1057.5) y Luxemburgo (artículo 1244.8 del Código de Procedimiento Civil de 1998), entre otras.

En la misma línea, existen múltiples reglamentos de arbitraje que admiten expresamente los laudos no motivados, entre otros, el de la Uncitral/CNUDMI (artículo 34.3), el de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual "OMPI" (artículo 64.c), la LCIA (artículo 26.2), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 42.1) y la Asociación Americana de Arbitraje (R-46b).

En el mismo sentido, se pronunció la doctrina. Entre otros, Gary B. Born (2014) afirmó que:

> es esencial que el requisito de motivar no se convierta en un vehículo para llevar a cabo una revisión del laudo. La motivación puede ser corta y concisa, puede estar mal redactada, ser poco persuasiva o inconsiderada; pero seguirá siendo una motivación. Mientras que el laudo evidencie que los árbitros han aplicado su interpretación del derecho a los hechos que ellos mismos han tomado por válidos, el requisito de motivación se da por satisfecho (p. 3043).

En cuarto lugar, nos encontrábamos ante un **arbitraje de equidad**. La falta de motivación del laudo en los arbitrajes de equidad de ningún modo podía ser una cuestión de orden público. El laudo de equidad expresa el leal saber y entender de los árbitros, y ello debe ser el fundamento de este. Por tanto, la motivación del laudo de equidad pasa por una aplicación flexible de los criterios jurídicos.

Quinto, **el TSJM, pese a que lo tiene vedado por ley, reexaminó el fondo de la cuestión, por lo que vulneró lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE** en relación con los artículos 1.1 y 10 del mismo texto legal. Además, el tribunal concluyó que el Laudo era arbitrario por incoherente, al ser contrario a la doctrina del TS; sin embargo, la realidad era que dicha doctrina del TS se encontraba superada y, por lo

tanto, fundar su decisión en la misma hacía que fuese el propio TSJM quien incurriese en arbitrariedad. Es decir, el TSJM anuló el laudo con base en la STS 583/2016 a pesar de que esta había sido revocada por resoluciones posteriores, como la STS 373/2018.

Respecto del último motivo, se fundamentó en que **la existencia de un pronunciamiento contrario al orden público tendría como consecuencia inexorable la nulidad total de la resolución que lo contiene**, ya que no cabe anular parcialmente un laudo con base en una infracción del orden público (artículos 41.3 y 41.1.f).

6.4. Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, del 15 de marzo

Así las cosas, en su sentencia, el TC citó las dos SSTC 46/2020 y 17/2021, anteriormente analizadas, las cuales trataban asuntos similares.

La sala continuó su fundamentación y aclaró que no cabe equiparar el arbitraje a la jurisdicción más allá de sus efectos (cosa juzgada y ejecutividad), debido a que ambos descansan sobre preceptos constitucionales distintos. Además, la resolución sostuvo que "cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE)". Por ende, afirmó que:

> La facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, "cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (Sentencia 9/2005, de 17 de enero, FJ. 5) (Sentencia 65/2021).

Asimismo, la sala acogió los motivos alegados por la recurrente y el MF. y concluyó que el arbitraje se asienta en los artículos 1 y 10 de la CE, y que el deber de motivación de los laudos no se integra en el orden público exigido en el artículo 24 de la CE, sino en el artículo 37.4 de la LA, y que, por ello, las partes deben configurarlo.

Finalmente, la sala reprochó al TSJM que, además de aplicar las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales al laudo arbitral, entró en el fondo del debate en vez de limitarse a comprobar errores *in procedendo* o la carencia absoluta de motivación.

Por último, el tribunal subrayó que el "derecho a la motivación del laudo, cuando sea preceptiva, no comporta la garantía de acierto del colegio arbitral ni de estimación de las pretensiones deducidas, ni un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto". Por ello, se anuló la STSJM 36/2019 y se retrotrajeron las actuaciones al pronunciamiento de la sentencia impugnada para que el TSJM resolviera "de forma respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara".

Para concluir el presente asunto, cabe añadir que, posteriormente, el TSJM rectificó su tesis y, al conocer por segunda vez de la acción de anulación, la desestimó en atención a la doctrina constitucional sentada (STSJM 16/2021).

7. Acatamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la doctrina del Tribunal Constitucional

Una vez expuesto el asunto en su conjunto, podemos tener una visión completa de la cuestión objeto de estudio y de la solución aportada por el TC. Asimismo, puesto que han transcurrido cuatro años desde el primer pronunciamiento del TC sobre este asunto, podemos confirmar el cumplimiento del TSJM de esta nueva doctrina.

7.1. Invalidez del convenio arbitral

Se aprecia un cambio significativo en la aplicación de esta causa de anulación por el Tribunal respecto del año 2020, aplicada en 3 ocasiones a 2021, aplicada una única vez en la STSJM 22/2021, relacionándola, a su vez, con el orden público.

En dicha sentencia, el Tribunal referenció las tres sentencias analizadas en los anteriores capítulos (46/2020, 17/2021 y 65/2021) para explicar de forma clara la delimitación del concepto de orden público, en advertencia contra su entendimiento expansivo.

En este caso, la disputa se centraba en si la cláusula arbitral introducida en una póliza de alquiler profesional que novó el contrato de alquiler (en el cual había una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de Madrid) era válida. El TSJM resaltó que la póliza no contenía ni la fecha ni la firma de la arrendataria, y que, por lo tanto, no había una señal inequívoca de aceptación voluntaria. Asimismo, tampoco apreció la aplicación del artículo 9.5 de la LA (aceptación tácita), al

entender que no era posible dar cabida al convenio arbitral a través de esa vía indirecta, ya que no existía una manifestación inequívoca de la voluntad de dejar sin efecto la vía jurisdiccional.

En siguiente lugar, el tribunal entró a conocer el segundo motivo de la demanda de nulidad (vulneración del orden público), e igualmente lo estimó al considerar que el árbitro provocó indefensión a una de las partes "al recortar el plazo de alegaciones concedido a la parte demandada arbitral en un día" y "negar el acceso al procedimiento de unas alegaciones que había presentado dentro del plazo que ampara la ley. Es más: sin aguardar siquiera al transcurso de este día, fue dictado laudo". En consecuencia, el Tribunal estimó la demanda de nulidad.

7.2. Resolución del árbitro de una cuestión no sometida a su decisión; que el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre partes, salvo que dicho acuerdo fuese contrario a una norma imperativa; y la resolución del árbitro de una cuestión no susceptible de arbitraje

La Sala no estimó ninguno de los tres motivos arriba referenciados en 2021.

a. Laudo contrario al orden público

Algunas sentencias destacadas son las SSTSJM 3/2021, 7/2021 y 66/2021. En las dos primeras, se alegó una vulneración de "el mandato legal de orden público —previsto en el art. 12.1 LA— y dos preceptos constitucionales, cuya lesión es sin duda subsumible en el citado art. 41.1.f) LA: los arts. 9.3 —principio de jerarquía normativa y 14 principio de igualdad" (STSJM 3/2021)—, al haberse dictado laudo por un número par de árbitros.

b. Falta de notificación de las actuaciones arbitrales como infracción del orden público procesal

El tribunal, en sus SSTSJM 40/2021 y 47/2021, anuló ambos laudos por infracción del orden público "formal" y procesal, por falta de notificación del inicio del arbitraje, lo cual provocó indefensión material en los demandantes al no haber participado en los procedimientos.

c. Allanamiento del demandado

Este motivo fue aplicado en multitud de ocasiones durante el año 2021. Cabe destacar, entre otras, las SSTSJM 1/2021, 2/2021, 36/2021 y 59/2021.

En definitiva, el descenso en la utilización del "orden público" como causa de nulidad tras los pronunciamientos del TC es manifiesto. En particular, si comparamos el año previo al pronunciamiento del TC, 2019, con el año 2021, vemos un descenso de once anulaciones por vulneración del orden público a tan solo cinco, e incluso podemos destacar el año 2022 con una única anulación por este motivo (STSJM 23/2022). Sin embargo, apreciamos un aumento en el año 2023 hasta seis y a cinco anulaciones hasta la fecha de este artículo en el año 2024 (SSTSJM 11/2024, 12/2024, 14/2024, 17/2024 y 21/2024).

En vista de este incremento en las anulaciones, es necesario analizar si las sentencias emitidas por la STJSM acatan la doctrina sentada por el TC o si, en su defecto, continúan con la tesis expansionista estudiada anteriormente.

En este ámbito, debemos destacar la STSJM 66/2021, que declaró la nulidad del laudo por déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del derecho preferente de la Unión Europea. Es decir, entró a conocer el fondo del asunto. El propio presidente de la Sala, D. Celso Rodríguez Padrón, emitió un voto particular discrepante a la sentencia dictada en el que alegaba la contrariedad de esta con la jurisprudencia del TC.

Asimismo, también es destacable la reciente STSJM 21/2024. Esta, al igual que la STSJM 66/2021, parece escudarse en el concepto de orden público para analizar el fondo del asunto. En este caso, el tribunal analizó la jurisprudencia de la Unión Europea en materia de protección de consumidores, y así sustentar la nulidad.

8. Comparativa entre España y el Perú

Debido a la gran similitud entre la Ley de Arbitraje peruana y la Ley de Arbitraje española, ambas inspiradas en la CNY y la Ley Modelo, es esencial tener en cuenta la ya resuelta problemática española (nulidad por infracción del orden público y por falta de motivación) y su subsecuente resolución, ya que la interpretación efectuada por el TJSM puede ser replicada en el Perú y vulnerar así la tutela judicial efectiva y, por ende, desestabilizar la seguridad jurídica del arbitraje en el país.

Si hacemos una comparativa, observamos que en el año 2022:

> la causal más empleada es la del artículo 63.1 b) sobre debido proceso (377); seguida por la causal 63.1 c) sobre actuaciones arbitrales (127); la causal 63.1 d) sobre exceso de autoridad (68); la causal 63.1 e) sobre inarbitrabilidad en arbitraje doméstico (23); la causal 63.1 a) sobre nulidad de convenio arbitral (10); la causal 63.1 g) sobre laudo fuera de plazo (7); y finalmente la causal 63.1 f) sobre afectación al orden público e inarbitrabilidad para arbitrajes internacionales, que carece de casos [en el periodo analizado] (Montes *et al*., 2022, pp. 18-19).

De dichos datos, en opinión de estos autores extranjeros, y desde el máximo respeto a la excelente doctrina peruana y sus grandes autores, por el momento no se aprecia un riesgo inminente del empleo del orden público como causa de nulidad en el Perú. Ahora bien, no apreciamos lo mismo respecto a la anulación de los laudos como consecuencia de una inexistente o indebida motivación.

Al igual que en la Ley de Arbitraje Española, la Ley de Arbitraje Peruana establece como principio básico la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo de la controversia (Rivas, 2017). Sin embargo, y de forma similar a la situación vivida en España, una gran cantidad de los laudos anulados se basa en la valoración de la motivación del laudo, práctica prohibida por la ley peruana[4].

De hecho, según hemos constatado, conforme al estudio realizado por la CCL en 2023, nueve de cada diez casos de anulación que llegan a la jurisdicción tratan sobre la motivación del laudo y, finalmente, son anulados aproximadamente un 15 % de ellos (Montes *et al*., 2022). La mayoría de las solicitudes de nulidad se encauza a través de las causas de los artículos 63.1.b (afectación a los derechos de una de las partes) y 63.1.c (incumplimiento de las reglas del arbitraje), e incluso en algunos casos el 63.1.d (exceso de autoridad) de la Ley de Arbitraje peruana.

Así, según la jurisprudencia peruana, existen tres motivos principales que han llevado a la judicatura a anular laudos por motivación. En primer lugar, cuando determina que existe una ausencia absoluta de motivación; en segundo lugar, si se determina que la motivación presenta defectos lógicos (incongruencias); y, finalmente, en caso de motivación con defectos de insuficiencia (Montes *et al*., 2022). Para evaluar si la motivación es suficiente o existente, los jueces habrían omiti-

4 Artículos 40 y 62 de la Ley de Arbitraje peruana.

do lo establecido en la Ley Arbitraje peruana (en concreto, el artículo 62.2) y se habrían extralimitado en sus funciones judiciales.

En cualquier caso, nos encontramos ante una problemática con sencilla solución gracias a la excelente normativa arbitral del país. En este sentido, se han pronunciado diversos autores con los que estamos de acuerdo:

> Las partes pueden evitar la anulación del laudo por su motivación a través de un pacto que excluya tal posibilidad. Primero, las partes pueden pactar que el laudo no deba estar motivado, tal y como reconoce el artículo 56.1 LA, lo que impediría que los jueces puedan evaluar la motivación (no se puede evaluar algo que no existe). Segundo, las partes podrían pactar un veto al examen judicial de la motivación y consignar que, al ser la calificación de la motivación un tema subjetivo, esto está fuera de las competencias de los jueces (Rivas, 2017, p. 232).

No es de extrañar que la Ley de Arbitraje peruana, al igual que la normativa arbitral europea referida en el capítulo 6, epígrafe 3, del presente artículo, permita a las partes pactar que no se podrá anular el laudo por motivación.

Para el caso de no haberse pactado dicha estipulación en el convenio arbitral, se podrá generar una situación parecida a la española en la que se anulen laudos por no interpretar la ley en el mismo sentido que lo habría hecho el juzgado que conozca de la acción de anulación, a no ser que el legislador o un tribunal superior establezca un límite en la actuación de los tribunales ordinarios, tal y como ocurrió en España con el TC.

9. Conclusiones

Tanto la CNY como la Ley Modelo, la LA y la Ley Arbitraje peruana establecen unos motivos escasos y tasados para la anulación del laudo arbitral. No obstante, el TSJM desde 2015 a 2020 empleó una de las causas de nulidad, la infracción del orden público, junto con una supuesta ausencia de motivación, para actuar como un verdadero tribunal de apelación.

Dicha actuación fue finalmente corregida gracias a los pronunciamientos del TC en los años 2020 y 2021. En concreto, este aclaró que el empleo realizado del orden público por el TSJM desbordó el alcance de la acción de anulación. En consecuencia, confirmó que las partes

tienen poder de disposición sobre el proceso de anulación al existir cambios sobrevenidos que afectan el interés de estas para obtener la sentencia tras el inicio del proceso.

Asimismo, concluyó que los laudos no serán contrarios al orden público por el simple hecho de no alcanzar la misma decisión que hubiese seguido un tribunal ordinario, ya que el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del derecho. Además, el TC explicó que la acción de anulación debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real, vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español. Ello, por lo tanto, excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación del laudo (Sentencia 46/2020).

Adicionalmente, el TC concluyó en su Sentencia 65/2021 que el arbitraje se asienta en los artículos 1 y 10 de la CE, y, por ende, el deber de motivación de los laudos no se integra ni tiene incidencia en el orden público.

Gracias a las SSTC 46/2020, 17/2021 y 65/2021, se aclararon los límites al control del laudo y se reinstauró la interpretación restrictiva del empleo del orden público como causa de nulidad. En definitiva, el tribunal que conozca de la acción de anulación debe limitarse a comprobar errores *in procedendo* o a la absoluta ausencia de motivación. Tras esto, el TSJM redujo el número de asuntos en los que se estimaba este motivo de anulación de once veces en 2019 a cinco en 2021.

Si bien apreciamos un acatamiento general del TSJM de la decisión del TC tras sus pronunciamientos en 2020 y 2021, cabe destacar como incidentes aislados las SSTSJM 66/2021 y 21/2024, en la que se ha vuelto a emplear el orden público para conocer el fondo de los asuntos. No obstante, apreciamos un restablecimiento del equilibrio alcanzado tras los pronunciamientos del TC, gracias a los votos particulares de los presidentes de la sala en ambos asuntos, que advierten y denuncian el juicio de valor excesivo realizado en las sentencias en el supuesto control estrictamente formal a la motivación del laudo.

Si traemos la cuestión examinada al caso del Perú, no se prevé próximamente que se desarrolle una ampliación del concepto de orden público, ya que las demandas de anulación no se incardinan por

dicho motivo. Por el contrario, nos encontramos con una situación similar respecto a la anulación de los laudos por una "indebida" motivación. En este sentido, los tribunales ordinarios peruanos parece que no se limitan a detectar una carencia absoluta de motivación, tal y como su ley les exige, sino que, en alguna ocasión, van más allá y examinan la motivación y anulan laudos arbitrales cuando la consideran "indebida" o "ilógica".

Este asunto debe seguirse de cerca para no cercenar la seguridad jurídica del arbitraje tanto en España como en el Perú. La consolidación de un marco jurídico sólido es esencial para garantizar la confianza en la figura del arbitraje como el ADR más efectivo. Por ello, este artículo sirve para ilustrar sobre cómo se afrontó esta cuestión en España de la mano del Tribunal Constitucional Español y que pueda servir de guía a los juristas peruanos en caso de llegar a ser necesario extrapolarlo en el Perú.

REFERENCIAS

Barrera, E. V. (2017). Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid. *Diario La Ley*, (9041). https://shorturl.at/ZThIf

Born, G. B. (2014). International Commercial Arbitration. *Kluwer*.

Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo de 1998.

Constitución Española, BOE núm. 311, del 29 de diciembre de 1978.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Decreto Legislativo 1071 del Perú.

Fuentes, A. (2021). *El orden público como motivo de anulación de laudos tras las recientes sentencias del tribunal constitucional*.

Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, del 8 de enero de 2001.

Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje de España, BOE núm. 309, del 26 de diciembre de 2003.

Ley de Arbitraje de Alemania de 1998.

Ley de Arbitraje de Holanda, Código de Procedimiento Civil, libro IV, de 1986.

Ley de Arbitraje de Noruega de 2004.

Ley de Arbitraje de Portugal 63/2011.

Ley de Arbitraje de Reino Unido de 1996.

Ley Modelo de CNUDMI, del 21 de junio de 1985.

Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, del 5 de octubre de 1979.

Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, del 2 de julio de 1985.

Montes, S., Olórtegui, J., Rivas, G. y Martín, J. (2022). *Estudio de anulación de laudos 2022. CCL*. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf

Porras, M. (2020). Anulación de laudos arbitrales: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pontificia de Comillas]. *Repositorio Comillas*. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/3865553-57

Rivas, G. (2017). La anulación del laudo por su motivación en el Perú - Cómo hacer frente a una vía distorsionada. *THEMIS. Revista de Derecho*, (72), 225-234. https://doi.org/10.18800/themis.201702.013

SECCIÓN II

PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y *KOMPETENZ-KOMPETENZ* COMO SUSTENTOS DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

Jorge Vega Soyer[1]

Resumen

El presente artículo versa sobre el análisis de los principales principios del arbitraje, que son el principio de independencia del convenio arbitral y kompetenz-kompetenz. En primer lugar, parte de la regulación del arbitraje en la Constitución peruana de 1993, la cual reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje. Luego, el autor desarrolla el contenido del principio de independencia del convenio arbitral, referido a la autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato principal. Por otra parte, el autor estudia el principio kompetenz-kompetenz, el cual implica que los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia, y cómo se aplica dicho principio en el ordenamiento jurídico peruano. El autor arriba a la conclusión de que ambos principios son compatibles con la Constitución siempre que respeten los derechos de acceso a la justicia y el debido proceso.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio principal del Estudio Vega & Abogados. Árbitro registrado en la Cámara de Comercio de Lima, PUCP y AmCham.

1 El arbitraje en la Constitución peruana de 1993

La Constitución peruana de 1993 ("la Constitución"), en su artículo 139, inciso 1, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, no existiendo ni pudiendo establecerse jurisdicción alguna independiente al Poder Judicial, con excepción de la militar y la arbitral.

Así las cosas, la norma constitucional antes señalada reconoce la jurisdicción del arbitraje, conjuntamente con la del Poder Judicial y la militar.

Sin embargo, a los efectos de que esa jurisdicción arbitral tenga aplicación en la práctica, ha sido necesario un desarrollo a nivel legislativo, lo cual ha dado lugar a una serie de leyes relativas al arbitraje, siendo la última de ellas y, por lo tanto, la vigente, el Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje).

Dentro de los diversos principios contenidos en la Ley de Arbitraje, destinados a que la jurisdicción arbitral cuente con una real eficacia, se encuentran los de independencia del convenio arbitral y *kompetenz-kompetenz*, los cuales se desarrollarán a continuación.

2. La independencia del convenio arbitral

El principio de independencia del convenio arbitral, también conocido como separabilidad de la cláusula compromisoria, constituye una manifestación del reconocimiento de la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales para resolver controversias de terceros, a la par que la jurisdicción ordinaria. Conforme a lo establecido en la Constitución, la unidad y exclusividad es un principio constitucional de la función jurisdiccional, no pudiéndose establecer otra jurisdicción o transferir esta función por comisión o delegación. Las únicas excepciones de la jurisdicción ordinaria son la militar y la arbitral.

Asimismo, la jurisdicción y competencia arbitral, y, por ende, la independencia del convenio arbitral, encuentran respaldo constitucional en el reconocimiento de la autonomía privada y el derecho de contratación. Conforme a lo dispuesto por el artículo 62[2] de la Consti-

2 "Artículo 62° de la Constitución 1993: Libertad de contratar
La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las

tución, las partes contratantes son libres de ejercer su autonomía privada y pactar válidamente los términos contractuales de su relación, los cuales son inmodificables. En caso de conflictos derivados de la relación contractual, dichos conflictos serán solucionados en la vía judicial o arbitral, dependiendo de los mecanismos de protección previstos en el contrato o en la ley.

A nivel legislativo, la Ley de Arbitraje reconoce el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria en dos disposiciones. Por un lado, el inciso 2 del artículo 3[3] de esta ley indica que el tribunal arbitral, quien tiene jurisdicción y competencia derivada de la cláusula compromisoria, es independiente, por lo que ninguna autoridad puede limitar sus atribuciones. Este artículo resalta la autonomía privada de las partes contratantes y la independencia de la cláusula arbitral. Por otra parte, refiriéndose a excepciones procesales, el artículo 16[4] de la ley indica que, (i) en caso de que se plantee judicialmente una controversia sobre una materia sometida a jurisdicción arbitral, se puede interponer excepción de convenio arbitral; y (ii) dicha excepción deberá ser amparada por la sola existencia de la cláusula arbitral, a no ser que la cláusula sea manifiestamente nula.

Ahora bien, el principio de independencia del convenio arbitral se refiere a la intangibilidad y/o indemnidad de la cláusula compromisoria frente a los vicios del contrato principal. En otras palabras, si el contrato principal se encuentra afectado por cualquier vicio de validez y/o eficacia, y dicho contrato contiene la cláusula compromisoria, esta última se mantendrá indemne respecto al vicio y/o afectación.

---

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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley […] ".

3 "Artículo 3° de la Ley de Arbitraje: Principios y derechos de la función arbitral
[…] 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones […]" .

4 "Artículo 16° de la Ley de Arbitraje: Excepción de convenio arbitral
1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje […] .
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo […]".

El principio de independencia del convenio arbitral es un pilar fundamental en el arbitraje, debido a que evita actuaciones abusivas de los particulares. Si dicho principio no fuese regulado por el ordenamiento jurídico, se retrasaría el ejercicio de la función jurisdiccional de los árbitros, toda vez que los particulares estarían facultados a cuestionar todo convenio arbitral ante sede judicial, lo cual, en última instancia, afectaría la tutela jurisdiccional efectiva de la parte que acude al fuero arbitral.

Sobre el contenido del principio de independencia del convenio arbitral, Claudio Lava Cavassa (2012) señala lo siguiente:

> La independencia puede ser definida como el principio por medio del cual el convenio arbitral se considera independiente y distinto del contrato principal celebrado por las partes. Una de las consecuencias más obvias de este principio es que el convenio arbitral no se verá necesariamente afectado por los vicios del contrato principal, y la otra es que el convenio arbitral puede ser sometido a una ley distinta que la que regula al contrato principal (p. 347).

Asimismo, María Luisa Palazón Garrido (2020) comenta lo siguiente:

> El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral supone un instrumento tendente a la protección de la operatividad del arbitraje como medio eficiente de resolución de controversias y facilitador del desarrollo del comercio internacional. Se trata, pues, de un principio instrumental que básicamente pretende disociar la cláusula compromisoria del contrato en que está inserta, a fin de evitar que quede afectada por las vicisitudes que pueda sufrir aquel (nulidad, anulación, rescisión, resolución o terminación por cualquier otra causa del contrato). El objetivo pragmático es, como se ha dicho, asegurar que el arbitraje sea la vía de solución de los conflictos que pudieran surgir en la ejecución del contrato. Una respuesta diversa permitiría a las partes eludir fácilmente el acuerdo de arbitraje con sólo atacar la validez o eficacia del contrato que lo contiene (pp. 221-222).

Por su parte, Manuel de Lorenzo, citado por Miguel Ángel Serrano Pérez (2022), menciona lo siguiente:

> La cláusula arbitral, a pesar de su inclusión en el contrato y, por tanto, de su pertenencia orgánica al mismo, presenta una cierta independencia respecto a ese negocio jurídico que la alberga. Existe desde luego una íntima relación entre el cuerpo principal del contrato y el convenio arbitral, en la medida en que éste, por decisión común de las partes, determina el cauce

> procedimental a seguir para la solución de las controversias que puedan surgir a raíz de aquél; sin embargo, la eventual invalidez del contrato en su conjunto no implica necesariamente la del propio compromiso arbitral (p. 152).

En línea de lo anterior, el principio de independencia del convenio arbitral otorga operatividad y eficacia al mecanismo procedimental seleccionado por las partes para solucionar sus controversias: el arbitraje. Si la cláusula compromisoria pudiera ser cuestionada a la par del contrato principal que la contiene, el arbitraje como medio resolutivo carecería de utilidad práctica.

Es importante resaltar que el principio de independencia del convenio arbitral es soporte de otros principios arbitrales, como es el caso del principio del *kompetenz-kompetenz*, el cual establece que los árbitros están facultados para resolver sobre su propia competencia. Si la cláusula compromisoria tuviera naturaleza accesoria respecto al contrato principal que la contiene y dicha cláusula es declarada inválida por motivo de vicios del contrato principal, el tribunal arbitral no contaría con base contractual (la cláusula compromisoria) para resolver sobre su competencia. En ese sentido, el principio de separabilidad sirve como sustento para la aplicación del principio del *kompetenz-kompetenz*.

Respecto al principio de separabilidad como fundamento para el ejercicio de la resolución sobre su competencia, por parte de los árbitros, Claudio Lava Cavassa (2012) comenta lo siguiente:

> Por ejemplo, el competence —competence no necesita la independencia del convenio arbitral cuando se alega que la controversia está fuera del ámbito de aplicación del convenio arbitral, o que por su propia naturaleza la controversia no es susceptible de ser sometida a arbitraje. En ciertas circunstancias, los cuestionamientos a la competencia de los árbitros surgen a raíz de cuestionamientos hechos contra la existencia o validez del contrato principal. Sin embargo, en estos casos, es la independencia del convenio arbitral la que permite a los árbitros emitir pronunciamientos sobre tales cuestionamientos, dado que no hay cuestionamientos contra el convenio arbitral en sí mismo, y en consecuencia, no hay lugar para el competence—competence (p. 351).

Ahora bien, el principio de separabilidad encontró en la jurisprudencia una fuente crucial para su desarrollo y afianzamiento en el arbitraje. Debemos recordar que, conforme a una visión tradicionalista, la cláusula compromisoria era considerada un elemento accesorio

al contrato principal que la contenía, por lo que el cuestionamiento del contrato principal en sede judicial implicaba el cuestionamiento de la cláusula compromisoria, en aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En ese sentido, los tribunales arbitrales no podían ejercer su función jurisdiccional.

No obstante, la jurisprudencia fue pionera en el reforzamiento del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria. María Luisa Palazón Garrido (2020) describe que el primer registro donde se desarrolló el principio de separabilidad es Alemania, a través de la sentencia de fecha 30 de abril de 1890, emitida por el Reichsgericht alemán, el cual señaló que la cláusula compromisoria no es inválida por motivo de la posible invalidez del contrato principal, por lo que el tribunal arbitral es competente para decidir sobre la validez de este último. El segundo registro se encuentra en Suiza, por medio de la sentencia de fecha 13 de octubre de 1913, emitida por el Obergericht de Zürich, el cual señaló que la ineficacia del contrato no significaba la ineficacia de la cláusula compromisoria. Otro registro pionero es Estados Unidos de América por medio de la sentencia del año 1959, dictada por el Tribunal del Segundo Circuito en el caso Robert Lawrence Co. vs. Devonshire Fabrics Inc., el cual concluye que el arbitraje no debe ser pospuesto ni denegado por motivos de fraude, ya que ello frustraría los fines perseguidos por la cláusula compromisoria[5]. Finalmente, un último registro pionero es Francia, a través de la sentencia de fecha 7 de mayo de 1963, dictada por la Corte de Casación en el caso Gosset vs. Carapelli, el cual argumenta que el convenio arbitral presenta siempre autonomía jurídica total, por lo que queda excluido de cualquier posible nulidad del acto jurídico que lo contiene, salvo situaciones excepcionales[6].

---

5 Extracto de la sentencia en versión original:

"Once it is settled that arbitration agreements are 'valid, irrevocable, and enforceable' we know of no principle of law that stands as an obstacle to a determination by the parties to the effect that arbitration should not be denied or postponed upon the mere cry of fraud in the inducement, as this would permit the frustration of the very purposes sought to be achieved by the agreement to arbitrate, i. e. a speedy and relatively inexpensive trial before commercial specialists […] [T]he mutual promises to arbitrate would form the quid pro quo of one another and constitute a separable and enforceable part of the agreement".

6 Extracto de la sentencia en versión original:

"En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, presente toujours, sauf circons-

Es importante señalar que el principio de separabilidad protege el ejercicio a la tutela jurisdiccional efectiva de los particulares. No obstante, como todo derecho y/o facultades y/o prerrogativas, existen limitaciones respecto a la interposición de la excepción de convenio arbitral en un proceso judicial. Como establece el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, el límite de la presentación de esta excepción es la nulidad manifiesta del convenio arbitral.

La cláusula compromisoria se define como un negocio jurídico, en el cual las partes contratantes ejercen su capacidad programática para regular las controversias que se someterán a la resolución de un fuero arbitral, conforme a lo que estimen conveniente. Asimismo, el convenio arbitral, al ser un contrato (negocio jurídico bilateral), se ciñe a los requisitos de validez y los supuestos de nulidad, establecidos en los artículos 140[7] y 219[8] del Código Civil, respectivamente.

Si bien la cláusula compromisoria podría encontrarse viciada en su estructura, siendo ineficaz desde su celebración, la ley peruana no permite que todo defecto del convenio sea cuestionado en sede judicial, a efectos de proteger la independencia de los tribunales arbitrales. El hecho de permitir que los particulares cuestionen cualquier supuesto de invalidez fomentaría la mala praxis por parte de algunos de ellos,

---

tances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte".

7 "Artículo 140° del Código Civil:
El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2.- Objeto física y jurídicamente posible.
3.- Fin lícito.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

8 "Artículo 219° del Código Civil:
El acto jurídico es nulo:
1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2.- Derogado.
3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4.- Cuando su fin sea ilícito.
5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7.- Cuando la ley lo declara nulo.
8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".

quienes solo buscarían retrasar la tarea jurisdiccional del tribunal arbitral en desmedro de su contraparte, dejando la competencia arbitral inoperativa en la práctica. En ese sentido, el juez debe desestimar la excepción de convenio arbitral solo si dicho convenio sea nulo de forma manifiesta.

La nulidad manifiesta puede ser entendida, en palabras de Freddy Escobar Rozas, citado por Carlos Ríos Pizarro (2014) como el supuesto en el cual la causal de nulidad es descubierta de forma clara y patente, como, por ejemplo, el incumplimiento de la forma solemne de un acto jurídico en específico. Asimismo, en palabras de Bernard Poznanski, citado también por Carlos Ríos Pizarro (2014), la nulidad manifiesta está relacionada al orden público, supuestos no arbitrables y/o inequívocas transgresiones formales de la cláusula compromisoria.

Si bien la Constitución reconoce la independencia del juez para decidir y/o resolver sobre las controversias presentadas a su judicatura, por lo que, en última instancia, la evaluación de dicha clase de nulidad es subjetiva (dependiendo de la apreciación del juez), el examen debe ser breve y conciso. Al respecto, Carlos Ríos Pizarro (2014) señala lo siguiente:

> Nos permitimos agregar que la revisión de esta "nulidad" debe ser somera, bastando que el mero análisis preliminar constate de forma indubitable un vicio estructural del convenio que lleve a su nulidad. Por ello, somos de la opinión [de] que el convenio será manifiestamente nulo cuando la nulidad resulte incuestionable con tan solo realizar un análisis preliminar del convenio […]. Creemos que la revisión debe llevarse a cabo de forma tal que no quepa mayor duda de la nulidad ante una inicial lectura del convenio arbitral. En tal sentido, situaciones que lleven al Juez a una discusión o que le generen una duda (razonable o no) no deben ser entendidas como "manifiestas", pues en aquellos el Juez se verá obligado a realizar un razonamiento que supere hacer una referencia al contenido de la cláusula arbitral. (p. 323).

En línea de lo anterior, los particulares deben respetar la independencia del juez para tomar una decisión respecto a la nulidad manifiesta o no del convenio arbitral. No obstante, el juez debe tener en consideración la protección de la tutela jurisdiccional efectiva de los particulares, a fin de que estos últimos no vean afectados sus intereses por la prolongación en la resolución de las controversias.

Finalmente, un tema cuestionable sobre la independencia del convenio arbitral se refiere a la inexistencia del acto jurídico que lo contiene. El Código Civil peruano de 1984 no regula expresamente la institución de la inexistencia, como sí sucede con la validez y la nulidad. No obstante, Rómulo Morales Hervias señala que la inexistencia se encuentra recogida legislativamente en el artículo 1359[9] del Código Civil. Asimismo, Rómulo Morales Hervias (2010) define la inexistencia, invalidez y nulidad de la siguiente manera:

> 1. La inexistencia o irrelevancia es la situación de ausencia de un contrato entendido este como medio de regulación privada de intereses o de programación de intereses privados.
>
> 2. La invalidez es un remedio de extinción o de modificación de los efectos jurídicos para proteger los intereses lesionados de una parte o de intereses de terceros por la violación de los límites aplicables a los contratos; o por la ausencia de libertad y de conocimiento de la contraparte.
>
> 3. La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad es un remedio otorgado cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico (p. 266).

Es importante indicar que, para Rómulo Morales Hervias (2010), la ausencia de partes, del objeto y de la causa del negocio jurídico son supuestos de inexistencia. Sin embargo, la doctrina no es unánime respecto a la inclusión de la institución de la inexistencia en el ordenamiento jurídico peruano y/o no es unánime respecto a los supuestos que deberían ser considerados como causales de inexistencia, conforme a la ley peruana.

Ahora bien, en el plano del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria, también existe un debate sobre sus limitaciones, dependiendo si el convenio se encuentra contenido en un acto jurídico inexistente o en un acto jurídico inválido/nulo. Para un sector de la doctrina, los particulares no podrían interponer la excepción de convenio arbitral cuando este derive de un acto jurídico inexistente, debido a que, en este supuesto, no existe la base legal para fundamentar la jurisdicción y competencia de los árbitros. En esa línea, los particulares

---

9 "Artículo 1359° del Código Civil:

No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria".

solo podrían interponer la excepción de convenio arbitral cuando este derive de un acto jurídico existente, a pesar de los vicios que afectan su estructura. En cambio, para otro sector de la doctrina, la independencia de la cláusula compromisoria debería prevalecer frente a cualquier afectación del acto del cual deriva, sea un supuesto de inexistencia o de nulidad. Al respecto, María Luisa Palazón Garrido (2020) describe esta situación de la siguiente manera:

> Doctrina muy autorizada ha criticado esta postura, señalando, en primer lugar, la dificultad de distinguir entre un contrato nulo y un contrato inexistente, pues la misma noción de inexistencia es un concepto problemático, y —añadimos nosotros— cuya solvencia y utilidad se discute por la doctrina civilista en muchos sistemas. En segundo lugar, se ha afirmado que la cláusula compromisoria no queda sin objeto, pues su objeto no es el contrato sino el litigio. En consecuencia, la cuestión de la existencia misma del contrato, las consecuencias de esa inexistencia o de la nulidad, en su caso, y la responsabilidad imputable a la parte causante de la patología, serán el objeto del arbitraje. Distinto es que los árbitros, al examinar la cláusula compromisoria de manera independiente al contrato, lleguen a la conclusión de que está afectada por la misma causa invalidante, en cuyo caso deben abstenerse de decidir sobre el fondo. Esta opinión es compartida por otros muchos autores y ha tenido reflejo también en las jurisprudencias nacionales (p. 28).

En línea de lo anterior, no existe una postura en doctrina unánime respecto a la procedencia de la excepción de convenio arbitral frente a un supuesto de inexistencia de acto jurídico. Sin perjuicio del debate en mención, lo importante es que, en la evaluación de la excepción señalada, el juez proteja el derecho de los particulares a la tutela jurisdiccional efectiva, a fin de no afectar sus derechos producto de la prolongación de la resolución de las controversias sometidas a su judicatura.

En síntesis, la independencia del convenio arbitral es una piedra angular en el arbitraje, debido a que protege la independencia de los árbitros y la autonomía privada de las partes contratantes. La ley peruana permite que el juez desestime la excepción de convenio arbitral si su nulidad es manifiesta. Asimismo, el juez debe proteger los derechos procesales de los particulares frente a un supuesto de inexistencia o invalidez del acto que contiene la cláusula compromisoria. Por último, el principio de separabilidad sirve de sustento y justificación del principio del *kompetenz-kompetenz*.

3. Principio *kompetenz-kompetenz* y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano

El principio *kompetenz-kompetenz* establece que la propia autoridad arbitral tiene competencia para decidir sobre su propia competencia, es decir, el tribunal arbitral tiene la facultad de resolver sobre las cuestiones que puedan surgir respecto a su jurisdicción y el alcance de su competencia para conocer un caso. En el contexto del ordenamiento jurídico peruano, este principio se encuentra regulado y es de vital importancia para garantizar la autonomía y eficacia de los procedimientos arbitrales. Por lo tanto, su finalidad consiste en facultar a los árbitros para que puedan ser los únicos capaces de decidir sobre su competencia. Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, señala lo siguiente:

> 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.

Sin embargo, este principio tiene repercusiones dentro de las decisiones que pueda tomar un tribunal judicial respecto de la competencia, ya que las partes pueden optar resolver el conflicto vía judicial o mediante un tribunal arbitral. Cabe señalar que solo en primera instancia los árbitros podrían revisar el conflicto en cuestión y determinar si el convenio arbitral es eficaz o nulo; luego, en segunda instancia, una vez que se haya realizado el arbitraje, la parte perjudicada podrá recurrir al Poder Judicial para solicitar la revocación del laudo arbitral, cuestionando la competencia, mas no el fondo. En caso de que se anule el laudo por falta de competencia, se podrá resolver el conflicto vía judicial.

En ese sentido, resulta importante señalar que este principio busca evitar que se pueda anular el arbitraje en relación a su competencia vía judicial; pero, como se ha señalado en el párrafo anterior, el Poder Judicial podrá realizar un control *ex post* respecto de la competencia.

Ahora bien, el término *kompetenz-kompetenz* proviene del derecho alemán y se traduce literalmente como "competencia para la competencia". En sede arbitral, significa que es el propio tribunal arbitral el que tiene la facultad de decidir si tiene o no la competencia para conocer y resolver un conflicto. Esto incluye la facultad para resolver cuestiones preliminares sobre la validez y la existencia del acuerdo arbitral.

Este principio es esencial para la eficiencia del arbitraje, ya que permite que el tribunal arbitral resuelva de manera rápida y eficaz cualquier duda sobre su propia competencia, sin necesidad de recurrir a los tribunales del Poder Judicial estatal. De esta manera, se protege la autonomía del arbitraje y se evita la intervención externa, garantizando que las disputas sean resueltas por un órgano imparcial y especializado en la materia.

Por un lado, este principio se caracteriza por lo siguiente: (i) la autonomía, la cual implica que el tribunal arbitral tiene autonomía para decidir sobre su propia competencia. Esto significa que, incluso si una de las partes cuestiona la validez del acuerdo arbitral o la existencia del vínculo que da lugar al arbitraje, el tribunal arbitral tiene la facultad de resolver ese cuestionamiento, sin que necesariamente los tribunales estatales deban intervenir de manera previa; (ii) este principio otorga al tribunal arbitral la potestad para decidir si tiene competencia para conocer el asunto, aun cuando exista una objeción por parte de una de las partes; y (iii) se aplica principalmente en la fase inicial del procedimiento arbitral, cuando el tribunal debe determinar si tiene competencia para seguir adelante con el caso, ello no implica que el tribunal vaya a resolver el fondo de la controversia, sino que solo se refiere a si tiene la autoridad para conocerla.

En ese sentido, se puede decir que el principio *kompetenz-kompetenz* busca evitar que se interrumpa el proceso arbitral por intención de una de las partes o por decisión del juez de manera *ex ante* del pronunciamiento de los propios árbitros respecto de su competencia para resolver la controversia en cuestión.

Además, no excluye la intervención del Poder Judicial; sin embargo, como se ha señalado anteriormente, es un control *ex post* bajo determinados supuestos para declarar la invalidez o nulidad. Cabe señalar que resulta importante la prueba de la existencia del convenio arbitral, ya sea mediante un documento físico (por ejemplo, el contra-

to) o virtual (documento certificado). Esto es debido a que el convenio arbitral brinda seguridad y veracidad respecto de la competencia que tendrá el árbitro para resolver la controversia.

Por otro lado, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje comprende excepciones respecto de la litispendencia, cosa juzgada, caducidad, prejudicialidad y el cumplimiento de condiciones previas al arbitraje. Según el autor Hernando Devis Echandía, las excepciones pueden ser consideradas como un derecho de contradicción o de defensa que tiene el demandado para oponerse a la pretensión del demandante.

Por lo tanto, se puede decir que el principio *kompetenz-kompetenz* autoriza a los árbitros a resolver lo que se encuentre expresamente pactado en el convenio arbitral y, además, son competentes para verificar la validez del mismo con la finalidad de identificar si el conflicto se puede resolver vía arbitral.

Entonces, la excepción por incompetencia sería cuando la o las controversias no pueden ser sometidas a arbitraje o no han sido iniciadas como corresponde con base en la norma vigente. Es decir, podría ser cuando no exista una cláusula arbitral o dicha cláusula sea inválida. No obstante, si el Poder Judicial pudiese tomar acción respecto de este supuesto desde un inicio, ello resultaría perjudicial, ya que cualquiera de las partes que no desee cumplir con lo pactado en el convenio arbitral podría solicitar su nulidad y postergar el arbitraje hasta cuando exista un pronunciamiento con calidad de cosa juzgada por parte del Poder Judicial. Lo anteriormente señalado entorpecería la función del arbitraje y complejizaría más la resolución de los conflictos.

Cabe señalar que las excepciones por caducidad, prescripción y cosa juzgada son mecanismos con base en supuestos que modifican determinada situación jurídica, lo cual genera que el árbitro ya no pueda pronunciarse sobre cierto conflicto, ya sea porque se extinguió el derecho y/o la acción.

Por último, respecto de su importancia e impacto a nivel constitucional, resulta importante señalar que el principio *kompetenz-kompetenz* es útil como una herramienta para poder evitar dilaciones indebidas en el proceso de resolución de controversias y/o conflictos. Esto es debido a que el tribunal arbitral podrá actuar y decidir sobre su propia competencia, garantizando que las personas puedan obtener una respuesta de manera eficaz y oportuna ante alguna contingencia que se haya producido y que, a raíz de esta, se active el mecanismo de

resolución de controversias a través del convenio arbitral preexistente. Asimismo, si bien es cierto que se impide acceder directamente al Poder Judicial, ello no elimina por completo el acceso a dicha institución, sino que se reorienta la solución autónoma en sede arbitral, y será posible impugnar la competencia del tribunal arbitral a nivel judicial, sujeta a ciertas limitaciones.

El principio *kompetenz-kompetenz* está diseñado para garantizar la celeridad y la autonomía del arbitraje, lo que es compatible con el debido proceso, siempre que se respeten las garantías mínimas. En este sentido, el proceso arbitral sigue siendo un proceso justo si el tribunal arbitral respeta los principios de imparcialidad, igualdad de las partes y motivación de las decisiones, incluso cuando decide sobre su propia competencia. Además, la posibilidad de impugnar la decisión sobre la competencia ante los tribunales judiciales, aunque limitada, asegura que no se violen los derechos fundamentales de las partes; ya que, como se ha señalado anteriormente, estos tribunales podrán revisar si el tribunal arbitral actuó dentro del marco de su competencia.

Ahora, resulta cierto que no puede existir una jurisdicción exclusiva fuera de los tribunales previstos por la ley, es decir, el Poder Judicial, y esto implicaría que no puede existir un tribunal que se arrogue el derecho de decidir sobre todas las disputas sin ningún tipo de control o supervisión judicial. No obstante, la intervención judicial posterior en el caso de impugnación de la decisión sobre la competencia del árbitro permite y asegura que el control judicial no está completamente excluido.

En síntesis, el principio *kompetenz-kompetenz* está en consonancia con la Constitución peruana, siempre que se interprete dentro de un marco que respete los derechos fundamentales, tales como el acceso a la justicia y el debido proceso. Aunque este principio otorga al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia, las partes tienen la posibilidad de impugnar esta decisión ante los tribunales judiciales, lo que asegura el control judicial y la protección de los derechos de las partes. Por lo tanto, este principio es constitucionalmente viable en el ordenamiento jurídico peruano; ya que no limita de manera absoluta el acceso a la justicia, sino que establece un proceso alternativo y autónomo en el ámbito del arbitraje, con garantías judiciales en caso de impugnación. Su aplicación refuerza la eficacia y la autonomía del arbitraje, sin contradecir los principios constitucionales fundamentales.

4. Conclusiones

- La Constitución reconoce la jurisdicción del arbitraje.
- Para tal efecto, ha habido un desarrollo legislativo que, a la fecha, es la Ley de Arbitraje.
- Dos de los principios fundamentales para ese desarrollo legislativo que reconoce la jurisdicción del arbitraje son la independencia de convenio arbitral y la *kompetenz-kompetenz*.

REFERENCIAS

Caivano, R. y Ceballos, N. (2020). El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina. *Themis*, (77), 15-34. https://doi.org/10.18800/themis.202001.001

Castillo, M., Sabroso, R., Castro, L. y Chipana, J. (2014). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. *Advocatus*, (030), 293-305. https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4289

Lava, C. (2012). La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional. *Themis*, (61), 345-361.

Morales, R. (2010). Las patologías y los remedios del contrato [Tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Palazón, M. (2020). El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral. En S. Sánchez (Dir.), *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de derecho comparado* (pp. 221-269). Thomson Reuters-Civitas.

Ríos, C. (2014). La nulidad "manifiesta" del convenio arbitral: un caso de excepciones. *Ius Et Veritas*, *24*(48), 318-325.

Serrano, M. (2022). Arbitraje comercial: algunas consideraciones sobre la separabilidad del convenio arbitral desde el derecho español. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, (3), 145-185.

Vidal, R. (2021). La imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del kompetenz-kompetenz. *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, *87*, 317-340.

¿HASTA DÓNDE HAY QUE PARECERLO? BREVES ANOTACIONES SOBRE LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

Carlos Luis Ruska Maguiña[1]
José Carlos Taboada Mier[2]

Resumen

El artículo analiza los principios de imparcialidad e independencia de los árbitros, resaltando la importancia de los mismos para generar confianza entre las partes del arbitraje y fortalecer su institucionalización. La evaluación objetiva de estos principios se efectúa sobre la base de la percepción de un tercero razonable, en la medida en que nos encontramos frente a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que permite a expertos en diversas áreas actuar como árbitros, diferenciándose de la administración de justicia a cargo del Poder Judicial. El artículo resalta que, para garantizar el cumplimiento de la imparcialidad e independencia, los árbitros deben cumplir con el deber de revelación informando a las partes, a la institución arbitral y, en su caso, a los coárbitros sobre las relaciones con las partes, sus representantes, apoderados, abogados, terceros financiadores, así como la existencia de posibles conflictos de interés.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de maestría no concluidos en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ha sido director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), profesor de arbitraje en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y fundador de MARC PERÚ.

2 Abogado por la PUCP. Magíster en Regulación y Servicios Públicos en la misma casa de estudios. Secretario general del centro de arbitraje MARC PERÚ. Profesor de la Universidad de Piura y ESAN. Árbitro y adjudicador.

1. Introducción

A lo largo de la historia, una idea que se repite de forma constante al hablar de las apariencias es que, para lograr una buena imagen frente al resto, no solo hay que ser una buena persona, sino también parecerlo. La razón detrás de este pensamiento es que, en la medida en que el fuero interno de una persona no puede ser conocido a plenitud, no solo basta que sea buena, sino que el resto que la observa también la perciba como tal. Finalmente, la idea de lo que es una persona se genera por lo que el resto piensa, más allá de lo que uno es.

Cuando nos referimos a la independencia e imparcialidad del árbitro, el razonamiento es similar. El árbitro no solo tiene que cumplir con estos principios, sino que debe cuidar que el resto de personas así. Sin embargo, la percepción de la realidad se encuentra mediatizada a partir de los sesgos del conocimiento que tenemos y de nuestras experiencias pasadas. Dependiendo de la persona que lo analice, un acto, así como el comportamiento del árbitro, puede ser considerado –percibido– de una forma u otra.

El arbitraje se ha consolidado como un mecanismo eficaz para la resolución de conflictos en el ámbito comercial e internacional. En el Perú, su auge se ha visto favorecido, además, por su incorporación como uno de los mecanismos obligatorios para la solución de los conflictos derivados de la contratación de bienes, servicios y obras por parte del Estado y sus diversas instancias a partir de la vigencia de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, desde hace algo más de dos décadas, y de sus sucesivas modificaciones hasta la actualidad.

Debe tenerse en cuenta que el Estado es el principal contratante en nuestro país y que, además, los conflictos que surgen de las relaciones contractuales entre alguna entidad del Estado y un particular, derivados de la provisión de bienes y servicios y la ejecución de obras, deben ser solucionados a través del arbitraje, de forma obligatoria. En ese sentido, el éxito del arbitraje depende, en gran medida, de la confianza de las partes en la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Para que exista esta confianza, las partes del procedimiento arbitral analizan la independencia e imparcialidad del árbitro a partir de su percepción. El problema que se genera con ello está relacionado con determinar cuál es el límite a considerar respecto de dicha percepción. Una teoría objetiva para valorar la independencia e impar-

cialidad implica que la mirada por la que se juzgan los actos no es de las partes, sino de un tercero razonable. No es posible que los árbitros cumplan con lo que cada parte, en cada procedimiento arbitral sobre determinada controversia, considere que genera la independencia o imparcialidad. Para ello, la doctrina ha generado reglas y estándares que deben ser advertidos para determinar si el árbitro cumple o no con los estándares de independencia e imparcialidad.

2. El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos

Se ha sostenido que el arbitraje actual es una respuesta a los problemas de saturación de causas que tiene el Poder Judicial para resolver controversias de forma célere. No obstante, no consideramos que esa sea la razón de ser del arbitraje, el que por cierto nació antes que la justicia a cargo del Estado, pues, de ser así, resueltos los problemas que aquejan al Poder Judicial, no tendría razón de existir. Por el contrario, el arbitraje es un mecanismo para la resolución de conflictos privado dentro del abanico de posibilidades que tienen los justiciables para atender la resolución de sus diferencias. Con la creación del Estado, la administración de justicia pasó a ser decidida principalmente por el Poder Judicial, conforme establezcan sus normas. El arbitraje se mantuvo como un mecanismo alternativo de solución de controversias, pues busca ser una forma diferente de administración de justicia (Osterling, 2008).

Lo anterior no es un dato irrelevante; pues, desde la Constitución que se promulgó producto de la Revolución francesa, por la Asamblea Nacional Constituyente del 3 de setiembre de 1791, se ha reconocido al arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de disputas privado, precisándose, expresamente, que los actos del Poder Legislativo no pueden afectar su funcionamiento. Asimismo, hubo una expresa reserva de la jurisdicción sobre los actos de comercio a unos tribunales de comercio, elegidos por una asamblea de comerciantes. Esto evidencia que la solución de controversias, fuera el Poder Judicial, estaba sujeta a reglas diferentes y se juzgaba de forma distinta a las propias del Estado.

Así, podemos señalar que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos diferente al resto porque tiene el poder de tomar una decisión con efectos jurisdiccionales, sin ser parte del

Poder Judicial. Los árbitros participarán en este tipo de controversias por sus capacidades personales, y no por una selección o concurso público. La sola selección del juzgador hace que este mecanismo privado sea diferente al Poder Judicial y los efectos de su decisión lo alejan de los otros mecanismos alternativos.

El arbitraje permite que expertos que participan activamente en el mercado puedan resolver controversias. En tanto la especialidad es una característica del arbitraje, es evidente que esta se logra por medio de la práctica en el mercado que se le selecciona. Por ejemplo, un especialista en derecho de energía será reconocido por su participación en el sector y por sus años de experiencia. Su selección como árbitro se hará sin que se aleje de dicho sector y continúe ejerciendo sus funciones.

A diferencia de un juez que solamente puede desempeñarse dentro del ámbito del Poder Judicial, el árbitro participa en el mercado del que es especialista, en los roles que este decida. El arbitraje permite que un árbitro no solo participe como juzgador, sino también en los roles que este desee, sin que ello vaya a afectar su posible elección. Con lo anterior, no queremos indicar que no existen filtros que un árbitro debe cumplir, sino que estos filtros deben juzgarse a partir de las reglas que se generan por la propia participación de los árbitros en el mercado.

Sobre este extremo, resulta ilustrativo la decisión emitida en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA vs. Argentina, el cual indicó lo siguiente:

> Arbitrators are not disembodied spirits dwelling on Mars, who descend to earth to arbitrate a case and then immediately return to their Martian retreat to await inertly the call to arbitrate another. Like other professionals living and working in the world, arbitrators have a variety of complex connections with all sorts of persons and institutions. It has been asserted by some scholars that there are only" six degrees of separation" between one person and any other person on earth. The theory of six degrees of separation holds that if a person is one step or "degree" away from each person he or she knows and two steps or two degrees away from each person known by one of the people he or she knows, then everyone is an average of six steps or six degrees away from each person on the globe. While the validity of this theory certainly remains to be proven, its application does demonstrate how easily one may make connections between one person and another through the process of identifying real or alleged link (p. 32).

Como se aprecia de la transcripción de parte de lo resuelto en la decisión sobre recusación del caso Suez, los árbitros no son espíritus que existen en el mundo de las fantasías y que solamente descienden para ver un proceso, retornando luego a esa ilusión. En el mundo real, los árbitros trabajan de la forma que lo estiman y poseen vínculos complejos con diferentes instituciones. Eso no implica un desmedro en su labor de árbitro.

El arbitraje permite resolver conflictos rápidamente que gozan de la protección del Estado (Etcheverry, 2008). Para ello, se rompe con los esquemas tradicionales y se constituye como un mecanismo diferente, pero igual de eficiente (Cantuarias, 2004). Un elemento esencial que tiene el arbitraje es la vinculatoriedad jurisdiccional del laudo frente a otro tipo de decisiones del resto de mecanismos alternativos. El que administre justicia acerca al arbitraje a los efectos que ocurren en un proceso judicial; sin embargo, siguen siendo diferentes.

A diferencia de la mediación, la conciliación, la negociación, la junta de resolución de disputas, entre otros, el arbitraje vincula a las partes con la decisión y permite que se ejecute la misma. Es en ese sentido que el árbitro tiene el deber de ser independiente e imparcial, lo cual se debe medir a partir del propio estándar arbitral (Correa *et al.*, 1999). Los árbitros tienen la labor de resolver un determinado conflicto sobre la base de lo alegado por las partes y el encargo realizado.

En el caso del arbitraje, el árbitro presenta características diferentes al mediador, conciliador, adjudicador, entre otros, aunque todos ellos deben ser igualmente imparciales e independientes. Es importante tener presente que esas diferencias son parte de la elección que hacen las partes al renunciar al Poder Judicial y optar por el arbitraje, teniendo presente los riesgos que ello involucra.

3. ¿Qué es un árbitro?

La evolución histórica del arbitraje ha construido diferentes reglas a lo largo del tiempo. Desde el inicio de la vida en comunidad, resultaba necesario solucionar conflictos y, en estos casos, el arbitraje fue uno de los pilares sobre los que se construyó la solución de controversias. La idea de Estado es moderna, respecto a la cantidad de años que tenemos los seres humanos viviendo en comunidad. Sobre esa base, el medio de solución de conflictos utilizado fue el arbitraje, pues permitía la selección de un tercero, por voluntad de partes, para

solucionar un conflicto de carácter vinculante para ambas. El arbitraje es anterior al mecanismo judicial de solución de controversias.

Si ello es así, la idea de un árbitro es diferente a la de un juez y es que, para ser árbitro, desde sus inicios, lo esencial era la elección de las partes. No debemos omitir señalar que el arbitraje, por esencia, tiene un componente contractual que se forma por la voluntad de dos o más partes que renuncian a que la solución de sus controversias las conozca la justicia ordinaria a cargo del Estado, a través del Poder Judicial. El árbitro no es un juez, no se selecciona como a un juez, ni cumple sus mismos deberes. Si bien existirá una relación por ser administradores de justicia, ello no homologa sus deberes, obligaciones y demás aspectos que regulan su actividad. Incluso, hay quienes sostienen que la creación del concepto de arbitraje moderno surge como respuesta a la sobrecarga del Poder Judicial (Tribunal Constitucional, 2006).

Considerando que el arbitraje es anterior y diferente al mecanismo judicial, al juzgador también se le debe considerar así. Un punto de partida es el hecho de que los árbitros se eligen por voluntad de las partes (Jequier, 2015); mientras que la elección de los jueces, al menos en el Perú, se efectúa a través de un concurso público, sobre la base de lo dispuesto en la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial. Dicha norma es relevante para el análisis que se hace en el presente artículo, pues pone en evidencia que el árbitro, claramente, no es un juez.

La Ley 29277 es una muestra de las claras diferencias que tiene un árbitro con un juez, pues esta, en su artículo 34, pone en evidencia al regular determinados deberes de un juez que un árbitro no cumple ni debería de exigírsele cumplir. Para el caso de este artículo, haremos énfasis en dos de ellos:

- La norma exige a un juez cumplir un horario establecido, lo cual incluye fijar audiencias y otras diligencias, siendo que su incumplimiento genera una inconducta funcional. Resulta evidente que el árbitro no solo ejerce su labor para un caso específico, sino que, principalmente, realiza otro tipo de actividades profesionales. Asimismo, las actuaciones arbitrales las dirige, respetando el trato igualitario, de la forma que considere más adecuada para resolver la controversia. No existen horarios ni reglas sobre la forma de desempeñar sus funciones ni está sujeto a ninguna autoridad superior, más allá que a las propias partes del arbitraje que son las que en definitiva determinan el alcance de sus funciones.

- La norma establece, igualmente, que el juez se debe dedicar de forma exclusiva a la función jurisdiccional, estando habilitado solamente a ejercer la docencia universitaria por un límite de tiempo a la semana y en un horario diferente al que cumple en su despacho judicial. Es claro que un árbitro no tiene una obligación de dedicarse exclusivamente a su labor arbitral, sino que, en muchas ocasiones, se desempeña en otras actividades.

Lo antes señalado resulta ilustrativo para entender qué es un árbitro, pues es evidente que, si esta labor recae en una persona que no ejerce función exclusiva ni debe respetar las reglas que se imponen a los jueces, no se deben evaluar las apariencias sobre la misma base. No es lo mismo exigir un estándar para determinar la independencia e imparcialidad a un juez que a un árbitro, pues ambos se desempeñan en labores diferentes. El árbitro tiene participación en otras actividades profesionales más allá de su función arbitral, mientras que el juez lo tiene prohibido.

Los árbitros son seleccionados sobre la base de la voluntad de las partes, y su función jurisdiccional se desarrolla dentro de un mecanismo diferente al proceso judicial (Tribunal Constitucional, 2006). En ese sentido, no es posible homologar a un árbitro con un juez o pensar que su actividad es exclusivamente arbitral. El árbitro se desarrolla en un mercado diferente al de los jueces que, si bien comparten la noción de administrar justicia, no así se pueden equiparar todos los principios y reglas que rigen sus actuaciones. La propia Ley 29277 es la evidencia de que los árbitros no son jueces.

Sin embargo, si bien existe una evolución de los operadores jurídicos para comprender que la resolución de conflictos a través del arbitraje es diferente a la que se realiza a cargo del Poder Judicial (Gonzáles, 2008), aún se tienen rezagos de las exigencias que pretenden imponer algunos operadores a fin de homologar jueces y árbitros. Este tipo de exigencias son las que entorpecen el funcionamiento del arbitraje y confunden el mecanismo con uno judicial. La evolución del arbitraje ha permitido reconocer las ventajas que tiene el mecanismo (Fernández, 2010); sin embargo, para que estas operen, no deben agregarse requisitos adicionales o estándares distintos a los que ha creado la propia institución.

El arbitraje, y por ende el árbitro, ha evolucionado alejándose de la regulación que tienen los procesos judiciales, lo que lleva a la con-

clusión de que el juez y el árbitro no son iguales, aunque ambos deben ser y parecer independientes e imparciales. Cada uno cumple deberes y obligaciones distintas que son propias de su función, sin perjuicio de que algunas puedan ser transversales. El arbitraje y el Poder Judicial no son enemigos ni antónimos, pero la norma que regula a cada uno de ellos los hace diferentes.

La postura que sigue el arbitraje, al día de hoy, es una que garantiza la independencia de la institución, sin la exportación de principios jurídicos que regulan otro tipo de procesos, como los judiciales (Silva, 2004). La figura del árbitro se creó para diferenciarse del juez y no se puede exigir que, tomando en cuenta su propia naturaleza, se les juzgue de forma similar.

Ahora bien, sobre esa base, resulta posible que el árbitro tenga una relación con las partes, producto de su participación en otros procedimientos arbitrales, docencia, entre otros; sin embargo, ello no generará, en automático, una duda sobre su independencia e imparcialidad y su actuación en un procedimiento arbitral determinado. Tal como se analizará más adelante, las dudas sobre la actuación en el procedimiento arbitral se juzgan sobre la base de un observador objetivo o tercero razonable y medianamente informado (Caron y Caplan, 2013).

El árbitro es el encargado de poder dirigir el procedimiento a fin de emitir un laudo que ponga fin a la disputa entre las partes en litigio y, si bien debe cumplir con determinadas reglas para ejercer su función, es esencial comprender que se sujeta a estándares diferentes a los que debe tener un juez.

Se debe considerar que, si bien las partes acceden a que un árbitro solucione su controversia, con ello no renuncian a tener un procedimiento adecuado y conducido por un juzgador independiente e imparcial (Redfern *et al.*, 2006). En la medida en que el arbitraje permite elegir al tribunal que lo conforma y emitirá una decisión final llamada laudo (Matheus, 2010), existe una diferencia con el Poder Judicial; sin embargo, los principios de imparcialidad e independencia estarán siempre presentes en uno y otro mecanismo.

Estas reglas son similares a las que sigue el Poder Judicial, pero no iguales. A diferencia de un juez que se debe a la administración de justicia a cargo del Estado, de forma general, el árbitro lo hace a dos o más partes respecto de una controversia determinada o determinable

para la que ha sido designado. Mientras que al juez se le puede exigir un alto grado de información, a los árbitros solo se le exige en lo que refiere a las partes, sus representantes legales, abogados y asesores, terceros financiadores, a los demás árbitros y a la controversia.

En adelante, procederemos a desarrollar cómo debe entenderse la imparcialidad e independencia en el arbitraje, sobre la base de la naturaleza jurídica de mecanismo de resolución de conflictos, qué es el arbitraje y cuál es el rol del árbitro.

4. La independencia e imparcialidad

No es objeto de este artículo desarrollar un concepto de imparcialidad o independencia; sin embargo, se puede considerar que estos principios se cumplen cuando no existe un conflicto de intereses sobre la controversia o las partes. En el caso de Repsol vs. Argentina[3], al momento de analizar la recusación de dos árbitros del proceso, se indicó que estos requisitos involucraban la ausencia de un sesgo o predisposición hacia una de las partes, siendo que este sesgo debe demostrarse a partir de la apariencia o predisposición, sobre la base de dudas justificadas.

Las dudas justificadas son un estándar que se aplica en todo tipo de procedimientos arbitrales para conocer si existe una falta de independencia o imparcialidad. Así, en el caso EDF vs. Argentina[4], se indicó que, para juzgar si existe una descalificación de un árbitro, las dudas deben ser justificadas y, para ello, se debe cumplir con un determinado estándar. Este concepto ha sido desarrollado en múltiples casos; sin embargo, la regla que se ha seguido está relacionada con la exigencia a un observador razonable y sobre la base de una situación que manifiestamente rompa ello[5]. El que una duda sea justificada ge-

3 Ver Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Presidente del Consejo Administrativo sobre la propuesta de recusación a la mayoría del Tribunal, 13 de diciembre de 2013, §71

4 Ver EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/23), Decision on Respondent's Proposal to Disqualify an Arbitrator, 25 June 2008

5 Ver Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, paras. 24, 25, 20

nera la objetividad a la recusación[6] y, como se indicó en el caso Blue Bank vs. Venezuela[7], para que exista ello, un tercero tiene que encontrar esa falta de imparcialidad sobre una evaluación razonable de los hechos del caso en concreto.

La jurisprudencia y la doctrina no discuten que existe una exigencia de imparcialidad e independencia; sin embargo, sostienen que esto se determina sobre la base de una parte razonable, con conocimiento de hechos y circunstancias relevantes. Aquí, el estándar resulta objetivo porque se evaluará si estos hechos generan dudas justificadas o no sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. En estos casos, resulta razonable atender cuando menos los siguientes elementos:

a. **La lectura integral de la revelación y la aceptación.** La mera omisión de una información no puede evaluarse sin entender el contenido de toda la declaración. La intención de un árbitro para manifestar lo pertinente al caso concreto no se evalúa por lo que se dijo o no en un extremo puntual, sino sobre la apreciación objetiva de la intención de omitir determinada información. El árbitro debe haber tenido la intención de omitir la información para que dicho acto genere una duda y no ser un mero error u omisión menor.

b. **El mercado.** El mercado resulta relevante para entender a los profesionales que actúan como árbitros, así como su especialidad. No es posible entender a un árbitro sin comprender en qué mercado laboral y qué tipo de controversia está juzgando. A manera de ejemplo, las reglas IBA sobre conflicto de intereses no podrían aplicarse de forma directa a los casos de contratación pública, salvo pacto de las partes. Ello por el tipo de mercado en el que se desarrolla la elección.

---

6 Ver National Grid PLC vs. República Argentina. LCIA, Caso UN 7949, Decisión sobre la recusación contra D. Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007), párr. 87; Country X vs. Company Q, Decisión sobre recusación del 11 de enero de 1995 (1997). *Yearbook Commercial Arbitration* [Vol. XXII], Kluwer Law International; AWG Group Limited vs. República de Argentina. Caso CNUDMI, Decisión sobre la segunda recusación de un miembro del tribunal arbitral, del 12 de mayo de 2008, párr. 22.

7 Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. vs. República Bolivariana de Venezuela. Ciadi, Caso ARB/12/20, Decisión sobre las propuestas de las partes para descalificar a la mayoría del tribunal. Véase también Caratube International Oil Company LLP vs. Republic of Kazakhstan. Ciadi, Case ARB/13/13, Decisión sobre la propuesta de descalificación del Sr. Bruno Boesch (20 de marzo de 2014).

c. **El perfil profesional.** La experiencia de un árbitro surge de su trabajo a lo largo de los años. El ser árbitro no implica renunciar a su ejercicio profesional, por lo que la falta de independencia o imparcialidad no puede evaluarse de forma aislada al perfil profesional del árbitro. El árbitro actúa de una forma a lo largo de su vida profesional y no debe considerarse una falta de independencia o imparcialidad por un periodo en particular, sin entender el contexto en el que opera.

Si bien consideramos que existen otros aspectos que se pueden contemplar, creemos que los antes indicados son los más relevantes para evaluar la independencia y la imparcialidad de un árbitro.

5. El deber de revelación del árbitro

Para analizar la independencia e imparcialidad, es imprescindible considerar el deber de revelación que tienen los árbitros. Las partes no tienen un conocimiento al detalle de determinadas actividades o relaciones que ha tenido y tiene el árbitro, por lo que este deber de revelar, a cargo del árbitro, pretende informar a las partes de situaciones que puedan generar en ellas dudas justificadas y que, a ojos de un tercero, impliquen una falta de independencia e imparcialidad.

El deber de revelación del árbitro juega un papel crucial, ya que permite identificar los posibles conflictos de interés y garantiza la transparencia del procedimiento arbitral desde la oportunidad previa a la aceptación de un árbitro, constituyéndose de esta manera en un verdadero mecanismo de prevención de la falta de independencia y de posible parcialidad de un candidato a árbitro o un árbitro ya elegido. A continuación, se analizarán los fundamentos, el alcance y las consecuencias del incumplimiento de este deber.

6. Fundamento del deber de revelación

El deber de revelación del árbitro es un correlato de los principios de imparcialidad e independencia, que constituyen dos pilares esenciales del arbitraje. Este deber impone a los árbitros la obligación de divulgar, antes de su aceptación y durante el desarrollo del procedimiento arbitral, cualquier circunstancia que pueda generar "dudas justificadas" o razonables sobre su independencia e imparcialidad. La obligación de revelar del candidato a árbitro y del árbitro una vez elegido durante el transcurso del procedimiento arbitral, está reconocida

en las principales leyes de arbitraje nacionales y en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales a nivel mundial, que, como en el caso del Perú, siguieron para la elaboración de sus normas de arbitraje las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con enmiendas en 2006), elaborada por el grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDM o Uncitral), que, si bien no tiene carácter mandatorio, sus principales pautas han sido utilizadas por la generalidad de los países del mundo en la elaboración de su legislación arbitral.

En efecto, la Ley Modelo de la CNUDMI o Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, en su artículo 12, numeral 1, exige que un árbitro revele cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia[8]. En similar sentido, el Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú, Decreto Legislativo 1071, regula el tema en el artículo 28, numerales 1 y 2, en los que establece la obligación de revelar del candidato a árbitro y del árbitro después de su aceptación y durante el *iter* del procedimiento arbitral[9]. Por su parte, las reglas de la ICC o CCI (Cámara de Comercio Internacional), en el artículo 11, numeral 1, precisa que todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial; e impone a los árbitros, en los numerales 2 y 3[10], la obligación de revelar cualquier

---

8 Ley Modelo UNCITRAL, Artículo 12. Motivos de recusación.

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitros deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

9 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto Legislativo 1071, artículo 28, "Motivos de abstención y de recusación"

1) "Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2) El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados".

10 Reglamento de Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje de la ICC o CCI, vigente a partir del 1 de enero de 2021, artículo 11, "Disposiciones generales"

hecho o circunstancia que, desde el punto de vista de las partes del arbitraje, pueda afectar su independencia y generar dudas razonables respecto de su imparcialidad. Esta obligación se mantendrá durante el arbitraje.

En el ámbito nacional, la mayoría de las instituciones arbitrales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el artículo 14 de su Reglamento de Arbitraje actual, establece igualmente la necesidad de que el árbitro sea independiente e imparcial, así como la obligación a cargo de este de revelar, desde su nombramiento y durante el transcurso del procedimiento arbitral, cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificables sobre su independencia e imparcialidad.

La razón detrás del deber de revelación es preservar la imparcialidad e independencia del árbitro, permitiendo a las partes tomar decisiones informadas sobre la idoneidad de este y, en su caso, ejercer su derecho a impugnar su nombramiento o de formular una recusación. El deber de revelación es un mecanismo esencial para preservar la transparencia y la confianza en el arbitraje. Su incumplimiento no solo pone en riesgo la correcta elección de los árbitros y de las instituciones arbitrales en ejercicio de la libertad de las partes, sino también la validez del procedimiento arbitral, pudiendo incluso generar consecuencias legales y reputacionales para el árbitro. Por ello, la práctica arbitral moderna enfatiza la importancia de la divulgación proactiva y completa de cualquier circunstancia que pueda afectar la percepción de independencia e imparcialidad, lo cual garantiza la integridad del arbitraje como método de resolución de conflictos.

---

1) "Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes del arbitraje.
2) Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios.
3) El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el 11(2) relativos a su imparcialidad o independencia que pudieran surgir durante el arbitraje".

7. Alcance del deber de revelación y las directrices de la IBA

El deber de revelación legislado en los términos del artículo 28, numerales 1 y 2, del Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú, Decreto Legislativo 1071, establece que tanto la persona propuesta para ser árbitro como este luego de su nombramiento tiene la obligación de revelar "todas las circunstancias" que generen "dudas justificadas" sobre su imparcialidad e independencia, recogiendo la propuesta normativa contenida en el artículo 12, numeral 1, de la Ley Modelo Uncitral. En esta se señala expresamente que, con posterioridad a su nombramiento y en caso surjan nuevas circunstancias, el árbitro deberá revelarlas "sin demora". La Ley de Arbitraje ha preferido, con buen criterio, optar por una formula abierta, dejando a los árbitros en un primer momento y a las cortes o consejos de arbitraje de las instituciones arbitrales, en la oportunidad de pronunciarse sobre las recusaciones formuladas contra los árbitros, como al Poder Judicial, en la oportunidad de resolver los casos de anulación de laudos arbitrales, la determinación del alcance del deber de revelación del árbitro.

El alcance del deber de revelación en términos legislativos es amplio y no se limita a los conflictos de intereses directos o actuales que pudiera tener la persona propuesta como árbitro o el árbitro desde su nombramiento, con las partes, sus representantes legales o apoderados, abogados o asesores, terceros financiadores del arbitraje, los demás árbitros integrantes del tribunal, entre otros. Si bien la determinación inicial de qué revelar y cómo hacerlo corresponderá a la persona propuesta como árbitro o al árbitro desde su nombramiento, en la práctica arbitral algunas revelaciones suelen resultar innecesariamente extensas y contener datos irrelevantes o, por el contrario, resultan demasiado breves y faltas de información, lo que impediría desde el punto de vista de un tercero imparcial y el de las partes, analizar la independencia y la imparcialidad del árbitro.

Con el objeto de determinar el alcance del deber de revelación, se recomienda hacer uso de una herramienta que forma parte del denominado *soft law*, nos referimos a las Directrices de la International Bar Association (IBA)[11] sobre conflictos de intereses en el arbitraje in-

11 Las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional pueden descargarse en <www.ibanet.org/resources>.

ternacional, que bajo el impulso de su Comité de Arbitraje, desde su versión inicial en el año 2004, pasando por la revisión de 2014, hasta su última versión aprobada por el consejo de la IBA, el 25 de mayo de 2024, establece un marco detallado para evaluar qué y cómo debe un árbitro o una persona propuesta como tal revelar, sirviendo igualmente como referencia para las partes del arbitraje y los demás operadores, incluyendo a los magistrados del Poder Judicial encargados de resolver los recursos de anulación contra laudos que se hayan dictado por árbitros carentes de independencia e imparcialidad. El uso de las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional por los tribunales de justicia se aprecia de uno de los considerandos de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Madrid[12], STSJ M 6983/2019, de fecha 12 de setiembre de 2019:

> [L]a Sala también pondera las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional…; Directrices que analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser analizadas en cada caso.

Este criterio se mantiene en decisiones judiciales de dicha Corte de Justicia recientes.

En similar sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia Sala Civil Transitoria, al resolver la Casación 2267-2017, mediante la sentencia del 27 de noviembre de 2017[13], en los seguidos sobre anulación de laudo arbitral, estableció en su considerando vigésimo noveno:

> […] la International Bar Association (IBA) ha publicado las denominadas Directrices IBA que viene a ser un conjunto de reglas éticas destinadas para los árbitros internacionales y que a modo de listado abierto orientan e indican en qué casos y situaciones un árbitro se encuentra o no en la obligación de revelar para determinar que no sea descalificado. Resulta necesario precisar que las Directrices IBA no se constituyen por cierto en normas de obligatorio cumplimiento.

12 Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de Madrid, STSJ M 6983/2019, de fecha 12 de setiembre de 2019.

13 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación 2267/2017, sentencia del 27 de noviembre de 2017.

Más adelante, en el considerando trigésimo, continuó:

> Citaremos a continuación algunos ejemplos que de manera sucinta comprende este listado y que por cierto puede servir como guía directriz a todo árbitro al momento de participar en un procedimiento arbitral y que en su caso sería útil tomar en consideración […]. haciendo a continuación referencia a los listados rojo irrenunciable, rojo renunciable, naranja y verde que forman parte de la parte II de las directrices de la IBA.

Las directrices de la IBA cuentan con una introducción y dos partes: la primera contiene las normas generales sobre la imparcialidad, independencia y el deber de revelación de los árbitros; la segunda se refiere a la aplicación práctica de las normas generales y contiene los listados rojo irrenunciable, rojo renunciable, naranja y verde. Es importante destacar, igualmente, que estas directrices no prevalecen sobre la ley nacional aplicable ni sobre los reglamentos o códigos de ética de las instituciones arbitrales a las que se hayan sometido las partes en virtud del convenio arbitral[14].

8. ¿Qué se debe revelar?

En principio, un candidato a árbitro o un árbitro ya designado debe revelar todas las circunstancias que pudieran dar lugar a la generación de dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia. Siguiendo las directrices de la IBA, en términos generales, un árbitro debe tener especial cuidado en revelar:

a. Relaciones profesionales

Esto busca determinar si el árbitro ha ejercido una relación profesional en el pasado con una de las partes, sus representantes legales o sus abogados. Esta revelación tiene dos elementos que generan una incidencia para el proceso. La primera está referida a la propia rela-

14 Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional, aprobadas el 25 de mayo de 2024, "Introducción": "6. Las presentes directrices no prevalecen sobre la ley nacional aplicable, las reglas de arbitraje, los códigos de conducta, u otros instrumentos vinculantes elegidos por las partes. No obstante, se espera que... sean ampliamente aceptadas por la comunidad arbitral internacional, y que ayuden a las partes, abogados, árbitros, instituciones y tribunales a abordar estas importantes cuestiones de imparcialidad e independencia. El comité de arbitraje de la IBA recomienda que las Directrices se apliquen con robusto sentido común y sin interpretaciones excesivamente formalistas".

ción con los árbitros y la segunda con la controversia. El árbitro debe indicar si, en caso hubo una relación previa, esta tuvo relación con el proceso.

b. Relaciones laborales previas

Las relaciones laborales previas tienen como finalidad analizar la existencia de una posible subordinación de un árbitro con la parte, los abogados, los representantes o, incluso, entre los árbitros. Si un árbitro ha trabajado en una de las partes, estudio de abogados patrocinante u otro agente que forma parte del proceso, es relevante su revelación y el tiempo que ha transcurrido desde que cesó dicha función. Dentro de este deber, se debe precisar si, en caso hubo relación laboral con las partes o los abogados, existió conocimiento de la controversia sobre la que ha sido designado árbitro. Es relevante para una parte conocer si el árbitro posee un sesgo de conocimiento sobre la controversia a partir de su trabajo previo.

c. Relaciones económicas o comerciales

Las relaciones económicas o comerciales analizan el grado de relación que tiene una parte con el árbitro para saber si existe una compartición de intereses que los relacione. Esto quiere decir que, si un árbitro y una parte forman parte de una misma operación económica, debe revelarse dicho hecho y, guardando las reservas del caso, la posible relación con el proceso o sobre el sesgo que genera con una parte. En este extremo, es relevante entender que no toda relación económica genera un vínculo de dependencia.

d. Participación en casos previos

Sobre este extremo existe especial controversia. Un criterio que se tomó en la *Law Commission, Review of the Arbitration* fue que, para cuestionar a un árbitro por designaciones reiteradas, se debe tomar en cuenta (i) el tipo de mercado en el que ocurren y (ii) si los procesos finalizaron. Lo primero se relaciona con la cantidad de procesos arbitrales que existen en el Perú en relación con las contrataciones con el Estado, debido a la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de resolución de los conflictos que surjan en los contratos celebrados por las entidades del Estado con particulares y el segundo, es que la designación reiterada, no puede considerarse como causal de falta de independencia o imparcialidad si no se emitieron decisiones de fondo en los procesos en los que hubo una designación. Finalmente, una

designación reiterada puede obedecer al buen desempeño del árbitro (González, 2011).

Se reconoce que las designaciones reiteradas en el marco del arbitraje peruano es una situación anómala, ya que parte de un escenario donde existen (i) muchos arbitrajes y (ii) pocos árbitros. En efecto, en nuestro país, existe un crecimiento considerable de arbitrajes, por lo que no puede sostenerse la aplicación de estándares pensados para realidades diferentes. Blanco-Jiménez y Osorio (2013) indican que "es evidente que el mundo del arbitraje es relativamente reducido y que por ello es habitual que se produzcan reiteradas coincidencias profesionales entre las personas más cualificadas en el sector" (p. 80). Es importante enfatizar que la reiteración en la designación no implica, *per se*, una pérdida de la imparcialidad o independencia del árbitro, pues determinadas conexiones son triviales o tenues, por lo que se puede considerar que un árbitro tiene una afinidad con la controversia o la parte. Lo relevante para determinar la falta de independencia e imparcialidad no se mide por una mera conexión, sino que es esencial que la misma genere un efecto en el árbitro.

Sobre este particular, se tiene a la actuación del árbitro en otros casos con las mismas partes o en alguno que tenga un contenido similar al que debe resolver. En estos casos, se debe partir de la premisa de que las circunstancias que, efectivamente, se van a alegar por la participación en otros procesos evidencien una duda justificada que genere la apariencia de imparcialidad[15]. Esto busca que los árbitros no se influencien por factores diferentes a los hechos del caso[16]; sin embargo, como se ha indicado previamente, esta influencia debe ser de tal nivel que genere la apariencia de la falta de imparcialidad o independencia. Los hechos que provoquen un cuestionamiento deben ser manifiestos, vistos desde los ojos de un tercero razonable[17].

Para los autores de este artículo, es relevante indicar que cada recusación se analiza en el caso concreto, pues los hechos y el estándar jurídico dependen de la situación que se presente[18]. Si bien resulta

15 Ver Vivendi vs. Argentina ICSID, Case No. ARB/97/3 (Oct. 2001).

16 Ver Repsol v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/12/38 (Dic. 2013)

17 Ver Misen v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/21/15) 2021, Blue Bank v. Venezuela 2018.

18 Ver Tethyan Copper c. Pakistán, Opinión de la CPA, ¶ 141

complejo fijar límites para el análisis de una recusación, es importante hacerlo sobre la base de un estándar objetivo e imparcial.

Un árbitro debe revelar tanto relaciones pasadas como presentes con las partes, sus representantes legales o apoderados, abogados, financiadores del arbitraje y cualquier otra circunstancia que, en una evaluación objetiva, pueda generar dudas justificadas y, en tal sentido, afectar la percepción de su independencia e imparcialidad.

A manera de ejemplo, podemos observar que, bajo un supuesto similar, en el caso seguido entre Highbury International Avv, Compañía Minera de Bajo Caroní Avv y Ramstein Trading Inc. vs. Venezuela[19], se intentó recusar a un árbitro por designaciones reiteradas, ya que había sido designado por la demandada (seis veces) y por parte de los abogados de la demandada (ocho veces). En esa ocasión, el tribunal claramente estableció que la designación reiterada no es un motivo suficiente para cuestionar o recusar a un árbitro:

> 99. Valorando en su totalidad las circunstancias del caso, **el Tribunal concluye que el hecho de que la Profesora Stern haya sido designada varias veces como *árbitro* en distintos procedimientos por la República Bolivariana de Venezuela y por Foley Hoag, no constituye un motivo suficiente para justificar una recusación**: la Profesora Stern nunca ha llegado a rebasar los umbrales exigidos por las Directrices de la IBA para el *último* trienio y los hechos probados no demuestran que se haya socavado la "plena confianza en su imparcialidad de juicio" que el Artículo 14 (1) del Convenio exige a todo *árbitro* que haya de juzgar un arbitraje CIADI [énfasis agregado]. (Ciadi, 2015, p. 25)

En línea con lo anterior, se tiene que, tal como han defendido Born, Gómez-Acebo y Walsh & Teitelbaum, no es suficiente que exista una designación reiterada para que se dude de la independencia e imparcialidad del árbitro, sino que, además, deben existir otros elementos que coadyuven a dicho argumento:

> The 'mere fact that an arbitrator is regularly nominated (by different arbitral parties) on the recommendation of the same counsel or the same firm of solicitors ought not of itself, give rise to justifiable doubts as to his independence and impartiality (Walsh y Teitelbaum, 2011, p. 299).

19 Ver Highbury International Avv Compañía Minera de Bajo Caroní Avv Ramstein Trading Inc. vs. Venezuela

> Repeat appointments are also a typical example of links which are in the grey area of conflicts of interests in arbitration: links which it is difficult to say, in the abstract, whether they should normally disqualify an arbitrator or not. It is generally accepted that the mere existence of repeat appointments should not, in principle, be enough to disqualify an arbitrator (Gomez-Acebo, 2016, p. 114).

Sobre las designaciones reiteradas, en la decisión efectuada sobre la recusación formulada contra la árbitra Brigitte Stern, en el caso Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV y Ramstein Trading Inc. contra la República Bolivariana de Venezuela[20], se determinó que para analizar la procedencia de una recusación se requería más que contabilizar las designaciones de un árbitro dentro de un periodo determinado. A consideración de los árbitros del caso antes señalado, entre los factores a revisar[21], se encuentran los siguientes:

- Los procedimientos que en la actualidad aún siguen en vigor y aquellos que ya han finalizado.
- Los procedimientos en los que el árbitro tuvo que tomar una decisión sobre jurisdicción, y en su caso el fondo, frente a aquellos que nunca alcanzaron esa fase por desistimiento de alguna de las partes o por renuncia del propio árbitro.
- La emisión por parte del árbitro de votos particulares en defensa de los intereses de la parte o del bufete que le hubiera designado.
- La proporción entre las designaciones de una parte de un bufete y el número total de arbitrajes en los que ha participado y sigue participando el árbitro.
- La existencia o inexistencia de dependencia económica del árbitro frente a la parte o el bufete en cuestión.

En caso no se acredite que existe un comportamiento que resulte carente de imparcialidad e independencia, no es posible sostener una afectación a dichos principios por el árbitro.

Por otro lado, para evaluar una afectación, un elemento que se ha tomado en consideración es una posible dependencia económica. Se debe resaltar que la normativa no ha establecido cómo se determinaría

---

20 Ver ICSID Case N°. ARB/14/10

21 Ver Numeral 87 de la Decisión sobre la Propuesta de Recusación de la Profesora Brigitte Stern en el ICSID Case N°. ARB/14/10.

en un caso en particular; sin embargo, la jurisprudencia internacional recurre a diversos criterios para poder establecer cuándo un árbitro es dependiente económicamente.

En el caso Cofely Ltd. vs. Anthony Bingham y Knowles Ltd.[22], se determinó que el árbitro era económicamente dependiente porque el 25 % de sus ingresos como árbitro durante los últimos tres años provinieron de casos que involucraban a la parte que lo designaba o efectuaba actos que determinaban su designación. En un razonamiento similar, en el caso Fileturn Ltd. vs. Royal Grden Hotel Ltd.[23], se determinó que no existía dependencia económica si en el 90 al 95 % de los casos en los que participó el árbitro, en los últimos diez años, no fue designado por quien supuestamente lo ha nominado reiteradamente. La evaluación de la designación reiterada es compleja; sin embargo, debe ser objetiva y considerar las consecuencias de estas en el procedimiento arbitral.

e. Cualquier otra circunstancia que una persona razonable pudiera considerar relevante para cuestionar su independencia e imparcialidad, teniendo presente que, en caso de duda entre revelar y no revelar, el árbitro debe optar por la revelación.

Tal como se estableció en el caso Halliburton vs. Chubb[24], el estándar de revelación implica que los árbitros deben proporcionar a las partes la información necesaria para que informen de alguna objeción a su designación al romper su confianza. Esto debe analizarse determinando si el hecho que se revela causa, razonablemente, la imposibilidad de que el árbitro emita un juicio imparcial sobre la base de un tercero razonable[25].

El deber de revelación no implica necesariamente que el árbitro esté impedido de actuar. No busca descalificar a un árbitro, ni genera en automático la existencia de un conflicto de intereses, sino que proporciona a las partes la información necesaria para evaluar posibles objeciones y decidir si mantienen su confianza en el árbitro y, en consecuencia, si aceptan su participación, con excepción de los casos con-

22 Ver Cofely Ltd v. Anthony Bingham & Knowles Ltd [2016] EWHC 240 (Comm).

23 Ver Fileturn Ltd v Royal Garden Hotel Ltd [2010] EWHC 1736 (TCC).

24 Ver Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd [2020] UKSC 48, [2021] AC 1083.

25 Ver Alpha Projektholding c. Ucrania, Decisión sobre Recusación, ¶¶ 52-55

siderados en el listado rojo no renunciable de las directrices de la IBA, pues estos afectan directamente la independencia e imparcialidad del árbitro.

9. ¿Se puede exigir revelar todo? ¿Cuál es el límite?

Un debate se ha generado en el Perú y está referido a la exigencia de revelación que plantean algunas partes. Sobre la base de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, se solicita revelar aspectos que, en muchos casos, no resultan relevantes para la controversia o no deberían ser exigibles, conforme indicaremos a continuación:

- El detalle de todos los procesos en los que participa un árbitro. Este puede informar la cantidad de procesos que tiene, con la finalidad de que se evalúe su carga; sin embargo, solo se tiene la obligación de referir a aquellos en los que participa alguna de las partes, sus abogados o representantes.
- La existencia de laudos anulados. Un laudo puede ser anulado por diferentes motivos; sin embargo, este hecho no genera una falta de independencia e imparcialidad, si el laudo no tiene vínculo con las partes o la controversia. Resulta evidente que, si el laudo que se ha anulado se asocia con la controversia, se debe informar del mismo. Esto no implica una descalificación del árbitro, sino el poner en conocimiento de las partes este hecho.
- Información sobre su participación en otras empresas. En algunas ocasiones, las partes solicitan que se informe si se mantiene u ostenta el cargo de representante legal en alguna empresa, sin que se especifique si forma parte de la controversia o si tiene relación con alguna de las partes del arbitraje. El árbitro no tiene que revelar los vínculos con terceros ajenos a las partes y la controversia, pues no es relevante para valorar su independencia o imparcialidad.
- Hechos que la parte conoce o debiera conocer. Una revelación busca romper con la asimetría de información entre las partes y el árbitro, por lo que no es razonable que se solicite revelar lo que una parte conoce o debiera conocer actuando con diligencia. No se pueden generar dudas sobre la independencia e imparcialidad a partir de información que tienes conocimiento. En todo caso, es la parte que no tiene conocimiento de dicha información la que podría presentar un cuestionamiento.

El alcance de la revelación se hace desde la visión de un tercero razonable; pues, si el estándar es el requerimiento de una parte, resultaría subjetivo valorar el alcance de la revelación. Si bien las partes tienen derecho a exigir la revelación de un árbitro, esto no implica que puedan pretender que se incorporen aspectos que exceden al caso concreto.

10. Consecuencias del incumplimiento del deber de revelación

El incumplimiento del deber de revelación puede acarrear serias consecuencias, tanto para el árbitro como para el procedimiento arbitral. Entre ellas, la recusación del árbitro, la anulación del laudo, un daño reputacional y, en su caso, posibles sanciones.

En lo que refiere a la recusación del árbitro, si una parte considera que la falta de revelación le genera dudas justificadas sobre la imparcialidad o la independencia del árbitro, puede formular una recusación contra este. Sin embargo, debe tenerse en consideración que la duda justificada no puede basarse en sospechas, intuiciones o percepciones subjetivas; por el contrario, se debe sustentar en hechos objetivos y verificables, siendo razonable desde la perspectiva de un observador imparcial. Se trata de circunstancias concretas que afectan la imparcialidad. La distinción entre una simple duda y una duda justificada es fundamental para evitar recusaciones infundadas que solo busquen dilatar el procedimiento arbitral. Por ejemplo, una de las partes descubre que el árbitro trabaja en el mismo estudio de abogados que el abogado de la parte contraria, estudio que brinda a dicha parte asesoramiento legal constante, percibiendo en retribución montos importantes de dinero por los servicios legales brindados. Esta situación califica como duda justificable respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro, aún más, forma parte del listado rojo irrenunciable de las directrices de la IBA y como tal, puede ser motivo para recusar al árbitro. Existen otros supuestos que no generan dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia y que, por lo tanto, no deberían constituir la revelación de un árbitro, tales como el hecho de que el árbitro y el abogado de una de las partes conformen una misma organización de tipo social o profesional.

En lo que refiere a la anulación del laudo, los tribunales nacionales pueden anular un laudo arbitral si se demuestra que la falta de revelación afectó la independencia o la imparcialidad del árbitro y, en

consecuencia, la validez del procedimiento arbitral. Para alegar este supuesto, la parte que plantea la anulación tiene que haber formulado la recusación en el momento oportuno y debe haber sido desestimada.

Por último, se puede causar un daño reputacional y posibles sanciones, pues un árbitro que omita información relevante, que genere dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, puede ver afectada su reputación y enfrentar restricciones para participar en futuros arbitrajes.

11. Conclusiones

- La imparcialidad e independencia de los árbitros son fundamentales para la generación de confianza en el arbitraje, y la evaluación de su cumplimiento debe ejecutarse desde la perspectiva de un tercero razonable y no solo desde la percepción de las partes.
- El deber de revelación de los árbitros es clave para la transparencia del procedimiento arbitral, pues permite a las partes conocer los posibles conflictos de interés, sin que esto implique necesariamente la descalificación automática del árbitro.
- No toda información debe ser revelada, algunas exigencias pueden resultar excesivas o irrelevantes para analizar la independencia e imparcialidad del árbitro, afectando la eficiencia del arbitraje.
- Dependiendo del hecho en concreto, el incumplimiento del deber de revelación puede conllevar consecuencias graves, tales como la recusación, la anulación de laudos y el daño a la reputación del árbitro, por lo que su cumplimiento es esencial.

REFERENCIAS

Alpha Projektholding vs. Ucrania. Ciadi, Caso ARB/21/15, Decisión sobre recusación (2021).

AWG Group Ltd. vs. República Argentina. CNUDMI, Decisión sobre la segunda recusación de un miembro del tribunal arbitral (12 de mayo de 2008).

Blanco-Jiménez, G. y Osorio, L. (2013). *Los llamados "árbitros de parte"*. Kluwer Law International.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. vs. República Bolivariana de Venezuela. Ciadi, Caso ARB/12/20, Decisión sobre las propuestas de las partes para descalificar a la mayoría del Tribunal (noviembre de 2013).

Cantuarias, F. (2004). Razones por las cuales el arbitraje es inevitable. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, *1*(1), 3.

Caratube International Oil Company LLP vs. República de Kazajistán. Ciadi, Caso ARB/13/13, Decisión sobre la propuesta de descalificación del Sr. Bruno Boesch (20 de marzo de 2014).

Caron, D. y Caplan, L. (2013). *The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary* (2.ª ed.). Oxford University Press.

Cofely Ltd. vs. Anthony Bingham y Knowles Ltd. [2016] EWHC 240 (Comm).

Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal vs. República Argentina. Ciadi, Caso ARB/97/3, Decisión sobre la Recusación del Presidente del Comité (octubre de 2001).

Correa, J., Peña, C. y Vargas, J. (1999). Poder Judicial y mercado: ¿quién debe pagar por la justicia? En *Centro de Investigaciones Jurídicas, Informe de Investigación*, n.º 2 (p. 32).

Country X vs. Company Q, Decisión sobre recusación (11 de enero de 1995), En *Yearbook Commercial Arbitration* [Vol. XXII-227] (1997).

EDF International SA vs. República Argentina. Ciadi, Caso ARB/03/23, Decisión sobre la propuesta del demandado para descalificar a un árbitro (25 de junio de 2008).

Etcheverry, R. (2008). Un sistema de arbitraje muy positivo para América del Sur. En C. A. Soto Coaguila (Ed.), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 663-670). Instituto Peruano de Arbitraje.

Fileturn Ltd. vs. Royal Garden Hotel Ltd. [2010] EWHC 1736 (TCC).

Gomez-Acebo, A. (2016). *Party-appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

González, F. (2011). *El arbitraje* (3.ª ed.). Editorial Porrúa.

Halliburton Co. vs. Chubb Bermuda Insurance Ltd. [2020] UKSC 48, [2021] AC 1083.

Highbury International vs. República Bolivariana de Venezuela. Ciadi, Caso ARB/14/10, Decisión sobre recusación (2014).

Jequier, E. (2015). Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile: Planteamientos para una revisión estructural impostergable. *Revista Ius et Praxis*, *2*(2), 219-234.

Matheus, C. A. (2010). La selección del árbitro. *Anuario de Justicia Alternativa*, *10*, 181-190.

National Grid PLC vs. República Argentina. LCIA, Caso UN 7949, Decisión sobre la recusación contra Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007).

Osterling, F. (2008). ¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción. En C. A. Soto Coaguila (Ed.), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 75-82). Instituto Peruano de Arbitraje.

Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N. y Partasides, C. (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Thomson.

Repsol S.A. vs. República Argentina. Ciadi, Caso ARB/01/8, Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal (13 de diciembre de 2013).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA vs. República Argentina. Ciadi, Caso ARB/03/19, Decisión sobre recusación II (2008).

Tethyan Copper vs. Pakistán. Opinión del Comité (2017).

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 6167-2005-PHC/TC (fundamento 10); 13 de mayo de 2006.

Walsh, T. y Teitelbaum, R. (2011). The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction. *Arbitration International*, *27*(3), 299-310.

LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO ARBITRAL

Roxana Sotomarino Cáceres[1]

Resumen

En este trabajo, la autora estudia el tratamiento de la institución del arbitraje en la Constitución así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para ello, desarrolla la regulación constitucional del arbitraje, las materias arbitrables y la naturaleza jurídica del arbitraje. Sobre esta última, la autora aborda las diferentes teorías de la doctrina, inclinándose por la teoría autónoma, la cual concibe al arbitraje como un sistema con reglas y principios propios. A continuación, desarrolla los principios generales del arbitraje, que se encuentran establecidos en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, haciendo énfasis en el principio de no interferencia judicial. Finalmente, comenta diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional con relación al control del arbitraje.

1 Doctora en Derecho, magíster en Derecho Civil y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Se desempeña como docente de pregrado y posgrado en la PUCP, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad de San Martín de Porres, respectivamente; y del Doctorado en Derecho y de maestrías de la PUCP. Ha enseñado en el Doctorado en Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), entre otras. Realizó una investigación posdoctoral en la Universidad París I, Panthèon-Sorbonne, en 2012. Es investigadora, autora de diversos artículos. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio de Arequipa y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, de AmCham. Integra la nómina de Adjudicadores de la Cámara de Comercio de Arequipa y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Ha colaborado con la Junta Nacional de Justicia en los procesos de evaluación. Expone y asiste a actividades diversas en materia arbitral y, en otras, a nivel nacional e internacional. Es importante agradecer la colaboración de Bryan Alexander Carrizales Quijandría, estudiante de Derecho de la PUCP, en la preparación de este artículo.

1. Introducción

Agradezco, en primer lugar, la gentil invitación del Dr. César Ochoa, magistrado del Tribunal Constitucional y director general del Centro de Estudios Constitucionales, para colaborar en la obra colectiva *Constitución y Arbitraje.*

A continuación, se analizarán los principios del proceso arbitral en conexión con el texto y espíritu de nuestra Constitución y la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre la materia.

2. Tratamiento constitucional del arbitraje y de las materias sometidas a él

Como se sabe, el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos sobre materias de libre disposición o disponibilidad, de conformidad con el derecho aplicable; involucra un mecanismo heterocompositivo para resolver las discrepancias que surgen entre las personas, pues un tercero o terceros es quien dirimirá el conflicto con arreglo a las reglas aprobadas por las partes y por la ley. Es posible someter a dicha vía las controversias autorizadas con base en el texto de la legislación, tratados o acuerdos internacionales, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje. En el caso de que este sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, precisa el indicado artículo 2°, que "esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral".

Nuestra Constitución señala, en el artículo 62, que 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. Como señala Marcial Rubio (1999), este artículo, que no tiene antecedente en la Constitución de 1979, entre otras cuestiones, brindó una "solución jurisdiccional de los conflictos de naturaleza contractual". Asimismo, destaca los comentarios de Torres y Torres Lara en cuanto a que se pretendió trasladar todos estos conflictos a la vía jurisdiccional ordinaria y a la arbitral.

Por excepción, de manera restrictiva y en tanto sea manifiesto el atentado contra derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha admitido que la ejecución de un contrato puede ser revisada mediante una acción de amparo. Esta vía no constituye una instancia adicional

para la revisión de los contratos en tanto no solo existen remedios de derecho sustantivo capaces de atender la controversia, sino también de canales procesales especializados al interior de la justicia ordinaria y de la arbitral. La intervención por excepción queda en evidencia, por ejemplo, en los hechos descritos en la Sentencia 670/2021, del 1 de julio de 2021, recaída en el Expediente 01796-2020-PA/TC-TUMBES. El demandante había sufrido el retiro total de fondos de su cuenta bancaria mediante compensación por parte del Banco de la Nación (BN). El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda ordenando al banco emplazado "dejar sin efecto todo mandato tendiente a descontar en forma desproporcionada e irrazonable las remuneraciones del demandante, debiendo restablecerse las cosas al estado anterior a la afectación de los derechos del actor, devolviendo el monto cobrado en exceso". La sentencia del Tribunal Constitucional presenta los siguientes considerandos:

> 11. Al respecto debe precisarse que si bien la autonomía de la libertad es la base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación, esta no puede ser considerada como una libertad absoluta. En efecto, se trata de la expresión de la volición, tendiente a la creación de una norma jurídica con interés particular (sentencia emitida en el Expediente 00047-2004-PI/TC, fundamento 44). Pero en virtud de este ejercicio de la autonomía privada no puede justificarse la vulneración de otros derechos fundamentales ya que, como cualquier otro derecho, tiene límites. En tal sentido, un pacto contractual no puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales (sentencia expedida en el Expediente 03682-2012-PA/TC, fundamentos 4 a 7).
>
> 12. Cabe tener presente que la Corte Suprema de la República, en la sentencia casatoria 18161-2015-Lima (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2018), también ha resuelto que vía compensación no puede vulnerarse los límites relacionados a los bienes inembargables.
>
> 13. En este caso, el demandante no está cuestionado la existencia de un monto adeudado en favor del Banco de la Nación. El cuestionamiento en realidad se dirige a la forma en que se hizo efectivo el cobro de tal deuda, porque se habría contravenido la prohibición establecida en el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, que establece que las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco URP, son inembargables. El exceso es embargable hasta una tercera parte.
>
> 14. Como ya se ha observado esta normativa se aplica inclusive cuando existe un contrato que la contraviene. En este caso, la libertad de con-

> tratar (artículo 62 y el artículo 2.14 de la Constitución) debe interpretarse en concordancia con el derecho a la remuneración (artículo 24 de la Constitución). Es decir, la compensación que realice el banco del acuerdo celebrado, debe ser interpretada en armonía con el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, por lo que no resulta factible que el Banco de la Nación se apropie del íntegro de las remuneraciones del actor, pues solamente esté permitido proceder en virtud del mencionado artículo.

El arbitraje fue diseñado para atender diversas controversias y no solo las derivadas de los contratos. El propio texto normativo indica qué conflictos son arbitrables, los cuales no solo se derivan de los contratos, sino de todas aquellas materias de libre disposición. Hasta la determinación de los alimentos entre adultos, la determinación del *quantum* indemnizatorio, entre otras cuestiones, pueden ser tratados por la vía arbitral. Castillo *et al.* (2018) subrayan que el artículo 2 de la Ley de Arbitraje se ocupa de la "arbitrabilidad objetiva".

La anterior Ley 26572, abordó "el concepto de arbitrabilidad, acogiendo la teoría de la libre disposición y un criterio negativo". Dicho "criterio negativo" se detalló en la normativa derogada de manera expresa para controversias sobre el estado o la capacidad civil de las personas, las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial; aquellas sobre las que ya ha recaído resolución firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de la ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso; las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas pudiendo arbitrarse, sin embargo, lo relativo a la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ella no hubiera sido determinada o fijada por resolución judicial firme; y las directamente vinculadas o concernientes a las atribuciones o funciones que ejerce el Estado en función de su imperio, o de personas o entidades de derecho público. El legislador optó por no mantener este artículo; pero, ello no significa que estas reglas no mantengan vigencia. Cabe señalar que existen en la contratación estatal, materias no arbitrables. La Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, que se aplica a partir del 22 de abril de 2025, expone lo siguiente en su artículo 76:

> No pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de pres-

> taciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. Estos supuestos son de competencia del Poder Judicial.

Se entiende que tanto el artículo 2, numeral 14, como el artículo 62 de nuestra Constitución protege el derecho de las partes a contratar con fines lícitos en tanto no se contravengan leyes de orden público, lo que involucra pactar, mediante una cláusula arbitral, el sometimiento a arbitraje de sus controversias.

Por otro lado, el artículo 139 de la Constitución política vigente, expone en el numeral 1, como principio y derechos de la función jurisdiccional que la vía arbitral involucraría una "jurisdicción independiente", al igual que la militar. Sobre este artículo, Marcial Rubio (1999, tomo 5), desde un análisis exegético, menciona que la "la Constitución establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Por unidad, debemos entender que existe un solo vértice de administración de justicia en el Perú, que es el que dirige la actividad judicial jurisdiccional" (p. 31). Por exclusividad, añade Rubio, debemos entender que solo aquellos a quienes se ha dado u otorgado jurisdicción en la Constitución, son quienes pueden ejercitarla.

El texto ha sido criticado por Rubio (1999, tomo 5), por considerar que existe una contradicción en el numeral 1 del artículo 139° pues se afirma de un lado, la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional para luego, señalar dos excepciones. Es un error "[...] llamar *jurisdicciones* a los tribunales militares y arbitrales" (p. 34). Los dos tribunales antes indicados tienen competencias propias en función de las particularidades de la administración de justicia en cada caso. En el arbitraje, subraya Rubio, opera la decisión voluntaria de las partes. No se tomaría en cuenta tampoco que existen otras entidades como el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el Tribunal Constitucional, las comunidades campesinas y nativas, entre otros.

Por efecto de la legislación especial, de los tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte, determinadas controversias pueden quedar sometidas al arbitraje. Así se expresa el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo 1071.

Para Priori (citado por Juárez, 2019), la discusión sobre si el arbitraje es o no jurisdicción o una institución que emana de la autonomía de la voluntad sería intrascendente para determinar si el laudo dictado puede ser objeto o no del control de la constitucionalidad. Aunque, se-

gún Priori, el Tribunal Constitucional ha elaborado toda su justificación para el control de la constitucionalidad de los laudos arbitrales a partir de reconocer que se ejerce jurisdicción, eliminar esta opción (al calificarla como "institución puramente privada, que emana de la voluntad de las partes"), no se podría esgrimir un argumento que prive al Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad de los laudos.

Como destacan diversos autores citados por Juárez (2019), se han generado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. Estas oscilan entre incidir en la manifestación de la autonomía de las partes para que un tercero dirima un conflicto, destacar el carácter jurisdiccional, sostener una teoría intermedia, otra negocial-procesal hasta atribuir a esta figura una teoría, más bien, autónoma. Esta última teoría, que no se inclina por una óptica puramente privatista o contractualista, ni jurisdiccional ni mixta, subraya más bien el "régimen emancipado" (González, como se citó en Juárez, 2019).

Anna Liza Kyprianou (2021), en su tesis doctoral *The autonomous theory of international commercial arbitration: an autopoietic perspective*, presentada para optar el grado de doctora en Filosofía, en la Escuela de Derecho de Leicester, se ocupa de analizar la teoría autónoma en el arbitraje comercial internacional considerando que el mismo plantea un sistema de autogobierno que combina las reglas aprobadas por las partes, la normativa doméstica, una serie de principios que recogerían las prácticas internacionales aceptadas por las partes. No se trataría, sin embargo, de una propuesta teórica, sino de abordar soluciones prácticas en el contexto del proceso arbitral. Interesante que la autora de la tesis, desarrolle su investigación en filosofía y que emplee la noción de "autopoiesis" tomada de la biología por el filósofo del derecho Niklas Luhmann. La indicada Anna Liza Kyprianou (2021) destaca la capacidad de autocreación de reglas, la cual proviene de considerar el proceso de arbitraje bajo la teoría autónoma, con una comprensión holística del fenómeno. Para estos fines, toma en cuenta el marco legal de estos procesos sobre arbitraje comercial internacional, incorpora la Convención de New York y la Ley Modelo Uncitral de 1985. Además, las partes poseen libertad para considerar la ley aplicable y el rango de ítems de carácter técnico aplicables a sus controversias. Kyprianou (2021) recorre el camino de la exposición de las teorías para abordar la teoría autónoma destacando la figura de su creador Rubellín-Devichi ("The autonomous theory was developed by Rubellin-Devichi, after looking into arbitration's more practical aspects").

A su vez, Ilias Bantekas (2015), en su libro *An Introduction to International Arbitration*, menciona en torno a las teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje que "se emplean generalmente cuatro teorías para explicar los fundamentos jurídicos del arbitraje: la jurisdiccional, la contractual, la mixta (híbrida) y la autónoma. Su fundamento común es la interacción entre el control privado y la regulación estatal del arbitraje".

Se puede observar que va ganando terreno la teoría autónoma para definir la naturaleza jurídica del arbitraje. Ciertamente, nuestra tradición romano germánica puede generar cierta percepción para considerar la vigencia de la legislación como fuente de derecho prevalente, y limitándose la flexibilidad y la creatividad de las partes y de los árbitros. No se trata de asentar las bases del arbitraje en sus aspectos contractuales o procesales, o en "una mezcla de ambos", como puntualiza Juan Monroy Gálvez (como se citó en Juárez, 2019). El arbitraje posee sus propios principios y reglas como disciplina autónoma.

3. Los principios del proceso arbitral frente a la Constitución

La actual Ley de Arbitraje especifica los principios del proceso arbitral con arreglo al artículo que señalamos y es citado en forma textual:

> **Artículo 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.

Castillo *et al*. (2018) comentan que el inciso 1, literal "d", del artículo 3 de la citada Ley de Arbitraje ha tenido como antecedente el artículo 5 de la Ley Modelo Uncitral. Taxativamente, según reseñan estos autores que: "en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que la ley así lo disponga"(p. 71). No ocurrió lo mismo con los demás incisos del artículo 3 que no se basan en la Ley Modelo.

Gary Born (2009, 2011) expone que, en el "corazón" del proceso arbitral, están precisamente sus procedimientos: el principio de no interferencia judicial en el arbitraje constituye uno de los pilares del arbitraje internacional. Sin embargo, ello no ocurre solo en el arbitraje internacional. Como resalta Born, las partes han acordado someter sus disputas internacionales con el objetivo de obtener justicia y contar con procedimientos neutrales que, además, son flexibles, eficientes y capaces de ser confeccionados en función de sus necesidades relacionadas con su particular disputa, sin referencia a las formalidades como a los tecnicismos del proceso aplicados por las cortes nacionales. Se persigue que las partes gocen de sustancial autonomía y los árbitros de discrecionalidad para resolver. Ello no ha impedido que tales temas no sean motivos de discusión. Pese a lo indicado, en el arbitraje internacional, como ocurre con el nacional, de acuerdo a pautas reconocidas por nuestra Ley de Arbitraje, un principio básico para proteger la eficacia del arbitraje es el de no interferencia judicial en el proceso arbitral. Ello está claramente reconocido por la Convención de Nueva York, así como por buena parte de la normativa doméstica de muchos países. En el ámbito del arbitraje internacional, la neutralidad puede verse seriamente afectada por la interferencia de la autoridad judicial de un Estado parte. Este autor cita, por ejemplo, la posibilidad de interferencia judicial en los conflictos de una empresa de Kuwait que contrató con una empresa francesa. La primera puede pretender que interfiera en el proceso arbitral, cortes sometidas al derecho islámico mientras que la segunda estaría sometida a las regulaciones de la Ley Europea del Civil Law. Uno de los objetivos fundamentales que subraya Born, en el arbitraje internacional, radica en asegurar que las disputas no se solucionen en función de la normativa de una de las partes sobre la otra. La neutralidad del proceso, en este caso, se relaciona con alcanzar justicia bajo reglas de igualdad de trato.

Velásquez y Chang (2021), respecto del arbitraje nacional, ratifican que el artículo 3 de la normativa nacional consagra principios

de protección al arbitraje que son consecuencia del reconocimiento de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad reconocida por nuestra Constitución. Sin embargo, cuando el arbitraje sea impuesto por la ley, como ocurre en determinados casos de arbitrajes laborales, la protección se derivará también de la normativa legal. La cuestión es que, como resaltan estos autores, el principio de no intervención no es absoluto y convive en "constante tensión con el principio de justicia". La experiencia de intervención judicial ha sido bastante "traumática" de acuerdo con lo que detallan los mencionados Velásquez y Chang (2021), con giros, idas y vueltas sobre los criterios aplicables.

En el artículo 3 de la ley, protege el arbitraje en función de un conjunto de reglas que sistemáticamente hallamos en otras reglas de la propia ley. En principio, no debe intervenir la autoridad judicial, salvo cuando la propia ley así lo ordene o disponga. Se reconoce la plena independencia del tribunal. Este tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de actuaciones, decidir sobre su propia competencia (o *kompetenz-kompetenz* reconocido en el artículo 41 de la ley) y dictar el laudo. Se permite el control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo, contemplado en el mismo Decreto Legislativo. Se puntualiza que 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.

Como señalan Castillo *et al*. (2018), citando a Mantilla-Serrano, al limitar la intervención judicial, se pretende dotar de previsibilidad al arbitraje. El Tribunal Constitucional, además, ha puntualizado el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, mediante las sentencias recaídas en los expedientes 6167-2005-PHC/TC, 1567-2006-PA/TC, 7532-2006-PA/TC, 4195-2006-AA/TC y 142-2011-AA/TC, sobre procesos de amparo y *habeas corpus*.

Los autores agregan que los tribunales arbitrales están facultados, dentro del ámbito de su competencia, a desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas autoridades administrativas y/o judiciales que pretendan avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la decisión voluntaria de las partes.

Lo cierto es que, de manera excepcional, y al advertir que se han afectado los principios mismos del proceso arbitral, en cuanto al some-

timiento voluntario a esta vía, el Tribunal Constitucional ha considerado que debía intervenir.

En este sentido, cabe analizar la Sentencia 855/2021 del Pleno del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 00305-2021-PA/TC LIMA, en los seguidos por el Banco de Crédito del Perú SA (BCP).

No se pretendió en esta demanda, dejar sin efecto un laudo arbitral. Con la demanda, se requirió la nulidad de diversas resoluciones del árbitro único emplazado en el Proceso Arbitral 1-2015, seguido por doña María Jesús Villamar Zanabria de Mantilla en contra de Hipermercados Tottus SA, en el cual el BCP pidió la exclusión del proceso arbitral. La demanda fue declarada fundada.

Los hechos descritos en la sentencia dan cuenta de que, el 20 de noviembre de 2015, el BCP interpuso una demanda de amparo contra don Willy Quintanilla Legua, por su actuación como árbitro del Tribunal de Arbitraje del Colegio Nacional de Conciliadores Extrajudiciales del Perú, en el proceso arbitral seguido por la ya indicada doña María Jesús Villamar Zanabria de Mantilla contra Hipermercados Tottus SA. El banco requirió como pretensiones principales la nulidad de las resoluciones arbitrales señaladas en la sentencia, por las cuales el árbitro resolvió extenderle los efectos del Convenio Arbitral como "parte no signataria" y le impuso un apercibimiento de multa del doble pago, en caso de no cumplir con la orden de retención. Incluso, se resolvió en el proceso arbitral, tener por consentida la extensión del convenio arbitral y reiterar la orden de embargo en forma de retención por la suma de S/190 000, bajo apercibimiento de doble pago; la demandante cuestionó "la Resolución 4-2015-Árbitro Único/Cuaderno Cautelar [cfr. fojas 84], de 30 de setiembre de 2015, que resolvió hacer efectivo el mencionado apercibimiento [...]"; y, en tal sentido, multar al BCP con la suma de S/380 000.00 en favor de doña María Jesús Villamar Zanabria de Mantilla.

Sostuvo la demandante, que se había vulnerado su derecho fundamental al juez natural, porque esta parte no había aceptado someterse al fuero arbitral, razón por la cual, lo decretado en tales resoluciones no le resulta vinculante. Como se mencionó en esta sentencia:

> [...] lo cuestionado en sede arbitral no había sido una cuestión litigiosa originada en una responsabilidad contractual de Hipermercados Tottus SA, sino en una responsabilidad extracontractual generada por el accidente que doña María Jesús Villamar Zanabria de Mantilla padeció en las insta-

> laciones de Hipermercados Tottus SA, al caerle una serie de sacos azúcar que le generaron lesiones corporales, respecto del cual, ni siquiera existe un convenio arbitral entre doña María Jesús Villamar Zanabria de Mantilla e Hipermercados Tottus SA, tanto es así que este último dejó expresa constancia de aquello en el acta de la conciliación celebrada ante el Centro de Conciliación "Luz de la Verdad".

Consideraron que el árbitro don Willy Quintanilla Legua resolvió, arbitrariamente, tener competencia para dirimir tal controversia; por ello, no se debía ejecutar el mencionado embargo.

Además, la multa determinada en el cuaderno cautelar vulneraba el derecho fundamental a la propiedad, en tanto constituía "[...] una exacción ilegítima en su patrimonio, en vista de que no puede ejecutar aquel embargo, máxime si se tiene en consideración que dicha medida cautelar no cumple con los requisitos legales para su expedición".

El BCP no obtuvo sentencia favorable en las instancias judiciales inferiores por las razones que aparecen en el fallo del Tribunal Constitucional, relacionadas con la procedencia del amparo arbitral en base a la sentencia emitida en el Expediente 142-2011-PA/TC.

Para el Tribunal Constitucional, en este caso, el contenido constitucionalmente protegido estaba referido al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. Se destacó que el Tribunal Constitucional ya había señalado lo siguiente:

> Así, se exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera, se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de asuntos que deban ser ventilados ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido [cfr. fundamento 15 de la sentencia emitida en el Expediente 981-2004-PHC/TC].

Los hechos denunciados involucraban que el árbitro demandado imponía cargas o sanciones mediante resoluciones previas a la expedición del laudo, tras asumir, de manera arbitraria, que el BCP "aceptó o consintió" la extensión del convenio arbitral, pese a que ello no habría sido cierto. En la práctica, lo cuestionado era la competencia del citado árbitro de imponer tales apremios, en tanto ni la demandante ni Hi-

permercados Tottus SA se habían sometido al fuero arbitral, como se lo hicieron saber al citado árbitro.

El Tribunal Constitucional asumió que, aunque en el precedente dictado en el Expediente 142-2011-PA/TC se había fijado una lista de supuestos de procedencia y de improcedencia del amparo arbitral, no se reguló la procedencia o improcedencia de cuestionamientos relativos a resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral que afectaban a terceros ajenos al proceso arbitral. La demanda resultaría procedente en la medida, pues no había "una vía judicial ordinaria en la que pueda cuestionarse la actuación arbitral que, según alegatos del recurrente, conculca sus derechos fundamentales al juez predeterminado por ley y a la propiedad". No resultaba de aplicación la causal de improcedencia prevista en el numeral 2 del artículo 5 del derogado Código Procesal Constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, debía impartir justicia "[...] una autoridad jurisdiccional que se encuentre atribuido de tal investidura con antelación a los sucesos sometidos a su conocimiento (en virtud de un catálogo de competencias prefijadas con anterioridad en una ley)". Así, consideró que el árbitro, al avocarse a la materia de la manera descrita, había vulnerado el derecho fundamental "al juez predeterminado por la ley". Se habría asimilado la figura del árbitro a la del juez, manteniendo la comprensión del arbitraje en el ámbito de una actividad jurisdiccional.

Para algunos, el Tribunal Constitucional estaría permitiendo nuevamente la intervención judicial del arbitraje vía amparo, lo que ya había sido limitado por un precedente vinculante anterior. Se dejó constancia, en todo caso, de que se trataba de supuestos distintos a los tratados en la sentencia recaída en el Expediente 142-2011-PA/TC.

Ahora, cabe indagar si, con una intervención sumamente excepcional, dadas las circunstancias, el tribunal arbitral habría podido desarrollar la teoría sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en virtud de la cual se sostiene la autonomía del mismo. Ello no habría restado mérito a conectar estas reglas con las de alcance constitucional. En tanto estamos ante un proceso con sus propias reglas, que surge con el consentimiento de los demandados para someterse al arbitraje, sin él, es decir, (sin sometimiento voluntario al proceso arbitral), no era posible dar inicio al mismo. Correspondía someter la controversia al Poder Judicial.

En todo caso, claramente, en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje sobre anulación, está referido a solicitudes contra el laudo por inexistencia del convenio arbitral. En este caso, se cuestionaban resoluciones previas al laudo que, sin embargo, suponían afectar los derechos de la parte demandante.

4. Conclusiones

Resulta indudable la importancia que ha adquirido el arbitraje como mecanismo para la solución de conflictos. En torno a esta institución, se han desarrollado teorías sobre su naturaleza jurídica que han pretendido analizar y comprender sus características. En el ámbito nacional y de derecho comparado, va ganando espacio la teoría autónoma por la que se asume que el arbitraje posee sus propias reglas y principios.

Sea en el contexto del arbitraje nacional o internacional, prevalece el principio que pretende impedir o, al menos, limitar la intervención de la autoridad judicial en el proceso arbitral. En el ámbito nacional, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, concordante con otros de este dispositivo, regula este tema.

Aunque nuestro Tribunal Constitucional ha limitado la posibilidad de que, por la vía del proceso de amparo sea posible cuestionar la validez del laudo arbitral, en forma excepcional, se ha admitido la posibilidad de admitir un pronunciamiento ante casos en los que, de manera flagrante, se advierte el atentado a los derechos constitucionales en los casos en los que no se ha emitido aún el laudo arbitral.

Cabe considerar si, al momento de realizar un estudio del arbitraje y de los principios que sostienen a esta institución, el Tribunal Constitucional puede avanzar hacia adoptar la teoría que reconoce la autonomía del proceso arbitral, en conjunción con los preceptos constitucionales, lo cual representa una actualización de conceptos. Ello no supone legitimar la intervención judicial. Al contrario. Se exige profundizar en el conocimiento y respeto al propio proceso arbitral de acuerdo a su propia naturaleza, la que no escapa de la vigencia vertical y armónica de la Constitución.

REFERENCIAS

Bantekas, I. (2015). *An Introduction to International Arbitration.* Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781316275696.

Born, G. (2009/2011). The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings. *Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Pensilvania, 30*(4), 2009. https://ssrn.com/abstract=1959827

Castillo, M., Sabroso, R., Chipana, J. y Castro, L. (2018). *La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia.* Gaceta Jurídica.

Juárez, E. (2019). *Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional.* Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Católica San Pedro; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado; Estudios Mario Castillo Freyre.

Kyprianou, A. (2021). *The autonomous theory of international commercial arbitration: an autopoietic perspective* [Tesis de doctorado, Universidad de Leicester]. https://figshare.le.ac.uk/articles/thesis/The_Autonomous_Theory_Of_International_Commercial_Arbitration_An_Autopoietic_Perspective.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (tomos 3 y 5). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 670/2021, recaída en el Expediente 01796-2020-PA/TC-TUMBES; 1 de julio de 2021.

Velásquez, R. y Chang, J. (2021). El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *Revista Ius et Veritas*, (62), 182-203.

SECCIÓN III

JURISDICCIÓN ARBITRAL

EL CONVENIO Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

Fernando Vidal Ramírez[1]

Resumen

El presente artículo versa sobre un estudio de la institución del convenio arbitral así como su jurisdicción. Para este fin, el autor desarrolla los antecedentes históricos y legislativos que dieron origen al convenio arbitral hasta su llegada al ordenamiento jurídico peruano y su regulación actual. Además, brinda un análisis detallado de diversos aspectos del convenio arbitral tales como su noción, naturaleza, contenido y eficacia. Posterior a ello, aborda cómo el convenio arbitral constituye la fuente de su jurisdicción, para luego exponer que el laudo arbitral representa la manifestación de esta jurisdicción. Finalmente, efectúa un estudio sobre el recurso de anulación de laudos, como un mecanismo de revisión de formalidades de los laudos arbitrales, cuyas causales se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N°1071, que norma el arbitraje.

1. Premisa

Considerando la temática de la obra colectiva a la que he sido invitado, referida a la Constitución Política y al arbitraje, me es grato colaborar con un estudio del convenio arbitral y de la jurisdicción arbitral.

1 Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor universitario. Decano del Colegio de Abogados de Lima. Abogado y árbitro.

El convenio arbitral, como la jurisdicción arbitral tienen una data relativamente reciente en nuestro sistema jurídico y jurisdiccional, lo cual vuelve imprescindible considerar sus antecedentes tanto históricos como legislativos.

2. Antecedentes históricos y legislativos

El antecedente histórico del convenio arbitral radica en el derecho romano, en el denominado *compromisium*. Según Iglesias (1972), el *compromisium* formalizó el arbitraje, pues era el acuerdo mediante el cual las partes en conflicto convenían someter su controversia a la decisión de un *arbiter*, cuya función llegó a ser incorporada a la organización judicial romana. Sin embargo, el *arbiter* no gozaba del *imperium*, del que solo estaban dotados los magistrados que ejercían la *jurisdictio*, pues los *arbiters* únicamente la ejercían por delegación de los magistrados.

Como anota Petit (2007), los *arbiters* eran nombrados por las partes o escogidos de una lista confeccionada por los magistrados, por lo que no cumplían una función permanente, pues eran nombrados para cada caso y resolvían con arreglo a la buena fe, pero con discrecionalidad en la apreciación de los hechos para declarar el derecho invocado.

Al producirse el fenómeno de la recepción del derecho romano y su penetración en los ordenamientos jurídicos de la Europa Medieval, el arbitraje fue admitido, pero los *arbiters* solo podían actuar como conciliadores o amigables componedores.

La formación de las naciones determinó, por lo general, que la función jurisdiccional la asumiera y organizara el Estado. Sin embargo, en los pueblos de la península ibérica, particularmente en el de Castilla, el derecho romano, yuxtapuesto a su *ius propium*, recepcionó al *arbiter*, reconociéndolo como juez nombrado por las partes para la solución de su controversia.

Según Castillo Freyre (2004), la Revolución francesa admitió y alentó el arbitraje. De este modo, al iniciarse la era de la codificación civil y por la influencia del Código Civil francés de 1804, el arbitraje llegó también a nuestras naciones, cuyo sistema jurídico se fue afiliando al sistema románico civil (p. 13).

En el Perú, concluido el proceso de la emancipación política e iniciada la República, en la legislación entroncada con la española, se reconoció el arbitraje como medio de solución de controversias. Fue

así como la Constitución Política de 1839, en su artículo 164, preceptuó como garantía individual que "ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces o árbitros". Fue así también que el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, promulgado en 1851, tomando como modelo el de España, distinguió a los jueces árbitros *de jure* de los árbitros arbitradores o amigables componedores.

El *compromisium* romano llegó a ser receptado por la legislación peruana, tanto en el Código de Procedimiento Civiles de 1911 y hasta en el Código Civil vigente desde 1984.

El Código de Procedimientos Civiles de 1911 consideró al arbitraje como institución procesal y creó un procedimiento especial que denominó juicio arbitral que, para entablarlo, requería la denominada cláusula compromisoria, que debía complementarse con el compromiso arbitral, de los que nos ocuparemos al hacerlo del Código Civil de 1984.

El arbitraje fue, pues, así judicializado y, si en el compromiso arbitral no se había establecido el procedimiento, se aplicaba supletoriamente el previsto en el Código de Procedimientos Civiles. Fue así, también, como el *compromisium* romano se hizo presente en nuestro ordenamiento legal.

La Constitución Política de 1979, cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1990, cuando aún estaba en proceso la reforma del Código Civil de 1936, reconoció, en el numeral 1 de su artículo 233, la jurisdicción arbitral.

El Código Civil que inició su vigencia el 14 de noviembre de 1984, atendiendo al reconocimiento constitucional del arbitraje como función jurisdiccional, legisló sobre el *compromisium* como contrato nominado pero, atendiendo al antecedente establecido por el Código de Procedimientos Civiles, al legislarlo, lo distinguió también en cláusula compromisoria y en compromiso arbitral. La cláusula compromisoria era una estipulación contractual en virtud de la cual los celebrantes se comprometían a someter a arbitraje el conflicto que podría suscitarse entre ellos, pero se trataba solo de un acuerdo preliminar. El compromiso arbitral era el acuerdo complementario, celebrado posteriormente, por el cual las partes se obligaban a someter el conflicto a la decisión de los árbitros que fueran nombrados y a aceptar la decisión expuesta en un laudo.

Planteada la reforma del Código de Procedimientos Civiles, y con la finalidad de modernizar el proceso civil, en el Proyecto de Código Procesal Civil, se anunciaba la derogatoria del juicio arbitral y una nueva normativa bajo la denominación de justicia arbitral, anunciándose la supresión de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, y su fusión en un solo compromiso, al que se le dio la denominación de convenio arbitral.

Por esos años, atendiendo a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobada por la Asamblea General en 1985, se consideró la necesidad de legislar sobre el arbitraje; y el 9 de diciembre de 1992 se dictó la Ley General de Arbitraje, mediante el Decreto Ley 25935. Así, por primera vez, en el Perú, se legislaba sobre el arbitraje de manera especial, erradicándose la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, los que fusionados dieron origen al convenio arbitral.

La Constitución Política de 1993, atendiendo al precedente establecido por la Constitución de 1979, reconoció la jurisdicción arbitral en el numeral 1 del segundo párrafo de su artículo 139. De este modo, la Ley 26572, del 6 de enero de 1996, derogando el Decreto Ley 25935, mantuvo el *nomen iuris* de convenio arbitral.

Por los antecedentes anteriormente expuestos, el Código Procesal Civil, cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1993, se abstuvo de normar el arbitraje para dar lugar a que se rigiera por ley especial.

A partir del 1 de setiembre de 2008, el arbitraje viene siendo normado por el Decreto Legislativo 1071, denominado Ley Normativa del Arbitraje que, con la finalidad de erradicar el románico *compromisium*, ha mantenido el *nomen iuris* de convenio arbitral y ha dispuesto que toda referencia a la cláusula compromisoria o al compromiso arbitral deberá entenderse referidas al convenio arbitral.

Como se sabe, el arbitraje ha sido distinguido como arbitraje de derecho y como arbitraje de conciencia, según lo decidiera la voluntad de los celebrantes del convenio arbitral, lo que determinaba que los árbitros que conformaran el tribunal arbitral fueran o no abogados. La presencia de abogados en el tribunal arbitral ha planteado la cuestión de si el arbitraje de conciencia está incluido en la jurisdicción arbitral.

Creemos que no. Los arbitrajes de conciencia buscan una amigable composición de la controversia, proponiendo una transacción o

cualquier otro medio que la solucione y, por eso, en ellos, no es procedente el recurso de anulación del laudo, del que nos ocuparemos más adelante.

En consecuencia, consideramos que solo el arbitraje de derecho está incluido en la jurisdicción arbitral, pues la jurisdicción deviene del latín *iurisdictio*; esto es, de las locuciones *iuris*, que significa 'derecho', y *dictio*, que significa 'declarar'. Estos vocablos juntos han determinado que la jurisdicción la organice el Estado y que los órganos jurisdiccionales resuelvan las controversias aplicando la ley, y, excepcionalmente, los usos y las costumbres si no están prohibidas por la ley.

3. El convenio arbitral

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", según la noción contenida en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071, que en la actualidad norma el arbitraje.

Como puede apreciarse, la noción de convenio arbitral transcrita se limita a un acuerdo y a su finalidad, lo que ha dejado a la doctrina la determinación de si es un contrato, una convención, un acuerdo, un pacto o una simple cláusula, así como la determinación de sus características.

En nuestra opinión, el convenio arbitral es un acto jurídico cuyo *nomen iuris* es indicativo de su finalidad, pues se trata de un genuino acto jurídico que debe reunir los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil, por lo que se rige por sus disposiciones pertinentes.

En efecto, los celebrantes deben ser sujetos con capacidad para que la voluntad que manifiesten sustraiga de la jurisdicción ordinaria el conocimiento y la solución de su conflicto de intereses, cuya materia es susceptible de someterse a arbitraje. Por ello, opinamos en el sentido de que el convenio arbitral, que es de naturaleza privada, apertura la jurisdicción arbitral, que es también de naturaleza privada.

La relación jurídica creada por el convenio arbitral genera derechos y obligaciones para las partes que lo han celebrado, ya sea para peticionar el arbitraje, por una parte, y, correlativamente, para admitir la petición y someterse a la competencia del tribunal arbitral, por otra parte.

El Decreto Legislativo 1071 se ha limitado, pues, a exponer una noción del convenio arbitral, por lo que le son aplicables las disposiciones, como ya se ha indicado, del Código Civil. Como no hace referencia explícita a los requisitos para su validez, manifiesta interés para la prueba de existencia del convenio arbitral, hace énfasis en que la forma de su celebración debe ser escrita e, incluso, establece presunciones que coadyuven a la demostración de su existencia.

El mismo artículo 13, anteriormente citado, permite presumir la celebración por escrito del convenio cuando se pruebe que se ha concertado mediante la ejecución de ciertos actos; cuando se cursa una comunicación electrónica y se hace referencia al convenio; cuando se aluda al convenio en escritos de demanda o de contestación, aun cuando una parte lo niegue y la otra parte alegue que lo han celebrado; y, por último, cuando se hace referencia a un contrato que contiene una cláusula de arbitraje, pero siempre que dicha cláusula sea parte del contrato.

Probablemente, las presunciones anteriormente referidas tienen la finalidad de facilitar el acceso a la jurisdicción arbitral, pero no se ha previsto el modo de hacer efectiva la presunción. Si una de las partes cuestiona la presunción, la parte que la invoca y quiere hacerla valer tendrá que recurrir a la jurisdicción ordinaria.

Adicionalmente, el mismo artículo 14 dispone que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y determinante en la negociación, celebración o ejecución del contrato que da cabida a la cláusula arbitral, así como a aquellos que pretendan derivar derechos o beneficios de dicho contrato.

Como se advierte, el convenio arbitral es un genuino acto jurídico bilateral e *inter vivos*, que puede ser celebrado como un acto único o contenido en la cláusula de un contrato, ya sea en cláusulas generales de contratación o en un contrato por adhesión.

Por último, el Decreto Legislativo 1071 no ha encerrado el convenio arbitral solo en el ámbito contractual, pues sus disposiciones complementarias sexta y sétima han previsto el arbitraje estatutario y el arbitraje sucesorio.

El arbitraje es estatutario si en el estatuto de una persona jurídica se ha adoptado un convenio arbitral para resolver las controversias

entre la persona y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios respecto a sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El arbitraje es sucesorio cuando, por una estipulación testamentaria, se ha dispuesto el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre los sucesores o entre estos y los albaceas, incluyendo las relativas a la masa hereditaria, su valor, administración y partición.

En consecuencia, el convenio arbitral es necesario que exista aun cuando por ley se establezca que la controversia deba ser resuelta por arbitraje, como ocurre con las contrataciones del Estado.

4. El contenido del convenio arbitral

El contenido del convenio arbitral debe ser, obviamente, el que convengan las partes, tanto para la conformación del tribunal arbitral, el lugar del arbitraje, el idioma y la legislación aplicable, así como las reglas de procedimiento y los plazos.

El Decreto Legislativo 1071, en su artículo 19, ha previsto que corresponde a las partes fijar el número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral y que, a falta de acuerdo, se conformará por tres árbitros. Si las partes convienen recurrir a una institución arbitral, mantienen su derecho a designar a los árbitros, salvo que lo deleguen a la institución arbitral.

Los árbitros, al aceptar su designación, asumen responsabilidad como conductores del proceso y por la decisión con la que den solución a la controversia.

Las reglas del procedimiento deben estar contenidas en el convenio arbitral, salvo que las partes acuerden someterse al procedimiento establecido por la institución arbitral a la que han recurrido o confiar en las que propongan los árbitros que ya conforman el tribunal arbitral. Pero, en uno u otro caso, las reglas deben observar las garantías del debido procedimiento.

Por último, en caso de lagunas o vacíos en las reglas del procedimiento, son de aplicación supletoria las de las disposiciones del Decreto Legislativo 1071, las del Código Procesal Civil y, aun, los principios arbitrales y los usos y las costumbres en materia arbitral.

5. La eficacia del convenio arbitral

El convenio arbitral, como todo acto jurídico, tiene eficacia vinculante y genera para sus celebrantes el derecho y la obligación de someter su conflicto a una solución arbitral. La misma eficacia presenta la norma estatutaria que le da contenido respecto de las personas vinculadas a la persona jurídica, así como también el pliego testamentario que le da contenido, pues en ambos casos, las personas vinculadas a la persona jurídica, como los sucesores del testador, tiene el derecho y la obligación de resolver sus discrepancias mediante arbitraje.

La eficacia del convenio arbitral, como ya se ha precisado, confiere el derecho a la petición del arbitraje, ya sea ante la otra parte con la que se ha generado el conflicto o ante la institución que conduce el centro de arbitraje que ha sido designado.

Si una de las partes fuera remiso a aceptar la petición de arbitraje, el tribunal arbitral, en mérito del convenio arbitral, puede instalarse y abrir el proceso, admitir la demanda, correr el traslado correspondiente a la parte remisa y, si no comparece, declararla en rebeldía y continuar con la tramitación del proceso.

El artículo 16 del Decreto Legislativo 1071, normando la eficacia del convenio arbitral, ha previsto el supuesto de que la parte remisa recurra a la jurisdicción ordinaria, ha creado la excepción de convenio arbitral para hacer prevalecer la jurisdicción arbitral. El Código Procesal Civil, en el numeral 10 de su artículo 446, la ha receptado como excepción de convenio arbitral.

La misma eficacia le ha conferido al convenio arbitral la característica de ser un acto jurídico principal, no solo cuando esté contenido en un documento especial, sea (público o privado) o esté contenido en la cláusula de un contrato, (en cláusulas generales de contratación, en contratos por adhesión o en un documento anexo) y, aún, si está contenido en los estatutos de una persona jurídica o en una disposición testamentaria.

El artículo 41, numeral 2, del Decreto Legislativo 1071 realza la principalidad del convenio arbitral, aun cuando sea la cláusula de un contrato que deviene en anulable, nulo o ineficaz, y aun cuando sea resuelto o rescindido, pues no le es aplicable el aforismo romano *accesorium sequitur suum principale*.

La acotada norma le confiere al tribunal arbitral competencia, si ya está instalado en mérito del convenio arbitral, para decidir sobre la validez y eficacia del contrato, y, por extensión, a la norma estatutaria que lo contiene y aun al pliego testamentario.

6. El convenio arbitral es la fuente de la jurisdicción arbitral

El convenio arbitral tiene sustento constitucional, pues siendo lícita su finalidad las partes que lo celebran están ejercitando el derecho fundamental previsto en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución y el de libertad de contratar previsto en el artículo 52.

El convenio arbitral es la fuente de la jurisdicción arbitral, pues el tribunal arbitral se constituye en su órgano jurisdiccional. Se trata, obviamente, de una jurisdicción privada, no pública.

Según el artículo 41, numeral 1, del Decreto Legislativo 1071, el Tribunal Arbitral, como órgano jurisdiccional tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia e, incluso, decidir respecto de la validez y eficacia del convenio arbitral, así como sobre las excepciones de prescripción, caducidad o cualquier otra que se oponga para impedir las actuaciones arbitrales.

El tribunal arbitral investido por el convenio arbitral puede ejercitar facultades similares a las de los órganos de la jurisdicción ordinaria, como la *notio*, que es la facultad de conocer el conflicto; la *vocatio*, que es la facultad de disponer la comparecencia de las partes y de ordenar las secuencias del proceso; y la *juditio*, que es la facultad de resolver la controversia mediante el laudo. Si el convenio arbitral lo ha previsto, puede también el tribunal arbitralejercer la *coertio*, que es la facultad de hacer cumplir sus mandatos; y la *executio*, que es la facultad de llevar adelante la ejecución de su laudo.

El Decreto Legislativo 1071, además, le confiere al tribunal arbitral la facultad de dictar medidas cautelares, de conformidad con la normativa establecida por su artículo 41.

7. El laudo es la expresión de la jurisdicción arbitral

El proceso arbitral concluye con la expedición del laudo, que es el genuino y caracterizado acto jurisdiccional, pues es el que resuelve la controversia, pero no genera jurisprudencia.

El Decreto Legislativo 1071 permite, en su artículo 58, salvo acuerdo distinto en el convenio arbitral, una vez notificado el laudo, que cualquiera de las partes pueda solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico, informático o de naturaleza similar; la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo; la integración del laudo si ha incurrido en omisión de resolver alguna de las pretensiones de las partes; o la exclusión si se ha pronunciado sobre una pretensión, que no ha sido sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea materia arbitrable. La norma también faculta al tribunal arbitral para que de oficio a rectificar, interpretar o integrar el laudo, así como a excluir la materia que no sea arbitrable.

Las solicitudes no tienen una finalidad impugnatoria del laudo, tan es así que, si el tribunal arbitral no las acoge o no las resuelve, se consideran denegadas. Por ello, absueltas o no las solicitudes de rectificación, de interpretación, de integración o de exclusión, el laudo deviene en definitivo, inapelable, de obligatorio cumplimiento y produce los efectos de cosa juzgada, según precisa el artículo 59 del Decreto Legislativo 1071.

El laudo, en consecuencia, determina el cese de las funciones del tribunal arbitral y el agotamiento de la jurisdicción arbitral, pero el proceso no concluye y pasa a conocimiento de la jurisdicción ordinaria si se interpone recurso de anulación.

8. El recurso de anulación

El recurso de anulación somete el proceso arbitral a la jurisdicción ordinaria. Su finalidad es la cautela de la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral y revisar si en la tramitación del proceso se han observado las garantías del debido procedimiento arbitral expresadas en las causales de anulación previstas en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071. No se trata de un recurso impugnatorio, sino de revisión de formalidades, tan es así que les prohíbe a los magistrados judiciales, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido del laudo o los criterios o motivaciones expuestos como fundamentos del laudo emitido por el tribunal arbitral.

El convenio arbitral no puede prohibir la interposición del recurso de anulación, en razón de su sustento en consideraciones de orden

público, ni las partes pueden renunciar a su interposición, pues constituye la única vía para la revisión del laudo y mantener la garantía constitucional de la pluralidad de instancias. Sin embargo, su interposición no es obligatoria.

Las causales de anulación están previstas en el ya acotado artículo 63, numeral 1, del Decreto Legislativo 1071. Están referidas a la inexistencia del convenio arbitral por nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia (literal "a"); a que una de las partes no haya sido notificada del nombramiento de un árbitro o de actuaciones arbitrales y, por lo tanto, no haber podido ejercitar sus derechos (literal "b"); a que las actuaciones arbitrales guarden conformidad con lo acordado en el convenio arbitral (literal "c"); y a que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión (literal "d"). Adicionalmente, se han previsto también como causales de anulación si el objeto de la controversia no era susceptible de someterse a arbitraje (literal "e") y si la controversia ha sido resuelta fuera del plazo convenido por las partes (literal "g").

Las consecuencias de la anulación del laudo dependen de las causales invocadas y aplicadas. Si la nulidad es por causa de la nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, salvo acuerdo de las partes, las pretensiones pueden ser demandadas ante la jurisdicción ordinaria. Si la anulación se debe a no haberse notificado el nombramiento de un árbitro ni para las actuaciones arbitrales, o porque el nombramiento de los árbitros o el proceso no se ha tramitado conforme convenio arbitral, las partes deben proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o el tribunal arbitral reiniciar sus funciones. Si la anulación es porque el tribunal arbitral ha resuelto materia no sometida a su decisión, esta materia puede ser sometida a un nuevo arbitraje o a la jurisdicción ordinaria. Si la anulación es por haber sometido una materia no arbitrable, puede ser sometida a la jurisdicción ordinaria; y, si la anulación es por causa de no haberse emitido el laudo en el plazo convenido, las partes pueden decidir el inicio de un nuevo arbitraje o conformar un nuevo tribunal arbitral que resuelva su controversia.

En el artículo 64 del Decreto Legislativo 1071, se dispone que el recurso de anulación queda expedito a los veinte días de notificado el laudo o, en igual término, si se han absuelto o no las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión. Se presenta a la

Corte Superior del Distrito Judicial en el que se ha tramitado el proceso arbitral y, contra lo resuelto, procede el recurso de casación ante la Corte Suprema si el laudo es anulado total o parcialmente.

Las consecuencias de la anulación del laudo están previstas en el artículo 65 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, según las causales aplicadas. Si el convenio arbitral es nulo, anulable o ineficaz, las pretensiones llevadas al arbitraje pueden ser demandadas en la jurisdicción ordinaria; si el laudo se anula por no haberse notificado el nombramiento de un árbitro o el diligenciamiento de una actuación arbitral, el tribunal arbitral puede reasumir sus funciones y reiniciar el proceso arbitral; si el laudo se anula por no haberse ajustado las actuaciones arbitrales a lo convenido por las partes o al reglamento de la institución arbitral al que se han sometido, deberá designarse nuevos árbitros y reiniciarse el proceso en el estado en el que se incurrió en la causal; si el laudo se anula por haber resuelto materia no arbitrable, la parte interesada puede demandarla ante la jurisdicción ordinarial; y, si el laudo se anula por haber sido emitido fuera del plazo establecido, se puede iniciar un nuevo arbitraje.

La decisión casatoria genera la ejecutoriedad del laudo y su ejecución puede llevarla a efecto el tribunal arbitral, salvo que las partes la soliciten a la jurisdicción ordinaria.

Como puede apreciarse, la participación de la jurisdicción ordinaria no es excluyente de la jurisdicción arbitral, pues la complementa para dar lugar a la pluralidad de instancias, pues se pronuncia solo sobre aspectos formales y no de fondo, y está impedida de modificar el criterio de los árbitros que han conformado el tribunal arbitral o los fundamentos que sustentan la decisión del laudo.

En conclusión, la jurisdicción arbitral es una entelequia porque existe, pero no es una realidad plena. Constitucionalmente reconocida, no tiene medios ni mecanismos propios. La asiste la jurisdicción ordinaria, que es la que genera jurisprudencia dentro de los márgenes que le permite la normativa que rige el arbitraje.

REFERENCIAS

Iglesias, J. (1972) *Derecho Romano. Instituciones Privadas*. Editorial Ariel.

Petit, E. (2007) *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23 ª ed. Editorial Porrúa

Castillo, M. (2004). Orígenes del arbitraje. En *Boletín Jurídico*, Año II, N° 3, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin

ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN: CONCEPTOS CLAVE PARA ENTENDER EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL DENTRO DE NUESTRO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Luis Andrés Roel Alva[1]

Resumen

En el presente trabajo, el autor analiza el arbitraje como uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Para ese fin, empieza brindando una descripción general de los MARCs, para luego enfocarse en el arbitraje, haciendo un desarrollo de su reconocimiento constitucional como una jurisdicción excepcional. A partir de ello, examina diversos aspectos vinculados a

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Maestro en Gestión Pública en la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla - La Mancha. Director fundador de la *Revista Estado Constitucional*. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. Árbitro en diferentes centros de arbitrajes. Congresista de la República y segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú en el periodo 2020-2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

esta figura tales como su regulación en la legislación nacional, sus principales características, el rol del convenio arbitral y los mecanismos de control que garantizan la validez y constitucionalidad de los laudos. El trabajo concluye que es esencial preservar la autonomía del arbitraje sin desatender su sujeción a los principios y derechos fundamentales propios del orden constitucional.

1. Introducción

El presente artículo explora los Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos (MARCs) y resalta su importancia dentro del sistema jurídico peruano, con un énfasis particular en el arbitraje como una herramienta práctica y eficiente para la resolución de disputas. En un contexto donde los conflictos son inevitables, es fundamental contar con métodos que permitan gestionar estos desacuerdos de manera ágil y eficaz, contribuyendo a aliviar la carga del sistema judicial y a fomentar soluciones colaborativas.

El objetivo principal de este análisis es investigar los diferentes MARCs, tales como la negociación, mediación y conciliación, así como su implementación en la resolución de conflictos. Además, se evalúa el marco legal que regula el arbitraje en el Perú, identificando sus características distintivas y las ventajas que este mecanismo aporta en comparación con los procedimientos judiciales tradicionales. En este sentido, se destaca su impacto positivo en la dinámica de resolución de disputas.

Debemos precisar que la metodología utilizada en la presente investigación incluye un enfoque cualitativo a través del análisis de textos especializada sobre MARCs y arbitraje. Este enfoque se complementa con una revisión de normativas legales pertinentes, en especial el Decreto Legislativo 1071, ley que regula el arbitraje en el Perú. Por ende, se incluyen estudios de caso y ejemplos prácticos que evidencian la aplicación de estos mecanismos en contextos reales, lo cual aporta mayor profundidad y rigor al estudio.

En el desarrollo del análisis, se subraya que los MARCs representan alternativas efectivas al sistema judicial, otorgando a las partes involucradas un mayor control sobre el proceso de resolución de conflictos. Cabe recalcar que la negociación se caracteriza por contener pa-

sos mucho más flexibles y poco formalistas; por su parte, la mediación y la conciliación implican la participación de un tercero imparcial que facilita el diálogo y la comunicación entre las partes en conflicto; mientras que, el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo, por cuanto es un tercero también imparcial y diferente a las partes que se encarga de solucionar el conflicto; asimismo, se distingue por emitir laudos con carácter vinculante, garantizando soluciones definitivas, aunque su eficacia puede verse limitada por la falta de mecanismos coercitivos que aseguren que sus decisiones sean cumplidas a cabalidad.

A partir de lo analizado, podemos afirmar que los MARCs, en particular el arbitraje, constituyen enfoques más adaptados y efectivos para atender las necesidades de las partes en disputa. De este modo, la legislación peruana respalda firmemente estos mecanismos, promoviendo la libertad de contratación y permitiendo que las partes bajo su decisión sometan sus diferencias con contenido jurídico al arbitraje. Así, se genera un entorno favorable para la resolución de conflictos, especialmente en los ámbitos civil y comercial[2].

2. Estado constitucional de derecho

El Estado peruano asume las características del modelo estatal kelseniano, es decir, un modelo de Estado constitucional de derecho, basado principalmente en que la Constitución Política como su norma suprema y que, ya no se limita a una mera declaración de principios y valores, sino que desempeña el rol principal dentro de la estructura de un Estado y del ordenamiento jurídico estatal (Roel, 2021). Ciertamente, el constituyente peruano ha establecido que el Estado peruano asume el modelo en el que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, cuyo planteamiento, además, se funda en el principio de la supremacía constitucional, conforme lo establece el constituyente en el artículo 51 de la Constitución Política de 1993: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado". Al respecto, Konrad

2 Debemos precisar que la presente ponencia ha sido desarrollada a partir de los materiales que se prepararon para diversas ponencias realizadas en diferentes eventos académicos durante los años 2023 y 2024, que han tratado la misma temática. Asimismo, esta investigación se ha concretado gracias al apoyo de mis asistentes académicos Walter Estrella Paita y Jhosep Wilfredo Viza Colquehuanca.

Hesse (1992) precisa que la Constitución es:

> [...] el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución "el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad" (p. 16).

En el mismo sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado sobre este precepto constitucional que:

> Este precepto contiene el principio de jerarquía normativa que nos dice que cualquier otra norma con rango menor está sometida a la supremacía de la Constitución resultando que una norma con rango de ley será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma suprema; en consecuencia, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución (Sentencia 00006-2008-AI/TC, fundamento jurídico VII, 3).

Asimismo, ha declarado el mismo supremo intérprete de nuestra Constitución Política que "[...], en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema" (Sentencia 00014-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2.2). En atención a lo antes citado, podemos apreciar que este principio determina que la Constitución es una norma jurídica de mayor jerarquía normativa, que vincula a los entes y funcionarios públicos como a los ciudadanos, cuyo cumplimiento es obligatorio, y tiene como garante de dicha disposición constitucional al Tribunal Constitucional.

Esto último adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta que el arbitraje es parte de nuestro sistema de administración de justicia y que posee el reconocimiento constitucional de jurisdicción independiente del Poder Judicial. En consecuencia, obliga a sus participantes, tanto a los árbitros como a las partes del conflicto arbitral, a respetar la supremacía constitucional durante todos los actos que integren el procedimiento arbitral.

3. Jurisdicción y arbitraje

Para entender la naturaleza jurídica del arbitraje, es importante recurrir a las disposiciones de la Constitución Política y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a efectos de conocer su esencia y establecer su real dimensión dentro de nuestro Estado. En tanto, jurisdicción, como la entendemos, es la manifestación del poder estatal, el cual, a través de una institución u órgano, es capaz de impartir justicia, mediando entre dos o más partes involucradas en un conflicto que no pueden resolver por sí mismas (Arias, 2023). Cabe advertir que el Estado es el garante y cuyo deber es el de ejercer dicha jurisdicción a nivel nacional dentro del ordenamiento jurídico (Huapaya, 2015). En palabras del profesor Monroy Gálvez (1996), podemos resumir esto de la siguiente manera:

> [...] la jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso este propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de este (función secundaria) (p. 192).

Ahora bien, para entender la procedencia del arbitraje, el jurista Fernando Vidal Ramírez (2006) sostiene que:

> [...] el arbitraje no ha sido creación romana, pues puede sostenerse que ha existido desde la más remota antigüedad. Se origina con el sedentarismo de los seres humanos y la toma de conciencia de organizar su vida de relación dentro del grupo y también en la necesidad de confiar en un tercero la solución de sus conflictos (p. 54).

En torno a lo señalado, entonces, cabe destacar que la jurisdicción es entendida como aquella que cumple un rol de fuente subsidiaria a la legislación, donde el juez es quien, aplicando la ley, completa los vacíos o deficiencias en ella (Vera-Cacho, 2013). Por ello, tanto el arbitraje como la jurisdicción constituyen categorías jurídicas distintas, en el entendido de que el arbitraje no necesita el aparato estatal para cumplir con sus fines, al menos en cuanto a resolver la disputa entre las partes, ya que, al momento del cumplimiento del laudo, sí se requiere la potestad estatal para su efectivo acatamiento. En palabras de Caivano Roque (s. f.) indica lo siguiente:

> La jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes —o en defecto de pacto expreso, la ley— le otorgan para la expedición del laudo (p. 3).

A raíz de lo anterior, si bien jurisdicción y arbitraje son términos jurídicos distintos, el arbitraje es un tipo de jurisdicción dentro de nuestro Estado y forma parte de nuestro sistema de administración de justicia, conforme lo determina el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, donde establece que:

> Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional
>
> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> 1. La unidad exclusiva de la función jurisdiccional.
>
> **No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y <u>la arbitral</u>** [énfasis agregado].

Del articulado citado, podemos entender entonces de manera textual que el arbitraje es una categoría de "jurisdicción independiente" y en esa misma línea, el Tribunal Constitucional peruano ha expresado:

> [...] nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada (Sentencia 06167-2005-PHC/TC fundamento jurídico 7).

Esto último se condice porque, conforme hemos expresado, tanto el arbitraje como la jurisdicción son categorías jurídicas independientes, pero nuestro constituyente decidió darle la categoría de jurisdicción al arbitraje conjuntamente con la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) y la militar, la misma que fue ratificada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 006167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), la cual desarrollaremos más adelante.

4. Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos (MARCS)

Los Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos (MARCs), como bien señalan los profesores La Rosa Calle y Rivas (2018) "[...] constituyen mecanismos que se adaptan a las necesidades de las partes involucradas y a la 'forma' del conflicto, con lo que se

garantiza mayores oportunidades para solucionar el mismo" (p. 41). Asimismo, debe destacarse que son métodos diseñados para gestionar disputas de manera ágil y efectiva, con lo cual se evitan, además, los retrasos que suelen caracterizar al sistema judicial convencional.

Como principal característica, podemos advertir que estos son procedimientos basados en el principio de la autonomía, lo que implica en buena cuenta que las partes han de expresar su voluntad para llevar adelante este proceso, de modo tal que el objetivo común es el de resolver los conflictos a través de procesos que son flexibles, donde prima la autodeterminación, la economía procesal, rapidez y confidencialidad, todo ello les otorga una mejor posición frente a los procesos judiciales (Díaz, 2021). Al respecto, nuestro Estado, respalda y fomenta estos mecanismos como parte de su compromiso de facilitar un acceso más sencillo, rápido y menos rígido a la justicia, promoviendo una sociedad más justa y armoniosa.

A continuación, se presenta un cuadro elaborado por los autores mencionados, que desarrolla el concepto de MARCs, según lo expuesto por los profesores La Rosa y Rivas (2018) en el siguiente cuadro de definiciones:

Medios alternativos para la resolución de conflictos- MARCS	
Medios (M)	Mecanismos orientados a lograr un objetivo específico. Los MARCs no son un fin en sí mismos, sino simplemente vías para alcanzar un resultado deseado.
Alternativos (A)	Los MARCs representan opciones paralelas al proceso judicial convencional. Es decir, son otras formas de resolver conflictos en la que no participa un juez representante de la función pública, sino un tercero que funge como árbitro imparcial.
Resolución (R)	Los MARCs, tienen un enfoque particular, dado que su propósito es el de alcanzar una solución justa que concluya la disputa.
Conflictos (Cs)	En cuanto a su finalidad, los MARCs buscan dar fin al conflicto a través de una solución que beneficie a las partes.

Ahora bien, cabe resaltar que los principales MARCs son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, siendo que, en la presente ponencia, nos centraremos en el arbitraje, por ser el más recurrente para resolver conflictos con relevancia jurídica, y que presenta ciertos rasgos característicos particulares, cuyo resultado se logra sin llegar a la esfera del Poder Judicial (Rosado, 2015). Este medio, además, pretende que las partes involucradas en un conflicto tengan una vía alterna al sistema de justicia tradicional, siendo el acuerdo entre las partes denominado "convenio arbitral", el mismo que puede ser contemplado previamente, por ejemplo, en un contrato como parte de una cláusula, y que, permite que dichas controversias puedan ser llevadas ante un tercero que es imparcial e independiente llamado "árbitro" (Decreto Legislativo 1071, artículo 13.1).

El arbitraje, por tanto, es un medio solución de conflictos alternativo, que se ha caracterizado por ser un mecanismo extrajudicial y un proceso formal en el que las partes acuerdan someter su conflicto a uno o varios árbitros, quienes actúan como jueces privados y emiten un laudo vinculante y de cumplimiento obligatorio. Este mecanismo es ampliamente utilizado a nivel nacional e internacional debido a sus ventajas, como la confidencialidad y rapidez, en comparación con los litigios judiciales (Rivas, 2017). En conjunto, los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos (MARCs) tienen como objetivo principal aliviar la carga del sistema judicial, incentivar el diálogo entre las partes involucradas y ofrecer soluciones adaptadas a las particularidades de cada caso, contribuyendo así al fortalecimiento de la justicia alternativa en el país.

5. Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, en el cual las partes acuerdan someter sus disputas a un tercero neutral, denominado árbitro, quien emite una decisión. A diferencia del sistema judicial convencional u ordinario, el laudo arbitral es generalmente definitivo y no admite apelaciones, lo que le confiere al proceso una mayor velocidad y carácter concluyente (Ventura, 2023). Al respecto, el jurista nacional y árbitro destacado, Alfredo Bullard, ha enfatizado la aplicación del arbitraje en el ámbito empresarial, señalando lo siguiente:

> Las personas eligen el arbitraje porque quieren llevar el pleito en paz. Conseguir un pleito en paz es el trabajo del presidente, que haya un orden, unas reglas claras y un management de los conflictos que surgen; ya que los abogados se pelean más de lo que deberían, y la mayor parte de los incidentes no son relevantes para decidir el caso, son distractivos, por lo que el gran trabajo del árbitro es reducir los puntos de conflicto con señales claras. Ahí es donde la labor del Presidente de llevar el pleito en paz tiene relevancia. Ello hará además que se obtenga información mucho más limpia y clara. Y eso, a su vez, facilitará la decisión al laudar (Bullard, 2022, párr. 17).

Entonces, podemos afirmar que el arbitraje es el medio idóneo para solucionar conflictos y cuya relevancia en los últimos tiempos ha sido muy importante en el Perú, especialmente en áreas como las disputas comerciales, contractuales y de inversión. Este método se caracteriza por varias características que garantizan su eficiencia y adaptabilidad (Díaz, 2024).

En primer lugar, sobresale su naturaleza voluntaria, ya que las partes son quienes deciden someter sus diferencias a este procedimiento. También se distingue por su imparcialidad, dado que los árbitros, seleccionados por las partes, aportan una perspectiva neutral a la resolución del conflicto (Corte Vasca de Arbitraje, s. f.). Asimismo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjusdh) lo define como "[...] mecanismos alternativos de solución de conflictos en el que participa un árbitro para solucionar las controversias entre dos partes" (s. f.).

Las características del arbitraje son las siguientes:

- Es un medio eficaz para la solución de conflictos, en relación con la denominada justicia ordinaria (Poder Judicial).
- Los árbitros, quienes tienen la obligación de ser imparciales, tienen la potestad de resolver el conflicto en atención del mandato recibido de las partes, lo cual genera una mayor confianza que un juez predeterminado en el Poder Judicial.
- Es un sistema de resolución de controversias privado y hetero compositivo, a diferencia del sistema público del Poder Judicial.
- El laudo arbitral concluye la controversia y se considera cosa juzgada, siendo este un símil de la resolución judicial en este extremo, por lo que es de obligatorio cumplimiento para las partes, dado el compromiso asumido por las partes.

– El proceso arbitral y su resultado final, es decir el laudo, son completamente independientes de los órganos jurisdiccionales del Estado, solo se permite que dichos tribunales ordinarios intervengan exclusivamente para dar eficacia al laudo en caso de incumplimiento (Rosado, 2015, pp. 4-5).

En el contexto peruano, el arbitraje es regulado normativamente por medio del Decreto Legislativo 1071, que incorpora principios internacionales, y contempla tanto el arbitraje nacional como el internacional. Este marco normativo facilita la resolución de controversias en diversas materias, e incluso permite la intervención en asuntos administrativos en circunstancias excepcionales. Sobre esto, el Tribunal Constitucional peruano afirma que:

> **Para el artículo 62 de la Constitución, en efecto, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos contractuales.** Como tal, está habilitado sólo cuando ha sido previsto en el propio contrato, esto es, en una cláusula arbitral. Ciertamente, el Estado puede establecer que el arbitraje es la vía obligatoria para resolver los conflictos que surjan en la ejecución de los contratos que él mismo celebra. El arbitraje puede ser obligatorio para la contratación estatal (Sentencia 01213-2019-PA/TC, p. 14 [énfasis agregado]).

De esta forma podemos afirmar que el arbitraje en el Estado peruano se ha consolidado como un mecanismo esencial para la resolución ágil y efectiva de conflictos, representando una alternativa confiable frente a los procedimientos judiciales tradicionales. Este sistema ha evolucionado significativamente, permitiendo que tanto personas como empresas lo adopten como una solución más práctica y adecuada a sus necesidades específicas.

Así, gracias a su rapidez y flexibilidad, el arbitraje facilita la resolución de disputas de manera más eficiente, promoviendo a su vez un entorno de cooperación que contribuye a mantener relaciones comerciales y personales (Bullard, 2022). La legislación peruana, que regula este proceso, es clave para garantizar su transparencia y eficacia. Sobre ello, el maestro Santillán Soler (2016) ha recalcado que "[...] el arbitraje en principio estaba desligado de todo carácter jurídico, nació antes que el propio sistema jurídico, ha evolucionado a través de los siglos y ha brindado resultados idóneos y eficaces para las controversias más importantes" (p. 5). Del mismo modo, el jurista nacional Reynaldo Bustamante (2013) hizo referencia al proceso de constitucionalización del arbitraje en Perú, afirmando: "el arbitraje ha sido objeto de un proceso de

constitucionalización en el Perú, reconociéndose su importancia como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y su relación intrínseca con los derechos fundamentales y el Estado de derecho" (p. 387).

Por lo tanto, el arbitraje no solo contribuye a aliviar la carga del sistema judicial, sino que también fomenta una cultura orientada hacia la resolución pacífica y consensuada de los conflictos, fortaleciendo la confianza en los métodos alternativos de justicia.

5.1. Arbitraje en el Estado constitucional de derecho

El arbitraje en el Perú está intrínsicamente vinculado con la Constitución Política de 1993, que, por primera vez, establece un marco normativo constitucional que respalda su aplicación y práctica. Este vínculo se refleja en varios aspectos esenciales que confieren al arbitraje un papel relevante dentro del sistema jurídico del país, otorgándole por parte del constituyente peruano la categoría de jurisdicción autónoma e independiente, conforme adelantamos líneas arriba de esta ponencia.

En primer lugar, debemos precisar que nuestra Constitución Política reconoce el arbitraje como un mecanismo legítimo para la resolución de controversias. En su artículo 139°, se señala que el arbitraje forma parte del sistema de administración de justicia, lo que implica que las decisiones arbitrales tienen validez dentro del ordenamiento jurídico. Además, este artículo establece que "[...] la ley garantiza el derecho a la defensa y al debido proceso" en todos los procedimientos, incluidos los arbitrales.

Igualmente, el arbitraje cuenta con un amplio reconocimiento a raíz de la Constitución Política de 1993, misma que hace referencia en el inciso 14 del artículo 2, y en los artículos 14, 62, 63 y 139; así, el inciso 14 del artículo 2° establece que toda persona tiene derecho a: "14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Por su parte, el artículo 62° señala que:

> 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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.** [énfasis agregado]

De igual manera, tenemos que en el último párrafo del artículo 63 expresa lo siguiente:

> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. **Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.** [énfasis agregado]

A partir de lo expuesto hasta ahora, dichas disposiciones constitucionales otorgan eficacia y aplicabilidad a la jurisdicción arbitral dentro de nuestro Estado, la cual ha sido una vía válidamente recurrida por los justiciables para someter sus disputas en una vía alterna a la jurisdicción ordinaria y como tal, sus decisiones deben ser respetadas y cumplidas dentro del ordenamiento jurídico peruano, pues ello garantiza seguridad jurídica.

Finalmente, y retomando el análisis del artículo 139 de la Constitución Política, este último menciona en su primer párrafo que: "la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral" (párr. 1). Este reconocimiento constitucional de su cualidad de jurisdicción autónoma a la judicial y militar no solo asegura la legitimidad del arbitraje, sino que también garantiza la existencia de las mismas garantías fundamentales que acompañan a los procedimientos judiciales.

A la par, es relevante considerar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que ha reconocido que:

> [...] 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 (Sentencia 06167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 11).

Así lo ha manifestado en la sentencia recaída en el Expediente 006167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), en sus fundamentos jurídicos 5, 9, 10 y 12, en los cuales establece lo siguiente:

> 5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación". En atención a ello, la Constitución ha establecido, como

regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad)

[…]

9. Asimismo, **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.

10. **De allí que 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 (Sentencia 06167-2005-PHC/TC, fundamentos jurídicos 5, 9 y 10 [énfasis agregado]).

Posteriormente, el fundamento décimo segundo establece que:

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 - 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 (Sentencia 06167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 12 [énfasis agregado]).

En este entendido, cabe destacar que, si bien la propia Constitución Política peruana expresa que la jurisdicción es única y es ejercida de manera exclusiva por el poder estatal, claro que, salvo aquellas excepciones que del mismo texto constitucional se extraen (artículo 139, inciso 1), siendo la jurisdicción arbitral una que encuentra sustento y protección en la misma Constitución. Esta se convierte en un "[...] instituto jurídico constitucionalmente protegido, es decir, en un principio jurídico que, sin ser un derecho subjetivo y, por tanto, un derecho fundamental, cuenta con eficacia jurídica reforzada" (Bustamante, 2013, p. 395). En atención a lo antes señalado, podemos concluir que el arbitraje se establece como una jurisdicción autónoma del Poder Judicial (y militar) y, a su vez, como una herramienta clave dentro del sistema de justicia peruano, promoviendo un marco propicio para su aplicación y desarrollo.

5.2. Ley que regula el arbitraje en el Perú (Decreto Legislativo 1071)

Conforme hemos afirmado líneas arriba, el Decreto Legislativo 1071, ley que regula el arbitraje en el Perú, establece un marco normativo que pretende garantizar su correcta aplicación, imparcialidad y alineación con el ordenamiento jurídico. En este contexto normativo, esta norma refuerza principios fundamentales como la autonomía de la voluntad, la flexibilidad en los procedimientos y el respeto al derecho al debido proceso, consolidando al arbitraje como un mecanismo eficiente para la resolución de disputas.

En ese tenor, este articulado establece una nueva normativa en torno al arbitraje misma que define su campo de aplicación dentro de una serie de materias a las que se las puede someter. Asimismo, establece las directrices del proceso y el grado de participación en diversas funciones que deben tener los árbitros para dirigir correctamente el proceso. Finalmente establece el parámetro, los alcances y la ejecución de los laudos arbitrales.

Ahora bien, cabe destacarse que, en el marco nacional, el arbitraje cuenta con dos modalidades, siendo las siguientes:

> **Arbitraje Institucional:** Las partes **encomiendan** a una institución arbitral la gestión y administración del procedimiento arbitral, siendo esta última la responsable de llevar a cabo el procedimiento hasta la emisión del laudo, de acuerdo con las normas correspondientes de aplicar.

> **Arbitraje Ad-hoc:** En este caso, las partes definen el desarrollo del proceso **sin** la intervención de una entidad arbitral (Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas, 2024, párrs. 2-4 [énfasis agregado])

Lo antes señalado puede ser corroborado si tenemos a la vista el artículo 7 del Decreto Legislativo 1071, el cual es claro al distinguir el arbitraje institucional del *ad-hoc*, conforme se puede apreciar:

> Artículo 7.- Arbitraje *ad hoc* e institucional.
>
> 1. El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
>
> 2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Por otro lado, cabe recalcar que el ordenamiento jurídico peruano cuenta con diversas normas, tanto de carácter general como especial, que regulan el arbitraje. En este sentido, como marco normativo general, se encuentra el mencionado Decreto Legislativo 1071, cuyas disposiciones se aplican tanto a los arbitrajes entre particulares como a aquellos en los que interviene el Estado (Rabines, 2020). Sobre el particular, en el inciso 1 del artículo 4 del precitado Decreto Legislativo 1071 menciona que:

> Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.
>
> 1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

En ese sentido, toda mención al Estado peruano abarca al gobierno nacional, los gobiernos regionales y locales, junto con sus respectivas dependencias. Igualmente, incluye a las personas jurídicas de derecho público, a las empresas estatales tanto de derecho público como privado, a las de economía mixta y a aquellas personas jurídicas de derecho privado que desempeñan funciones estatales por mandato legal, delegación, concesión o autorización estatal; con lo cual, al referirnos a un arbitraje donde el Estado sea parte, debemos considerar que puede

involucrar a cualquiera de las entidades enumeradas previamente[3]. Ahora, resulta pertinente señalar que los principios y derechos de la función arbitral, según el Decreto Legislativo 1071, se rigen en cuatro pilares.

> Artículo 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.

En ese sentido, el principio de no intervención judicial identifica que, en conflictos de este tipo y que son regulados bajo este principio, no es pasible de intervención judicial, salvo aquellos en los que la norma identifica que son pasibles de intervención. En consecuencia, salvo que el propio Decreto Legislativo 1071 disponga lo contrario o las partes acuerden otra cosa, "[...] la existencia de un convenio arbitral o

---

3 Eso mismo se puede afirmar siguiendo lo determinado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone literalmente lo siguiente:

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por 'entidad' o 'entidades' de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

el desarrollo de un proceso arbitral impide que cualquier órgano jurisdiccional o administrativo admita a trámite procesos, procedimientos, pretensiones, acciones o recursos que obstaculicen el inicio del arbitraje o provoquen su suspensión" (Castillo *et al.*, 2015, p. 8).

La independencia, formando parte de uno de los principios de la función y de la jurisdicción arbitral, de algún modo hace referencia al principio de no intervención judicial, dado que no sería razonable aceptar órdenes o decisiones provenientes de autoridades distintas a las judiciales. En este sentido, el profesor Marcial Rubio Correa (2006) menciona que:

> la independencia debe actuar como un mecanismo de protección frente a posibles influencias, ya sean de índole política, de los propios miembros del órgano jurisdiccional o de los distintos actores de la sociedad. La decisión judicial debe resguardarse de cualquiera de estos factores (p. 85).

En pocas palabras, la mencionada ley refuerza principios esenciales como la autonomía de la voluntad, la independencia del tribunal arbitral y la no intervención judicial, consolidando el arbitraje como un mecanismo eficiente de resolución de disputas, tanto entre particulares como en casos donde el Estado es parte. Igualmente, se enfatiza que la autoridad judicial solo puede intervenir en los supuestos expresamente previstos por la ley, evitando interferencias que puedan afectar el desarrollo del proceso arbitral. En este contexto, la independencia del tribunal arbitral es crucial para resguardar sus decisiones de influencias externas, asegurando su imparcialidad y eficacia dentro del sistema de justicia alternativa en el país.

5.3. Convenio arbitral

El convenio arbitral es el pacto expresado, sea de manera expresa o tácita, en el que se acuerda al arbitraje como medio para la resolución de disputas entre las partes, excluyendo la posible participación de la justicia ordinaria. En este sentido, el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071, es claro en señalar lo siguiente:

> 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.

Igualmente, es preciso señalar lo expresado por Fernando Vidal Ramírez (2003) bajo las siguientes líneas:

> El convenio arbitral, según la noción establecida en la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA), es el acuerdo mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje una controversia, ya sea presente o futura, derivada de una relación jurídica, contractual o no contractual, independientemente de que esta sea o no objeto de un proceso judicial (p. 1).

En atención a lo antes citado, podemos apreciar que el propósito principal es asegurar que cualquier conflicto derivado de la relación entre las partes alcance su fin y sea resuelto con la participación de un tribunal arbitral, regulado también por principios generales del derecho como la autonomía, la confidencialidad y la rapidez. Siendo esto así, una vez firmado el acuerdo arbitral impide que los órganos jurisdiccionales procesen demandas sobre la materia acordada, salvo en situaciones excepcionales previstas por la normativa. Esto, a su vez, también refuerza su carácter obligatorio y vinculante. Respecto al contenido y forma que debe tener el convenio arbitral, el Decreto Legislativo 1071, en el artículo 13, expresa lo siguiente:

> 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.
>
> 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
>
> 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
>
> 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
>
> 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

> 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
>
> 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

El artículo citado coincide con la definición acerca del contrato establecida en el artículo 1351 del Código Civil peruano, el cual refiere que "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Sin embargo, dentro de nuestro sistema legal, para que un pacto o acuerdo sea entendido como un contrato, se requiere la existencia de un vínculo de carácter patrimonial, dando lugar a una relación jurídica que obligue a las partes a su cumplimiento legítimo (Barchi, 2013). Al respecto, Óscar Uceda (2024), determina la forma del convenio arbitral como:

> Para el ordenamiento jurídico peruano el convenio arbitral debe adoptar una forma escrita, según se puede leer del artículo 13º del Decreto Legislativo Nº1071 (Ley de Arbitraje), el cual tiene una redacción similar a la opción I del artículo 7º de la Ley Modelo UNCITRAL. Sin embargo, esta forma escrita debe ser entendida en el sentido amplio de la palabra, es decir, que el concepto se extiende a cualquier otro medio que deje constancia de su contenido en cualquier forma. Por lo tanto, para el derecho arbitral peruano, un convenio arbitral puede ser válido mientras esté contenido en un documento de fecha cierta, un vídeo, fotografía, conversación de Whatsapp, entre otros. Es claro que, por estrategia legal una de las partes pretenderá la nulidad y/o ineficacia de dicho acuerdo arbitral, sin embargo, ese es un aspecto que corresponde al Tribunal Arbitral en virtud al **principio kompetenz – kompetenz.** Por lo que, la labor de las instituciones arbitrales al verificar la existencia del convenio arbitral se limita a una verificación prima facie sobre su validez, atendiendo a otro conocido principio, **el principio pro-arbitraje** (p. 3 [énfasis agregado]).

De este modo, se entiende que el convenio arbitral, por su forma, que este debe ser materializado como una condición dentro de un "contrato" o simplemente como un acuerdo autónomo. Además, esta definición se amplía a cualquier medio en el que conste lo acordado, incluyendo correos electrónicos o incluso referencias contractuales a cláusulas arbitrales.

Por otro lado, así como el convenio arbitral tiene sus principios y forma, también existen sus excepciones, que son incluso consideradas como un recurso legal que permite a una de las partes cuestionar libremente la jurisdicción de un tribunal judicial cuando se presenta una demanda que recae sobre un asunto ya discutido en vía arbitral, en tanto "[...] el sometimiento de un conflicto a arbitraje supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes solo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo" (Castillo *et al.*, 2015, p. 6). Al respecto, tenemos al artículo 16 del Decreto Legislativo 1071, donde se menciona:

> Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.
>
> 1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
>
> 2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
>
> 3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
>
> 4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
>
> 5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

A modo de conclusión, podemos señalar que dicho convenio arbitral constituye un pacto obligatorio entre las partes, que los lleva a resolver sus conflictos a través de este proceso arbitral, sin intervención de la jurisdicción ordinaria. Además, su formalización debe materializarse, sea como un acuerdo obligatorio dentro de un contrato o

como uno que sea acordado de manera autónoma, abarcando, asimismo, cualquier medio que acredite su existencia. En este sentido, dentro del marco legal peruano, dicho mecanismo se encuentra respaldado por los principios de *kompetenz-kompetenz* y *pro-arbitraje*, lo que garantiza su validez y aplicación. Sin embargo, se contemplan excepciones que permiten impugnar su procedencia en circunstancias específicas, tales como en casos de nulidad manifiesta o cuando la materia afecta el orden público internacional.

6. Mecanismos de control

Conforme hemos expuesto, el arbitraje está sometido a distintos mecanismos de control que buscan asegurar su correcta implementación y su conformidad con el marco jurídico peruano. Por ende, pese a su autonomía y flexibilidad, es esencial que los procedimientos arbitrales se desarrollen con respeto a los principios constitucionales fundamentales, como el principio al debido procedimiento, el derecho a la defensa y el respeto al control de legalidad. Además, otro mecanismo de control crucial es la consolidación, ya que a través de este se puede acumular dos o más arbitrajes en uno solo, sea ya entre las mismas partes o entre más de dos (De la Flor, 2017).

El Tribunal Constitucional peruano, por su parte, respecto al control difuso en torno al control de los laudos alcanzados en un proceso arbitral, estableció que:

> [...] es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (Sentencia 01680-2005-PA/TC, fundamento jurídico 2).

Adicionalmente, el mismo Tribunal en su amplia jurisprudencia ha desarrollado y establecido que, para que este tipo de control se lleve a cabo, existen ciertos parámetros y límites que se deben considerar como:

a) El control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial.

b) Siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez.

c) Es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo

> d) No puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad (Sentencia 01680-2005-PA/TC, fundamento jurídico 4-9).

En síntesis, el arbitraje debe desarrollarse dentro de un marco normativo que asegure su compatibilidad con el orden jurídico. Sin embargo, aunque goza de autonomía, es esencial que se rija por principios constitucionales fundamentales para garantizar su validez y eficacia. Por ello, el control de los laudos arbitrales cobra especial importancia, destacándose el control difuso ejercido por el Poder Judicial. En particular, este mecanismo permite dejar sin efecto la aplicación de normativa que sea evidentemente contradictorias a la Carta Magna, bajo el cumplimiento de determinados criterios y condiciones. Como resultado, se fortalece la seguridad jurídica, y se salvaguarda el principio de supremacía constitucional dentro de los procesos arbitrales.

6.1. Amparo arbitral

Aunque el proceso arbitral está dentro de una jurisdicción especial administrada por privados, no está exento de la Constitución Política y del marco constitucional que la complementa. En este sentido, la segunda disposición complementaria del Decreto Legislativo 1071 menciona que "las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo". Por lo tanto, es pertinente afirmar que los árbitros deben considerar no solo la normativa legal y especial aplicable a los casos sometidos a sus tribunales, sino también el marco constitucional y los derechos de las partes. De lo contrario, alguna de las partes o terceros que perciban que sus derechos han sido vulnerados, están en la posibilidad de iniciar e interponer un proceso constitucional de amparo o un procedimiento de anulación para volver inválida decisión alcanzada en dicho proceso.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente 0142-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional determinó, como precedente vinculante, que "[...] los recursos de apelación y anulación en la normativa arbitral constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales". Así, a partir de esta posición del Tribunal Constitucional, es necesario que se configuren algunos preceptos que se ajusten a los requisitos para

iniciar un proceso constitucional de amparo frente a un laudo arbitral. Estos requisitos son los siguientes:

> 1. Cuando se vulneran los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
>
> 2. Cuando se haya ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional (acción de inconstitucionalidad) o el Poder Judicial (acción popular).
>
> 3. Cuando el proceso constitucional de amparo sea interpuesto por un tercero que sustente la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales (Sentencia 00142-2011-PA/TC, fundamento jurídico 7).

También, el amparo arbitral es procedente cuando la decisión en vía arbitral afecta decisiones previas establecidas por el máximo intérprete de la Constitución, se ejerce un control difuso indebido o se afecta directamente a terceros no involucrados en el convenio arbitral. Esto ha sido establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02414-2022-PA/TC, donde se señala que:

> Asimismo, se determine que, en forma excepcional, no podrá declarar la improcedencia del amparo arbitral en los siguientes casos: 1) cuando el laudo arbitral vulnera los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional; 2) cuando en el laudo se hace un indebido ejercicio del control difuso de constitucionalidad; y 3) en caso de que el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo arbitral (Sentencia 02414-2022-PA/TC, fundamento jurídico 6).

Por lo tanto, podemos concluir que el proceso de amparo arbitral deja de ser una vía de carácter ordinaria para discutir la validez de un laudo arbitral, sino más bien es un mecanismo de control constitucional excepcional que solo aplica cuando se verifica una transgresión manifiesta de derechos fundamentales. En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional ha delimitado los casos en los que este mecanismo resulta procedente, estableciendo así un equilibrio entre el respeto a la autonomía arbitral y la importancia de velar por la supremacía de la Constitución Política, razonamiento que se ve reflejado en la sentencia del Expediente 00002-2009-AI/TC, mismo que refiere que: "El arbitraje, en tanto mecanismo alternativo de resolución de conflictos, goza de autonomía; sin embargo, esta autonomía no es absoluta, ya que debe respetar los derechos fundamentales y los principios constitucionales" (fundamento jurídico 15).

No obstante, desde una perspectiva crítica, es indudable que el desarrollo jurisprudencial del amparo arbitral aún deja ciertos márgenes de indeterminación. Ciertamente, la inclusión de causales como la vulneración de precedentes vinculantes o el ejercicio indebido por parte de los jueces de hacer un correcto uso del denominado "control difuso" plantea interrogantes sobre el parámetro y los posibles límites que pueda tener el control constitucional sobre los procesos vistos en sede arbitral. Esto genera una posible apertura para la revisión sustantiva de los laudos bajo el pretexto como la defensa de derechos fundamentales. Este escenario, si no es adecuadamente delimitado, podría desnaturalizar la esencia del arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, erosionando su celeridad y seguridad jurídica (López, 2017).

Por ende, se puede afirmar que el desafío del Tribunal Constitucional radica en consolidar una doctrina uniforme que, sin menoscabar la finalidad del arbitraje, garantice un control efectivo frente a la afectación real y manifiesta de los derechos fundamentales. Para ello, es crucial una interpretación restrictiva del amparo arbitral, limitándolo a los casos en los que la vulneración constitucional sea ostensible y no exista otra vía de reparación. De este modo, se podrá preservar la autonomía del arbitraje sin comprometer su compatibilidad con el Estado constitucional de derecho (Sentencia 00142-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos 11 y 12), y se evitará que se convierta en una jurisdicción subordinada a la revisión permanente del Poder Judicial[4].

6.2. Anulación del laudo arbitral

Para comprender la naturaleza jurídica que alcanza al recurso de anulación de un laudo emitido en sede arbitral, cabe destacar lo señalado por Bullard (2013) señala que "[...] es una figura más consistente con una acción de naturaleza contractual, que con una figura de naturaleza procesal o de Derecho público" (p. 93). La posibilidad de anular una decisión arbitral se configura como una medida extraordinaria que permite a la jurisdicción estatal dejar sin efecto un laudo en caso de que se transgredan principios esenciales del debido proceso.

4 Al respecto, debemos advertir que el Nuevo Código Procesal Constitucional ha positivizado el denominado "amparo arbitral" en sus artículos 42, 45 y la Cuarta Disposición Complementaria Final, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta anteriormente.

Asimismo, su finalidad implica el respeto por valores constitucionales dentro del arbitraje, sin comprometer su naturaleza definitiva e independiente. Al respecto, el numeral 1 del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, es claro al señalar 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 ello, la anulación del laudo es el único medio por el cual se puede llegar a requerir la participación de la jurisdicción ordinaria, en el sentido de poder debatir la decisión alcanzada en el plano arbitral. Sobre ello el abogado Marcos Isique (2018) señala que:

> la característica esencial de la anulación de laudo es la exigencia de haber formulado reclamo previo ante el tribunal arbitral mediante petición de integración, exclusión, interpretación o rectificación incluso al interior del proceso arbitral, haberse formulado y dejado constancia de un reclamo previo, y que este haya sido desestimado (párr. 5)

En ese sentido, tenemos que este recurso es una herramienta utilizada para presentar una impugnación contra el laudo arbitral, ya sea interna o externa. La impugnación interna se refiere a la exploración posterior a la emisión de un laudo o del mismo laudo concretamente, mientras que la impugnación externa hace referencia al recurso llevado frente a un tribunal jurisdiccional. En este sentido, la anulación es un recurso externo.

Ahora, con ello queda claro que la única manera de dejar sin efecto la decisión arbitral es a través de un recurso de anulación, cuyo fin es el de determinar su validez o nulidad con base en lo establecido en el mencionado Decreto Legislativo 1071, que establece en su artículo 63° las siguientes causales:

> a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
>
> b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
>
> c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

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.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

En ese orden de ideas, el mismo Decreto Legislativo N.º 1071 ha señalado cuál es el trámite para presentar el recurso de anulación de laudo, siguiendo su artículo 64° se establece el siguiente:

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

> 4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
>
> 5. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Cabe mencionar que, si la causal mencionada no ha podido ser subsanada a través de la rectificación, interpretación, integración y/o exclusión del laudo sin que se hayan utilizado estos mecanismos, la anulación del laudo no procederá. En síntesis, la anulación de un laudo es un mecanismo de carácter excepcional para facilitar la intervención del Poder Judicial únicamente cuando se han vulnerado principios fundamentales del debido proceso.

Por otro lado, aunque el proceso arbitral sea regido por principios como la autonomía y cuyo origen precisamente sea el convenio arbitral que encierra un carácter vinculante, cuyas causales fueron establecidas por el Decreto Legislativo N.º 1071 y que justifican su anulación, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes.

No obstante, este recurso no equivale a una segunda instancia ni a un medio de impugnación ordinario, por el contrario, es únicamente un mecanismo de control. También, si la causal invocada para la anulación pudo haberse corregido a través de los mecanismos de "[...] rectificación, interpretación o integración del laudo", y estos no fueron utilizados, la solicitud de anulación no será procedente. En consecuencia, este recurso mantiene su carácter excepcional dentro del sistema arbitral, equilibrando la autonomía de este proceso privado con la debida garantía de los derechos constitucionales.

7. Conclusiones

Los denominados "*Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos*" o MARCs por sus siglas, representan una solución eficiente en cuanto a tiempo y recursos en comparación con las carencias notorias

del sistema judicial tradicional en el Perú. Así, la desconfianza hacia la administración de justicia, junto con el interés por encontrar alternativas más ágiles y efectivas, ha llevado a la población a optar por herramientas como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En este contexto, estas opciones no solo son viables, sino que otorgan a las partes involucradas un mayor protagonismo en el proceso de resolución, fomentando su colaboración a la hora de llevar a cabo decisiones. El arbitraje, en especial, se distingue por su carácter formal y capacidad para emitir laudos vinculantes, asegurando resoluciones definitivas a los conflictos. Por otro lado, la legislación peruana apoya firmemente la implementación de estos mecanismos, creando un marco propicio para la solución de disputas, particularmente en las áreas civil y comercial. Como resultado, esto no solo alivia la carga sobre el sistema judicial, sino que también favorece una administración de justicia más eficiente y conforme a las necesidades de la población.

Este análisis de los MARCs evidencia que su aplicación práctica puede resultar altamente beneficiosa, siempre y cuando se disponga de un marco legal adecuado y se fomente la educación acerca de estos métodos. Además, la integración de un enfoque cualitativo en la investigación, complementada con el análisis de normativas relevantes, proporciona una base sólida para comprender el efecto positivo de los MARCs en la resolución de conflictos en el Perú. Por lo tanto, es esencial continuar impulsando y consolidando estos mecanismos para garantizar un acceso a la justicia más equitativo y eficiente.

Debemos resaltar también que el arbitraje no está —ni debe estar— libre de intervención de parte del derecho constitucional, sino que por el contrario, se encuentra estrechamente vinculado bajo principios fundamentales como el debido procedimiento, y por conexión a la garantía y tutela jurisdiccional efectiva. Aunque opera en un ámbito de autonomía privada, este no puede desnaturalizar los principios fundamentales que se deben garantizar dentro de un Estado constitucional de derecho ni desatender los límites constitucionales, especialmente en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales y al control judicial de los laudos arbitrales en casos de vulneración manifiesta de normas constitucionales.

De igual manera, conforme hemos expuesto, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución peruana, ha

determinado criterios que garantizan que las decisiones alcanzadas en el plano arbitral no vulneren derechos fundamentales ni contravengan normas de orden público. No obstante, aún existen desafíos interpretativos sobre el alcance y los efectos de este control. A su vez, el Poder Judicial, aunque con una intervención limitada en el arbitraje, cumple un papel esencial en la garantía del orden constitucional. Su intervención mediante acciones de amparo y anulación debe ejercerse con prudencia para evitar interferencias excesivas que desnaturalicen el arbitraje como un proceso alterno y una jurisdicción autónoma, pero también eficaz frente a la resolución de controversias entre dos o más partes.

Por último, a pesar de los avances en la regulación del arbitraje en el Perú, es fundamental continuar con la evolución del marco normativo y jurisprudencial para fortalecer la seguridad jurídica. Se requiere mantener un equilibrio adecuado entre la autonomía que ostentan las vías arbitrales y el control judicial del que no están exentas, consolidando el arbitraje como un mecanismo efectivo y constitucionalmente legítimo para la resolución de conflictos. La consolidación de un arbitraje compatible con la Constitución Política exige una interpretación armónica de sus principios, una aplicación equilibrada de los mecanismos de control y una evolución normativa que garantice su eficacia, sin menoscabar los derechos fundamentales de las partes involucradas.

REFERENCIAS

Arias, C. (2023). *Estudio jurídico de la jurisdicción* [Trabajo de suficiencia profesional]. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Peruana de Ciencias e Informática.

Barchi, L. (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. *Ius Et Praxis*, (44), 81-124. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/76/59

Bullard, A. (2013). ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*, 93. https://www.studocu.com/co/document/universidad-de-cartagena/metodos-de-analisis-ambiental/el-huevo-y-la-gallina-alfredo-bullard-leche-arroz/26650794

Bullard, A. (2022). Las empresas eligen arbitraje porque quieren llevar el pleito en paz. *CIAR Global*. https://ciarglobal.com/alfredo-bullard-las-personas-eligen-el-arbitraje-porque-quieren-llevar-el-pleito-en-paz/

Bustamante, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Revista Derecho PUCP*, (71), 387-411. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908/9313

Caivano, R. (s. f.). *El arbitraje: nociones introductorias*. http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf

Castillo, M., Sabroso, R., Castro, L. y Chipana, J. (2015). Principios y derechos de la función arbitral. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, (15), 215-234. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157762.pdf

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas - CEAR Latinoamericano. (2024). ¿Qué es el arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional? *Blog Académico-CEAR Latinoamericano*. https://cear-latinoamericano.edu.pe/que-es-el-arbitraje-ad-hoc-y-el-arbitraje-institucional/

Congreso de la República del Perú. (1984). *Código Civil Peruano*.

Congreso de la República del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*.

Corte Vasca de Arbitraje. (s. f.). *Independencia e imparcialidad del árbitro*. https://www.cortevascadearbitraje.com/es/independencia-imparcialidad-arbitro

De la Flor, N. (2017). Consolidación y suspensión: mecanismos procesales ante los arbitrajes de partes y contratos múltiples. *Themis. Revista de Derecho*, (71), 47-56. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/19812/19858/

Díaz, J. (2021). Democratización del arbitraje en el Perú. *Revista Advocatus*, (39), 115-126.

Díaz, J. (2024). Análisis de la conciliación desde el proceso arbitral. *Revista Jurídica Deconstruyendo la Justicia: Desde una Nueva Mirada a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, (1), 33-35. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7402560/6310614-revista-web.pdf

Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional* (P. Cruz Villalón, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.

Huapaya, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento público peruano. *Ius et Veritas*, *24*(50), 368-397.

Isique, M. (2018). El recurso de anulación de laudo arbitral: principios, causales, condiciones y consecuencias. *LP Arbitraje*. https://lpderecho.pe/recurso-anulacion-laudo-arbitral/

La Rosa, J. y Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Fondo Editorial PUCP.

López, B. (2017). El amparo contra laudos arbitrales. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (10), 311-339. https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/256/253

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (s. f.). *Arbitraje*. https://www.minjus.gob.pe/arbitraje/

Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Temis.

Decreto Legislativo 1071 de 2008 [Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado], Ley que regula el arbitraje en el Perú. 1 de setiembre de 2008. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf?v=1603162151

Rabines, R. (2020). ¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. *Themis,* (77), 285-302. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/23485/22464/

Rivas, G. (2017). El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los MARCS y el proceso judicial. *Themis. Revista de Derecho,* (71), 195-208.

Roel, L. (2021). El Tribunal Constitucional y su importancia en el estado constitucional de derecho peruano. En A.A. V.V., *La constitución frente a la sociedad contemporánea: Treinta años de la maestría en derecho constitucional de la PUCP* (pp. 253-283). Editorial PUCP.

Rosado, B. (2015). *El arbitraje como mecanismo privado de solución de controversias en el Perú*. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/781/per-rosada-mecanismo.pdf

Rubio, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP. https://books.google.com.pe/books?id=EuaBfOnGmxQC

Santillán, D. (2016). *El arbitraje popular. La necesidad de una justicia privada frente a la precarización del Poder Judicial*. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2378/santillan_sd.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00014-2003-AI/TC; 10 de diciembre de 2003. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 01680-2005-PA/TC; 11 de mayo de 2005. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01680-2005-AA.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 06167-2005-PHC/TC; 28 de febrero de 2006. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00006-2008-AI/TC; 11 de junio de 2008. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.html

Tribunal Constitucion al del Perú. Sentencia 00002-2009-AI/TC; 5 de febrero de 2010. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00142-2011-PA/TC; 21 de setiembre de 2011. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 01213-2019-PA/TC (Voto singular del Magistrado Sardón Taboada, p. 14); 11 de febrero de 2021. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01213-2019-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 02414-2022-PA/T; 26 de enero de 2024. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02414-2022-AA.pdf

Uceda, O. (2024). La interpretación del convenio arbitral: ideas para la calificación de la Solicitud de Arbitraje. *Noticias-CAE*, *3*. https://www.caeperu.com/noticias/pdf/la-interpretacion-del-convenio-arbitral.pdf

Ventura, M. (2023). ¿Qué es y cómo funciona el arbitraje? *Centro de Arbitraje de la CCL*. https://www.arbitrajeccl.com.pe/noticia-1/

Vera-Cacho, G. (2013). Consideraciones generales del arbitraje. *Ius Et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho*, *44*(44), 15-38.

Vidal, F. (2003). El convenio arbitral. *Revista Derecho PUCP*, (56), 569-582. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10590/11062

Vidal, F. (2006). Jurisdiccionalidad del arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje*, (3), 53-62.

JURISDICCIÓN ARBITRAL Y MOTIVACIÓN DE LAUDOS

Ricardo Rodríguez Ardiles[1]

Resumen

El reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción conlleva, con no poca frecuencia, generar comentarios encontrados respecto a la obligatoriedad de la motivación de los laudos arbitrales y su estándar. En el presente artículo, se brinda un análisis sucinto de las posiciones en torno a ello, así como lineamientos o criterios para el referido estándar en la motivación de los laudos y una reiterada insistencia del cumplimiento por parte de la judicatura de no pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida.

1. La jurisdicción arbitral

El artículo 139, inciso 1, de la Constitución del Perú prescribe que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación", consagrando así los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional en favor de la justicia ordi-

1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Árbitro y adjudicador de los principales centros arbitrales del país. Miembro del Consejo Superior del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Se ha desempeñado como vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y como gerente general de la Cámara Peruana de la Construcción. Ha sido condecorado con la medalla de Árbitro en Derecho por el Colegio de Abogados de Lima.

naria, Poder Judicial, dentro de la tradicional concepción de división de poderes. Ahora bien, este alcance, sin embargo, por mandato del propio texto constitucional, posee dos excepciones, las cuales están explícitamente establecidas en el numeral referido, la arbitral y la militar. Esto es que, en el marco constitucional peruano, sin mengua de la unidad y exclusividad, dos fueros, el arbitral y el militar, son reconocidos igualmente como jurisdicciones.

Aun cuando existen teóricos que desarrollan postulaciones en contra de este reconocimiento del arbitraje como jurisdicción, especialmente al señalar que carece de la totalidad de los atributos propios de una jurisdicción puesto que si bien admiten que los árbitros que conforman tribunales arbitrales poseen la *notio* entendida como la facultad y derecho para conocer la materia controvertida que se les plantea la *vocatio* entendida como la facultad de los árbitros de citar a las partes y, en su caso ante la negativa de comparecer ante ella, seguir el arbitraje en rebeldía) y la *iudicum* entendida como el derecho de los árbitros de resolver la controversia mediante un laudo carecen de la *coertio* y la *executio* entendidas como la facultad de sancionar a quienes incumplen sus disposiciones y la de ejecutar sus decisiones, sin tener que recurrir a otro órgano, respectivamente.

Mas sin embargo, y pese a sus detractores, lo cierto es que el Tribunal Constitucional del Perú, intérprete de la Constitución, ha asumido de manera categórica la calidad del arbitraje como jurisdicción, de manera ampliamente desarrollada en la Sentencia 6167-2005-PHC/TC, caso Cantuarias Salaverry, en el que sin restricción alguna afirma:

> 7. Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.
>
> Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Mas aún, en el caso Jurisdicción Militar, en el fundamento 13 de la Sentencia 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional profundiza su postura:

> 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".
>
> Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos define 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 Constitucional.
>
> 9. Asimismo, 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 (Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 0023-2003-AI/TC, 2004, fundamento 25).

Nótese sobre el particular el alcance que se brinda a la función jurisdiccional del arbitraje, sobre todo, y para los fines del presente artículo, al sujetar el ejercicio de esta jurisdicción a la obligación de cumplir todas las garantías que componen "el derecho al debido proceso".

Siguiendo la línea establecida precedentemente, cabe preguntarse si en la norma constitucional se hallan los conceptos básicos de "debido proceso" o necesariamente habrá que recurrir a la doctrina para entender el alcance de la mencionada postulación.

Para ello, es pertinente comprender que el debido proceso forma parte de los principios y derechos de la función jurisdiccional, establecidos en el artículo 139 de la Constitución, cuando puntualmente se refiere: "3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

Sobre ello, cabe mencionar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación 5734-2013, del 27 de mayo de 2014, donde determina que:

> éste constituye un principio y un derecho de la función jurisdiccional, por el cual todo proceso debe iniciarse y concluirse con la necesaria observancia y respeto de todos los derechos que de él emanen. Precisamente el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional N°08865-2006-PA/TC ha señalado que este derecho involucra dos dimensiones, una formal y otra de carácter sustantivo considerando que "el debido proceso está concebido como aquél en que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que los integran tiene que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

2. La motivación en los laudos

Ahora bien, una observación a las precisiones antes referidas permite apreciar que, de una parte, el arbitraje es una innegable jurisdicción y que, entre las garantías del debido proceso, se encuentra, entre otras, la motivación, por lo que preliminarmente, podríamos afirmar que toda decisión de un órgano jurisdiccional, a efectos de cumplir la garantía y derecho del debido proceso, debe motivar sus decisiones.

Esta afirmación, sin embargo, tiene dos cuestionamientos, el primero, que la motivación como tal, en el texto constitucional, está circunscrita a las decisiones judiciales. En efecto, el tantas veces citado artículo 139, numeral 5 establece dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". El segundo cuestionamiento proviene de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, en cuyo artículo 56, "Contenido del laudo", numeral 1, se señala que "todo laudo debe ser motivado,

salvo que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50" (transacción realizada por las partes y homologada como laudo).

Analicemos si dentro de una interpretación integral de la norma constitucional hay alguna razón o fundamento para que la obligación de motivación esté circunscrita solo a las decisiones judiciales, como literalmente expresa el artículo de la carta política, y no a las jurisdicciones de excepción, esto es, a la arbitral y militar.

Respecto de la jurisdicción militar, no hay aspecto alguno de análisis, por cuanto el Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo 961, denomina jueces a los que imparten justicia, y, en el artículo 163, "Motivación", prescribe que:

> las decisiones judiciales, salvo las de mero trámite, expresarán los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se podrá reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales. Cuando se trate de sentencias dictadas por tribunales colegiados, cada uno de sus miembros fundará individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación.

En cuanto a la jurisdicción arbitral, no hay referencia alguna y es por ello, tal vez, que los legisladores de la Ley de Arbitraje al asumir la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional como referente admitieron, prácticamente con el mismo texto, el numeral 2) del artículo 31 de esta Ley Modelo, que establece que "el laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30" (transacción realizada por las partes y homologada como laudo).

En el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, se ratifica el criterio anterior cuando, en el artículo 34, "Forma y efectos del laudo", numeral 3, se señala que "el Tribunal Arbitral expondrá las razones en que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón".

Alfredo Bullard (2011) afirma que, "como casi todo en el arbitraje, la regla es la autonomía privada: las cosas son como las partes las han pactado. Y ello determina que buena parte de las reglas de la LA

sean reglas dispositivas, contra las cuales cabe pactar en contrario, y que por tanto, las normas contenidas en la Ley operen sólo a falta de acuerdo" (p. 613).

Asimismo, Bullard (2011) enfatiza a continuación:

> Ello significa que las partes pueden pactar un laudo sin motivación. Con ello la norma rompe la idea, inspirada en una aproximación procesalista, que los laudos como las sentencias, deben necesariamente ser motivados, y que la no motivación es una violación al derecho de defensa. En el arbitraje ello no es cierto, pues el admitir que el laudo puede no ser motivado se acepta que la omisión de la motivación no necesariamente viola los derechos de las partes y que, ocurrida esa renuncia, no hay afectación al derecho de defensa (p. 614).

En oposición a lo expresado, Enrique Palacios (2008) manifiesta que:

> este es un argumento absolutamente inconsistente pues, siendo que la exigencia de la motivación de los laudos, como decisiones jurisdiccionales que son, provienen de una norma de rango constitucional como es el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, que constituye una garantía del debido proceso, tenemos que su incumplimiento supone la ausencia de un requisito fundamental para la eficacia del proceso arbitral. Falta un elemento básico para un debido proceso, para que el proceso arbitral pueda surtir sus efectos. En tal virtud, conforme al principio de trascendencia, el acto procesal es nulo al carecer de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (pp. 312-313).

Planteadas así ambas posiciones, consideramos que la disposición de la Ley de Arbitraje, que permite el pacto de que un laudo carezca de motivación, fue adoptada siguiendo el principio de libertad de las partes y bajo el entendimiento de que, siendo los árbitros designados por ellas mismas y las decisiones que emiten de obligatorio cumplimiento (puesto que se le brinda al laudo la calidad de cosa juzgada y de ejecución inmediata), se priorizó la premisa de que se trataba de una convención entre partes, mas no de una jurisdicción como sucede en el caso peruano lo que, como ha desarrollado el Tribunal Constitucional, conlleva a que esta jurisdicción arbitral "no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso", entre las cuales la motivación forma parte de ellas.

Ahora bien, ¿es factible renunciar a una garantía constitucionalmente establecida? Una respuesta inmediata es que no es factible, toda

vez que las garantías y los derechos que son tutelados expresamente por la norma constitucional no son factibles de renuncia, ya que ello significaría la quiebra de la supremacía de la Constitución y sus alcances, así como también la subordinación de dicha norma suprema a la voluntad de las partes, extremo que no es admisible.

Adicionalmente a ello y dentro de un amplio campo de reflexión, si los laudos emitidos en la jurisdicción arbitral siempre están sujetos al control judicial y constitucional de sus decisiones, la potencial declaración de anulación de un laudo por carencia de motivación pactada solo sería factible de ser conocida por la justicia ordinaria si el obligado al cumplimiento del laudo se negara a ello y formulara anulación del mismo precisamente por lo que esa parte pactó, laudo sin motivación, con lo que pondría de manifiesto una conducta contraria a la buena fe tanto del convenio arbitral como procesal y a la teoría de los actos propios.

En este orden de ideas, la no renuncia a la motivación del laudo es la práctica más adecuada, a fin de poseer una cabal comprensión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión del tribunal arbitral evitando la generación de potenciales cuestionamientos al calificar la decisión como arbitraria o contraria a derecho e inmersa en alguna de las causales de anulación precisadas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje; sin que de modo alguno de haberse pactado implique vulneración a la ley, puesto que ella misma así lo permite y faculta a las partes.

Con criterio ilustrativo, a nivel internacional, una mayoritaria tendencia es señalar que la motivación no es un imperativo de orden público y, basados en pronunciamientos de las cortes de Inglaterra, Australia, Estados Unidos y Francia, afirmar que "salvo acuerdo de las partes, la motivación de laudo carece de entidad anulatoria" (Tejada, 2018, párr. 1). Sobre ello, acotamos que, en esas jurisdicciones, no es reconocido el arbitraje como jurisdicción por las respectivas constituciones.

Así, por lo tanto, y sin referirnos por el momento a qué se debe entender como motivación y el estándar que debe poseer, resulta razonable que las partes deseen que los laudos sean motivados, puesto que en función de dicha motivación, podrían comprender el razonamiento fáctico jurídico que el tribunal arbitral ha seguido para asumir su decisión. Este resulta un mínimo indispensable para evitar cualquier exceso que podría ser calificado como decisión arbitraria o insubsistente.

No olvidemos que, tal como cita Eder Juárez (2019), al referirse a pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

> El derecho fundamental al debido proceso […] contiene puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto se ha afirmado que […] su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentra inmerso una persona se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC N°07289-2005-AA/TC, fundamento jurídico N° 5) (p. 296).

Cabe advertir que, aunque posteriormente nos volvamos a referir a ello, no se pretende en modo alguno que los laudos posean un estándar de motivación análogo al de una sentencia judicial, puesto que el arbitraje es distinto al de la justicia ordinaria; sin embargo, sí que posean un razonamiento factible de seguir, en función de los hechos y del derecho aplicable, una comprensión del fundamento de la decisión establecida en el laudo, aun cuando se discrepe de la secuencia lógica aplicada o de la decisión.

Fernando Cantuarias y José Luis Repetto (2015) señalan que:

> algunos pronunciamientos de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima sostienen que el deber de motivación consiste en lo siguiente: "Existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes). Así se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay solo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso y/o porque —y esta es la forma más generalizada de aparentar motivación— solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir hay motivación pero no sirve, pues se ha basado en hechos inexistentes y/o pruebas no actuadas o únicamente se relatan los hechos o describen el proceso (por ejemplo cuando el juez o el árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos)"[2].

2 Véase, por ejemplo, Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica SAC. Consorcio Proyect CACLIC, 2.2. Expediente 009-2013.

> En otros casos, las Salas Comerciales[3] se amparan en pronunciamientos del Tribunal Constitucional[4] en los que se discute la motivación de sentencias judiciales para señalar que la motivación de toda autoridad que tiene jurisdicción no puede incurrir en los siguientes errores o defectos: "a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión [...]. b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa [...].c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [...]. d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada [...]. e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). f) Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad"[5] (pp. 34-35).

El tema de la motivación como causal de anulación de laudo se ha evidenciado con detalle en la publicación efectuada sobre el particular por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, donde los autores señalan como colofón lo siguiente:

---

3 Banco de la Nación c. Consorcio SJT (Perú: Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima), 10. Expediente 274-2012.

4 Véase sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3943-2006-PA/TC o en el Expediente 00728- 2008-PHC/TC.

5 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3943-2006-PA/TC.

> Las causales de anulación más invocadas son aquellas referidas a vicios procedimentales. En específico, la data confirma el protagonismo de la motivación del laudo en los procesos de anulación. Es la principal razón por la que se pide anulación y la principal razón por la que se anula un laudo. En 2022, hubo 70 laudos anulados, y 60 de ellos (85 %) fueron anulados por cuestiones de motivación (Montes *et al.*, 2023, p. 21).

En consecuencia, compartimos el planteamiento que la motivación en los laudos no puede tener el mismo estándar que el de una sentencia judicial. Por ello, la muchas veces citada sentencia del Tribunal Constitucional de octubre de 2008, Expediente 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Llamoja, referida a un caso penal, no es ni debe ser trasladada *per se* en sus alcances a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, resulta exigible a los laudos que, de su contenido, se efectúe una adecuada referencia a la materia en controversia, las posiciones de las partes en torno a esta y una clara evaluación de los hechos y de los fundamentos de derecho que permitan entender la *ratio decidendi* de la conclusión asumida.

Esta especificidad no debe ser ni constituir mérito para que los jueces, al momento de examinar el laudo, crucen la frontera que la propia ley ha establecido, numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, en el sentido de que "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".

Julio Martín Wong ha expresado en entrevista, respecto a la diferencia sobre el estándar de motivación entre sentencias y laudos, que, en el primer caso, los jueces se deben a los fines de la ley y de la Constitución; mientras que, en los laudos de arbitraje privado, los árbitros se deben como fundamento a la mejor composición de los intereses de las partes, en el marco de la ley y la Constitución (El Terno Perú, 2017).

Así por tanto, lo que debe primar en la motivación de los laudos es que de su texto se aprecie una transparencia del quehacer del tribunal arbitral al momento de laudar; es decir, mostrar de la mejor manera la comprensión de los argumentos de las partes, sus pruebas y valoración, así como para efectos de decidir la secuencia del razonamiento lógico jurídico seguido, en atención a la normativa legal aplicada.

3. Criterios de motivación

En consideración de todo lo que hasta aquí hemos expuesto, esbocemos algunos criterios que deben ser considerados dentro de la motivación del laudo y cuyo incumplimiento podría significar su eventual anulación, pero siguiendo la tendencia internacionalmente asumida consistente en que "el estándar de la motivación significa simple y llanamente que: se diga quién gana y por qué gana. Y que quede claro por qué una persona tiene la razón"[6] (Cantuarias y Repetto, 2015, p. 40).

Estos criterios, sin embargo, reiteramos, no son ni deben ser entendidos como la puerta de ingreso a analizar el fondo mismo de la motivación del laudo por parte de los jueces, toda vez que está prohibido por la ley. No obstante, no son pocas las veces que esta débil línea, según algunos, es traspasada bajo la tan utilizada frase de "motivación aparente, insuficiente o defectuosa", extremo que resulta incompatible con la norma legal y la mejor práctica reconocida, que exigen una motivación sin que ella concuerde con el pensamiento de los jueces; pues basta que de la misma se aprecie una respuesta lógica a la pregunta por qué decido en el sentido que se ha efectuado, es decir, una racionalidad en las consideraciones para asumir la decisión.

En ese orden, la motivación de la decisión debe brindar la información necesaria para comprender la lógica de la decisión, tanto en hechos como en derecho, a efectos de que quien la lea perciba, al margen de compartirla o discrepar, que el laudo emitido posee elementos concurrentes fácticos y legales que lo tornan aceptable, de modo tal, que pueda apreciarse a través de esta, la consistencia del razonamiento y, en cierto grado, la capacidad del árbitro al merituar los actuados y aplicar la ley.

En buena cuenta, desde nuestra perspectiva, la motivación del laudo lo torna infranqueable o, por el contrario, vulnerable; confiere certeza en la idoneidad de la decisión o por sus carencias debilidad; resuelve, en definitiva, la controversia o abre las puertas ante sus va-

---

6 Nigel Blackaby y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed. (Oxford University Press, 2015), 161, párrafo 9: "it should be borne in mind by such tribunals that what is needed is an intelligible decision, rather than a legal dissertation. The object should be to keep the reasons for a decision as concise as possible, according to the nature of the dispute. The parties want to read the essential reasoning underlying the decision, not a lesson in the law".

cíos o deficiencias a que las controversias perduren al cuestionarse la formación de la decisión ante la autoridad jurisdiccional ordinaria.

Sobre ello, y aunque referido a la jurisdicción ordinaria, aplicable también a la arbitral, en la que el Estado es parte, Chamorro Bernal (1994) señala que:

> la motivación en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y es múltiple, ya que: 1º Permite el control de la opinión pública cumpliendo así con el requisito de publicidad [diríamos más bien el de transparencia]; 2º Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución; 3º Permite la efectividad de los recursos; 4º Pone de manifiesto la vinculación del juez [árbitro] a la Ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar porqué encajan (p. 205).

Julio Martín Wong (2013) expresa que:

> respecto a la existencia de motivación la Segunda Sala Comercial ha sostenido, citando a Barona Villar y a Couture que "La motivación es necesaria a fin [de] que "el contenido del laudo sea producto de una exégesis racional, y no el fruto de la arbitrariedad; se entiende que la motivación es un deber consistente en la expresión de los motivos o razones que explican la decisión y los argumentos en que se ha basado el Tribunal, constituyendo así una garantía procesal de las partes que les permite conocer las razones por las que sus pretensiones fueron estimadas o desestimadas (p. 163).

El **primer criterio** que se debería expresar en la motivación del laudo es declarar que en el proceso se han respetado las garantías del debido proceso y que no se han producido defectos graves que pudieran cuestionar el cumplimiento del *due process*. De esta manera, de intentarse una anulación por trasgresión de este postulado, se podría advertir que no ha habido hecho o circunstancia que significara grave defecto al mismo.

Un **segundo criterio** conformante de la motivación es que permita apreciar sin atisbo de duda cuál ha sido la razón, lógica o fundamento, la *ratio decidendi*, por el que se ha decidido en un sentido u otro. No se trata aquí, como en otros criterios, de convenir con el tribunal arbitral en su razonamiento o decisión, sino de entender, de una manera satisfactoria, sin necesidad de terceros, el razonamiento seguido para asumir la decisión, aun, reiteramos, no se concuerde con ella.

Un **tercer criterio** está referido a evitar la existencia de un razonamiento respecto del cual la parte perdedora no tuvo ocasión de alegar, esto es, sorprender en la motivación respecto de un elemento de razonamiento que las partes no han tenido ocasión de pronunciarse, y que aparece de manera súbita y condiciona la decisión. Esto, al afectar el derecho de defensa, no hay duda de que constituirá fundamento de anulación del laudo.

Un **cuarto criterio** remite a que, de la lectura del laudo, se aprecie que existen elementos de incongruencia significativos al partir de premisas falsas o desnaturalizadas, ya sea de hechos o de derecho, o modificando o desnaturalizando las pretensiones o introduciendo bajo la aplicación del principio *iura novit curia* sustentos no alegados ni debatidos en el proceso, de modo que a la postre el razonamiento sea ilegítimo. Nótese que no se ingresará al análisis de la decisión, sino exclusivamente a apreciar que la motivación carece de lógica o presenta un razonamiento incoherente.

Un **quinto criterio** alude a que, en la motivación del laudo, se debe expresar que se han evaluado de manera integral las pruebas y alegaciones de las partes, constando que no citar una de ellas no constituye omisión de valoración, sino que esta al igual que las demás aportadas han sido apreciadas de manera integral. Deberá cuidarse sin embargo, más allá de la aplicación del estándar de libre valoración de las pruebas y su apreciación conjunta, que de tratarse de una prueba a la cual una de las partes le ha brindado especial relevancia, por considerarla desde su perspectiva como esencial, en la motivación se deberá consignar y efectuar un criterio valorativo. Esto con la finalidad de que, en efecto, se aprecie que respecto de esta se ha adoptado un criterio formando o no convicción, y se expliquen las razones para determinar ello. De manera análoga, ante la existencia de pericias y contrapericias, se deberá explicitar de la mejor manera los fundamentos por los cuales unas se desechan y otra u otras fundan convicción como soporte de la decisión del laudo.

Tal vez, habrá quienes opinen que es necesario introducir algunos criterios más; pero, en mi entendimiento, estos constituyen los mínimos necesarios para blindar a un laudo, a efectos de que los jueces al momento de revisarlos, y respetando la línea de no ingresar al fondo de la controversia, puedan apreciar si ha existido o no una circunstancia que pudiese afectar la validez del laudo.

Una vez más relevo la importancia del comportamiento de los jueces y el respeto al principio de no introducirse al fondo de la materia controvertida. La ausencia de alguno de los criterios previamente señalados da mérito para emitir pronunciamiento confirmando o anulando el laudo sin ingresar al fondo y siempre en el marco de las causales que puntualmente se señalan en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), en especial en los incisos "b" y "c":

> Artículo 63 Causales de anulación
>
> […]
>
> 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.
>
> c) Que la composición del tribunal o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuviera en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieron apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

En ese orden de ideas, bien podemos clarificar cuándo estamos ante el traspaso de esa línea por parte de la judicatura y, aun a costa de parecer una verdad de Perogrullo, que existe vulneración cuando de manera directa los jueces se pronuncian indicando cuál debe ser el sentido de la decisión en el laudo revisado y que anulan.

Sin embargo, se diría que esas manifestaciones son la excepción. Por lo común, aun cuando existe un desarrollo lógico y coherente en el laudo, la judicatura entiende que es insuficiente, por cuanto el razonamiento debió merecer mayor desarrollo. Por ende, lo califican de insuficiente o aparente, y se anula. Así, desconocen que la carencia de perfección en el desarrollo argumentativo no constituye *per se* sustento de anulación, por cuanto resulta suficiente la motivación basada en los hechos y en derecho, sin requerirse amplitud doctrinaria.

Sobre el particular, cabe traer a colación lo que el Tribunal Constitucional afirma en la Sentencia 1313-2005-HC/TC.FF.JJ.10,11, citada por Daichi Yano y Paula Silva (2023):

> La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma,

> exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión" (p. 127).

Concordamos con los autores que la frase "suficiente justificación" es ambigua y como tal permite asumir determinaciones subjetivas más allá de lo que la normativa faculta.

4. Conclusiones

El arbitraje es una jurisdicción y como tal sujeta al cumplimiento en su desarrollo procesal y en la emisión del laudo de las garantías de la administración de justicia establecidas en la Constitución.

La motivación forma parte del debido proceso y, en principio, no tendría que ser objeto de excepción, aun cuando la Ley de Arbitraje posibilita este pacto.

La motivación debe permitir apreciar de manera transparente y lógica las materias en controversia y los argumentos de las partes sobre estas; la valoración de las pruebas aportadas de una manera integral, cuidando de enfatizar aquellas respecto de las cuales las partes les han brindado mayor relevancia; y el razonamiento congruente fáctico y jurídico seguido para la decisión contenida en el laudo y en la norma aplicable.

El estándar del control del laudo no es el mismo aplicable al de las decisiones judiciales.

La anulación del laudo por control de la motivación no puede significar ingresar al fondo de la decisión respecto de la controversia, o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Los árbitros debemos cuidar que el contenido de los laudos sea siempre acorde con lo actuado en el proceso, pues el laudo es para las partes y ellas demandan un legítimo entendimiento del sustento y de la decisión.

REFERENCIAS

Bullard, A. (2011). Contenido del laudo arbitral. En C. A. Soto y A. Bullard (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* [Tomo I]. Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones (pp. 611- 636)

Cantuarias, F. y Repetto, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigidos por las cortes peruanas. *Revista Ius et Veritas*, (51).

Chamorro, F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Editorial S. A. Bosch.

Código de Justicia Militar Policial. Decreto Legislativo 961. 11 de enero de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación 5734-2013; 27 de mayo de 2014.

Juárez, E. (2019). *Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre [Vol. 72]. Estudio Mario Castillo Freyre; Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. https://castillofreyre.com/libros/volumen-72-teoria-del-arbitraje-y-los-fundamentos-de-su-constitucionalizacion-y-del-control-constitucional/

Decreto Legislativo 1071 [Dirección de Arbitraje del OSCE], Decreto Legislativo que norma el arbitraje. 1 de setiembre de 2008. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf

Montes, S., Olortegui, J., Rivas, G. y Wong J. M. (2023). *Estudio de anulación de laudos 2022*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Palacios, E. (2008). *La motivación de los laudos y el recurso de anulación.* Congreso Internacional de Arbitraje 2007 [Ponencia]. Segunda Parte. Biblioteca de Arbitraje [Vol. 6]. Palestra Editores.

Tejada, A. y Juliani, J. (1 de marzo de 2018). *La anulación de laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)*. Cremades y Asociados. https://www.cremades.com/la-anulacion-de-los-laudos-por-insuficiencia-de-motivacion-arbitrariedad/

Tribunal Constitucional del Perú. Caso Jurisdicción Militar. Sentencia 0023-2003-AI/TC; 9 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. Caso Cantuarias Salaverry. Sentencia 6167-2005-PHC/TC; 28 de febrero de 2006.

Wong, J. M. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*. Jurista Editores.

El Terno Perú. (27 de enero de 2017). *La motivación de las sentencias, ¿debe ser aplicado en los laudos?* [Archivo de video, entrevista a J. M. Wong]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=gkQxgdH0nCA

Yano, D. y Silva, P. (2023). Entre lo justo y lo necesario: la motivación del laudo arbitral. *Forseti, Revista de Derecho, 12*(18).

SECCIÓN IV

PROCESO ARBITRAL

LA DEFENSA DE LOS INTERESES DEL ESTADO Y EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ARBITRALES. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Richard J. Martin Tirado[1]

Resumen

En el presente artículo se analiza la intervención de las Procuradurías Públicas Ad Hoc como parte demandante en procesos de nulidad de cosa juzgada de laudos que han resuelto arbitrajes en los que el Estado ha sido parte y se ha defendido por la procuraduría pública de la entidad respectiva. Al respecto, el autor examina, por un lado, la organización administrativa del Estado, en particular el funcionamiento del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (Sadje) y, por otro lado, la aludida intervención de las Procuradurías Públicas Ad Hoc, teniendo en cuenta que pertenecen al mencionado sistema. En esa línea, el autor estudia si es viable que se puedan interponer demandas de nulidad de cosa juzgada contra laudos arbitrales y cuestiona la legitimidad de las procuradurías Ad hoc para

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Máster en Contratación Pública. Postgrado en Proceso y Arbitraje por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUCP y de diversas facultades de derecho a nivel de pregrado y posgrado. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudio de Regulación. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Ha sido viceministro de Estado, secretario general de diversos ministerios, presidente de entidades públicas, entre otros cargos.

actuar en dichos procesos, ya que la defensa del Estado debe ser coherente y unitaria. Finalmente el autor nos plantea la necesidad de generar un sistema unitario de defensa del estado en los procesos arbitrales y que a través de la procuraduría general del estado se unifique en forma integral la defensa de sus intereses, partiendo de la premisa que el estado es uno solo en los procesos, al margen de que en determinado proceso puedan intervenir en forma acumulada o por sucesión procesal diversas procuradurías.

1. Introducción

Nadie duda de que existe un irrestricto derecho del Estado a cuestionar en sede judicial los alcances de un laudo arbitral emitido en forma irregular en materia de contratación pública. En tal sentido, la defensa del Estado, a través de las procuradurías públicas, constituye un asunto de vital importancia y exige el máximo rigor posible para cautelar en forma adecuada los intereses generales involucrados en una controversia contractual. Sin embargo, es preciso que dicha defensa se efectúe conforme a parámetros constitucionales y sin ninguna clase de privilegios procesales, pues ello desnaturaliza las reglas del debido proceso y el principio de igualdad entre las partes.

En función de la premisa descrita, el presente artículo tiene por objeto efectuar un conjunto de precisiones con respecto a los privilegios que hoy en día se identifican con respecto a la participación de las procuradurías públicas *ad hoc* en calidad de terceros en los procesos de nulidad de cosa juzgada, en los que se pretende cuestionar las decisiones consagradas en laudos arbitrales en los que el Estado ha sido parte de los respectivos procesos de solución de controversias.

Para comprender la legalidad de la interposición de demandas de nulidad de cosa juzgada por la emisión irregular de laudos arbitrales, resulta necesario abordar la problemática desde dos perspectivas. En primer lugar, es fundamental examinar la forma en la que se organizan, desde el punto de vista administrativo, las entidades públicas en la estructura del Estado y, en particular, la organización del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (Sadje). En segundo lugar, se deben analizar las implicancias procesales de la intervención autónoma de las procuradurías públicas *ad hoc* en estos procesos, a

pesar de que también forman parte del Sadje liderado por la Procuraduría General del Estado (PGE).

A partir del estudio de la organización del Estado en la defensa de sus intereses y del análisis de los supuestos previstos en el Código Procesal Civil sobre los procesos de nulidad de cosa juzgada, es posible realizar un diagnóstico que permita determinar si resulta justificado que las procuradurías públicas *ad hoc* actúen como terceros en estos procesos. Esto cobra especial relevancia si se considera que, en muchos casos, las procuradurías públicas de las entidades estatales ya han participado en los respectivos procesos arbitrales en los que se originó la controversia.

Para efectos del presente artículo, nos concentraremos en el análisis del ejercicio de la defensa del Estado en el ámbito del derecho interno, particularmente en el arbitraje vinculado a la contratación pública; ya que es en este contexto donde se han identificado actuaciones contradictorias y desiguales por parte de las procuradurías públicas. Esto no implica postular una desprotección del Estado en los procesos, sino, más bien, establecer reglas claras de equilibrio y optimización en su defensa, garantizando una actuación uniforme y eficaz en la protección de los intereses estatales.

2. El principio de unidad en la actuación del Estado en la defensa de los intereses del estado.

2.1. El sistema administrativo de defensa jurídica del Estado

La defensa de los intereses del Estado encuentra su sustento en los alcances del artículo 47 de la Constitución Política de 1993, el cual a la letra señala lo siguiente: "La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales".

En el año 2008, el Decreto Legislativo 1068 derogó la Ley de la Representación y Defensa del Estado en Juicio y creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado (SDJE) para fortalecer, unificar y modernizar su defensa en los ámbitos judicial, militar, arbitral, constitucional y administrativo, tanto a nivel local como internacional. Este sistema, a cargo de los procuradores públicos, tenía inicialmente como ente rector al Ministerio de Justicia y estaba representado por el presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

En el año 2017, el Decreto Legislativo 1326 derogó el Decreto Legislativo 1068 y reformó el SDJE, al cual reestructuró como Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (Sadje). Esta reforma entró en vigencia en 2019, con la publicación de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 018-2019-JUS.

De acuerdo con su exposición de motivos, la finalidad de la reforma fue fortalecer el sistema para la lucha contra la corrupción. Se creó la PGE como su ente rector con el objetivo de mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de su función de defensa jurídica del Estado. Por ello, se precisó que las normas que emita la PGE son aplicables imperativamente a todas las procuradurías públicas.

A efectos de complementar estas dos últimas normas, se debe tener en cuenta la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), la cual establece disposiciones sobre los alcances de un sistema administrativo del Poder Ejecutivo, como es el caso del Sadje.

La LOPE distingue entre sistemas funcionales y sistemas administrativos. Los sistemas funcionales buscan garantizar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la intervención coordinada de varias entidades estatales, mientras que los sistemas administrativos regulan el uso eficiente y eficaz de los recursos públicos en la administración estatal.

La Administración pública se apoya en estos dos sistemas, los cuales son complementarios y no excluyentes, ya que constituyen el conjunto de normas e instrumentos que orienta las acciones de sus órganos para alcanzar los objetivos del Estado. En términos concretos, los sistemas administrativos dependen en su dimensión orgánica y estructural del Poder Ejecutivo (Martínez, 2015). Los sistemas administrativos están vinculados a las funciones de administración interna, las cuales respaldan el cumplimiento de las funciones sustantivas, como la defensa jurídica del Estado. Su finalidad es optimizar la gestión de recursos en las entidades públicas, promoviendo la eficacia y la eficiencia en su aplicación (Jiménez, 2024).

Así, de acuerdo con el artículo 46[2] de la LOPE y el artículo 7[3] del Decreto Legislativo 1326, la defensa jurídica del Estado se organiza como un sistema administrativo el cual está conformado por la PGE, como ente rector, y las procuradurías públicas. La finalidad como Sadje es ejercer la defensa jurídica del Estado, en salvaguarda de los intereses públicos.

El Decreto Legislativo 1326, conjuntamente con el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones (ROF PGE), define los conceptos de PGE y procuraduría pública. Los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1326 y los artículos 1 y 2 del ROF PGE, indican que la PGE es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de derecho público interno y autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones.

Es ente rector del Sadje, y como tal, la PGE es responsable de regular, supervisar, orientar, articular y dictar lineamientos para la adecuada defensa de los intereses del Estado, función que ejercen los

---

2 **Ley 29158**

Artículo 46.- Sistemas Administrativos

Los Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.

Los Sistemas Administrativos de aplicación nacional están referidos a las siguientes materias:

[...]

9. Defensa Judicial del Estado

[...]

El Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los Sistemas Administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control.

El Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico se rige por la ley de la materia.

En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Esta disposición no afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas.

El Poder Ejecutivo adecúa el funcionamiento de los Sistemas Administrativos al proceso de descentralización.

3 **Decreto Legislativo 1326**

Artículo 7.- Integrantes del Sistema

Forman parte del Sistema:

1. La Procuraduría General del Estado.
2. Las Procuradurías Públicas.

procuradores públicos conforme al artículo 47 de la Constitución Política de 1993. Los sistemas administrativos requieren un órgano que los vigile y supervise, además de que tenga el rol de dirigir su normal desarrollo administrativo. Por ello, dependen de un organismo técnico especializado (Martínez, 2015).

Cabe recordar que, conforme al artículo 33 de la LOPE, un organismo público técnico especializado es aquel creado por excepción, cuando, entre otras razones, es necesario planificar, supervisar, ejecutar o controlar políticas de largo plazo que requieren un alto grado de independencia funcional. Están dirigidos por un Consejo Directivo, coordinan sus objetivos con el sector al que están adscritos, y su política de gasto debe ser aprobada dentro del marco de la política general del Gobierno.

Por otra parte, el artículo 24 del Decreto Legislativo 1326 y el artículo 16 del ROF PGE, señalan que la Procuraduría Pública es un órgano encargado de representar y defender los derechos e intereses del Estado en procedimientos administrativos, así como procesos arbitrales, judiciales, extrajudiciales, fiscales o en sede jurisdiccional extranjera, siempre que exista un derecho o interés estatal que deba ser tutelado.

Según los artículos 24[4] y 25[5] de la LSADJE, las procuradurías

---

4 **Decreto Legislativo 1326**

Artículo 24. Las procuradurías públicas

Las entidades públicas tienen, como órgano de defensa jurídica, una procuraduría pública, conforme a su ley de creación, ubicada en el mayor nivel jerárquico de su estructura. Esta se constituye en el órgano especializado responsable de llevar a cabo la defensa jurídica de los intereses del Estado y se encuentra vinculada administrativa y funcionalmente a la Procuraduría General del Estado, a excepción de las procuradurías públicas del Poder Legislativo y del Poder Judicial, así como las de los organismos constitucionales autónomos, que mantienen autonomía administrativa y funcional para dirigir sus respectivos procesos de selección respecto de la Procuraduría General del Estado.

5 **Decreto Legislativo 1326**

Artículo 25.- Procuradurías Públicas que conforman el Sistema

Las Procuradurías Públicas que conforman el Sistema son las siguientes:

1. Nacionales: Aquellas que ejercen la defensa jurídica de las entidades que forman parte del Gobierno Nacional. Se encuentran comprendidas las siguientes:
   a) Procuradurías Públicas de los Poderes del Estado.
   b) Procuradurías Públicas de Organismos Constitucionales Autónomos.
2. Regionales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de los Gobiernos Regionales. Se encuentran comprendidas las Procuradurías Públicas de los Gobiernos Regionales.

públicas pueden ser de carácter nacional, regional, municipal, especializadas y *ad hoc*. Todas ellas se vinculan funcional y administrativamente a la PGE, salvo las procuradurías del Poder Legislativo, Poder Judicial y organismos constitucionales autónomos, que gozan de autonomía. Al mismo tiempo, las procuradurías públicas también forman parte de la estructura orgánica de las respectivas entidades públicas a las que pertenecen.

Lo anterior implica que las procuradurías públicas tienen una doble vinculación funcional y administrativa: a la PGE y a las entidades públicas a las que pertenecen.

Esta dualidad genera desafíos en el ejercicio práctico de la defensa jurídica del Estado, ya que cada entidad pública, como sujeto de derecho, puede realizar una serie de actuaciones, entre las cuales se encuentra la celebración de contratos sometidos a mecanismos alternativos de solución de controversias, tal como ocurre en el arbitraje en materia de contratación pública.

A pesar de dicha dualidad, debe destacarse que existe una unidad de actuación en la defensa de los intereses públicos. Al estar constituido como un sistema administrativo, se debe asegurar una repre-

---

3. Municipales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de las municipalidades. Se encuentran comprendidas las siguientes:

a) Procuraduría Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
b) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Provinciales.
c) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Distritales.

4. Especializadas: Son aquellas que ejercen una defensa jurídica transversal y exclusiva de los intereses del Estado a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria, siendo las siguientes:

a) Procuraduría Pública Especializada en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas.
b) Procuraduría Pública Especializada en delitos de Terrorismo.
c) Procuraduría Pública Especializada en delitos de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio.
d) Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público.
e) Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción.
f) Procuraduría Pública Especializada en delitos Ambientales.
g) Procuraduría Pública Especializada Supranacional.
h) Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.
i) Las demás que se crean por Decreto Supremo.

5. *Ad Hoc*: Asumen la defensa jurídica del Estado en casos especiales y trascendentes que así lo requieran. Su titular es designado por el/a procurador/a general del Estado, luego de la aprobación del Consejo Directivo. Su funcionamiento es de carácter temporal.

sentación coherente y articulada en los procesos judiciales y arbitrales, promoviendo la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. El sistema administrativo orienta las acciones de las procuradurías públicas para alcanzar un único objetivo de Estado que es procurar la mejor defensa jurídica posible de los intereses públicos.

2.2. La relación entre las nociones de Administración pública y entidades públicas y órganos

La noción de Administración pública en el derecho interno peruano se materializa en dos sentidos (Martín Tirado, 2005):

- **Objetivo.** Constituido por el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa.
- **Subjetivo.** Constituido por aquellos órganos encargados de ejercer la función administrativa.

En el Perú, prevalece la noción objetiva de la Administración pública, entendida como el conjunto de entidades y órganos que ejercen función administrativa, diferenciándose así de las funciones legislativa y judicial. Como parte de la estructura de organización del Estado (Rebollo, 2017), ostenta la capacidad de ejercer potestades administrativas, lo cual le permite crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones, e imponerlas coactivamente cuando sea necesario (Abruña, 2010). Esta capacidad es esencial en su participación en procesos arbitrales, donde las procuradurías públicas actúan en defensa de los intereses del Estado dentro del Sadje.

Asimismo, el Poder Ejecutivo se organiza y estructura bajo un esquema de sectores con un criterio de planificación estatal. Cada sector se define a partir de una determinada actividad económica y cuenta con un ente rector, que corresponde a un ministerio. Sin embargo, sector y ministerio no son términos equivalentes, ya que el sector tiene un alcance más amplio, pues incluye gremios, organismos públicos descentralizados adscritos, empresas públicas, proyectos, programas y otras entidades que intervienen o ejercen injerencia en las actividades del sector (Martín Tirado, 2005).

En la cúspide de los ministerios y los sectores, se encuentra la PCM, que es denominada por el artículo 17[6] de la LOPE como el minis-

6 **Ley 29158**
Artículo 17.- Presidencia del Consejo de Ministros

terio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. No solo ello, también coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y la sociedad civil.

En este esquema, la PGE desempeña un rol central como organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Esto es, la PGE, en su calidad de ente rector del Sadje, se inserta en esta estructura sectorial del Poder Ejecutivo, pero únicamente en virtud de una relación de adscripción garantizando la unidad de criterio en la defensa de los intereses públicos.

Por otro lado, es fundamental diferenciar el concepto de Administración pública del referido a una entidad pública. El término "entidad pública" no tiene un significado uniforme, pues varía dependiendo de la normativa de referencia. La LOPE define a las entidades, independientemente de si tienen o no personalidad jurídica, sin establecer un criterio distintivo entre ellas. Otras normas, como la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Ley de Contrataciones del Estado (también la nueva Ley General de Contratación Pública), la Ley del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República, la Ley del Código de Ética de la Función Pública, la Ley del Servicio Civil[7], más que brindar una definición o concepto unívoco, lo

---

La Presidencia del Consejo de Ministros es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil.

[...]

7 **Ley 30057, Ley del Servicio Civil**

Artículo IV.- Definiciones

a) Entidad Pública: Para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende como entidad pública Tipo A a aquella organización que cuente con personería jurídica de derecho público, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se encuentran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Asimismo, y solo para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se considera como entidad pública Tipo B a aquellos órganos desconcentrados, proyectos, programas o unidades ejecutoras conforme a la Ley 28411 de una entidad pública Tipo A que, conforme a su manual de operaciones o documento equivalente, cumplan los siguientes criterios:

a) Tener competencia para contratar, sancionar y despedir.

b) Contar con una oficina de recursos humanos o la que haga sus veces, un titular, entendiéndose como la máxima autoridad administrativa y/o una alta dirección o la que haga sus veces.

que hacen es aludir a un listado de entidades u órganos que se encuentran sometidos a su respectivo ámbito de aplicación.

El año 2014, el Ministerio de Justicia presentó el anteproyecto de la Ley de Bases de la Administración Pública, en el cual se propuso una definición uniforme de entidad pública con el fin de superar la dispersión conceptual existente. Se trataba de una propuesta normativa ambiciosa que incluía principios y definiciones que buscaban mejorar la eficiencia en la actuación administrativa, a efectos de que esta responda a los intereses generales de la sociedad. En este sentido, se planteó que una entidad pública sea una estructura organizativa del Estado, con o sin personalidad jurídica, que realiza actividades administrativas y se encuentre regida por normas de derecho público, incluyendo organismos públicos, empresas estatales, programas y proyectos. Esta propuesta buscaba dotar de mayor coherencia al marco normativo y facilitar la delimitación de las entidades que conforman la Administración pública (Martín, 2011).

En virtud de lo expuesto, debe quedar claro que la Administración pública constituye el marco general que permite identificar a las entidades públicas y los órganos que ejercen potestades administrativas en representación del Estado. Por su parte, las entidades públicas son partes integrantes de la Administración pública.

Así, la PGE es una entidad pública, ya que constituye una estructura organizativa del Estado con personería jurídica de derecho público, encargada de la dirección y supervisión del Sadje. Como tal, se rige por normas de derecho público. Por su parte, las procuradurías públicas son órganos de defensa jurídica sin personería jurídica propia que tienen una doble vinculación funcional y administrativa a la PGE y a las entidades públicas a las que pertenecen. Están encargadas de representar y defender jurídicamente al Estado en procesos administrativos, judiciales y arbitrales. En cualquier escenario, no debe olvidarse que ejercen potestades administrativas en el marco del Sadje.

---

c) Contar con resolución del titular de la entidad pública a la que pertenece definiéndola como Entidad Tipo B.

Cuando en el presente Reglamento se haga mención expresa a entidades, se entenderá indistintamente a las entidades públicas Tipo A o Tipo B, salvo que se haga mención expresa a alguna de ellas.

Esta definición se aplica exclusivamente para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y no tiene implicancias para aspectos de estructura y organización del Estado ni para otros sistemas administrativos o funcionales.

2.3. La personería jurídica de las entidades y órganos que forman parte del Estado en el marco de la normativa de derecho público

Tal como se ha señalado, en armonía con lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política de 1993, las procuradurías públicas no tienen personería jurídica, pero ejercen potestades administrativas en el marco de un sistema administrativo como es el Sadje.

Desde el punto de vista administrativo, existen diferentes normas que regulan los alcances de la personería jurídica de una entidad o forma organizativa. Los Lineamientos de Organización del Estado señalan lo siguiente:

> **Artículo 30.- Creación de entidades**
>
> [...]
>
> **30.2 Las entidades pueden contar o no con personería jurídica de derecho público. La personería jurídica se asigna por Ley y solo a entidades que ejercen funciones permanentes y que hayan sido calificadas como pliego presupuestal** [énfasis agregado].
>
> 30.3 Las entidades del Poder Ejecutivo que carecen de personería jurídica, tales como los programas, proyectos especiales, fondos, entre otros, pertenecen a un Ministerio o un organismo público. Las entidades que carecen de personería jurídica creadas en el ámbito de los Gobiernos Regionales y Locales forman parte de estos (Decreto Supremo 054-2018-PCM, 2018).

Exposición de motivos del Decreto Supremo 131-2018-PCM

- **Entidades sin personería jurídica: Programas y proyectos especiales**

Con la dación de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE, se ordenan y clasifican los diversos tipos de entidades del Poder Ejecutivo, tanto con personería jurídica (ministerios y organismos públicos), como sin personería jurídica (programas y proyectos especiales). No obstante dicho ordenamiento, mantienen vigencia algunas otras formas organizacionales sin personería jurídica creadas con anterioridad a la LOPE mediante norma con rango de ley. Es por ello que, atendiendo a esta realidad, el artículo 20 de los Lineamientos señala que "*Las demás entidades sin personería jurídica que forman parte de la estructura del Estado y que ejercen potestades administrativas, pueden contar con una estructura funcional*"; y, que el literal b) del artículo 53 establece que el MOP "*Formaliza la estructura funcional de entidades que carecen de personería jurídica, de corresponder*".

Sin embargo, a fin de que tales artículos no sean mal interpretados en el sentido que a la fecha se podrían crear entidades sin personería jurídica, distintas a las reguladas en la LOPE, se propone la derogatoria del artículo 20[9] y del literal b) del artículo 53[10]; así como la modificación del numeral 7.3 del artículo 7 de los Lineamientos que regula la estructura funcional de una entidad sin personería jurídica, de modo tal de precisar que cuando se hace mención a una entidad sin personería jurídica, se trata de programas y proyectos especiales[11]. Asimismo, se propone precisar la naturaleza organizacional de los programas y proyectos especiales los cuales, si bien no cuentan con personería jurídica, son una forma de organización desconcentrada que cuenta con "identidad organizacional", es decir, con una denominación que los distingue de la entidad de la cual dependen, con la capacidad de identificar al conjunto de actividades, bienes y servicios que prestan.

Como puede advertirse, la personería jurídica de derecho público se refiere a la capacidad legal que tienen ciertas entidades u organismos públicos en general para ejercer función administrativa en el ámbito jurídico, siempre que tengan previsto ejercer funciones de carácter permanente y que hayan sido calificadas como pliego presupuestal.

Esta personería jurídica habilita a las entidades públicas para ejercer derechos y asumir obligaciones en nombre del Estado, permitiéndoles celebrar contratos y adquirir bienes, iniciar procesos judiciales o arbitrales, y actuar como parte en ellos, y tomar decisiones en representación del interés público. En este sentido, la personería jurídica les confiere autonomía y personalidad jurídica propia, lo que las faculta para operar como sujetos de derecho, con derechos y responsabilidades similares a los de cualquier persona jurídica de carácter privado.

En el derecho administrativo peruano, se han creado un conjunto de ficciones jurídicas con el propósito de permitir el adecuado funcionamiento de las "entidades públicas". A partir de ello, se puede identificar la existencia de sujetos de derechos con o sin personería jurídica que son calificados como entidades públicas. Desde el punto de vista de la organización administrativa del Estado, la personería jurídica no es un requisito indispensable para que una entidad sea considerada como tal y pueda desempeñar funciones administrativas. En este sentido, una entidad puede

- formar parte de una persona jurídica superior y contar con autonomía funcional dentro de esta, sin necesidad de una personería jurídica propia;
- tener personería jurídica propia, lo que le otorga plena capacidad para actuar en el ámbito jurídico y administrativo de manera independiente.

Lo anterior se expresa en los siguientes términos:

> Una entidad, aunque sea una tautología, es un ente y esto en el Derecho tiene un significado preciso: sujeto con personalidad jurídica. Como acabamos de afirmar, **la Administración Pública ni tiene por qué ser necesariamente en sí misma una persona jurídica no todo organismo que ejerce función administrativa es persona jurídica** [énfasis agregado]. La Administración Pública puede estar personificada o integrada con autonomía en una persona jurídica superior. Sirvan como ejemplos, los organismos que se constituyen como Administración Pública vinculados a los poderes Legislativo, Judicial y al Tribunal Constitucional (Abruña, 2010, p. 99).

Para caracterizar o identificar en forma adecuada a una entidad, especialmente cuando esta no tiene personería jurídica pública, tal como lo señala Abruña, se debe indagar en su modo de obrar y en su posición orgánica en la estructura organizativa.

Como regla general, los ministerios y organismos públicos cuentan con personería jurídica propia, lo que les permite actuar con autonomía en el ámbito legal y administrativo. Sin embargo, los programas, proyectos especiales y unidades ejecutoras no tienen personería jurídica, lo que no significa necesariamente que de plano se encuentren sometidas a un esquema de jerarquía y mando, y que no pueden actuar de manera autónoma en asuntos legales o administrativos, máxime si las relaciones en el marco de la estructura organizativa del Estado son variadas. Los programas, los proyectos especiales[8] y las

8 **Ley Orgánica del Poder Ejecutivo**

Artículo 38.- Programas y Proyectos Especiales

38.1 Los Programas y Proyectos Especiales son creados, en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, en un Ministerio o en un Organismo Público, mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

38.2 Los Programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Sólo por excepción, la creación de un Programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad.

38.3 Los Proyectos Especiales son un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos en un período limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida. Sólo se crean para atender actividades de carácter temporal. Una vez cumplidos los objetivos, sus actividades, en caso de ser necesario, se integran en órganos de línea de una entidad nacional o, por transferencia, a una entidad regional o local, según corresponda.

38.4 Excepcionalmente, la creación de un Programa o un Proyecto Especial implicará la creación de una categoría presupuestal específica.

Decreto Supremo 054-2018-PCM, Lineamientos de organización del Estado

Artículo 17.- Programas

17.1 Un programa es una forma de organización desconcentrada que adopta una entidad para resolver un problema, una situación crítica o implementar una política pública, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenece. No tiene personería jurídica, pero puede contar con identidad organizacional para el cumplimiento de las funciones que determine su norma de creación y para la ejecución de sus procesos conforme se establezca en su Manual de Operaciones.

17.2 Cuenta con ámbito de competencia para adoptar decisiones técnicas vinculadas al seguimiento y evaluación, mejora de procesos, emisión de normas técnicas, entre otras de similar naturaleza.

17.3 Sólo por excepción, cuando se prevé que la misión es de tipo permanente o que la intervención a desarrollar para dar solución al problema o situación crítica es de largo pla-

unidades ejecutoras, al seguir siendo parte de la estructura del Estado, pueden encontrarse subordinados jerárquicamente o también ejercer potestades administrativas bajo la supervisión de la entidad a la que están vinculadas.

En cuanto a las entidades sin personería jurídica, los Lineamientos de Organización del Estado introducen un concepto clave: la identidad organizacional.

> **ANEXO 1 - GLOSARIO DE TÉRMINOS**
>
> **IDENTIDAD ORGANIZACIONAL.-** Es la denominación que distingue a los programas y proyectos especiales de la entidad de la cual depende. Tiene la capacidad de identificar el conjunto de actividades, bienes y servicios de un programa o proyecto especial.

---

zo, la creación de un programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad. Asimismo, excepcionalmente su creación implica la creación de una categoría presupuestal.

17.4 Cuentan con una estructura funcional que se desarrolla en un Manual de Operaciones y se representa mediante un organigrama.

17.5 Los programas bajo el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo y de los Gobiernos Regionales y Locales se extinguen una vez que se han cumplido sus objetivos, finaliza su periodo de vigencia o culmina la necesidad de su continuidad. Dicha extinción se aprueba por norma de igual jerarquía a la norma que determinó su creación. En el caso de la extinción de los programas bajo el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, se requiere la opinión previa de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Artículo 18.- Proyectos especiales

18.1 Un proyecto especial es una forma de organización desconcentrada que se crea para alcanzar uno o varios objetivos en un periodo limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida. No tiene personería jurídica, pero puede contar con identidad organizacional para el cumplimiento de sus funciones que determine su norma de creación y para la ejecución de sus procesos conforme se establezca en su Manual de Operaciones.

18.2 Cuenta con ámbito de competencia delimitado para producir bienes y servicios y ejecuta las normas técnicas dispuestas por la entidad a la que pertenece.

18.3 Solo por excepción, un proyecto especial puede formar parte de un programa o de un órgano de línea de una entidad.

18.4 Cuentan con una estructura funcional que se desarrolla en el Manual de Operaciones y se representa mediante un organigrama.

18.5 Los proyectos especiales bajo el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo y de los Gobiernos Regionales y Locales se extinguen una vez que se han cumplido sus objetivos, finaliza su periodo de vigencia o culmina la necesidad de su continuidad. Dicha extinción se aprueba por norma de igual jerarquía a la norma que determinó su creación. En el caso de la extinción de proyectos especiales bajo el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, se requiere la opinión previa de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Queda claro entonces, que, si bien hay entidades que carecen de personería jurídica propia, al tener una identidad organizacional, pueden ser individualizados plenamente en tanto que tienen funciones específicas y diferenciadas dentro del aparato estatal, lo que permite identificarlas claramente como unidades con objetivos y responsabilidades propias, incluso si dependen de una entidad mayor (como un ministerio) para actuar formalmente en el marco legal.

Dado que su grado de autonomía no es uniforme, es necesario un análisis normativo y fáctico caso por caso para determinar el alcance de su actuación dentro del marco de la Administración pública.

En resumen, la falta de personería jurídica no impide que estas organizaciones sean reconocibles y operen como sujetos de derechos de manera organizada dentro del Estado. La personería jurídica propia no es indispensable para tener la naturaleza jurídica de entidades en el derecho administrativo peruano. La identidad organizacional asegura que, aunque dependan de otra entidad, se pueda distinguir su propósito y sus funciones en el ejercicio de las potestades administrativas.

Los sujetos de derecho que califican como entidades sin personería jurídica, tal como es el caso de los programas, proyectos especiales o unidades ejecutoras, forman parte de un ministerio, organismo público, gobierno regional o local, dependiendo organizativamente de ellos para el ejercicio de sus funciones. Aunque no poseen personalidad jurídica propia, cuentan con identidad organizacional, lo que les permite diferenciarse funcionalmente de la entidad a la que pertenecen.

Por su parte, los sujetos de derecho que califican como entidades con personería jurídica propia tienen la capacidad legal de actuar como sujetos individualizados, lo que les permite adquirir bienes, celebrar contratos, iniciar procesos legales y asumir derechos y obligaciones en representación del Estado. Estas entidades poseen autonomía jurídica y presupuestal, lo que significa que cuentan con personalidad propia para tomar decisiones y cumplir funciones de manera independiente, dentro de los límites legales.

En este marco, debe tenerse presente que las procuradurías públicas son órganos de defensa jurídica que operan dentro de la estructura organizativa de las entidades públicas en las que están insertas. Aunque no cuentan con personería jurídica propia, sí poseen identidad organizacional y autonomía funcional, lo que les permite actuar de manera diferenciada dentro de la estructura organizativa de la en-

tidad pública respectiva. Asimismo, como ya se advirtió antes, también tienen una vinculación administrativa y funcional a la PGE, como ente rector del Sadje. Esta vinculación no implica una subordinación absoluta, sino una coordinación en el ejercicio de sus potestades administrativas, enmarcada en un sistema administrativo integrado de defensa del Estado. En consecuencia, las procuradurías públicas mantienen un equilibrio entre su autonomía funcional y su sujeción a la PGE, asegurando una estrategia jurídica coherente y unificada en la defensa de los intereses públicos, sin comprometer el ejercicio de sus potestades dentro de las entidades a las que pertenecen.

2.4. El ejercicio de la competencia administrativa y la posibilidad de tutelar los intereses del Estado a través de las procuradurías públicas

Un aspecto relevante para el objeto del presente artículo es el referido al ejercicio de la competencia administrativa por parte de las entidades públicas, pues ello se encuentra ligado a la aplicación de otros principios, tales como el de jerarquía, legalidad, organización e integración, con los que se complementa para establecer los límites de sus atribuciones. Para su cabal cumplimiento, es necesario que cada entidad, órgano y organismo de la administración tengan claramente asignadas sus competencias, a fin de no perturbar la unidad y funcionalidad del Estado (Jiménez, 2024).

Para Jiménez (2024), el principio de competencia se manifiesta de tres formas:

- **dimensión orgánica**, que plantea las atribuciones que despliega la competencia corresponden a una entidad u órgano específico que está identificado plenamente y que tiene un marco legal de actuación de nivel institucional.
- **dimensión territorial,** mediante la cual se ejercen competencias en determinada circunscripción geográfica, en cuyo ámbito y por la materia ejerce atribuciones que despliega sus competencias, siendo el caso típico de los gobiernos regionales y municipales.
- **dimensión normativa**, mediante la cual se despliegan atribuciones para el desarrollo de normas en el marco de sus competencias, como el caso de las ordenanzas municipales no importando el nivel de la norma; pues, si no tiene la competencia, será una norma invasiva y, por tanto, antijurídica.

Para el ejercicio de la competencia administrativa, el principio de legalidad es uno de los principios más relevantes que rigen la actividad de la Administración pública[9]. Entre sus funciones, se encuentran la necesidad de imponer límites a la actividad administrativa para evitar la arbitrariedad y dirigir en forma adecuada la actuación de la Administración Pública en tanto que le atribuye potestades, condiciona la validez de su ejercicio y establece objetivos y fines que debe perseguir (Arroyo, 2023).

La competencia administrativa es la facultad atribuida a entidades (incluyendo a órganos y organismos de la Administración pública) para ejercer determinadas funciones dentro de un marco legal previamente establecido. Este principio es esencial para delimitar con precisión las atribuciones de cada entidad, evitando conflictos o superposiciones en el ejercicio de sus funciones. La competencia se complementa, entre otros, con el principio de legalidad que juega un rol crucial, imponiendo límites para prevenir la arbitrariedad y orientando las potestades administrativas hacia los objetivos y fines establecidos por la ley.

A la luz de lo señalado, conforme lo establecido en el artículo 25 del Decreto Legislativo 1326, las procuradurías públicas, como órganos de defensa jurídica del Estado, ejercen sus funciones según criterios de competencia territorial, material y temporal, enmarcados en el Sadje. Su competencia es delimitada por la ley para evitar superposiciones y garantizar la eficacia en la representación de los intereses estatales, conforme al principio de legalidad que rige la actividad administrativa.

En cuanto al criterio territorial, las procuradurías públicas pueden ser nacionales, regionales o municipales, dependiendo del ámbito en el que ejercen su competencia. Las procuradurías nacionales

9 Se entiende como entidades de la Administración pública, de acuerdo con el artículo I del "Título preliminar" del TUO de la Ley 27444, 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

representan a las entidades del Gobierno nacional, incluyendo los poderes del Estado y los organismos constitucionales autónomos. Las procuradurías regionales ejercen la defensa jurídica de los gobiernos regionales, mientras que las procuradurías municipales actúan en favor de las municipalidades, ya sean distritales, provinciales o metropolitanas.

Por otro lado, bajo el criterio material, existen procuradurías públicas especializadas, cuya competencia no se circunscribe a un ámbito territorial específico, sino a la defensa transversal de los intereses del Estado en materias de alta lesividad o relevancia nacional e internacional. Estas procuradurías incluyen aquellas especializadas en delitos como corrupción, lavado de activos, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, así como en materias ambientales, constitucionales y supranacionales.

Adicionalmente, bajo un criterio temporal y material, existen las procuradurías públicas *ad hoc* que asumen la defensa del Estado en casos especiales y trascendentes, por lo cual son de carácter temporal.

La distribución de competencias debe garantizar que la actuación de las procuradurías públicas se realice dentro de un marco normativo claramente delimitado, en armonía con la estructura organizativa del Estado y el principio de unidad en la defensa de los intereses estatales, promoviendo la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. No debe perderse de vista que el ejercicio de sus potestades administrativas se realiza en el marco del Sadje, que, como sistema administrativo, articula y orienta sus acciones para garantizar una defensa jurídica coherente y efectiva, evitando la dispersión de esfuerzos en la defensa de los intereses del Estado.

2.5. El concepto de adscripción en el derecho administrativo y su vínculo con la actuación de las procuradurías públicas en la defensa de los intereses del Estado

En el Perú, el marco normativo vigente ha establecido las siguientes definiciones sobre una técnica de organización administrativa, tal como es el caso de la adscripción. Sobre el particular, los Lineamientos de Organización del Estado han señalado lo siguiente:

> **Artículo 36.- Adscripción**
>
> 36.1 Es un mecanismo de reforma de la estructura del Estado por el cual **se asigna y vincula un Organismo público a un Ministerio en particular** [énfasis agregado].

> 36.2 **Establece una relación organizacional sectorial y un alineamiento de las políticas públicas, planes y objetivos estratégicos de entidades con competencias y funciones afines y complementarias** [énfasis agregado], facilitando su coordinación. Solo es aplicable para el caso de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.

En la misma línea, la Directiva para cambiar de adscripción un organismo público de un sector a otro[10] ha definido este mecanismo como:

> **Artículo 5.- Definición de adscripción**
>
> La adscripción es el **acto de asignar y vincular un organismo público con personería jurídica de derecho público a un sector en particular**. **Establece una relación organizacional sectorial y un alineamiento de las políticas públicas, planes y objetivos estratégicos de entidades con competencias y funciones afines y complementarias, facilitando su coordinación** [énfasis agregado].

Por otra parte, si bien no ha sido aprobado aún en el país, también debe tenerse como referencia el Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública.

> **Alcances y contenido de la definición de adscripción**
>
> El concepto de adscripción previsto en la Ley tiene como antecedente directo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Art. 2 de la LOPE) que hace referencia a este concepto, aunque sin definirlo cuando señala que "todas las entidades públicas del Poder Ejecutivo se encuentran adscritas a un Ministerio o a la Presidencia del Consejo de Ministros".
>
> **La adscripción en estos términos es un concepto funcional que determina la sujeción a las políticas, planes y objetivos de la entidad pública o sector correspondiente y, por otro lado, sirve para hacer efectiva la responsabilidad política del titular del sector por los actos de los órganos administrativos u organismos públicos adscritos a una entidad pública** [**énfasis** agregado].
>
> Sobre la base de esta concepción, **la Ley define adscripción como "la relación jurídica organizacional que vincula a un organismo público a una entidad pública o sector. Adicionalmente, la Ley también ha previsto los casos en los cuales pueden existir órganos administrativos que no pertenecen o forman parte de la estructura interna de un organismo público o entidad pública, sino que se adscriben a este para que puedan**

10 Resolución Ministerial 076-2016-PCM, que aprueba la Directiva 001-2016-PCM-SGP para cambiar de adscripción un organismo público de un sector a otro.

> **brindarle el soporte que necesitan para ejecutar sus funciones** [**énfasis** agregado].
>
> Los casos descritos en el Numeral 2 del Artículo I del Título Preliminar de la Ley, sobre Proyectos, Programas y Comisiones, son supuestos de adscripción de órganos administrativos a entidades u organismos públicos. **Su utilidad viene dada porque determina la sujeción a las políticas, planes y objetivos de la entidad pública y el Sector correspondiente**[11] [**é**nfasis agregado].

A partir del marco normativo vigente en el país y del anteproyecto citado, se desprende que la adscripción es un mecanismo de reforma de la estructura del Estado, el cual tiene como fin asignar y vincular una entidad, órgano u otra forma organizativa a un sector o ámbito de la Administración Pública. Este vínculo jurídico organizativo implica que el ente adscrito queda sujeto a la dirección, a la coordinación y al control del sector al que ha sido adscrito, sin perder su personalidad jurídica propia. Debe quedar claro que pueden quedar adscritos ya sean estructuras organizativas con y sin personería jurídica.

La adscripción implica que la entidad, el órgano u otra forma organizativa tiene una vinculación administrativa y funcionalmente del sector o ámbito de la Administración pública al que se le asigna, lo que permite una mejor supervisión, control y alineación de sus actividades con las prioridades y estrategias del ministerio. Debe precisarse que la adscripción no significa que el organismo adscrito se convierta en parte de la estructura interna del organismo público o de la entidad pública a la que se adscribe.

La adscripción tiene como objetivo mejorar la eficiencia y la coordinación de las políticas públicas, y es utilizado como parte de procesos de reestructuración y modernización del Estado, con el fin de optimizar la organización y el funcionamiento de la Administración pública.

A efectos de ofrecer una perspectiva más amplia de lo que significa la adscripción, Jiménez (2024) nos señala que "debemos entender a una entidad como un concepto amplio que comprende diversos componentes como organismos, órgano administrativo y la adscripción" (p. 9). Luego, puntualiza que la adscripción implica una relación jurídica de dependencia organizacional y, por ende, sujeta a otra entidad

11 Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública, p. 13.

pública o del sector correspondiente respecto a las políticas, a los planes y a los objetivos de la entidad pública y del sector.

Vale la pena precisar que la adscripción no es lo mismo que la jerarquía administrativa. Ciertamente, en el ejercicio de las funciones administrativas, jerarquía significa que hay un órgano o entidad que tiene autoridad sobre otro, siguiendo una estructura organizada y unificada. Por ejemplo, un jefe emite órdenes y los subordinados las cumplen. En cambio, la adscripción no implica esa relación jerarquizada de mando. En lugar de ser una relación de autoridad directa, la adscripción es más como un vínculo de alineamiento a las directrices generales, para lo cual se recurre a la supervisión o coordinación, pero no a la subordinación en los términos previamente señalados. Por ejemplo, un ministerio puede estar relacionado con otras entidades adscritas a él, pero estas entidades no están necesariamente bajo su mando directo; funcionan de manera más autónoma, aunque dentro del marco general del sector administrativo al que pertenecen.

Para Rincón (2018), la adscripción implica que, por mandato legal, se establece un nexo jurídico entre los organismos cabeza de sector y los demás organismos o entidades, lo cual denota la superioridad de los primeros respecto de los segundos. Dicho nexo generalmente se identifica con las expresiones "adscrito" o "vinculado". Sin embargo, dicha superioridad no implica que el organismo cabeza sustituya las decisiones de la entidad adscrita, puesto que ello desnaturalizaría y convertiría en inoperantes a figuras jurídicas como la descentralización o la competencia administrativa (Rincón, 2018).

Este autor realiza una distinción entre las relaciones intraorgánicas (referidas al ámbito interno de una entidad u organismo) y las relaciones extraorgánicas (entre dos o más entidades u organismos). En el mismo sentido, Carbonell sostiene que la relación jurídica que se entabla entre dos Administraciones públicas son las denominadas relaciones interadministrativas o intersubjetivas, que son muy dispares y dependen de factores diversos. Por su parte, las relaciones a la interna de una persona jurídico-pública en la que pueden existir diversas estructuras organizativas son las denominadas relaciones intrasubjetivas o interorgánicas (Carbonell, 2017).

Estas últimas se rigen, entre otros, por los principios de jerarquía y de competencia. El de jerarquía, como ya se ha adelantado *supra*, implica que los órganos o unidades de una misma administración se

ordenan escalonadamente como si fuera una pirámide, y en el cual uno ocupa la cúspide y existe una pluralidad de inferiores. Dicha estructura busca asegurar que la voluntad de la persona jurídica sea la misma, y se otorgue una racionalidad y coherencia en la actuación administrativa. Así, los órganos superiores pueden dirigir la actividad de los jerárquicamente inferiores y, entre otras cosas, dar órdenes de obligada observancia (Carbonell, 2017).

En esta línea de argumentación, se advierten líneas jerárquicas que estructuran los órganos según su función dentro de una misma materia, y el grado jerárquico, en mérito del cual se indica el lugar que ocupan en esa organización. Las líneas jerárquicas son la sucesión ordenada de distintos órganos de Administración unidos por la identidad de la materia, pero diferenciados por la competencia que tienen en esta materia coincidente. En razón de esta diferente competencia, ocupan un grado jerárquico u orden superior o inferior. Por consiguiente, el grado jerárquico es la situación o posición de cada órgano en una línea jerárquica (Dromi, como se citó en Martín, 2021).

Hay dos condiciones que son necesarias para que pueda hablarse de jerarquía: primero, la existencia de una pluralidad de órganos con competencia material coincidente y escalonados por razón del nivel en la estructura organizativa y, segundo, la garantía a través de un conjunto de poderes que hagan prevalecer la voluntad del órgano del grado superior sobre el inferior, de modo que aquel pueda en cualquier asunto dirigir y sustituir la actividad del inferior, así como modificar y anular sus decisiones (Parada, 2010).

El principio de competencia se encuentra referido al conjunto de funciones, atribuciones o potestades que corresponden a los órganos administrativos. La competencia es el presupuesto necesario para que un órgano pueda ejercer función administrativa; por ello, se dice que la competencia es la medida de la potestad del órgano administrativo. Naturalmente, las actuaciones de las entidades sin competencia conllevan a la invalidez de los actos administrativos que se emitan (Carbonell, 2017).

En otras palabras, la competencia no es otra cosa que la función o conjunto de funciones adjudicadas a los distintos órganos de la Administración pública, cuya distribución está influenciada por las preocupaciones de eficacia y de racionalidad material (Martín Mateo, 2005). La distribución de la competencia se realiza normativamente (en dis-

posiciones constitucionales, legales y reglamentarias) y utiliza, para su concreción, un conjunto de coordenadas de carácter material, funcional y territorial. Desde el punto de vista material, nos referimos a los sectores susceptibles de intervención administrativa, a veces de difícil deslinde entre sí, ya que la realidad no está parcelada en compartimentos estancos y admite diferentes niveles de identificación (pesca, agricultura, propiedad intelectual, por ejemplo) (Caballero, 2023).

A la luz de lo señalado, el concepto de adscripción se sitúa en el ámbito de las relaciones extraorgánicas, puesto que se presenta cuando hay interacción entre distintas entidades u organismos, pero que pertenecen a un mismo sector administrativo. Esto es, existe una vinculación entre una entidad cabeza de un sector (ministerio) que posee la dirección administrativa, en el sentido de que tiene la capacidad de fijar las directrices, los objetivos y las instrucciones generales para que las entidades adscritas a esta actúen de conformidad y así se cumpla con la correcta protección y gestión de un interés o bien jurídico determinado que tutela el sector específico (Rincón, 2018).

A propósito de la relación de adscripción entre un ministerio (organismo que posee la dirección administrativa de un determinado sector) y las entidades adscritas al mismo, Martín (2011) ha establecido claras diferencias entre lo que es un sector y un ministerio. El concepto de sector se refiere a la organización de las actividades económicas del Poder Ejecutivo según un criterio de planificación estatal. Está constituido por un ministerio como ente rector, así como por organismos públicos, empresas públicas, proyectos, programas, entre otros, relacionados a dicha actividad sectorial. Dentro del ministerio, los ministros tienen la función de dirección política de su respectivo sector, siendo responsables de la gestión de los asuntos propios de este. Los ministerios se organizan en función de la normativa aplicable a los sectores, pudiendo existir tantos como sectores. Cada ministerio cumple tanto funciones de administración interna (organización propia) como funciones de línea o externas (dirección y gestión del sector) (Martín, 2011).

Las entidades u otras formas de organización que hacen parte de un determinado sector pueden o no estar dotadas de personalidad jurídica de derecho público. Como regla general, las que poseen personería jurídica ejercen las funciones bajo su competencia con cierto nivel de autonomía respecto al ministerio que es el ente rector del sec-

tor[12]. Estas entidades tienen autonomía funcional, técnica, económica y financiera, pero se vinculan a un ministerio mediante una relación de adscripción (que es una forma de tutela administrativa), no de jerarquía (Martín, 2011).

La relación de tutela ha sido desarrollada con mayor amplitud en el ordenamiento jurídico español y se refiere a una de las técnicas o instrumentos complementarios a la jerarquía de la organización. En el derecho de las organizaciones administrativas, se entiende por tutela a la técnica utilizada para modular las relaciones entre dos entes, uno de los cuales es el Estado representado por uno de sus órganos y que vela por intereses más generales, y el otro es el que se adscribe a este. La tutela se diferencia de la jerarquía en que no existen aquí en estricto relaciones de subordinación, no implica deber de obediencia. El ámbito de la tutela es limitado al cumplimiento de los intereses generales previstos en las normas (Martín Mateo, 2005). En la jerarquía, en cambio, los órganos de nivel superior mandan sobre los de inferior, cuya actividad dirigen y controlan para coordinar hacia un determinado fin la actividad del conjunto (Parada, 2010).

La adscripción de una entidad estatal a un sector determinado tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de las funciones de la entidad, siempre que se ajusten a los lineamientos y directrices definidos por el ministerio correspondiente. Por su parte, el sector es responsable de realizar acciones como la aprobación del presupuesto e instrumentos de gestión de la entidad, la planificación y la ejecución de sus tareas habituales, y la realización de proyectos de carácter institucional (Martín, 2011).

---

12 **Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.**
Artículo 28.- Naturaleza

Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional.

Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

En ambos casos, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerdan por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Los Reglamentos de Organización y Funciones respectivos se aprueban por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

En suma, la adscripción, en el marco del ordenamiento jurídico peruano, es una relación jurídica organizacional que vincula a una entidad u otra forma organizacional con un sector o ministerio, sin afectar su personalidad jurídica; y, de ser el caso, su autonomía funcional ni los recursos presupuestales asignados. Este mecanismo únicamente tiene como objetivo alinear políticas, planes y estrategias entre entidades con competencias afines, facilitando la coordinación y mejorando la eficacia en la gestión pública en beneficio de la ciudadanía.

La PGE, como organismo público técnico especializado, se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, lo cual implica solamente una vinculación sectorial con este ministerio. Sin embargo, esta relación de adscripción no supone una jerarquía directa sobre la PGE, sino más bien un alineamiento con las políticas del sector justicia en lo que respecta a la defensa jurídica del Estado. La adscripción permite que el Ministerio supervise y coordine la actuación de la PGE dentro del marco de planificación estatal, sin afectar su autonomía funcional, técnica, económica y administrativa.

En cuanto a la relación entre la PGE y las procuradurías públicas, no se trata de una adscripción en sentido estricto ni de una relación de jerarquía tradicional. La normativa ha definido esta relación como una vinculación administrativa y funcional, lo que significa que, si bien las procuradurías públicas conservan cierta autonomía en el ejercicio de sus funciones, deben cumplir con los lineamientos, las directivas y las normativas emitidas por la PGE en su calidad de ente rector del Sadje. En ese sentido, aunque no hay una subordinación jerárquica en términos operativos, sí existe un deber de sujeción a las disposiciones de la PGE, lo que refuerza la unidad y la coherencia en la defensa de los intereses estatales.

La relación entre las procuradurías públicas y las entidades públicas en las que se insertan no se configura como una de adscripción ni una relación de jerarquía. A diferencia de las entidades adscritas a un sector o ministerio, las procuradurías públicas no dependen jerárquicamente de la entidad a la que pertenecen en términos de dirección funcional. Su autonomía en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado es una característica fundamental que garantiza que su actuación no se vea condicionada por los intereses administrativos de la entidad en la que operan.

En términos de estructura organizativa, conforme lo prescribe el artículo 24 del Decreto Legislativo 1326, las procuradurías públicas están ubicadas en el mayor nivel jerárquico dentro de la entidad pública en la que se insertan, lo que refuerza su independencia operativa. Esta posición les permite ejercer su función con autonomía funcional, evitando interferencias en la toma de decisiones que comprometan la defensa de los intereses del Estado.

Adicionalmente, cabe hacer mención a algunas procuradurías públicas especializadas que, normativamente[13], sí están adscritas a ministerios específicos, como es el caso de la Procuraduría Pública Especializada Contra el Crimen Organizado, que está adscrita al Ministerio del Interior, o la Procuraduría Pública Especializada en Materia Hacendaria, adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas. A pesar de esta adscripción, no debe olvidarse que dichas procuradurías también se encuentran dentro del Sadje, lo que significa que también deben actuar bajo los lineamientos generales de la PGE, asegurando una estrategia coordinada en la defensa de los intereses del Estado.

2.6. La necesaria unidad de actuación del sistema administrativo de defensa del Estado a través de las procuradurías públicas

A la luz de lo expuesto, la PGE y las procuradurías públicas deben actuar bajo un enfoque unitario en la tutela de los intereses del Estado, dado que forman parte del Sadje. Esta unidad de actuación no es solo un principio organizativo, sino una necesidad funcional que

---

13 **Reglamento del Decreto Legislativo 1326**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
Décimo Cuarta. - Procuradurías Públicas Especializadas creadas en la presente norma
A partir de la entrada en vigencia de la presente norma, las Procuradurías Públicas Especializadas recientemente creadas, se adscriben a los siguientes ministerios según corresponda:

1. Procuraduría Pública Especializada Contra el Crimen Organizado, adscrita al Ministerio del Interior.
2. Procuraduría Pública Especializada en Materia Hacendaria, adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas.
3. Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
4. Procuraduría Pública Especializada en Procesos de Extinción de Dominio, adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Entran en función a partir de la designación del procurador/a público/a respectivo y son incorporadas y transferidas a la Procuraduría General del Estado conforme al plan de implementación que dicha entidad apruebe.

garantiza la eficiencia, la coherencia y la uniformidad en la representación y la defensa del Estado en todos los procesos judiciales y arbitrales en los que sea parte.

El Sadje, como sistema administrativo, tiene el propósito de unificar, articular y optimizar la gestión de la defensa jurídica del Estado. Si bien las procuradurías públicas pueden estar vinculadas a diferentes entidades públicas y ministerios según su competencia, ello no implica que la defensa del Estado deba fragmentarse o responder a intereses sectoriales. La PGE, en su rol de ente rector, tiene la responsabilidad de establecer directrices generales, articular estrategias jurídicas y supervisar la actuación de las procuradurías para evitar contradicciones o dispersión en la defensa estatal.

La unidad de actuación se justifica no solo en la necesidad de proteger los intereses estatales, sino también en la obligación de garantizar la eficacia y la eficiencia en la defensa jurídica, evitando actuaciones aisladas o contradictorias que puedan comprometer la posición del Estado. A pesar de las diversas relaciones organizativas que pueden existir entre las procuradurías públicas y los ministerios o entidades a las que se encuentran vinculadas, debe entenderse que la defensa jurídica del Estado es un conjunto integrado, donde cada procuraduría actúa dentro de un marco de coordinación y alineamiento con los objetivos del Sadje.

Tal situación no solo fortalece la defensa estatal en los litigios en los que se vea involucrado, sino que también contribuye a la correcta gestión de los recursos públicos, tal como es propio de un sistema administrativo definido por la LOPE, consolidando así un modelo de defensa estructurado y eficiente en beneficio del Estado y de la ciudadanía.

3. La unidad en la actuación como supuesto habilitante para el ejercicio de la defensa de los intereses del estado en los procesos de control judicial por la emisión irregular de laudos arbitrales

La unidad en la actuación de las procuradurías públicas también debe trasladarse a la legitimidad procesal en la tutela de los intereses del Estado en los procesos judiciales y arbitrales en los que este sea parte. Su intervención se justifica en la necesidad de proteger y defender los intereses estatales, tanto durante el desarrollo

del proceso arbitral como en la etapa de control jurisdiccional de los laudos arbitrales, cuando el resultado de dichos fallos pueda afectar al Estado.

Para proceder a la revisión de un laudo arbitral en sede judicial existen una serie de supuestos que habilitan su procedencia, uno de los cuales es la legitimidad para obrar de las entidades demandantes a través de sus procuradurías públicas, las cuales sustentan su intervención en la tutela de los intereses estatales cuando el resultado del arbitraje pueda ser lesivo para el Estado.

En esta parte del trabajo, se efectuarán una serie de comentarios con respecto a los instrumentos de control judicial que pueden ser materia de aplicación por parte de las procuradurías públicas con respecto a las decisiones emitidas a través de laudos arbitrales.

Es un grave error equiparar los efectos de un laudo arbitral con los de una sentencia judicial que goza de la autoridad de cosa juzgada. Si bien el artículo 59.2 de la Ley de Arbitraje establece que el laudo produce efectos de cosa juzgada, esta disposición debe entenderse en el marco de la autonomía del arbitraje y no como una asimilación absoluta a las decisiones judiciales. Ello se justifica en razón de que el proceso de justicia ordinaria y el proceso arbitral responden a lógicas distintas.

En el ámbito judicial, la cosa juzgada es un principio esencial que garantiza la seguridad jurídica de las decisiones emitidas por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional. En cambio, el arbitraje, aunque reconocido constitucional y legalmente, es un mecanismo alternativo de solución de controversias basado en la voluntad de las partes, lo que implica que su regulación y sus efectos no pueden ser idénticos a los del sistema judicial.

A partir del error señalado, se ha advertido que las procuradurías públicas *ad hoc* invocan los alcances del artículo 178 del Código Procesal Civil, el cual regula la nulidad de cosa juzgada de una sentencia por causales de fraude o colusión que afectaron el debido proceso, para solicitar la nulidad de laudos arbitrales. Sin embargo, la lectura adecuada del referido precepto normativo nos obliga a efectuar una serie de precisiones con respecto a su aplicación para el caso del control judicial de los laudos arbitrales. Ello se refleja en el tenor literal del artículo 178 del Código Procesal Civil:

Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.-

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal.

Según el punto de vista de las procuradurías públicas *ad hoc*, el fraude o colusión procesal se puede configurar al interior del proceso. Se afirma, igualmente, que el fraude o colusión se puede manifestar con el uso del proceso como un mecanismo para estos fines.

En el presente trabajo, buscamos advertir que la utilización de la nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión equiparable al caso de sentencias, para cuestionar laudos arbitrales adversos al Estado, puede llevar a una desnaturalización del arbitraje y a un uso indebido de los mecanismos de control judicial, generando un efecto contrario al principio de seguridad jurídica que debería regir en toda controversia resuelta mediante este sistema. El Estado, mediante sus procuradurías públicas *ad hoc*, debe ser particularmente cuidadoso en su actuación procesal, evitando instrumentalizar esta vía como un recurso encubierto de impugnación, lo que podría vulnerar el equilibrio entre las partes y afectar la confianza en el arbitraje como mecanismo legítimo de solución de controversias.

3.1. La tesis de las procuradurías públicas ad hoc con respecto al cuestionamiento de laudos arbitrales y la afectación de la cosa juzgada

En función del carácter jurisdiccional del arbitraje, se sostiene que la validez de los laudos arbitrales en sede judicial debe ser cuestionada bajo los mismos criterios aplicables a los procesos judiciales, tal como si se estuviéramos ante el caso de sentencias judiciales. Sobre esta base, en los últimos años, se han creado diversas procuradurías públicas *ad hoc*, que, como parte del Sadje, han promovido la tesis de que los laudos arbitrales deben recibir el mismo tratamiento que las sentencias judiciales en lo que respecta a su firmeza y a sus efectos de cosa juzgada.

Se argumenta que, dado que el arbitraje es un proceso jurisdiccional, no existiría impedimento para aplicar los mismos mecanismos de impugnación previstos en el Código Procesal Civil para cuestionar sentencias judiciales firmes. Sin embargo, esta tesis se plantea incluso fuera de los plazos procesales establecidos, lo que supone una interpretación extensiva y sobreviniente del control judicial de los laudos arbitrales.

Además, se afirma que los mecanismos previstos en la Ley de Arbitraje, como los pedidos de rectificación, interpretación, integración o exclusión, no serían adecuados para cuestionar la validez de un laudo arbitral, ya que su función se limita a aclarar o corregir ciertos aspectos del laudo y no a impugnar su contenido. Con base en esta idea, se sostiene que dichos mecanismos no garantizan una defensa efectiva del Estado y, por tanto, resultan insuficientes para cuestionar la validez del laudo.

En el mismo sentido, también se desestima la vía del recurso de anulación, prevista en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, argumentando que sus causales son taxativas y que no contemplan la nulidad de cosa juzgada por actos de fraude o colusión, ni la posibilidad de impugnar el laudo por vicios procesales o por la afectación del debido proceso, como sí lo hace el artículo 178 del Código Procesal Civil.

Para justificar la falta de interposición de los mecanismos impugnatorios dentro de los plazos legales, las procuradurías públicas *ad hoc* alegan que el plazo de veinte días para interponer el recurso de anulación es insuficiente para detectar irregularidades en el proceso arbitral. En consecuencia, se argumenta que la defensa del Estado se

vería imposibilitada de actuar a tiempo, lo que, según esta postura, justificaría la utilización de la nulidad de cosa juzgada como la única alternativa viable para cuestionar un laudo arbitral que haya vulnerado el debido proceso.

A partir de esta argumentación, se sostiene que los supuestos del artículo 178 del Código Procesal Civil serían plenamente aplicables para impugnar la cosa juzgada derivada de un laudo arbitral, dado que dicho laudo es equiparable a una sentencia jurisdiccional. No obstante, más adelante, se analizará críticamente esta premisa, pues existen diferencias sustanciales entre un laudo arbitral y una sentencia judicial, tanto en su naturaleza como en sus efectos jurídicos.

3.2. La tesis de las procuradurías públicas ad hoc con respecto al cumplimiento del plazo para la interposición de demandas de nulidad de cosa juzgada

Las procuradurías públicas *ad hoc* sostienen que la interposición de una demanda de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión de un laudo arbitral es compatible con los requisitos establecidos en el artículo 178 del Código Procesal Civil.

En lo que se refiere al cumplimiento del plazo para la interposición de la demanda, se afirma lo siguiente:

- El artículo 178 del Código Procesal Civil establece dos requisitos para su presentación: (i) el cumplimiento de un plazo y (ii) la demostración de fraude o colusión que haya afectado gravemente el derecho al debido proceso por cualquiera de las partes o por estas y el juez.
- La demanda de nulidad por cosa juzgada fraudulenta debe interponerse dentro del plazo de seis meses contados desde la ejecución de la sentencia o, si esta no fuera ejecutable, desde que adquirió la autoridad de cosa juzgada. En ese sentido, se sostiene que, si el cuestionamiento recae sobre un laudo que es ejecutable, resulta procedente la interposición de dicha demanda conforme a lo previsto en el artículo 178 del Código Procesal Civil, pues aún no se habría empezado a contabilizar el inicio del plazo legal para su presentación.
- Se afirma que el plazo de seis meses para interponer la demanda de nulidad por cosa juzgada fraudulenta es uno de caducidad y que ello implicaría, en aplicación del artículo

2004 del Código Civil, que se tome en cuenta que los plazos de caducidad son fijados por ley, sin admitir pacto en contrario. Complementariamente, se invoca el inciso 8 del artículo 1994 del Código Civil, según el cual la caducidad se suspende mientras sea imposible ejercer el derecho ante un tribunal peruano.

- Bajo la premisa anterior, se argumenta que, en el caso de un laudo arbitral impugnado por causa de fraude o colusión, el Estado peruano se habría encontrado impedido de accionar judicialmente, pues dado que la procuraduría pública *ad hoc* no tomó conocimiento de los actos de fraude o colusión, era materialmente imposible que se pudiera reclamar dicha pretensión ante un tribunal peruano, lo que justificaría la suspensión del plazo y, por ende, la admisibilidad de la demanda. En tal sentido, el plazo de caducidad no habría transcurrido.
- Existirían problemas para computar el plazo a partir del cual se computan los seis meses establecidos en el artículo 178 del Código Procesal Civil. Según esta postura, dicho plazo se contabilizaría recién a partir de la fecha en la que las procuradurías públicas *ad hoc* conocen de los actos de fraude o colusión.
- En lo que se refiere al fraude y colusión en el desarrollo de un proceso arbitral, se plantea que la interposición de una demanda de nulidad de cosa juzgada se sustenta en la fecha de identificación de un pacto colusorio o fraudulento al que se remitiría el artículo 178 del Código Procesal Civil.

Por las razones expuestas, las procuradurías públicas *ad hoc* sostienen que, aun cuando hubiesen transcurrido varios años, no existe problema para interponer demandas de nulidad de cosa juzgada contra laudos arbitrales en el plazo de seis meses, previsto en el artículo 178 del Código Procesal Civil.

3.3. La calificación de las procuradurías públicas *ad hoc* como terceros, a pesar de la existencia de un sistema unitario de defensa jurídica del Estado

A fin de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 178 del Código Procesal Civil, en los últimos años y como consecuencia de la nueva estructura de organización de la PGE, se ha introducido una

sutil separación entre las denominadas procuradurías públicas *ad hoc* y las procuradurías públicas que, originalmente, formaban parte de la estructura de defensa de los intereses de las entidades y que participaban en las controversias vinculadas a los procesos arbitrales en materia de contratación pública.

Las procuradurías *ad hoc* asumen la defensa jurídica del Estado en casos especiales y trascendentes que así lo requieran. Su titular es designado directamente por el procurador/a general del Estado y su funcionamiento es temporal, limitado a la duración del caso específico. Los procuradores públicos *ad hoc* tienen competencia a nivel nacional.

En función de ello, e inclusive en forma sobreviniente a las controversias en las que se habría emitido un laudo arbitral en forma definitiva, y aún en los supuestos de utilización de los propios mecanismos de anulación de laudos previstos en la Ley de Arbitraje, las procuradurías públicas *ad hoc*, se han atribuido la legitimidad activa para obrar en calidad de terceros.

Las procuradurías públicas *ad hoc* invocan la calidad de terceros y justifican la interposición de demandas de nulidad de cosa juzgada ante los juzgados civiles sosteniendo que son ajenas a las actuaciones originales de las respectivas procuradurías públicas; no obstante, que conforme a lo establecido en el artículo 178 del Código Procesal Civil, solo se tiene un plazo de seis meses para interponer demandas de nulidad de cosa juzgada.

De acuerdo a las reglas de organización administrativa del Estado que se han expuesto en la parte inicial del presente trabajo, no resulta admisible que se pueda aislar la participación de las procuradurías públicas *ad hoc* del régimen de los sistemas administrativos del Estado. No es posible calificar la actuación de estas procuradurías como equivalentes a las de un tercero si, al mismo tiempo, forman parte del sistema administrativo de defensa de los intereses del Estado.

No obstante lo señalado, se ha realizado una diferenciación para sostener que cada procuraduría pública actúa en defensa de los intereses de la entidad pública a la que pertenece, mientras que la procuraduría *ad hoc* representa los intereses del Estado. Sin embargo, esta afirmación desconoce que, si bien es cierto que las procuradurías públicas deben velar por los intereses de sus respectivas entidades, ello no implica una desvinculación respecto del carácter unitario del SDJE, que se ejerce bajo la rectoría de la PGE. En consecuencia, debe

quedar claro que la actuación de toda procuraduría pública que pertenece a una entidad específica también forma parte de la tutela de los intereses generales del Estado, en tanto que integran un sistema administrativo.

No basta, pues, que las procuradurías *ad hoc* aleguen la defensa de los intereses del Estado para que, a partir de ello, se sostenga que tienen legitimidad para obrar en calidad de terceros, en forma indistinta, como parte demandante en los procesos de nulidad de cosa juzgada. La realidad de las cosas es que las procuradurías públicas de las entidades son las únicas legitimadas para impugnar los alcances del laudo arbitral a través de los mecanismos establecidos.

Es indispensable que, en los procesos de nulidad de cosa juzgada, se evalúe en forma previa la legalidad de la intervención de las diversas procuradurías públicas *ad hoc* en términos unitarios y no como si se tratara de una entidad diferente a una procuraduría pública de una entidad, puesto que el SDJE es un todo unitario. Asumir una postura en contrario implica otorgar un privilegio procesal a la defensa de los intereses del Estado, aspecto que es contrario a las garantías del derecho al debido proceso y al principio de igualdad.

Dicha definición es fundamental, pues la premisa sobre la cual se sustenta la interposición de una demanda de nulidad de cosa juzgada de un laudo arbitral, es que la emisión de dicho laudo se habría producido en fraude o colusión entre los sujetos procesales que habrían actuado como partícipes del mismo.

La creación de una procuraduría pública *ad hoc* y su calificación como tercero en los procesos de nulidad de cosa juzgada con respecto a laudos arbitrales no debe otorgar un privilegio en la defensa de los intereses del Estado, pues ello afecta la seguridad jurídica inherente a todo tipo de decisiones definitivas en un proceso. Las únicas partes legitimadas para actuar en el proceso son aquellas que se derivan del convenio arbitral y no terceros ajenos a ello. Por tanto, la procuraduría pública *ad hoc* no puede sustituirse en el rol de la procuraduría pública de la entidad, salvo en vía de sucesión procesal, aspecto que no se utiliza para legitimar su incorporación en los procesos de control judicial. Admitir una postura contraria significaría establecer una interpretación amplia y lesiva al derecho de defensa, pues conforme a dicho criterio, cualquier entidad pública del Estado, podría autocalificarse como defensora de los intereses del Estado, e invocar su legitimidad

sobreviniente para participar en el control judicial de un laudo, a pesar de haberse emitido con anterioridad el mismo, e invocar la calidad de tercero demandante.

A partir de los criterios expuestos, es cuestionable que se pretenda sustentar la legitimidad de las procuradurías públicas *ad hoc* en los procesos de nulidad de cosa juzgada al amparo de la tesis de que ha sido creada para la defensa de los intereses del Estado peruano, a diferencia de las procuradurías públicas que solo defienden los intereses de una entidad determinada y, por ende, pueden incorporarse en cualquier etapa de los procesos o lo que es más grave aún, iniciar nuevos procesos de cuestionamiento a los laudos arbitrales emitidos, inclusive respecto de aquellos que ya han pasado por el control jurisdiccional de la anulación o el denominado amparo arbitral. En consecuencia, ello no puede servir de sustento para legitimarse e interponer demandas en representación del Estado peruano.

Debe quedar claro que, para determinar si un sujeto se encuentra habilitado para intervenir en un proceso de nulidad de cosa juzgada, es necesario que se identifiquen dos elementos:

- La relación material invocada como fundamento de la pretensión que en concreto se formula
- La relación procesal que al efecto se propone

En este contexto, no es claro cuáles son las razones por las cuales se demanda la nulidad de un laudo, en calidad de tercero, por parte de una procuraduría pública *ad hoc*, pues la controversia existente entre las partes contratantes fue concluida con el laudo arbitral, y todas las cuestiones derivadas de aquella decisión con carácter de cosa juzgada escapan a la competencia de los tribunales ordinarios.

3.4. La presunta existencia de una causal de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión como fundamento para el control judicial de los laudos arbitrales

No cabe la menor duda de que, en los tiempos actuales, el arbitraje constituye, por excelencia, un mecanismo de resolución de controversias de carácter adversarial, heterocompositivo, independiente y basado en la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que estas designan en forma unipersonal o colegiada a un tercero a efectos de resolver un conflicto con efecto de cosa juzgada.

Un rasgo esencial del arbitraje es que solo constituyen materias arbitrables aquellas que son de libre disposición. Sin embargo, la voluntad de las partes no se encuentra exenta de límites. En general, respecto a asuntos patrimoniales y contractuales, las partes pueden llegar a un acuerdo siempre que no afecten derechos de terceros o el orden público. No todos los derechos son de libre disposición y, naturalmente, no todas las controversias pueden ser sometidas a arbitraje (Rivas, 2017).

Existen diversas teorías[14] que, por razones de espacio, no se procederá a desarrollar en el presente trabajo y que sirven para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. Entre las teorías más conocidas, se encuentran las siguientes:

- **Teoría contractualista.** De acuerdo con esta postura, el arbitraje constituye un instrumento contractual, en virtud del cual las partes acuerdan resolver sus controversias. El origen, la existencia y la regulación del arbitraje dependen de la voluntad y del consentimiento de las partes.
- **Teoría jurisdiccional.** En esta postura, el sometimiento al arbitraje responde al acuerdo de voluntades de las partes; no obstante, la función arbitral reviste naturaleza jurisdiccional, en la medida en que se ejerce por delegación estatal. En tal contexto, el laudo ha sido caracterizado doctrinariamente como un acto jurisdiccional de origen privado (Feldstein y Leonardi, 1998).

Es importante señalar que, en el ordenamiento jurídico peruano, en virtud de lo establecido en el artículo 139, numeral 1, de la Constitución Política, se ha acogido expresamente la teoría de naturaleza jurisdiccional al establecer en forma expresa lo siguiente:

---

14 En el debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, existen diversas teorías. Para efectos del presente trabajo, y sin que ello constituya un análisis detallado sobre el tema, se ha hecho referencia a la teoría contractualista (voluntad de las partes) en oposición a la teoría jurisdiccionalista (es una forma de jurisdicción, equivalente a la función que cumple un juez). Sin embargo, existen otras posturas que, por razones de espacio, no se han desarrollado, tales como la teoría mixta (aquella que combina elementos tanto contractuales como jurisdiccionales) y la teoría autónoma (en la que se sostiene que el arbitraje constituye un fenómeno jurídico autónomo, distinto tanto del contrato como de la jurisdicción estatal).

> **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** [énfasis agregado].
>
> No hay proceso judicial por comisión o delegación.

A partir del reconocimiento constitucional del arbitraje en el Perú, resulta importante evaluar la forma en que el Estado asume la defensa de sus intereses en los procesos arbitrales en materia de contratación pública. En tal sentido, se pretende justificar la participación de las procuradurías públicas *ad hoc* en sede judicial, en función de la posible revisión del laudo arbitral.

El laudo arbitral, al igual que una sentencia judicial, goza en cuanto a sus efectos de la autoridad de cosa juzgada. Un laudo arbitral puede ser cuestionado a través del recurso de anulación y, excepcionalmente, en la vía del amparo arbitral. Sin perjuicio de ambos mecanismos, respecto de los cuales no existe mayor discusión sobre su procedencia, se viene planteando la posibilidad de incorporar un nuevo mecanismo procesal, tal como es el caso de las demandas de nulidad de cosa juzgada con respecto de laudos arbitrales en los que hubiera existido fraude o colusión procesal. Para ello, se invoca la aplicación del artículo 178 del Código Procesal Civil.

La remisión al referido precepto legal se justificaría por la existencia de un proceso arbitral que habría sido utilizado como un instrumento para conseguir un objetivo ilícito en clara afectación de los derechos de un tercero. Aquí surge el debate sobre si este tercero puede ser otra entidad que forme parte de la estructura del Estado o, finalmente, una nueva entidad que asuma la defensa de los intereses del Estado. La postura de las procuradurías públicas *ad hoc* es que ellas calificarían como terceros.

Cabe reiterar que los procuradores públicos forman parte de un sistema unitario e integrado de defensa judicial del Estado. No es admisible, por ello, que se legitime la intervención de procuradurías públicas *ad hoc* cuando, en el propio proceso arbitral, se ha verificado la intervención de la procuraduría pública de la entidad pública que fue parte del proceso arbitral.

En nuestra opinión, bajo la estrategia que utilizan las procuradurías *ad hoc*, no es válido que se pretenda cuestionar los alcances de un laudo que ha adquirido la condición de cosa juzgada.

3.5. La nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es la vía idónea para cuestionar los alcances de un laudo arbitral

No es posible afectar la garantía de la cosa juzgada y la protección jurisdiccional del arbitraje que existe en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú y en diversos precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

La vía de la nulidad de la cosa juzgada por fraude o colusión no es el cauce procesal diseñado por el legislador para la impugnación de un laudo arbitral. La regla para el cuestionamiento de un laudo arbitral es la vía del recurso de anulación ante el Poder Judicial y, por excepción, el proceso de amparo constitucional.

En relación al tema, el Tribunal Constitucional ha fijado posición sobre el tema en función de dos precedentes.

a. Expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias)

En este precedente, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

> **Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral [...]**
>
> **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[15].
>
> **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** [énfasis agregado], 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

15 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar (fundamento jurídico 13).

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 Constitucional.

[...]

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** [énfasis agregado].

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 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 1390 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 51 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 componedor 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** [énfasis agregado]. 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.

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 –incluidas 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.

b. Expediente 00142-2011-PA/TC (caso María Julia)

Los alcances de la jurisdicción arbitral

10. De acuerdo con el Artículo 138º 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 139º 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".

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"** [énfasis agregado] (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

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).
>
> **1**3. 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.

Una lectura atenta de ambos precedentes nos indica que el Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional. Esto implica que los árbitros ejercen funciones propias de la administración de justicia, con las mismas obligaciones de respeto a los principios y derechos constitucionales que cualquier otro órgano jurisdiccional.

Los tribunales arbitrales gozan de independencia jurisdiccional, lo que les permite resolver controversias sin interferencia de autoridades administrativas o judiciales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional reafirma que, a pesar de su autonomía, el arbitraje no está desvinculado del marco constitucional. Los árbitros están obligados a respetar los derechos fundamentales y el debido proceso, lo que implica que deben actuar con imparcialidad e independencia, tal como debe hacerlo un juez en un tribunal judicial.

El supremo intérprete de la Constitución también ha señalado que el arbitraje no pretende sustituir al Poder Judicial, sino que actúa como una alternativa complementaria, especialmente, en la resolución de conflictos patrimoniales de libre disposición.

Debido a los problemas que se han generado en el desarrollo de los procesos judiciales, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo al que se ha recurrido con frecuencia en el ámbito comercial y de inversiones, así como en la contratación pública. El arbitraje ofrece mayores ventajas frente al Poder Judicial por caracterizarse por su celeridad (dura menos), inmediación (mayor contacto con la controversia y las partes), flexibilidad (busca responder mejor a las necesidades de las partes) y especialización (las partes pueden elegir como árbitro a un especialista en la materia controvertida) (Guzmán-Barrón, 2023).

A mayor abundamiento de lo expuesto, cabe señalar que las causales de anulación de un laudo arbitral han sido claramente estable-

cidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. De acuerdo a ello, las causales de procedencia del recurso de anulación son de carácter taxativo y, por ende, los supuestos invocados para la interposición de una demanda de nulidad de cosa juzgada no se encuentran expresamente reconocidos en ninguna de estas causales. La justificación utilizada por las procuradurías públicas *ad hoc* es que aquellas se encuentran separadas de la defensa a cargo de las procuradurías públicas de las entidades. Según esta postura, y en aplicación literal del segundo párrafo del artículo 178 del Código Procesal Civil, la parte afectada representada por la procuraduría pública de una entidad es diferente al tercero (procuraduría *ad hoc*).

No estamos de acuerdo con esta postura, pues sostenemos que ello implica un trato desigual a las partes en el desarrollo del proceso. Además, debe tomarse en cuenta que las procuradurías públicas constituyen un sistema integrado de defensa del Estado, de forma tal, que la actuación indistinta de alguna de ellas en un proceso involucra a todo el sistema de defensa del Estado. La legitimidad para obrar en el marco de los procesos es, pues, un asunto que no debe admitir dudas ni pasar desapercibido en la medida que nos plantea verificar si, en el caso materia de controversia, la relación jurídica material se ha trasladado en forma efectiva a la relación jurídica procesal.

3.6. La extemporaneidad de las demandas de nulidad de cosa juzgada por la intervención de procuradurías públicas *ad hoc* como terceros

El artículo 178 del Código Procesal Civil establece un plazo de seis meses para la interposición de una demanda de nulidad de cosa juzgada en los supuestos establecidos en dicho precepto. Siendo ello así, el referido plazo no puede ser computado en forma ilimitada. Por el contrario, la norma procesal establece con absoluta claridad que dicho plazo se debe computar dentro de los seis meses de ejecutada o haber adquirido la calidad de cosa juzgada.

Los supuestos para la procedencia de la demanda de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión procesal son objetivos. En tal sentido, este tipo de proceso de conocimiento recae sobre sentencias o respecto de un acuerdo de las partes homologado que pone fin al proceso. Ninguno de estos dos supuestos establece que procedan frente a laudos arbitrales. Un laudo arbitral no es una sentencia, aunque tiene

el efecto de cosa juzgada. Y, por otro lado, no estamos ante un acuerdo homologado de las partes que ponga fin al proceso. Siendo ello así, se carece de uno de los presupuestos procesales para interponer la demanda.

Asimismo, y sin que ello sea menos importante que los requisitos establecidos, el primer párrafo *in fine* del artículo 178 del Código Procesal Civil, establece que la demanda de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión se sustenta en un supuesto fáctico concreto; esto es, que el proceso cuestionado haya sido seguido con fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una parte o ambas partes, por el juez, o por este y aquellas. Se advierte, entonces, que existe un grave problema de tipicidad a efectos de encuadrar las inconductas a los supuestos establecidos en el Código Procesal Civil.

Para lograr la interposición de la demanda a pesar de los supuestos de la norma, se ha señalado que, dado que el plazo de seis meses es uno de caducidad, en concordancia con lo establecido en los artículos 2005 y el inciso 8 del artículo 1994 del Código Civil. De acuerdo a ello, la caducidad se suspende mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

3.7. La afectación de la cosa juzgada arbitral

Los numerales 1 y 2 del artículo 59 de la Ley de Arbitraje han establecido lo siguiente:

> **Artículo 59.- Efectos del laudo**.
>
> 1. **Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento** [énfasis agregado] desde su notificación a las partes.
>
> 2. El **laudo produce efectos de cosa juzgada** [énfasis agregado].

La Ley de Arbitraje establece de manera clara los efectos jurídicos del laudo arbitral al señalar que es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde el momento en que es notificado a las partes. Asimismo, expresamente, indica que el laudo produce efectos de cosa juzgada; es decir, tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia judicial, cerrando definitivamente el conflicto entre las partes.

Sobre la diferencia existente entre un laudo arbitral y una sentencia judicial, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris), ha establecido lo siguiente:

21. En coherencia con este principio básico que reconoce al arbitraje como una "jurisdicción independiente o paralela a la del Poder Judicial", es que el artículo 59º del Decreto Legislativo No. 1071 ha establecido que "todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. **El laudo produce efectos de cosa juzgada** [énfasis agregado] [...]". En su momento, y estando en vigencia la Ley General de Arbitraje (LGA), su artículo 76º también establecía que "**el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia** [énfasis agregado] y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes", y más adelante su artículo 78º establecía que "**el laudo se ejecutará como una sentencia** [énfasis agregado]".

22. Ello quiere decir que, una vez vencido el plazo para solicitar la anulación del laudo, esto es, 10 días hábiles contados desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo (L.G.A.) o 20 días siguientes a la notificación, rectificación, interpretación, integración, exclusión del laudo (D.L.), el laudo es firme. Es pues a partir de este momento que el laudo no solo ha resuelto definitivamente la controversia, sino que lo ha hecho firmemente, no pudiendo volverse a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo), como de cosa juzgada material (lo que garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje). En suma, **el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje. Esto configura la existencia, en sede arbitral, del derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, derecho éste que puede ser exigible ya sea en sede arbitral o en sede del Poder judicial** [énfasis agregado].

23. En relación a este derecho, y haciendo un matiz para la jurisdicción arbitral, este Tribunal Constitucional considera que el derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, entre otros contenidos, "garantiza el derecho de toda parte arbitral, en primer lugar, a que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque *éstos* han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y, en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo" (Cfr., mutatis mutandis, STC 04587-2004-AA/TC, fundamento 38).

El Tribunal Constitucional reconoce que, conforme a la Ley de Arbitraje vigente, tanto el laudo arbitral y una sentencia judicial tienen el efecto de cosa juzgada. En la Ley General de Arbitraje hoy derogada (Ley 26572), se establecía expresamente que "el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia" y "el laudo se ejecutará como una sentencia".

Es indudable que tanto la sentencia como el laudo son similares en cuanto a sus efectos porque tienen naturaleza de cosa juzgada; sin embargo, existen diferencias sustanciales en su naturaleza y origen que nos permiten concluir que un laudo no es equivalente a una sentencia judicial.

En relación a este aspecto, el profesor Guzmán-Barrón (2023) ha sostenido lo siguiente:

> El laudo arbitral es el documento a través del cual los árbitros resuelven las controversias que las partes sometieron a su competencia. **Las partes se someten al arbitraje en busca de la emisión de un laudo que resuelva sus controversias, es por ello que el laudo es obligatorio por la voluntad de las partes** [énfasis agregado]. Por estos motivos puede afirmarse que el laudo es el objeto del contrato de arbitraje o convenio arbitral. Cabe mencionar que el laudo no necesariamente debe versar sobre el fondo de la controversia, pues su característica esencial es terminar con la litis respecto de lo que pronuncia, y puede versar sobre aspectos formales como la competencia del tribunal (p. 115).

Por su parte, el árbitro internacional Eduardo Zuleta (2012) ha conceptualizado el laudo arbitral de la siguiente manera:

> La expresión laudo final designa a aquellas decisiones de los árbitros que son finales y vinculantes para las partes[16]; en ese orden de ideas, un laudo final "…resulta definitivo respecto de los asuntos a que se refiere, salvo y hasta que se impugne exitosamente…"[17]. Esta última aproximación lleva a concluir que todo laudo es final respecto de las cuestiones específicas que resuelve (p. 17).

16 Véase, por ejemplo, la sección 58 de la Ley de Arbitraje inglesa, según la cual, "… salvo pacto en contrario de las partes, un laudo proferido por un tribunal arbitral de conformidad con un pacto arbitral es final y vinculante para ambas partes y cualquier persona que eleve pretensiones bajo o a través de ellas …" (traducción libre de la Ley de Arbitraje del Reino Unido, 1996, 58.1).

17 Traducción libre. David St. John Sutton, Judith Gill y Mathew Gearing, Russel on Arbitration, Thomson Sween y Maxwell, 2007, p. 274.

Un rasgo esencial del laudo arbitral es que resulta obligatorio para las partes, en la medida en que ellas se han sometido en forma voluntaria a lo que se decida en el caso, al pactar en forma previa, vía un convenio, respetar la decisión que se adopte. Esto significa que la obligatoriedad del laudo se fundamenta en la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral. A diferencia de lo que ocurre con un laudo arbitral, la obligatoriedad en el cumplimiento de una sentencia judicial se deriva del mandato imperativo de las sentencias emitidas por los jueces, conforme a la Constitución, a la Ley y al Poder Judicial[18].

Otra diferencia fundamental entre un laudo arbitral y una sentencia judicial tiene que ver con las materias sobre las que se puede decidir en cada caso. Los laudos arbitrales solo pueden versar sobre materias de libre disposición. Esto significa que las partes deben tener la capacidad de efectuar un acuerdo sobre el objeto del conflicto sin que existan prohibiciones legales. Las materias arbitrables suelen incluir asuntos patrimoniales y contractuales, donde las partes pueden llegar a un acuerdo.

Las sentencias judiciales pueden abordar un rango más amplio de materias, incluyendo lo cual incluye aquellas que no son de libre disposición para las partes. En tal sentido, los jueces tienen la autoridad para decidir sobre aquellos casos que involucran derechos fundamentales y asuntos de interés público, incluso en aquellos supuestos en los que las partes no pueden disponer libremente sobre ellos.

En cuanto a la impugnación judicial, los laudos arbitrales no pueden ser objeto de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión, pues este mecanismo procesal se encuentra reservado para las sentencias judiciales. Los laudos arbitrales, únicamente, son objeto de impugnación judicial a través del recurso de anulación de laudo y, excepcionalmente, por la vía del proceso de amparo. La siguiente cita grafica este escenario:

> Ya hemos referido que frente a un laudo arbitral solo procede el recurso de anulación, por lo tanto, no resulta factible, aceptable ni defendible la posibilidad que frente a un laudo se pretenda interponer la figura de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. En caso una parte plantee dicha

18 De conformidad con el primer párrafo del artículo 138 de la Constitución Política, se establece lo siguiente: "**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".

> figura, la otra podrá formular una oposición a la misma, pues fuera de que no es una figura aceptable, está el hecho de que no puede haber autoridad judicial —bajo responsabilidad—, que pretenda declararse competente para conocer de dicho proceso, lo que implica que el juez de turno deberá decretar la improcedencia de dicha demanda al no tener competencia para conocerla, puesto que la única autoridad judicial que puede conocer sobre un cuestionamiento de un laudo es la Corte Superior a través del recurso de anulación del laudo arbitral[19].

El único recurso disponible para solicitar la nulidad o invalidación de un laudo arbitral es el recurso de anulación de laudo arbitral o excepcionalmente la figura del amparo contra laudos arbitrales. Aunque un laudo se admite como cosa juzgada, únicamente es revisable por el Poder Judicial en aspectos de forma según las causales taxativamente previstas en la Ley de Arbitraje mediante un recurso de anulación, pues está prohibido revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros (Huamaní, 2012). La norma arbitral ha establecido el recurso de anulación como el único mecanismo para dejar sin efecto un laudo arbitral, debiendo solucionarse cualquier afectación, vicio, error o defecto a través de este recurso (Huamaní, 2012).

Como puede verse, si bien los laudos arbitrales y las sentencias judiciales tienen efectos similares (cosa juzgada), cada uno tiene su propio sustento de obligatoriedad, las materias sobre las que pueden decidir y la forma de cuestionarlas judicialmente cuando han adquirido el carácter de cosa juzgada (Juárez, 2016).

El laudo es una decisión definitiva y motivada de los árbitros que resuelve una controversia, con carácter privado y sin instancias. No es una sentencia judicial, sino propia del arbitraje como administración de justicia peculiar (Juárez, 2016).

Dentro de los tipos de laudos, podemos encontrar los siguientes (Juárez, 2016):

- **Laudos parciales.** Resuelven solo una parte del objeto de litigio, es decir, uno de los puntos de la demanda.
- **Laudos definitivos o firmes.** Resuelven todos los puntos legales en controversia sometidos al tribunal arbitral y determinan de forma definitiva cualquier cuestión de su competencia.

19 *Ibidem*.

- **Laudos de derecho y de equidad.** El árbitro decide el caso de acuerdo con el ordenamiento jurídico o a su conciencia o equidad, sin estar obligado a sustentarlo jurídicamente, pero debiendo exponer las razones de la decisión.
- **Laudos por acuerdo de las partes.** Si las partes llegan a un acuerdo durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal no se opone, elevará el acuerdo a la categoría de laudo, con la misma naturaleza y efectos que un laudo definitivo[20].

El principio de cosa juzgada garantiza la inmutabilidad de lo resuelto, lo que implica que tanto lo decidido en un laudo como en una sentencia es definitivo y debe cumplirse. Ninguna entidad pública, tercero o el propio órgano de juzgamiento puede impedir su ejecución, salvo supuestos excepcionales (Rubio y Arce, 2024).

Los laudos arbitrales, una vez que han adquirido la calidad de cosa juzgada, pueden ser objeto de impugnación judicial bajo supuestos específicos, respetando la autonomía del arbitraje, cuya función jurisdiccional está reconocida por la Constitución (Figueroa, 2016). Este control judicial sobre los laudos arbitrales puede realizarse por dos vías:

- **Recurso de anulación del laudo.** Es el mecanismo de impugnación de arbitrajes por excelencia a través del cual se busca la invalidez del laudo arbitral por determinadas anomalías acaecidas en (i) el propio laudo y (ii) el procedimiento arbitral (Rivas, 2017).
- **El amparo contra laudo arbitral.** Conforme al precedente establecido en el caso María Julia (Expediente 00142-2011-PA/TC), únicamente, procede (i) cuando hay afectación directa a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, (ii) cuando los árbitros han ejercido control difuso sobre normas que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ha declarado constitucionales, y (iii) cuando es interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral sustentado en afectación de derechos fundamentales.

20 En línea con lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Arbitraje.

Cabe señalar que, en forma previa a la interposición del recurso de anulación del laudo, el tribunal arbitral debe tener la oportunidad para subsanar cualquier defecto o vicio a través de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión que puedan plantearse. El pronunciamiento que se expida respecto a estas solicitudes formará parte del laudo arbitral y tendrá la condición de cosa juzgada, que luego puede ser objeto de análisis en vía judicial.

Las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión propiamente tienen naturaleza aclaratoria y no tienen carácter impugnatorio. Así, la interpretación del laudo arbitral, por ejemplo, busca asegurar su correcta ejecución sin modificar o reformular los fundamentos de la decisión tomada por el tribunal. Su propósito es aclarar conceptos imprecisos o dudosos en la parte decisoria del laudo. Por otro lado, la integración del laudo corrige omisiones cuando el tribunal no se ha pronunciado sobre algún punto relevante en la resolución del conflicto.

Recién una vez que el tribunal arbitral desestima las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión, la parte afectada tiene plenamente habilitada la vía de la anulación del laudo ante la vía judicial[21]. En la medida que el recurso de anulación del laudo es considerado de última ratio y, debido al principio de autonomía del arbitraje, es obligatorio solicitar previamente la subsanación de los vicios y defectos identificados ante el tribunal arbitral antes de recurrir al Poder Judicial.

La Ley de Arbitraje dispone que la impugnación de los laudos en la vía del recurso de anulación solo procede bajo las causales expresamente señaladas en la propia ley. La impugnación es acotada, puesto que la finalidad del recurso de anulación de un laudo arbitral es revisar:

> el correcto proceder de los árbitros y de la correcta implementación de la institución arbitral, constituyendo una garantía para las partes, en el sentido de que cualquier desviación en los aspectos formales —sea en el origen de la institución arbitral, como lo es el convenio o la correcta designación del árbitro, o en el procedimiento o en las actuaciones arbitra-

21 De conformidad con el numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, "sólo serán procedentes las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 del artículo en mención, si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas".

> les, así como en la decisión final (laudo)— podrá ser supervisado judicialmente, sin entrar a discutir el fondo de la controversia (García-Calderón, 2015, p. 173).

No es admisible que un laudo arbitral sea sometido a un examen fuera del marco de los mecanismos legales establecidos para la revisión de este tipo de decisiones. De acuerdo con ello, solo es posible efectuar la revisión de un laudo arbitral a través del recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje y, en casos excepcionales, por medio del proceso de amparo arbitral ante el Poder Judicial.

El Código Procesal Civil no regula el supuesto de la demanda de nulidad de cosa juzgada por fraude o colusión de laudos arbitrales. Asumir una posición permisiva o lata sobre este tema sería quebrantar el principio de legalidad.

En la medida en que el Código Procesal Civil no regula la posibilidad de interponer este tipo de demandas de nulidad de cosa juzgada, es evidente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 427, inciso 5, del Código Procesal Civil, las referidas demandas de nulidad deberán ser declaradas improcedentes por contener un petitorio jurídica o físicamente imposible.

Conclusiones

- Las potestades de las procuradurías públicas de las entidades que forman parte de la estructura del Estado peruano se enmarcan en los alcances del artículo 47 de la Constitución Política del Estado, la LOPE y las facultades previstas en el Decreto Legislativo 1326 y sus normas reglamentarias. Dichas potestades están orientadas a garantizar una defensa jurídica efectiva de los intereses estatales en los procesos judiciales y arbitrales, entre otros.
- Existe un sistema administrativo unitario e integrado de defensa de los intereses del Estado en los procesos judiciales, incluyendo a los arbitrajes en un sentido lato. En ese marco, la PGE y las diversas procuradurías públicas deben asegurar una actuación coherente y articulada, y promover la eficiencia y la eficacia en la gestión de los recursos públicos destinados a la defensa del Estado.
- La legitimidad procesal activa de las procuradurías públicas se fundamenta en el carácter unitario de su actuación dentro del

SDJE. Para impugnar un laudo arbitral en sede judicial, es indispensable que la entidad demandante, a través de su respectiva procuraduría pública, cuente con legitimidad para obrar, conforme a los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil.

- No es posible equiparar automáticamente los efectos de un laudo arbitral con los de una sentencia judicial que goza de la autoridad de cosa juzgada. Si bien el arbitraje produce efectos vinculantes, su naturaleza y regulación son distintas a las de una sentencia judicial.
- El laudo arbitral es una decisión de carácter jurisdiccional y vinculante, que resuelve de manera definitiva la controversia entre las partes, con efectos de cosa juzgada desde su notificación. Su obligatoriedad se sustenta en la voluntad de las partes de someterse al arbitraje sobre materias de libre disposición, a diferencia de las sentencias judiciales, que pueden resolver controversias sobre un rango más amplio de materias, incluyendo las que no son de libre disposición o de orden público. Por ende, aunque los laudos arbitrales y las sentencias judiciales tienen similitud en cuanto a los efectos de cosa juzgada, sus fundamentos de obligatoriedad y las materias que pueden abordar son muy distintas.
- Un laudo arbitral no puede ser sometido a una amplia revisión judicial, debido a que ello violaría el principio de cosa juzgada, que garantiza que el laudo sea definitivo. El artículo 178 del Código Procesal Civil establece dos requisitos fundamentales para interponer en forma excepcional una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta: (i) la presentación dentro del plazo de seis meses después de haber sido ejecutada la sentencia o de haber adquirido la autoridad de cosa juzgada, si no fuera ejecutable o desde que adquirió la calidad de cosa juzgada; y (ii) la demostración de fraude, colusión o vulneración grave del debido proceso por parte de alguna de las partes o del juez. No se hace mención en dicho precepto legal la nulidad de cosa juzgada con respecto a laudos arbitrales.
- En aplicación del segundo párrafo del artículo 178 del Código Procesal Civil, se distingue entre la parte afectada directamente (representada por la procuraduría pública de la entidad correspondiente) y un tercero ajeno al proceso, que se considera directamente agraviado y que debe justificar tal condición pro-

cesal. Este supuesto no es de aplicación para el caso de las procuradurías públicas *ad hoc*, pues estas forman parte del SDJE. La actuación de cualquiera de ellas en el proceso impacta en todo el sistema, reforzando la necesidad de una estrategia jurídica coordinada y uniforme en la representación del Estado en sede arbitral y judicial.

REFERENCIAS

Abruña, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Palestra.

Arroyo, L. (2023). Bases constitucionales. *Manual de derecho administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Caballero, R. (2023). Teoría general de la organización administrativa. En F. Velasco y M. Danaculleta (Dirs.), *Manual de derecho administrativo* (pp. 206-230). Marcial Pons.

Carbonell, E. (2017). La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales. En M. Rebollo y D. Vera (Dirs.), *Derecho administrativo* [Tomo I] (p. 279-322). Tecnos.

Decreto Legislativo 1068. Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado. 28 de junio de 2018.

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. 28 de junio de 2008.

Decreto Legislativo 1326. Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. 6 de enero de 2017.

Decreto Ley 17537. De la representación y defensa del Estado en juicio. 27 de marzo de 1969.

Decreto Supremo 054-2018-PCM. Decreto Supremo que aprueba los lineamientos de organización del Estado. 18 de mayo de 2018.

Feldstein, S. y Leonardi, H. (1998). *El arbitraje*. Abeledo Perrot.

Figueroa, J. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*, *4*, 71-81. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10388

García-Calderón, G. (2015). Anulación de laudos arbitrales. ¿Causales taxativas? En Arbitraje. Panorama Actual del Arbitraje. Volumen 32. Themis, Thomson Reuters. (pp. 173-187)

Guzmán-Barrón, C. (2023). *Arbitraje comercial nacional e internacional* (2.ª ed.). Fondo Editorial PUCP.

Huamaní, J. (2012). Sobre la pretendida intención de aplicar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta contra laudos arbitrales. *Revista Actualidad Jurídica*, *226*.

Jiménez, J. (2024). *Régimen jurídico del Poder Ejecutivo. Análisis exegético, jurisprudencial y doctrinario de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo* [Tomo II]. Gaceta Jurídica.

Juárez, E. (2016). *Constitucionalización y control constitucional del arbitraje en el estado constitucional* [Tesis de maestría, PUCP]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6799

Ley 26572. Ley General de Arbitraje. 5 de enero de 1996.

Martín Mateo, R. (2005). *Manual de derecho administrativo*. Aranzadi.

Martín Tirado, R. (2005). Los límites de la reforma administrativa del Estado (cuando las buenas intenciones no bastan). En *Actualidad jurídica* [Tomo 142]. Gaceta Jurídica.

Martín Tirado, R. (2011). El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración pública. *Derecho & Sociedad*, (36), 103-119.

Martín Tirado, R. (2021). *Prácticum derecho administrativo. Un enfoque teórico-práctico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica.

Martínez, A. (2015). *Manual de los sistemas administrativos del sector público*. Gaceta Jurídica.

Ministerio de Justicia. (s. f.). *Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública*. https://www.minjus.gob.pe/anteproyecto-lbap/

Parada, R. (2010). *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*. Marcial Pons.

Rebollo, M. (2017). Derecho y Administración pública. En M. Rebollo y D. Vera (Dirs.), *Derecho Administrativo* [Tomo I] (pp. 27-60). Tecnos.

Rincón, J. (2018). Las relaciones que se presentan en el interior de la Administración pública. En *La teoría de la organización administrativa* (pp. 200-202). Universidad del Externado de Colombia.

Rivas, G. (2017). *La motivación de las decisiones arbitrales*. Estudio Mario Castillo, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Católica San Pablo.

Rubio, M. y Arce, E. (2024). *Principios establecidos por el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial*. Fondo Editorial PUCP.

Zuleta, E. (2012). *El concepto de laudo arbitral*. Editorial Universidad del Rosario.

LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA EFICACIA DEL LAUDO ARBITRAL A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Ricardo Gandolfo Cortés

Resumen

La normativa sobre contrataciones públicas ha proscrito, en lugar de restablecer, las medidas cautelares inaudita altera pars y la caución juratoria, y exige una contracautela obligatoria equivalente al monto que se solicita. Esta, en los casos en que sea imprescindible, debe seguir la misma suerte de la garantía de fiel cumplimiento. La contracautela garantiza el resarcimiento por los daños que pueda ocasionar la medida, de la misma manera que la garantía de fiel cumplimiento asegura el resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Por consiguiente, la contracautela debería ser del diez por ciento del monto que se solicita a través de la medida o su equivalente.

1. Introducción

El Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 31589 que garantiza la reactivación de las obras públicas paralizadas[1] establece que las medidas cautelares que se presentan respecto de los contratos comprendidos dentro de su imperio, tanto en la vía judicial como en la arbitral, se rigen por nueve reglas que regulan la admisión y el proceso. Adviér-

1 Aprobado mediante el Decreto Supremo 206-2024-EF, del 5 de noviembre de 2024.

tase que a las medidas cautelares se responsabiliza mayormente por este gran problema de las obras paralizadas que afecta al desarrollo nacional.

La primera regla define que el juez competente es el especializado en lo comercial o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad convocante o contratante. Agrega que constituye causal de nulidad las medidas cautelares otorgadas inobservando este mandato[2].

A continuación precisa que la solicitud de una medida cautelar requiere la presentación de una contracautela, la que se acredita únicamente con la presentación de una fianza bancaria, la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en favor de la entidad convocante o contratante, bajo responsabilidad de las empresas que la emiten, con una vigencia no menor de seis meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso judicial o arbitral. Constituye causal de improcedencia de la medida cautelar que se presente una caución juratoria como contracautela. La caución juratoria es la garantía personal que se exige a quien solicita la medida cautelar y que consiste en una declaración en la que quien la suscribe se obliga a asumir las costas y daños que ella pudiera ocasionar (RAE, 2023).

El monto de la contracautela lo establece el juez, el tribunal arbitral o el árbitro único ante quien se solicita la medida cautelar. Dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento presentada para la suscripción del contrato. Si el monto de la solicitud cautelar es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela es equivalente al monto protegido por la medida cautelar (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 2). Otro despropósito como se verá más adelante.

Las empresas que emiten la fianza bancaria deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), contar con clasificación de riesgo B o superior y estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

2 TUO de la Ley 31589, Tercera disposición complementaria final, numeral 1.

Sobre el particular es preciso anotar que basta con que la fianza sea emitida por una institución autorizada y protegida por el seguro de la SBS para que deba ser admitida en estos trámites. No debería exigirse que pertenezca a ese exclusivo club de las que cuentan con clasificación de riesgo B o superior o ser un banco de primera categoría para participar en estos procesos. Es una observación aplicable a varias normas que crean esta discriminación innecesaria.

El juez, tribunal arbitral o árbitro único, según corresponda, que reciba la solicitud cautelar verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria, constituyendo causal de nulidad de la medida cautelar en caso de que esta se conceda con inobservancia de tales requisitos.

Presentada la solicitud cautelar se verifican los requisitos de admisibilidad y procedibilidad. El plazo para subsanar errores materiales u omisiones en la presentación de los requisitos es de cinco días hábiles, contados desde el día siguiente de notificadas las observaciones. Verificado el cumplimiento de los requisitos en el plazo otorgado, se dispone la continuación del trámite; caso contrario, se rechaza la solicitud (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 3).

Enseguida se estipula que el juez, tribunal arbitral o árbitro único, según corresponda, corre traslado de la solicitud a la contraparte dentro de los tres días hábiles siguientes de su presentación o de la subsanación de errores u omisiones, según corresponda, y otorga un plazo de cinco días hábiles para que exprese por escrito lo conveniente a su derecho. Con o sin la absolución, se resuelve la solicitud dentro del plazo de cinco días hábiles posteriores al vencimiento del plazo para la absolución (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 4).

La quinta regla proscribe la medida cautelar *inaudita altera pars*, esto es, sin traslado previo a la contraparte. Antes de su decisión, el juez, tribunal arbitral o árbitro único deben evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que de esta se derive contra el interés público (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 5).

En la vía judicial contra el auto que otorgue o deniegue la medida cautelar procede el recurso de apelación, el cual se interpone dentro del plazo de cinco días hábiles posteriores a su notificación.

El juez eleva al superior jerárquico el cuadernillo de apelación, dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación del recurso o de la subsanación de errores u omisiones, según corresponda. Para la tramitación en segunda instancia, se corre traslado a la otra parte y se resuelve (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 6). En la vía arbitral, contra la resolución que otorgue o deniegue la medida cautelar, procede el recurso de reconsideración. Para su tramitación, se aplica el mismo procedimiento en lo que resulte pertinente (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 7).

Las reglas establecidas en los numerales anteriores se aplican de manera inmediata a todos los procesos judiciales y arbitrales en trámite, respecto de los contratos de obras públicas, aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido y la controversia que lo haya originado derive de un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigor (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 8). En todo lo no previsto, y siempre que no se opongan a esta ley, se aplican supletoriamente el Código Procesal Civil, así como la Ley de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071 (TUO de la Ley 31589, "Tercera disposición complementaria final", numeral 9).

Según el artículo 85 de la Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP)[3] es competente para resolver las solicitudes de medidas cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir la subespecialidad, el juez civil. La competencia por razón del territorio corresponde al juez del lugar señalado por la entidad como su domicilio en el contrato. Esta competencia es improrrogable y puede ser declarada de oficio por el juez como justificación para decidir la improcedencia de la medida cautelar solicitada. La contravención de estas disposiciones constituye causal de nulidad de las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial.

La competencia por la materia es comprensible. No se le puede demandar a un juez penal que conceda una medida cautelar para proteger un patrimonio en riesgo como consecuencia de un contrato. Se le

3 Ley 32069, promulgada el 21 de junio de 2024.

puede solicitar al juez comercial cuya Corte Superior resuelve por lo demás los casos de anulación de laudos. Es la sub especialidad indicada. Si no hubiere juez comercial le corresponderá atender el pedido al juez civil. La precisión forma parte de la respuesta legislativa al abuso que se estaba perpetrando con relativa frecuencia para intentar conseguir medidas cautelares ante cualquier autoridad judicial.

La competencia territorial se ha precisado para evitar que se pretendan obtener medidas que terminaban paralizando obras y proyectos en cualquier juzgado habida cuenta que se estaba haciendo costumbre que algunas partes recurran a uno tras otro, en todos los lugares posibles, hasta encontrar alguno que admitía la solicitud y emitía la cautelar. La norma no fijaba ningún límite y por eso mismo podía pedirse en cualquier circunscripción. Se prestaba al abuso y eso se ha suprimido.

Si se trataba del reclamo que se derivaba del contrato suscrito para la construcción de una carretera y se entendía que correspondía expedir una medida cautelar pues esta se solicitaba reiteradamente en todas las ciudades por donde pasaba la obra de manera que el juez podía encontrarse competente para atender el pedido y administrar justicia transitoria pero rápida.

Para la Ley de Arbitraje[4] las medidas cautelares fuera de proceso se solicitan al juez comercial o, en su defecto, al juez civil "del lugar en el que la medida deba ser ejecutada o del lugar donde las medidas deban producir su eficacia". En eso difiere de lo que ahora estipula la LGCP.

2. Árbitro de emergencia

El árbitro de emergencia no está regulado en la Ley de Arbitraje. Está regulado en los reglamentos de los centros de arbitraje. En el artículo 34 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima[5] (CCL) se indica que hasta antes de la constitución del tribunal arbitral cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares puede solicitar un procedimiento ante un árbitro de emergencia cuyas decisiones son vinculantes para las partes, las que, por el hecho de haber sometido la controversia a un arbitraje bajo el imperio de este reglamento, se obligan a cumplirlas sin demora.

4 Decreto Legislativo 1071, aprobado el 27 de junio de 2008.

5 Vigente desde el 1 de enero de 2017.

La competencia del árbitro de emergencia se extingue cuando se constituye el tribunal arbitral pero la medida que él concede mantiene su vigencia y se integra al nuevo proceso hasta que el colegiado disponga lo pertinente. El mismo reglamento anota que el derecho de las partes a recurrir a un árbitro de emergencia no impide que cualquiera de ellas pueda solicitar a la autoridad judicial competente que dicte medidas cautelares. Finalmente hace la salvedad de que el árbitro de emergencia no es aplicable si el convenio arbitral fue celebrado antes de que entre en vigencia el reglamento, si las partes han excluido previa y expresamente su aplicación o si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso a este procedimiento, disposición esta última que lo torna inexistente para las controversias que se deriven de la contratación pública. Antes de que entre en vigor este requisito, cualquier parte podía recurrir al árbitro de emergencia y ciertamente su uso estuvo un buen tiempo administrado correctamente.

El artículo 343 del Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas[6], del mismo modo, condiciona la procedencia del arbitraje de emergencia en las controversias bajo su imperio a que esté expresamente pactado en el convenio arbitral y siempre que sea administrado por la misma institución que conduce el arbitraje definitivo o principal y que ella misma lo tenga previsto en su propio reglamento. Por si fuera necesario anotarlo, se advierte que la contravención de estos requisitos acarrea la nulidad de pleno derecho de las medidas que pueda otorgar el árbitro de emergencia.

Está claro que ninguna entidad va a admitir esta opción dentro de un contrato razón por la que el árbitro de emergencia queda virtualmente eliminado como medio transitorio de solución de conflictos en materia de contratación pública. Salvo que las bases estandarizadas lo incluyan y no les quede otra alternativa que mantenerlo. Pero eso mismo está en duda porque a lo más quizás se les ofrecerá como figura no obligatoria de uso facultativo, lo que inevitablemente determinará que no se recurra a ella.

Agréguese a ello el hecho de que en respuesta al señalado abuso que se ha hecho de la figura del árbitro de emergencia muchos centros de arbitraje han optado por proscribirlo de sus normas de manera que en adelante no será posible recurrir a él aun en la hipótesis negada de

6 Aprobado mediante el Decreto Supremo 009-2025-EF, del 21 de enero de 2025.

que lo pacten las partes o se incluya en las bases estandarizadas a las que deben sujetarse todas las convocatorias en materia de contratación pública.

En el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, de otro lado, se establece que una vez constituido el tribunal arbitral a petición de cualquiera de las partes este puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. No se refiere a la medida que pueda concederse antes de que se constituya el tribunal, que es la que dicta eventualmente un árbitro de emergencia. Estamos ante una medida cautelar que podría sobrevivir a la desaparición del árbitro de emergencia.

Acto seguido define a la cautelar como una medida temporal que se incorpora en una decisión que puede tener la forma de laudo con la que, en cualquier momento antes de la expedición del laudo que resuelva en forma definitiva la controversia, el tribunal ordena a una de las partes que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que concluya el proceso, que adopte acciones destinadas a impedir algún daño o el menoscabo del proceso o que se abstenga de realizar actos que podrían ocasionarlos, que proporcione alguna forma para preservar los bienes que permitan ejecutar el laudo o que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

La misma Ley de Arbitraje advierte que el tribunal arbitral antes de resolver el pedido de medida cautelar lo pondrá en conocimiento de la otra parte. Ello no obstante, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento de la otra parte, cuando la que la solicita justifique no hacerlo para garantizar que su eficacia no se frustre. Es lo que en doctrina se conoce como *inaudita altera pars*[7]. Ejecutada la medida podrá formularse una reconsideración contra la decisión adoptada.

7 Locución latina que significa 'sin oír a la otra parte'. Se aplica en los casos en que se resuelve una pretensión sin el conocimiento previo de la contraparte.

3. Medida cautelar fuera de proceso

El numeral 4 del mismo artículo 47 señala que las medidas cautelares pueden solicitarse a una autoridad judicial, no ante un árbitro de emergencia[8], antes de la constitución del tribunal arbitral y que ello no implica una renuncia al arbitraje. Una vez concedida, la parte que la pidió —la ley dice "la parte beneficiada", pero tengo mis dudas de que siempre sea así— debe iniciar el proceso dentro de los diez días siguientes si es que no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.

Los plazos me parecen cortos especialmente para la constitución del tribunal porque una parte renuente o en permanente rebeldía puede recusar reiteradamente a los árbitros que designa la otra o al presidente o, incluso, formular otra serie de articulaciones con el exclusivo propósito de dilatar el inicio de las actuaciones y de consumir esos noventa días, lograr el objetivo de dejar sin efecto la cautelar y traerse abajo todo lo avanzado.

En previsión de esta eventualidad el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), Ley 30225[9], incorporó hace cuatro años, a mi iniciativa, un numeral a su artículo 234 en cuya virtud si una parte acumula tres recusaciones infundadas en un mismo arbitraje, continuas o no, ya no puede formular ninguna otra en el mismo proceso[10]. La recusación es un derecho de las partes pero no puede ser utilizado para dilatar las actuaciones o impedir que estas se inicien.

---

8 La Ley de Arbitraje, como queda dicho, es del año 2008 y la figura del árbitro de emergencia recién se empezó a difundir dos años después, incorporándose en los reglamentos de la mayoría de instituciones arbitrales internacionales de prestigio, con el objeto de garantizar los derechos de las partes con la debida antelación. Primero, fue la American Arbitration Association en 2010; luego, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, el Singapore International Arbitration Centre (SIAC), el Stockholm Chamber of Commerce (SCC) y el London Court of International Arbitration (LCIA) en el año 2016.

9 Aprobado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF.

10 Se trata del numeral 234.4, que se incorporó a través del Decreto Supremo 162-2021-EF. Yo había tenido un caso en el que mi contraparte recusaba a todo árbitro que mi patrocinada designaba, al presidente que elegían los árbitros nombrados por las partes en litigio y hasta llegó a recusar a su propio árbitro en cuanto este suscribió una resolución que no fue de su agrado.

Una vez constituido el tribunal cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión del expediente de la medida cautelar que se hubiere dictado para incorporarlo al arbitraje. La autoridad judicial, de acuerdo con la Ley de Arbitraje, está obligada bajo responsabilidad a enviarlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal copia de los actuados en el proceso cautelar, justamente para accionar con la prisa que la fórmula exige. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar, en el entendido de que en el arbitraje no hay apelación posible (Ley de Arbitraje, artículo 47, numeral 5).

El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial incluso cuando se trate de decisiones firmes, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia previa notificación a ellas (Ley de Arbitraje, artículo 47, numeral 6).

Igualmente el tribunal podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron la solicitud o que se dicte (Ley de Arbitraje, artículo 47, numeral 7). El solicitante siempre será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que la medida ocasione a la otra parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que no debería haberse otorgado. En este caso, el tribunal podrá ordenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, el pago de los señalados costos y de los daños y perjuicios (Ley de Arbitraje, artículo 47, numeral 8).

La Ley de Arbitraje estipula finalmente que en el arbitraje internacional las partes pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, durante el transcurso de las actuaciones y previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes (Ley de Arbitraje, artículo 47, numeral 9).

La Ley General de Contrataciones Públicas reitera que la solicitud de una medida cautelar no representa una renuncia al arbitraje. Una vez constituido el tribunal arbitral este asume competencia para

conocer la medida cautelar en el estado en que se encuentre (LGCP, numeral 85.1, literal "b"). Acota enseguida que antes de tomar una decisión, el juez o el tribunal arbitral deben evaluar la irreversibilidad de la medida así como el perjuicio que de esta se derive contra el interés público (LGCP, numeral 85.1, literal "c").

4. Medida cautelar *inaudita altera pars*

A continuación la LGCP incurre en un segundo error[11] al prohibir que se conceda una medida cautelar por el juez o por el tribunal arbitral sin traslado previo a la otra parte. Exactamente lo que faculta la Ley de Arbitraje en aplicación del citado principio *inaudita altera pars*, cuyo objeto es precisamente evitar que se consume la violación de un derecho durante el tiempo que se emplea en notificar a la otra parte y en recabar su posición al respecto. No hay, en estas materias susceptibles de ventilarse en un arbitraje, nada que no pueda resarcirse si se generan daños y perjuicios. Mayores son los daños y perjuicios que pueden evitarse expidiendo una medida cautelar para superar una emergencia. Sin embargo, la ley no lo ha entendido así (LGCP, numeral 85.1, literal "d").

Clásico es el ejemplo del edificio que se construye al lado de una casa cuyo propietario solicita una medida cautelar para que se suspenda la construcción de una pared que amenaza caer sobre su predio. Si se corre traslado a quien ejecuta la obra y se espera su respuesta, lo más probable es que la casa sea aplastada. Si se atiende el pedido a tiempo, lo más probable es que se evite que la casa sea aplastada. De eso se trata.

La Ley General de Contrataciones Públicas también dispone que no proceden las medidas cautelares destinadas a impedir, paralizar o retrasar el inicio o la continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento así como para la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial (LGCP, numeral 85.1, literal "e"). Parece razonable, salvo que el edificio que se construye al lado de la casa de nuestro ejemplo sea un hospital o un colegio, en cuyo caso tendrá necesariamente que detener la pared que está levantando y que se va a venir abajo sobre la casa

11 El primero es exigir que el árbitro de emergencia esté pactado en el contrato como condición para que pueda recurrirse a él.

colindante, aunque alguien pueda entender que la norma dice lo contrario. Si la pared se cae sobre la casa con toda seguridad la obra en su conjunto va a terminar suspendiéndose por más tiempo que el que tomará colocar zapatas y apuntalarla para evitar su colapso.

Nadie podrá justificar que se caiga la pared y sepulte la casa por el hecho de que forma parte de la edificación que albergará un hospital o un colegio. La ley, como se sabe, no ampara el abuso del derecho. Como dijo León Duguit (1927), "el derecho no es tanto la obra del legislador como el producto constante y espontáneo de los hechos" para luego precisar que:

> las leyes, los Códigos pueden permanecer rígidos en sus textos, pero por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos y por la necesidad práctica de regirlos surgen nuevas normas que originan a su vez, instituciones jurídicas nuevas (Duguit, 1927).

En todo lo que no haya previsto la LGCP y siempre que las medidas cautelares no se opongan a ella, se aplica la Ley de Arbitraje o el Código Procesal Civil, en ese orden de prelación, sentencia por último la propia LGCP con el propósito de no dejar nada sin regular (numeral 85.2).

5. Contracautela y caución juratoria

El contratista que solicite una medida cautelar en la vía judicial o arbitral está obligado a ofrecer una contracautela en favor de la entidad contratante, dispone la Ley General de Contrataciones Públicas. Acto seguido agrega que procede como contracautela la caución juratoria para contrataciones de hasta 200 UIT, así como para la contratación con micro y pequeñas empresas (LGCP, numeral 86.1). El Decreto de Urgencia 20-2020 modificó la Ley de Arbitraje y dispuso, entre otros cambios, uno que afecta a las medidas cautelares fuera de proceso que solicitan al juez comercial o, en su defecto, al juez civil "del lugar en el que la medida deba ser ejecutada o del lugar donde las medidas deban producir su eficacia" (Ley de Arbitraje, artículo 8, inciso 2) que es el precepto que se invocaba para pedirla en cualquier lugar.

La reforma se aplica a los casos en los que el Estado "sea la parte afectada con la medida cautelar", apreciación apresurada, por decir lo menos, pues una medida cautelar no necesariamente afecta a una parte, menos aún, a la que se le impide consumar una amenaza, a no ser que se entienda que esa prohibición pondrá en peligro una acreencia

o un derecho que de otro modo no podría hacer valer, lo que, desde luego, sigue siendo una conclusión que está por verse. Si no se concede más bien podría encontrarse afectado y muy seriamente quien la solicita y no es atendido su pedido porque podría consumarse la amenaza y perjudicarlo al punto incluso de no poder recuperarse de ese golpe. Por tanto, la parte afectada puede ser aquella a la que se le niega la medida y no solo aquella a la que se le impone esta, que es la hipótesis de la que parte el texto insertado en la Ley.

Sea de ello lo que fuere, "se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral".

Según el Código Procesal Civil, en primer término, "la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución" (artículo 613, párr. 1). El texto abona a favor de la tesis de que el afectado es aquella parte a la que se le impide consumar una amenaza cuando la verdad es que el afectado puede ser quien es privado de la medida que proteja su derecho, como queda dicho. En segundo lugar, el mismo cuerpo normativo refiere, respecto de la contracautela, que la admite y decide su naturaleza y monto el juez ante quien se la solicita quien, acto seguido, puede aceptar la propuesta que se le formula, puede graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que sea necesaria para cumplir con su propósito (Código Procesal Civil, artículo 613, párr. 2).

En tercer lugar, indica que la contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Esta última incluye la caución juratoria que puede aceptarse, "debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz". La real, acota luego, se constituye por el mérito de la resolución judicial que la admite, se inscribe en el registro público correspondiente y recae sobre los bienes de propiedad de quien la ofrece (Código Procesal Civil, artículo 613, párrs. 3-4).

En los arbitrajes con el Estado cuando se solicite una medida cautelar solo se podrá realizar ofreciendo como contracautela "una fianza bancaria y/o patrimonial" en los términos señalados. Ahí no queda el asunto. El texto, todavía vigente, incorporado en la Ley de Arbitraje agrega que el monto de la contracautela lo establece el juez o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar. La redac-

ción comprende tanto a la medida cautelar fuera de proceso que se le solicita al Poder Judicial como a aquella que se solicita en el arbitraje mismo, o sea, dentro del proceso que debe resolver la controversia suscitada.

Nótese que la parte modificada (Ley de Arbitraje, artículo 8) aborda los asuntos de competencia en la colaboración y control judicial que originalmente no se inmiscuía en la medida cautelar que eventualmente se puede pedir una vez iniciadas las actuaciones arbitrales. Ahora sí se inmiscuye y mezcla medidas cautelares judiciales y arbitrales.

Lo peor viene luego cuando, retomando el tema del monto de la contracautela, taxativamente ordena que este "no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento", que, a juzgar por lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debe extenderse "por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato […]" (Reglamento de la LCE, numeral 149.1). Cualquier medida cautelar que se requiera que involucre un reclamo por una cifra menor carece por completo de sentido, pues tendrá que afianzarse una cantidad superior a la que se discute con el riesgo evidente de perder ambas, la que está en entredicho y la que garantiza los daños y perjuicios que sin duda la entidad se encargará de imputar con cierta dosis de suerte y otro tanto de imaginación, entre otras razones, para que sus funcionarios no sean acusados de confabularse con el contratista en supuesto desmedro del Estado.

Imaginemos que en un contrato de un millón de soles con una fianza de fiel cumplimiento de 100 mil soles la entidad le quiere aplicar una penalidad al contratista por 10 mil soles. ¿Para evitar una penalidad de 10 mil soles tiene que poner una fianza de un valor no menor de 100 mil soles? Algo anda muy mal. El monto de la contracautela no presenta ninguna relación con la garantía de fiel cumplimiento. Son cuestiones totalmente distintas. Debe extenderse por un porcentaje de la suma involucrada en la medida cautelar. Tampoco por un monto equivalente a ella porque no tiene sentido afianzar el mismo monto que le quiere imputar a uno. En ese caso, mejor dejar que le apliquen la penalidad y reclamar sin pedir que se consume ese daño inicial. En otras palabras, prohibido pedir medidas cautelares.

La LGCP ha tenido el buen tino de derogar el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje que es precisamente

la modificación que el Decreto de Urgencia 020-2020 introdujo en esta materia. Esa derogatoria entrará en vigor cuando entre en vigencia la nueva ley y su reglamento.

6. Control difuso

Ello, no obstante, algunos tribunales arbitrales de gran solvencia profesional no aplican esta exigencia porque con razón la encuentran incompatible con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política del Perú al representar una limitación extrema y severa para quien no podría obtener una nueva fianza por la misma suma de la garantía de fiel cumplimiento que mantiene vigente, generando un estado de indefensión que vulnera los derechos a la igualdad, al acceso a la tutela jurisdiccional de urgencia y al debido proceso. Por esas consideraciones aplican más bien el control difuso que, de conformidad con el artículo 138 de la Carta, los faculta a abstenerse de exigir en un caso específico la norma legal que resulte incompatible con ella y que suponga un perjuicio al derecho de una de las partes, como lo ha reconocido la STC 142-2011-PA/TC.

El principio de igualdad es un pilar constitucional que exige la paridad de trato en toda relación o situación jurídica y con mucha más razón en un arbitraje en el que se debe respetar escrupulosamente el debido proceso que implica que ambas partes gocen de las mismas condiciones para defender sus derechos, destacándose que de exigirse la contracautela incorporada por el Decreto de Urgencia 020-2020 se configuraría un desbalance de gran magnitud y desproporción, generándose una inconstitucional barrera de acceso a la tutela de urgencia, razón por la cual no corresponde exigir como contracautela la fianza por el mismo monto al de la garantía de fiel cumplimiento. Ello, no obstante, para que la entidad no sufra daños y perjuicios como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar, para la eventualidad de que el laudo le sea adverso al contratista, los tribunales exigen que se ofrezca una contracautela en modalidad de caución juratoria de cuantía ilimitada como condición para el otorgamiento de la medida cautelar.

Los tribunales arbitrales han señalado que el control difuso puede ser empleado para medidas cautelares y no solo para laudos o sentencias judiciales. El proceso cautelar es un proceso en sí mismo para obtener tutela de urgencia que no por tener una relación de dependen-

cia respecto del proceso principal carece de autonomía procedimental así como de fines propios, al punto de que la medida cautelar puede tener la forma de laudo (Ley de Arbitraje, numeral 47.2.) lo que refuerza su relevancia y autonomía.

Siendo en ese contexto que el control difuso es una forma de proteger la primacía de la norma constitucional de la que puede hacer uso todo órgano jurisdiccional, la interpretación correcta del fundamento 26 de la STC 00142-2011-PA/TC (caso María Julia) dispone aplicarlo, de resultar pertinente, tanto al momento de laudar en el proceso principal como también en el llamado laudo de urgencia o decisión cautelar, pues sin la tutela cautelar el laudo puede perder toda eficacia[12].

El buen tino, sin embargo, se quedó en eso. Porque la nueva Ley General de Contrataciones Públicas deroga en efecto el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje que exige una contracautela no menor que la garantía de fiel cumplimiento pero establece que cuando la medida cautelar se refiera a pretensiones referidas a la validez, resolución o eficacia del contrato, el valor de la contracautela debe reflejar los potenciales daños y no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento que se hubiere otorgado. Acto seguido añade que si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el valor de la contracautela será equivalente al monto de la pretensión consignada en la solicitud cautelar (LGCP, numeral 86.3).

Es verdad que el proyecto de la ley eliminó la caución juratoria y mantenía la obligación de que la contracautela sea equivalente a la garantía de fiel cumplimento y que el texto finalmente promulgado restituyó tímidamente la caución juratoria y permitió reducir la contracautela hasta que sea equivalente al monto de la solicitud cautelar. Ambos ajustes, empero, son absolutamente intrascendentes.

Eso significa que un pedido para que, en vía cautelar, una entidad le adelante a un proveedor 10 mil soles, este necesita entregar una fianza por ese mismo monto si es que su contrato es de más de 1 millón 70 mil soles. Por último, la reforma debió depender del monto de la solicitud y no del monto del contrato.

---

12 Véase al respecto Gandolfo, R. (s. f.). Medida cautelar no admite contracautela desproporcionada. Semanario electrónico Propuesta, https://edicionespropuesta.blogspot.com/2020/09/medida-cautelar-no-admite-contracautela.html

Eso significa igualmente que si la contracautela va a ser equivalente al monto de la solicitud y el contratista requiere ese dinero para pagar a su personal, a sus proveedores y a sus subcontratistas, lo más probable es que no pida la medida. La pide porque necesita el dinero que no tiene. Si lo tuviera no pediría la medida sino que lo utilizaría para amortizar sus deudas.

7. Conclusiones

> Las medidas cautelares son una parte integral del arbitraje […], pues ayudan a garantizar que, si el tribunal emite un laudo favorable, este sea efectivo, y [al mismo tiempo] previenen que las partes causen daño irreparable al otro antes de la decisión final (Born, 2014, p. 1535). Esa es la premisa.

Sobre esa base mi opinión es que se deberían permitir las medidas cautelares *inaudita altera pars* y la caución juratoria sin limitación alguna para que se dicten y exijan según lo estime pertinente el tribunal arbitral. Y la contracautela, en los casos en que sea imprescindible, debe seguir la misma suerte de la garantía de fiel cumplimiento. La contracautela garantiza el resarcimiento por los daños que pueda ocasionar la medida, de la misma manera que la garantía de fiel cumplimiento asegura el resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Por consiguiente, la contracautela debería ser del diez por ciento del monto que se solicita a través de la medida o su equivalente. Es la única manera de que las medidas cautelares cumplan su objeto de garantizar la eficacia del laudo.

Antes de que se promulgue la nueva Ley General de Contrataciones Públicas existía la esperanza de que restituya la medida *inaudita altera pars* y la caución juratoria pero lo cierto es que los legisladores han estado más predispuestos a evitar que centros y tribunales de dudosa seriedad continúen expidiendo medidas cautelares que no reunían los requisitos más elementales para su procedencia. Y en ese objetivo no solo no han repuesto la medida *inaudita altera pars* y la caución juratoria, sino que han reiterado la obligación de entregar una contracautela absurda, equivalente al mismo monto de la medida que se solicita.

Es una mala práctica legislar para evitar el abuso del derecho. Pero la verdad es que las propias autoridades son en gran parte responsables de ello porque nunca cumplieron con el mandato contenido en la Ley de Contrataciones del Estado, vigente al momento de escribir

estas líneas, que le encargaba a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) que defina cuál es la instancia competente para acreditar a las instituciones arbitrales, la que a su turno también regulará el procedimiento que se deberá seguir para tal efecto[13].

En ese marco normativo cualquiera de las partes tenía el derecho de iniciar el arbitraje que era obligatoriamente institucional para todas las controversias, cualquiera que sea su cuantía, que se deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea mayor de cinco millones de soles (Reglamento de la LCE, artículo 225.3). La parte que lo iniciaba recurría a la institución arbitral elegida según el procedimiento previsto en su respectivo reglamento (Reglamento de la LCE, artículo 225.4).

El arbitraje, sin embargo, se iniciaba ante cualquier institución arbitral cuando no se había incorporado un convenio expreso en el contrato, cuando a pesar de haberse incorporado un convenio expreso, no se había designado a una institución arbitral, cuando se señalaba que el arbitraje sería *ad hoc* no pudiendo serlo, cuando en el convenio no había precisado el tipo de arbitraje, cuando en el convenio se le encargaba el arbitraje al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en contravención a lo establecido y cuando se trataba de controversias que se desprendían de órdenes de compra o de servicios derivadas de acuerdos marco, siempre que no se hubiere incorporado un convenio arbitral en ellas (Reglamento de la LCE, artículo 226.2).

Se entiende que la posibilidad de iniciar el arbitraje ante cualquier institución arbitral estaba circunscrita a aquellas acreditadas por el sistema previsto en la ley y encargado a la Presidencia del Consejo de Ministros. Como este mandato nunca se cumplió, las partes quedaron en libertad de iniciar el arbitraje literalmente ante cualquier institución arbitral, lo que desencadenó la proliferación y el abuso de las medidas cautelares que se quiso frenar y se quiere de la manera menos indicada, como se ha anotado.

En lugar de poner a andar la acreditación de instituciones arbitrales se optó por provocar el problema que se ha dejado en herencia a

13 Vigésima segunda disposición complementaria final del TUO de la LCE, Ley 30225, aprobado mediante el Decreto Supremo 082-2019-EF, añadida, a su vez, por la quinta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1444.

la nueva norma, eliminando las medidas cautelares *inaudita altera pars*, virtualmente eliminando la caución juratoria y fijando una contracautela obligatoria extremadamente elevada que desalienta a las partes a recurrir a esta importante alternativa para garantizar finalmente el cumplimiento del laudo.

REFERENCIAS

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2.ª ed., vol. 1). Kluwer Law International.

Código Procesal Civil.

Duguit, L. (1927). *Transformaciones del derecho privado*. París.

Ley de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071, del 27 de junio de 2008.

Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP), Ley 32069, promulgada el 21 de junio de 2024.

Real Academia Española (RAE). (2023). *Diccionario panhispánico jurídico*. https://dpej.rae.es/lema/cauci%C3%B3n-juratoria

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), modificado por el Decreto Supremo 377-2019-EF.

Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 31589, aprobado mediante el Decreto Supremo 206-2024-EF, del 5 de noviembre de 2024.

JUSTICIA PROCESAL Y MATERIAL EN LAS NOTIFICACIONES ARBITRALES

Raffo Velásquez Meléndez[1]
Paulo Castañeda Montalván[2]

Resumen

Este trabajo examina el principio general de libertad de pacto de las partes, específicamente en el caso de las reglas de notificaciones y plazos en el arbitraje. Los autores analizan que dicha libertad no es absoluta, pues, como toda figura, se encuentra limitada por el orden constitucional. En este caso, el acuerdo sobre las reglas de notificaciones y plazos arbitrales deben respetar las garantías del debido proceso, el cual es un derecho fundamental. En ese sentido, las partes deben asegurarse de que las reglas pactadas sean válidas y razonables en el marco legal y constitucional y, por otro lado, los tribunales arbitrales deben actuar con diligencia en las notificaciones de las partes.

1 Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli studi di Palermo, con posgrado en Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Socio de RVM Abogados. Correo electrónico: rvelasquez@rvmlegal.com.

2 Maestrando en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con posgrado en Contrataciones del Estado por la Universidad del Pacífico y por la PUCP. Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociado sénior en RVM Abogados. Correo electrónico: pcastaneda@rvmlegal.com.

1. Introducción

El artículo 139, inciso 1, de la Constitución Política del Perú (1993), califica al arbitraje como "jurisdicción" porque es un mecanismo para administrar justicia. Para dotar de la mayor eficacia posible esa decisión reconocida por el constituyente, el legislador la reviste de la cualidad de cosa juzgada, lo que la hace difícilmente revisable. Trágicamente, se olvida que esas fueron las razones por las cuales el arbitraje es calificado como jurisdicción. Y es que el razonamiento de la jurisprudencia es muy básico: el arbitraje es jurisdicción; ergo, se le trasladan todas las garantías judiciales del debido proceso (menos pluralidad de instancias y juez predeterminado por ley) (Sentencia 00042-2011-PA/TC).

No negamos la trascendencia de algunas de esas garantías en el campo arbitral, pero incluirlas debe responder más a las peculiaridades del arbitraje que a un mero traslado de asuntos judiciales al campo arbitral. Precisamente, en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se habilita a las partes a modificar los mecanismos de notificación y los plazos que se prevén de forma supletoria.

¿Hasta dónde pueden llegar esos pactos sobre las notificaciones y los plazos? ¿Qué asuntos pueden ser prescindibles o no? Aunque no sea evidente, en esas actuaciones y tiempos, subyace la protección más básica de las reglas materiales y procesales. Como ha señalado reiteradamente el máximo intérprete de la Constitución, "no existen islas exentas del control constitucional" (Sentencia 02020-2020-PHC/TC).

Por ello, en estas líneas, buscaremos desentrañar los alcances y las limitaciones aplicables al artículo 12 del Decreto Legislativo 1071, así como su relación con acuerdos justos y con el debido proceso[3],

3 "Artículo 12. Notificaciones y plazos.
Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:
a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
b. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que per-

como contenido constitucionalmente protegido en dicho cuerpo normativo.

2. El principio general: libertad de las partes

2.1. "Salvo acuerdo en contrario de las partes"

La frase "salvo acuerdo en contrario de las partes", con la que inicia el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071, indica la naturaleza de esa disposición. Remarca que las notificaciones y los plazos se rigen por la voluntad de las partes, las cuales podrán fijar esas reglas procesales de modo directo o indirecto.

Si el arbitraje es una expresión de la autonomía de la voluntad, un pacto libre para sustraer conflictos del ámbito judicial y someterse a la decisión de un privado, existirán pocos reparos para admitir que las partes también tienen libertad para definir el diseño del procedimiento donde tramitarán esa controversia.

Sin embargo, como resalta el Tribunal Constitucional, ninguna libertad es absoluta, y la autonomía privada no es la excepción, pues también debe sujetarse a ciertos límites[4]. Si bien el principio general del arbitraje es que las partes tienen libertad para definir cuestiones propias del trámite procedimental (como las notificaciones y los plazos aplicables), esa libertad debe respetar las garantías constitucionales mínimas del contenido del debido proceso.

La autonomía de la voluntad permite que las partes diseñen mecanismos *sui generis* de notificación, plazos y procedimientos, pero tal libertad solo opera bajo la condición de que no se perjudique a una y se beneficie a otra; es decir, que exista un trato igualitario entre las partes.

---

mitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.

c. Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados, así como los días no laborables declarados oficialmente".

4 Al respecto, pueden verse los precedentes vinculantes sobre materia arbitral de los casos de Cía. Minera María Julia (Sentencia 0142-2011-AA, fd. 12) y Fernando Cantuarias (Sentencia 6167-2005-HC, fd. 9).

Incluso, en materia contractual, se busca proteger a la parte más débil. En ese sentido, en el artículo 34, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071, se dispone que la libertad para configurar el procedimiento tiene como límite el trato equitativo en la oportunidad de defensa.

2.2. Salvo acuerdo "válido" en contrario de las partes

En un campo en el que reina la autonomía privada, los límites instaurados usualmente se dirigen a proteger a la parte débil de la relación. Y con relación a los límites procesales, usualmente se trata de medidas que procuran —en la mayor medida posible— el arribo a decisiones justas, en cuanto al trámite para su obtención o justas en su contenido. Esto se conoce como "garantías del debido proceso".

De ahí que, no sería correcto entender que las reglas de notificación y plazos del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071 son aplicables "solo" ante la ausencia de un acuerdo entre las partes. Y es que, si las reglas acordadas contravinieran el debido proceso u otra garantía constitucional, el tribunal arbitral (o quien ejerza control jurisdiccional sobre él) deberá inaplicar o invalidar tales reglas.

De tal suerte que, ante ese eventual vacío, se deberá acudir a los criterios del artículo 12 del mencionado decreto. De hecho, en el artículo 63, inciso 1, literal "b", se prevé como causal de anulación de laudo la existencia de problemas de notificación debida de las actuaciones arbitrales. De ese modo, la manera correcta de leer este dispositivo sería: "Salvo acuerdo **válido** [énfasis añadido] entre las partes", se aplicarán las reglas de notificación y plazos que prevé el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071.

Este es uno de los límites materiales que podemos identificar. Sobre estos, advierte Wagner (2019), pocas veces se restringe la autonomía privada para proteger intereses públicos. En la mayoría de las ocasiones, tales límites defienden a las mismas partes: procuran asegurar acuerdos justos o, si se prefiere, evitar pactos inequitativos.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 6, literal "a", del Decreto Legislativo 1071, la libre voluntad de las partes para fijar las reglas procesales comprende también la libertad de delegar a un tercero ese asunto. Esto último ocurre cuando los árbitros —o la institución arbitral— fijan las reglas procesales aplicables a través de sus decisiones o reglamentos institucionales. Allí también opera la libertad de las partes, pues ellas eligieron dichos entes. De hecho, el artículo mencionado

tiene un tenor similar al artículo 2, literal "a", de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que es comentado por Ortolani (2020) en los siguientes términos

> Es especialmente importante garantizar que los litigantes puedan remitirse a la determinación de un tercero [para fijar las reglas procesales], ya que ésta es una de las formas típicas como se expresa la autonomía privada en el arbitraje. En otras palabras, hay muchas situaciones en donde las partes evitan el estancamiento del arbitraje al delegar su confianza en un tercero (normalmente una institución arbitral) para que determine [ciertos asuntos procesales] en su nombre (por ejemplo, nombrando a un árbitro); delegar en un tercero de confianza, como una institución administradora, permite que se adopte una decisión y, por lo tanto, que el arbitraje prosiga, incluso en los casos en donde las partes no pueden llegar a ningún tipo de acuerdo por sí solos. Por lo tanto, sería realmente perjudicial para la práctica del arbitraje que la Ley Modelo [de Arbitraje] se interprete de tal modo que siempre se requiriera un acuerdo directo entre las partes, sin considerar la posibilidad de que los supla alguna entidad (p. 32).

Lo anterior puede generar ciertas interrogantes. En efecto, si del artículo 6 del Decreto Legislativo 1071 se entiende que *siempre* hay voluntad delegada por las partes a los árbitros y *algunas veces* a instituciones arbitrales para que fijen las reglas de notificación y plazos, cabe preguntarse: ¿en qué casos se aplicarán las reglas supletorias del artículo 12, que inicia su regulación con la frase "Salvo acuerdo en contrario de las partes"?

Si bien el artículo 6 del Decreto Legislativo 1071 abarca varios supuestos imaginables, aún deja espacio para aplicar las reglas supletorias del artículo 12. Por ejemplo, se aplicará esta regulación a los arbitrajes institucionales o *ad hoc* que se sometan a reglamentos que carezcan de un régimen especial de notificaciones y plazos, o cuando simplemente no se acuerde aplicar ningún reglamento arbitral.

En cualquiera de esos casos, podría entenderse que la voluntad de las partes fue someterse a las reglas generales del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071. Aunque, incluso en este último supuesto, los tribunales arbitrales mantendrán un poder para regular otras cuestiones distintas o complementarias a lo que prevé el mencionado artículo.

2.3. Alcances del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071: las actuaciones que cubre

Sobre los alcances de este artículo, se debe señalar que sus reglas solo aplican a los ámbitos prearbitral (trato directo y solicitud arbitral) y arbitral, nunca al ámbito judicial. Lo usual es que esas reglas se apliquen al ámbito prearbitral; pues, al iniciar el arbitraje, las partes suelen fijar sus domicilios procesales y asumir la carga que eso supone, salvo que se inicie el arbitraje en rebeldía del demandado, en cuyo caso seguirá dirigiéndosele las notificaciones según el régimen del artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071.

Las actuaciones del juez vinculadas al arbitraje —ejecución de medidas cautelares fuera de proceso, auxilio (actuación de pruebas o medidas de coacción), anulación, ejecución o reconocimiento de laudo— se regirán por las reglas de notificación y plazos judiciales que prevén para cada caso el Decreto Legislativo 1071, el Código Procesal Civil y el Código Procesal Constitucional. No por las reglas del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071. Y es que, mientras las partes —y, en su caso, los árbitros— tienen disponibilidad sobre las reglas procesales del artículo 12 citado, los jueces no cuentan con esa libertad, ya que los principios que rigen su actuación son muy distintos.

No obstante, las reglas del artículo 12 sí pueden ser complementadas por cierta regulación y jurisprudencia procesal en materia de notificaciones y plazos judiciales. No decimos que sean reglas supletorias aplicables al arbitraje, sino que remarcamos que se podrán ser aplicables aquellas reglas y criterios judiciales vinculados a garantías mínimas de debido proceso en materia de notificaciones y plazos. Esto porque, cuando se trata de una garantía constitucional, sus criterios son transversales a todo tipo de proceso.

3. Finalidad e interés protegido en el acto de notificación

El objetivo del acto de notificación es informar, hacer de conocimiento de los sujetos del proceso cierto asunto que puede incidir sobre su situación jurídica[5]. Esto es relevante porque de ese conocimiento

5 Por ejemplo, en el artículo 155 del Código Procesal Civil, se dispone que "el acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales"; mientras que, en el artículo 27.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se indica que se tendrá por bien notificado al administrado cuando

depende la eficacia de la decisión comunicada (sin notificación, la decisión no puede desplegar efectos sobre las partes). Por ese motivo, el TC señala que una decisión jurisdiccional solo puede ser eficaz desde que es realmente notificada o desde que los sujetos manifiestan conocer su contenido.

Lo anterior no ocurrirá, por ejemplo, si el tribunal se limita a anunciar el sentido de su decisión, pero no comunica el contenido de ella. Es decir, no basta con comunicar la parte resolutiva de la decisión, sino que se debe brindar toda aquella información necesaria para que los sujetos se encuentren en una posición adecuada para defenderse. De ello, concluyó el TC, que mientras no se notifique toda la decisión, no correrá ningún plazo para ejercer las defensas (Sentencia 1142-2018-AA, fundamento 2).

En suma, el objetivo de notificar es informar para facilitar la defensa; pues, si no se conocen las razones por las que se otorga o se niega un beneficio, o se aplica una sanción, se imposibilitan las medidas destinadas a cuestionar o a impugnar esa decisión[6].

No obstante, debemos evitar el sesgo de creer que los destinatarios de las notificaciones son indefensos personajes que esperan pacientemente la oportunidad de ser llamados a actuar. Y es que, muchos problemas de notificación son provocados por los mismos destinatarios que buscan impedir o dilatar que les lleguen las comunicaciones[7]. Es decir, en materia de notificaciones, no existe un camino de una sola

---

existan elementos "que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución [que se buscó notificar]".

6 Lamentablemente, los problemas de notificaciones son variopintos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español consideró que se agravia el derecho de defensa cuando las notificaciones no se dejan en el domicilio del destinatario, sino que el trabajador postal se limita a constatar la inexistencia de un buzón en el portal de la casa y a vociferar desde la calle el nombre del destinatario, para luego declarar que no vivía en el lugar indicado (Sentencia 14/1987, del 11 de febrero, fundamento 3).

7 Un ejemplo de larga data lo brinda Laurent (2008) quien comenta el siguiente escenario: "En edicto de febrero de 1580, se dispuso que todas las personas que poseyesen señoríos o fortalezas, u otros edificios de difícil acceso, estaría obligadas a elegir domicilio en la ciudad del reino más próximo a su morada o residencia ordinaria, donde se les notificarían los mandamientos. El objeto de esta singular disposición era poner a los notificadores a cubierto de las crueldades y malos tratamientos con que por lo regular se les recibía en los castillos feudales… [Por eso] era una necesidad permitir que las notificaciones se le hiciesen a distancia" (p. 155).

vía, sino que muchas veces los tribunales tendrán que ponderar entre los intereses dispares de las partes, aunque lo usual es que cooperen entre sí para facilitar el envío y la recepción de notificaciones.

En efecto, de un lado, está el demandante de buena fe, interesado en que el proceso arbitral continúe su trámite, para lo cual agencia al tribunal arbitral con distintos elementos para ubicar al demandado y lograr su notificación efectiva y, así, acelerar el trámite del proceso arbitral. Sin embargo, también existen demandantes de mala fe, quienes no brindan información al tribunal arbitral, con el objetivo de perturbar o de impedir la notificación y la defensa del demandado.

De otro lado, hay demandados de buena fe, que brindan datos para su fácil ubicación y notificación, y de mala fe, que toman medidas para eludir la notificación, y así dilatar o impedir el trámite del proceso. Desde una perspectiva de colaboración y buena fe, ambas partes del proceso tienen la carga de otorgar información al tribunal arbitral o a su contraparte para facilitar los actos de notificación.

En el medio entre uno y otro sujeto se encuentra el tribunal arbitral, el cual tiene la carga de realizar diligentemente las notificaciones y se asegura de que lleguen de forma efectiva a un destino que garantice la puesta en conocimiento de cierta decisión. Esto no quiere decir, como señala Picó i Junoy (2004), que sobre los tribunales pese la carga de realizar largas y arduas pesquisas ajenas a su función para determinar el lugar de notificación, aunque "sí tienen la obligación de dar la debida relevancia jurídico-procesal a los datos obrantes ante ellos [facilitados por las partes] y, observando la diligencia mínima que les es exigible, localizar a los interesados que, como tales, aparecen identificados en el proceso" (p. 6).

Desde esa perspectiva, la prueba de la existencia y diligencia de las notificaciones corresponderá al tribunal arbitral y no a las partes, que, de lo contrario, estarían sujetas a la arbitraria exigencia de probar un hecho negativo (Sentencia 8865-2006-AA, fundamento 7). Asimismo, corresponderá al centro de arbitraje o al tribunal arbitral probar que notificó en un lugar debido, ya sea en el domicilio legal de las partes, o en el lugar expresa y/o voluntariamente habilitado por ellas (Sentencia 3394-2021-AA, fundamentos 16-17), aunque nada obsta para que la parte interesada en notificar a su contraparte (y así asegurar la validez del arbitraje) colabore con esa tarea. En ese sentido, Gascón Inchausti (2008) señala que:

> El deber de realizar la indagación razonable acerca del lugar en que practicar la notificación recae sobre el árbitro o sobre la institución encargada de la administración del arbitraje: es la labor de estos sujetos la que ha de ser examinada por el tribunal a los efectos de considerar que ha sido "razonablemente diligente". No obstante, nada impide que para ello puedan recibir la ayuda de la parte vencedora en el arbitraje, dado su obvio interés en la notificación para poder promover la ejecución del laudo. Ahora bien, la simple referencia de los árbitros o instituciones arbitrales a supuestas labores infructuosas de la parte vencedora no son suficientes para cumplir con el deber que les impone el precepto, dado que existe siempre el riesgo de fraude o engaño por parte de este sujeto para forzar una notificación ficticia que evite una eventual acción de anulación (p. 104).

No estamos ante una carga que recaiga en exclusiva en el tribunal y en el interesado en promover el arbitraje, sino que también alcanza al demandado. Ambos deben brindar facilidades al tribunal arbitral y/o a su contraparte para ser ubicados y notificados. De esta manera, si voluntariamente entran a un arbitraje y cambian de dirección y no lo comunican, o si brindan una dirección que no da seguridad de las notificaciones entregadas, la parte que designó el domicilio defectuoso deberá asumir las consecuencias de su falta de diligencia (Sentencia 1848-2008-AA, fds. 7-8)[8]. Esto, sobre todo, cuando existan indicios de mala fe procesal, lo que ocurriría, por ejemplo, cuando la parte demandada provoca un problema de notificación para beneficiarse con la dilación en el trámite por defectos de notificación, o cuando el de-

8 En el Expediente 2545-2022-AA, se analiza una demanda de amparo donde una entidad estatal requiere la nulidad de una resolución arbitral que declaró que no cumplió con presentar la demanda en el plazo otorgado. En consecuencia, la entidad demanda también la nulidad de todas las actuaciones arbitrales siguientes. El amparista sostiene que la decisión del tribunal arbitral que fijó el plazo para demandar no fue bien notificada a los correos electrónicos fijados por él. Alega que las notificaciones electrónicas del tribunal arbitral fueron derivadas en automático a su carpeta de correos no deseados debido al sistema de seguridad *antispam* instalado por la misma entidad. De modo que, a su juicio, no pudo ejercer su derecho de defensa.

En primera instancia judicial —en criterio que compartimos—, se declaró improcedente la demanda, al sostener que la parte que inicia un arbitraje y brinda una dirección que no da seguridad de las notificaciones entregadas deberá asumir las consecuencias de su falta de diligencia. Al menos, eso exige el principio de buena fe procedimental; mientras que, en segunda instancia, se confirmó la improcedencia, pero bajo el argumento de que el amparo no calzaba en ninguno de los supuestos de procedencia de amparo contra arbitraje que prevé el precedente de Cía. Minera María Julia.

mandante brinda direcciones erradas para perturbar o impedir que su contraparte pueda defenderse adecuadamente[9].

4. Notificación y domicilio

La relación entre notificación y domicilio es que, si el domicilio es el lugar de residencia habitual, donde habita con regularidad un sujeto, esa situación de hecho permite deducir que toda comunicación dirigida allí efectivamente será de conocimiento de ese sujeto, afirma Zegarra Valencia (2021) explica. Es decir, la noción de domicilio habilita a crear una presunción de notificación debida. De ahí su trascendencia.

El problema radica en que *domicilio* es un término engañoso debido a las múltiples aceptaciones y sentidos que se le atribuye[10]. Para el ámbito civil, Diez-Picazo y Gullón (2019) manifiestan lo siguiente:

> [El concepto de domicilio es fundamental] porque la persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Imaginemos que los acreedores persiguen judicialmente al deudor para que se les pague los créditos: ¿dónde se le demandará? Sin ese elemento que es el domicilio, que sitúa al hombre en el espacio, que lo relaciona con un lugar (localizándolo), las relaciones serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirme que el domicilio es la sede jurídica de la persona (p. 245).

---

9 Un sistema diferente opera en los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), pues los comentaristas de su reglamento de arbitraje resaltan que la Secretaría se limita a notificar a la dirección señalada por el demandante, sin verificar si es correcta o si corresponde al contrato. De este modo, si fracasa la notificación, la Secretaría requiere otra dirección para notificar, y, si tampoco es posible notificar, se deja que el demandante decida si se prosigue con el arbitraje o no. Así, el demandante tiene la carga de la diligencia debida en las notificaciones, pues él sufrirá las consecuencias negativas de la eventual inejecutabilidad del laudo por falta de notificación debida del demandado (Fry *et al.*, 2012; Webster & Bühler, 2014).

10 En una óptica constitucional, el domicilio es el lugar donde una persona establece su estadía o morada, de forma que puede entenderse que tiene una expectativa razonable de privacidad que justifica la inviolabilidad de ese espacio o la exclusión de terceros, salvo autorización judicial o flagrante delito, tal como manda el artículo 2, inciso 9, de la Constitución (Sentencia 3976-2014-HC, fundamento 2.3; Sentencia 7455-2005-HC, fd. 4). Sin embargo, según esa noción, se podría calificar como domicilio lo que se conoce como "habitación", que es un lugar de residencia temporal o accidental, como la habitación de un hotel. Y es que en esos casos, también opera la exigencia de inviolabilidad de domicilio, porque en dichos espacios reservados funciona el derecho a la privacidad de las personas. En conclusión, la idea constitucional de "domicilio" tiene un propósito distinto (proteger el derecho a la privacidad) a los fines del ámbito civil, por lo que no conviene extrapolar sus contenidos.

Desde esa perspectiva, se debe tener cuidado en diferenciar entre la identificación del *domicilio como hecho*, como lugar efectivo de residencia o de actividades principales; y del *domicilio elegido*, como lugar señalado por la ley para producir ciertos efectos jurídicos. Algunas leyes consideran los elementos de hecho para identificar el domicilio de una persona, pero otras fijan el domicilio según otros factores (la simple elección de una dirección por parte del sujeto, la de sus actividades empresariales, etcétera). Por eso, al final de cuentas, lo que importará es ubicar aquel lugar que la ley califica como domicilio o como ubicación geográfica que pueda producir efectos jurídicos sobre el sujeto.

El artículo 33 de nuestro Código Civil se acerca a la idea de *domicilio como hecho*, pues dispone que "el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un *lugar*". Aunque para interpretar este texto, es mejor profundizar más en las nociones de "residencia" y "habitualidad". Por ejemplo, en el artículo 89 del Código Civil argentino, también se usa la noción de "residencia" para referirse al domiciliopor lo que Rivera (2004) comenta que se trata del "lugar donde habita la persona de manera ordinaria con cierto grado de estabilidad, aunque sin requerir el propósito de permanencia indefinida, ni el de centralizar allí la actividad de la persona". Además, agrega que "se convierte en domicilio cuando existe voluntad de permanecer" (pp. 634-635), cuando su uso es habitual.

Y con relación a la noción de habitualidad, es pertinente señalar que nuestra regulación toma del artículo 40 del Código Civil de España su noción de "habitualidad", que es comentada por De Castro y Bravo (2008) en los siguientes términos:

> La habitualidad es el signo distintivo del domicilio y el que le separa de la mera residencia. Le caracteriza, más que la duración y permanencia, la nota de ser la residencia normal y la presumible para el futuro próximo, podría decirse que es aquella que en sí misma (en potencia) manifiesta su continuabilidad. No ha de confundirse con la perpetuidad ni con la residencia indefinida, pues puede haber domicilio cuando la residencia tenga señalada un plazo (p. 459).

Con estas aclaraciones, podemos entender que el *domicilio como hecho* será el lugar donde las personas tienen una estancia por un tiempo relativamente prolongado, ya que concurren ciertos elementos que permiten presumir que existen expectativas de una permanencia dilatada. Esa presunción se puede deberse a distintas razones, como la evidencia de que la persona habita el lugar con su familia, está en el

lugar para desarrollar sus negocios o de que ha formado relaciones de vecindad, entre otras.

Pero como señalamos, la ley no siempre realiza este acercamiento material para determinar el domicilio. Es decir, no necesariamente toma en cuenta la residencia habitual de las personas para decretar dónde está el domicilio. De modo que, el aplicador del derecho siempre deberá considerar el domicilio "fijado por la ley".

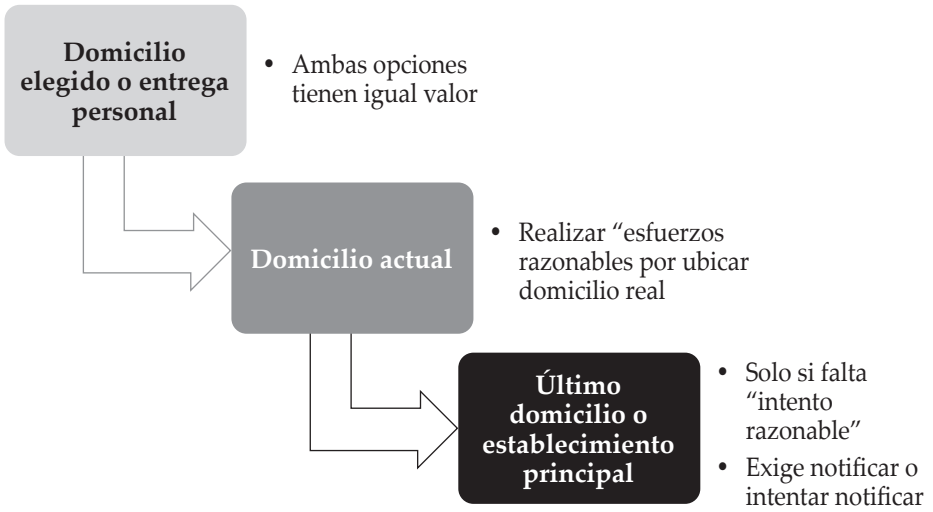
Un buen ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 34 del Código Civil peruano, en el cual se dispone que los actos jurídicos pueden señalar "domicilios especiales" vinculados para lo allí regulado. A su vez, en el artículo 1374, se prevé que las declaraciones contractuales (oferta, aceptación, revocación, acuerdos) se dirigen a la "dirección" del destinatario. Esto indica que, en estricto, se trata de una "dirección" a la que la ley le ha otorgado la condición de "domicilio" solo para tener un lugar vinculado al cumplimiento de ciertos derechos y obligaciones, sin importar si se trata o no del lugar de residencia habitual.

4.1. El domicilio en el proceso arbitral

El acercamiento anterior permitirá comprender mejor el art. 12.a LA que impone el siguiente orden de prelación sobre los lugares a donde deben dirigirse las notificaciones:

TABLA 1

Orden de prelación del artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071



El régimen aquí graficado requiere algunas precisiones sobre los conceptos que se mencionan y la forma en que se articulan y aplican. En primer lugar, para la norma, es importante asegurarse del conocimiento efectivo de la comunicación a su destinatario. Por ello, a diferencia de las normas procesales judiciales, en el artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071, se establece como regla la entrega de la notificación "personalmente al destinatario". Eso, desde luego, no exige la entrega en el domicilio de este, sino en el lugar donde estuviera.

Naturalmente, se necesitará alguna prueba de esa entrega o el reconocimiento del destinatario de que recibió el documento, lo cual puede generar problemas de aplicación. Por ello, Hernández-Gil (2006) critica que:

> la Ley no regula ni precisa qué se entiende por "entrega personal al destinatario", ni qué es lo que se le entrega, ni cómo se deja constancia regularmente para acreditar quién ha sido el receptor, cuál es el contenido de lo entregado y cuándo el momento preciso de la entrega. (p. 205)

En segundo lugar, y con igual valor que la modalidad anterior, el artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071, prevé la entrega de notificaciones en la dirección o, si se prefiere, en el "domicilio elegido" y señalado en el contrato[11]. Una exigencia del deber de buena fe procedimental es que el demandado tome las precauciones y diligencias adecuadas para asegurarse de recibir las notificaciones dirigidas al domicilio que él mismo señaló. De modo que, si cambió o abandonó ese domicilio y no lo informó, ni tomó las precauciones necesarias para seguir recibiendo las notificaciones, no se viciará o afectará su debido proceso si estas se siguen dirigiendo a la dirección indicada.

En esa línea, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) sostiene en su Opinión N° 107-2012/DTN lo siguiente "la notificación del pronunciamiento o de las observaciones de la Enti-

11 En el plano conceptual, podría cuestionarse que la dirección indicada en un contrato como "domicilio elegido" no necesariamente se corresponde con un auténtico "domicilio", que se vincula más a una residencia habitual. Por eso, los autores franceses clásicos (que manejan igual idea) prefieren no denominar como "domicilio" a la dirección señalada en los contratos. Por ejemplo, Planiol y Ripert (1945) señalan: "El domicilio elegido es menos un verdadero domicilio [y más] una derogación convencional de los efectos normales del domicilio real. Esta derogación tiene por objeto atribuir competencia, para el conocimiento de los litigios derivados de un acto jurídico, a un tribunal que no le corresponde al domicilio general de las partes [y no indicare el lugar de residencia habitual o principal]" (p. 165).

dad debe realizarse en el domicilio establecido por el contratista en el contrato, siendo responsabilidad de este último disponer del personal necesario para la recepción de notificaciones". Desde luego, se trata de un comentario general del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071 que amerita ser analizado en cada caso concreto.

Y es que, podrían darse algunas excepciones que justifiquen una evaluación distinta. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, se había señalado el predio arrendado como "domicilio elegido"; sin embargo, al pretender notificar en esa dirección, era evidente que el destinatario ya no habitaba el lugar, que estaba abandonado (de hecho, eso fue parte del debate arbitral). En tal caso, a pesar de que en la documentación existente también se indicaba el domicilio real del demandado, no se realizó ninguna "indagación razonable" para ubicarlo y notificarlo. Ante ello, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró fundada la demanda de anulación de laudo por vicios de notificación (sentencia del 5 de junio de 2013, sección 1a, Recurso 50/2012).

Ahora bien, ante el impedimento o la infructuosidad de alguna de las opciones de notificación antes indicadas, el artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071, dispone que la comunicación deberá dirigirse al "domicilio real" del destinatario. Si bien también se prevé la opción de enviar la comunicación a la "residencia habitual", ya vimos que esa es la noción precisa de "domicilio" (ex artículo 33 del Código Civil)., de modo que estamos ante una redundancia de la norma. También puede ser redundante la opción que prevé la norma de dirigir la notificación al lugar de "actividades principales" del destinatario.

No quedan dudas de que la ubicación del domicilio del destinatario genera una serie de problemas de indagación y la carga de probar qué lugar merece el calificativo de "domicilio" o "lugar de actividades principales". Sin embargo, creemos que no se trata de conceptos diferentes, sino que la referencia al "lugar de actividades principales" es un intento del legislador por volver objetivo el requisito de habitualidad de una residencia. De hecho, ese concepto es un rezago del Código Civil francés, cuyo artículo 102 vincula el domicilio con el "establecimiento principal". En esa línea, Colin y Capitant (1939) definen el domicilio como aquel lugar "donde uno tiene el centro de sus intereses, de sus negocios, de sus relaciones, aquel del que uno sólo

se aleja accidentalmente, donde uno siempre conserva el espíritu de retorno; todo esto constituye el establecimiento principal" (p. 294). Por su parte, Beudant (1896) señalaba que

> con estas palabras "el lugar del establecimiento principal", el Código designa el lugar donde el hombre tiene, al mismo tiempo, su morada, el centro de sus negocios, la sede de su fortuna, sus afectos familiares. La mayoría de las veces, la residencia y el domicilio serán uno, porque la mayoría de las personas viven en un solo lugar donde viven ejerciendo su oficio o profesión. Pero una persona puede residir en un punto distinto de aquel en que tiene su establecimiento principal. El domicilio, pues, ya no [necesariamente] es el lugar donde reside el hombre, sino el lugar al que le une ese conjunto de intereses que constituye el establecimiento principal. La determinación del domicilio por el lugar del establecimiento principal es una cuestión de hecho, pero existen ciertos grupos de personas a quienes la ley les asigna un domicilio de oficio, presumiéndose así de antemano dónde se encuentra necesariamente su establecimiento principal (p. 241).

El problema de usar la noción de "establecimiento principal", como la mayoría de los autores franceses resalta, es que suele ser difícil probar o indagar dónde se realiza la actividad principal del sujeto, sobre todo, de quienes tienen múltiples actividades. Esto ha llevado a esa jurisprudencia a atribuir la calificación de "domicilio" a los lugares que se asemejan más a las residencias que cumplen el requisito de habitualidad". Y también a admitir (en contra del espíritu original del Código Civil francés) la posibilidad de que las personas tengan más de un domicilio.

Por lo anterior, son bastante oportunos los comentarios de Bantekas (2020) al artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI, en el cual se inspira el artículo 12 de nuestro Decreto Legislativo 1071, lo que nos permiten comprender adecuadamente los alcances de la norma:

> La definición más adecuada de "lugar de negocios" a los efectos estrictos del artículo 3 [de la Ley Modelo], no es necesariamente el domicilio legal de una parte, ni su lugar principal de negocios, ni su oficina central. Dado que el objetivo del artículo 3 es la recepción efectiva de una comunicación escrita —y, por lo tanto, permite incluso la entrega personal—, el establecimiento puede ser diferente de la sede legal, si su establecimiento efectivo se encuentra en otro lugar […].
>
> En caso de varios establecimientos de negocio, prevalecerá el que más haya aparecido en las transacciones de las partes (es decir, por correspon-

> dencia anterior, membrete efectivo, aparición en el sitio web oficial, lugar anterior de reuniones, domicilio registral, etc.). En general, la primacía del fondo sobre la forma es el mejor determinante del establecimiento de una parte (pp. 63-64).

4.2. Las notificaciones en el arbitraje

Según la jurisprudencia comparada, se puede acreditar que cierto lugar merece ser calificado como "domicilio" o "establecimiento principal" para fines de notificación. Se podrían usar elementos como, por ejemplo, el domicilio donde habita la familia de la persona, el lugar donde están las oficinas de su principal actividad económica o el lugar en donde tiene su única propiedad inmueble. Incluso, en algunos casos podría considerarse como domicilio aquellas direcciones señaladas en nuevos contratos o en procesos judiciales recientes. Dependerá de las circunstancias de cada caso (de la fuerza y del valor de los medios de prueba) determinar si se desplegaron "esfuerzos razonables" por ubicar un lugar que pueda ser calificado como "domicilio actual", tal como se prevé en el artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071.

Solo si falla la búsqueda del domicilio actual, podrá recurrirse a la última alternativa; esto es, notificar o "intentar notificar" en el último domicilio conocido del sujeto. Esta opción es la última alternativa aplicable para fines de la notificación. En ese sentido, Olivencia Ruiz (2011) comenta lo siguiente sobre el artículo 5 de la Ley de Arbitraje de España, que tiene una regulación similar:

> Se trata de un supuesto "extraordinario", únicamente aplicable en el caso de que, tras una indagación razonable, no se haya podido notificar al destinatario por la vía ordinaria, y no se descubra su "actual" domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección donde entregar la comunicación o notificación; de ahí que se entienda recibida la que se hubiera entregado o, al menos, intentado entregar, en el último conocido. De esta forma se pretende evitar que la inactividad de una de las partes impida el inicio o la continuación del procedimiento, lesionando el derecho de la otra que, en cumplimiento del convenio arbitral, pretende la solución del conflicto por esa vía y, en definitiva, que se dicte el laudo (p. 88).

Aquí debe hacerse una precisión para aplicar bien el criterio de "esfuerzos razonables". No queda dudas de que el texto legal hace referencia a los esfuerzos para *determinar el domicilio actual* de un sujeto. Sin embargo, como bien señalan Croft *et al.* (2013) al comentar el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (base del artículo

12 del Decreto Legislativo 1071), los esfuerzos razonables también se aplican a los *intentos por notificar*. De modo que, solo ante el defecto o la imposibilidad de ello, se podrá generar una presunción de notificación, en cuyo caso bastará con el intento de notificar al que se refiere el artículo 12, literal "a", del Decreto Legislativo 1071.

Eso es importante, reseñan porque, muchas veces, el problema no es la ubicación del sujeto, sino la entrega efectiva de la notificación, sobre todo, si el sujeto se niega a participar en el arbitraje y busca frustrar el proceso eludiendo las notificaciones.

Más allá de la exégesis comparada, lo cierto es que, una exigencia mínima del debido proceso impone entender que deben agotarse los esfuerzos razonables por notificar, de modo que, solo ante el impedimento o la perturbación significativa de esa gestión, se podrá generar una presunción en contra del destinatario que no puede ser emplazado.

De hecho, Bantekas (2020) señala que, en los trabajos preparatorios vinculados al artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI y a sus posteriores modificaciones, (que inspiraron nuestro art. 12 LA) se discutió muy poco sobre la legitimidad de esa presunción. Solo la delegación de Noruega —sin desconocer la necesidad de esa presunción— resaltó la opción de brindar la oportunidad de impugnar la notificación presunta al afectado para garantizar su debido proceso y evitar laudos viciados.

Desde esa perspectiva, los esfuerzos razonables por notificar se usarían como prueba de que se buscó notificar efectivamente a un sujeto y garantizar así el debido proceso. Solo en esas circunstancias, la evidencia de que se desplegaron tales esfuerzos podría generar una suerte de notificación presunta, sobre todo, en aquellas causas donde la entrega no fue posible a causa del destinatario, ya sea porque cambió de dirección y no avisó dónde estaría o porque bloqueó sistemáticamente la entrega de notificaciones.

En todo caso, los problemas de notificación no se pueden imputar en abstracto y siempre a una presunta negligencia del posible emplazado, sino que dependerán de cada caso específico.

Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid ha negado la ejecución de distintos laudos que no cumplían el requisito de notificación debida, por falta de una "indagación razonable" del domicilio del demandado. Eso ha ocurrido cuando las notificaciones fueron devueltas

por la oficina de correos con sellos de "ausente", "dirección errada" o "caducado", o cuando se ha desplegado un solo intento de notificación y se ha errado en ese único intento[12].

Debido a los riesgos de agraviar el debido proceso, siempre se debe considerar que la presunción de notificación que se prevé en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071 es relativa, pues luego la parte ausente podrá brindar excusas que, desde la perspectiva del tribunal arbitral —o del órgano de control judicial—, podrían ser razonables y que le habrían impedido tomar conocimiento de la notificación. Por ello, Bantekas (2020) resalta que, en estos casos,

> la palabra clave no es tanto la entrega de la comunicación, sino la constancia de su recepción, [pues] la prueba de la entrega o los intentos de entrega contribuirán en gran medida a satisfacer el requisito de "investigación razonable" exigido por el artículo 3(1)(a) de la Ley Modelo [CNUDMI]. Por lo tanto, la prueba de la entrega, incluso si no tiene éxito, es importante para cumplir con este deber. (p. 57)

En España, se pretendió cuestionar la validez de la notificación presunta que se esconde en el régimen jurídico en comentario. La Audiencia Provincial de Madrid elevó una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional español, en la cual se afirmó que era lesivo del debido proceso e igualdad que se dé eficacia al "mero intento de notificación". Ese tribunal inadmitió el pedido de revisión de la ley española de arbitraje al entender que, en el caso específico, la notificación fue dirigida al domicilio en el arbitraje, de modo que los problemas de notificación eran atribuibles a la falta de diligencia del demandado (que no comunicó, si era el caso, que cambió el domicilio señalado en el arbitraje) y no a vicios en la regulación o a la mala fe de las partes por una supuesta ausencia de "indagación razonable" sobre la ubicación del demandado (ATC 301/2005, del 5 de julio).

Hernández-Gil (2006) critica fuertemente esta regulación (que proviene de la Ley Modelo y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y que es copiado por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje española). Por ejemplo, cuestiona la generalidad de su texto, al señalar que no define qué se debe entender por "entrega personal al destinatario", cómo se prueba ello, su contenido, o el momento de su realización.

12 Revisar el Auto 219/2005, del 27 de octubre de 2005 (sección 11); el Auto 411/2006, del 14 de setiembre de 2006 (sección 21); y la Sentencia 0308/2007, del 16 de mayo de 2007 (sección 12).

También cuestiona que la regulación tenga por objeto descubrir los *lugares* de domicilio, antes que ubicar al *destinatario* en uno de esos lugares. Finalmente, critica que la última regla supletoria de notificación no opere bajo un sistema de prelación, es decir, que no exija dirigir la notificación a cualquiera de los lugares detectados, sino que primero se dirija la notificación al lugar que califica más como domicilio; luego, a la residencia; y, finalmente, al establecimiento principal.

Las críticas anteriores son valiosas para evitar el riesgo de agraviar el debido proceso, pero no impiden aplicar la regulación existente. En respuesta al autor citado, podría decirse que la definición de qué y cómo realizar la "entrega personal al destinatario" corresponderá a los tribunales o a los centros arbitrales. En segundo lugar, la ubicación del sujeto y no de su domicilio puede ser una buena oportunidad para practicar el método de notificación personal al destinatario o, si esto no fuera posible, para descubrir su domicilio y dirigir allí la notificación. No es una opción que haya descartado la ley.

Finalmente, coincidimos en que la última regla supletoria de notificación se debe sujetar a un orden de prelación, de modo que primero se intente enviar la comunicación al domicilio (definido por el Código Civil como "residencia habitual") y, solo si no fuera posible, al establecimiento principal.

4.3. Las notificaciones electrónicas

Conviene mencionar también que, en la actualidad, la noción clásica y física de "domicilio" se ha ido diluyendo, dejando paso a lugares virtuales de ubicación. De hecho, muchos arbitrajes recurren a un sistema de notificación electrónica a direcciones virtuales, ya sea por acuerdo directo de las partes o por decisión indirecta de ellas, a través de decisiones de los centros de arbitraje o tribunales arbitrales.

Además de la reducción del uso de papel, la principal ventaja de esta opción consiste en que ha potenciado la globalización de los arbitrajes en el Perú, pues no es extraño ver tribunales arbitrales, con sede en el país, conformados por árbitros de prestigio mundial.

Desde luego, la notificación electrónica al correo señalado por las partes o a la dirección o sede electrónica[13] habilitada por las insti-

13 En el artículo 38.1, de La Ley 40/2015, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público de España, se dispone que la sede electrónica es la "dirección electrónica disponible para

tuciones arbitrales deberá cumplir las mismas garantías que respetan las clásicas notificaciones físicas por cédulas, esto es, deberán asegurar que las partes del proceso efectivamente tengan conocimiento de las decisiones que se les busca comunicar. Un buen ejemplo de las garantías que debe respetar la notificación electrónica lo brinda el artículo 20, inciso 4, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone lo siguiente: (i) el uso de correos y casillas electrónicas requiere consentimiento expreso del administrado; y (ii) se necesita constancia de recepción de la notificación electrónica, sin eso, se debe proceder a la notificación física.

De hecho, el Tribunal Constitucional invalidó un procedimiento administrativo en el que las actuaciones habían sido notificadas solo a la dirección electrónica habilitada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) al contribuyente, y no al domicilio señalado por este. Además de esa manifestación del administrado, el Tribunal Constitucional advirtió que tampoco existía ley que habilite la notificación electrónica como único mecanismo de comunicación; por el contrario, la ley dispone la notificación al domicilio físico del contribuyente (Sentencia 3394-2021-AA, fundamentos 16-19). Un problema similar se podría generar con las direcciones electrónicas que facilita el OSCE al administrado para recibir notificaciones, al menos para los supuestos en los que esa entidad utilice únicamente esa modalidad, y sin autorización expresa del administrado.

Ahora bien, en nuestra experiencia, las instituciones arbitrales que tienen mayores facilidades digitales suelen brindar a las partes

---

los ciudadanos a través de las redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública". Al respecto, Gómez Puente (2019) realiza la siguiente aproximación a la noción de "dirección" o "sede electrónica": "Así como en el modo tradicional las personas se relacionan con las Administraciones a través de sus sedes y oficinas físicas, compareciendo personalmente en ellos o remitiendo sus comunicaciones o escritos, en el modo telemático hay también un 'lugar' al que los interesados deben dirigirse para interactuar y relacionarse con la Administración. Y como esa interlocución tiene lugar a través de equipos o sistemas electrónicos interconectados e integrados en redes de comunicación, resulta irrelevante su ubicación física o la distancia que medie entre ellos, ese 'lugar', en realidad no es otro que el del propio equipo o sistema electrónico desde el que la Administración proporciona el servicio de que se trate y que se distingue de los demás de la red por una identificación específica, que es a lo que se denomina dirección electrónica. Así, la dirección electrónica a la que se envía o desde la que se recibe una información no es más que el identificador asignado al equipo o sistema electrónico destinatario de ello o que la origina" (p. 230).

acceso al expediente electrónico en donde constan todos los actuados, incluso suelen figurar allí las resoluciones y los escritos antes de que sean notificados. Pero, para mayor seguridad del derecho de defensa de las partes, prevén que tales actuaciones solo sean eficaces una vez que se hayan notificado a las direcciones electrónicas señaladas por las partes. En todo caso, según los criterios del TC, la opción de que las instituciones arbitrales faciliten direcciones electrónicas para recibir notificaciones requerirá de la habilitación expresa e indubitable de las partes.

Desde esa perspectiva, se entienden mejor las exigencias que impone el artículo 12, literal "b", del Decreto Legislativo 1071, para la validez de las notificaciones arbitrales electrónicas; a saber: (i) que exista constancia de la notificación y de su recepción, y (ii) que la notificación se dirija a una dirección elegida por la misma parte y no asignada por la institución arbitral.

5. ¿Límites a pactos sobre el cómputo de los plazos procesales?

En el artículo 12, literal "c", del Decreto Legislativo 1071 se dispone que el cómputo del plazo empieza desde el día hábil siguiente a la notificación; es decir, se prevé el día en que se inicia el cómputo del periodo otorgado a las partes o al tribunal arbitral para cumplir determinado acto procesal.

Lo anterior permite verificar si el acto procesal fue desplegado dentro del término otorgado. El uso de dichos plazos, a su vez, constituye un instrumento del tribunal arbitral para ordenar las etapas del proceso (que tienen objetivos distintos, o necesitan momentos distintos, porque una es presupuesto de otra) y para impulsar a las partes hacia el oportuno avance del trámite procesal. Todo ello en beneficio del derecho al debido proceso en un plazo razonable.

Ahora bien, los plazos pueden tener distintas consecuencias. Usualmente, los términos arbitrales tienen como finalidad *ordenar* el trámite del proceso; esto es, definir el tiempo de inicio o de cierre de etapas procesales, así como el tiempo para postular la demanda, para contestarlas, para ofrecer pruebas, para practicar pericias, etcétera. Sin embargo, en otras ocasiones, los términos fijados tienen fines perentorios. Esto significa que su inobservancia podría acarrear la invalidez del proceso, su conclusión, o la preclusión o pérdida de ciertos poderes procesales.

Es innegable que el legislador tiene el poder para fijar plazos perentorios que generen la pérdida de ciertos derechos o facultades procesales por la falta de actuación del sujeto del proceso dentro del término previsto.

Así ocurre, por ejemplo, cuando la parte no objeta el inicio del arbitraje por algún vicio, lo cual implica una renuncia a levantar dicho asunto con posterioridad (artículo 11 del Decreto Legislativo 1071), o cuando la parte no deduce la excepción de convenio arbitral en la vía judicial en el plazo previsto, y renuncia así al acuerdo de dirimir sus controversias en la vía arbitral (artículos 16 y 18 del Decreto Legislativo 1071). También se podría pensar en los casos en donde no se inicia el arbitraje luego de diez días de ejecutada la medida cautelar fuera de proceso, pues eso origina la caducidad de dicha cautelar.

Otro caso de plazo perentorio se suscita en los procesos arbitrales donde el Estado es parte, pues la inactividad de la causa por más de cuatro meses genera el abandono y la conclusión del proceso arbitral (artículo 50, literal "a", del Decreto Legislativo 1071). Más grave aún son los casos de falta de notificación del laudo dentro del plazo pactado por las partes, pues eso acarrea la nulidad del proceso arbitral (artículo 63, inciso 1, literal "g"), entre otros escenarios que prevé la ley. En estas circunstancias, el transcurso del plazo previsto generará inevitablemente la preclusión de cierto poder procesal de la parte que no respondió o que no lo hizo a tiempo.

También puede ocurrir que los plazos previstos por las partes, actuando a través del tribunal arbitral o de la institución arbitral, sean perentorios, lo que pasa, por ejemplo, si el demandante no cumple con el pago del arancel al centro de arbitraje en el plazo exigido por este y genera así el archivo de su solicitud de arbitraje, o cuando la parte no formula defensas (excepciones, tachas, contestaciones, etcétera) en los plazos previstos (un caso bastante común es el envío de escritos mediante correos electrónicos uno o algunos minutos después de pasada la medianoche del última día otorgado para su presentación).

De ordinario, los tribunales arbitrales podrían considerar que los plazos acordados causan efectos perentorios. Sin embargo, eso no impide que, apelando a criterios de justicia, razonabilidad y/o contradictorio efectivo, los mismos tribunales modifiquen o amplíen tales plazos ya transcurridos, y reviertan, de ese modo, los efectos preclusorios

por superación del término previsto, pues así lo habilita expresamente el artículo 34, inciso 4, del Decreto Legislativo 1071.

La idea que subyace en esta norma es evitar que el tiempo fijado por las mismas partes (que actúan a través del tribunal arbitral) genere efectos contradictorios, como evitar la solución de controversias en condiciones de justo trato hacia las partes.

En otras palabras, los plazos que fijen las partes o los entes elegidos por ellas se deberán sujetar a criterios de razonabilidad y defensa. Por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional consideró lesivo del debido proceso que un ente jurisdiccional haya brindado el plazo de un día a un abogado recién nombrado para estudiar el expediente, preparar una defensa técnica y exponer los alegatos de defensa (Sentencia 2165-2018-HC). Esto indica los criterios que también deben manejar los tribunales arbitrales con respecto a los plazos aplicables.

6. Conclusiones

De lo expuesto, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071 reconoce la autonomía de las partes para pactar reglas sobre notificaciones y plazos procesales. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, sino que dichos acuerdos deben ser válidos; es decir, se deben establecer de acuerdo con los principios fundamentales del debido proceso, igualdad procesal y defensa. En ese sentido, el propio artículo 12 mencionado establece un régimen de aplicación supletoria en ausencia de un acuerdo válido entre las partes que prioriza la entrega personal al destinatario, seguida de la entrega en el domicilio elegido en el contrato, en el domicilio real o, en última instancia, en el último domicilio conocido.

No obstante, la jurisprudencia constitucional exige que se desplieguen esfuerzos razonables para notificar antes de aplicar una presunción de notificación válida, pues; de lo contrario, se podría vulnerar el derecho de defensa de la parte afectada. Siendo, además, la falta de una notificación debida es una causal de anulación del laudo arbitral, conforme al artículo 63, inciso 1, literal "b", del Decreto Legislativo 1071.

Respecto a las notificaciones electrónicas, en el artículo 12, literal "b", del Decreto Legislativo 1071, se ha establecido su admisibilidad siempre que se garantice la constancia de recepción y que la dirección

electrónica haya sido elegida de forma previa por la parte que será notificada. Si bien este medio facilita y agiliza la notificación, no reemplaza las notificaciones físicas si no se cumplen las mínimas garantías de conocimiento efectivo mencionadas. Tanto es así que, en la práctica, se han declarado inválidas aquellas notificaciones electrónicas que se realizaron sin cumplir con estos requisitos.

En cuanto a los plazos procesales, en el literal "c" del artículo 12 del Decreto Legislativo 1071, se dispone que su cómputo inicia desde el día hábil siguiente a la notificación. Al respecto, aunque el arbitraje permite pactar términos procesales por acuerdo entre las partes, esto debe realizarse respetando los criterios de razonabilidad, a fin de que no se convierta en un mecanismo que genere indefensión. En efecto, si bien en ciertos casos los plazos pueden ser perentorios y su incumplimiento originar preclusión de derechos procesales, el tribunal arbitral tiene la facultad de flexibilizarlos si su aplicación estricta atenta contra la equidad procesal y el derecho de defensa de las partes.

En síntesis, las disposiciones establecidas en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1071 se deben interpretar de manera que armonicen la autonomía de las partes con la protección de los principios fundamentales del debido proceso. Esto porque, si bien se permite que las partes pacten reglas sobre las notificaciones y el plazo del proceso, esto no se debe utilizar para generar situaciones de ventaja procesal indebida ni para impedir el acceso a la justicia arbitral.

REFERENCIAS

Bantekas, I. (2020). Receipt of written communications. En I. Batekas, P. Ortolani, S. Ali, M. Gómez y M. Polkinghorne, *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. A Commentary* (50-59). Cambridge University Press.

Beudant, C. (1896). *Cours de droit civil français* [Tomo I]. Arthur Rousseau.

Colin, A. y Capitant, H. (1939). *Précis de droit civil* [Tomo I] (7.ª ed.). Dalloz.

Croft, C., Kee, C. y Waincymer, J. (2013). *A Guide to the Uncitral Arbitration Rules*. Cambridge University Press.

De Castro y Bravo, F. (2008). *Derecho civil de España* [Vol. II, Tomo II]. Civitas.

Diez, L. y Gullón, A. (2019). *Sistema de derecho civil* [Vol. I] (13.ª ed.). Tecnos.

Fry, J., Greenberg, S. y Mazza, F. (2012). *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. ICC Publications.

García, J. A., Esteban, A., García, C. y Torres, J. J. (2021). *Administración electrónica. Aspectos jurídicos, organizativos y técnicos*. Thomson Reuters Aranzadi.

Gascón, F. (2008). La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa. *Arbitraje - Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *I*(1).

Gómez, M. (2019). *La administración electrónica. El procedimiento administrativo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.

Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. y Warbrick, C. (2018). *Law of the European Convention on Human Rights* (5.ª ed.). Oxford University Press.

Hernández-Gil, A. (2006). Artículo 5. "Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazo". En A. de Martín y S. Hierro (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Marcial Pons.

Laurent, F. (2008). *Principios de derecho civil francés* [Tomo II, texto original de 1869]. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

López, H. (2000). Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (11), 1885-1898.

Olivencia, M. (2011). Artículo 5. "Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazo". En J. González Soria (Coord.), *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje*. Aranzadi.

Ortolani, P. (2020). Definitions and rules of interpretation. En I. Batekas, P. Ortolani, S. Ali, M. Gómez y M. Polkinghorne, *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. A Commentary*. Cambridge University Press.

Planiol, M. y Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de derecho civil francés* [Trad. Mario Díaz Cruz]. Cultural.

Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de derecho civil* [Tomo I] (3.ª ed.). LexisNexis.

Webster, T. H. y Bühler, M. (2014). *Handbook of ICC Arbitration* (3.ª ed.). Thomson-Reuters.

Zegarra, F. (2021). ¿Se puede emplazar la demanda vía aplicativo WhatsApp o correo electrónico? Breve ensayo sobre el derecho de defensa y de notificación de las resoluciones judiciales en el proceso civil peruano. *Derecho & Sociedad*, 57.

SECCIÓN V

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Carlos Alberto Matheus López[1]

Resumen

El presente trabajo tiene como fin examinar las diferentes teorías relativas a la naturaleza jurídica del arbitraje, con el objetivo de identificar cuál de ellas ofrece la explicación más coherente acerca del fenómeno arbitral. En tal sentido, el autor realiza un análisis de la teoría contractualista y jurisdiccionalista, para luego desarrollar la teoría híbrida o mixta, la cual integra aspectos de ambas posturas doctrinales. Asimismo, para complementar su estudio, el autor estudia la regulación del arbitraje en la normativa constitucional así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que dicho órgano expresa la posición doctrinaria que ha asumido con respecto a la naturaleza del arbitraje.

1 Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor ordinario asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo, sede Lima Norte, y en la Academia de la Magistratura. Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo (CAS/TAS): <www.cmlarbitration.com>.

1. Introducción

Adoptar una teoría relativa a la naturaleza jurídica del arbitraje no solo impacta en la visión que se tenga de este[2], sino también —como veremos— en sus aspectos prácticos[3]. Además, una teoría sirve —*inter alia*[4]— para explicar, predecir y comprender el fenómeno arbitral[5].

A estos efectos, deviene fundamental analizar las teorías contractualista y jurisdiccionalista, así como también aquella híbrida o mixta. Y si bien, asimismo, existe la teoría autónoma[6], dada su limitada aceptación e idoneidad, no será objeto de análisis en el presente trabajo.

Es pues objetivo del presente trabajo determinar la teoría más idónea sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, que nos permita una adecuada visión del fenómeno arbitral y de sus consecuencias prácticas. Esto es inexcusable en un país que, a nivel global, destaca tanto

---

2 Con similar parecer, Ojiako (2023) nos señala que "la comprensión de la teoría en el arbitraje es fundamental para nuestro encuadre de los mecanismos de arbitraje porque dicha teoría o teorías representan la actitud académica global del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas" (p. 3).

3 Al respecto, revisar Lew *et al*., 2003, p. 80.

4 Así, respecto el sentido de plantear una teoría sobre el arbitraje, alguno señala que las "razones para hacerlo pueden dividirse a grandes rasgos en tres grupos. En primer lugar, y más comúnmente, estaban los que intentaban resolver disputas sobre el contenido del derecho nacional, en ausencia de legislación o jurisprudencia vinculante, clasificando las relaciones jurídicas implicadas en el arbitraje en términos de otras categorías jurídicas, como 'contrato' o 'sentencia'. […] Un segundo grupo de juristas se interesó por describir la naturaleza y la función del arbitraje y las leyes que lo regulan, con el fin de demostrar el papel que desempeña el arbitraje en la sociedad y su relación con otras instituciones sociales y políticas. Por último, había quienes creían que las propuestas de reforma de la ley de arbitraje podían derivarse o, al menos, mejorarse haciendo referencia a la comprensión de la naturaleza del arbitraje" (Samuel, 1989, pp. 31-32).

5 Con similar parecer, Ojiako (2023) menciona que "la literatura alude a que las teorías se formulan para apoyar la explicación, predicción y comprensión de los fenómenos […]. En última instancia, la función de la teoría es servir como un prisma o lente a través del cual uno puede ver y entender objetivamente los temas de interés (que en este caso es el arbitraje) y, en el proceso, responder a las preguntas por qué, cuándo y cómo sobre la ocurrencia de un fenómeno" (p. 4).

6 Su creadora, la profesora Rubellin-Devichi (1965), señala que "el arbitraje tiene una función propia tanto en el derecho nacional como en el internacional. Esta función especial hace del arbitraje una institución autónoma y separada tanto del contrato como de la jurisdicción [...] creemos que debe admitirse que su naturaleza no es contractual ni híbrida, sino autónoma" (pp. 364-365).

por su diversa y especializada legislación en esta materia como por el enorme empleo del arbitraje para la solución de controversias.

2. Contractualismo y jurisdiccionalismo

Desde el siglo XIX, se inició un debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, que aún persiste hasta el día de hoy[7]. En este, las primeras y principales teorías que se esbozaron para explicar tal naturaleza son la contractual y la jurisdiccional. Por ello, seguidamente, procederemos a analizar los postulados y límites de ambas, a fin de determinar —de ser el caso— su idoneidad para explicar el fenómeno arbitral.

2.1. Teoría contractualista

Esta teoría postula que todo el arbitraje se basa en acuerdos contractuales de las partes[8]. Así, el convenio arbitral —elemento genético del arbitraje— es un contrato, al igual que el acuerdo que vincula a las partes con los árbitros[9]; e, incluso, el laudo, de no ser cumplido, se

---

7 Para una comprensión histórica del tema, ver Samuel (1989, pp. 31-74); igualmente, Gaillard (2023, pp. 28-35).

8 Asimismo, *Bělohlávek* (2011) señala que "esta teoría se basa en el supuesto de que la autorización de los árbitros para conocer y resolver una controversia se basa en el acuerdo de las partes en el que se estipula, por un lado, que los tribunales de justicia […] estarán excluidos de la solución de sus controversias derivadas de una obligación jurídica particular y, por otro lado, que las partes se someterán voluntariamente/sobre la base de su propio acuerdo al arbitraje. De acuerdo con este enfoque, en su versión estándar, el árbitro no está encontrando la ley sino tratando de determinar la voluntad de las partes correspondiente al contenido de su relación jurídica que es objeto de su controversia, con base en la autorización otorgada por las partes y en su nombre" (p. 18). De modo similar, Ojiako (2023) indica que "la teoría contractual del arbitraje no reconoce que exista una base justificable para que el arbitraje […] sea supervisado por cualquier nación soberana a través de sus instrumentos nacionales, como la legislación nacional o los tribunales nacionales […]. Por lo tanto, varias facetas del arbitraje, como el contrato de arbitraje, sus procedimientos, los poderes del árbitro, quién puede actuar como árbitro y quién no, y la naturaleza de los laudos, deberían estar todos sujetos exclusivamente a los términos del contrato de arbitraje. En una forma muy básica, la teoría contractual del arbitraje opina que en el momento en que un individuo busca voluntariamente resolver su controversia de forma privada y en el proceso excluir cualquier forma de interferencia del Estado, las disposiciones de dicho contrato deben observarse y cumplirse estrictamente" (p. 4).

9 Con similar parecer parecer Ojiako (2023) afirma que "la teoría contractual del arbitraje tiene quizás dos dimensiones […]. La primera se centra en el contrato real entre los dos litigantes. Aquí, la teoría contractual hace hincapié en que, antes de estar obligado a arbitrar […] debe existir un contrato entre las partes que encapsule un acuerdo para arbitrar.

ejecutaría como un contrato[10].

En tal forma, el arbitraje es producto de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de las partes; allí se halla su origen, existencia y continuidad. Por ende, esta teoría niega la primacía o el control estatal en el arbitraje; pues, al asumir que el convenio arbitral es un contrato a través del cual las partes acuerdan someter sus controversias a arbitraje, sobre tal decisión el Estado no tiene ninguna influencia ni control[11].

[…] La segunda de las dos dimensiones de la teoría contractual del arbitraje es que debe existir un contrato de arbitraje con el árbitro. La existencia de dicho contrato significa inevitablemente que el árbitro se convierte en parte en el procedimiento arbitral […] con deberes fiduciarios para con los litigantes" (pp. 4-5).

10 Con similar parecer, Samuel (1989) señala que "el laudo es, por tanto, la ejecución por los árbitros del contrato en virtud del cual fueron designados por las partes. Su ejecución o cumplimiento no es más que la ejecución de las promesas recíprocas de las partes de respetar el laudo dictado por los árbitros en la medida en que sea conforme a la ley aplicable" (p. 44). Sin embargo, cabe precisar que, "para algunos estudiosos, el laudo arbitral no es un contrato, sino un mero acto conjunto […]. Según otros, el procedimiento arbitral y el laudo comprenden sólo 'un conjunto de actos contractuales privados'" (Lew *et al.*, 2003, p. 78).

11 Con tal parecer, Lew *et al.* (2003, pp. 77-78). Asimismo, Ojiako (2023) señala que "esta teoría postula que a través de un acuerdo o premisa para arbitrar que sea legalmente ejecutable […], dos o más individuos pueden crear el instrumento de arbitraje como un mecanismo privado de resolución de controversias supervisado principalmente por disposiciones contractuales. Por lo tanto, esta teoría postula que, sobre la base de la autonomía de las partes […] y la libertad contractual […], el poder jurisdiccional del Estado debe ser limitado, si no realmente sustituido o anulado" (p. 4). Con opinión semejante, Yu (2011) indica que "los defensores de la teoría contractualista creen que la resolución de la controversia en el arbitraje no debe estar influida por el poder de ningún Estado. Debe prevalecer el concepto de *pacta sunt servanda*, que obliga a las partes a cumplir el convenio arbitral celebrado entre ellas sin la presión del Estado" (p. 39). Con criterio similar, Robert y Carbonneau (1983) mencionan que "el principio de la autonomía de la voluntad de las partes es de gran alcance. Permite que el proceso arbitral sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a las circunstancias particulares de las distintas situaciones a las que se aplica […]. En efecto, su carácter contractual hace del arbitraje el ámbito más dinámico del derecho de obligaciones francés. Por ejemplo, la incorporación de una cláusula arbitral en un acuerdo permite a las partes contratantes, de hecho, integrar la norma de ejecución en la propia sustancia del contrato" (pp. 1-2). Con opinión semejante, Barraclough y Waincymer (2005) afirman que "la teoría contractual considera que el arbitraje es de naturaleza contractual. Todo el proceso arbitral —desde la creación del tribunal hasta los poderes de los árbitros y el efecto vinculante del laudo— se considera producto del acuerdo de las partes. Lógicamente, los sistemas jurídicos estatales no desempeñan ningún papel en la concepción contractualista del arbitraje" (p. 209).

Acorde a esta teoría, al ser el arbitraje una cuestión puramente contractual —y, por ende, un acuerdo privado—, importa un instrumento de la libre empresa, aislado del sistema estatal, donde no debe nada a su sede ni a ningún otro foro nacional. Además, las normas imperativas que merecen estricta aplicación son las de la *lex contractus* y se ignora cualquier otra norma imperativa extranjera relevante[12].

En tal forma, esta teoría asume que, cuando dos partes contratantes confieren a un árbitro o agente la autoridad para resolver las controversias que surjan en virtud del contrato, crean un vínculo de gobernanza delegada. Las partes contratantes tienen libertad para determinar la ley y las reglas que regirán los procedimientos, cuyas elecciones vinculan a su agente. Así, la legitimidad del poder arbitral surge de un acto de delegación al que las partes han dado su consentimiento libremente. Y en caso de disputa, la autoridad del árbitro se limita al ámbito de actividad regido por el contrato. De ser necesario, el árbitro completará el acuerdo, interpretando las disposiciones en disputa a la luz de los hechos y la ley seleccionada por las partes, y, luego, aplicando estas interpretaciones para resolver la controversia[13].

Una primera objeción a esta teoría sería en qué se basa la ejecutoriedad del laudo arbitral, conforme viene regulada en la legislación de diversos países. Pues, si el laudo fuera únicamente la expresión y confirmación del acuerdo entre las partes, entonces no se podría invocar más que una violación de tal acuerdo. El laudo difícilmente podría representar un título ejecutivo aprobado por el Estado[14].

Otra objeción a esta teoría es lo relativo al estatuto del árbitro. Si asumimos que el árbitro —o agente[15]— está dotado de una cuasiautorización —o delegación— otorgada por las partes, aquel pierde lógicamente su posición independiente e imparcial respecto de estas[16],

---

12 Con tal parecer, Fazilatfar (2024, p. 62).

13 Revisar Sweet y Grisel (2017, p. 26).

14 Con tal parecer, *Bělohlávek* (2011, pp. 18-19).

15 Además, cabe precisar que "un agente no puede realizar un acto que su principal sería incapaz de realizar: 'el árbitro que juzga —cosa que las partes no pueden hacer— no actúa como agente de las partes; la misión de la que está investido no es, propiamente hablando, un mandato'" (Gaillard, 2023, p. 31).

16 Para una mejor comprensión del tema, ver Matheus, C. A. (2020). Independence and Impartiality of Arbitrators. En L. Dimatteo, M. Infantino y N. Potin (Eds.), *The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards* (pp. 12-28). Cambridge University Press;

garantía que es un requisito imperativo y de orden público en las leyes de arbitraje a nivel global, y cuya vulneración generaría su inhabilitación como árbitro[17]. Además, respecto a las facultades que el árbitro ostenta, cabe señalar que no son esencialmente contractuales ni fundadas exclusivamente en la cláusula arbitral, sino, más bien, en un orden jurídico transnacional que las partes activan a través de la cláusula arbitral[18].

Una tercera objeción a esta teoría se relaciona con la exclusión de la aplicación de normas imperativas extranjeras por el árbitro, en tanto que este se encuentre al servicio de las partes y su autoridad se limita al mandato contractual. Esto, en la práctica, es poco realista; pues olvida las amenazas que la no aplicación de dichas normas podría generar a la validez, el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral[19].

Otra objeción a esta teoría es que la labor heterocompositiva axial del árbitro de emitir —acorde a lo alegado y probado— una decisión vinculante sobre el fondo de la controversia frente a las partes, no puede ser explicada a través de la figura del contrato. Asimismo, esta teoría no permite una clara distinción del arbitraje frente a otras figuras contractuales afines, propias de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación[20].

Matheus, C. A. (2024). A New Conceptual and Applicable Proposal on the Independence and Impartiality of the Arbitrator. *Journal of International Arbitration*, (4), 521-529.

17 Ver *Bělohlávek* (2011, p. 19).

18 Revisar Dalhuisen (2022, p. 35).

19 Con similar parecer, Fazilatfar (2024, p. 62).

20 Con semejante criterio, Samuel (1989) afirma que "el verdadero problema es que lo que muchos consideran el aspecto central del arbitraje, la resolución de las controversias, desempeña, en el mejor de los casos, sólo un papel negativo en la formulación contractualista. […] El deber del árbitro de evaluar los argumentos presentados por las partes y tomar una decisión vinculante sobre el fondo de la controversia es demasiado fundamental para la naturaleza del arbitraje como para ser tratado simplemente como una razón por la que el arbitraje constituye una categoría jurídica de contrato por sí mismo […] Hay otra objeción, inextricablemente vinculada a las dos primeras, a saber, que la teoría contractual no proporciona ninguna manera de distinguir entre el arbitraje y otras instituciones contractuales similares, como la evaluación neutral, la determinación de expertos, la mediación y la conciliación" (pp. 45-46). Asimismo, Gaillard (2023) señala que "este es un elemento clave que distingue al arbitraje de otros procedimientos —como la conciliación y la mediación— en los que la intervención de un tercero da como resultado un acuerdo, pero no una decisión vinculante" (p. 34).

2.2. Teoría jurisdiccionalista

Esta teoría postula que el Estado permite, o tolera, dentro de su territorio, sistemas de justicia administrados de forma privada —justicia delegada o paralela— y semejantes al proceso judicial[21]. Esto se observa del efecto que aquel y su sistema jurídico otorgan al convenio y al laudo arbitral, así como del poder del Estado para controlar y regular los arbitrajes que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción[22], y del hecho de que las partes solo se pueden someter al arbitraje en tanto venga permitido o aceptado por la ley del lugar del arbitraje[23]. Asimismo, esta teoría entiende que el árbitro desarrolla un papel semejante al juez estatal, al ser empleado como alternativa a este y dada la aceptación de la ley nacional[24].

---

21 Con similar parecer, *Bělohlávek (2011)* sostiene que, "según la teoría de la jurisdicción, el arbitraje es análogo a un litigio [procedimientos judiciales contenciosos] cuyo propósito es la determinación autorizada de la ley y una resolución final de la disputa entre las partes sobre la base de la misma […]. Dicho poder es delegado a los árbitros por el Estado (no por las partes)" (pp. 19-20).

22 En ese sentido, *Bělohlávek* (2011) indica que "el hecho de que en la mayoría de los casos el Estado conserve ciertas funciones de control o regulación con respecto al arbitraje también cumple con la teoría de la jurisdicción. Entre ellas se incluye especialmente la posibilidad de anulación de los laudos arbitrales por los tribunales, tal como se regula en la mayoría de las leyes de arbitraje modernas. Sin embargo, dicho control retrospectivo sólo se aplica (salvo algunas excepciones) a cuestiones/exámenes sobre si se cumplieron debidamente todos los requisitos para someter la controversia a arbitraje y resolverla de forma autorizada, y no se permite al tribunal revisar el fondo del asunto" (p. 20). Con similar parecer, Ojiako (2023) menciona que, "en el centro de esta teoría […] está la necesidad de que las partes en controversia reconozcan el poder inherente de los tribunales nacionales (que actúan en nombre o como instrumentos del Estado) para supervisar la institución del arbitraje emprendido dentro de su esfera definida de autoridad y responsabilidad" (p. 4). De modo semejante, Fazilatfar (2024) señala que "la posibilidad de revisión judicial del laudo por los tribunales del lugar del arbitraje otorga un papel importante a las leyes imperativas de la *lex arbitri* en los procedimientos de anulación. Este factor por sí solo hace que las reglas imperativas de la sede se destaquen y sirvan de base para la teoría de la sede. Cuando un tribunal ignora las reglas imperativas de la sede (cuando los tribunales locales habrían aplicado dichas reglas en tal escenario), lo más probable es que el laudo se anule por motivos de orden público" (p. 65).

23 Con similar parecer, Ojiako (2023) sostiene que, "como el mecanismo de arbitraje no tiene ningún efecto legal sin la sanción del Estado, todo su sistema debe atenerse a la ley tal como está redactada a nivel nacional" (p. 4). Asimismo, *Bělohlávek (2011)* señala que "el estado en particular siempre significa el estado donde se encuentra el lugar del arbitraje, pero en la mayoría de los casos también el estado de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral" (p. 21).

24 Con semejante criterio, Lew, Mistelis y Kröll (2003, pp.74-75). De modo semejante, Yu (2011) indica que "también creen que los árbitros se parecen a los jueces de los tribunales

Además, un elemento central de la teoría jurisdiccional es que, si bien contempla la autonomía de las partes en lo relativo a la forma del procedimiento arbitral y a la elección de la ley aplicable, no obstante, reconoce la soberanía nacional[25] y, más específicamente, el requisito de que el arbitraje sea supervisado por un Estado a través de su legislación nacional o sus tribunales[26]. En tal forma, si las disposiciones contractuales del arbitraje entran en conflicto con las leyes nacionales, estas últimas, y no el contrato, tienen precedencia[27].

Una primera objeción a esta teoría sería lo relativo a la supuesta delegación del Estado hacia los árbitros del poder para llevar a cabo el arbitraje. Pues en realidad, lo que les otorga tal poder no es el Estado, sino la autonomía de voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral y que les permite llevar a cabo la resolución heterecompositi-

---

nacionales porque los poderes de los árbitros se extraen de los Estados a través de las normas jurídicas. Al igual que los jueces, los árbitros deben aplicar las normas jurídicas de un Estado determinado para resolver las controversias que se les someten. Además, los laudos dictados por los árbitros tienen el mismo valor y efecto que una sentencia dictada por jueces de un tribunal nacional. En consecuencia, sostienen que los laudos serán ejecutados por el tribunal en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la misma manera que las sentencias dictadas por los tribunales" (pp. 74-75). Además, Sweet y Grisel (2017) señalan que "el modelo jurisdiccional presenta a los jueces y a los árbitros desempeñando funciones similares. Por ejemplo, los jueces nacionales (al igual que los árbitros) suelen recurrir a la mediación para convencer a las partes de que lleguen a un acuerdo, y los tribunales arbitrales (al igual que los tribunales) suelen aplicar la legislación estatal para resolver los conflictos".

25 Con criterio semejante, Fazilatfar (2024) indica que, "según la teoría jurisdiccional, en la que el énfasis principal está puesto en la protección de la soberanía nacional, todo sistema privado de resolución de disputas que funcione en el territorio de un Estado soberano debería estar sujeto a la jurisdicción de ese Estado y, por lo tanto, regulado por sus leyes. En la práctica, ese Estado soberano puede ser la sede del arbitraje, el lugar de ejecución o los lugares potenciales de ejecución del laudo" (p. 64).

26 Con similar parecer, Yu (2011) señala que "la teoría jurisdiccional invoca la importancia de los poderes de supervisión de los Estados, especialmente los del lugar del arbitraje. Aunque la teoría jurisdiccional no cuestiona la idea de que un arbitraje tiene su origen en el convenio arbitral de las partes, sostiene que la validez de los convenios arbitrales y los procedimientos arbitrales debe estar regulada por las leyes nacionales y la validez de un laudo arbitral se decide por las leyes de la sede y del país donde se busca el reconocimiento o la ejecución. Los defensores de la teoría jurisdiccional sostienen que todos los procedimientos de arbitraje deben estar regulados por las normas jurídicas elegidas por las partes, si las hay, y por las normas jurídicas vigentes en el lugar del arbitraje" (p. 74).

27 Ver Ojiako (2023, p. 4).

va de la controversia[28]. Además, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral se derivan de los acuerdos —o contratos— entre las partes, y entre estas y el árbitro, fundados en el principio constitucional de autonomía de voluntad. A diferencia del poder de los jueces estatales para tramitar y juzgar una causa, el cual sí lo confiere el Estado y se deriva de la potestad constitucional de la jurisdicción[29].

Otra objeción a esta teoría se vincula a la equiparación del árbitro al juez. El último deriva su poder de la normativa nacional que regula su estatuto. En tanto el primero obtiene su poder del convenio arbitral y, si se quiere, del orden jurídico transnacional[30]. Y dada la diferencia de origen de tal poder, la autoridad del juez está sometida a la normativa de su estatuto, y su actividad se despliega conforme a la normativa procesal. En cambio, la autoridad del árbitro está limitada por el acuerdo de las partes, quienes pueden incluso revocar su poder a través de la remoción, y su actividad debe seguir lo establecido por aquellas, conforme a la *lex arbitri* aplicable[31]. Asimismo, el juez y el árbitro no están en la misma posición ni poseen idénticas preo-

28 Con criterio semejante, Bělohlávek (2011) sostiene que "es el acto voluntario de las partes lo que es necesario para iniciar/establecer dicha jurisdicción (poder), es decir, el convenio arbitral por el cual las partes renuncian voluntariamente a su derecho a que su controversia sea escuchada en un tribunal [de justicia]. Sólo después de que el árbitro haya realizado un examen de oficio y concluido que se han cumplido todas y cada una de las condiciones para la sumisión al arbitraje (según un acuerdo válido de las partes), sus actos adquieren el carácter de una determinación de derecho y el árbitro resuelve la controversia de manera similar al procedimiento adoptado por los jueces" (p. 20).

29 Con similar parecer, ver Ojiako (2023, p. 4). De modo semejante, Brekoulakis (2019) señala que "al igual que un contrato de agencia, un convenio arbitral es libremente revocable previa notificación. De hecho, varias decisiones inglesas del siglo XIX reflejan el entendimiento de los tribunales ingleses de que la función de los árbitros era esencialmente similar a la de un agente, y sus poderes eran fiduciarios, no judiciales" (p. 144).

30 Con similar parecer Dalhuisen (2022) indica que "¿son los árbitros jueces? Esto afecta a sus poderes, quizás especialmente en arbitrajes internacionales. Puede confirmarse que estos poderes no son esencialmente contractuales y se basan en la cláusula arbitral, sino más bien en el orden jurídico transnacional mismo, activado únicamente por las partes a través de su cláusula arbitral […], pero debe entenderse bien que esto no los convierte en jueces" (p. 35).

31 Asimismo, Samuel (1989) señala que "el alcance de la autoridad del árbitro sigue estando limitado por el acuerdo de las partes, y las partes pueden revocar sus poderes por consentimiento en cualquier momento. También está obligado a seguir el procedimiento determinado por las partes, en la medida en que se ajuste a la ley aplicable pertinente" (p. 54).

cupaciones cuando tratan con leyes imperativas. El primero aplica su normativa nacional —*lex fori*—, salvo que una norma convencional le exija aplicar una ley imperativa extranjera. El segundo no está sujeto en propiedad a la *lex fori*, por lo cual no aplica su normativa nacional, sino aquella elegida por las partes, amén de la *lex mercatoria*, salvo que el derecho extranjero tenga una conexión estrecha con la controversia y el no respeto de su ley imperativa pueda impactar negativamente en la eficacia del laudo arbitral[32]. Además, el juez está allí para velar por su derecho nacional, tanto a través del sistema de recursos judiciales como por medio de la creación de jurisprudencia. Por su parte, la función del árbitro no consiste en velar por ningún derecho nacional, sino en cumplir la labor encomendada por las partes, y no está sometido a ningún sistema de recursos judiciales ni tiene una función legislativa a través de su jurisprudencia[33]. Por otra parte, el juez dentro de su competencia territorial posee el poder de ordenar y ejecutar medidas de carácter coercitivo contra las partes y terceros, como es el caso de una medida cautelar. No obstante, el árbitro no posee el poder de ejecutar tales medidas y menos aún frente a terceros[34].

---

32 Con similar parecer, Fazilatfar (2024) menciona que, "a diferencia de los jueces, los árbitros carecen de foro. Los árbitros son designados por las partes y las normas máximas que deben respetar, independientemente de la elección del derecho por las partes, son los principios transnacionales fundamentales, más que el derecho imperativo local. A menos que el estado extranjero tenga una conexión estrecha con la controversia y sus leyes imperativas tengan un impacto negativo en la decisión del tribunal, los árbitros son reacios a aplicar cualquier derecho ajeno a la transacción" (p. 65). Además, Dalhuisen (2022) señala que "el hecho de no tener una *lex fori* que defender puede, en particular, permitir a los árbitros internacionales considerar otros enfoques del derecho, al menos cuando se alega, como, en particular, la moderna *lex mercatoria* y sus diversas fuentes, por tanto, no sólo en lo que respecta al procedimiento sino también en lo que respecta al fondo" (pp. 36-37).

33 De la misma manera, Dalhuisen (2022) señala que "los árbitros no están destinados a construir o hacer cumplir ningún sistema jurídico, no son jueces en ese sentido o lo serían bajo el derecho transnacional en las áreas limitadas en las que de hecho pueden haber adquirido autoridad original. La actitud básica debería ser que los árbitros internacionales no deben asumir más responsabilidad de la que pueden y deben manejar o de la que las partes desean que hagan y paguen. Una vez más, los árbitros no son jueces (de apelación) y no tienen una función legislativa" (p. 36).

34 Con similar parecer, Dalhuisen (2022) indica que, "en un plano más práctico, de lo que suelen carecer los árbitros, y de lo que disponen los jueces al menos en su propio territorio, es del poder de ordenar medidas coercitivas y también del poder de representar al público y de vincular a terceros, por ejemplo cuando se trata de las consecuencias patrimoniales de sus decisiones (¿quién es dueño de qué?), del rango de las garantías reales y de las consecuencias de una compensación, que puede tener un efecto inmediato sobre los

3. Una visión unitaria compleja

Si se toma atención a las previas objeciones planteadas a las teorías contractualista y jurisdicionalista, es evidente que el problema es que cada una de estas teorías se enfoca en un aspecto parcial del fenómeno y, por ende, resulta insuficiente. La solución exige una mirada holística del fenómeno arbitral[35], la cual exige reconocer su naturaleza híbrida o mixta, esto es, que posee elementos tanto contractuales como jurisdiccionales[36].

Tal teoría fue desarrollada por Georges Sauser-Hall (1952)[37], el cual planteó que el arbitraje no puede ser ajeno a todo sistema jurídico, pues tiene que existir alguna ley que determine la validez del convenio arbitral y la ejecución del laudo. No obstante, el arbitraje se origina

---

acreedores de cualquiera de las partes aunque no estén implicados en el arbitraje" (p. 38).

35 Asimismo, Barraclough y Waincymer (2005) señalan que "ni la teoría contractual ni la jurisdiccional presentan una imagen completa del arbitraje. En realidad, el arbitraje depende de elementos de ambas: es contractual en el sentido de que las partes controlan obviamente ciertos elementos como el convenio arbitral y la selección de los árbitros, pero jurisdiccional en el sentido de que, por utilizar un ejemplo extremo, existe en última instancia a voluntad de los Estados, que pueden negar la arbitrabilidad cuando éstos quieran" (p. 210).

36 Con similar parecer, Lew, Mistelis y Kröll (2003) sostienen que "se ha intentado tender un puente entre ambas escuelas de pensamiento. A pesar de sus puntos de vista aparentemente diametralmente opuestos, las teorías jurisdiccional y contractual pueden conciliarse. El arbitraje requiere y depende de elementos tanto del punto de vista jurisdiccional como del contractual; contiene elementos tanto del derecho privado como del derecho público; tiene características procesales y contractuales. No es sorprendente que se haya desarrollado una teoría de compromiso que afirme que el arbitraje tiene un carácter mixto o híbrido" (p. 79). Con criterio semejante, Ojiako (2023) señala que "la teoría híbrida es una teoría de compromiso que busca aprovechar, equilibrar y mezclar aquellos elementos deseables —que uno puede reclamar— tanto de la teoría jurisdiccional como de la teoría contractual […]. En el contexto del arbitraje comercial nacional, la teoría híbrida reconocerá que el arbitraje se origina en un contrato privado y que los litigantes mantienen la autonomía/independencia (teoría contractual); sin embargo, al mismo tiempo también reconocerá que un convenio arbitral, sus procedimientos y el laudo que emana de dicho acuerdo deben producirse dentro de las normas y valores, expectativas y leyes de política pública nacional vinculadas (teoría jurisdiccional). De no ser así, dichos laudos resultan inejecutables y, en caso de impugnación, pueden ser anulados" (p. 5).

37 Al señalarnos que, "por su naturaleza jurídica *sui generis*, el arbitraje privado no puede regirse, en las relaciones internacionales, por una ley única, pues, aunque extrae su eficacia del acuerdo de voluntades de las partes que se manifiesta en el contrato de arbitraje, tiene un carácter jurisdiccional que implica la aplicación de normas de derecho procesal" (Sauser-Hall, 1952, p. 471).

en un contrato privado, y tanto los árbitros como el procedimiento arbitral dependen del acuerdo de las partes. En este, ambos elementos, contractuales y jurisdiccionales, del arbitraje se hayan inescindiblemente unidos[38].

En tal forma, el árbitro desempeña una función heterocompositiva semejante a la del juez, pero no ejerce —ni se le delega— la potestad jurisdiccional; por ello, el laudo arbitral requiere de esta última para su reconocimiento y/o ejecución[39].

Además, respecto a la aplicación de normas imperativas extranjeras, esta teoría permite al árbitro comprender la necesidad de emitir un laudo arbitral inmune a posteriores cuestionamientos, sea con ocasión de una anulación o de su reconocimiento y/o ejecución[40].

Por todo ello, nos adherimos a la visión unitaria compleja que la teoría mixta o híbrida postula, la cual —cabe precisar— es también seguida, a nivel global, por la doctrina mayoritaria al uso[41].

Con tal parecer Fouchard, Gaillard y Goldman (1999) nos señalan que:

---

38 Con tal parecer, Sauser-Hall (1957, pp. 394-415); con similar parecer, Lew, Mistelis y Kröll (2003, pp. 79-80).

39 Al respecto, Lew, Mistelis y Kröll (2003) señalan que, "en consecuencia, se acepta que los árbitros son órganos decisorios y desempeñan una función cuasijudicial sin ejercer ningún poder judicial (estatal), ya que no existe ningún acto de delegación de poder estatal: resuelven litigios y sus decisiones pueden recibir poder judicial estatal en el momento y lugar de su ejecución. Por lo tanto, la función arbitral equivale a la función de un juez, pero no a la de un juez de un Estado concreto. Mientras que un juez está investido en principio de poder estatal, la decisión del árbitro sólo está premunida de hecho del mismo poder" (p. 80).

40 Con similar parecer, Fazilatfar (2024) nos indica que "reconocer un enfoque híbrido equiparía mejor al árbitro para responder más eficazmente a la preocupación principal de emitir un laudo sano, inmune a posteriores impugnaciones de anulación y ejecución. Como resultado, la reacción de los tribunales cuando se enfrentan al derecho imperativo extranjero es simplemente considerar y posiblemente aplicar aquellas normas extranjeras que puedan influir en la supervivencia de sus laudos" (p. 68).

41 Con similar parecer, Lew, Mistelis y Kröll (2003) afirman que "la teoría mixta o híbrida se ha convertido en la teoría dominante en todo el mundo, ya que en la legislación y la práctica modernas del arbitraje comercial internacional se encuentran elementos tanto de la teoría jurisdiccional como de la contractual" (p. 80). Con criterio semejante, Gaillard (2023) señala que, "siguiendo los pasos de estos importantes estudiosos (conscientemente o no), muchos juristas contemporáneos, en Francia o en otros países, han adoptado el enfoque de la teoría 'mixta' y han reconocido los dos elementos constitutivos del arbitraje" (p. 34).

> La relación contractual entre los árbitros y las partes no puede reducirse a una categoría familiar que se encuentra en los sistemas de derecho civil. Comparte la naturaleza híbrida del propio arbitraje: su fuente es contractual, pero su objeto es judicial, y los autores de todo el mundo son ahora prácticamente unánimes en este punto. Su objeto judicial no debe confundirse con las consecuencias puramente contractuales a las que da lugar (p. 607).

Con tal criterio, Born (2021) afirma lo siguiente:

> Por las razones ya expuestas, es imposible no considerar el arbitraje como un híbrido, que combina elementos tanto de las relaciones contractuales como de la autoridad jurisdiccional. De hecho, el arbitraje no puede conceptualizarse sin adoptar este punto de partida: no tiene sentido tratar de analizar el acuerdo de arbitraje, y sus efectos en cada etapa del proceso arbitral, sin hacer referencia al derecho y los principios contractuales, del mismo modo que no tiene sentido tratar de analizar la función del árbitro, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral sin hacer referencia al derecho y los principios de la toma de decisiones adjudicativas y la cosa juzgada (p. 331).

De igual modo, Blackaby *et al.* (2015) mencionan que:

> el arbitraje internacional es un híbrido. Comienza como un acuerdo privado entre las partes. Continúa mediante un procedimiento privado, en el que la voluntad de las partes desempeña un papel importante. Sin embargo, termina con un laudo que tiene fuerza y efectos jurídicos vinculantes y que, en condiciones apropiadas, los tribunales de la mayoría de los países del mundo reconocerán y ejecutarán. En resumen, este proceso esencialmente privado tiene un efecto público, aplicado con el apoyo de las autoridades públicas de cada Estado y expresado a través de la legislación nacional de ese Estado (p. 27).

4. Normativa constitucional *sui generis*

El artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993, califica al arbitraje como "jurisdicción". Esta fórmula que fue originalmente creada por el artículo 233 de la Constitución de 1979.

No obstante, como se observará seguidamente, tal opción resulta extraña al devenir histórico de nuestra normativa constitucional referida al arbitraje.

En tal sentido, el artículo 164 de la Constitución de 1839, nos señalaba que "ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces árbitros".

De igual forma, en el artículo 11 del Estatuto Provisorio de 1855, prescribía que "todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces árbitros conforme a las leyes".

Incluso el artículo 48 de la Constitución de 1919, nos señalaba que "los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio".

Además, a nivel global, hoy es prácticamente inexistente otra constitución en la que se califique de "jurisdicción" al arbitraje[42]. Así, en las diversas constituciones, se ha preferido simplemente reconocer la opción del arbitraje[43], establecer su empleo obligatorio en el ámbito laboral[44] e, incluso acoger fórmulas más congruentes con la naturaleza del arbitraje[45].

Ahora bien, pese a que hubiese sido ideal que nuestra constitución opte por una fórmula distinta, la calificación de "jurisdicción" al arbitraje no es un límite para la correcta interpretación del artículo 139, inciso 1. Más aún, este tenor *ad literam* ya nos deja en claro que una parte del fenómeno arbitral es jurisdiccional, teniendo así la mitad del camino avanzado hacia la teoría mixta o híbrida. Además, del propio artículo, se observa que el empleo del término "jurisdicción" para referirse al arbitraje importa una acepción general del término, pues, al aludir a la jurisdicción estatal, utiliza el sintagma "función jurisdic-

---

42 Salvo el caso del artículo 202 de la Constitución de Panamá de 2016, en el cual —no obstante, con un tenor más amplio y que recoge fácilmente a la teoría mixta o híbrida— se señala que "la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia".

43 Como el caso del artículo 43 de la Constitución de Costa Rica de 1949, en el cual se dispone que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

44 Como el caso del artículo 16 de la Constitución de Chile de 1980, en el cual se señala que "la ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella".

45 Como el caso del artículo 248 de la Constitución de Paraguay de 1992, en el cual —recogiendo en su tenor claramente a la teoría mixta o híbrida— se indica que "queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. […] Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas".

cional", lo cual es coherente, dado que son los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial quienes desarrollan dicha función a través del proceso judicial.

Incluso, en los debates parlamentarios de la Constitución de 1993 relativos a este artículo, quedaba claro que el término "jurisdicción" se emplea de manera general, no para aludir a la jurisdicción del Poder Judicial. Además, se evidencia la impropiedad de calificar al arbitraje como jurisdicción.

En tal sentido, se señalaba que:

> Si bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción **a la que se ha mal llamado "jurisdicción arbitral"**, porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular (Congreso Constituyente Democrático, 1998, p. 2302).

5. Jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza jurídica del arbitraje

El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia vinculante, ha adoptado la teoría jurisdiccionalista, empleando una interpretación del citado artículo 139, inciso 1, animada por la mera literalidad y quizá también por la nomolatría.

En tal forma, en la sentencia del 28 de febrero de 2006, relativa al Expediente 6167-2005-PHC/TC, nos repite en reiteradas ocasiones —y en considerandos que son precedente vinculante— el sintagma "jurisdicción arbitral".

Lo curioso del caso es que, si se analizan tales considerandos, no se entiende cómo el Tribunal Constitucional arribó a la teoría jurisdiccionalista; pues, sobre la base de estos, la consecuencia lógica era la adopción de la teoría híbrida o mixta, como se podrá observar seguidamente.

En tal forma, el considerando 10 de la citada sentencia nos indica que:

> De allí que **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 […].

De igual modo, el considerando 11 de la sentencia prescribe que "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** […]".

Asimismo, en el considerando 14 de la sentencia, se precisa que

> 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. 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 […].

Igualmente, el considerando 15 de la sentencia prescribe que

> el convenio arbitral es el acuerdo por el cual 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. **De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio**, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

De igual modo, el considerando 17 de la citada sentencia nos señala que "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 […]".

Finalmente, podría pensarse también que el Tribunal Constitucional no tenía una plena comprensión de las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, pues de haber tenido en claro los postulados y las diferencias entre estas, habría afirmado —acorde a sus considerandos— el carácter híbrido o mixto del arbitraje. No obstante, el objetivo del presente trabajo es, precisamente, facilitar la comprensión adecuada de las citadas teorías, así como también de la adopción de la teoría híbrida o mixta. Por ello, animamos al Tribunal

Constitucional, pues *potius sero quam nunquam*, a corregir en su futura jurisprudencia vinculante la conclusión a la que, en base a sus considerandos, debería haber arribado. De manera que adopte correctamente la teoría híbrida o mixta del arbitraje.

6. Conclusiones

Tanto la teoría contractualista como la jurisdiccionalista, al enfocarse cada una en un aspecto parcial del fenómeno arbitral, resultan incapaces de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. Por ello, determinar esta última exige observar el fenómeno desde una visión unitaria compleja y, en consecuencia, adoptar la teoría híbrida o mixta.

Nuestra Constitución de 1993 opta por calificar de "jurisdicción" al arbitraje, pero debe entenderse que este término se emplea en sentido general y no referido a la jurisdicción estatal. Esto se evidencia, incluso, en los debates parlamentarios relativos al artículo 139, inciso 1. En tal forma, no existe inconveniente para que, de una correcta interpretación de este artículo, se arribe a la teoría híbrida o mixta del arbitraje.

El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia vinculante, se ha adherido a la teoría jurisdiccionalista. No obstante, analizados sus argumentos, la consecuencia lógica de estos debió haber sido adoptar la teoría híbrida o mixta. Por lo tanto, esperamos que aquel en su futura jurisprudencia vinculante corrija este entuerto, dada la relevancia que el acogimiento de una teoría tiene para la visión y aplicación práctica del arbitraje.

REFERENCIAS

Barraclough, A. y Waincymer, J. (2005). Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, *6*(2), 205-244.

Bělohlávek, A. (2011). The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts between Legal Cultures. *Law of Ukraine. Legal Journal*, (2), 18-31.

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version* (6.ª ed.). Oxford University Press.

Born, G. B. (2021). *International Commercial Arbitration* (3.ª ed.). Kluwer Law International.

Brekoulakis, S. (2019). The Historical Treatment of Arbitration under English Law and the Development of the Policy Favouring Arbitration. *Oxford Journal of Legal Studies*, *39*(1), 124-150.

Congreso Constituyente Democrático. (1998). *Debate Constitucional Pleno - 1993* [Tomo 3]. Congreso de la República.

Congreso de la República del Perú. (1839). *Constitución Política del Perú*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/constituciones_ordenado/constit_1839/cons1839_texto.pdf

Congreso de la República del Perú. (1919). Constitución de 1919. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

Dalhuisen, J. H. (2022). *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law International Arbitration. The Transnationalisation of Dispute Resolution* (Vol. 2, 8.ª ed.). Hart Publishing.

Estatuto Provisorio de 1855. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1867021.pdf

Fazilatfar, H. (2024). Arbitration and the Mandatory Law Problem: A Mixed Mode ADR Approach. *Journal of Dispute Resolution*, *2024*(2).

Fouchard, P., Gaillard, E. y Goldman, B. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Eds. E. Gaillard y J. Savage). Kluwer Law International.

Gaillard, E. (2023). Theories of International Arbitration. En S. Kröll, A. K. Bjorklund y F. Ferrari (Eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (Vol. I, pp. 28-35). Cambridge University Press.

Lew, J., Mistelis, L. y Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International; La Haya.

Matheus, C.A. (2020). *Independence and Impartiality of Arbitrators*. En L. Dimatteo, M. Infantino y N. Potin (Eds.), The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards (pp. 12-28). Cambridge University press.

Matheus, C.A. (2024). A New Conceptual and Applicable Proposal on the Independence and Impartiality of the Arbitrator. *Journal of International Arbitration, 41* (4), 521-530.

Ojiako, U. (2023). The Finality Principle in Arbitration: A Theoretical Exploration. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, *15*(1).

Robert, J. y Carbonneau, T. E. (1983). *The French Law of Arbitration*. Matthew Bender.

Rubellin-Devichi, J. (1965). *L'arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

Samuel, A. (1989). *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U. S. and West German Law*. Schulthess Polygraphischer Verlag.

Sauser-Hall, G. (1952). "L'arbitrage en Droit International Privé" [Quatorzième Commission: Rapport et Projet de Résolutions]. En *Annuaire de l'Institut de Droit International* [Vol. 44, Tomo I]. Editions Juridiques et Sociologiques.

Sauser-Hall, G. (1957). "L'arbitrage en Droit International Privé" [Onzième Séance Plénière: Mercredi 25 Septembre 1957 (Après-midi)]. En *Annuaire de l'Institut de Droit International* [Vol. 47, Tomo II] (pp. 394-415). Editions Juridiques et Sociologiques.

Sweet, A. y Grisel, F. (2017). *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford University Press.

Yu, H-L. (2011). *Commercial Arbitration. The Scottish and International Perspectives*. Dundee University Press.

¿RÉQUIEM POR EL ARBITRAJE?

Franz Kundmüller Caminiti[1]

Resumen

Este trabajo se pregunta en forma indirecta si estamos ante el fin del arbitraje en el Perú. La pregunta, por cierto, no se encuentra exenta de cierto estoico dramatismo, de ahí la referencia al "réquiem". Destaco la necesidad de tener en cuenta la importancia de la autonomía técnica del arbitraje para ensayar una respuesta a la pregunta, para así evitar la muerte del arbitraje. He tomado como punto de partida algunas reflexiones suscitadas en la ya lejana jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Caso 06167-2005-HC, específicamente en torno al tema de la "jurisdiccionalidad" del arbitraje. Contrasto este enfoque con la importancia de la poco citada norma constitucional sobre contratos y su relación con el concepto de arbitraje, tal como se le entiende hoy. Esa jurisprudencia es

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), árbitro y catedrático universitario. Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, en el Grupo de Inversiones. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú 1995/2008. Miembro del Consejo Superior de Arbitraje de MARC Perú y del Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Ex secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (1993-2000), Ex jefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode) (2000-2010). Ex secretario general del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Miembro de la Comisión de Arbitraje CCI-Perú. Exalumno de la maestría con mención en Derecho Internacional Económico por la PUCP.

tomada como punto de partida, porque es la primera en su especie. Postulo la necesidad de interpretar el arbitraje en forma sistemática, según la normativa constitucional, y reitero que, a efectos de evitar su extinción, es indispensable arbitrabilizar al arbitraje, aunque esto último sea una reiteración de un trabajo académico que hice hace unos años. Pero antes de llegar a esa conclusión, planteo la necesidad de prestar mucha atención a una serie de paradigmas que actualmente erosionan las disciplinas propias del arbitraje y que funcionan como los unicornios de Marco Polo.

Una nota de prensa del Tribunal Constitucional de fecha 10 de marzo de 2006, publicada hace ya casi veinte años, precisó que en el Perú "el arbitraje goza de independencia jurisdiccional". ¿Qué significa en el Perú "gozar" de esa "independencia"?, ¿se trata acaso de un oxímoron?

Opino que sí, más bien, dicha independencia aún se encuentra en proceso de construcción y su consolidación todavía no se ha dado, poniendo en riesgo el futuro del arbitraje en el Perú, con muchos avances, pero también retrocesos, respecto de este importante medio de solución de controversias.

Por un lado, la idea de "independencia jurisdiccional" pareciera muy auspiciosa para el desarrollo del arbitraje peruano como institución jurídica autónoma, pues le insufla una suerte de "musculatura jurídica y jurisdiccional" en el fastigio de la pirámide de Kelsen. Por otro lado, la realidad y la práctica demuestran que no necesariamente es así.

En efecto, durante el transcurso de los últimos treinta años, la experiencia demuestra que se ha producido, en medio de altibajos, la paulatina erosión de la autonomía arbitral, mediante fenómenos como la procesalización, administrativización e incluso hiperconstitucionalización, del instituto (Kundmüller, 2011). En esencia, esto se contrapone a la necesidad de fortalecer las buenas prácticas inherentes a la institución jurídica del arbitraje y del comercio.

La nota del Tribunal Constitucional se origina en la sentencia del Expediente 06167-2005-HC. Es interesante porque se trata de un primer colofón jurisprudencial-constitucional sobre el tema de la tan

preciada independencia del arbitraje. Marca un hito en la línea evolutiva poco pacífica del concepto jurídico del arbitraje en el Perú.

Lo hace desde la actividad jurisdiccional del máximo intérprete de la Constitución Política del Estado. Cabe precisar que la nota y la respectiva jurisprudencia se materializaron durante la vigencia de la penúltima Ley de Arbitraje, Ley 26572, a mediados de los años noventa del siglo pasado. Pero lo cierto es que no mucho ha cambiado desde entonces, en términos de mejor comprensión del instituto.

Sostengo que la evolución normativa heterogénea del arbitraje peruano no es pacífica y eso impacta negativamente en su independencia o autonomía, así como en su correcta comprensión como medio especializado de solución de controversias, a lo que se suman diversas deficiencias que se presentan en la práctica arbitral, donde bastante influye la confusión de paradigmas.

Esto incide en el ejercicio de interpretación del instituto, no a partir de su origen basado en el consenso o pacto entre las partes en un contexto de negocios, sino a partir de esa peculiar vertiente "jurisdiccional" desarrollada original y pragmáticamente en el Perú, y surgida con la finalidad de que al arbitraje "se le respete" (Aramburú, 1988)[2], tal como veremos más adelante.

Junto a todo esto, se pone en evidencia que el *pacta sunt servanda*, inherente al convenio arbitral y a todo lo que este implica, sería insuficiente en el Perú. De otro lado, también se aprecia que en los hechos y a lo largo del tiempo, el legislador no supo bien cómo proceder con el arbitraje como institución jurídica. Esta situación se observa casi como una constante hasta el comienzo de los años 90 del siglo pasado, donde el arbitraje recién se instituye como una especialidad y no como un "hijo bastardo" del Poder Judicial, tal como aparecía en la antigua normativa procesal civil.

En efecto, en el Perú, la regulación arbitral ha sido históricamente heterogénea e incluso contradictoria, y fue materializada mediante nor-

2 Siguiendo al destacado profesor Aramburú Menchaca (1988), precursor de la autonomía del arbitraje en el Perú, reconocido académico peruano en el ámbito internacional y, en su momento, magistrado de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de la Haya, esta habría sido entonces la mejor manera de incrementar la cuota de autonomía del arbitraje en el derecho peruano.

mas de diversa jerarquía y alcance (Reisman, 2005, p. 16)[3]. Esto no ha ocurrido con otras instituciones jurídicas, lo que sin duda ha generado un impacto en las políticas referidas a la promoción y al desarrollo del arbitraje, construidas sobre este piso normativo "disparejo" a lo largo del tiempo[4]. Esto no solamente afectó al arbitraje como tal, pues también afectó al continente de las operaciones contractuales y mercantiles.

Sin embargo, como es evidente, esta realidad normativa en modo alguno modifica la esencia misma del arbitraje, máxime cuando se aprecia su inevitable y directa vinculación con el comercio y los negocios, en especial, en el caso del arbitraje privado. En nuestro caso, esta vinculación se registra desde los tiempos de los Tribunales del Consulado (Cámara de Comercio de Lima, 2013), lo que constituye un ineludible hilo conductor de la especialidad, no obstante, la heterogeneidad normativa del instituto registrada en el último siglo y el habitual desconcierto de los legisladores e, incluso, de los sujetos denominados como "operadores" del derecho.

Esta esencia convencional no es ninguna novedad y se explica, además, a partir del hecho de que hoy existe una clara referencia a la estirpe consensual del arbitraje, ya que ha sido incorporado en el régimen económico de la Constitución Política del Perú, en el Título III. Destaca así la libertad de las partes para pactarlo y acceder a él en el continente del contrato.

Entonces, conceptualmente y en sede constitucional, el arbitraje peruano se encuentra mucho más cerca de las categorías contractuales

---

3 Es oportuno destacar que los procesos legislativos son particularmente importantes para la consistencia de las instituciones jurídicas como el arbitraje en el tiempo, su aplicación y desarrollo, como bien precisa el profesor Reismann, una eminencia en materia de derecho internacional y arbitraje, cuando señala lo siguiente: "[…] Law making, at any level of social organization and whether it is accomplished in a formal or informal, organized or unorganized setting, refers to the processes in which expectations of authority and communications about intentions of control are generated and mobilized to sustain certain policy formulations. The co-presence of these components (policy statements couched in the normative mood, expectations of authority and communications of control intention) is as indispensable to the activity of law making as it is to its understanding".

4 No es casual que en el Perú se haya constituido una amplia variedad de "competencias arbitrales especializadas" en campos tan disímiles como las contrataciones del Estado, el derecho societario, las expropiaciones llevadas a cabo por el Estado, las controversias derivadas de la inversión extranjera, el arbitraje comercial privado, el arbitraje testamentario y sigue un largo etcétera.

que de las jurisdiccionales, aunque muchos no lo quieran ver así. Esta lectura es plenamente congruente con las disciplinas jurídicas referidas al convenio arbitral, a partir de la noción de "convención" desarrollada hace ya muchos años por el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, en el marco de la doctrina civilista más destacada (De la Puente y Lavalle, 2002).

Asimismo, esto se corrobora con la regulación contenida en la actual Ley de Arbitraje; por ejemplo, en lo concerniente al régimen contractual de las "partes no signatarias del convenio arbitral", cuyas importantes ventajas fueron explicadas desde la doctrina arbitral más destacada por el profesor Silva Romero, quien elogió las características de dicho régimen y destacó su naturaleza de vanguardia normativa frente a otras legislaciones en el ámbito comparado (Silva, 2010).

De otro lado, regresando a la heterogeneidad normativa extendida en el tiempo, bastaría revisar cómo se ha regulado el arbitraje peruano hasta la promulgación de la primera Ley de Arbitraje a principios de los años noventa del siglo pasado, lo que dio lugar, por primera vez, a la libertad de las partes para pactarlo y acceder a él sin mayores dilaciones; en especial, mediante la ejecución directa de las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral, generando la exclusión de la vía jurisdiccional por acuerdo entre partes[5].

Esto, en cierto modo y recién a principios de los años noventa, con cierto retraso respecto de los avances producidos en la práctica y en el derecho comparado, abrió el campo necesario para dar lugar a los primeros brotes de autonomía especializada y moderna del instituto[6]. Esto se relaciona con la lectura constitucional del arbitraje, reitero, tomando en cuenta las disciplinas y garantías que en sede constitucional se dedican al contrato y a las convenciones, así como al hecho de que las partes puedan contratar y pactar convenios arbitrales con

5 Sobre el efecto negativo y positivo del convenio arbitral, consistente en la exclusión de la vía jurisdiccional estatal y la obligación de arbitrar respectivamente (Seraglini y Fouret, 2023).

6 Por "autonomía especializada" me refiero a las disciplinas propias del arbitraje, como la separabilidad del convenio arbitral, la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, los usos y las costumbres propios de la especialidad, la flexibilidad, el principio de economía, y otras recogidas por la Ley de Arbitraje, incluyendo la *ratio legis* de esta como norma de aplicación supletoria a lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

total libertad, reitero, tal como está previsto en el título III de la carta y atendiendo a la lógica económico-jurídica subyacente.

De modo que es evidente que la presunta "jurisdiccionalidad arbitral" solo se entiende en su plenitud jurídica si se realiza una interpretación sistemática de dicha jurisdiccionalidad con las normas constitucionales sobre contrato y libertad de pacto, en el marco de la Constitución Económica tutelada por la carta magna, lo que además, le da fundamento y consistencia a la autonomía técnica del instituto como medio de solución de controversias especializado.

Esto, que sería evidente en la realidad, suele ser soslayado por malas prácticas e, incluso, por jurisprudencia defectuosa y hasta por iniciativas legislativas poco informadas, entre otras taras que preocupantemente tienden a abundar en nuestro medio y que, en esencia, constituyen un sesgo antiarbitral expreso o tácito.

Probablemente, esto se deba a que, en términos de ejercicio de poder, la experiencia enseña que pareciera que, en el Perú, las referidas al contrato son normas constitucionales más "humildes", menos "rimbombantes" y de "menor jerarquía" que la tan cacareada y pretendida "jurisdiccionalidad" del arbitraje. Esto, en realidad y respecto de esto último, pese a lo avanzada que se encuentra nuestra legislación arbitral, pone en evidencia la existencia de uno o varios paradigmas antiarbitrales que inciden negativamente en los negocios y también en el desarrollo de buenas prácticas.

En efecto, debería tenerse presente que, para efectos del comercio y de los negocios, las normas sobre contratos y aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje son de suma importancia; pues siempre son las partes las que, finalmente, deciden si quieren o no incluir un convenio arbitral en su contrato o, incluso, si quieren terminar el arbitraje.

Proceden así conforme a sus intereses privados, y bajo las reglas o estipulaciones que decidan comprender en el convenio arbitral, así como en el contrato, lo cual supone *per se* una evaluación privada de riesgos y costos en función del resultado deseado. Esta evaluación que corresponde esencialmente al ámbito de intereses de las partes, en el marco de la ley.

Según esta perspectiva, se abre un gran abanico de posibilidades, que resultaría imposible detallar en este breve trabajo, pero que termina siendo fundamental para entender a plenitud lo que es el arbitraje

y lo que comprenden las libertades para pactarlo. En suma, una mejor compresión teórica y práctica de la autonomía del instituto sería conveniente para propiciar un buen clima de negocios que, entre otros efectos, incentive las inversiones y la actividad mercantil en el país. Esto en un contexto de seguridad jurídica, donde concurran la vía jurisdiccional estatal con la arbitral, a conveniencia de los usuarios y en función de su libertad de pacto.

En consecuencia y recapitulando, uno de los problemas que comprende la "evolución jurídica" del arbitraje peruano consiste en que su "estructura genética" es heterogénea e, incluso, contradictoria, a diferencia de otras instituciones del sistema jurídico. Tiende a homogenizarse recientemente, a partir de los años noventa del siglo pasado, mediante un proceso que tampoco es pacífico, pero que resulta ineludible. Así y todo, las amenazas contra la autonomía especializada del arbitraje son permanentes y crecen exponencialmente[7].

De otro lado, en cuanto a la evolución histórica, se aprecia que, con posterioridad a los Tribunales del Consulado, el arbitraje estuvo regulado en las normas procesales del sistema jurídico nacional y desde el Código de Enjuiciamientos de 1852; y, luego, pasó a ser regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. En ambos casos, esto se dio con una fuerte injerencia judicial y con prácticamente cero autonomía de raigambre contractual (Cámara de Comercio de Lima, 2013), es decir, el arbitraje era una suerte de "hijo bastardo" del Poder Judicial.

Posteriormente, se eleva a rango constitucional en la carta de 1979 y se le clasifica como "jurisdicción independiente", junto a la militar. A su vez, en el Código Civil de 1984, se "civilizó" y se le otorgó la categoría de contrato, regulando la hoy ya obsoleta figura de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral (Taylor, 1986)[8].

Esto último generaba que las partes tuvieran que pactar el compromiso arbitral para poder iniciar el arbitraje una vez suscitada la

7 Es el caso de la absurda reforma para "optimizar" la Ley de Arbitraje, emprendida mediante la Resolución Ministerial 16-2025-JUS, que ha sido expresamente calificada de expresión de intervencionismo por más de una decena de instituciones peruanas.

8 El caso L'Alliance con Prunier, del siglo XIX en Francia, marcó un retroceso respecto de la autonomía del arbitraje. Estableció, jurisprudencialmente y por vía de interpretación, diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, lo cual luego fue recogido por diversos ordenamientos jurídicos, perjudicando así la práctica arbitral (Taylor, 1986).

controversia. Esto volvía imposible el acceso directo al arbitraje, lo que, además, daba lugar a un proceso judicial de "otorgamiento de compromiso arbitral". Este podía durar muchos años y tramitarse en múltiples instancias, no siendo suficiente el haber pactado la cláusula compromisoria.

De este modo, cuando finalmente, y luego de unos años de litigio, la instancia jurisdiccional estatal correspondiente otorgaba el compromiso arbitral y se iniciaba el arbitraje, generalmente ya era demasiado tarde en lo que concierne al negocio respecto del cual se había suscitado la controversia.

Lo curioso es que en el Perú, hasta la promulgación de la primera ley de arbitraje a inicios de los años noventa del siglo xx, hubo un momento en que estuvieron vigentes las normas constitucionales que lo instituían como jurisdicción, las normas procesales que lo regulaban como proceso y las normas civiles que lo regulaban como contrato, lo cual generaba una gran confusión.

Es así como recién a partir de los años 90 del siglo pasado se promulgaron dos leyes de arbitraje en el Perú, para luego volver a promulgar una en el siglo xxi, como es la del año 2008[9], que precisamente recoge toda la experiencia práctica desarrollada en el Perú y en el ámbito internacional.

La promulgación de esta norma denota una clara intención en el país y por parte del legislador de regir a esta institución jurídica conforme a los estándares y a las características inherentes a su autonomía técnica. Para ello, además, incorpora los usos y costumbres especializados en la materia, tal como consta en su artículo 34, numeral 3, de la Ley de Arbitraje. Los usos y las costumbres o *soft law* especializados en arbitraje constituyen hoy un factor de suma importancia para el desarrollo de mejores prácticas. Su aplicación se materializa a partir del acuerdo de voluntades expresado en el convenio arbitral[10].

Las tres normas antes referidas tienen entonces en común que se promulgaron en la línea y con la intención técnica, reiteramos, de incorporar los estándares universales sobre arbitraje, para así incen-

9 Se desarrolló en el marco de las iniciativas legislativas durante el proceso de adecuación del Perú para negociar y ratificar el Acuerdo de Promoción Comercial, más conocido como el TLC con Estados Unidos.

10 Sobre la importancia del *soft law* en el arbitraje, ver Dassler (2021).

tivar el uso de buenas prácticas, ampliando los rangos de autonomía arbitral especializada, pero siempre de acuerdo con lo que pacten las partes. Esto, al parecer, no habría sido suficiente, pues una buena parte de la "fuerza de gravedad" del instituto aún se sigue afincando más en su pretendido carácter jurisdiccional, antes que en su matriz contractual o convencional, la misma que es inherente a las necesidades de los negocios, al comercio y a la libertad de contratación, que caracteriza a las cuestiones mercantiles, universo en el que generalmente las controversias se resuelven en sede arbitral.

Regresando a la nota del Tribunal Constitucional del año 2005, se aprecia que esta hizo mención a un primer pronunciamiento del colegiado sobre el tema y también desarrolló las ideas subyacentes a la noción de "independencia arbitral", tanto en las reflexiones de la mayoría como en las de un voto en discordia. Considero interesante una breve revisión de estos temas, así como algunas partes del voto en discordia del magistrado Gonzáles Ojeda.

En la nota, se precisó que el arbitraje no desplaza al Poder Judicial ni tampoco lo sustituye, sino que funciona como una alternativa que complementa el sistema judicial, *al servicio de la sociedad* y con la finalidad de que se produzca la solución pacífica de controversias (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC). Hasta donde ha sido posible constatar, es la primera nota del Tribunal que se refiere al arbitraje como institución independiente, de ahí su relevancia para efectos de estos comentarios.

La misma comunicación destacó la importancia del principio competencia- competencia, que faculta a los árbitros a decidir sobre si son o no competentes respecto de las materias controvertidas que se someten a su consideración e, incluso, respecto de pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio arbitral. Esta noción forma parte de los fundamentos que sostienen la función del árbitro y que es propia de la naturaleza autónoma del arbitraje.

Por otro lado, es interesante el razonamiento que da lugar a la resolución emitida en mayoría en dicha oportunidad, cuando, por ejemplo y entre otros aspectos, en el considerando octavo y en ejercicio de una no poco osada "acrobacia jurídica", entre otros aspectos, se refiere al arbitraje como una "jurisdicción privada" (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC, p. 8). A partir de este punto, se deduce una serie de características que asemeja, en cierto

modo, esta concepción del arbitraje al unicornio de Marco Polo descrito, en el siglo XIV, en las memorias de viaje del mercader veneciano (Bressanin, 2024) Lo cierto es que hoy no cabe duda de que el unicornio es un animal mitológico y, por ende, inexistente, pero sorprendentemente muchos incautos todavía creen que el unicornio existe.

Es pertinente reiterar que la misma resolución precisó que dicho numeral, junto a otros, deberá ser considerado como "vinculante", de conformidad con las reglas aplicables a las sentencias del Tribunal Constitucional, y, por ende, resultará de aplicación a casos posteriores.

Sin embargo, el voto singular del magistrado Gonzales Ojeda (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC), que también forma parte del expediente antes mencionado y que no suele ser citado, si bien compartió la decisión adoptada en la parte resolutiva, lo cierto es que contrasta de manera muy interesante con los argumentos recogidos en la resolución emitida en mayoría y señala, poniendo en evidencia el oxímoron, que "no hay ejercicio de la jurisdicción privada" (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC, p. s/n).

Sostiene esto en orden a que, como expresión de la soberanía estatal, evidentemente la jurisdicción es única y la ejercen en forma exclusiva los órganos estatales "en nombre del Pueblo". Desarrolla además un extenso análisis sobre cómo el constituyente peruano adoptó diversas acepciones del término *jurisdicción*, entendido como "competencia", "espacio territorial", así como noción respecto de los "límites al ejercicio de la jurisdicción", entre otras; pero nada de eso justificaría interpretar que la denominada como "jurisdicción arbitral" sería equivalente a la judicial.

Agrega Gonzales Ojeda que "no hay pues un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz "jurisdicción" (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC, p. s/n). Por ende, precisa que se debe tener en cuenta el sentido "polisémico" del término usado en sede constitucional; además, destaca que así es como se debe entender el artículo 139.1. de la Constitución, y concluye que:

> en definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto —el arbitraje en sí mismo— (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC, p. s/n).

Esta noción del arbitraje como "garantía constitucional de un instituto en sí mismo" enmarca con claridad el contenido y los alcances de este medio de solución de controversias en sede constitucional, tal como consta en el comentado voto en discordia.

En cierto modo, esta posición también expresa con propiedad la autonomía técnica del instituto arbitral y su inevitable vinculación con la noción constitucional básica de libertad de pacto. Esta, como se ha comentado, se encuentra claramente incluida en el régimen constitucional económico, con referencia directa a los contratos. De modo que, el hecho de que se le haya incorporado en dicho régimen obliga a interpretar su naturaleza y sus alcances en el ámbito respectivo y en el marco de la noción de economía social de mercado que tutela la Constitución Política del Estado.

Por otro lado, Gonzales Ojeda precisó que mantiene diferencias respecto de la afirmación según la cual se concluye que el arbitraje "es un derecho fundamental", tal como ha sido planteado en la resolución adoptada en mayoría. Esa precisión es relevante, en orden a que la tutela se extiende específicamente a la libertad para pactar estipulaciones en los contratos, en la medida que no se contravengan reglas no dispositivas y entre las cuales está el convenio arbitral, donde dicha libertad de pacto constituye un derecho fundamental, conforme a la lógica jurídica del régimen constitucional económico y según las prácticas mercantiles pertinentes.

Sobre este punto, el magistrado afirma categóricamente que "no existe un derecho fundamental al arbitraje" (Tribunal Constitucional, 2006, Expediente 6167-2005-PHC/TC, p. s/n). En todo caso, el derecho fundamental consiste en poder acudir a los órganos de justicia y en que el arbitraje ha quedado "constitucionalmente garantizado". Esto es consecuencia de la libertad para pactarlo, lo que jurídicamente es diferente a pretender que existe un "derecho fundamental al arbitraje". De este modo, sin decirlo en forma expresa, la posición de este magistrado rescata la libertad de las partes para pactar, conforme lo ha previsto el título III de la Constitución.

El arbitraje gozaría, entonces, estando al voto en discordia así como al voto en mayoría, de una suerte de "bendición constitucional" que se extiende desde la carta magna del año 1979. Esto se aprecia en el Caso 06167-2005-HC, con algunos matices diferenciadores entre las dos posiciones anteriormente resumidas. En el fondo, sostener que el

arbitraje es una "jurisdicción privada" también equivale a pretender afincar la fuente de legalidad y legitimidad del arbitraje en sede constitucional, asunto cuya motivación y antecedentes también es interesante explorar, pero si se trata de optar, luego del tiempo transcurrido, es evidente que la posición apropiada corresponde a la del magistrado Gonzáles Ojeda.

Adicionalmente, la profesora Ledesma (2020) revisó el origen de la regla contenida en la Constitución de 1979, en el respectivo diario *Debates* de 1978. Citó al jurista Valle Riestra, que en dicha oportunidad "sostuvo la idea de que no puede afirmarse la existencia de una jurisdicción arbitral; según él, el árbitro tiene la facultad de *notio* y *vocatio*, y carece del poder de *executio* […]" (p. 35).

Si bien esta es una afirmación jurídicamente correcta, también es pertinente citar en este punto al constituyente Ramírez del Villar, conforme el mismo diario *de Debates*, cuando señala con criterio pragmático que "en caso no se regulare el arbitraje como jurisdicción estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza" (como se citó en Ledesma, 2020, p. 35).

Este criterio derivaría de la posición doctrinaria adoptada por el profesor Aramburú Menchaca (1988), también constituyente de la época. Este enfoque, que para efectos de este trabajo hemos denominado como pragmático, también ha sido recientemente comentado por el profesor García Toma, como se citó en Ledesma (2020), cuando:

> colige que el real motivo de acoger al arbitraje como jurisdicción habría sido el de darle fuerza a los fallos arbitrales, de ahí que la Asamblea Constituyente de 1978 acogió la jurisdicción del arbitraje para que este se vea fortalecido y de esta manera, se ejerza por los sujetos como una vía alterna donde resuelvan sus controversias (p. 35).

Bajo el enfoque pragmático, se evidencia una preocupación adicional. Es decir, si en caso el legislador constituyente no llegase a dar al arbitraje una suerte de "carácter jurisdiccional" en sede constitucional, los laudos arbitrales no serían respetados y serían letra muerta en el Perú, y no se contaría con las suficientes garantías para lograr su sostenibilidad.

Sin embargo, y por otro lado, también es cierto que este enfoque pragmático evidencia algo muy inquietante. A pesar de que la libertad de pactar y la obligatoriedad de los contratos se encuentran garantizados en las reglas del régimen económico de la Constitución, así como

por otras normas del ordenamiento jurídico, eso en la práctica no sería suficiente para la plena eficacia del arbitraje peruano.

Tampoco sería suficiente que la Ley de Arbitraje contenga reglas que establecen que lo pactado en el convenio arbitral es obligatorio, y que el laudo hace cosa juzgada y que resulta vinculante para las partes, lo que por cierto, ocurre a partir del día siguiente de su notificación, entre otras disposiciones que aseguran la obligatoriedad de los laudos. Conforme a la ley, esto es así, pese a que los árbitros carecen de potestad coercitiva como los jueces y que, en general, la Ley de Arbitraje es de aplicación supletoria al convenio arbitral.

En la práctica arbitral, se observan ciertas interpretaciones erróneas por parte de los usuarios y operadores del arbitraje, pues por ejemplo, generalmente, se considera que el laudo "queda firme" recién una vez que se ha vencido el plazo para interponer el recurso de anulación, como si el laudo fuese una sentencia judicial (valga la redundancia) que solamente quedara firme cuando venciera el plazo para apelarla. No obstante, como bien se sabe, el laudo no es una sentencia (judicial) y el recurso de anulación, en esencia, no es ni será jamás una apelación.

A mayor abundamiento, la Ley de Arbitraje es clara sobre estos temas. Así, siguiendo los criterios de autonomía técnica de la institución, los laudos son obligatorios desde que se notifican a las partes, y eso es consecuencia del convenio arbitral pactado. Además, existe un régimen de suspensión de la ejecución del laudo, con normas específicas inherentes al cuerpo normativo del arbitraje, según los requisitos propios de la especialidad.

En suma, y aunque muchas veces podría llegar a ser letra muerta, queda claro en la norma que el principio general es que el laudo es obligatorio y hace cosa juzgada desde su notificación a las partes, de modo que la eventual suspensión de la ejecución del laudo, es en realidad una situación excepcional. En tal sentido, estamos ante una situación que, como tantas otras, diferencia claramente al arbitraje del proceso judicial; pero, en la práctica, el paradigma procesal termina imponiéndose, incrementando así los costos del arbitraje.

Y ante esta situación, por más que la Constitución se refiera al arbitraje como una "jurisdicción independiente", el paradigma antes descrito, como tantos otros, termina prevaleciendo, al mejor estilo del unicornio de Marco Polo, a pesar de carecer de validez legal.

Algo similar ocurre, por ejemplo, con el vencimiento del plazo para recusar a los árbitros que contienen algunos reglamentos de arbitraje institucional, de modo que en la práctica se suele esperar que se cumpla dicho plazo para proseguir con la tramitación del arbitraje, cuando en realidad eso tampoco es necesario. Otro caso lo constituye la costumbre de suspender el arbitraje cuando se tramita una recusación del árbitro, entre otros.

Ejemplos de este tipo abundan y se suscitan con frecuencia en la práctica. Por eso, es necesario "arbitrabilizar" el arbitraje, y la única forma de lograrlo es concediéndole la importancia que por derecho le corresponde a la autonomía técnica del instituto y a las buenas prácticas, así como a sus características como medio especializado de solución de controversias, a partir de lo que pacten las partes. Esto siempre promoviendo buenas prácticas y dejando de lado las fantasías de los que ven unicornios, cuando en el campo del ejercicio arbitral hay rinocerontes prestos a embestir.

Tomando en consideración lo dicho hasta este punto, y a mayor abundamiento, es pertinente preguntarse ahora sobre la forma en que se ejerce el poder de juzgar para resolver la controversia en sede arbitral. Como es evidente, la pregunta se contesta tomando en cuenta el pacto entre las partes, el acuerdo de voluntades y la autonomía del instituto.

Lo que en esencia supone que todo arbitraje consiste en la práctica en la ejecución de las estipulaciones contenidas en un convenio arbitral, que entrañan bilateralidad; mientras que, en sede judicial, el "justiciable" ejerce su "derecho de acción" unilateralmente ante el Poder Judicial, recurriendo así al "poder soberano" del Estado, a efectos de que se le imparta justicia[11].

Esto supone evidentes diferencias estructurales importantes entre el arbitraje y el proceso judicial, siendo precisamente, dentro de la lógica arbitral, que se entiende mejor la relevancia de la autonomía técnica del instituto, proveniente esencialmente de lo establecido en el convenio arbitral.

---

11 Tomo el concepto de "impartir justicia" en homenaje al doctor César Augusto Mansilla Novella, magnífica persona, egregio jurista y profesor de derecho, con quien tuve el privilegio de compartir espacios académicos y conversar en muchas oportunidades. Él destacaba sabiamente la necesidad de preferir este concepto en vez del tan usado "administrar justicia", simplemente porque la justicia no es un bien que pueda ser "administrado".

Esta autonomía, generalmente relacionada con el contrato y dentro de los alcances del convenio arbitral, constituye el factor más importante para manifestar la especialización del arbitraje como medio de solución de controversias en los diversos ámbitos en los que se aplica. Además, es plenamente congruente con toda la línea evolutiva del arbitraje desarrollada en los últimos siglos.

A esta misma línea se refiere Schinazi cuando, en una reciente publicación, explica la "edad de la autonomía" del arbitraje en su extraordinario y muy detallado trabajo académico sobre las tres "edades o etapas" de esta institución jurídica y medio de solución de controversias. Así, distingue entre las etapas de las "aspiraciones" (de 1780 a 1920), la "institucionalización" (de 1920 a 1950) y la "autonomía" (desde 1950 en adelante) en un contexto de tensiones, pero también de renovación constante de las disciplinas propias del arbitraje (Schinazi, 2022).

Para el profesor George Bermann, autoridad internacional en materia arbitral, el libro de Schinazi es un brillante y meticuloso trabajo de investigación que eclipsa a todos los esfuerzos académicos similares desarrollados anteriormente y que representa un hito en el estudio de la complejidad que entraña esta especialidad (Schinazi, 2022).

En las tres grandes etapas del arbitraje planteadas por Schinazi, se aprecia un gran esfuerzo académico por "mapear" su línea evolutiva y la importancia gravitante del comercio y de las actividades mercantiles en una atmósfera transaccional extendida a lo largo de los siglos, escenario en el cual está claramente ausente el factor "jurisdiccional".

Es así como en la etapa de las "aspiraciones", se observa la aplicación y el desarrollo del arbitraje en la solución de controversias derivadas de diversos negocios, tanto en el ámbito privado como en el de derecho internacional público. Existe entonces, en esta primera etapa una vinculación directa del arbitraje con los mercados de *commodities* o materias primas y también con las relaciones entre Estados.

En este contexto, surgen las instituciones como la London Corn Trade Association y The Liverpool Cotton Association, entre otras, todas con sistemas de arbitraje para sus asociados, excluyendo en forma expresa las vías jurisdiccionales estatales (Schinazi, 2022). Dicho contexto corresponde también al arbitraje recogido en los antiguos estatutos de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) del siglo XIX, así como en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Y en el caso de la solución de controversias entre Estados, durante el periodo en mención, se desarrolló el arbitraje mediante los Tratados Jay de 1794, entre Estados Unidos y Reino Unido, que marcaron un hito, pero también destacó el caso de los arbitrajes entre la Suez Canal Company y Egipto en 1864, entre otros (Schinazi, 2022).

En estos años, se sientan las bases, según el citado autor, para lo que vendrá posteriormente en materia de evolución del arbitraje y se comprueba una serie de ventajas propias de la práctica arbitral como medio de solución de controversias en el universo comercial que comprende a múltiples actores públicos y privados, donde la creación de la London Court of Arbitration en 1903 marca también otro hito.

Luego, en la etapa de la "institucionalización", desarrollada entre los años 1920 y 1950, es cuando se produjo el desarrollo y expansión de las principales organizaciones e instituciones dedicadas al arbitraje; por ejemplo, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en 1923, la American Arbitration Association en 1926, entre otras.

Básicamente, se trató de iniciativas desarrolladas por el sector empresarial privado, con proyección internacional y respondiendo a las necesidades del comercio, dando lugar a mejores prácticas y el sucesivo desarrollo de los respectivos reglamentos institucionales y protocolos, así como el incremento de la casuística, pero acompañado todo ello por un intenso proceso de institucionalización.

Posteriormente, en la era de la "autonomía", a partir de 1950 en adelante, se aprecia un alto nivel de especialización en las disciplinas relacionadas con el arbitraje, la paulatina consolidación de la especialidad, así como el esfuerzo por desarrollar un cuerpo normativo separado que se encuentre basado en un marco teórico que justifique y explique el sistema arbitral como conjunto, dentro del continente de la *lex mercatoria*.

Es la época del desarrollo de iniciativas en el campo del arbitraje como las llevadas a cabo por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o de creación de importantes tratados internacionales, como la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros y el Tratado del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados, entre otras iniciativas.

Respecto de esta etapa, Schinazi destaca dos vertientes que inciden en la autonomía que la caracteriza. Por un lado, lo que el autor llama la "mercadocracia", conformada por un creciente conjunto de especialistas y profesionales expertos en arbitraje, tanto en el plano académico como en el del litigio. Y por el otro lado, la autonomía del cuerpo normativo en conjunto, basado en usos y costumbres propios de la especialidad e integrando la *lex mercatoria*, que originó toda una escuela de pensamiento jurídico, con una fuerte influencia de la escuela francesa del arbitraje internacional (Schinazi, 2022).

La evolución intelectual de esta escuela estuvo fuertemente influida por destacados juristas, como Clive Schmitthoff y Berthold Goldman, entre muchos otros, que exploraron y desarrollaron una serie de conceptos y características propia del arbitraje contemporáneo. Se basaron esencialmente en el pluralismo jurídico, así como en una fuerte identidad profesional y personal con el arbitraje comercial como medio de solución de controversias (Schinazi, 2022).

Finalmente, en las décadas de los años 80 y 90, se desarrolló una nueva generación de académicos y expertos en la escuela francesa que planteó nuevas cuestiones teóricas y generó un fundamento doctrinario que pasó de la *lex mercatoria* al concepto del "orden jurídico arbitral", a partir de la consolidación de las disciplinas especializadas del instituto. Se profundizó el debate académico y profesional en diversos ámbitos, surgiendo discusiones teóricas complejas para explicar la transición y nuevos conceptos como la "deslocalización" del arbitraje, entre otros (Schinazi, 2022).

El exhaustivo trabajo de Schinazi, que he resumido líneas arriba, no hace más que poner en evidencia, en un libro de casi 400 páginas, con copiosa bibliografía y casuística, que el elemento contractual o convencional es hoy gravitante para entender la lógica jurídica especializada del arbitraje y su proyección hacia el futuro, lo que además, se complementa con la respectiva noción de autonomía que lo caracteriza, por lo menos, desde mediados del siglo xx en adelante.

La legislación peruana ha avanzado significativamente en esa línea, pero preocupan las deficiencias que se presentan en la práctica, el jurisdiccionalismo exacerbado y las iniciativas legislativas que se llevan a cabo sin tomar en cuenta la existencia de una amplia gama de competencias arbitrales especializadas y la autonomía especializada del instituto, tal como recientemente ha ocurrido con la publicación

de la Resolución Ministerial 16-2025-JUS. Esta ha sido calificada como grave expresión de intervencionismo por más de una decena de importantes instituciones peruanas del sector privado, las cuales hoy desarrollan actividades en el campo del arbitraje.

En consecuencia, y luego de cerca de treinta años de promulgada la primera Ley de Arbitraje, es necesario entender que, si queremos un mejor y mayor desarrollo arbitral en el Perú, la única salida viable consiste en reconocer su autonomía especializada, con todo lo que eso implica. De lo contrario, el arbitraje peruano terminará extinguido o devorado por los unicornios de Marco Polo, lo que para todos los efectos sería lo mismo.

REFERENCIAS

Aramburú, A. (1988). El arbitraje comercial en el Perú. En *Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez* (pp. 26-32). Cultural Cusco.

Bressanin, A. (2024). The Travels of Marco Polo: The True Story of a 14th-Century Bestseller. En *BBC.* https://www.bbc.com/travel/article/20240107-the-travels-of-marco-polo-the-true-story-of-a-14th-century-bestseller

Cámara de Comercio de Lima. (2013). *20 años de arbitraje en el Perú*. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/LIBRO-ARBITRAJE.pdf

Dassler, F. (2021). *Soft Law in International Commercial Arbitration*. The Hague Academy of International Law. Ed. Brill/Nijhoff.

De la Puente y Lavalle, M. (2002). La Convención y el Contrato. *Revista Advocatus* (007), 106-114. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2380

Kundmüller, F. (2011). Es urgente arbitrabilizar el Arbitraje Peruano. *Revista Arbitraje PUCP*, (1), 58-67.

La cámara. (2025). Cámara de Comercio de Lima advierte que el intervencionismo del Ministerio de Justicia en el arbitraje amenaza la seguridad jurídica. *Revista Digital de la Cámara de Comercio de Lima.* https://lacamara.pe/camara-de-comercio-de-lima-advierte-que-el-intervencionismo-del-ministerio-de-justicia-en-el-ar-

bitraje-amenaza-la-seguridad-juridica/#:~:text=La%20C%-C3%A1mara%20de%20Comercio%20de,Unidas%20sobre%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.

Ledesma, M. (2020). Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, *1*(1), 29-45.

Reisman, M. (2005). The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Diversification of their Application. En R. Wolfrum y V. Röben (Eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (15-30). Springer.

Schinazi, M. (2022). *The Three Ages of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press.

Seraglini, C. y Fouret, J. (2023). The Arbitration Agreement: Legal Nature, the Contractual and the Jurisdictional Aspect. En S. Kröll, A. K. Bjorklund y F. Ferrari, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (pp. 669-696). Cambridge University Press.

Silva, E. (2010). El artículo 14 de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008: reflexiones sobre el contrato de arbitraje - realidad. *Revista Lima Arbitration* (4), pp. 6-22. Círculo Peruano de Arbitraje.

Taylor, A. (1986). International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence. *Louisiana Law Review*, *46*(5), 1045-1059.

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC; 28 de febrero de 2006. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (2016). *TC precisa que el arbitraje goza de independencia jurisdiccional*. https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-b2cfe8a65e509071d2f9834244842d84/

SECCIÓN VI

ARBITRAJE Y DERECHO

CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE DEPORTIVO

César Landa Arroyo[1]

Resumen

Este artículo académico tiene por objeto desarrollar la relación entre la Constitución y el deporte. Con ese fin, el autor evalúa la tutela constitucional del deporte para luego realizar un análisis del deporte como derecho fundamental que contribuye al bienestar general del ser humano. Posterior a ello, el autor explica que algunas actividades deportivas han tenido un especial desarrollo, por lo que sus controversias son resueltas mediante procesos arbitrales. Así, analiza la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo así como el convenio, estatuto y clausula arbitral en temas deportivos. Luego, examina el control constitucional aplicado al arbitraje deportivo en el Perú mediante el proceso de amparo arbitral y comenta algunos casos relevantes del Tribunal de Arbitraje Deportivo y algunos llevados al Tribunal Constitucional. El autor concluye destacando que es importante integrar el arbitraje deportivo con el orden constitucional.

1 Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Expresidente del Tribunal Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. ORCID: 0000-0003-0801-8873. Agradezco el apoyo de mi colaborador académico Jesús Moreno.

1. Introducción

Para comprender la relación entre la Constitución y el deporte, es esencial situar al deporte dentro del contexto del constitucionalismo social, el cual busca establecer un orden fundamental del Estado y de la sociedad para garantizar el libre desarrollo de los ciudadanos, que demanda concebir el deporte como parte de su bienestar. Sin embargo, en el Perú, la práctica del fútbol concentra la atención como la actividad deportiva de mayor tradición e interés popular; debido a su origen y desarrollo en el seno de la sociedad, no exenta de pasiones. Por este motivo, se ha establecido, además del arbitraje durante un partido de fútbol, el arbitraje deportivo internacional como la mejor forma de resolver las controversias de su competencia, sin perjuicio de la protección judicial y constitucional, en las cuales se amparan las personas naturales o jurídicas frente a las violaciones a sus derechos legales y constitucionales también deportivos.

No obstante, que el arbitraje sea la vía especial reconocida para la solución de los conflictos deportivos no ha resuelto los problemas del deporte. La magnitud de la propia crisis del orden deportivo nacional y mundial ha envuelto al arbitraje deportivo en objeto de análisis y crítica. Esto se debe a la necesidad de protección de los deportistas o entidades perjudicadas por acciones y decisiones que afectan la integridad y la credibilidad del deporte (como la corrupción y manipulación de competiciones, la falta de transparencia y gobernanza deficiente, los contratos deportivos onerosos y las sanciones algunas veces arbitrarias, entre otros) lo cual ha erosionado la credibilidad de muchos eventos deportivos internacionales, afectando a los deportistas y a sus equipos.

En este artículo, se presentará la relación entre la Constitución y el deporte. Para ello, se analizará la tutela estatal del deporte y la naturaleza del derecho fundamental al deporte; que en casos de controversias, se resuelven en la vía arbitral internacional, en virtud de las competencias estatutarias o del convenio arbitral; para luego analizar la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Arbitraje Deportivo y el Tribunal Constitucional en materia deportiva, así como perfilar cómo el proceso de amparo y los procesos arbitrales locales pueden asegurar el debido proceso para proteger los derechos fundamentales de los deportistas y de sus instituciones tutelares.

2. Constitución y deporte

El derecho al deporte es reconocido en diversas constituciones y marcos legales como un elemento esencial para el desarrollo integral del ser humano. Su consagración como derecho fundamental implica obligaciones específicas para el Estado en términos de promoción, protección, acceso y tutela judicial.

a. Tutela constitucional del deporte

El artículo 14 de la Constitución del Perú establece que la educación debe promover, entre otros aspectos, la práctica de la educación física y el deporte. Esta disposición implica que el deporte no solo es visto como un medio recreativo, sino como un vehículo para fomentar el desarrollo físico y mental, la disciplina, la solidaridad y la inclusión social. De manera similar, constituciones como las de España y Brasil también reconocen el deporte como una actividad fundamental, para la cual el Estado debe promover su acceso y desarrollo a través de políticas públicas.

Ahora bien, el derecho al deporte se encuentra dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que se relaciona con el bienestar y la salud de las personas, en otras palabras, implica también a la dignidad de las mismas. Entonces, resulta adecuado su exigibilidad mediante su reconocimiento expreso en las constituciones, ya que constituye un:

> medio natural de configuración y protección del derecho y el punto de partida de las normas que lo tutelan, ya que hace suponer que los Estados que lo reconocen en sus textos constitucionales están en mejores condiciones para garantizar su tutela (Flores, 2018, p. 7).

En consecuencia, resulta en la responsabilidad directa por parte del Estado en la tutela de la actividad deportiva, por lo que deben crear políticas públicas, destinar recursos y desarrollar infraestructuras deportivas que permitan a la población acceder al deporte como parte de sus derechos sociales.

Entonces, la protección constitucional del deporte garantiza, o debería garantizar, el acceso igualitario. De este modo, asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades para practicar deportes, sin importar su género, edad, raza, condición económica u otras circunstancias, más específicamente, respetando el artículo 2.2 de nuestra Carta Magna.

Además, se establecen medidas específicas para proteger a grupos vulnerables como los niños y las niñas, para quienes existen "talleres de verano" o la implementación del curso de Educación Física en el currículo escolar; personas con discapacidad, quienes hoy en día acceden, aunque con dificultades, al reconocimiento por parte del Estado como deportistas que compiten, por ejemplo, en los Juegos Parapanamericanos; y comunidades marginadas, que aún ahora reciben poco o nulo apoyo por parte de las autoridades estatales, quienes deberían promover de manera más eficiente su acceso al deporte como herramienta de integración social.

Las disposiciones legales, como la Ley de Promoción y Desarrollo Deportivo, Ley 280336, también fomentan tanto el deporte profesional como el *amateur* a través del Instituto Peruano del Deporte (IPD), con competencias para desarrollar el deporte formativo y de alto rendimiento, así como la construcción de infraestructuras deportivas adecuadas en todo el país a través de implementar mecanismos de financiamiento del deporte, incluyendo recursos del Estado y apoyo del sector privado para la realización de eventos deportivos y de atletas destacados.

Para tal efecto, la planificación de políticas públicas deportivas con enfoque en derechos sociales debe basarse en la igualdad y en la no discriminación. Se incorporan elementos clave como la disponibilidad de bienes y servicios suficientes; la accesibilidad física y económica para todas las personas, especialmente grupos vulnerables; la aceptabilidad mediante la participación activa de las comunidades en su diseño; la idoneidad para garantizar el ejercicio pleno del deporte en todas sus formas; y la adaptabilidad para ajustarse a necesidades sociales cambiantes y contextos culturales diversos (Pérez, 2021). Desde esta perspectiva, se puede concebir el deporte como un derecho fundamental.

b. Derecho fundamental al deporte

El deporte no es solo una actividad a ser protegida y promovida por el Estado sino que también se trata de un derecho fundamental de las personas que promueve la salud física y mental, la inclusión social, la educación y la cultura. Es por eso que su reconocimiento expreso como derecho se ha concretado, por ejemplo, en la Constitución cubana de 1976, en el artículo 51, en el capítulo VI denominado "Derechos, deberes y garantías fundamentales". En este se señala que

"todos tienen derecho a la educación física, al deporte y la recreación" (Pachot, 2016).

Ahora, el reconocimiento constitucional del derecho fundamental al deporte convierte a este en un componente esencial del bienestar humano, lo que obliga al Estado a garantizar su acceso equitativo y a facilitar las condiciones necesarias para la práctica deportiva, tanto a nivel recreativo como competitivo. Así lo ha expresado la sentencia del Expediente 4232-2004-AA/TC, donde se analiza el derecho a una educación integral, incluido el deporte, a juicio del Tribunal Constitucional.

En este análisis, se menciona que la educación cumple un rol fundamental en el desarrollo integral de la persona y que incluye la formación en diversas áreas, como las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes y el deporte. En este sentido, la sentencia resalta que la educación física y el deporte forman parte esencial del proceso educativo en todos sus niveles y modalidades, ya que contribuyen al bienestar físico, biológico e intelectual de las personas.

Además, se menciona que la práctica deportiva desarrolla habilidades como la disciplina, el esfuerzo y el trabajo en equipo, que son fundamentales en la formación de los estudiantes. Por lo tanto, aunque la sentencia en sí trata sobre un caso de acceso a la educación universitaria y autonomía universitaria, se vincula indirectamente al deporte al reconocer su importancia en el derecho a la educación y el desarrollo integral de los estudiantes.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), en el caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela en el año 2023, enfatizó la obligación de los Estados de garantizar condiciones dignas en centros penitenciarios, incluyendo el acceso a actividades recreativas y deportivas. Aunque el caso se centra en la violación de derechos humanos en centros penitenciarios, resalta indirectamente la relevancia del deporte como un medio de resocialización a través del desarrollo del bienestar físico, emocional y social, incluso en contextos adversos.

La resolución insta a los Estados a adoptar medidas para humanizar los entornos carcelarios mediante programas que incluyan actividades deportivas, en tanto derecho humano, y subrayen su valor rehabilitador. Esto amplía la perspectiva del deporte como derecho humano y destaca su capacidad para contribuir a la dignificación de la vida en cualquier circunstancia.

En ese sentido, el reconocimiento del deporte como derecho fundamental genera múltiples implicaciones para los Estados:

i. **Educación física obligatoria.** El deporte debe integrarse en los programas educativos como un componente esencial, promoviendo valores como la disciplina, el trabajo en equipo y el respeto mutuo.

ii. **Políticas públicas inclusivas.** Los gobiernos deben garantizar instalaciones deportivas accesibles y seguras, especialmente para grupos vulnerables como niños, personas con discapacidad y poblaciones en situación de pobreza.

iii. **Protección de derechos humanos.** Como lo señala la Corte IDH, el deporte también debe ser garantizado en entornos especiales como las prisiones, reafirmando su rol rehabilitador y protector de la dignidad humana.

A pesar de los avances en el reconocimiento constitucional e internacional, persisten desafíos significativos para que la práctica del deporte se constituya en un derecho fundamental, que sea protegido y promovido por el Estado, la comunidad, la familia y practicado por todas las personas de toda edad, sin discriminación alguna; esto es así, debido a que subsisten ciertos déficits por parte del Estado y la sociedad como:

i. **Desigualdad en el acceso.** Muchas comunidades carecen de infraestructuras deportivas adecuadas, limitando el ejercicio de este derecho.

ii. **Falta de financiamiento.** Los presupuestos públicos destinados al deporte suelen ser insuficientes, lo cual afecta la calidad de los programas y las instalaciones.

iii. **Monitoreo y cumplimiento.** Como evidenció la Corte IDH en el caso Montero Aranguren, la implementación efectiva de políticas deportivas requiere supervisión continua para garantizar su cumplimiento.

Frente a ese panorama, el deporte y la educación física representan aspectos fundamentales de la cultura y la formación integral de los educandos, orientados a desarrollar habilidades, fortalecer la voluntad y fomentar el autocontrol en cada individuo, contribuyendo a su integración plena en la sociedad. En ese sentido, el Estado debe

impulsar la práctica continua de la actividad física y deportiva a lo largo de la vida mediante una educación global, accesible y permanente (Flores, 2014).

Tanto en las constituciones nacionales como en el derecho internacional, la protección y la promoción del derecho al deporte reflejan un compromiso con el bienestar integral de las personas desde la edad temprana. No obstante, su plena implementación sigue siendo un reto que exige esfuerzos coordinados entre el Estado y la sociedad civil para superar las barreras estructurales que limitan su acceso. El caso Montero Aranguren demuestra la necesidad de reforzar las políticas públicas y los mecanismos de supervisión para asegurar que este derecho sea efectivamente disfrutado por todas las personas, sin importar sus condiciones sociales o económicas.

En última instancia, garantizar el derecho al deporte no solo fortalece la cohesión social, sino que también reafirma el compromiso de los Estados con la dignidad humana, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad. En caso de vulneración de este derecho, como la falta de acceso a instalaciones deportivas, discriminación o violación de los derechos fundamentales de los deportistas, se contemplan mecanismos de tutela arbitral, cuando no judicial, como acciones de amparo, que permiten a los ciudadanos y a los deportistas exigir su cumplimiento, y garantizar su goce y ejercicio efectivo.

3. Protección arbitral del deporte

La singularidad del origen y el desarrollo de algunas actividades deportivas, como es el caso del fútbol hace siglo y medio, hace que este deporte ocupe una posición jurídica con autonomía para resolver los conflictos y las controversias que se deciden en instancias arbitrales de revisión. Esto permitió que, con el tiempo, se debatan sus límites con el marco de protección de las personas, incluso en sus actividades futbolísticas, profesionales o no a nivel. Ello es así en la medida que el arbitraje deportivo internacional no está sujeto a un mandato de protección de los derechos humanos de los deportistas.

a. Ámbito de competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo

El arbitraje en general tiene un reconocimiento en la Constitución de 1993. Si bien protege los conflictos derivados de la relación contractual (artículo 62), también es reconocido implícitamente como

un mecanismo de solución de controversias deportivas para el fútbol a nivel supranacional.

En ese sentido, existe el Tribunal de Arbitraje Deportivo o Tribunal Arbitral du Spory (TAS), con competencias para resolver los conflictos deportivos nacionales en base a tres consideraciones: *ratione personae*, donde el TAS evalúa la legitimidad para la participación en el arbitraje, que incluye analizar el interés directo en el conflicto; *ratione temporis*, donde el tribunal determina si la cláusula arbitral estaba vigente al momento de presentarse la solicitud de arbitraje y también dentro del plazo; y, por último, la *ratione materiae*, en la cual se analiza si el conflicto sometido a la jurisdicción del TAS tiene relación o no con el ámbito deportivo o si, por otro lado, tiene relevancia pecuniaria (Liébana, 2021).

Sin embargo, por su lado, Crespo (2010), en su texto, señala que la competencia del TAS puede ser directa o indirecta. En términos directos, ocurre cuando los estatutos o reglamentos de una federación, contrato o acuerdo someten explícitamente las disputas al TAS. La competencia indirecta sucede cuando las federaciones nacionales, al ser miembros de federaciones internacionales, como la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), que es el organismo rector de fútbol a nivel mundial, están obligadas a aceptar la jurisdicción del TAS, ya que estas organizaciones superiores reconocen al tribunal como instancia de apelación final.

Ahora bien, como ese es el caso del Perú, como ejemplo de lo anteriormente mencionado, el 8 de noviembre de 2023, durante la Liga 1 entre Alianza Lima y Universitario de Deportes, se registraron incidentes en el Estadio Alejandro Villanueva, como uno de pirotecnia y un apagón de luces al finalizar el partido, lo que llevó a la suspensión de la premiación y la invasión del campo por algunos aficionados.

La Comisión Disciplinaria de la FPF sancionó a Alianza Lima con el cierre del estadio por siete meses y una multa de 20 UIT, decisión confirmada en apelaciones posteriores. Alianza llevó el caso al TAS, ente que el 16 de enero de 2025 ratificó la sanción, argumentando que el club era responsable bajo un régimen de responsabilidad objetiva.

El TAS concluyó que Alianza Lima incumplió normas de seguridad y que el apagón agravó la situación, lo cual afectó la imagen del torneo. También determinó que la sanción era proporcional y acorde

con precedentes. El laudo reafirmó la importancia del cumplimiento de normas de seguridad y la responsabilidad de los clubes en la prevención de accidentes.

Otro caso del fútbol peruano donde intervino el TAS se desarrolló durante el Campeonato Descentralizado de 2015, en el cual los clubes León de Huánuco y Cienciano solicitaron que se sancione a Ayacucho FC por no haber cumplido con el mínimo de minutos requeridos en la bolsa de minutos. Según el informe arbitral, el jugador Cornejo ingresó en el minuto 69 del partido contra Universidad San Martín, permitiendo a Ayacucho alcanzar los 2700 minutos exigidos. Sin embargo, pruebas posteriores demostraron que su ingreso real fue en el minuto 79, lo cual significaba que el club solo acumuló 2691 minutos y debía ser sancionado con la pérdida de tres puntos.

Al finalizar el torneo, la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional (ADFP) publicó la tabla acumulada, en la que Ayacucho se ubicó en el puesto 14 con 33 puntos; mientras que Cienciano y León de Huánuco ocuparon las posiciones 15 y 17, respectivamente, lo que determinó su descenso. Ambos clubes solicitaron la sanción contra Ayacucho ante la ADFP, pero su pedido fue rechazado mediante la Resolución 088-ADFP-2015. Posteriormente, apelaron ante la Comisión de Justicia de la Federación Peruana de Fútbol (FPF), que también desestimó el reclamo con la Resolución 002-CJ-FPF-2016. Se argumentó que la impugnación debía presentarse dentro de las 24 horas posteriores al partido. Ante esto, los clubes acudieron al TAS, pidiendo la revocación de la resolución y la aplicación de la sanción a Ayacucho FC.

El TAS analizó la responsabilidad en el cómputo de la bolsa de minutos[2], la legitimidad de León de Huánuco para apelar, el derecho de defensa de Ayacucho FC y la proporcionalidad y coherencia con precedentes. El laudo del TAS determinó que, aunque hubo un error en el cómputo de la bolsa de minutos, no se podía modificar la tabla acumulada por dos razones: falta de interés legítimo de León de Huánuco y la vulneración del derecho de defensa de Ayacucho FC. Finalmente, el TAS enfatizó que los plazos para presentar reclamos sobre

2 Las federaciones o ligas establecen un mínimo de minutos que los jugadores jóvenes (por ejemplo, menores de 23 años) deben sumar en conjunto durante la temporada. Los clubes no están obligados a usar un jugador en todos los partidos, pero deben alcanzar la cantidad total establecida. Si un equipo no cumple la bolsa de minutos, puede enfrentar sanciones, como la pérdida de puntos, multas económicas o restricciones en fichajes.

la bolsa de minutos debían respetarse y que cualquier corrección se efectuaría dentro de los procedimientos normativos establecidos.

En ese entendido, el TAS desestimó las apelaciones de León de Huánuco y Cienciano, lo cual confirmó la Resolución 002-CJ-FPF-2016 de la FPF y ratificó la clasificación final del Torneo Descentralizado de 2015. Esto confirmó el descenso de ambos clubes. Además, rechazó todas las demás pretensiones formuladas en el arbitraje, destacó la importancia del respeto al debido proceso y estableció un precedente sobre la imposibilidad de modificar la tabla acumulada sin seguir el procedimiento reglamentario correspondiente.

En ambos casos, el TAS ejerció como mecanismo de solución de controversias arbitral: por un lado, respaldó las sanciones determinadas por incumplimiento de normas y, por otro, estableció precedentes en lo que respecta a temas de suma relevancia que podrían tener efectos adversos en caso de que no exista tutela adecuada en dichos casos.

Sin embargo, los argumentos jurídicos desde un enfoque constitucional son cuestionables. En el primer caso, en el que rechaza la demanda de Alianza Lima en base a la responsabilidad objetiva, constituye una decisión arbitraria por hechos extraordinarios —pirotecnia— e imprevisibles —el apagón— que provocaron accidentes que merecieron al menos una sanción desproporcionada, como el cierre del estadio por siete meses. Asimismo, en el caso del reconocido error en el conteo de la bolsa de minutos, que favoreció a un equipo en perjuicio de otros, el rechazo a la reparación del error basado en argumentos procesales formales (como la falta de interés legítimo de uno de los reclamantes, el derecho de defensa del acusado y del vencimiento de los plazos) es una versión argumental para no modificar en el fondo la tabla acumulada de los descensos de los equipo de un torneo deportivo, que la TAS considera como una cuestión no arbitrable.

b. Convenio, estatuto y cláusula arbitral

El acuerdo arbitral es un contrato mediante el cual las partes se comprometen a someter una controversia actual o futura a arbitraje, ya sea mediante una cláusula incluida en un contrato o un compromiso independiente. Este acuerdo permite definir aspectos como el número de árbitros, la lengua, la sede y el derecho aplicable, y debe ser redactado con precisión para evitar ambigüedades o interpretaciones externas no deseadas. La cláusula arbitral es considerada un "contrato

dentro de otro contrato", lo cual garantiza su validez independiente del contrato principal; además, confiere a los árbitros un poder jurisdiccional para resolver disputas con decisiones vinculantes, reflejando la voluntad de las partes de evitar la intervención de tribunales ordinarios (Ortega, 2014).

Por su parte, la autonomía de la cláusula arbitral implica que esta es independiente del contrato principal, lo cual permite que sea válida incluso si el contrato es nulo. Este principio, consagrado en la Ley de Derecho Internacional Privado suiza y aplicable al TAS, asegura que las disputas sean resueltas por el tribunal arbitral sin interferencia estatal. Además, el principio *kompetenz-kompetenz* otorga prioridad al tribunal arbitral para decidir sobre su competencia y la arbitrabilidad de los litigios, como se regula en el Código TAS (Liébana, 2021).

La interpretación de las cláusulas arbitrales prioriza la intención de las partes y la buena fe, con énfasis en mantener su validez. En el ámbito deportivo, la aceptación puede ser tácita o por referencia, derivada de la participación en competiciones o reglamentos de federaciones que incluyan cláusulas arbitrales. Esto se basa en el principio de confianza, donde el conocimiento y la falta de objeción confirman el acuerdo.

Según García (2017), "la arbitrabilidad es la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, lo cual implica, en otras palabras, que no se trate de aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales" (p. 2). En otras palabras, cada jurisdicción cuenta con libre disposición para determinar lo que es y lo que abarca el arbitraje. De no ser adecuado ni suficientemente motivado, podría concluir en un laudo arbitrario.

Ahora bien, la resolución arbitral de una controversia deportiva, de no estar prevista en un contrato sobre materia futbolística, proviene implícitamente de forma estatutaria. Esto sucede en la medida que los equipos de fútbol del Perú se integran en la Federación Peruana de Fútbol (FPF) y esta, a su vez, se integra a la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA). En consecuencia, según los estatutos de la FIFA con sede en Zúrich (Suiza), todas las federaciones miembros deben aceptar la jurisdicción y competencia del TAS con sede en Lausana, Suiza, como tribunal de apelación en disputas vinculadas al deporte.

La Ley de Derecho Internacional Privado suiza permite que se sometan a arbitraje todas las reclamaciones de naturaleza pecuniaria,

excepto aquellas que afecten el orden público. Lo anterior incluye desde disputas contractuales hasta sanciones disciplinarias, siempre que tengan consecuencias económicas. El oficio de la arbitrabilidad de los litigios también es analizado por el TAS, con el fin de garantizar que no infrinjan principios fundamentales del derecho suizo o internacional (Liébana, 2021).

Cabe resaltar que, en cuestiones puramente técnicas o aquellas relacionadas con las reglas del juego en sí mismo, el TAS no interviene, puesto que estas no son consideradas como materia jurídica.

Es importante que se distinga entre las reglas de juego y las normas jurídicas de manera objetiva, además de considerar la naturaleza del conflicto y las implicancias legales del mismo. Por lo que, el TAS tiene el deber de garantizar que cualquier disputa se resuelva respetando los principios legales que se pueden aplicar al conflicto y los derechos fundamentales de las partes involucradas en el conflicto. Esto será materia de observación y crítica desde un enfoque constitucional y de los derechos humanos.

4. Control constitucional del arbitraje deportivo

Si el arbitraje deportivo es una actividad cuasijurisdiccional sujeta a la interpretación o aplicación de las normas del derecho deportivo a una controversia, es indudable que constituye un quehacer jurídico que, en última instancia, aun siendo arbitraje deportivo, no podría ir en contra del orden público constitucional, que es el fundamento para establecer el control constitucional del arbitraje. Por ello, corresponde analizar, primero, los requisitos del encaje constitucional del arbitraje y, luego, su articulación con el arbitraje deportivo.

a. Fundamentos constitucionales y naturaleza jurídica del arbitraje

El arbitraje en el Perú ha sido reconocido constitucionalmente como una jurisdicción de excepción desde la Constitución de 1979, reconocimiento que se mantuvo en la Constitución de 1993. Esta condición implica que el arbitraje coexiste con la jurisdicción ordinaria, pero con un carácter especial que le permite resolver controversias fuera del ámbito del Poder Judicial (Landa, 2018). El Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel crucial en la delimitación y la armonización de los principios y límites del arbitraje, lo cual asegura su coherencia con el resto del sistema judicial peruano.

Desde una perspectiva constitucional, la legitimación de los árbitros para resolver conflictos se sustenta en dos pilares fundamentales. Por un lado, proviene de la voluntad general expresada en las cartas magnas de 1979 y 1993, las cuales consagran el arbitraje como un mecanismo legítimo de solución de controversias. Por otro lado, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, principio que permite a los individuos decidir libremente someter sus disputas a un tercero imparcial mediante un convenio arbitral (Cordón, 2005).

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza del arbitraje, la autonomía de la voluntad resulta un elemento esencial. Este se manifiesta en la facultad de las partes para acordar voluntariamente someter sus controversias de carácter disponible a la decisión de un árbitro o tribunal arbitral. Este principio se encuentra respaldado por el derecho a la libertad consagrado en la Constitución peruana, lo que garantiza que nadie está obligado a actuar de manera contraria a su voluntad, salvo que la ley lo exija.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad en el arbitraje no es un principio absoluto. A diferencia de la concepción clásica del siglo XIX, que consideraba la autonomía de la voluntad como un dogma incuestionable, en la actualidad, se reconoce que debe estar en consonancia con los valores y principios de un Estado constitucional y democrático de derecho (Landa, 2018). Esto significa que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje está sujeto a límites derivados de la supremacía normativa de la Constitución y de la protección de los derechos fundamentales.

El arbitraje ha generado debates doctrinales sobre su naturaleza jurídica, por lo que surgen diversas teorías al respecto. La teoría contractualista lo vincula al derecho contractual, basando su fuerza en el principio de *pacta sunt servanda*. La teoría jurisdiccionalista sostiene que su autoridad proviene del Estado (*ius imperium*), no de la voluntad de las partes. La teoría mixta o ecléctica combina elementos contractuales y jurisdiccionales, creando una *jurisdicción convencional*. La teoría autónoma prioriza su funcionalidad sobre su definición jurídica, y la teoría negocial-procesal, de Lorca Navarrete, lo considera un "negocio jurídico impropio" más cercano a un mecanismo procesal que a un contrato tradicional (Lorca, 2002).

En el ámbito constitucional, en algunos países de América Latina, como Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú, se ha

reconocido expresamente el arbitraje en sus constituciones. En el Perú, la Constitución de 1979 incluyó el arbitraje como una excepción a la unidad de la función jurisdiccional, impulsada por el jurista Aramburú Menchaca, con el objetivo de fomentar la inversión extranjera. Esta disposición se mantiene en la Constitución de 1993, que establece que no puede existir ninguna jurisdicción independiente, salvo la militar y la arbitral, lo cual reafirma su reconocimiento constitucional.

Ahora bien, el arbitraje no es solo un instituto jurídico de origen privado nacional, sino que también tiene anclaje y reconocimiento internacional. Así, la Constitución señala que los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (artículo 62). Asimismo, indica que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias privadas de relaciones contractuales a tribunales constituidos en virtud de los tratados en vigor; pueden también someter las arbitraje nacional o internacional en la forma que disponga la ley (artículo 63).

No obstante, el arbitraje no es solo contractual, nacional o internacional en materia de inversiones o comercial, sino que también abarca al arbitraje internacional en materia deportiva. La Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, no se refiere al arbitraje deportivo, pero establece el marco normativo para la resolución de controversias a través del arbitraje deportivo; por ejemplo, en el caso del fútbol, dado que la Federación Peruana de Fútbol así lo ha previsto en su estatuto, al que se someten los equipos de fútbol afiliados y sus jugadores.

En consecuencia, el arbitraje en el Perú debe ser ejercido no solo en conformidad con la voluntad de las partes, sino también respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales. De este modo, se asegura que este mecanismo de resolución de conflictos contribuya a la administración de justicia de manera complementaria y armónica con el sistema judicial estatal, para proteger los derechos en materia deportiva en controversia, de ser el caso.

b. Jurisprudencia arbitral deportiva relevante

El deporte ante la justicia es un tema relativamente novedoso desde que ha adquirido unas dimensiones e importancia nacional e internacional en la sociedad y en los gobiernos. Más aún, si de por medio hay ingentes sumas de dinero que convierten al deporte en un fenómeno económico que, por un lado, lo ha llevado a su mercantiliza-

ción, y, por otro lado, ha dado un impulso decisivo a la judicialización de los conflictos y asuntos deportivos (Fernández, 2015).

Así, el TAS ha desarrollado una importante jurisprudencia en materia de arbitraje a través de diversos laudos que abordan por su naturaleza controversias jurídicas, en base a principios del derecho en general y constitucional en particular sobre las decisiones arbitrales.

En ese sentido, cabe mencionar el caso de Club Alianza Lima vs. Federación Peruana de Fútbol (FPF), a raíz de que, en la temporada 2020 de la Liga 1 del fútbol peruano, Alianza Lima descendió a la Segunda División tras quedar en los últimos lugares de la tabla acumulada. El club alegó que el Club Carlos Stein incumplió con sus obligaciones financieras, específicamente en el pago de salarios a sus jugadores. Esto, según el Reglamento de Licencias de la FPF, debía conllevar una sanción de deducción de puntos. Alianza Lima argumentó que, de haberse aplicado correctamente esta sanción, Carlos Stein habría descendido en lugar de ellos.

En particular, Alianza Lima sostuvo que se vulneraron los principios de justicia deportiva y equidad, al no aplicarse de manera adecuada las sanciones establecidas en el reglamento. Esto afectó su derecho a permanecer en la Primera División. El TAS falló a favor de Alianza Lima. Determinó que la FPF no aplicó correctamente las sanciones estipuladas en el Reglamento de Licencias. El laudo ordenó la deducción de puntos al Club Carlos Stein, lo cual modificó la tabla de posiciones y permitió que Alianza Lima mantuviera su lugar en la Primera División.

El caso del Club Universitario de Deportes vs. KS Depor SA (Umbro) se originó en diciembre de 2017, cuando Universitario de Deportes decidió unilateralmente resolver su contrato de auspicio con KS Depor SA, representante de la marca Umbro en el Perú, alegando incumplimientos por parte de la empresa. Posteriormente, el club firmó un nuevo contrato de patrocinio con otra marca. KS Depor SA consideró que la resolución del contrato fue injustificada y llevó el caso a arbitraje, reclamando compensaciones económicas por la terminación anticipada del acuerdo.

El caso giró en torno a los derechos contractuales de ambas partes, específicamente sobre la validez de la resolución unilateral del contrato por parte de Universitario y el derecho de KS Depor S. A. a ser compensado por posibles daños y perjuicios derivados de dicha resolución. El tribunal arbitral falló a favor de KS Depor SA, y con-

cluyó que Universitario de Deportes no tenía justificación válida para resolver el contrato de manera unilateral. Se ordenó al club pagar una suma cercana a los dos millones de dólares por concepto de restitución de pagos adelantados y compensaciones por la terminación anticipada del contrato, además de los intereses correspondientes por mora.

Asimismo, el club social, cultural y deportivo Llacuabamba, fundado en 2011 en la región de la Libertad (Perú), que es un equipo de fútbol que logró ascender a la Primera División en 2019. Sin embargo, en 2020, el club se vio involucrado una controversia con la FIFA, debido a que contrató a un jugador profesional colombiano; sin embargo, debido a declaratoria del estado de emergencia por la COVID-19, no pudo jugar y demandó al club un pago indemnizatorio. Se resolvió favorablemente por la FIFA, al considerar que el club no había acreditado adecuadamente el impago; motivo por el Club llevó el caso ante el TAS (TAS 2020/A/7296). En esta instancia arbitral, el caso se centró en la falta de motivación de la apelación del club de acuerdo con la aplicación de regulaciones y decisiones administrativas por parte de la FIFA que fueron validadas por la TAS, la cual declaró inadmisible la apelación del club.

En estos casos, se puede apreciar cómo los laudos arbitrales del TAS han recaído en el fútbol peruano, los mismos que se comentan y analizan a continuación.

En primer lugar, existe un caso emblemático del Club Alianza Lima vs. Grasshopper Club Zúrich (CAS 2008/A/1705). Este inició cuando el club suizo reclamó a la FIFA una compensación por formación debido a la contratación de un jugador que había pertenecido al club antes de unirse al equipo peruano. La FIFA falló a favor del club suizo y ordenó a Alianza Lima realizar el pago correspondiente. Sin embargo, el club peruano apeló ante el TAS. Se argumentó que la decisión de la FIFA no estaba suficientemente fundamentada y que el monto establecido les parecía excesivo.

El centro del conflicto giraba en torno a si la resolución de la FIFA cumplía con los requisitos formales, y si el cálculo de la compensación era proporcional y justo. Después de un análisis exhaustivo, el TAS rechazó la apelación de Alianza Lima, lo cual confirmó que la decisión de la FIFA era válida y debía cumplirse, incluso sin una motivación detallada, siempre que se ofreciera la posibilidad de solicitar los fundamentos dentro del proceso. Además, el TAS subrayó la importancia

de la jerarquía normativa en el arbitraje deportivo, dejando claro que los reglamentos de FIFA prevalecen por sobre otras normas y que el derecho suizo solo se aplica en casos de vacíos normativos. El caso tiene relevancia porque ejemplifica cómo el arbitraje deportivo puede ser fundamental para resolver disputas de forma justa y respetando las normativas establecidas.

En segundo lugar, encontramos el caso del Club Real Atlético Garcilaso vs. Federación Peruana de Fútbol (FPF), Club Sport Alianza Atlético de Sullana y Club Juan Aurich (CAS 2017/A/5311). Durante el Torneo Descentralizado 2017, la FPF sancionó al Garcilaso con la pérdida de seis puntos por alinear a un jugador presuntamente inelegible en dos partidos oficiales. Al respecto, la FPF argumentó que el préstamo del jugador Carlos Ariel Neumann Torres había expirado el 30 de junio de 2017 y que la prórroga de su contrato, registrada el 14 de julio de 2017, se efectuó fuera del periodo de inscripción permitido. En consecuencia, la FPF otorgó los puntos de dichos encuentros a los clubes Alianza Atlético y Juan Aurich. Ante la decisión de la Federación, el club Garcilaso presentó una apelación ante el TAS. Alegó que la inscripción del jugador era válida, puesto que su certificado de transferencia internacional (ITC) nunca fue dado de baja y su registro se mantuvo activo conforme a las regulaciones de la FIFA.

Luego del análisis de los argumentos, el TAS falló a favor de Garcilaso. Se concluyó que el jugador había sido correctamente inscrito y, por lo tanto, era elegible para disputar los partidos en cuestión. En consecuencia, se ordenó la restitución de los seis puntos descontados y la corrección de la clasificación del torneo. El presente laudo reafirmó la primacía de la normativa FIFA en la gestión de transferencias y la estabilidad en la inscripción de jugadores. Así, destacó la importancia de una correcta interpretación de las regulaciones deportivas para garantizar la seguridad jurídica en la administración de los torneos nacionales.

Por último, el caso de Pyramids FC vs. Cristian Benavente Bristol y la FIFA (CAS 2022/A/8960), el cual se originó cuando el jugador peruano Cristian Benavente demandó al club egipcio Pyramids FC ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA (FIFA DRC) por incumplimiento en el pago de salarios y compensaciones contractuales. En su decisión del 21 de abril de 2022, la FIFA DRC ordenó al club egipcio pagar al jugador un total de 1 500 000 euros. Argumentó que Pyramids FC incumplió sus obligaciones contractuales y que Benaven-

te tenía justa causa para la terminación unilateral de su contrato. Sin embargo, el club egipcio apeló esta decisión ante el TAS, al alegar que el jugador no tenía derecho a los pagos reclamados, ya que su contrato estuvo suspendido debido a cesiones a otros clubes y que el impacto financiero de la COVID-19 justificaba la falta de pago bajo el principio de cláusula *rebus sic stantibus*.

De este modo, el TAS confirmó la decisión de la FIFA DRC y concluyó que el contrato de Benavente con Pyramids FC se reactivó el 1 de julio de 2021, tras la finalización de su cesión, por lo que el club estaba obligado a pagar los montos adeudados. Asimismo, el tribunal determinó que el bono de 450 000 euros no era un "bono de lealtad" condicionado a su permanencia en el club, sino una compensación contractual garantizada. Además, el TAS rechazó el argumento del club respecto al impacto de la COVID-19, señalando que la FIFA nunca reconoció la pandemia como un evento de fuerza mayor y que Pyramids FC no demostró de manera suficiente cómo la crisis afectó su capacidad de pago. En consecuencia, el laudo refuerza la protección de los derechos contractuales de los jugadores y la necesidad de que los clubes cumplan con sus obligaciones financieras. Así, se consolida la aplicación estricta de las normativas de la FIFA en materia de estabilidad contractual y resolución de disputas salariales.

En conjunto, cada una de estas sentencias refleja *prima facie* un equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la necesidad de un control arbitral que garantice el respeto a los derechos fundamentales y a la supremacía de las normas. Esto otorgaría una base constitucional sólida al arbitraje, salvo cuando la TAS desconoce los efectos de la COVID-19 en la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones deportivas pactadas, que todos los Estados asumieron para proteger el interés de la salud de los deportistas con la protección estatal del bienestar general.

c. Amparo versus arbitraje deportivo

El proceso constitucional de amparo está reconocido en la Constitución en el artículo 200, inciso 2 el cual cita textualmente:

> La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

El amparo se considera una de las garantías constitucionales más conocidas, cuyo objetivo es proteger los derechos fundamentales de las personas frente a amenazas o vulneraciones por parte de los poderes públicos del Estado o entidades con autoridad similar. Además, su finalidad consiste en salvaguardar los derechos reconocidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales contra cualquier acto que los conculque, limite, restrinja o amenace de manera arbitraria, ya sea por acción de los órganos del Estado o de particulares que actúen de manera similar a una función pública (Berges, 2014).

Ahora bien, esto implica que, en condiciones en que no se garantice la regularidad del procedimiento, sería posible discutir la competencia para vía el amparo, incluso laudos arbitrales; ya que la función arbitral se equipara, en forma excepcional, al ejercicio de una función jurisdiccional.

En base a que, que el Código Procesal Constitucional dispone que el amparo procede contra resoluciones judiciales firmes, ya que según Arrarte, esto (2007) señala que:

> implica una decisión respecto de la cual ya no cabe la utilización de los mecanismos de impugnación previstos para su revisión, sea porque el interesado en su cuestionamiento dejó vencer el plazo, sin plantearlos, o porque ya utilizó todos los medios impugnatorios previstos para revertir el agravio producido (p. 81).

Esto puede afectar el acceso a la justicia y el debido proceso. Este mismo criterio se extiende al arbitraje, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley y por la interpretación del Tribunal Constitucional en el precedente del caso María Julia.

No obstante, cabe mencionar el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el caso del Deportivo Wanka del Expediente 03574-2007-PA/TC; que demandó a la FPF por considerar que afectó sus derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso y a la libre asociación, al sancionarlo por ejercitar su derecho de acceso a la justicia sin haberle garantizado un debido proceso.

En este caso, se discutió la validez de la Resolución 005-FPP-2005, emitida por la FPF, que ordenó la desafiliación del Club Deportivo Wanka de competiciones nacionales e internacionales y la inhabilitación de sus dirigentes por dos años en cualquier actividad en el fútbol. Esta decisión se debió a que el Deportivo Wanka, a través de

sus dirigentes, interpuso una denuncia penal en contra de la Federación por una decisión que afectó su posición en el torneo de fútbol de 2003.

La FPF consideró que la denuncia constituía una infracción grave a su estatuto, el cual establecía que los litigios relacionados con los torneos y la propia federación se debían resolver exclusivamente ante los tribunales arbitrales de la FPF o de la FIFA. En consecuencia, la FPF emitió la Resolución 005-FPP-2005, del 31 de agosto de 2005 (sanción de desafiliación y la inhabilitación de los directivos del Club). Frente a ello, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda del Club Deportivo Wanka por violarse el derecho al debido proceso, así como el derecho de acceso a la justicia penal, y, por lo tanto, sin efecto la desafiliación del Club Deportivo Wanka.

d. Amparo en materia deportiva

El amparo en materia deportiva se ha fundado, sobre todo, en el control constitucional de las resoluciones administrativas y/o judiciales que ha afectado el debido proceso. Este es un derecho fundamental que asegura que todas las personas, tanto naturales como jurídicas, participen en procedimientos judiciales de manera igualitaria y conforme a la ley, lo que implica contar con un juez competente, imparcial e independiente, el derecho a ser oído en un tiempo razonable y en condiciones de igualdad, y el respeto a las formalidades procesales; y, en consecuencia, la decisión final solo se basará en el derecho sustancial existente (Agudelo, 2004), el cual está reconocido en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 139, inciso 3.

El derecho al debido proceso posee una doble dimensión según lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Expediente 8123-2005-PHC/TC. Estas dos dimensiones, la material y la formal, son esenciales para garantizar una adecuada administración de justicia y la protección de los derechos fundamentales. Por un lado, la dimensión material del debido proceso tiene como propósito asegurar que las decisiones judiciales sean justas y razonables, lo cual evita la aplicación de normas que puedan vulnerar los derechos fundamentales.

Esta perspectiva enfatiza la importancia de que las sentencias no solo cumplan los procedimientos establecidos, sino que también sean razonables y garanticen una verdadera justicia. Además, se sostiene que la razonabilidad de las decisiones judiciales es un criterio funda-

mental para evaluar su legitimidad. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha determinado que esta dimensión exige que toda decisión judicial se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual asegura una efectiva tutela de los derechos en este caso del deporte.

Así, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, existe un deber constitucional del Estado de garantizar el derecho de todas las personas de acceder al deporte, el cual se debe plasmar en una política nacional de deporte. El derecho al deporte se configura como uno de carácter prestacional, que exige ciertas acciones positivas por parte del Estado para ser satisfecho.

En ese sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 07644-2006-AA/TC, caso Estadio Nacional. Esto sucedió a raíz de que Gremco Publicidad SA interpuso una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Deporte (IPD), en la cual alegó la vulneración de su derecho a la libertad de empresa y la transgresión del principio de subsidiariedad. Gremco suscribió un contrato que le otorgó la gestión publicitaria del Estadio Monumental, así como la exclusividad en su arrendamiento. En ese entendido, cuestionaba que el IPD, como institución estatal, ofreciera las instalaciones del Estadio Nacional y cobrara a terceros por su valor de uso, porque eso —según la empresa demandante— implicaba competir directamente con su actividad comercial, a pesar de que la Constitución limita la participación del Estado en actividades empresariales a un rol subsidiario.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de Gremco, pues consideró que el arrendamiento del Estadio Nacional por parte del IPD no constituía una actividad empresarial lucrativa, sino el ejercicio de sus funciones previstas en la ley, orientadas a la conservación de la infraestructura deportiva nacional. Según el tribunal, el arrendamiento era un mecanismo de autofinanciamiento para cumplir esa finalidad legal, no con fines lucrativos de ganancia económica.

Por otro lado, la dimensión formal del debido proceso se refiere a las garantías procesales que protegen los derechos fundamentales. Esta comprende el conjunto de normas y principios que regulan el desarrollo del proceso judicial desde su inicio hasta su conclusión, y así asegura que este se lleve a cabo de manera ordenada y conforme a la

legalidad. Dentro de esta dimensión, se incluyen elementos esenciales como el derecho de defensa, el derecho a presentar pruebas y el derecho a ser escuchado, los cuales son indispensables para garantizar la equidad del proceso.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la dimensión formal del debido proceso implica el cumplimiento de principios fundamentales como la competencia del juez natural, el respeto al procedimiento preestablecido y la debida motivación de las decisiones, lo cual asegura la protección efectiva de los derechos de las personas a lo largo de todo el proceso judicial (Robledo, 2018).

Ahora bien, el debido proceso debe ser respetado en el arbitraje para evitar abusos o decisiones arbitrarias, como en algunos de los laudos arbitrales emitidos por la TAS en relación con la COVID-19, por ejemplo. Para ello, existen dos mecanismos de control: el judicial y el constitucional. El control judicial permite la apelación y la anulación del laudo, según lo estipulado en la Ley General de Arbitraje (LGA). Por su parte, el control constitucional se ejerce a través del proceso de amparo cuando se vulneran derechos fundamentales. Ambos mecanismos son *ex post*, es decir, se aplican una vez finalizado el proceso arbitral.

El control judicial se realiza mediante la apelación (cuando las partes lo han pactado previamente) o la anulación del laudo, la cual solo procede por causales específicas y excepcionales previstas en la LGA. No obstante, aunque la vulneración del debido proceso no está explícitamente contemplada como causal de anulación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que su afectación puede ocasionar la nulidad del laudo. Esta interpretación ha generado debate; ya que implica que, antes de acudir al proceso de amparo, se deben agotar los mecanismos judiciales, lo que ha llevado a cuestionamientos sobre si el Tribunal Constitucional ha modificado indirectamente la LGA al introducir una nueva causal de anulación (Arrarte, 2007).

5. Derechos fundamentales de los deportistas

En el ámbito del deporte profesional, la garantía de los derechos fundamentales de los deportistas es una cuestión de creciente relevancia. La equidad en la competencia, la protección contra la discriminación, la libertad de expresión y el acceso a mecanismos de resolución de conflictos constituyen pilares esenciales en el desarrollo de la

actividad deportiva. En este contexto, el arbitraje deportivo se erige como una herramienta crucial para la protección de estos derechos, pues proporciona un mecanismo imparcial, ágil y especializado para la resolución de disputas.

a. Protección arbitral de los deportistas

Un caso relevante que ilustra la importancia de la aplicación del arbitraje deportivo en la salvaguarda de los derechos de los deportistas es el caso del futbolista Claudio Pizarro contra la FPF. El caso se originó porque en noviembre de 2007, tras un empate de la selección peruana de fútbol contra Brasil, surgieron acusaciones de que varios jugadores peruanos participaron un día antes en una reunión con mujeres donde se habría consumido alcohol en el Hotel Golf Los Incas de Lima, donde se concentraba el equipo. Claudio Pizarro, junto con Jefferson Farfán, Santiago Acasiete y Andrés Mendoza, fueron sancionados por la FPF con 18 meses de suspensión y una multa de 20 000 dólares cada uno. Pizarro siempre negó su participación en estos hechos y decidió apelar la sanción a la TAS. Aunque la FPF inicialmente negó la competencia del TAS y no quiso participar en el proceso, se vio obligada a someterse al tribunal debido a:

- **Pertenencia a la FIFA.** Según sus estatutos, todas las federaciones miembros deben aceptar la jurisdicción del TAS como tribunal de apelación en disputas vinculadas al deporte.
- **Utilización de normas de la FIFA.** La FPF usó el Código Disciplinario y los estatutos de la FIFA en la base jurídica de su decisión disciplinaria, lo cual implicó automáticamente la competencia del TAS.
- **Ausencia de un código disciplinario propio.** La FPF no tenía un marco normativo interno para sustentar la sanción impuesta, recurriendo así a las reglas de la FIFA.

El TAS concluyó que su competencia era válida y dictó un laudo favorable a Pizarro (CAS 2008/A/1617 Claudio Pizarro c. Federación Peruana de Fútbol), y subrayó que el deporte debe regirse por normas claras y respetar principios legales como el de *nullum crimen, nulla poena sine lege* ('no hay delito ni pena sin ley previa'). Además, la decisión establece un precedente para que las federaciones nacionales reconozcan la jurisdicción del TAS, incluso cuando no esté explícitamente indicada en sus estatutos.

Un segundo caso emblemático sobre otro futbolista peruano es el caso de Paolo Guerrero (CAS 2018/A/5546 y CAS 2018/A/5571), el cual resulta ser un referente clave en la protección de los derechos fundamentales de los deportistas, especialmente en lo que respecta a la presunción de inocencia y la proporcionalidad de las sanciones en materia de dopaje. Guerrero, capitán de la selección peruana, dio positivo por benzoilecgonina, un metabolito de la cocaína, en un control antidopaje realizado el 5 de octubre de 2017 tras un partido de clasificación para el Mundial de Rusia 2018. Ante ello, la FIFA inicialmente lo sancionó con un año de suspensión, aunque redujo después la medida a seis meses por una apelación. Sin embargo, la Agencia Mundial Antidopaje (WADA) llevó el caso ante el TAS, y solicitó una sanción más severa.

En dicha instancia, el TAS determinó que la sustancia ingresó al organismo de Guerrero de manera no intencional, probablemente a través del consumo accidental de un té contaminado en el Swissôtel de Lima. De igual manera, el TAS había concluido que el jugador tenía parte de la responsabilidad al no haber verificado adecuadamente el contenido de la infusión solicitada. Por ello, se le impuso la sanción de suspensión de 14 meses y, aunque después, el Tribunal Federal Suizo le otorgó una medida cautelar que permitió a Guerrero disputar el Mundial, su sanción, de igual manera, fue restituida meses después.

Así, este fallo generó un debate sobre la proporcionalidad de las sanciones en casos que, sin dolo y con la carga probatoria diabólica impuesta a los atletas en procedimientos antidopaje, se sanciona a los deportistas. Este caso evidencia la tensión entre la lucha contra el dopaje y la garantía de los derechos fundamentales de los deportistas, como el debido proceso y la seguridad jurídica. La decisión del TAS refuerza la arbitraria aplicación del Código Mundial Antidopaje, pero también subraya la necesidad de evaluar cada caso con criterios de proporcionalidad y razonabilidad (Pérez, 2017).

Asimismo, pone en discusión la equidad del sistema antidopaje, donde la responsabilidad objetiva del deportista puede generar severas sanciones, incluso en ausencia de un accionar doloso, lo que termina afectando su derecho al trabajo y a la competencia en igualdad de condiciones. De esta manera, podemos observar que el arbitraje deportivo debería constituir un mecanismo fundamental para la pro-

tección de los derechos esenciales de los deportistas, y garantizar su derecho al trabajo, a la libre competencia y a la seguridad jurídica en el ejercicio de su profesión.

Un tercer caso emblemático que refleja esta importancia de la protección de los derechos fundamentales de los deportistas es el caso de Dani Olmo y su inscripción con el FC Barcelona, en el cual surgieron discrepancias administrativas entre el club, LaLiga y la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). Al respecto, el Consejo Superior de Deportes (CSD) solicitó alegaciones a La Liga y a la RFEF antes de adoptar una resolución definitiva sobre la inscripción del jugador. Ello debido a que la controversia radicaba en la interpretación normativa de los requisitos de inscripción y en la posible vulneración de los principios de seguridad jurídica y buena fe contractual.

Desde el punto de vista jurídico, se vieron afectados los derechos al trabajo y a la libre competencia, dado que una eventual negativa a la inscripción podría haber impedido al jugador ejercer su profesión en igualdad de condiciones con otros futbolistas. Así, el arbitraje deportivo, en este contexto, se configuró como un mecanismo fundamental para garantizar la tutela efectiva de los derechos laborales de los deportistas, lo cual evitó decisiones unilaterales que generen un perjuicio irreparable a su carrera profesional.

Asimismo, cabe resaltar que el derecho al deporte es un derecho económico, social y cultural, establecido en el artículo 14 de la Constitución peruana, el cual garantiza a todas las personas el acceso libre e igualitario a la práctica deportiva, la educación física y la recreación. Esto implica tanto una dimensión de libertad —al asegurar que el Estado no imponga restricciones injustificadas— como una dimensión prestacional, donde el Estado debe promover y facilitar el deporte a través de políticas públicas e infraestructura. Además, su contenido esencial abarca el acceso, la preparación y la competencia en igualdad de condiciones, sin discriminación por ningún motivo (Pachot, 2016).

Otro punto a tomar en cuenta es que el arbitraje también desempeña un papel clave en la protección del derecho a la imagen de los deportistas. Así, la reciente transformación digital del FC Barcelona, con la reestructuración de Barça Studios en Barça Vision, plantea una serie de interrogantes sobre el uso de la imagen de los jugadores en proyectos digitales sin su previo consentimiento de manera expresa. Esto

ocurre porque la comercialización de estas imágenes puede provocar tensiones entre los intereses económicos del club y los derechos individuales de los futbolistas, quienes tienen el derecho de decidir cómo se usa su imagen para fines comerciales. En este contexto, el arbitraje deportivo se presenta como una herramienta ideal para resolver disputas relacionadas con la explotación comercial de la identidad de los jugadores. Esto asegura que las decisiones del club respeten tanto la legalidad como los principios contractuales.

Al respecto, se constata que el arbitraje resulta crucial en la resolución de conflictos derivados de sanciones administrativas impuestas a los clubes que afectan indirectamente a los jugadores. Un ejemplo de ello es la medida cautelar impuesta al FC Barcelona, cuya aplicación podría limitar la inscripción de nuevos jugadores y, en consecuencia, perjudicar a futbolistas que militan en el club y que forman parte de la selección española. Este tipo de conflictos crean una tensión entre la necesidad de seguir las reglas del deporte y la protección de los derechos de los jugadores. Cuando las sanciones no se aplican de manera clara, se corre el riesgo de vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, lo que afectaría la carrera de los futbolistas de manera desigual según el club que pertenezcan. Según este contexto, el arbitraje adquiere un papel importante al permitir analizar cada caso en concreto de una forma técnica y legal, lo que posibilita que las decisiones adoptadas en el laudo arbitral sean justas y en resguardo de los derechos de todas las partes involucradas.

En síntesis, el arbitraje deportivo no solo se convierte en una herramienta efectiva para la resolución de disputas dentro del deporte, sino también resulta de vital importancia para el resguardo de los derechos de los distintos deportistas a nivel nacional e internacional. Casos como los de Claudio Pizarro, Paolo Guerrero y Dani Olmo, junto con la transformación digital del FC Barcelona, evidencian la relevancia de contar con mecanismos de arbitraje sólidos y especializados, que se alimenten de los estándares de protección constitucional de los derechos fundamentales establecidos por los tribunales constitucionales. Estos mecanismos son esenciales para defender los intereses y derechos de los deportistas en un entorno tan versátil. Así mejorar estos procesos contribuirán no solo para contar con una mayor seguridad jurídica en el deporte, sino también a un desarrollo más justo para todos los involucrados.

b. Inaplicación de normas y resoluciones deportivas

El arbitraje deportivo internacional, al contar con una jurisdicción especializada con competencias exclusivas sobre determinadas materias deportivas, someten a arbitraje todas las reclamaciones de naturaleza pecuniaria, excepto aquellas que afecten al orden público; lo cual incluye desde disputas contractuales hasta sanciones disciplinarias, siempre que tengan consecuencias económicas. Por defecto, los demás actos o decisiones exentos de ser resueltos en sede arbitral internacional, de acuerdo con la cláusula contractual establecida en su caso, podrían ser resueltos por el arbitraje nacional.

En la medida que el arbitraje nacional ha crecido debido a su rapidez y flexibilidad en la resolución de conflictos, tanto en el ámbito privado como en el público, es importante señalar el marco constitucional que sería aplicable en torno a normas legales o estatutarias que podrían no ser constitucionales. Así, la Constitución reconoce el arbitraje como una jurisdicción independiente. Sin embargo, esto plantea problemas, como la aplicación del control difuso de las leyes, que permite a los jueces y árbitros no aplicar normas legales —incluidas las deportivas— incompatibles con la Constitución. Aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que los árbitros pueden ejercer este control, surgen interrogantes sobre su impacto en la coherencia del sistema jurídico, el papel del arbitraje nacional y la posible erosión de la fuerza normativa de la ley.

El Tribunal Constitucional ha establecido reglas para el ejercicio del control difuso de las normas por parte de los árbitros. Primero, este debe realizarse en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto significa que los árbitros deben seguir las disposiciones del Código Procesal Constitucional y respetar la jurisprudencia vinculante establecida.

También, la norma objeto de control debe ser relevante para la solución del caso y suponer un perjuicio claro y directo para una de las partes. No cualquier norma (por ejemplo, estatutaria) puede ser sometida a control difuso, sino solo aquellas cuya inaplicación sea determinante para el laudo arbitral. Otro criterio fundamental es que el control difuso es residual, lo cual implica que, antes de inaplicar una norma, los árbitros deben intentar interpretarla de manera compatible con la Constitución. Solo si esto no es posible, procede su inaplicación.

Asimismo, el test de ponderación es un requisito esencial. Esto consiste que, antes de declarar una norma inconstitucional, los árbitros deben evaluar si esta es proporcional y razonable, considerando los principios constitucionales en conflicto y aplicando criterios de necesidad e idoneidad (Bustamante, 2019).

Para garantizar un ejercicio legítimo del control difuso en sede arbitral, las decisiones arbitrales deben contar con una motivación adecuada, es decir, deben estar fundamentadas en argumentos claros, coherentes y suficientes, y evitar razonamientos arbitrarios o subjetivos. Por el contrario, si un árbitro ejerce el control difuso de manera indebida, el Poder Judicial y, en última instancia, el Tribunal Constitucional puede revisar y anular el laudo arbitral. Esto garantiza que las decisiones arbitrales respeten la supremacía de la Constitución y se mantenga el equilibrio dentro del orden jurídico.

El Tribunal Constitucional así reitera su postura al señalar que el arbitraje es una jurisdicción independiente, lo que implica que los árbitros también pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Este control no debe limitarse exclusivamente a la jurisdicción ordinaria o constitucional mediante una interpretación restrictiva; en su lugar, debe entenderse en consonancia con el principio de unidad de la Constitución, tomando en cuenta el artículo 51, así como el deber general de respetar, cumplir y defender la Constitución, establecido en el artículo 38 (Landa, 2006).

En conclusión, el reconocimiento del arbitraje nacional como una jurisdicción independiente en el Perú ha permitido que los árbitros ejerzan el control difuso de constitucionalidad, lo cual garantiza la supremacía de la Constitución en sus decisiones. Sin embargo, este ejercicio no está exento de desafíos, ya que plantea interrogantes sobre su impacto en la coherencia del sistema jurídico y el papel del control constitucional.

Para evitar posibles distorsiones en su aplicación, el Tribunal Constitucional ha establecido parámetros claros que los árbitros deben seguir, tales como la necesidad de actuar en armonía con la jurisprudencia constitucional, limitar el control difuso a normas relevantes para el caso, agotar primero la interpretación conforme a la Constitución y aplicar el test de ponderación para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la norma cuestionada.

Además, se exige que las decisiones arbitrales cuenten con una motivación adecuada, evitando resoluciones arbitrarias o subjetivas. En caso de un ejercicio indebido del control difuso, el Poder Judicial tiene la facultad de revisar y anular el laudo arbitral para asegurar el respeto al marco constitucional, y, en última instancia, el Tribunal Constitucional.

En definitiva, si bien el control difuso en sede arbitral refuerza la tutela de los derechos fundamentales, incluidos los de los deportistas y sus entidades, el ejercicio de la supremacía de la Constitución debe realizarse con responsabilidad y dentro de los límites establecidos. Esto evita interpretaciones arbitrarias que puedan afectar la estabilidad del orden jurídico deportivo.

6. Conclusiones

Se puede destacar que el deporte se ha consagrado como un derecho fundamental, esencial para el desarrollo físico, mental y social de las personas. Su reconocimiento en diversas constituciones implica que el Estado tiene la obligación de garantizar, promover y proteger el acceso equitativo al mismo, que se generen políticas públicas, infraestructura adecuada y programas inclusivos que beneficien especialmente a los sectores más vulnerables.

Asimismo, la tutela constitucional del deporte no solo cumple una función recreativa, sino que se configura también como un instrumento para fomentar la integración social y el desarrollo de habilidades fundamentales como la disciplina, el trabajo en equipo y la solidaridad. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de asumir la responsabilidad directa de implementar las medidas necesarias que aseguren la disponibilidad de recursos y el acceso igualitario a instalaciones deportivas, lo cual refuerza el carácter de derecho económico, social y cultural que implica el deporte.

El arbitraje deportivo se presenta, por otro lado, como un mecanismo especializado y ágil para la resolución de controversias en el ámbito deportivo, sobre todo, en disciplinas autogestionadas como el fútbol. La existencia del TAS como organismo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes y en la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos deportivos, que permiten resolver disputas de manera expedita y técnica. Los casos analizados evidencian cómo este sistema ha establecido importantes precedentes, los cuales respal-

dan la aplicación de sanciones y decisiones disciplinarias, siempre en consonancia con la normativa deportiva establecida.

Sin embargo, como es común en el derecho, el ejercicio del arbitraje no es absoluto y siempre se debe enmarcar dentro del respeto de la supremacía de la Constitución. La legitimidad de los árbitros para resolver conflictos se sustenta en dos puntos: la voluntad general de las partes y la autonomía pactada entre las partes, siempre que se limite por los principios y valores fundamentales. Es así que se establece la necesidad de que las decisiones arbitrales vayan acorde con los derechos fundamentales y estén sujetos a un control constitucional riguroso.

Adicionalmente, se resalta la importancia de garantizar el debido proceso en los procesos arbitrales, para lo cual se establecen mecanismos como el amparo y el control judicial que permiten impugnar resoluciones vulneratorias de garantías procesales. Además, aspectos esenciales tanto en el proceso judicial como en el arbitral para evitar abusos y arbitrariedades son el derecho a la defensa, la igualdad ante la ley y una adecuada motivación en las decisiones.

Otro punto importante a resaltar es el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por parte de los árbitros, cuya facultad les permite inaplicar normas que vayan en contra de la Constitución, siempre de forma residual. Así tanto la aplicación del test de ponderación como la exigencia de una debida motivación en las decisiones arbitrales se constituyen como una herramienta crucial para la mantener la coherencia del sistema jurídico y evitar las interpretaciones arbitrarias, las cuales podrían afectar la seguridad jurídica.

Por último, de acuerdo con la jurisprudencia arbitral internacional de la TAS y la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional, se han podido analizar diversos casos emblemáticos que involucraron tanto las disputas contractuales como las disciplinarias en el deporte, las cuales evidenciaron la continua tensión que existe entre la autonomía del arbitraje y el control constitucional. De esta manera, se observa la importancia de que toda decisión arbitral o judicial sea adoptada de manera razonable y proporcional no solo para asegurar el cumplimiento de la normativa deportiva, sino, sobre todo, en resguardo de los derechos fundamentales de los deportistas como su derecho al debido proceso.

En definitiva, todo el análisis del presente artículo ha evidenciado la necesidad de integrar el arbitraje deportivo en concordancia con el orden constitucional; mientras el arbitraje nos ofrece una solución especializada y eficiente para la resolución de conflictos en el ámbito deportivo. Una aplicación que debe realizarse siempre en el marco de la legalidad, la transparencia y conforme a la Constitución, pues ello resulta de vital importancia para así fortalecer la credibilidad y el desarrollo integral del deporte, así como el resguardo de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas.

REFERENCIAS

Agudelo, M. (2004). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, *4*(7), 89-105. https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1278

Andreotti, L. (2013). *Tribunal Arbitral del Deporte: TAS/CAS*. https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/2778/Tribunal%20arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Arrarte, A. (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo. *Ius et Veritas*, *17*(35), 70-90. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12285

Berges, J. (2014). *Análisis del amparo como recurso, acción, proceso y juicio* [Tesis de licenciatura, Universidad Panamericana]. https://glifos.upana.edu.gt/library/images/6/6e/T-JUR-1835.pdf

Bustamante, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti*, *7*(10), 93-115. https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101

Cordón, F. (2005). *El arbitraje de derecho privado*. Arazandi.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela; 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

Crespo, J. (2010). La competencia indirecta del TAS en el fútbol: el caso Claudio Pizarro vs. Federación Peruana de Fútbol. *Foro Jurídico*, (10), 176-183. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18553

Echeverría, M. (2010). La Corte Arbitral de Deportes (TAS-CAS) como mecanismo moderno para la resolución de disputas en el fútbol profesional. *Foro Jurídico*, (11), 91-98. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18578/18818

Espinosa, N. (2017). Arbitraje deportivo: la experiencia del Tribunal Arbitral du Sport. *THEMIS Revista de Derecho,* (71), 33-46. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19811/19857

Fernández, T. (2015). *La justicia deportiva. Cuatro estudios*. Civitas.

Flores, Z. (2014). El contenido esencial del Derecho al Deporte: Perspectiva constitucional en Latinoamérica. *Lex Social*, *4*(2), 105-120. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1104/884

Flores, Z. (2018). La exigibilidad del derecho al deporte. *Observatorio del Deporte*, *4*(4), 57-69. https://bkp.revistaobservatoriodeldeporte.cl/gallery/4%20oficial%20articulo%20julioagosto2018%20rev%20odep.pdf

García, L. (2017). Arbitrariedad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública. *Derecho y Cambio Social, 14*(49), 1-11. https://www.derechoycambiosocial.com/revista049/ARBITRABILIDAD_DEL_ENRIQUECIMIENTO_SIN_CAUSA.pdf

Landa, C. (2018). El arbitraje en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Liébana, J. (2021). *Justicia deportiva internacional. El procedimiento ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo*. Marcial Pons.

Lorca, A. (2002). Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. *Advocatus*, (7), 67-75. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2377/2311

Ortega, R. (2014). Arbitraje jurídico deportivo. *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, (41), 47-66. https://researchs.pucp.elogim.com/c/d6owsy/viewer/pdf/4zrr65afr5

Pachot, K. (2016). El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado. *Cuestiones Constitucionales*, (35), 119-150. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200119&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Pérez Triviño, J. (2017). *El dopaje y las nuevas tecnologías: el nuevo paradigma del deporte*. Editorial UOC.

Pérez, J. (2021). La protección y garantía constitucional para el deporte ecuatoriano. *Crítica y Derecho, 2*(2), 30-42. https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/article/view/2788

Robledo-Maza, S. (2018). *La garantía del debido proceso en el arbitraje* [Tesis de licenciatura, Universidad de Piura]. https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/a729b3d8-273b-4ff9-9d58-1dc63aa5ebf1/content

Rojas, J. (2012). *Medidas cautelares y ejecución de sentencias constitucionales*. Gaceta Jurídica.

Tribunal Arbitral del Deporte. Caso Club Alianza Lima vs. Grasshopper Club Zürich. CAS 2008/A/1705; 18 de junio de 2009. https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1705.pdf

Tribunal Arbitral del Deporte. Caso Club Real Atlético Garcilaso vs. Federación Peruana de Fútbol (FPF), Club Sport Alianza Atlético de Sullana y Club Juan Aurich. CAS 2017/A/5311; 2 de marzo de 2018. 0

Tribunal Arbitral del Deporte. Caso Paolo Guerrero. CAS 2018/A/5546; 30 de julio de 2018. https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5546,%205571.pdf

Tribunal Arbitral del Deporte. Caso Paolo Guerrero. CAS 2018/A/5571; 30 de julio de 2018. https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5546,%205571.pdf

Tribunal Arbitral del Deporte. Caso Pyramids FC vs. Cristian Benavente Bristol y la FIFA. CAS 2022/A/8960; 2022. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_award_8960.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 4232-2004-AA/TC; 2004. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 8123-2005-PHC/TC; 2005. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry); 2005. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC%20Aclaracion.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sentencia 1567-2006-PA/TC (Caso Algamarca); 2006 https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01567-2006-AA%20Aclaracion.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2011). Sentencia 00142-2011-PA/TC (Caso Sociedad Minera María Julia); 2011. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html

EL ARBITRAJE EN DERECHO DE FAMILIA BAJO LA NORMATIVA PERUANA VIGENTE

Rodolfo Miranda Miranda[1]
Mariana Bazán Soriano[2]

Resumen

El artículo analiza la arbitrabilidad en el derecho peruano, destacando la importancia de determinar qué controversias pueden ser sometidas a arbitraje. Se discuten diferentes enfoques normativos, como las listas cerradas (positivas y negativas) y abiertas (positivas y negativas), y se enfatiza que la Ley de Arbitraje peruana adopta un modelo de lista abierta positiva. Este enfoque permite arbitrar materias de libre disposición, aunque presenta desafíos en su aplicación, especialmente en el ámbito del derecho de familia, donde la falta de regulación específica puede limitar su efectividad.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Arbitraje Internacional por New York University. Socio fundador del estudio Miró Quesada & Miranda LL. M. International Business, Regulation, Litigation and Arbitration. Contacto: rmiranda@mq-abogados.pe

2 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Consejo Ejecutivo de THEMIS - Revista de Derecho. Contacto: mariana.bazan@pucp.edu.pe

1. Sobre el principio de arbitrabilidad

La arbitrabilidad consiste en determinar qué tipos de conflictos pueden resolverse mediante arbitraje y cuáles pertenecen exclusivamente al ámbito de los tribunales judiciales u otros entes estatales. En este sentido, la arbitrabilidad funciona como un filtro que define qué puede ser sometido a arbitraje (arbitrabilidad objetiva) y quiénes tienen la legitimidad para hacerlo (arbitrabilidad subjetiva). En el presente análisis, nos centraremos en la primera.

La arbitrabilidad objetiva constituye un elemento esencial para garantizar la validez y eficacia del convenio arbitral, siendo que su incumplimiento puede derivar en la anulabilidad del laudo arbitral[3]. Para identificar qué materias pueden ser sometidas a arbitraje y cuáles no, es importante comprender que esta clasificación no depende de la naturaleza intrínseca, dogmática o abstracta del derecho en cuestión, sino de la política legislativa de cada Estado. A través de su parlamento y mediante leyes específicas, cada sociedad determina qué materias son arbitrables o cuáles están excluidas. Así, mientras que en Perú ciertos asuntos son considerados inarbitrables, en otros países podrían ser objeto de arbitraje[4].

En esa línea, no existen materias que sean arbitrables o inarbitrables por su propia naturaleza, sino que esta distinción responde a decisiones normativas basadas en principios como el orden público y la política legislativa. Por ejemplo, Vásquez sostiene que el derecho

---

3 "Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[…]

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 [el énfasis es nuestro]".

4 Con una mirada a la legislación comparada, en países como los Estados Unidos, existe gran desarrollo sobre el arbitraje en asuntos de derecho familiar, principalmente en temas como la custodia y manutención de los hijos; además, se ofrece protección a las víctimas de violencia doméstica. No obstante, un árbitro especialista en derecho familiar no va a poder decidir sobre temas como el otorgamiento de un divorcio, o conceder una adopción, además de la tutela o extinción de la patria potestad. En Canadá, el panorama es interesante, ya que el laudo de un árbitro puede cubrir cosas como: la propiedad, la manutención de los hijos y del cónyuge, el tiempo de crianza y la responsabilidad de los niños en la toma de decisiones; sin embargo, no puede otorgar o anular un divorcio, tampoco declarar que un hijo es o no de una determinada persona, lo cual corresponde a la corte.

español emplea el criterio de libre disposición conforme a derecho. Esto coincide con otros ordenamientos que utilizan nociones similares, como la susceptibilidad de transacción, la naturaleza patrimonial de la controversia o la ajenidad al orden público. En contraste, el derecho suizo y alemán consideran arbitrables las causas de naturaleza patrimonial y las pretensiones con valor económico para las partes, respectivamente (como se citó en Robles *et al*., 2020).

2. Enfoques normativos de la arbitrabilidad

El concepto de arbitrabilidad, entendido como la delimitación de las materias que se pueden someter a arbitraje, varía significativamente según los marcos jurídicos. Esta diversidad regulatoria puede comprenderse a partir de dos criterios fundamentales: (i) si la regulación opera desde un enfoque cerrado o abierto, y (ii) si establece límites de manera negativa o positiva. Estos enfoques permiten organizar los modelos de regulación en cuatro posibles categorías.

Por un lado, una lista cerrada implica un catálogo exhaustivo. Si esta opera en sentido negativo, enumera de manera taxativa las materias que no pueden ser arbitrables, de modo que todo lo demás quede comprendido dentro de lo arbitrable por exclusión. Este enfoque combina claridad y flexibilidad, al permitir arbitrar sobre materias no previstas expresamente en el listado mientras no contravengan las exclusiones señaladas. En cambio, si la lista cerrada opera en sentido positivo, se delimita expresamente qué materias son arbitrables, excluyendo aquellas que no están incluidas. Esto otorga certeza jurídica absoluta, pero puede resultar rígido y menos adaptable a nuevas controversias.

Por otro lado, la lista abierta se basa en principios generales o criterios interpretativos. Si se estructura en sentido negativo, posibilita arbitrar en todas aquellas materias que no afecten principios fundamentales, como el orden público, sin enumerar exhaustivamente las exclusiones. Este modelo es adaptable a situaciones novedosas, aunque puede generar incertidumbre sobre los límites. Mientras tanto, una lista abierta en sentido positivo opera de manera inclusiva, con criterios amplios (como la libre disposición) para determinar la arbitrabilidad sin precisar una enumeración cerrada. Este enfoque es flexible y progresista, pero puede carecer de la certeza que ofrecen los modelos más estrictos.

Enfoque	Cómo opera	Ventajas	Desventajas
Lista cerrada negativa	Taxativamente lo que no es arbitrable	Flexibilidad para materias no excluidas	Ambigüedad en las interpretaciones de lo "no excluido".
Lista cerrada positiva	Taxativamente lo que es arbitrable	Máxima certeza y claridad	Rigidez y exclusión de materias no listadas.
Lista abierta negativa	Criterios generales para exclusión	Adaptable a nuevas materias	Puede generar incertidumbre en límites específicos.
Lista abierta positiva	Criterios generales para inclusión	Amplia flexibilidad	Falta de certeza absoluta sobre los límites.

Es crucial distinguir que, si bien los enfoques de lista cerrada negativa y lista abierta negativa comparten una lógica excluyente al delimitar las materias no arbitrables, sus diferencias conceptuales son significativas. La lista cerrada negativa opera mediante la enumeración taxativa de aquellas materias que no pueden ser objeto de arbitraje, asegurando un marco normativo claro y predecible. Por otro lado, la lista abierta negativa se apoya en principios generales, como el orden público o derechos indisponibles, para establecer límites.

Aunque ambos enfoques pueden coincidir en las materias excluidas en la práctica, el primero ofrece mayor seguridad jurídica al definir de forma precisa las exclusiones; mientras que el segundo proporciona flexibilidad interpretativa, permitiendo su adaptación a contextos novedosos. Esta diferencia metodológica resalta la importancia de identificar el enfoque normativo adoptado en cada ordenamiento jurídico para comprender el alcance y las implicaciones del arbitraje.

De este modo, cada país no solo puede aplicar criterios diversos para determinar la arbitrabilidad de una materia, sino también adoptar distintos enfoques normativos para regularla. Sin embargo, este análisis nunca se realiza en abstracto. No basta con que una parte afirme que su derecho es disponible, es decir, que cumple con el criterio de disponibilidad. Será necesario verificar su admisibilidad a la luz del

marco jurídico específico del país correspondiente, considerando las limitaciones o los principios que dicho ordenamiento imponga.

El análisis de los enfoques de arbitrabilidad no estaría completo sin una mirada comparativa. Por ello, queda pendiente para un próximo artículo ejemplificar cada clasificación aplicada en derecho comparado. En esta ocasión, sin embargo, nos enfocaremos en cómo estas categorías se aplican específicamente en el caso peruano, lo cual permitirá profundizar en las implicancias prácticas del modelo adoptado en este país.

3. La arbitrabilidad en el marco jurídico peruano (*lege lata*)

En la Ley 26572[5], derogada posteriormente por el Decreto Legislativo 1071, se configuró un régimen normativo híbrido en relación con la arbitrabilidad objetiva. Este modelo integraba, por un lado, un enfoque de lista abierta positiva, al establecer como regla general la posibilidad de someter a arbitraje todas aquellas controversias relacionadas con materias de libre disposición y asuntos ambientales; y, por otro lado, un enfoque de lista cerrada negativa, al delimitar de forma expresa y taxativa las materias excluidas del ámbito arbitral. Entre estas se encontraban aquellas relativas al estado o la capacidad civil de las personas, los derechos de incapaces sin autorización judicial, las cuestiones vinculadas al orden público, y las funciones de imperio del Estado. Este esquema normativo buscaba conjugar la flexibilidad propia de una lista abierta positiva con la seguridad jurídica que aporta una lista cerrada negativa, preservando de esta manera los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

---

5 "Artículo 1°.- Disposición general.- **Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental**, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; **excepto:**

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público".

El Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), en el artículo 2[6], introduce un cambio normativo significativo al configurar un régimen que responde principalmente a un modelo de lista abierta positiva. Este enfoque inclusivo establece como principio general la arbitrabilidad de las controversias sobre materias de libre disposición y aquellas autorizadas por normas legales o tratados internacionales.

A diferencia de su predecesora, esta norma se aparta de la práctica de enumerar de forma exhaustiva las materias inarbitrables. Así, opta por un marco jurídico más amplio y abstracto que delega en los intérpretes jurídicos —árbitros y jueces— la labor de determinar los límites de la arbitrabilidad, conforme a principios generales del derecho, como la libre disposición y el respeto al orden público.

No obstante, el artículo 10 del Decreto Supremo 146-2008-EF[7] introduce una restricción puntual, al establecer que no podrán ser objeto de arbitraje las decisiones de organismos reguladores u otras entidades administrativas dictadas en ejercicio de competencias expresamente atribuidas por norma, cuya vía de reclamo corresponde a la vía administrativa. Aunque específica, esta limitación no desvirtúa el carácter predominantemente flexible del sistema, sino que opera como una medida de equilibrio normativo para garantizar la coherencia entre la apertura del arbitraje y la protección de valores esenciales como el orden público y la supremacía de la función administrativa. En este sentido, el régimen mantiene la esencia de un sistema de lista abierta positiva, complementado con garantías mínimas necesarias para el correcto funcionamiento del orden jurídico.

Este marco normativo responde a la necesidad de modernizar el derecho arbitral peruano, facilitando el acceso al arbitraje y ampliando

---

6 "Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
1. 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** [el énfasis es nuestro]".

7 "Artículo 10º.- Cláusulas arbitrales. -
10.1 […]
a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

En tal sentido, se entiende que **no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa**, cuya vía de reclamo es la vía administrativa [el énfasis es nuestro]".

su ámbito en sintonía con estándares internacionales. La flexibilidad del régimen, lejos de generar inseguridad jurídica, abre nuevas posibilidades para que el arbitraje se aplique en áreas tradicionalmente menos exploradas, siempre de acuerdo con los principios fundamentales del derecho nacional.

En definitiva, el Decreto Legislativo 1071 ha consolidado un sistema inclusivo y adaptado a las exigencias contemporáneas del arbitraje. Al priorizar la autonomía de la voluntad de las partes y confiar en la rigurosidad de los operadores jurídicos, posibilita que el arbitraje se proyecte hacia nuevos horizontes sin comprometer los valores esenciales del sistema jurídico peruano.

La arbitrabilidad, en este contexto, no es una característica inherente a determinadas materias, sino una construcción normativa que responde a las políticas legislativas de cada país. En el Perú, lo arbitrable se define por tres criterios principales: (i) que recaiga sobre derechos disponibles; (ii) que tenga contenido patrimonial[8]; y (iii) que sea conforme a derecho, incluyendo aquellas materias expresamente autorizadas por ley, tratados internacionales o acuerdos específicos.

Este diseño, sustentado en el Decreto Legislativo 1071, y complementado por normas como el artículo 10 del Decreto Supremo 146-2008-EF y el artículo 2058 del Código Civil, establece un sistema inclusivo que busca armonizar la flexibilidad con la certeza jurídica. Esto permite que el arbitraje continúe proyectándose como un mecanismo moderno y eficiente en el Perú.

Finalmente, el arbitraje en materias como el derecho de familia y sucesiones se presenta como un campo prometedor, cuya regulación podría brindar un marco seguro para su aplicación. Este tema será abordado en las próximas secciones desde un enfoque propositivo (*lege ferenda*). Para ello, se evaluarán las oportunidades y los desafíos para su incorporación conforme al ordenamiento jurídico nacional.

---

8 Competencia en acciones patrimoniales

Artículo 2058.- Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

[…]

Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la **facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial. [el énfasis es nuestro].**

4. Hacia un marco normativo para el arbitraje en materia de familia en Perú

El desarrollo del arbitraje en el ámbito del derecho de familia en el Perú representa una oportunidad excepcional para modernizar los mecanismos de resolución de conflictos en un área que requiere procesos más eficientes, confidenciales y adaptados a las necesidades específicas de las partes. Aunque el marco normativo actual no regula de manera particular el arbitraje en este ámbito, las experiencias internacionales y el enfoque "proarbitral" del sistema peruano proporcionan una base sólida para explorar su implementación en áreas clave del derecho de familia.

Como se ha analizado a lo largo de este artículo, la determinación de la arbitrabilidad de una materia depende de tres criterios esenciales: (i) que se trate de un derecho disponible, (ii) que posea contenido patrimonial y (iii) que sea conforme a derecho. A continuación, se desarrolla cada uno de estos puntos para delimitar su alcance en la configuración normativa de la arbitrabilidad en el derecho de familia.

i. **Disponibilidad del derecho.** El criterio de disponibilidad del derecho se fundamenta en la capacidad de las partes para disponer libremente de sus derechos dentro del marco legal, ejerciendo su autonomía de voluntad a través de la negociación, cesión o renuncia de estos. Sin embargo, este principio encuentra límites en aquellas materias consideradas indisponibles, como los derechos de naturaleza personalísima, que no pueden ser objeto de transacción. Como señalan Lorca y Silguero (1994), la libre disposición se ejerce dentro del ámbito permitido por el ordenamiento y "en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares"(p. 38).

ii. **Contenido patrimonial.** Este criterio se refiere a la naturaleza económica o monetaria del derecho en disputa. Asegura que el objeto sometido a arbitraje pueda ser valorado en términos cuantificables o vinculado a un interés patrimonial concreto. La exigencia de patrimonialidad permite que el arbitraje se aplique a controversias en las que exista un impacto financiero medible. Así, facilita su resolución dentro de un marco jurídico especializado.

iii. **Conformidad a derecho.** Este criterio exige que las materias sometidas a arbitraje se ajusten a las disposiciones legales vigentes y respeten los principios esenciales del orden jurídico, como el orden público y los derechos fundamentales. Este requisito garantiza que los derechos arbitrables no vulneren normas imperativas ni afecten valores esenciales del sistema legal, tales como el interés superior del niño en asuntos familiares.

Aunque los conceptos de disponibilidad y conformidad a derecho pueden parecer estrechamente relacionados, es importante subrayar sus diferencias. La disponibilidad se refiere a la facultad del titular de negociar, modificar o renunciar a sus derechos en un marco de libertad positiva —en términos generales, "lo que no está prohibido está permitido"—. Por otro lado, la conformidad a derecho requiere que todo acto, incluido el arbitraje, se realice en plena armonía con el ordenamiento jurídico, garantizando así la legitimidad y el ajuste a las normas fundamentales.

Asimismo, es relevante destacar que, aunque la disponibilidad y la patrimonialidad suelen aparecer de manera conjunta, esta asociación no es una regla absoluta. Cada uno de los tres criterios se debe analizar de forma independiente para determinar la susceptibilidad de una materia a ser sometida a arbitraje. En este sentido, se pueden distinguir los siguientes escenarios:

i. **Derechos disponibles con contenido patrimonial.** Por ejemplo, aquellos derivados de las relaciones económicas entre cónyuges. Al estar sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes, pueden ser objeto de arbitraje, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes y se respete el marco normativo aplicable.

ii. **Derechos con contenido patrimonial pero no conformes a derecho.** Este grupo incluye, por ejemplo, las relaciones económicas entre padres e hijos, la gestión del patrimonio bajo patria potestad (Aguilar, 2014) o la pensión de alimentos. Estos derechos están protegidos por normas de orden público y por el interés superior del niño, lo cual impide su arbitrabilidad.

iii. **Derechos disponibles sin contenido patrimonial directo.** Algunos sectores doctrinales (Castillo, s. f.) sostienen que po-

dría ser sometida a arbitraje si existe acuerdo entre las partes y se respetan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Sin embargo, nos alejamos de esta postura, ya que la tenencia de menores carece de contenido patrimonial. Su regulación prioriza el interés superior del menor, lo cual exige intervención judicial especializada para garantizar su adecuada protección.

iv. **Derechos con contenido patrimonial, pero no disponibles.** Se trata de aquellas materias de familia expresamente prohibidas en el marco normativo, en las cuales, a pesar de contar con un componente patrimonial, la falta de disponibilidad impide que sean sometidas a arbitraje, puesto que se encuentran fuera del amplio "radar" de la disposición.

En suma, bajo la normativa actual (*lege lata*), solo pueden ser arbitrables aquellas materias que cumplan simultáneamente los tres requisitos esenciales: disponibilidad, contenido patrimonial y conformidad con el ordenamiento jurídico. Así, en el derecho de familia peruano, el arbitraje es viable en asuntos patrimoniales, como la pensión alimentaria para convivientes, los gastos relacionados con embarazo y parto, la liquidación de bienes en el matrimonio y la distribución de bienes en la unión de hecho. En contraste, materias como la tenencia, el régimen de visitas y la pensión de alimentos no son arbitrables, dado que afectan derechos indisponibles y están protegidas por normas de orden público.

Si bien la conciliación constituye un referente útil para delimitar la arbitrabilidad, esta no puede ser el único criterio de análisis, pues la regulación vigente impone restricciones sustanciales. Por ello, cualquier ampliación del ámbito del arbitraje en derecho de familia requeriría modificaciones normativas que garanticen la protección de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, especialmente el interés superior del niño.

5. Conciliación: punto de partida para delimitar la arbitrabilidad en el derecho de familia

En el marco del derecho de familia peruano, los derechos reconocidos como conciliables constituyen un referente normativo útil para identificar aquellas materias que se podrían someter a arbitraje, dado que ambos mecanismos comparten el principio de disposición. Este

principio permite a las partes regular ciertos aspectos de sus relaciones jurídicas sin necesidad de recurrir al sistema judicial, siempre que no se vulneren normas de orden público ni disposiciones imperativas.

La arbitrabilidad de materias conciliables se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual las partes pueden acordar someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial. Aunque la diferencia fundamental entre la conciliación y el arbitraje radica en que este último impone una solución vinculante, ambos parten del consentimiento previo de las partes, lo cual refuerza su legitimidad.

Cuando los interesados logran acuerdos conciliatorios en temas como la tenencia o el régimen de visitas, se demuestra que existe una disposición reconocida normativamente para negociar ciertos aspectos del conflicto. No obstante, esta posibilidad no implica automáticamente que dichas materias sean arbitrables. Conforme al marco legal vigente, es necesario verificar que cumplan con tres requisitos: disponibilidad, contenido patrimonial y conformidad con el ordenamiento jurídico.

En esta línea, el principio del interés superior del niño establece un límite sustancial en cualquier análisis de arbitrabilidad. De acuerdo con la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial de este principio, y su reglamento (Decreto Supremo 002-2018-MIMP), el interés superior del niño se debe considerar como un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga prioridad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a cualquier medida que los afecte (Herencia, 2021).

A diferencia de la conciliación, en la cual los acuerdos pueden ser objeto de control judicial, el arbitraje restringe la revisión de fondo. Por ello, resulta indispensable asegurar que cualquier decisión adoptada en este marco respete plenamente los derechos fundamentales y sea compatible con el sistema jurídico.

Partiendo de este enfoque, a continuación se examinan las diez materias reconocidas por la Ley de Conciliación como disponibles, a fin de determinar, **según los criterios establecidos en el ordenamiento vigente**, en qué medida cumplen los requisitos necesarios para ser consideradas arbitrables:

i. **Pensión de alimentos.** Aunque posee un contenido patrimonial, la pensión de alimentos no es disponible, ya que está

protegida por normas de orden público y responde al interés superior del menor, lo cual impide su libre disposición. En consecuencia, no cumple el criterio de disponibilidad, por lo que no puede ser arbitrable.

ii. **Pensión alimentaria para convivientes.** En este caso, sí se cumplen los tres criterios esenciales. Se trata de una obligación económica entre adultos, que es disponible en dentro del marco normativo y conforme a derecho, siempre que la unión de hecho haya sido formalmente validada. Por lo tanto, puede ser arbitrable.

iii. **Modificación de pensión de alimentos.** Al igual que la pensión de alimentos, su modificación está regulada por normas imperativas, lo cual impide su disposición por arbitraje. Aunque tenga contenido patrimonial, no es disponible ni conforme al orden jurídico para ser arbitrable.

iv. **Exoneración de alimentos.** Si bien existen casos en los que la exoneración de alimentos puede proceder (por ejemplo, cuando el beneficiario ya no requiere la prestación), su resolución no puede darse mediante arbitraje, ya que afecta derechos fundamentales y debe ser tratada en sede jurisdiccional. No es arbitrable.

v. **Régimen de visitas.** Es disponible, conforme al orden jurídico, pero no posee contenido patrimonial, lo cual limita su viabilidad en el arbitraje. Al ser un derecho de autorregulación entre las partes, se puede gestionar a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero no cumple el requisito de patrimonialidad.

vi. **Cambio en el régimen de visitas.** Similar al régimen de visitas, es disponible y conforme a derecho, pero no tiene contenido patrimonial, por lo que su arbitrabilidad no es viable en el marco económico que rige los procesos arbitrales.

vii. **Tenencia.** La tenencia de menores es disponible y conforme al orden jurídico, pero no presenta contenido patrimonial, lo cual impide su viabilidad en el arbitraje. Aunque algunas doctrinas han considerado su posibilidad, el arbitraje se basa en conflictos de naturaleza económica, por lo que no puede ser arbitrable.

viii. **Gastos relacionados con embarazo, parto y alimentos.** Esta materia cumple los tres criterios esenciales. Son derechos disponibles, tienen un contenido patrimonial claro y su regulación no afecta normas imperativas, siempre que se respeten los principios fundamentales del orden jurídico. Por ello, puede ser arbitrable.

ix. **División de bienes en el matrimonio.** La liquidación de la sociedad de gananciales cumple los tres criterios esenciales, ya que involucra derechos patrimoniales que son disponibles y conformes a derecho, por lo que es plenamente arbitrable.

x. **Distribución de bienes en la unión de hecho.** Similar al caso anterior, la distribución de bienes en una unión de hecho reconocida cumple los criterios de disponibilidad, patrimonialidad y conformidad con el orden jurídico, por lo cual se puede resolver mediante arbitraje. Es arbitrable.

En suma, bajo la normativa actual (*lege lata*), solo pueden ser arbitrables aquellas materias que cumplan simultáneamente los tres requisitos esenciales: disponibilidad, contenido patrimonial y conformidad con el ordenamiento jurídico. Así, en el derecho de familia peruano, el arbitraje es viable en asuntos patrimoniales, como la pensión alimentaria para convivientes, los gastos relacionados con embarazo y parto, la liquidación de bienes en el matrimonio y la distribución de bienes en la unión de hecho. En contraste, materias como la tenencia, el régimen de visitas y la pensión de alimentos no son arbitrables, dado que afectan derechos indisponibles y están protegidas por normas de orden público.

Si bien la conciliación constituye un referente útil para delimitar la arbitrabilidad, esta no puede ser el único criterio de análisis, pues la regulación vigente impone restricciones sustanciales. Por ello, cualquier ampliación del ámbito del arbitraje en derecho de familia requeriría modificaciones normativas que garanticen la protección de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, especialmente el interés superior del niño.

Cabe resaltar que la disponibilidad, como se ha analizado, responde a un principio de libertad positiva, lo cual significa que la determinación de materias arbitrables no se limita a un listado cerrado. Por el contrario, siempre que un derecho cumpla los requisitos de patrimonialidad y conformidad con el orden jurídico, podrá ser objeto

de arbitraje. Esto permite que el ámbito de aplicación del arbitraje en el derecho de familia sea más amplio de lo que tradicionalmente se ha considerado.

Además de las materias ya identificadas, existen otros conflictos patrimoniales que pueden ser gestionados mediante arbitraje. La flexibilidad del mecanismo arbitral posibilita que las partes negocien y estructuren acuerdos de manera más eficiente, sin necesidad de recurrir a procesos judiciales prolongados. Así, el arbitraje se posiciona como una herramienta complementaria dentro del sistema de resolución de conflictos en el ámbito familiar.

6. Hacia un modelo regulado de arbitraje en derecho de familia: perspectiva *lege ferenda*

Desde una perspectiva *lege ferenda*, la expansión del arbitraje en derecho de familia podría ser viable a mediano o largo plazo, siempre que se establezcan garantías normativas claras para la protección del interés superior del niño y el respeto de los principios de orden público familiar. La evolución legislativa en esta materia permitiría delimitar con precisión qué aspectos del vínculo familiar pueden ser objeto de arbitraje, asegurando que su aplicación no afecte derechos fundamentales ni genere desequilibrios estructurales entre las partes.

Para ello, sería imprescindible desarrollar un marco regulatorio específico, que establezca criterios de arbitrabilidad ajustados a la naturaleza de los conflictos familiares y que diferencie aquellos que se pueden resolver por arbitraje de los que requieren intervención judicial. En este sentido, una revisión progresiva de la legislación permitiría incorporar el arbitraje como una herramienta eficiente y especializada, complementaria a la conciliación y al sistema jurisdiccional.

Además, la consolidación del arbitraje en derecho de familia demandaría la implementación de estándares estrictos de idoneidad técnica y ética para los árbitros. Esto con la finalidad de garantizar que los profesionales que intervengan en estos procedimientos posean la formación adecuada en materia de derecho familiar y arbitraje. Igualmente, se necesitaría la creación de procedimientos con salvaguardas reforzadas, que aseguren la validez, legitimidad y ejecutabilidad de los laudos arbitrales para evitar conflictos con las normas de orden público.

Un modelo piloto de arbitraje en derecho de familia podría ensayarse inicialmente en materias patrimoniales derivadas de relaciones familiares entre adultos. Esto con la finalidad de evaluar su eficacia y consolidar un sistema regulado que brinde seguridad jurídica a los involucrados. Este enfoque contribuiría a una justicia familiar más diversa e inclusiva, donde el arbitraje se erija como una alternativa viable, especializada y ágil, capaz de atender conflictos de índole económica sin comprometer los principios fundamentales del sistema jurídico.

El desarrollo de esta reforma no implicaría sustituir la intervención judicial, sino fortalecer un modelo de justicia más flexible y accesible, que optimice la resolución de disputas familiares en un marco normativo moderno y alineado con los estándares internacionales de protección de derechos y eficiencia procesal.

7. Desafíos y propuestas para fortalecer la ejecución del arbitraje en derecho de familia

La consolidación del arbitraje en derecho de familia depende, en gran medida, de su ejecutoriedad, un aspecto crucial que, a pesar de su viabilidad normativa y lógica, enfrenta barreras estructurales que limitan su implementación efectiva. La falta de una regulación específica que delimite con precisión los parámetros de su aplicación genera inseguridad jurídica. Se reduce su adopción y se debilita su potencial como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Además, la escasa familiaridad institucional con el arbitraje en esta materia afecta la eficacia de los laudos arbitrales, lo cual dificulta su ejecución y deja a las partes sin garantías suficientes para el cumplimiento de las decisiones.

Si bien el sistema judicial tradicional es indiscutiblemente necesario para asuntos que involucran el interés superior del niño, existen disputas patrimoniales en derecho de familia que pueden y deberían ser resueltas mediante arbitraje, siempre que existan las condiciones adecuadas. Sin embargo, la ausencia de árbitros especializados y la falta de formación en arbitraje de derecho de familia generan una percepción de incertidumbre y desconfianza hacia este mecanismo, de modo que se refuerza la idea de que el sistema judicial es el único camino viable.

Para que el arbitraje en derecho de familia se afiance como un mecanismo legítimo y eficiente, resulta imprescindible estructurar un marco normativo claro y preciso, que brinde seguridad jurídica y es-

tablezca criterios específicos para la ejecución de los laudos arbitrales. Asimismo, se precisa un esfuerzo sostenido en la capacitación de profesionales especializados, que garanticen la existencia de árbitros con conocimiento en la materia y se fortalezca la confianza en el sistema arbitral. Sin estas reformas, el arbitraje seguirá siendo una alternativa teórica más que una herramienta real y efectiva dentro del derecho de familia.

En definitiva, el fortalecimiento de la ejecutoriedad del arbitraje no solo permitiría consolidarlo como un mecanismo eficiente, sino que también optimizaría la resolución de disputas patrimoniales, proporcionando soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad de las partes involucradas. Su correcta implementación no se debe percibir como una sustitución del sistema judicial, sino como un complemento que favorezca una gestión más eficaz de los conflictos familiares dentro de los límites del orden normativo vigente.

Conclusiones

La arbitrabilidad constituye un criterio jurídico fundamental para delimitar el ámbito de actuación del arbitraje, pues determina qué controversias se pueden someter válidamente a este mecanismo alternativo. En el sistema jurídico peruano, la adopción de un modelo de lista abierta positiva —según el cual son arbitrables todas las materias, salvo aquellas expresamente excluidas por ley— otorga un importante margen de flexibilidad. No obstante, esta apertura genera dificultades interpretativas, especialmente cuando se traslada al campo del derecho de familia, en el cual confluyen derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, muchos de ellos indisponibles.

El análisis efectuado ha demostrado que ciertas materias familiares, en particular aquellas de contenido patrimonial y disponibilidad jurídica, pueden ser válidamente sometidas a arbitraje sin afectar normas de orden público ni vulnerar derechos fundamentales. Tal es el caso de la distribución de bienes en el matrimonio o la unión de hecho, o de las obligaciones alimentarias entre adultos en relaciones de convivencia reconocidas legalmente. No obstante, otros temas —como la tenencia, el régimen de visitas o las pensiones alimentarias para menores— resultan no arbitrables debido a su íntima vinculación con el interés superior del niño, principio que orienta e impone límites a la autonomía privada en este ámbito.

En consecuencia, se advierte la urgente necesidad de desarrollar un marco normativo específico que regule de manera clara y sistemática el arbitraje en materias de derecho de familia. Esta regulación permitiría superar la actual dispersión interpretativa, garantizar la seguridad jurídica de las partes y evitar que la ausencia de parámetros normativos obstaculice la consolidación del arbitraje como una vía complementaria de solución de conflictos familiares.

Asimismo, resulta indispensable promover la formación especializada de árbitros en derecho de familia y resolución alternativa de conflictos, para lo cual se incorporen enfoques interdisciplinarios que incluyan perspectiva de género, protección de grupos vulnerables y técnicas restaurativas. Solo a través de una capacitación sólida se podrán dictar laudos que reflejen sensibilidad, conocimiento técnico y adecuación a las circunstancias particulares de cada caso familiar.

Finalmente, se destaca que el desarrollo del arbitraje en el derecho de familia no debe entenderse como una amenaza al rol del Estado en la tutela de las relaciones familiares, sino como una oportunidad para enriquecer el sistema de justicia con mecanismos más ágiles, participativos y personalizados. Un arbitraje familiar bien regulado, legítimo y ejecutable podría contribuir significativamente a descongestionar el sistema judicial, reducir tiempos de respuesta, y ofrecer soluciones más adaptadas a la voluntad y a las necesidades de las partes involucradas.

REFERENCIAS

Aguilar, B. (2014). ¿Los conflictos familiares pueden solucionarse a través del arbitraje? *Alétheia*, *2*(1). 113-124. https://revistas.unife.edu.pe/index.php/aletheia/article/view/1098/1034

Castillo, M. (s. f.). El arbitraje y la familia. https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/04-EL-ARBITRAJE-Y-LA-FAMILIA.pdf

Herencia, S. (2021). El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional. *Persona y Familia*, (10), 85-104. https://doi.org/10.33539/peryfa.2021.n10.2485

Lorca, A. M. y Silguero, J. (1994). *Derecho de arbitraje español*. Dykinson.

Robles, A., Gutiérrez, C. y Laurent, J. (2020). ¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la arbitrabilidad de la libre competencia y aproximaciones en el Perú. *Themis. Revista de Derecho*, (78), pp. 167-187. https://doi.org/10.18800/themis.202002.008

REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Mario Linares Jara[1]

Resumen

El presente trabajo versa sobre cómo se ha regulado el arbitraje en la hoy novísima Ley General de Contrataciones Públicas y cómo esto incide en el derecho constitucional a una tutela jurisdiccional efectiva. Específicamente, abordamos primero lo relativo a la jurisdicción arbitral sobre actos administrativos contractuales, a pesar de la visión negacionista del OSCE respecto de un instituto aceptado por la legislación y doctrina comparada de manera uniforme. Revisamos además cómo, pese a lo anterior y por la redacción de la ley respecto de las materias arbitrables y el principio pro arbitre, es factible deducir que existe una tutela jurisdiccional sobre los actos administrativos acotados.

En segundo lugar, abordamos lo concerniente a cómo la regulación sobre medidas cautelares en los procesos arbitrales afecta de algún modo la tutela jurisdiccional efectiva, al habérsele dotado a la Administración pública, el poder de elegir la viabili-

1 Catedrático de la Universidad de Piura en las maestrías de Derecho Administrativo y Regulación del Mercado, y en la de Derecho Público. Profesor en la Universidad Austral de Buenos Aires, en el Postítulo de Contratación Pública. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en el Diplomado de Contratación Pública. Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid. Árbitro, adjudicador y consultor en derecho administrativo y contratación pública.

dad de arbitrajes de emergencia y, con ello, medidas cautelares de emergencia, mediante su inclusión en las Bases o pliegos de condiciones. Nos referimos también a los candados diversos que la ley ha colocado para los contratistas, a fin de acceder a medidas cautelares: régimen de contracautela desmesurado de hasta el 10 % del monto del contrato aplicado solo a los contratistas, inexistencia de medidas cautelares inaudita altera pars y la exigencia de que la medida no sea irreversible y afecte al interés público (criterio, este último, de facilísima configuración).

Finalmente, nos referiremos a la posible afectación indirecta del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva respecto de las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas en cuanto a sus competencias, que, además de técnicas y económicas, son también de carácter contractual, cuestión que implica el conocimiento de conflictos jurídicos a órganos que carecen de la presencia de un abogado.

1. Introducción

La Ley General de Contrataciones Públicas, al margen de sus aciertos y errores, en gran parte no es una ley docta cuando debería serlo. Tiende a ser en realidad lega, pues prescinde de un trato no digamos prolijo, sino mínimamente adecuado sobre instituciones jurídicas fundamentales del derecho común de la Administración pública; esto es, del derecho administrativo. Ello además del trato sobre principios e instituciones sectoriales particulares propios de los contratos públicos en materia de ejecución contractual y solución de controversias.

Pudiendo el respectivo grupo de trabajo haber utilizado leyes referentes en la materia, como la ley española o colombiana, se omitió ello y se ha seguido el mismo derrotero que la ley anterior, esto es, de querer simplificar lo que por naturaleza es medianamente complejo, tratar institutos de manera muy particular y aislada respecto del derecho y la doctrina comparada, o simplemente omitirlos. La ley no se comporta a la altura de lo que demanda una especialidad como el derecho administrativo de los contratos públicos, y tiende más a ser una norma de gestión pública muchas veces, solo descriptiva en lo que es derecho, con el agregado de estar ahora potenciada en la visión estatocéntrica de sus antecesoras. Toma, como solución para problemas que

han sido regulatorios, medidas extremas que, *prima facie*, restringen derechos a los contratistas, y que van en contra de un sistema de pesos y contrapesos que favorecen un clima de predictibilidad jurídica. Cabe señalar que este componente resulta necesario para volver atractivo el mercado de los contratos públicos para la inversión nacional y extranjera en sana competencia.

En el escenario descrito y en lo que respecta solamente al arbitraje —y, por extensión, a las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, por su relación con el arbitraje—, realizamos nuestro análisis atendiendo a algunas consideraciones sobre el derecho constitucional a una tutela jurisdiccional efectiva, ello en cuanto a las materias arbitrables, la restricción de las medidas cautelares solo para los contratistas y el funcionamiento de las mencionadas juntas.

2. Materias arbitrables

2.1. Jurisdicción respecto de actos de *ius imperium*

No es común que los actos de manifestación de poder del Estado, o actos administrativos, sean tenidos como arbitrables. Ha existido siempre una fuerte resistencia al respecto, teniéndose tal posibilidad, además de imposible, como una afectación del principio de tutela jurisdiccional efectiva; más aún, en realidades donde la Constitución Política contenga cerrojos al respecto, como es el caso del reino de España, donde se señala expresamente que el monopolio jurisdiccional para las decisiones del Estado lo tiene el Poder Judicial (Cortes Generales, Constitución Española, 1978, artículo 117). En Colombia, al expedirse la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Pública, que señaló al arbitraje como posible medio de solución de controversias en contratos domésticos del Estado, la reacción fue inmediata de parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en torno a la imposibilidad de que, por medio del arbitraje, existan pronunciamientos de los árbitros sobre actos administrativos. Después, fueron morigerándose las posiciones hasta llegar al estado actual, en el cual son arbitrables los actos administrativos ordinarios respecto de su nulidad, mas no así los que expresan verdaderos actos de poder al ejercitarse las llamadas cláusulas exorbitantes de la contratación pública, o prerrogativas públicas, para finalmente permitirse, si bien no una declaración de nulidad, sí una de ineficacia. En este punto, hay reclamos desde la doctrina de que ello implica una contradicción peligrosa,

pues un mismo acto puede verse en sede contenciosa y ser declarado nulo, y, al mismo tiempo, en sede arbitral, ser declarado eficaz.

Veamos que sucede en nuestra realidad. Tanto la regulación primigenia, la de la Ley 26850, publicada el 3 de agosto de 1997 —que puede considerarse la madre de todas nuestras leyes de contrataciones del Estado y cuya estructura básica no ha cambiado, tanto esa ley como las posteriores hasta llegar a la actual, además de referirse directamente a patologías del contrato mismo, hacen uso de palabras omnicomprensivas para determinar las materias arbitrables. En la Ley 30225 y en la Ley 32069, se recurre al concepto "controversias sobre la ejecución"; ello equivale a todas las controversias en la fase *in facto esse* de los contratos, con lo que también, y atendiendo al principio *pro arbitre*[2], cualquier materia contractual, sea jurídica, técnica o económica, es susceptible de arbitrarse.

En efecto, el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, anterior a la Ley General de Contrataciones Públicas, señalaba:

> Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
>
> 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución [énfasis añadido], interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

En el artículo 83 de la Ley General de Contrataciones Públicas, actualmente se dispone lo siguiente:

---

2 Sobre el principio *pro arbitri*, conocido también en la doctrina como *favor arbitri* o *favor arbitralis*, Castillo Freyre y Vásquez Kunze indican que "este es un principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blinda al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan, renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través del arbitraje una controversia, no renuncie también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses" (2006).

Sobre el mismo principio, Guzmán-Barrón Sobrevilla (2017) agrega lo siguiente: "El principio pro arbitraje busca preservar los efectos del convenio arbitral ante cualquier defecto" (p. 47).

> Artículo 83. Controversias pasibles de arbitraje
>
> 83.1. Todas las controversias surgidas entre las partes sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución [énfasis añadido], terminación o eficacia del contrato se resuelven mediante arbitraje, salvo que lo contrario se halle expresamente previsto en la presente ley (Congreso de la República, 2024, artículo 83).

Atendiendo a los artículos citados, tenemos que "cualquier controversia sobre la ejecución" —salvo la prohibición expresa para el caso de prestaciones adicionales—[3] es arbitrable. Por lo tanto, comprende las controversias relacionadas con el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato favorable al particular o al Estado, los derivados de derechos por el principio de vinculación con los actos propios o los derivados del principio de prohibición de defraudación de la confianza legítima, desde la perspectiva administrativa. Asimismo, los provenientes del incumplimiento del debido procedimiento, incluido el deber de motivación de las decisiones de la administración contratante y del derecho de defensa o de tener oportunidad de descargo respecto de imputaciones o interpretaciones del contrato, incluso de actuaciones materiales o vías de hecho. También los casos de nulidades de decisiones fictas por silencio de la administración o por nulidades de oficio, cuestión que debe ser excepcional. Además, indicamos que son arbitrables los casos basados en los principios generales de interdicción del enriquecimiento sin causa, los de abuso del derecho y los de indemnizaciones por daños y perjuicios, incluidos los "daños a la imagen financiera" y los ocasionados por pérdida de chance (Campos A., 2006, p. 320).

Ahora bien, todas las materias indicadas tienen el problema de que la ley especial de contrataciones públicas no las regula apropiadamente o no son remitidas en cuanto a su aplicación a la regulación sustantiva de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). Específicamente, queremos referir aquí al principio de legalidad y a los actos administrativos proferidos dentro de la ejecu-

---

3 "**Artículo 76. Mecanismos de resolución de controversias**

[…] 76.3. No pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República [énfasis añadido]. Estos supuestos son de competencia del Poder Judicial".

ción de los contratos. Es más, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha negado la existencia de estos últimos durante mucho tiempo por efecto de la absolución errada de una consulta de parte del Ministerio de Justicia (2018) a través de la Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR, en relación con la aplicación de la LPAG en la ejecución de los contratos[4]. Se determinó que esta norma es inaplicable en las relaciones entre las partes contractuales, dado que se aplica solo entre la administración y los administrados en el marco de procedimientos administrativos. De esta manera, se omite que, de acuerdo con la totalidad de la doctrina y con la legislación comparada, el derecho sustantivo contenido en las leyes de procedimientos administrativos es aplicable en la ejecución contractual, por ser el derecho natural de la administración. Esto debido a que el medio idóneo de expresión de la administración, ejerciendo función administrativa, es justamente el acto administrativo, el cual en un contexto contractual se denomina "acto administrativo contractual".

Actualmente, la negación del acto administrativo contractual se atempera mediante lo indicado por el OSCE (2022), mediante la Opinión OSCE 099-2022[5]. Si bien en esta no se reconoce expresamente la

4 Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR del Ministerio de Justicia, que señaló, en el numeral 56, entre otros, lo siguiente: "Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General".

5 Debemos indicar que la posición del OSCE, hasta antes de la Opinión 099-2022, siguiendo un antiguo y errado informe del MINJUSDH, ha sido que la LPAG era inaplicable en la ejecución de los contratos bajo el entendido de que en estos no existe una relación autoridad-administrado. Como consecuencia de ello el OSCE señaló que se debe aplicar el Código Civil, cuestión reñida con principios básicos del derecho administrativo, dado que las decisiones de la administración se someten al principio de legalidad y no al principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho civil. Esta posición forzada, que ha dado lugar inclusive a la formulación de teorizar respecto de una categoría jurídica inexistente como el "acto contractual", ha tenido en realidad como fundamento que no se permita la aplicación del régimen de invalidez del acto administrativo en cuanto a la nulidad de oficio. Esto debido a que se socavaría la estabilidad del sistema permitiéndose que autoridades declaren a conveniencia la nulidad de sus propias resoluciones en torno a ampliaciones de

calidad de acto administrativo para las decisiones contractuales de la administración, sí reconoce la aplicación del régimen del acto administrativo en cuanto a que las decisiones referidas constituyen manifestación de la función administrativa. Esta problemática contradictoria de negación del acto administrativo contractual, por un lado, pero aceptación del régimen del acto administrativo para dichas decisiones, por el otro, lamentablemente no ha sido revertida a través de la nueva ley en materia de contratos públicos justificándose con ello, y entre otros puntos, el duro diagnóstico que sobre la misma damos en la parte introductoria de este trabajo.

Sin embargo, es de verse, a mérito de lo sostenido y a que en la actual regulación el artículo que señala las materias arbitrables se sigue refiriendo de forma general como arbitrables a las controversias en la "ejecución" del contrato, y a que va de suyo que dentro de esas controversias se encuentran también los actos administrativos contractuales; ello, interpretándose de modo adecuado la propia LPAG, específicamente atendiendo al artículo II del "Título Preliminar", que

---

plazo, aprobaciones de expedientes técnicos para el caso de concursos, ofertas, prestaciones adicionales, liquidaciones, etcétera. Cuando, en realidad, la solución para esos casos pasaba por una adecuada interpretación de la ley o simplemente mediante una correcta regulación del acto administrativo contractual como sucede en la ley colombiana de la materia. Respecto de lo primero, se debe considerar que las nulidades de oficio no solo vulnerarían la seguridad jurídica y el principio de eficiencia, sino que también trastocarían el régimen de los contratos estatales al ejercerse una prerrogativa contractual, la de declarar la nulidad de sus actos en la ejecución de los contratos. Esta ventaja exorbitante no se encuentra prevista en la normativa especial y no se puede equiparar a una simple nulidad de oficio de un acto administrativo dentro de un procedimiento administrativo lineal. Ahora bien, ante el silencio de la normativa, y en atención a una interpretación lata de la cláusula legal de solución de controversias a la luz del principio *pro arbitri*, la administración aún tiene el derecho de acudir al arbitraje y pretender la declaración de nulidad de sus actos, en la medida en que la sede judicial no ha sido expresamente prevista por la ley para dichos casos. De otra forma, la administración quedaría en estado de indefensión frente a la ilegalidad objetiva de sus actos.

Esta solución tiene un correlato normativo. De hecho, el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se indicaba lo siguiente: "Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento […], se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el Reglamento". Con lo cual, aun las liquidaciones consentidas o aprobadas por silencio administrativo positivo, que originan un acto administrativo contractual ficto, se someten al arbitraje. La administración, entonces, puede acudir al arbitraje para que la decisión sobre la liquidación sea anulada, inclusive cuando esta se derive de su silencio, a fin de no convalidar ninguna ilegalidad, con lo que se ratifica la interpretación antes acotada.

indica que esta norma no solo versa sobre los procedimientos administrativos, sino también sobre la función administrativa que tiene como vehículo de expresión a los actos administrativos (Ley 27444, 2016). A mérito de todo ello, concluimos que estos actos administrativos contractuales son materia también de arbitraje siendo aplicable supletoriamente la regulación contenida en la LPAG.

Por lo anterior, no es de aplicación, a diferencia de lo que sucede en la legislación española y la argentina en materia de obras, bienes y servicios, el principio de reserva de jurisdicción o el de indisponibilidad de los actos de *ius imperium*. Tales principios no son de aplicación en la realidad peruana, al indicar expresamente la ley las materias susceptibles de ser arbitrables y al no existir disposición constitucional en contrario. Además, y como ya indicamos, por medio del principio *pro arbitre*, no existe restricción alguna del principio de tutela jurisdiccional efectiva. Es más, creemos que este se cautela mejor en la vía jurisdiccional arbitral, atendiendo a la especialidad de los árbitros y al proceso célere respecto de la duración de un proceso contencioso administrativo. No obstante —debe decirse también—, hay que recordar que todavía existen problemas por la mala práctica de muchas entidades del Estado de deducir anulaciones de laudo, aun sin que se incurra en las causales legales previstas para ello; y luego, por ser necesario seguirse también ante el incumplimiento de la administración, una acción judicial de ejecución de laudo. Estos asuntos pueden implicar fácilmente una demora adicional de dos años.

3. Regulación de las medidas cautelares. El poder unilateral de la parte pública de elegir arbitrajes de emergencia. Candados diversos y tutela jurisdiccional efectiva

Sabido es que, dado el exceso en el que han incurrido muchos centros de arbitraje distintos de las cámaras de comercio o adscritos a universidades de prestigio respecto del arbitraje de emergencia, y por el cual se han verificado casos de otorgamiento inapropiado de medidas cautelares aun cuando no existiesen en justa medida los presupuestos necesarios para su concesión, o, inclusive, casos donde asume competencia un centro arbitral distinto al consignado en la cláusula arbitral correspondiente y que no tiene previsto en su reglamento el arbitraje de emergencia, por dicha coyuntura, se ha dado paso a una revisión y a una nueva regulación respecto de las medidas cautelares en los arbitrajes del Estado lo que empezó con el Decreto de Urgencia 020-

2020. Cabe analizar si esta regulación resulta acertada o si se ha pasado a la continuación de una posición extrema de favorecimiento al Estado, con prerrogativas públicas desmedidas de tipo procesal, desdibujando el arbitraje y acercándolo al proceso contencioso administrativo.

Podemos inferir, de la revisión *a priori* de la normativa, dos situaciones: (i) las medidas cautelares denominadas "de emergencia", por proceder de árbitros de emergencia, serán posibles, sí y solo sí, la entidad contratante así lo ha dispuesto vía su inclusión en las bases administrativas, estando por tanto libradas a su arbitrio, por lo que constituyen una prerrogativa pública de corte procesal; y (ii) el nuevo régimen para las medidas cautelares antes del proceso arbitral en la vía judicial, o una vez constituido el tribunal arbitral, se ha morigerado la regulación anterior (Decreto de Urgencia 020-2020), cuestión que trataremos más adelante.

Así pues, en el Reglamento de la Ley 32069, se dispone lo siguiente:

> **Artículo 343. Arbitraje de emergencia**
>
> 343.1. Solo procede el arbitraje de emergencia en controversias relacionadas a contratación pública, cuando en el convenio arbitral se señale expresamente y siempre que este arbitraje sea conocido por la misma Institución Arbitral en la que se debe tramitar el arbitraje definitivo [énfasis añadido]. Este tipo de arbitraje debe estar previsto en el reglamento de la institución arbitral correspondiente.
>
> 343.2. No procede el arbitraje de emergencia en los arbitrajes *ad hoc*.
>
> 343.3. La contravención a lo dispuesto en el presente artículo constituye la **nulidad** de pleno derecho de las medidas otorgadas por el árbitro de emergencia (Ministerio de Economía y Finanzas, Decreto Supremo 009-2025-EF, 2025, Artículo 343). (Subrayado agregado)

Que sea el mismo centro que conocerá el arbitraje definitivo, el que administre el arbitraje de emergencia es algo coherente, y pone freno a posiciones muy discutibles de árbitros y centros de arbitraje que han actuado de forma contraria. El asunto medular aquí radica en que solo sea posible el arbitraje de emergencia cuando así lo decida la administración contratante. Esta adecuada interpretación supera la redacción eufemista consistente en que el arbitraje de emergencia será posible "cuando en el convenio arbitral se señale expresamente", como si la cláusula arbitral fuese negociable y no viniera impuesta en las bases o pliegos.

¿Tiene sentido una ventaja procesal material tan grande para el Estado? Ventaja y material, decimos, porque, a los hechos, quienes más utilizan de lejos dicha figura son los contratistas, lo que no significa —aunque, excepcionalmente, podría ser así— un perjuicio para el Estado. A fin de superar esta estructura material de desigualdad de armas en la jurisdicción arbitral, hubiese sido mejor, sincerando las cosas, prohibir de plano los arbitrajes de emergencia.

En cuanto a la regulación exorbitante en las medidas cautelares ante el Poder Judicial antes de que se constituyan los tribunales arbitrales, y también en las medidas que se soliciten ante estos, citamos primero los artículos de la Ley 32069 involucrados en ello:

> **Artículo 85. Reglas generales aplicables a las medidas cautelares**
>
> 85.1. Las medidas cautelares presentadas respecto de los contratos en aplicación de la presente ley, tanto en la vía judicial como en la arbitral, se rigen por las siguientes reglas, según corresponda: […]
>
> c) Previa a su decisión, el juez o el tribunal arbitral, según corresponda, deben evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que de esta se derive contra el interés público.
>
> d) No procede la concesión de una medida cautelar por el juez o el tribunal arbitral sin traslado previo a la contraparte.
>
> e) No proceden las medidas cautelares destinadas a impedir, paralizar o retrasar el inicio o continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, y la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial [énfasis añadido].
>
> 85.2. En todo lo no previsto y, siempre que las referidas medidas cautelares no se opongan a la presente norma, se aplica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, o el Código Procesal Civil, en ese orden de prelación (Congreso de la República, 2024, artículo 85).
>
> **Artículo 86. Contracautela**
>
> 86.1. El contratista que solicite una medida cautelar en la vía judicial o arbitral está obligado a ofrecer una contracautela en favor de la entidad contratante. Procede como contracautela la caución juratoria para contrataciones de hasta 200 UIT, así como para la contratación con micro y pequeñas empresas. En los demás casos, la contracautela es la carta fianza financiera, patrimonial o bancaria, incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, en favor de la entidad contratante, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, de ser el caso. Las demás condiciones se establecen en el reglamento.

> 86.2. El juez o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la contracautela. Constituye causal de nulidad de la medida cautelar en caso se conceda con inobservancia de tales requisitos.
>
> 86.3. En los casos que la medida cautelar se refiera a pretensiones relativas a la validez, resolución o eficacia del contrato, el valor de la contracautela debe reflejar los potenciales daños y no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento [énfasis añadido]. Si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el valor de la contracautela es equivalente al monto de la pretensión referida en la solicitud cautelar (Congreso de la República, 2024, artículo 86).

Nuevamente, estamos ante una medida procesal pro Estado. Al margen de ello, vemos que la ambigüedad que se desprende de la mala redacción se presta a arbitrariedad, no tanto en cuanto a que el juez o el tribunal arbitral evalúe el concepto jurídico "irreversibilidad", debiendo determinarse si la medida es irreversible en cada caso concreto, sino por la previsión de que también se evalúe, como un segundo punto aislado e independiente del primero, "el perjuicio que de esta —la medida cautelar— se derive contra el interés público" (Ley 32069, 2024, artículo 85, numeral 1).

Ahora bien, va de suyo que siempre existirá un perjuicio en una medida cautelar. Esto es inevitable, siendo aquí lo importante si ese perjuicio es soportable en aras del interés del particular que también es atendible, perjuicio probable, que además está cubierto con la contracautela, la misma que idealmente debiera fijar el juez o el árbitro de acuerdo a su criterio. Por tanto, deben conjugarse ambos supuestos, interpretarse en conjunto. La irreversibilidad, justamente, atiende a la afectación del interés público, pero en un grado tal que sea imposible restituir las cosas al estado anterior. Claramente, no estamos en ese supuesto de afectación irreversible cuando, por ejemplo, se solicita la no ejecución de una garantía de fiel cumplimiento o la aplicación de penalidades irregulares, o que estas, ya aplicadas, se reviertan durante la ejecución del contrato. En esos casos, no sería correcto declarar la improcedencia en el entendimiento extremo de pensar de que de una u otra manera, se afectaría mínimamente el interés público.

Pasamos ahora a revisar la prohibición del otorgamiento de medidas cautelares *inaudita altera pars* y la disposición referida a que las medidas cautelares solicitadas serán improcedentes cuando se en-

cuentren destinadas a "impedir, paralizar o retrasar el inicio o continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, y la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial" (Ley 32069, 2024, artículo 85).

Respecto de lo primero, de la lectura se aprecia que es una medida aplicable para ambas partes, aunque podría sustentarse que, por niveles de incidencia respecto de arbitrariedades de la administración, lo cual se refleja en una mayoría de laudos favorables a los contratistas; la prohibición afectaría preponderantemente a estos. Tal prohibición, desde el punto de vista de los contratistas puede carecer de sentido, sabiendo que los árbitros pueden evaluar cada caso y determinar si es necesario no notificar, como se verifica en sede judicial. Así, constituye una medida que devendría en una desventaja más para los contratistas, ello debido a que las decisiones arbitrarias o equivocadas de la administración son, en el mejor de los casos, de difícil irreversibilidad.

En cuanto a lo segundo —esto es, la improcedencia de las cautelares que impidan, paralicen o retrasen el inicio o la continuidad de obras en los sectores de salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, además de la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial—, no acabamos de entender dicha disposición, salvo que se esté previendo alguna situación particular que no vislumbramos. A primera vista, pareciese que se prescinde del hecho de que en los contratos de obra, de manera previa al arbitraje y justamente para evitar suspensiones u obras inconclusas, las controversias son resueltas mediante las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas y solo después de ejecutadas estas decisiones proceden los arbitrajes. Por otro lado, debe advertirse que no podría alegarse que esta disposición sea aplicable para las juntas referidas, ello por la ubicación de la disposición en el texto de la ley y dado que, en materia de *dispute boards* —de las cuales son manifestación las juntas—, la figura análoga se denomina "medida provisional", "remedio temporal", etcétera, atendiendo a la naturaleza contractual de este medio de solución de controversias.

Finalmente, respecto de la regulación sobre la contracautela, debe decirse que se sigue con disposiciones diferenciadas y más gravosas para el contratista, cuestión que no es enervada, aunque se hayan realizado algunas concesiones en relación con la regulación anterior. Nos referimos a que es posible la caución juratoria para contratos de aproximadamente un millón de soles (200 UIT), así como cuando

el contratista es una micro- o pequeña empresa. Para los demás casos, se deberán presentar garantías y establecerse que, si las pretensiones se refieren a la validez, resolución o eficacia del contrato, el valor de la contracautela debe reflejar los potenciales daños y no debe ser menor que la garantía de fiel cumplimiento (el 10 % del contrato). Además, aunque el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 32069 hace la salvedad de que si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento y que en ese caso la contracautela será equivalente al monto de la pretensión, puede considerarse igualmente que subsiste la afectación al derecho constitucional a una tutela jurisdiccional efectiva, al restringirse el acceso a las medidas cautelares dado que el monto también podría resultar exorbitante, sin que se esté solamente a la libre, ponderada y ajustada decisión en derecho de parte del juez o árbitro.

A nuestro entender, se está otorgando a las decisiones mediante las cuales se resuelven contratos o declaran su nulidad, una protección que tiene que ver más con la presunción de legalidad de los actos administrativos en sede administrativa y no se están atendiendo los actos administrativos contractuales que se desenvuelven en un esquema de prerrogativas en la ejecución contractual balanceadas con garantías para el inversor privado, entre las que se encuentra, justamente y de manera resaltada, el arbitraje. Ello ocasiona que casos siempre posibles de vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de parte de la administración contratista, y que deberían ser materia de evaluación en sede judicial o arbitral, se encuentren, en la praxis, en indefensión, al colocarse una valla tan alta como es el 10 % del monto contractual, equivalente a la garantía de fiel cumplimiento. Para el caso de contratos de envergadura, ello significaría una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Queremos dejar constancia que no estamos tratando aquí el tema de cómo muchos árbitros han concedido medidas cautelares vía el ejercicio del control difuso de constitucionalidad al considerarse inconstitucional el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje en cuanto a la modificación realizada por el Decreto de Urgencia 020-2020. Así, han dado un trato desigual a los contratistas respecto de las entidades con relación a la exigencia de una contracautela por el tiempo que dure el arbitraje, cuyo monto es establecido por el árbitro, pero con la precisión de que esta suma no debe ser menor que la garantía de fiel cumplimiento constituida. Como se puede colegir, la afectación de la tutela

jurisdiccional efectiva para los contratistas estriba en que el requisito del monto mínimo de la contracautela no es exigible cuando la medida cautelar resulta a favor de las entidades públicas. Esta cuestión es debatible a pesar de interpretaciones sobre precedentes constitucionales en el sentido de que solo puede existir control difuso sobre laudos[6], y sabiendo también que las resoluciones sobre medidas cautelares se pueden considerar laudos parciales, de acuerdo con el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071.

4. Relación del arbitraje con los *dispute boards*. Inexistencia de jurisdicción *de facto*. Análisis de afectación del derecho a tutela jurisdiccional efectiva respecto de la conformación de las juntas y sus competencias

Empezamos el punto definiendo los *dispute boards*. En palabras de Hernández García, se precisa lo siguiente (2014):

> Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta (p. 27).

Asimismo, Gray Chicchón y Bravo Venegas (2014) indican que los *dispute boards* son un mecanismo de solución de controversias que, a diferencia del arbitraje, se adecúa en función de la naturaleza que acompaña a la ejecución de una obra. De tal modo, constituyen un mecanismo que se adapta a las exigencias naturales de conflictividad y de reclamación durante la etapa constructiva.

---

6 Sentencia 142-2011-PA/TC (Precedente María Julia): "El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo al derecho de alguna de las partes".

De nuestro lado decimos que los dispute boards en los contratos públicos:

> "(…) pueden definirse como un mecanismo de solución de controversias de tipo técnico preponderantemente, implantados desde el *common law* ante la demora y no especialidad de los tribunales judiciales y arbitrales, que no pocas veces han ocasionado atrasos graves, parálisis y hasta postergación de infraestructura imprescindible para la satisfacción de necesidades públicas urgentes. El órgano de asistencia y/o de solución de controversias es altamente especializado, colegiado mayoritariamente, independiente e imparcial, generalmente designado por acuerdo de las partes, a iniciativa de estos o por disponerlo así la ley, presentes generalmente desde el inicio del contrato y hasta su extinción en la etapa que determine la ley, teniendo un rol activo preventivo, pudiendo emitir recomendaciones a iniciativa propia o a pedido de parte, pudiendo también, excepcionalmente, dependiendo del acuerdo entre las partes o de la ley de la materia, adjudicar derechos resolviendo controversias a través de Decisiones. La dinámica de los Dispute Boards, es la de constituir una solución célere para los recurrentes conflictos que se suscitan en los contratos de infraestructura pública a fin de que se entregue la obra en el plazo establecido o en el menor plazo posible, abaratando costos tanto operativos como los correspondientes a una solución jurisdiccional. Se entiende que para que un *dispute board* funcione, debe existir confianza en la idoneidad del órgano colegiado, debiendo sus miembros ser profesionales de sólido prestigio y experiencia, cuyas recomendaciones o decisiones adjudicando derechos, sean valoradas como soluciones adecuadas ante el riesgo del costo y la incertidumbre de un proceso arbitral o judicial" (Linares M., 2025).

Queremos mencionar que los *dispute boards* se han rechazado en Colombia en el entendido que implican jurisdicción *de facto*, ya sea por el principio de reserva de jurisdicción o por disposición constitucional. Existe un laudo emblemático en el que se abordó esta problemática (Covilla, 2022). A raíz de esta visión, solo es posible aplicar los *dispute boards* en Colombia, y también en otros países, cuando vienen insertos en las reglas de contratación de organismos internacionales de cooperación.

Ahora bien, ¿sucede esto en los demás países que tienen *dispute boards* previstos en su normativa nacional? ¿Cómo es entonces, que se ha superado ese impase? En primer lugar, ese problema solo se podría deducir como posible respecto de los *dispute boards* que funcionan con facultades decisorias y no los que se limitan a emitir recomendaciones, ello por obvias razones.

En el Perú, al igual que en Costa Rica, la versión local, signada como "juntas de prevención y resolución de conflictos", sí tiene facultades decisorias respecto de los asuntos de su competencia. Sin embargo, estas decisiones no se establecen en un plano de jurisdicción; ello por cuanto la decisión si bien es ejecutable de inmediato, su incumplimiento no constituye la inmediata habilitación de una ejecución judicial, como sucede con un laudo, sino que tan solo se trata de un incumplimiento contractual que motivará la resolución del contrato. La ejecución judicial podrá darse si y solo si la decisión adquiriere mérito ejecutivo, cuestión que se verifica únicamente cuando la otra parte consiente en ello, cuando no notifica su desacuerdo con lo decidido, o cuando, pudiendo iniciarse el arbitraje, esto no se inicia dentro del plazo de caducidad correspondiente. Debe entenderse que la ejecución material de la decisión no importa jurisdicción, pero implica, sí, la ejecución de una obligación contractual.

Revisemos el articulado pertinente. Primero, lo relativo al carácter obligatorio y de "inmediato cumplimiento" de las decisiones emitidas por las juntas, que dispone la ley.

> **Artículo 79. Competencia de la junta de prevención y resolución de disputas**
>
> […] 79.3. La junta de prevención y resolución de disputas resuelve controversias a través de decisiones. No puede conocer controversias relativas a la validez, nulidad, o eficacia del contrato. Sus decisiones son obligatorias y son de inmediato cumplimiento [énfasis añadido].

Hay referencias también al cumplimiento de las decisiones en los artículos 348, 350 y 353 del Reglamento de la ley en mención.

> **Artículo 353 Decisión vinculante**
>
> […] 353.4. Ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JPRD (Junta de Prevención y Resolución de Disputas)

También el citado artículo, con relación a la ejecutividad de las decisiones, se señala lo siguiente:

> […] 353.5. La decisión de la JPRD adquiere mérito ejecutivo de acuerdo con el artículo 80 de la Ley. Sin perjuicio de ello, las partes están obligadas a cumplir la decisión conforme a lo establecido en los numerales 353.2 y 353.3, aun cuando cualquiera de ellas se reserve el derecho de someterla a arbitraje. Existe responsabilidad funcional o administrativa en la autoridad de la gestión administrativa que rehúse, demore o frustre, por cual-

> quier motivo cumplir con la decisión. Cuando la decisión de la JPRD implique un pago a cargo de la entidad contratante, éste se realiza conforme a la normativa correspondiente.
>
> […] 353.7. El cumplimiento oportuno de la JPRD es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la facultad de resolver el contrato o, demandar la ejecución de la Decisión con base a su mérito ejecutivo, conforme al numeral 80.2 del artículo 80 de la Ley, sea en sede arbitral, o en sede judicial, según corresponda [énfasis añadido].

El referido numeral 80.2 del artículo 80 de la ley en mención, señala:

> Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la junta de prevención y resolución de disputas su desacuerdo total o parcial con la decisión en un plazo de veinte días hábiles computados desde el día de notificación o si habiendo comunicado tal desacuerdo, no se inicia el respectivo arbitraje dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 84 de la presente ley, la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas adquiere mérito ejecutivo [énfasis añadido].

Como se aprecia, si se incumple lo decidido, no estaremos ante una ejecución judicial posible, como sucede con el arbitraje, sino ante un incumplimiento contractual por el cual podrá resolverse el contrato. Si acaso alguna de las partes no estuviese de acuerdo con la decisión, esta será materia de arbitraje, aunque solo con posterioridad a la ejecución de lo decidido. Como se advierte, jurisdicción, estrictamente, no existe. El problema de inconstitucionalidad puede venir por otro camino.

4.1. Revisión en derecho respecto de la "justicia de ingenieros"

Abordado el aspecto jurisdiccional, toca ahora pronunciarnos sobre el problema referido a que la normativa ha otorgado la función de solución de controversias a una "cuasijurisdicción"; o, si se quiere, ha entregado la antesala de la jurisdicción a posibles órganos legos, pues la presencia de un letrado no se requiere de manera obligatoria en su conformación. Igual sucede para el caso de las juntas unipersonales, con el agravante de que esa posibilidad se convierte en certeza, dado que se proscribe materialmente que dicho cargo sea ocupado por abogados.

Ahora bien, lo anterior no supondría el nivel del problema que se presenta si las competencias de las juntas fueran solo de orden téc-

nico y económico, como en la normativa chilena, las cuales, a pesar de ello, cuenta, de manera obligatoria, con la presencia de un abogado. Veamos lo referido a las competencias de las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas en la Ley General de Contrataciones Públicas:

> **Artículo 79. Competencia de la junta de prevención y resolución de disputas**
>
> 79.1. La junta de prevención y resolución de disputas promueve que las partes logren prevenir o resolver eficientemente las controversias [énfasis agregado] surgidas en contratos de suministro y de obras de acuerdo con lo establecido en el reglamento.
>
> 79.2. La junta de prevención y resolución de disputas tiene competencia para las siguientes acciones:
>
> a) Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual o técnico [énfasis agregado].
>
> b) Resolver controversias técnicas y contractuales [énfasis agregado].
>
> c) Otras establecidas en el reglamento.
>
> 79.3. La junta de prevención y resolución de disputas resuelve controversias a través de decisiones. No puede conocer controversias relativas a la validez, nulidad, o eficacia del contrato. Sus decisiones son obligatorias y son de inmediato cumplimiento.

Al igual que con la redacción "controversias en la ejecución" en el caso del arbitraje, las controversias contractuales para las juntas implican omnicomprensión respecto de cualquier controversia, incluidas las jurídicas.

¿Concluimos por lo anterior, que estamos ante un caso claro de incumplimiento de tutela jurisdiccional efectiva por estar las controversias jurídicas en manos de profesionales ajenos al derecho? ¿O ello no se verifica, dado que no estamos, estrictamente, ante un caso de jurisdicción? Recordemos que las falencias jurídicas podrían luego corregirse en sede arbitral, donde se determinará que las Juntas de Ingenieros resolvieron prescindiendo del derecho, no solo en cuanto a cuestiones que se solucionan desde el análisis de atribuciones regladas, sino también en casos donde se debieron utilizar y discernir sobre conceptos jurídicos indeterminados o realizar análisis respecto de decisiones discrecionales, la aplicación correcta del bloque de legalidad, del derecho común de la administración, del derecho

especial y del derecho supletorio, de principios generales del derecho, específicos y sectoriales, de instituciones que deben integrarse conforme a la doctrina, etcétera. Pero ¿acaso no existieron ya daños y, en la praxis, una restricción a la tutela jurisdiccional? El asunto se presenta para una profundización posterior. Colocamos aquí una primera reflexión.

5. Conclusiones

La LGCP, en su formulación actual, presenta importantes limitaciones respecto de instituciones propias del derecho administrativo general y de los contratos públicos, principalmente en lo referido a la fase de ejecución de los contratos y, dentro de ello, a los actos administrativos contractuales y al trato asimétrico, en desventaja para los contratistas en el proceso arbitral. Esta última cuestión se presenta como una respuesta desmesurada a abusos interpretativos realizados por árbitros en centros arbitrales de segundo orden y que se pudieron controlar con regulación y supervisión eficiente.

Las ventajas procesales se presentan como si se tratase de procesos contenciosos administrativos y no de arbitrajes, en los cuales impera la igualdad de armas. Se centran en la atribución exclusiva a la entidad contratante de permitir la incorporación de arbitrajes de emergencia, la existencia de un régimen de contracautela exorbitante que puede llegar hasta el 10 % del monto del contrato y exigido solo a los contratistas, la prohibición de medidas cautelares *inaudita altera pars* y la colocación de un filtro de ambigua definición consistente en la irreversibilidad de la medida y en la afectación del interés público. Cuestión esta última que en algún grado, siempre se puede deducir y, con ella, se afecta el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

La regulación sobre las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas presenta problemas en cuanto se ha entregado la función de solución de controversias a posibles órganos puramente técnicos para resolver, además de controversias técnicas, las de tipo jurídico, ello debido a que se define como de competencia de estos a las controversias contractuales y que no es necesario que en su conformación esté presente un abogado. Sucede para el caso de las juntas unipersonales, que se prevé que sean integradas solo por profesionales ajenos al derecho. Toda esta situación puede constituir una restricción al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

REFERENCIAS

Campos, A. (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje*, (3), 307-328.

Castillo, M. y Vásquez, R. (2006). *El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia* [Biblioteca de Arbitraje, Vol. 1]. Estudio Mario Castillo Freyre; Palestra; Garrigues Cátedra - Universidad de Navarra. https://castillofreyre.com/libros/volumen-1-el-juicio-privado-la-verdadera-reforma-de-la-justicia/

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304

Congreso de la República del Perú. (10 de abril de 2001). Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. *Diario Oficial El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H805476

Congreso de la República del Perú. (27 de junio de 2008). Decreto Legislativo 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje. *Diario oficial El Peruano*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/decretoslegislativos/01071.pdf

Congreso de la República del Perú. (10 de julio de 2014). Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. *Diario oficial El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1105713

Congreso de la República del Perú. (23 de enero de 2020). Decreto de Urgencia 020-2020, que modifica el Decreto Legislativo 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje. *Diario Oficial El Peruano*. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1848882-4

Congreso de la República del Perú. (24 de junio de 2024). Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas. *Diario oficial El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1379381

Cortes Generales. (29 de diciembre de 1978). *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado 311. https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con

Covilla, J. (2022). Conflictos contractuales públicos en manos de expertos técnicos en áreas distintas al derecho. *Dispute board*, arbitra-

je técnico y amigable composición. En A. F. Ospina (Ed.), *Horizontes del contencioso administrativo* [Vol. 1, Tomo 2, pp. 170-197]. Universidad Externado de Colombia. https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.12398

Gray, J. y Bravo Venegas, J. (2014). La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los *dispute boards*. En R. Hernández García (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos* (pp. 33-69). CARC PUCP y Estudio Mario Castillo Freyre.

Guzmán-Barrón, C. A. (2017). *Arbitraje comercial nacional e internacional* (Colección Lo Esencial del Derecho, (6). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://doi.org/10.18800/9786123172589

Hernández, R. (2014). *Dispute boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernández García (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos* (pp. 23-32). CARC PUCP y Estudio Mario Castillo Freyre.

Linares, M. (2025). *Arbitraje y* dispute boards *en los contratos públicos en Iberoamérica. Análisis comparado, derecho administrativo aplicable, acto administrativo contractual*. Libro en publicación.

Ministerio de Economía y Finanzas. (29 de diciembre de 2018). Decreto Supremo 344-2018-EF, decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. *Diario Oficial El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/264496/DS344_2018EF.pdf?v=1546471349

Ministerio de Economía y Finanzas. (21 de enero de 2025). Decreto Supremo 009-2025-EF, decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas. *Diario Oficial El Peruano*. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/SE/2364207-1

Ministerio de Justicia (2018). (18 de mayo de 2018). Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (16 de noviembre de 2022). Opinión 099-2022/DTN.

SECCIÓN VII

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

ARBITRAJE DE INVERSIÓN FRENTE A LAS INMUNIDADES DEL PODER

Bernardo M. Cremades[1]

Resumen

El presente artículo brinda un análisis del arbitraje de inversión como mecanismo que protege las inversiones internacionales. En ese sentido, el autor examina la evolución de dicha protección, la cual en un primer momento se basó en la protección diplomática y, con el tiempo, fue sustituida por los tratados de protección de inversión. Estos tratados regulan el arbitraje internacional como medio de solución de controversias entre el Estado que recibe la inversión y los inversores, ya sean personas jurídicas o naturales, de manera que se previene que los Estados invoquen su inmunidad de jurisdicción para eludir su responsabilidad frente a eventuales perjuicios en las contrataciones con los inversores. Posterior a ello, el autor explica destacados casos de inversiones internacionales, entre ellos, el caso español sobre inversión en energías renovables. Por último, se plantea las críticas y problemáticas actuales por las que atraviesa el arbitraje de inversión.

1 Es socio fundador de la firma B. Cremades y Asociados. Su actividad se centra principalmente en el arbitraje comercial internacional y de protección de inversiones. Ha actuado como abogado de parte, coárbitro y presidente del tribunal arbitral en más de 400 arbitrajes. Su experiencia profesional en el arbitraje abarca procedimientos ante los principales foros de arbitraje internacional del mundo, incluyendo CCI, Ciadi, AAA, CRCICA, CIETAC o LCIA.

La Constitución española de 1978, hoy vigente, no aborda directamente el arbitraje. A diferencia de la Constitución de Cádiz, prefiere el silencio. La Constitución gaditana de 1812 indicaba que "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes" (artículo 280). Ello no obsta para que el Tribunal Constitucional español haya legitimado con reiteración y precisión el procedimiento arbitral de solución de conflictos. Muy especial relevancia ha adquirido la doctrina legal constitucional a partir de la sentencia del Alto Tribunal de 15 de febrero de 2022, seguida posteriormente por reiteradas sentencias de dicho Tribunal y de jueces y tribunales ordinarios. Ha quedado claro que, si el arbitraje se puede considerar como "equivalente jurisdiccional", se debe a que los laudos tienen efecto de cosa juzgada, aunque su origen es contractual, en base al convenio arbitral. Por ello, el enganche con la Constitución es la libertad contractual, la autonomía de la voluntad, que garantiza su artículo 10.

En el engarce constitucional del arbitraje de inversión, hay que acudir al artículo 96 de la Constitución española cuando señala que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". En parecidos términos, se manifiesta la Constitución Política del Perú, "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55).

Los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversión regulan el arbitraje de protección de las inversiones internacionales. Los Estados adquieren unos compromisos frente al inversor extranjero, y la garantía de su cumplimiento radica precisamente en la oferta global que realizan de someterse al arbitraje cuando así lo solicite quien se considere agraviado. Supone una legitimación arbitral del inversor, persona física o jurídica, y una renuncia a toda excepción de inmunidad jurisdiccional por parte del Estado receptor de la inversión. El convenio arbitral se consume por la oferta realizada en el tratado y la aceptación en cada caso del inversor ofendido al iniciar el procedimiento arbitral.

El profesor García de Enterría pronunció, en la Universidad de Barcelona, una conferencia con ocasión de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Su título era bien significativo: "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho

administrativo". De forma clara, el camino era el control judicial de las decisiones y normas administrativas. Indicaba, sin embargo, que:

> los actos producidos en las relaciones internacionales no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona. Las relaciones internacionales las cumple, no la Administración, sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad jurídica desde otro ordenamiento distinto del ordenamiento administrativo, desde el ordenamiento jurídico internacional. Resulta que (sus actos) son residenciables ante otras jurisdicciones con plena normalidad: los actos de relación internacional, desde los órganos jurisdiccionales internacionales.

Ese vacío de las actuaciones del Estado en la esfera internacional que el administrativista no puede asumir tiene como respuesta la protección diplomática en una primera fase y, consolidado el nuevo derecho internacional económico, el arbitraje internacional.

1. La protección diplomática

El derecho internacional del siglo XIX se concentró, sobre todo, en el comercio internacional y el monopolio de las relaciones entre España, sus colonias y terceros países. La protección diplomática surge al amparo de la hipocresía que supone justificar el uso de la fuerza, la llamada *Gun boat diplomacy*. Cuando Benito Juárez decreta la suspensión de pagos de la deuda exterior, se reúnen en Londres y suscriben el tratado del 31 de noviembre de 1861 los representantes diplomáticos de España, Francia y Reino Unido como respuesta a la que entendían como arbitraria y vejatoria decisión mejicana que les legitimaba para acordar "las disposiciones necesarias para enviar a las costas de Méjico fuerzas de mar y tierras combinadas…cuyo total deberá ser suficiente para tomar y ocupar las diferentes fortalezas y posiciones militares del litoral de Méjico". Como es lógico, la reacción no se hizo esperar frente a la violencia, la doctrina Calvo se impone en los países de América Latina.

Posteriormente, la Comisión de Derecho Internacional define a la protección diplomática en los siguientes términos:

> La protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad (artículo 1 del proyecto de 2006).

El proyecto no fue aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas por el recelo de varios Estados, pero hoy se considera su articulado como derecho internacional consuetudinario en materia de protección diplomática.

Tres puntos son clave al respecto: (a) se basa en el ilícito internacional; (b) la legitimación en el derecho internacional es de los Estados soberanos, por eso la iniciativa en la protección diplomática corresponde solo a los Estados; y (c) la administración pública actúa con discrecionalidad en el ejercicio o no de la protección diplomática y en la utilización de los medios que considere oportunos. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto Barcelona Traction en 1970, declaró que:

> un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer, de manera que si las personas físicas o morales en cuyo nombre actúa consideran que sus derechos no están suficientemente protegidos, no tienen recurso de conformidad con el Derecho internacional.

2. Los tratados de protección de inversiones

El derecho internacional debe tener en cuenta la globalización en la que vivimos en la actualidad. La idea kelseniana de conjuntos estatales aislados ha dado paso a un derecho internacional de cooperación entre los Estados. Estos son conscientes de que la realidad económica y social globalizada exige cooperación internacional para la garantía de la libre circulación de personas y capitales. Su salvaguarda no está basada exclusivamente en las facultades soberanas frente a sus súbditos, sino en tratados bilaterales o multilaterales de protección del comercio y de las inversiones. El derecho administrativo doméstico cede el paso al derecho internacional económico, paccionado o consuetudinario si los usos y las costumbres llegaran a adquirir verdadera *opinio juris* vinculante.

Con razón se ha dicho que hablar de contrato administrativo internacional es una intrínseca contradicción. Si es administrativo, la Administración pública disfruta de facultades exhorbitantes; pero, si es internacional, esa misma Administración puede resultar responsable por la violación posible de las garantías concedidas al inversor por un tratado de protección de su inversión.

La protección de las inversiones se realiza en los tratados con base en conceptos jurídicos indeterminados: trato justo y equitativo, trato de nación más favorecida, trato equivalente al de los nacionales

de la recepción de la inversión, compensación adecuada en caso de expropiación, seguridad jurídica.

Los tratados introducen la legitimación de las personas físicas o jurídicas para reclamar frente a Estados soberanos sin que estos puedan excepcionar según su inmunidad de jurisdicción. Dichas personas, privadas, acuden al arbitraje internacional con base en la oferta pública de los Estados realizada en los tratados de protección de inversiones, que puede ser aceptada por el particular perjudicado por actuaciones del Estado receptor de la inversión. De esta forma, se casa la oferta y la demanda del convenio de arbitraje.

El tribunal arbitral valorará las actuaciones del Estado receptor de la inversión y calificará si constituyen un ilícito internacional por ser contrarias a la protección otorgada por el tratado, concretando en cada caso los hechos analizados al concepto jurídico indeterminado alegado por la parte demandante.

La Comisión de Derecho Internacional elaboró también unas normas sobre la responsabilidad del Estado que fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001. No se les ha querido otorgar el rango de tratado internacional, por lo que bien se puede decir que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Comienza su artículo primero diciendo que "todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional". Según el segundo de sus artículos, "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión a) atribuible al Estado según el derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado".

Las privatizaciones de grandes empresas a finales del siglo xx y las correspondientes necesidades de financiación llevaron a que, por seguridad jurídica, las entidades de financiación internacional exigieran a los Estados solicitantes la firma y ratificación de tratados de protección de inversiones. La labor del Banco Mundial (BM) y del Fondo Monetario Internacional (FMI) fue decisiva al respecto, a pesar del recelo que tradicionalmente tenían a tal efecto. La visita a Madrid de Aron Broches, vicepresidente del BM y jefe de su asesoría jurídica, para conseguir que España suscribiera y ratificara la convención de Washington de 1965, incorporándose de esta forma al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (Ciadi), además de hacer lo mismo respecto del Convenio de Nueva York de 1958. Aron

Broches me pidió que organizara una reunión con el que pudiera ser responsable de tal decisión en el Gobierno español. En aquel momento, España estaba muy necesitada de financiación internacional, por lo que fuimos recibidos en el Palacio de Santa Cruz, sede del Ministerio de Asuntos Exteriores. El embajador Aldasoro, responsable de las relaciones internacionales, nos recibió en su despacho con todo tipo de amabilidades y halagos. Cuando iniciamos el objeto de nuestra visita, veíamos que la cara del embajador no manifestaba mucha satisfacción y, al cabo de un rato, se levantó de su silla y nos dijo tajantemente que no podía permitir en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores la felonía de solicitar que España perdiera su soberanía ratificando los tratados en cuestión. La entrevista se finalizó bruscamente y fuimos con rapidez conducidos a la puerta de salida del Ministerio. Al cabo de los meses, España y numerosos países de América Latina entendieron que, cuando un Estado soberano pacta, el tratado no constituye agresión a la soberanía, sino todo lo contrario. Se efectúan concesiones en favor de la seguridad jurídica del tráfico mercantil internacional con base en precisamente a las facultades soberanas que le permiten negociar, firmar y ratificar los tratados en cuestión.

3. Evolución de la jurisprudencia arbitral

Nuestra generación ha sido testigo de la gran evolución y desarrollo que ha tenido el arbitraje de protección de inversiones. Los primeros años del Ciadi fueron escasos en la tramitación de procedimientos arbitrales. Sin embargo, pocos años tardaron en pasar hasta que se consolidara el arbitraje de protección de inversiones, tanto en el marco del organismo del BM como de otras entidades administradoras. A mi juicio, se pueden resaltar tres casos como determinantes de la evolución de la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones:

I. Lanco c. República Argentina (8 de diciembre de 1998, Ciadi, Caso ARB/97/6). Supone la legitimación activa de la empresa accionista de una concesionaria argentina sobre la base del tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina. Igualmente, se consolida la legitimación pasiva de la República Argentina por el principio de atribución, aunque el firmante de la concesión portuaria fuera una entidad local argentina y no el propio Estado signatario del tratado. Se pone en marcha el arbitraje en ausencia de una cláusula expresa y concreta de sometimiento al arbitraje,

pues el convenio arbitral surge de la oferta realizada por el Estado en el tratado y por la aceptación individualizada de la empresa al iniciar el procedimiento de arbitraje. El laudo da validez al procedimiento arbitral, a pesar de que en el contrato de concesión administrativa hubiera una cláusula de elección de foro judicial para las disputas contractuales en los juzgados y tribunales territorialmente competentes en la República Argentina; entiende que la *causa petendi* no es una mera disputa contractual, sino que supone una violación del tratado.

II. Salini c. República Italiana (31 de julio de 2001, Ciadi, Caso ARB/00/4). Marca un hito importante al aceptar las concesiones como inversión protegida por el tratado. Originariamente, los padres de la Convención de Washington pensaron, sin duda, en los conflictos relacionados con recursos naturales (minas, petróleo o gas natural). El laudo Salini abre el concepto de inversión protegida a las concesiones. Así, a partir de ese momento, la gran mayoría de los arbitrajes de protección de inversiones tiene por objeto los conflictos surgidos en torno a concesiones administrativas.

III. Lucheti c. República del Perú (1 de diciembre de 2005, Ciadi, Caso ARB/03/4). Coloca la buena fe como piedra angular en la aceptación del Estado receptor de la inversión al someterse al arbitraje, a la corrupción y al engaño en la forma en que se realizó la inversión como causa excluyente del consentimiento del Estado receptor de la inversión, cierra el paso a la protección arbitral internacional. La corrupción judicial de Montesinos, probada incluso en la pantalla ante el tribunal, que pudo escuchar y ver proyectada la intervención del dirigente peruano, lo cual ocasionó la peor de las corrupciones, como es el caso de una corrupción judicial. Bien es cierto que, para lograr la unanimidad de la decisión del tribunal, se produjo una decisión transaccional en la deliberación, argumentando problemas de la temporalidad de la inversión. Es decir, se motivaba en el laudo la denegación de justicia a la demandante *ratione temporis* para evitar así las posibles implicaciones penales que pudiera tener el hecho que un arbitraje internacional admitiera la corrupción como base de su decisión.

4. La experiencia de las energías renovables

El Reino de España ha tenido el honor de ser, en los últimos años, uno de los clientes más frecuentes en los centros de arbitraje administradores de los arbitrajes de protección de inversión. La razón: el cambio brusco de la regulación de las energías renovables.

Los inversores nacionales, al no estar protegidos por convenios internacionales, acuden a la jurisdicción ordinaria, y el Tribunal Supremo español rechaza sus pretensiones en diferentes sentencias que ven conforme a derecho las medidas adoptadas por el Estado español por exigencias de la coyuntura económica. En algunas de estas sentencias, diferentes magistrados se pronuncian en votos disidentes contrarios a la opinión mayoritaria por entender inaceptable la retroactividad que sirve de base al enjuiciamiento y discrepar, además de la mayoría, en el concepto de rentabilidad razonable de las inversiones. El resultado es que se genera un inexplicable trato desigual del inversor nacional respecto del extranjero amparado por tratado internacional.

Las decisiones de diferentes arbitrajes internacionales sobre la base de dichos tratados discrepan de los criterios utilizados por los tribunales domésticos españoles. Al concretar el concepto jurídico indeterminado de trato justo y equitativo, entienden la mayoría estas decisiones arbitrales que los inversores extranjeros en estas energías renovables no recibieron el trato que les correspondía a lo que estos tribunales consideran legítimas expectativas a las que los inversores tenían derecho. Y por ello, a diferencia de lo decidido por el Tribunal Supremo español, condenan al Reino de España por el acto ilícito que supone la violación del compromiso del tratado y al pago de la correspondiente indemnización.

Al someterse al tratado de protección de inversiones, especialmente a la Carta de la Energía, el Reino de España renuncia a la inmunidad de jurisdicción y acepta, en consecuencia, la jurisdicción arbitral a la que acuden los inversores. Ante la justicia arbitral internacional, no prima la soberanía del Estado receptor de la inversión, como sucedió para los inversores nacionales sin cobertura de tratado internacional para atender a las exigencias de la coyuntura macroeconómica. Los árbitros entienden que, por aplicar el derecho internacional, deben respetar el sacrosanto principio de *pacta sunt servanda*, que interpretan a la luz de los compromisos contraídos por el Reino de España en los contratos firmados con los inversores y en los tratados ratificados a ni-

vel internacional. No sirve de excusa la prohibición de la Comisión Europea del pago de las indemnizaciones por el hecho de que pudieran entenderse como ayudas ilegales con arreglo el derecho comunitario de la competencia.

La experiencia que hemos vivido en materia de energías renovables donde el Reino de España era el Estado receptor de las inversiones sirve igualmente a la inversa, cuando son las inversiones de empresas españolas las que sufren las posibles consecuencias de los Estados receptores de sus inversiones. Entonces, el Reino de España debe proteger a los inversores españoles. Hoy se garantiza la cobertura de los tratados internacionales, pues la protección diplomática ya no sirve por resultar incompatible con la prevista en los tratados ratificados por España.

El arbitraje internacional de protección de inversiones se ha convertido hoy en la mejor y más eficaz arma en la lucha contra las inmunidades del poder público a nivel internacional. Confirma el abandono definitivo de la vieja inmunidad legal (*The king can do not wrong).* El Gobierno que incumple sus compromisos internacionales sabe que deberá indemnizar los daños que ocasione y que el legitimado para reclamar será directamente el perjudicado, sin necesidad de pasar por la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática del Estado de su nacionalidad de origen. Además, es consciente de que las condenas que determinaran los tribunales arbitrales serán ejecutadas ante la indudable relajación que están señalando numerosos tribunales estatales a las excepciones de inmunidad de ejecución sobre activos que pudiera encontrarse del Estado infractor y que no sean directamente pertenecientes a su estricta actividad soberana.

5. El arbitraje de inversión en la encrucijada

Desde hace una década, el arbitraje de protección de inversiones se ha situado en el fuego cruzado de las críticas por entender que los tratados de protección de inversión pudieran ser considerados como manifestación fuera del tiempo de un colonialismo de épocas pasadas. Cuando se mezcla el derecho y la seguridad jurídica con la política ya se sabe que los medios de opinión pública no estarán a favor de los inversores y en contra de los Estados receptores de las inversiones. Al hecho de que los Estados no se someten con alegría a las demandas de terceros, se une la politización en el diálogo norte-sur o este-oes-

te. Nadie duda de la eficacia en la utilización de los medios de opinión pública de ciertas corrientes e ideologías políticas. Creo que no es correcto meter al arbitraje como técnica de solución de conflictos en una politización en la que nada tiene que ganar. Recientemente, Alexis Mourre decía que el arbitraje de protección de inversiones ha perdido la batalla en la opinión pública. Creo que no es ahí donde debe darla, sino en la correcta administración del *suum cuique tribuere*.

Sin duda, el arbitraje, tanto de protección de inversiones como el comercial, ha hecho fortuna y, actualmente, se puede decir que un contrato internacional que no esté sometido a un posible arbitraje para la solución de los conflictos es un contrato defectuoso. Sin embargo, con el paso de los años, los que protagonizamos el mundo del arbitraje somos conscientes de la necesidad de ciertas reformas.

Los Estados tienen mucho que decir, ya que ellos controlan la negociación de los tratados, son los accionistas del BM, protagonizan el PCA y conducen las decisiones del principal *think-tank* del arbitraje internacional que es Uncitral. Son los Estados los que deben, sin lugar a dudas, deben tener el protagonismo en las reformas que el procedimiento arbitral necesita. Ello no quiere decir que suponga darle la razón a Toby Landau en la tesis que ha mantenido en la Alexander Lecture de este año en el Chartered Institute of Arbitrators. Se queja de que el arbitraje de protección de inversiones surgió, a su juicio, originariamente para despolitizar los conflictos que subyacen a estos procedimientos de solución de disputas. Sin embargo, hoy habría que "repolitizar" la actuación de los árbitros; a su juicio, los procedimientos se resuelven lejos de la realidad ambiental. Es muy importante que los árbitros conozcan el marco en el que tienen lugar los conflictos, pero eso no significa "repolitizar"; implica replantear su regulación y forma de proceder. Sin duda, la politización es el mayor de los enemigos de la institución.

Las estadísticas que publican anualmente los centros administradores del arbitraje son el mejor argumento del éxito y del buen funcionamiento de esta técnica de solución de conflictos internacionales. Por ello, no se entiende bien hacia dónde se quiere dirigir la Comisión Europea, siguiendo en buena medida las discusiones en el seno de Uncitral, cuando pretende suprimir el arbitraje estableciendo tribunales permanentes para la decisión de los conflictos que, en la actualidad, se solucionan acertadamente por vía arbitral. Es lógico que los funcionarios de Bruselas quieran tribunales para así aumentar la plantilla de

los funcionarios cuya vida es tan codiciada por algunos profesionales. El problema radica en que difícilmente conseguirán la confianza de las partes, tanto de los inversores como de los Estados, que hoy gozan los tribunales de arbitraje. La sabiduría popular nos recuerda con frecuencia que, cuando una institución funciona bien, es mejor no cuestionar su existencia, aunque sí tratar de mejorarla.

Los árbitros somos los primeros interesados en una mayor precisión de los tratados y, en concreto, del concepto jurídico indeterminado como trato justo y equitativo. No nos gusta a los árbitros la excesiva discrecionalidad y, por eso, vemos con satisfacción las precisiones que se efectúan en los tratados de la última generación. Tampoco se entiende bien la asimetría de los tratados, de cuya lectura surge que pueda demandarse al Estado receptor de la inversión y no éste al inversor infractor de la legislación local. Algunos tratados ya admiten demandas reconvencionales frente al inversor como es el caso del tratado de Emiratos Árabes Unidos con Argentina o el Tratado Multilateral de Promoción, Protección y Garantía de inversiones de la Organización de la Conferencia de los Estados Islámicos. Algunos laudos han permitido demandas reconvencionales, como es el caso de Urbaser c. Argentina o el de Hesham T. M. Al Warraq c. Indonesia. Hay casos en los que aparece clara la demanda reconvencional como es el supuesto de algunos inversores infractores de la legislación medioambiental y que causaron daños a la población y al territorio del Estado receptor de la inversión. Igualmente, parece necesaria una mayor transparencia en los procedimientos arbitrales. Se debería fomentar la participación de Estados no signatarios del tratado en cuestión o de terceros actuando a modo de *amicus curiae*. Además, la Convención de Mauricio sobre Transparencia debería tener mayor utilización en la práctica y, por supuesto, tratándose de Estados soberanos, se debe fomentar la publicidad de las actuaciones y de los acuerdos arbitrales.

La crítica al arbitraje de protección de inversiones ha llevado a algunos a cuestionar su futuro, aunque la virulencia con la que se planteó hace una década este tema hoy ha amainado. Sin embargo, ha dado lugar a una acertada iniciativa conjunta del Instituto de la Cámara de Comercio Internacional y Unidroit de redactar un modelo tipo de contrato de inversión que pudiera ser utilizado por los inversores a la hora de decidir su inversión. El contrato de inversión sería negociado entre la empresa inversora y el Estado receptor de la inversión para, en consecuencia, modular artesanalmente la solución de los conflictos

por vía arbitral que pudieran surgir en el futuro. Este modelo de contrato servirá para la concreta negociación entre la empresa inversora y el Estado receptor de la inversión en cada caso concreto y dependerá, en buena medida, del poder negociador que tengan ambas partes al realizar la inversión en cuestión.

No se puede olvidar, para concluir, el derecho al acceso a la justicia arbitral internacional que puede estar impedido por razones económicas. Es bien sabido que litigar contra un Estado soberano es complicado y necesariamente costoso. Por ello, la financiación de terceros surge como garantía del derecho de defensa; pero, como es lógico, como todo derecho, tiene sus límites y en este tema debe jugar un papel muy importante la prohibición del abuso del derecho.

REFERENCIAS

García, E. (1983) *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cuadernos Civitas, 3 ed. Editorial Aranzadi.

Mourre, A. (s.f.) Have we been fighting the ISDS fight the right way? *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2023-4, 767 y ss.

EL ESTÁNDAR DE PLENA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD: UNA MIRADA RESPECTO DE AMÉRICA LATINA

Joe Tirado[1]
Cristóbal Sarralde[2]

Resumen

Este trabajo brinda un desarrollo del Estándar de Plena Protección y Seguridad (EPPS) como un mecanismo para la protección de la inversión extranjera, el cual forma parte de los Tratados de Libre Comercio (TLC). Según este estándar, los Estados tienen la obligación de implementar las medidas para resguardar la inversión extranjera lo que implica que deben prevenir cualquier situación que las ponga en riesgo y abstenerse de realizar actividades riesgosas. Los autores explican que las controversias en torno a esta temática son resueltas mediante el arbitraje internacional a través de dos criterios: la EPPS se aplica independientemente de la nomenclatura y la responsabilidad de los Estados no es objetiva, sino que se debe evaluar si han sido diligentes en la protección de las inversiones. Asimismo, estudian algunos casos emblemáticos y los cuestionamientos en torno a la extensión de la protección de las inversiones del aspecto material al aspecto de la certeza jurídica.

1 Joe Tirado es socio de la oficina de Londres y codirector de arbitraje internacional y ADR (Garrigues).

2 Cristóbal Sarralde es asociado principal de la oficina de Santiago de Chile (Garrigues).

Durante los últimos años, hemos visto cómo varios países de América Latina han sufrido una crisis social, política y económica, acrecentada con la aparición de la pandemia de la COVID-19. Esta crisis, en algunos casos, ha desembocado en actos de violencia que han puesto en peligro o, directamente, han dañado infraestructura relevante; y, en otros, ha llevado a los gobiernos a promover cambios políticos y jurídicos que han generado incertidumbre en los mercados y, especialmente, en los inversionistas extranjeros, quienes han visto con preocupación la posibilidad de que sus inversiones se vean afectadas tanto material como jurídicamente.

Un ejemplo de una posible afectación física de las inversiones fue el paro nacional de Colombia de 2021. En este se experimentaron hechos violentos producto de un malestar social que culminó con importantes daños en infraestructura de propiedad pública y privada, especialmente en buses y estaciones de transporte público, los cuales continuaron en parte del año 2022 y se incrementaron notablemente el año 2023.

En un sentido similar, durante el año 2021 en Perú, se paralizaron actividades en la minería a causa de protestas de gremios y sindicatos de trabajadores. En ambas situaciones, en las que se evidenció un grave peligro en la afectación material de las inversiones. En diciembre de 2022, en este país se produjo una enorme crisis política, luego de la destitución y detención del expresidente, Pedro Castillo, que ocasionó que se decretara un estado de emergencia, acompañado de una nueva escalada de violencia, con especial intensidad en ciertas provincias peruanas que han puesto en peligro infraestructura clave. Por ello, las Fuerzas Armadas peruanas han tenido que ejercer acciones para disponer la inmediata protección de aeropuertos, centrales hidroeléctricas y otros lugares similares, lo cual continuó durante gran parte de 2023.

Ejemplos de una posible afectación jurídica de las inversiones fueron las situaciones de México y Chile de hace algunos años, donde —como consecuencia de un malestar social y, en muchos casos, también de hechos de violencia— se abordó la necesidad de modificar sus respectivas constituciones políticas y, en general, sus ordenamientos jurídicos en relación con diversas actividades productivas.

En el caso de México, durante los años 2021 y 2022, se aprobaron una serie de reformas constitucionales, así como numerosas reformas

legales, impulsadas por el presidente de la República, para modificar, entre otras cosas, la industria de la energía y, en particular, la eléctrica, con todos los efectos que ello traía aparejado respecto de las inversiones extranjeras.

Por su parte, a pesar del rechazo mayoritario de la propuesta de nueva Constitución que fue votada en un plebiscito en Chile en setiembre de 2022, acto seguido se entró en un nuevo proceso constituyente. Esto, en diciembre de 2022, impulsó un acuerdo político para iniciarlo y que culminó también, en diciembre de 2023, con el rechazo de un nuevo texto constitucional. Sin embargo, es una cuestión que se mantiene pendiente, aunque, esta vez, sin tiempos ni fórmulas claras de cómo se llevaría a cabo. Lo anterior, sin perjuicio de que, en Chile, ya se han generado conflictos relativos a inversiones por modificaciones constitucionales y/o legales que ocurrieron en los tiempos de la pandemia de la COVID-19, como ha sucedido con las rentas vitalicias, en donde se obligó a las compañías de seguros a adelantar pagos de dichas rentas a las personas beneficiarias, a pesar de que esos fondos formaban parte de las compañías.

Frente a este tipo de situaciones, así como muchas otras que están teniendo lugar en la región, el estándar de plena protección y seguridad (EPPS) en el marco de las inversiones, contenido en la mayoría de los tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI o BIT), cobra la mayor relevancia y se transforma en un estándar clave.

1. ¿Qué es la Plena Protección y Seguridad?

Se ha entendido unánimemente que el EPPS corresponde a un estándar absoluto[3], que obliga al Estado anfitrión a tomar todas las medidas necesarias para proteger la seguridad de las inversiones de sus inversionistas extranjeros.

Esta protección no solo se relaciona con actos o conductas que puedan resultar de las acciones de los órganos estatales, sino que también con acciones que pueden perpetrar privados; lo que permite que el EPPS sea también invocado en situaciones que escapan del actuar directo de los Estados, como las que se han vivido en América Latina,

3 Que no depende de la forma de trato a otras inversiones o inversionistas por parte del Estado respectivo (Lorz, 2015, como se citó en Miljenić, 2019).

y que comprenden situaciones de violencia y daños en inversiones que son consecuencia de disturbios civiles.

En este sentido, se ha señalado que el EPPS impone una doble obligación a los Estados. Por una parte, los obliga a participar activamente en prevenir y remediar las situaciones que pudieran poner en peligro las inversiones extranjeras, así como en penalizar al autor de tales infracciones; y, por otra, obliga a los Estados a abstenerse de cualquier actividad que directa o indirectamente, con o sin su aprobación, pudiera vulnerar tales inversiones (Sicard-Mirabal y Derains, 2018).

En relación con el EPPS, existen dos cuestiones que se encuentran bastante zanjadas.

La primera es que debe ser aplicado independientemente de la nomenclatura que se utilice en el respectivo tratado para nombrar la plena protección y seguridad. La segunda es que el EPPS exige únicamente que el Estado respectivo se conduzca con la diligencia debida, de forma que no se trata de un estándar de responsabilidad estricta.

En cuanto al primer punto, la jurisprudencia arbitral ha señalado que, si bien en los TLC y/o BIT que incluyen este estándar se utilizan diversas formulaciones, como aquellas que se refieren a protección y seguridad "total", otros a "plena y completa", "(más) constante" o "continua", dichas diferencias no resultan relevantes en la aplicación que debe darse a este principio (Alexandrov, 2015, p. 319).

Ejemplo de lo anterior es Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania (Icsid [por sus siglas en inglés International Centre for Settlement of Investment Disputes] Caso ARB/05/8), en el cual el respectivo tratado solo contenía el término *protección*, sin mayores calificativos. En su laudo dictado el 11 de setiembre de 2008, el tribunal arbitral señaló que, independientemente de lo anterior, "[…] ha sido generalmente aceptado que las variaciones lingüísticas no tienen mayor efecto en el nivel de protección que el Estado anfitrión debe proveer" (Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania, Caso ARB/05/8, 2018, párr. 354).

En cuanto al segundo punto, la opinión jurisprudencial y doctrinal uniforme ha establecido que el análisis que debe efectuarse ante un caso concreto es si el Estado actuó o no con la "debida diligencia" para prevenir el daño, en orden a cumplir plenamente con sus obligacio-

nes de protección y seguridad, con lo cual se ha desechado que pueda exigirse a estos una responsabilidad objetiva o estricta (Alexandrov, 2015).

A este respecto, el caso emblemático es aquel que por primera vez trató este estándar en el Ciadi, a saber, Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka (AAPL vs. Sri Lanka, Ciadi, Caso ARB/87/3), cuyo laudo fue dictado el 27 de junio de 1990.

El reclamo en AAPL vs. Sri Lanka se relacionaba con la inversión de AAPL, un productor de camarones de Sri Lanka cuya granja fue destruida por las fuerzas de seguridad del Estado de Sri Lanka, con una pérdida que habría ascendido a ocho millones de dólares. La destrucción de su inversión se habría producido cuando las fuerzas mencionadas se encontraban realizando una acción militar contra los rebeldes locales, fundada en que tales rebeldes habrían estado operando en la granja.

La discusión jurídica se refirió a cuál era el nivel de responsabilidad exigible al Estado, en donde AAPL sostenía que, bajo la plena protección y seguridad, el Estado tenía responsabilidad estricta, para lo cual solo bastaba con que se hubiera acreditado el daño. En cambio, Sri Lanka argumentó que el EPPS requería la debida diligencia de los Estados y una justificación razonable frente a la destrucción de propiedad.

Al efecto, el tribunal arbitral determinó que el EPPS no equivalía a un estándar de responsabilidad objetiva, sino que requería únicamente la debida diligencia por parte del Estado, de forma que la pregunta clave era si el Estado tenía la posibilidad de impedir la destrucción de la granja camaronera. El tribunal dictaminó que, "por tanto, la adjudicación de la responsabilidad del Estado debe realizarse determinando si las fuerzas gubernamentales eran capaces, bajo las circunstancias prevalecientes, de proporcionar una protección adecuada que hubiera podido evitar las destrucciones que tuvieron lugar, total o parcialmente"[4].

4 "Hence, the adjudication of the State' responsibility has to be undertaken by determining whether the governmental forces were capable, under the prevailing circumstances, to provide adequate protection that could have prevented the destructions taking place totally or partially" (AAPL vs. Sri Lanka, caso ARB/87/3, 1990, 85[d]).

En ese sentido, y de un análisis de las alegaciones y de la evidencia presentada, el tribunal estableció que las fuerzas del Gobierno deberían haber tomado medidas adicionales para proteger la integridad física de la inversión de AAPL y que su incumplimiento generó la responsabilidad del Estado. Al respecto, el tribunal declaró lo siguiente:

> A la luz de dicha prueba incontrarrestable, el Tribunal es de la opinión que al Gobierno razonablemente debió haber al menos tratado de usar tales canales pacíficos de comunicación de alto nivel que estaban disponibles, en orden a conseguir que cualquier elemento sospechoso fuese excluido del staff de la granja. Esto habría sido esencial para minimizar los riesgos de muertes y destrucción al planificar tomar una vasta operación militar en contra de la insurgencia, en esa área, para recobrar el control perdido en ella.
>
> El Tribunal nota a este respecto que la falla en acudir a tales medidas cautelares adquiere mayor significancia cuando se toma en consideración que tales medidas caen dentro del ejercicio normal de los inherentes poderes gubernamentales -como una autoridad pública- facultada para ordenar la expulsión de personas indeseables de áreas sensibles para la seguridad. Esta falla llega a ser particularmente seria cuando el más alto oficial de la Compañía confirmó que sólo diez días antes había tenido la voluntad de cumplir con cualquier requerimiento gubernamental a este respecto[5].

En virtud de lo anterior, el laudo estableció que

> […] el Tribunal considera que el Demandado a través de dicha inacción y omisión violó su obligación de diligencia debida que requería tomar todas las medidas posibles que pudieran ser razonablemente esperables para evitar la eventual ocurrencia de muertes y destrucción de la propiedad[6].

---

5 "In the light of said uncontested evidence, the Tribunal is of the opinion that reasonably the Government should have at least tried to use such peaceful available high level channel of communication in order to get any suspect elements excluded from the farm's staff: This would have been essential to minimize the risks of killings and destruction when planning to undertake a vast military counterinsurgency operation in that area for regaining lost control.

The Tribunal notes in this respect that the failure to resort to such precautionary measures acquires more significance when taking into consideration that such measures fall within the normal exercise of governmental inherent powers-as a public authority -entitled to order undesirable persons out hm security sensitive areas. The failure became particularly serious when the highest executive officer of the Company reconfirmed just ten days before his willingness to comply with any governmental requests in this respect" (AAPL vs. Sri Lanka, caso ARB/87/3, 1990, 85[b]).

6 "Accordingly, the Tribunal considers that the Respondent through said inaction and omission violated its due diligence obligation which requires undertaking all possible

En consecuencia, es posible señalar que cualquier TLC y/o TBI que se refiere a la plena protección y seguridad deberá aplicarse de la misma forma, sin importar la nomenclatura específicamente utilizada en este instrumento; y que, al respecto, se requerirá que el Estado correspondiente se conduzca con la debida diligencia para proteger las inversiones extranjeras.

Sin embargo, se mantiene la controversia en relación con si la referida protección se refiere únicamente a la integridad física de las inversiones o si es más amplia.

2. El ámbito de aplicación de la plena protección y seguridad se mantiene controversial

El enfoque tradicional de interpretación del EPPS limitaba la aplicación de la plena protección y seguridad solo al daño físico de las inversiones.

Esta visión probablemente se fue asentando debido a que los primeros y más emblemáticos casos del EPPS se relacionaban únicamente con la integridad física de las inversiones. Así, por ejemplo, en AAPL, el enfoque se refería a la destrucción física de la granja de camarones. Lo mismo ocurrió en American Manufacturing & Trading, Inc. vs. Republic of Zaire (Icsid, Caso ARB/93/1) (en adelante AMT), cuyo laudo dictado en 1997 se refería a la destrucción de la propiedad e instalaciones de la sociedad Sinza, de propiedad de AMT.

Sin embargo, con el paso de los años, se fue desarrollando una visión más moderna y amplia de la plena protección y seguridad que extiende su aplicación, inclusive, a la protección de la certeza jurídica respecto de las inversiones extranjeras (Alexandrov, 2015).

Así, ya en el año 2001, se dictó un primer laudo que establecía que la aplicación del EPPS debía extenderse más allá de los daños físicos. En el caso seguido bajo el procedimiento de la Uncitral, a saber, CME Czech Republic B. V. vs. Czech Republic (en adelante CME), en un laudo parcial, el tribunal arbitral determinó lo siguiente:

---

measures that could be reasonably expected to prevent the eventual occurrence of killings and property destructions" (AAPL vs. Sri Lanka, Caso ARB/87/3, 1990, 85[b]).

> Las acciones del Consejo de Medios en el año 1996 y sus acciones e inacciones en 1999 tuvieron como objetivo renovar la seguridad y protección legal de las inversiones del Demandante en la República Checa. La (posible) motivación del Consejo de Medios para recobrar el control de la operación de las transmisiones después de la Ley de Medios que había sido modificada para el 1 de enero de 1996 es irrelevante. El Estado anfitrión está obligado a asegurar que no se renuncie ni devalúe el estándar de Plena Protección y Seguridad de las inversiones del inversionista extranjero ni por la modificación de sus leyes no por acciones de sus órganos administrativos. Éste no es el caso. El Demandado está en incumplimiento de esta obligación (613)[7].

Cuando ya se esperaba que la tendencia evidenciada fuese la que prevalecería, cinco años más tarde, tuvo lugar uno de los primeros casos en que existió una discusión jurídica entre las partes en torno a cuál era el ámbito de protección del EPPS, lo que se dio en el arbitraje ante la Permanent Court of Justice (PCA), en el caso Saluka Invs. BV vs. Czech Repub (Uncitral), cuyo laudo dictado el 17 de marzo de 2006 estableció que:

> la cláusula de Plena Protección y Seguridad no tiene por objetivo cubrir cualquier tipo de deterioro de la inversión de un inversionista, sino que su objetivo es proteger más específicamente la integridad física de una inversión en contra de la interferencia del uso de la fuerza[8].

Ahora bien, en ese mismo año, y dando un nuevo giro jurisprudencial, pero esta vez en un caso Ciadi, en Azurix Corp. vs. la República Argentina (en adelante Azurix, Ciadi, Caso ARB/01/12), por primera vez se establecía por un tribunal arbitral la idea de que el EPPS no se limitaba únicamente a velar por la integridad física de las inversiones extranjeras.

En el laudo dictado el año 2006, el tribunal sostuvo, en términos generales, que el estándar del EPPS también involucraba la seguridad y certeza jurídica.

Azurix, empresa estadounidense adjudicataria de una concesión de treinta años para distribuir agua potable y brindar tratamiento de aguas servidas en Buenos Aires, alegó que, en los años posteriores a

---

7 CME, 613.

8 "the 'full security and protection' clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor's investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force" (484).

la licitación, la provincia tomó medidas que perjudicaron su inversión que fueron desde la interferencia con el régimen tarifario, el incumplimiento de las reparaciones de la infraestructura requerida para prestar el servicio, provocando un brote de algas, hasta el incentivo a los clientes para no pagar sus facturas por el servicio prestado por Azurix y la rescisión de la concesión sobre la base de una supuesta falta de prestación de servicios, luego de que la filial de Azurix en Argentina fuera obligada a declararse en quiebra (Alexandrov, 2015).

En su laudo, el Tribunal de Azurix declaró claramente que la plena protección y seguridad puede ser infringida aun cuando no se produzcan daños o violencia física. Al efecto, afirmó:

> Si bien los casos de APPL y AMT se refieren a la seguridad física, hay otros en los cuales los tribunales consideraron que no se había cumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas porque la inversión había recibido un trato injusto e inicuo (Occidental vs. Ecuador) o, inversamente, sostuvieron que se había incumplido la obligación de dispensar un tratamiento justo y equitativo porque no se habían otorgado protección y seguridad plenas (Wena Hotels vs. Egypt). La interrelación de los dos estándares indica que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aún cuando no se produzcan violencia física o daños materiales, como ocurrió en el caso de Occidental v. Ecuador (Azurix, 406).

Y, luego, confirmó esta posición señalando:

> El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas. Los casos arriba referidos muestran que se entendió que el concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos "protección y seguridad" vienen calificados por "plenas" sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI (Azurix, 408).

En virtud de este caso, varios tribunales adoptaron posteriormente el razonamiento en Azurix vs. Argentina, al sostener que el EPPS se extiende a la protección contra daños no solo físicos, sino también referidos a la falta de estabilidad jurídica.

Un año después de Azurix, en el año 2007, el Tribunal de Vivendi II (Caso Ciadi ARB/97/3) también llegó a una conclusión general de que la protección y la seguridad plenas van más allá de la protección física cuando afirmó:

> Por lo tanto, la protección y plena seguridad (o protección y seguridad plenas) puede aplicarse con un alcance más amplio que la seguridad física de un inversor o sus bienes, puesto que cualquiera de ellos podría verse sujeto a un acoso, sin sufrir un daño físico o ser secuestrado (Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SAC vs. República Argentina, laudo del 20 de agosto de 2017, numeral 7.4.17).

El año siguiente, dos años después de Azurix, el Tribunal en Biwater vs. Tanzania (Caso Ciadi ARB/05/22), en su laudo del 24 de julio de 2008, también confirmó esta visión más moderna del EPPS y, al efecto, específicamente señaló que:

> adhirió a Azurix que sostiene que cuando los términos 'protección' y 'seguridad' se califican como 'plena', el contenido de la norma puede extenderse a otros asuntos además de la seguridad física. Implica la garantía de un Estado de estabilidad en un entorno seguro, tanto físico como comercial y jurídico. En opinión del Tribunal, sería indebidamente artificial confinar la noción de "garantía total" solo a un aspecto de la garantía, particularmente a la luz del uso de este término en un TBI, dirigido a la protección de inversiones comerciales y financieras[9].

Si bien en algún momento se pudo haber pensado en una evolución de la jurisprudencia en torno a ampliar el ámbito de aplicación de la plena protección y seguridad, han continuado apareciendo laudos que vuelven al enfoque más tradicional, de modo que aún no es posible establecer cuál es la tendencia que prevalece.

---

9 "[A]dheres to the Azurix holding that when the terms 'protection' and 'security' are qualified by 'full', the content of the standard may extend to matters other than physical security. It implies a State's guarantee of stability in a secure environment, both physical, commercial and legal. It would in the Arbitral Tribunal's view be unduly artificial to confine the notion of 'full security' only to one aspect of security, particularly in light of the use of this term in a BIT, directed at the protection of commercial and financial investments" (729).

Así, dos años después de Azurix y pocos días después de Biwater, el 29 de julio de 2008, se dictó un laudo por un Tribunal Arbitral Ciadi, en el caso Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS vs. Republic of Kazakhstan (Caso Icsid ARB/05/16), el cual concluyó lo siguiente:

> El Tribunal Arbitral está de acuerdo con el Demandado en cuanto el estándar de Plena Protección y Seguridad, en el Artículo II(2) del TBI entre UK-Kazakhstan debe ser interpretado de acuerdo con las reglas aceptadas de interpretación de los tratados. Éste obliga al Estado a proveer de un cierto nivel de protección respecto de daños físicos a las inversiones extranjeras[10].

Más adelante, nuevamente, la balanza jurisprudencial pareció inclinarse a la visión amplia de la aplicación de la plena protección y seguridad.

El Tribunal de Frontier Petroleum (caso Uncitral, por sus siglas en inglés United Nations Commission on International Trade Law), en su laudo del 24 de noviembre de 2010, que también citó el laudo Azurix vs. Argentina, llegó a una conclusión similar. Aclaró que la seguridad jurídica significa tanto un marco legal estable para la inversión extranjera como medios efectivos de reparación en caso de que se perjudique una inversión. Al efecto, sostuvo lo siguiente: "aparentemente, el deber de protección y seguridad se extiende a proporcionar un marco legal que ofrezca protección legal a los inversionistas, incluidas disposiciones sustantivas para proteger las inversiones y los procedimientos apropiados que permitan a los inversionistas reivindicar sus derechos".

Y, en ese mismo sentido, en el laudo del 26 de febrero de 2014, dictado en el caso Ciadi, Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú, el tribunal arbitral señaló:

> El Tribunal está completamente de acuerdo con la descripción efectuada por el Demandante en cuanto a que el estándar de Plena Protección y Seguridad, que partió haciendo referencia sólo a la mera seguridad física ha evolucionado para incluir, de manera más general, los derechos de los inversionistas (406).

---

10 "The Arbitral Tribunal agrees with Respondent that the full protection and security standard in Article II(2) of the UK-Kazakhstan BIT must be construed in accordance with the accepted rules of treaty interpretation. It obliges the State to provide a certain level of protection to foreign investment from physical damage" (668).

Sin embargo, han continuado apareciendo casos más recientes que han confirmado la visión más tradicional del EPPS.

Un claro ejemplo de ello es la causa Crystallex vs. Venezuela (Caso Icsid ARB(AF)/11/2), donde el tribunal arbitral, en un laudo del año 2016, confirmó la aplicación del EPPS solo referido a los daños físicos de las inversiones y, en consideración a lo anterior, rechazó la demanda en razón de que no se alegaban daños físicos en las inversiones. En su análisis, estableció lo siguiente:

> El Tribunal opina que el estándar de "protección y seguridad completas" es una estándar en virtud de los tratados independiente cuyo contenido no ha de equipararse con el estándar mínimo de trato. Sin embargo, el Tribunal considera que dicho estándar en virtud de los tratados se extiende sólo al deber del Estado receptor de otorgar protección y seguridad físicas. Dicha interpretación se ajusta mejor al sentido corriente de los términos "protección" y "seguridad" (632).
>
> Asimismo, esta interpretación recibe el sustento de una línea de casos que involucran la misma frase o una frase similar. A modo de ejemplo, el tribunal en Saluka destacó que "[l]a práctica de los tribunales de arbitraje parece indicar [...] que la cláusula de 'protección y seguridad completas' no está destinada a comprender cualquier tipo de menoscabo de la inversión de un inversionista, sino a proteger más específicamente la integridad física de una inversión de la interferencia mediante el uso de la fuerza". Y el tribunal en Rumeli sostuvo que este estándar de trato "obliga al Estado a ofrecerle a la inversión extranjera cierto grado de protección del daño físico". Otras decisiones arbitrales tienen el mismo efecto o un efecto similar. El Tribunal coincide con esta línea de casos" (633).

Ahora bien, en este laudo, el tribunal arbitral reconociendo la tendencia más moderna procedió a hacerse cargo de esta, para finalmente desecharla, en virtud de que tal interpretación provocaría una superposición del EPPS con otros principios incluidos en los TLC y/o TBI. Lo anterior en los siguientes términos:

> El Tribunal tiene en cuenta que otros tribunales de inversión han interpretado el estándar de "protección y seguridad completas" en forma más amplia, de forma que cubra la seguridad jurídica y la protección de un marco jurídico estable. Tal como se destacara supra, el Tribunal opina que la interpretación más "tradicional" se ajusta mejor al sentido corriente de los términos. Además, tal como observaran correctamente una serie de decisiones anteriores, una lectura más amplia del estándar de "protección y seguridad completas" redundaría en una superposición con otros están-

> dares en virtud de los tratados, a saber, el TJE [Trato Justo y Equitativo], lo que, según el Tribunal, no se correspondería con el principio de interpretación de "effet utile". Por lo tanto, el Tribunal no está convencido de que debiera apartarse de una interpretación del estándar de "protección y seguridad completas" limitado a la seguridad física (Crystallex vs. Venezuela, Caso ARB(AF)/11/2, 2016, 634).

Como es posible apreciar de todo lo expuesto, la referencia a la interpretación más restringida o más amplia del EPPS, es algo en donde los Tribunales Arbitrales no se han puesto de acuerdo, de modo que resulta necesario seguir revisando.

Conclusiones

En suma, los tribunales arbitrales han mantenido el criterio de que, por una parte, independiente de cómo se formule la plena protección y seguridad en los tratados en los que está contenida, el EPPS debe aplicarse completamente; y, por la otra, que la responsabilidad de los Estados no es estricta, sino que debe evaluarse si han cumplido con la diligencia debida para proteger las inversiones.

Sin embargo, en lo que respecta al contenido de este principio, los tribunales arbitrales han ido pasando de una protección y seguridad referida exclusivamente a las inversiones en su aspecto físico o material, para alcanzar la protección y seguridad en la certeza y estabilidad jurídica. No obstante, aún existen laudos que vuelven una y otra vez a la visión más tradicional.

Quedará por ver si los cambios en la legislación descritos previamente en México y Chile, o los levantamientos sociales vistos en Colombia y Perú, por ejemplo, podrían ser el fundamento de más demandas sobre violación del EPPS en el futuro; y si, en dichos casos, los respectivos tribunales arbitrales consideran que el ámbito de aplicación del estándar se limita solo a la protección física de las inversiones, o si, por el contrario, también consideran la certeza y estabilidad jurídica de las mismas.

REFERENCIAS

Alexandrov, S. A. (2015). The Evolution of the Full Protection and Security Standard. En M. Kinnear, G. Fischer, J. Minguez, L. Torres y M. Uran (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of Icsid*. Icsid.

Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka. Caso Ciadi ARB/87/3 (laudo del 27 de junio de 1990).

Azurix Corp. vs. República Argentina. Caso Ciadi ARB/01/12 (2006).

CME Czech Republic B. V. vs. Czech Republic (2001).

Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA vs. República Argentina (laudo del 20 de agosto de 2017).

Crystallex vs. Venezuela. Caso Icsid ARB(AF)/11/2 (laudo de 2016).

Miljenić, O. (2019). Full Protection and Security Standard in International Investment Law. *Pravni Vjesnik*, *35*(3-4), 35-60.

Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania. Award in Icsid, Caso ARB/05/8 (11 de setiembre de 2017). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf

Renée Rose Levy de Levi vs. Repub. of Peru, Award in Icsid, Caso ARB/10/17 (26 de febrero de 2014).

Saluka Invs. BV vs. Czech Repub. (Uncitral). Partial Award in PCA, Caso 2001-04 (17 de marzo de 2006).

Sicard-Mirabal, J. y Derains, Y. (2018). *Introduction to Investor-State Arbitration*. Kluwer Law International; Alphen aan Rijn.

RETOS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN TÉCNICA INTERNACIONAL

María Beatriz Parodi Luna[1]

Resumen

El arbitraje se suele identificar como un mecanismo de solución de controversias en el sector empresarial y/o del arbitraje de inversión, y, en el caso específico del Perú, en la contratación pública, al ser el mecanismo obligatorio previsto en la normatividad de la materia.

No obstante lo anterior, en el presente artículo, buscaremos introducir el análisis del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la cooperación técnica internacional (CTI).

1 Abogada graduada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) (1989). Magíster en Gobierno y Gestión Pública para América Latina por la Universidad Pompeu Fabra (España). Asesora y consultora legal, tanto en el sector privado a entidades nacionales y extranjeras, de naturaleza corporativa y cooperación técnica internacional como en el público. Árbitro de los principales centros de arbitraje del país en materia comercial y contratación pública. Ha sido miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (de octubre de 2018 a diciembre de 2022). Ha ejercido la docencia universitaria en la Facultad de Derecho de la PUCP y, actualmente, en la Universidad del Pacífico, en las áreas de Derecho Civil y Mercantil. Ha realizado investigaciones y participado en eventos nacionales y congresos internacionales como ponente en temas de cooperación internacional, responsabilidad empresarial, empresas sociales, fondos especiales y afines.

Dentro de la tradicional separación de los tres sectores de la sociedad: Estado, sector empresarial y el denominado tercer sector o sector sin fines de lucro, podemos ubicar un tema transversal como es la Cooperación Técnica Internacional (CTI) o cooperación al desarrollo (en particular, nos centraremos en la cooperación no reembolsable), la cual es definida en la Ley de Cooperación Técnica Internacional del Perú (Decreto Legislativo 719) como "el medio por el cual el Perú recibe, transfiere y/o intercambia recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de desarrollo" (1991, p. 176).

La CTI articula a una serie de organizaciones estatales, multilaterales o privadas, de naturaleza nacional, extranjera e internacional, en función de proyectos y/o programas de desarrollo o interés social financiados o con intervención de la CTI en diversidad de temas, desde cultura, educación, salud, cuidado del medioambiente, derechos humanos hasta inclusión financiera, finanzas ambientales, innovación, entre otros.

Esta articulación genera modelos de gobernanza que dan lugar a un tejido de convenios de cooperación entre los diferentes actores, así como al establecimiento de un conjunto de contrataciones de bienes y servicios derivados de la ejecución de los proyectos de CTI. Como consecuencia de lo anterior, conjuntamente con las cláusulas necesarias para establecer el objeto, la duración, las obligaciones y las responsabilidades de las partes, los mecanismos de resolución contractual, entre otros aspectos, es importante no solo considerar el arbitraje como un mecanismo eficiente y eficaz de solución de controversias, sino también que el contenido de la cláusula arbitral estipule reglas claras para su aplicación.

Para tal efecto, en primer lugar, ubicaremos el contexto donde se desenvuelve la CTI y su importancia en el Perú, el marco legal de la cooperación técnica, para posteriormente realizar reflexiones y análisis de algunos temas que, en nuestra experiencia, deben ser considerados y mejorados en la cláusula de arbitraje en este tipo de contratos y/o convenios.

1. Introducción

Tradicionalmente, se distinguen tres sectores para distinguir la actuación del conjunto de actores que integran la sociedad; esto es, Estado, empresas y tercer sector, con especial énfasis en el denominado Tercer Sector y, en particular, el rol de las organizaciones no gubernamentales (ONG).

En lo que respecta al tercer sector o sector sin fines de lucro, se ha vinculado o identificado con un conjunto de organizaciones sin fines de lucro, de origen voluntario, con determinada institucionalidad y que no se encuentran comprendidas dentro de los otros dos sectores clásicos, como el Estado y las empresas (sector corporativo o empresarial). De este modo, si bien el tercer sector tiene un espacio propio, por su diversidad, se ha definido en relación con aquellos "espacios" de los cuales pretendía distinguirse o diferenciarse, como el Estado (sector público) o las empresas (sector con fines de lucro).

También dentro del tercer sector, se utiliza de manera indistinta el término *organizaciones de la sociedad civil* (OSC). Este concepto, al igual que el del tercer sector, comprende a un conjunto de organizaciones sociales a las cuales se asocian las siguientes características: naturaleza privada, sin fines de lucro, carácter voluntario, autogobernadas y no partidarias, cuyo objetivo es aportar a la satisfacción de intereses sociales o del bien común.

En este escenario, coexiste una diversidad de organizaciones más allá de su denominación como organizaciones de la sociedad civil, organizaciones sin fines de lucro, organizaciones del tercer sector, entre las cuales destacan las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG).

Las organizaciones de la sociedad civil y, como parte de estas, las ONG son expresión de los derechos fundamentales a la libertad de asociación y participación ciudadana, reconocidos en el artículo 2, incisos 14 y 17, de la Constitución Política del Perú (1993), al igual que en diversos convenios internacionales suscritos por nuestro país.

Estas organizaciones tienen una variedad de objetivos que contribuye a la satisfacción de intereses colectivos de naturaleza cultural, protección derechos humanos, salud, educación, medioambiente, entre otros; al mismo tiempo que se articulan, a través de instrumentos convencionales o contractuales, con los otros "sectores"; esto es, con el

Estado, a través de las diferentes instituciones que conforman la Administración pública, y con las empresas.

Considerando la diversidad de relaciones contractuales que se presentan en la CTI, el arbitraje constituye una herramienta eficiente para la adecuada solución de controversias entre los diferentes actores u organizaciones involucradas.

2. Vinculación del Estado, empresa y organizaciones de la sociedad civil: nuevos modelos de gobernanza

La tradicional separación en los tres sectores antes indicados (Estado, empresas y OSC o tercer sector) ha venido evolucionando en el tiempo, desde situaciones de confrontación hasta su tránsito por cambios institucionales hacia nuevos modelos de gobernanza, en particular en América Latina, a lo cual no es ajeno el Perú.

Ello ha provocado una reconfiguración de las relaciones entre el Estado, la sociedad civil y el sector privado; la cual determina nuevas formas de participación y/o coordinación, en particular para la ejecución de programas y/o proyectos de desarrollo con financiamiento de la CTI. En esta línea, el debate y análisis sobre los marcos legales que regulan los vínculos contractuales a nivel local, nacional, regional e internacional (fuentes cooperantes) nos lleva al análisis de las nuevas estrategias y mecanismos para lograr tal articulación y, como producto de lo anterior, la solución de posibles controversias que se pueden generar entre los diferentes actores involucrados.

En efecto, las interacciones entre el sector público y el sector privado han formado parte de la dinámica de actuación de la Administración pública y han venido experimentando, en los últimos años, nuevos modelos de gobernanza.

Para tal efecto, el concepto de gobernanza, desde la gestión pública,

> proporciona una nueva perspectiva para analizar la complejidad del proceso de toma de decisiones, provocado por la **pluralidad de actores** [énfasis agregado] involucrados que interactúan a fin de formular, promover y lograr **objetivos comunes** [énfasis agregado] por medio del intercambio mutuo de conocimientos, recursos, ideas y normas. Lo nuevo es la **multiplicidad de actores del Estado, del mercado y la sociedad civil** [énfasis agregado] que participan con intereses divergentes en el proceso decisorio" (Zurbriggen, 2011, pp. 192-193).

Ello se ha traducido en la creación y/o adaptación de los marcos regulatorios de los países involucrados hacia la construcción de modelos de colaboración público-privada, considerando las prácticas a nivel internacional, así como las políticas económicas adoptadas por los gobiernos de turno (en particular, en América Latina). En el Perú, desde los años noventa, bajo el predominio de una política económica neoliberal, marcada por la influencia de las corrientes vinculadas a la nueva gestión pública, se dictó una serie de medidas (a nivel legislativo y ejecutivo) destinada a reducir el aparato de la Administración pública. Como consecuencia de lo anterior, se promovió la gestión de obras y servicios públicos a través de la participación de la inversión privada; lo cual inicialmente se ejecutó bajo el esquema de las denominadas "privatizaciones" y régimen de concesiones (años noventa) y que, desde hace unos años, se implementa bajo un concepto más integral de asociaciones público-privadas (APP)[2].

De este modo, se han desarrollado nuevos modelos de gestión en el sector público, asociados fundamentalmente a la implementación y gestión de obras públicas de infraestructura y prestación de servicios públicos, con participación del sector privado empresarial, a través de la suscripción de los referidos contratos y en los cuales el arbitraje se suele pactar como mecanismo de solución de controversias.

Sin embargo, existen otros ámbitos de gestión o actuación en "temas públicos" donde tiene una especial relevancia la participación y/o influencia de la CTI y, como parte de esta, de las organizaciones de la sociedad civil, en articulación con el sector público y/o el sector empresarial. Nos referimos a la ejecución de proyectos de desarrollo, ya sea desde la iniciativa pública o privada (caso de las ONG de desarrollo).

---

2 "Según el artículo 29 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Perú se constituyen como una de las modalidades de participación de la inversión privada, en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen Niveles de Servicios óptimos para los usuarios.

Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas puede mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato. Estas modalidades pueden ser de concesión, operación y mantenimiento, gestión, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley" (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], s. a., párr. 1-2).

En dicho sector, también se han venido desarrollando desde hace varios años, en el Perú, diferentes esquemas de colaboración pública-privada, en particular en proyectos financiados por fuentes cooperantes de carácter multilateral e internacional a fin de lograr un equilibrio entre la satisfacción de intereses públicos y/o sociales, y, al mismo tiempo, dotar de flexibilidad y continuidad a dichas intervenciones.

De otro lado, la participación de la sociedad civil ha sido reconocida a nivel de la formulación de políticas públicas. El Reglamento que regula las Políticas Nacionales, de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo (aprobado mediante el Decreto Supremo 029-2018-PCM), establece en su artículo 8, numeral 8.4 (según modificatoria dispuesta por el Decreto Supremo 168-2020-PCM) que "para la formulación el o los Ministerios competentes, establecen mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales, otras entidades y sociedad civil, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política […]".

Conforme al contexto antes indicado, se puede apreciar la importancia de la participación de las organizaciones de la sociedad civil, tanto a nivel de la formulación de políticas públicas como en la ejecución de proyectos de interés social.

3. La cooperación técnica internacional (CTI)

3.1. Marco legal e importancia

En el Perú, el marco legal que regula a la CTI es actualmente el Decreto Legislativo 719, Ley de Cooperación Técnica Internacional y su Reglamento, el Decreto Supremo 015-92-PCM; igualmente, es importante mencionar la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Ley 27692 (y normas modificatorias). De otro lado, mediante el Decreto Supremo 008-2023-RE, se aprobó la Política Nacional de Cooperación Técnica Internacional (PNCTI) al 2030.

La PNCTI define a la Cooperación Internacional del modo siguiente:

> Se puede definir como acciones llevadas a cabo por los Estados, u organizaciones, actores subnacionales y Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de estos, con sus similares de otros Estados, para alcanzar objetivos comunes en el plano internacional y/o en el nacional de uno o más actores, incluye la Ayuda Humanitaria.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley de Cooperación Técnica Internacional brinda la siguiente definición:

> La Cooperación Técnica Internacional es el medio por el cual el Perú recibe, transfiere y/o intercambia recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de desarrollo […].

De acuerdo al artículo 6 del Reglamento de la Ley de Cooperación Técnica Internacional, los recursos de la referida cooperación se ejecutan, según su contenido y finalidad, en las siguientes modalidades: (i) asesoramiento, (ii) capacitación, (iii) servicio de voluntarios, (iv) donaciones, (v) fondos de contravalor y (vii) cooperación técnica entre países en desarrollo (CPTD).

Por tanto, en el presente artículo, consideramos a la CTI de carácter no reembolsable.

En efecto, en materia de supervisión de la CTI, en el artículo 3, numeral 3.1, de la Ley 27692 (según modificación dispuesta por el Decreto Legislativo 1451), se delimitan las funciones de la APCI a la cooperación internacional no reembolsable:

> 3.1 La APCI está a cargo de ejecutar, programar y organizar la **cooperación técnica internacional, también llamada cooperación internacional no reembolsable** [énfasis agregado], que se gestiona a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece.

Por otro lado, la CTI viene desempeñando en el Perú, desde hace varios años, un importante papel que tiene por finalidad complementar los esfuerzos nacionales de desarrollo, tanto desde iniciativas del Estado (cooperación oficial) como de iniciativas en el sector privado nacional e internacional (no gubernamental). De este modo, la PNCTI reconoce en cuanto al rol de la CTI:

> Es reconocida por su valor estratégico de complementar los esfuerzos nacionales de desarrollo, a través del fortalecimiento de las capacidades individuales e institucionales y de la implementación de intervenciones innovadoras en ámbitos estratégicos vinculados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y con efectos multiplicadores. Asimismo, por medio de la consolidación de las fortalezas nacionales, para contribuir al desarrollo sostenible de otros países.

Las cifras que a continuación se indican son evidencia de la importancia de la CTI:

TABLA 1

CTI ejecutada en el Perú 2018-2022 (USD)

Tipo de Cooperación	2018	2019	2020	2021	2022
Oficial	265 945 991	280 89 386	273 039 913	335 497 961	358 356 753
Bilateral	237 495 961	228 409 218	225 371 179	256 148 483	289 248 747
Intergubernamental	224 617 570	212 998 061	222 773 361	251 120 313	281 207 381
Descentralizada	9 616 602	14 921 325	2 380 599	4 400 589	5 788 194
Fondo Contravalor	3 261 788	489 832	217 219	627 582	2 253 172
Multilateral	28 450 030	52 490 168	47 668 734	79 349 478	69 108 007
No gubernamental	140 811 052	152 255 731	144 428 358	136 632 068	132 239 498
Total General	**406 757 043**	**433 155 117**	**417 468 271**	**472 130 029**	**490 596 251**

Nota. APCI (2022). *Situación y tendencias de la cooperación técnica internacional en el Perú*.

3.2. Actores de la cooperación técnica internacional: rol de las ONG

La CTI involucra una serie de actores, los cuales se distinguen de acuerdo con el origen de los fondos y/o por sus roles.

De acuerdo al origen de los fondos, se puede realizar la siguiente clasificación:

a. **Cooperación oficial.** Este tipo de cooperación puede ser de carácter bilateral (entre Estados) y multilateral (proveniente de organismos multilaterales, como el Banco Interamericano de Desarrollo [BID], el Banco Mundial [BM], el Fondo Verde para el Clima, PNUD, entre otros). En este último caso la ayuda puede ser brindada a un Estado miembro o a través de una organización privada (usualmente, de reconocida trayectoria).

b. **Cooperación privada o no gubernamental.** Esta cooperación surge, fundamentalmente, de las organizaciones de la sociedad civil (en particular, ONG) nacionales o extranjeras para la ejecución de proyectos de desarrollo, en el cual las entidades extranjeras usualmente desempeñan el papel de fuentes cooperantes, y las ONG locales o nacionales, de receptoras de la CTI privada.

En cuanto al papel que desempeñan las diferentes organizaciones que actúan en el ámbito de la CTI no reembolsable, se puede realizar la siguiente distinción:

a. **Fuentes cooperantes:** Las fuentes cooperantes (gubernamentales, multilaterales o privadas) son las que proporcionan los recursos financieros y técnicos destinados a ejecutar CTI en determinado país.

b. **Receptores de la CTI.** Son las organizaciones de la sociedad civil, constituidas en el país receptor usualmente bajo la forma de organizaciones sin fines de lucro, que reciben en calidad de donación o financiamiento no reembolsable los recursos de CTI para la ejecución de proyectos o programas de CTI, provenientes de las fuentes cooperantes. Se encargan de administrar los recursos proporcionados por dichas fuentes y son responsables frente a la fuente cooperante por la utilización y aplicación de dichos recursos a tales proyectos o programas. Usualmente son las ONG.

c. **Ejecutores de proyectos y/o programas de CTI.** Es la organización u organizaciones encargadas de ejecutar los proyectos o programas de CTI. Las organizaciones receptoras de CTI pueden actuar también como ejecutores y/o celebrar convenios y/o contratos con terceras organizaciones para la ejecución de los diferentes componentes comprendidos en tales proyectos, manteniendo la ONG receptora la responsabilidad frente a la fuente cooperante. La transferencia de recursos a terceras organizaciones se realiza bajo un régimen legal de subdonaciones o donaciones derivadas con cargo a los recursos proporcionados por dicha fuente, bajo la responsabilidad del receptor de la CTI.

Dentro del conjunto de las organizaciones de la sociedad civil que participan en la CTI, conforme a lo antes indicado, ocupan un espacio relevante las Organizaciones No Gubernamentales (ONG´s), cuyo potencial es poder cooperar con el Estado y también con el sector privado, derivado en este último caso de sus políticas de responsabilidad empresarial en la ejecución y/o administración de recursos para la ejecución de proyectos de desarrollo o de interés social.

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia dictada en el año 2007 a raíz de un proceso de inconstitucionalidad contra una

ley modificatoria de la Ley de Creación de la APCI, define así a las ONG:

> Es decir, aquellas organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto servir a los intereses públicos aludidos mediante la prestación de servicios específicos. Son mayoritariamente organizaciones de afiliados que comparten diversos intereses sociales. Entre otros ejemplos, cabe citar las organizaciones que se ocupan del medio ambiente, el desarrollo, los derechos humanos, los derechos de la mujer y los niños, la transparencia electoral, la lucha contra la corrupción, las organizaciones no gubernamentales de voluntarios, las asociaciones y cooperativas de consumidores, etc.

En el Perú, la denominación de ONG se encuentra recogida en el Reglamento de la Ley de Cooperación Técnica Internacional a través del registro de organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD), receptoras de Cooperación Técnica Internacional (ONGD - PERU) constituidas en el Perú, y está referido a personas jurídicas sin fines de lucro que tienen por finalidad la realización de acciones de desarrollo que involucran CTI en una o más de las modalidades señaladas en el reglamento. Las ONG en el Perú no son un tipo legal especial de persona jurídica, sino que se constituyen mayoritariamente bajo la figura de la asociación civil y también bajo la forma de fundaciones, reguladas por el Código Civil.

Por otro lado, existen entidades extranjeras de cooperación internacional que tienen intervenciones específicas en financiamiento a proyectos o programas que ejecutan las ONG locales. Asimismo, existen entidades extranjeras que desarrollan actividades de manera regular en el Perú y se inscriben en un registro público especial de personas jurídicas extranjeras y en el registro de entidades e instituciones de cooperación técnica internacional (Eniex). El registro de Eniex está destinado para las personas jurídicas constituidas en el extranjero que apoyan, financian y/o eventualmente ejecutan, por convenios, acciones de desarrollo en programas, proyectos y/o actividades que involucran CTI, en forma habitual o eventual en el país. Tanto el registro de las ONGD-PERU como el de Eniex se encuentran a cargo de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI[3].

3 "De acuerdo al reporte de los registros institucionales a cargo de la APCI, se percibe un aumento de las instituciones inscritas sen el Registro de ONGD respecto año 2021 pasando de 1596 a 1695 entidades registradas en el año 2022. De igual modo, en el registro e ENIEX se incrementó de 167 a 175 instituciones inscritas" (APCI, 2024, p. 151).

Como se podrá apreciar del marco legal antes indicado, si bien se reconoce el carácter privado de las ONG locales y de las Eniex extranjeras, estas juegan un rol importante en el sistema de CTI o cooperación para el desarrollo de carácter no reembolsable, y, como consecuencia, se establecen mecanismos contractuales de articulación entre las diferentes entidades del sector público y/o del sector empresarial para el logro de objetivos comunes[4]. Cabe mencionar que, considerando el financiamiento de CTI, la actuación de las ONG se basa fundamentalmente en la ejecución de programas y/o proyectos, específicos y temporales, en determinado sector de la actividad económica.

3.3. Articulación contractual

Las ONG se vinculan con los diferentes actores involucrados en la CTI fundamentalmente a través de convenios de cooperación para la ejecución de programas y/o proyectos específicos; los cuales regulan, entre otros aspectos, la forma y el mecanismo de transferencia de recursos (donaciones), obligaciones de las partes y responsabilidades, rendición de cuentas, mecanismos de contratación con proveedores y consultores de bienes y servicios, titularidad de bienes adquiridos con cargo a los recursos de CTI, cláusulas de suspensión y de resolución contractual, así como de solución de controversias.

De manera general, se puede identificar los siguientes vínculos contractuales en el caso de la ejecución de proyectos o programas de CTI no reembolsables con participación de ONG´s:

a. Convenio de cooperación o financiamiento entre la fuente cooperante y la ONG receptora de los recursos de CTI. En dichos convenios, la legislación aplicable es la del país de origen de la fuente cooperante.

b. Convenios de cooperación con diversos ejecutores del proyecto financiado con recursos de la CTI celebrado entre la ONG receptora y el ejecutor material, a través del cual la ONG transfiere a la organización ejecutora parte de los recursos recibidos de CTI para su aplicación a determinados componentes del proyecto, bajo la forma de subdonaciones. Este convenio está vinculado al financiamiento y a la vigen-

4 Durante 2022, las entidades no gubernamentales registradas en la APCI participaron en la ejecución de 278,3 millones de dólares. De este total, el 60 % corresponde a las denominadas ONGD, y el 40 %, a las Eniex (APCI, 2024).

cia del convenio matriz celebrado entre la ONG receptora y la fuente cooperante; en el cual se establecen las responsabilidades de las partes, los mecanismos de rendición de cuentas, el régimen de contrataciones de bienes y servicios, así como las cláusulas de resolución anticipada en caso de conclusión o finalización del convenio matriz con la fuente cooperante.

c. Contratos de servicios y obras (de ser el caso) para la implementación del proyecto o programa financiado por la CTI, el cual es celebrado por la ONG receptora y/o por los ejecutores del proyecto, conforme al diseño del mismo. Estos contratos de servicios y/u obras son celebrados con proveedores o consultores, bajo el régimen civil común, y, en su caso, deben seguir las pautas sobre los procedimientos de contratación (concurso público, por invitación u otros) que pudiera determinar la fuente cooperante y las cláusulas anticorrupción y otras del régimen de *compliance* establecidas por dicha fuente y/u ONG receptora.

   Estos contratos deben, también, considerar su vinculación con el financiamiento y la vigencia del convenio de cooperación matriz celebrado entre la ONG receptora y la fuente cooperante, previendo las cláusulas de resolución anticipada pertinentes.

d. Convenios de la ONG receptora de CTI con otros aliados o actores sociales, tanto públicos (entidades que forman parte de la Administración pública) como privados (otras ONG, comunidades campesinas u otras organizaciones locales), bajo la forma de convenios de cooperación[5].

Cabe destacar que la celebración de convenios de cooperación entre organizaciones privadas (ONG) y entidades del sector público tiene como base legal el artículo 88 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Texto Único Ordenado [TUO] de la Ley 27444, aprobado mediante el Decreto Supremo 004-2019-JUS), que establece lo siguiente:

5 En el caso de convenios celebrados entre una ONG privada y una entidad de la Administración pública, se trata de convenios de cooperación interinstitucional vinculados a la ejecución de proyectos de interés social, que no tienen finalidad lucrativa y que no implican la transferencia de recursos públicos del Estado al sector privado, lo cual requiere habilitación legal expresa.

> Artículo 88.- Medios de colaboración interinstitucional
>
> […]
>
> 88.3. Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación.
>
> 88.4 Las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.

A través de estos convenios de cooperación, el Estado establece alianzas o mecanismos de vinculación con organizaciones privadas, conforme a sus competencias, que coadyuvan al cumplimiento de fines públicos.[6] No se encuentran comprendidos, por tanto, este tipo de convenios de cooperación en el ámbito de la contratación pública.

En el caso de los contratos celebrados por el Estado derivados de financiamiento de la CTI, éstos usualmente se han encontrado excluidos de la normatividad de contratación pública. De este modo, de acuerdo con la Ley General de Contrataciones Públicas (Ley 32069)[7], en su artículo 7 establece, entre otros, los siguientes supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la referida ley:

---

6 Como ejemplo, se tiene el caso de la Directiva 013-2021-MINAM/SG, "Procedimiento para la elaboración, suscripción, seguimiento y evaluación de los convenios de cooperación interinstitucional en el Ministerio del Ambiente", la cual define a los Convenios de Cooperación del siguiente modo:

"5.1.1. Para efectos de la presente Directiva, entiéndase por convenio de cooperación interinstitucional al documento que contiene los acuerdos que suscriben el MINAM y la/s contraparte/s (entidades u organismos públicos o privados, nacionales o internacionales) en el que se manifiesta expresamente la voluntad y el compromiso de desarrollar, en forma conjunta, una o más actividades de interés común y **sin fines de lucro, para lograr un objetivo compartido** [énfasis agregado], siempre que se encuentren dentro de las competencias de cada una de las partes intervinientes".

7 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2024, "Vigésima novena disposición complementaria final": "Vigencia de la ley. La presente norma entra en vigor a los noventa días calendario contados a partir del día siguiente a la publicación de su reglamento, excepto la décima tercera, décima sexta, décima novena y vigésima octava disposiciones complementarias finales, así como la única disposición complementaria modificatoria, que entran en vigor a partir del día siguiente de la publicación de la presente ley en el diario oficial El Peruano".

> Artículo 7.- Supuestos excluidos del ámbito de aplicación:
>
> 7.1. Se excluyen de las disposiciones de la presente ley los siguientes supuestos, con excepción de aquellas referidas a los principios que rigen las contrataciones públicas:
>
> […]
>
> f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, organismo multilateral, Estados o entidades cooperantes, siempre que se financien por operaciones de endeudamiento externo o donaciones ligadas a dichas operaciones.
>
> […]
>
> l) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25 % del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto. En caso de que las donaciones provengan de organismos multilaterales financieros, no se requiere el porcentaje señalado […].

4. Temas asociados al arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la cooperación técnica internacional (CTI)

4.1. Aplicación de la cláusula arbitral

En el ámbito de la CTI, la activación de mecanismos de solución de controversias no es un tema frecuente, pudiendo en nuestra experiencia, identificar las siguientes posibles razones. En primer lugar, se trata de convenios de cooperación en donde las partes involucradas, ya sea en los convenios que celebran las fuentes cooperantes con ONG receptoras de CTI o en los convenios de cooperación entre entidades locales privadas y/o con el Estado, tienen como objeto principal el logro de objetivos públicos y/o de interés social a partir de la ejecución de determinado proyecto y/o programa financiado por la CTI. Por lo tanto, los problemas que se pueden enfrentar están vinculados a la no aplicación de los fondos al proyecto financiado, al no poder cumplir con los indicadores o metas establecidas, a situaciones de caso fortuito o fuerza mayor ajenas a las partes (tales como el COVID-19, problemas con comunidades y otros similares). Por lo cual, ante este tipo de situaciones, si bien se pactan mecanismos de resolución contractual en favor de la fuente cooperante o de quien transfiere los recursos (en caso

de convenios entre la ONG receptora y una organización local ejecutora), se suelen negociar mecanismos contractuales de finalización anticipada por mutuo acuerdo o realizar modificaciones a los acuerdos establecidos; y, en donde el componente reputacional tiene, además, una fuerte presencia.

De otro lado, en el caso de las contrataciones de bienes y/o servicios derivadas de la ejecución de proyectos de CTI, en particular, por ejemplo, contrataciones que realizan las ONG receptoras y/o ejecutoras de tales proyectos, sí se presentan situaciones de incumplimiento de los consultores, ejecutores de obras y/o en general proveedores de bienes y servicios, mora o retraso en la ejecución y/o entrega de productos/informes, entre otros incumplimientos que dan lugar a la activación de mecanismos de resolución contractual, conforme a las normas del Código Civil. En tales supuestos, un tema particular a considerar es el hecho que las ONG implementan proyectos específicos con financiamiento delimitado en tiempo y partidas determinadas de ejecución de gasto y ello genera, consecuentemente, que no exista mayor margen (salvo utilización de recursos institucionales de libre disposición) para asumir los gastos extraordinarios o adicionales que implica un proceso de solución de controversias. Por lo que, en tales supuestos, si bien se pueden aplicar las cláusulas pactadas de resolución contractual por incumplimiento, también se busca finalizar tales relaciones contractuales a través de otros mecanismos de cierre por mutuo acuerdo o no se activa finalmente el mecanismo de solución de controversias.

No obstante lo anterior, igualmente, consideramos la conveniencia de establecer en el respectivo convenio de cooperación, u otro tipo de contratos de bienes y servicios derivados de la ejecución de proyectos financiados con CTI no reembolsable, la cláusula de arbitraje como mecanismo de solución de controversias; la cual se viene utilizando en este tipo de arreglos contractuales, tanto a nivel internacional como local.

4.2. Temas vinculados a la cláusula de arbitraje en la cooperación técnica internacional (CTI)

A continuación, pasaremos a analizar algunos temas relevantes vinculados al contenido de la cláusula arbitral que debieran considerarse en los convenios de CTI no reembolsable y otros contratos derivados, con participación de las ONG locales.

4.2.1. Tipo de arbitraje

De acuerdo con los roles que desempeñan las organizaciones que participan en la CTI, se encuentra lo siguiente:

a. En el caso de convenios de cooperación no reembolsable celebrados entre determinada fuente cooperante extranjera (gubernamental, internacional/multilateral o privada) con ONG receptoras directas de dicho financiamiento, se aplica la legislación del país de origen y, adicionalmente, es usual que se pacte el arbitraje internacional para la solución de controversias.

   Como ejemplo, tenemos el Convenio de Acreditación (Accreditation Master Agreement, "Primera enmienda", 15 de setiembre de 2012)[8] suscrito entre el fondo ambiental Profonanpe[9] y el Green Climate Fund (GCF) (organismo internacional), en el cual se pactó como legislación aplicable el derecho internacional público. En cuanto a la cláusula de solución de controversias, se pactó el arbitraje bajo las reglas de arbitraje de Uncitral, lugar de arbitraje en el exterior (en el presente caso, Seúl, Corea del Sur, lugar de ubicación del GCF), tribunal arbitral compuesto por tres miembros e idioma inglés.

b. En el caso de convenios de cooperación que celebran las ONG receptoras de CTI con entidades del Estado u otros actores locales (sean otras ONG locales, sector empresarial, comunidades, entre otras), se está considerando con mayor frecuencia la cláusula arbitral como mecanismo de solución de controversias.

   En el caso específico de los convenios de cooperación en los que participa el Estado, como una de las partes contractuales, en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú (1993),

8 Texto completo del convenio en la siguiente página <https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/ar-ama-profonanpe-execution-ver-countersigned-20220915.pdf>.

9 Profonanpe es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro creada mediante el Decreto Ley 26154. Es uno de los principales fondos ambientales de la región América Latina. "A lo largo de su trayectoria institucional, Profonanpe ha logrado alcanzar altos estándares fiduciarios compatibles con los requerimientos de las más importantes fuentes de financiamiento internacional. Por esta razón en el año 2012 inició gestiones para obtener la acreditación internacional, primero con el Adaptation Fund y luego con el Green Climate Fund. Actualmente, Profonanpe se encuentra acreditada como Entidad Nacional de Implementación por las dos instituciones previamente mencionadas" (Profonanpe, s. a., párr. 1).

se establece, de manera general, la posibilidad de pactar del arbitraje nacional o internacional:

> Artículo 63.-
>
> […]
>
> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

En relación a estos convenios debe considerarse la conveniencia de pactar arbitraje de derecho, lugar del arbitraje, de acuerdo a la cuantía o si ésta es indeterminada determinar si es Tribunal Arbitral o Arbitro Único y forma de designación; así como que se trate de un arbitraje institucional administrado por un centro de arbitraje debidamente identificado en el respectivo convenio.

Como un ejemplo de lo anterior, se tiene el caso del Ministerio del Ambiente (Minam), en cuya Directiva 013-2021-MINAM/SG (Procedimiento para la Elaboración, Suscripción, Seguimiento y Evaluación de los Convenios de Cooperación Interinstitucional), establece, en el su anexo 1, "Modelo de Convenio de Cooperación Interinstitucional", la siguiente cláusula arbitral:

> CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA.- DE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
>
> (Declara la voluntad de resolver cualquier diferencia o controversia que genere el Convenio mediante el trato directo y de común acuerdo)
>
> […]
>
> 17.2. De no llegarse a un acuerdo satisfactorio, toda desavenencia, litigio o controversia que pudiera derivarse de este Convenio, incluidas las de su nulidad o invalidez, serán resueltas a través del arbitraje popular, mediante fallo definitivo, de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje Popular "ARBITRA PERÚ" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a cuya administración, reglamentos y decisión se someten LAS PARTES en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

c. Por otro lado, como parte de la ejecución de proyectos y/o programas financiados con CTI, surge la necesidad de celebrar contratos para la provisión de servicios (tal como, por ejemplo, consultorías) o bienes (adquisiciones, ejecución de obras civiles, entre otros); los mismos que pueden ser celebrados directamente por la ONG receptora y/o ejecutora de dicho programa/proyecto o por terceras organizaciones a las cuales la primera les transfiere recursos de CTI (subdonaciones), actuando tales ONG como entidades contratantes y celebrando contratos bajo el régimen común del derecho privado, aun cuando puedan tratarse de proveedores no domiciliados (caso de consultorías sobre temas en los cuales no exista experiencia en el mercado local).

   En tales casos, la cláusula arbitral —al igual que en otras contrataciones dentro del sector empresarial— constituye un mecanismo eficiente y ágil para la solución de controversias entre las partes, especialmente considerando la duración temporal de los proyectos de CTI. Asimismo, es importante establecer reglas claras para su aplicación; esto es, arbitraje de derecho, composición del tribunal arbitral (número de árbitros o arbitro único) y forma de designación, lugar de ubicación del arbitraje, así como que se trate de un arbitraje institucional administrado por un centro de arbitraje debidamente identificado en el respectivo convenio.

4.2.2. Tema de cláusula escalonada. Trato directo

Dada la naturaleza de los convenios de cooperación cuya finalidad primordial no es la provisión de bienes o servicios, sino el logro de objetivos comunes en torno a proyectos o actividades de interés social, generalmente se pacta el trato directo o búsqueda de "una solución armoniosa" entre las partes de manera previa a acudir al arbitraje.

Este tipo de cláusula, al considerar una secuencia o etapas para poder solucionar determinada divergencia, se puede identificar como una cláusula escalonada, en el sentido de la siguiente definición:

> Estas cláusulas prevén que, para solucionar las controversias que surjan en torno a una relación contractual, las partes podrán o deberán recurrir a más de un mecanismo de solución de controversias, los cuales serán utilizados de forma progresiva, uno después de otro (Rodríguez, 2023, p. 66).

Como es reconocido, los mecanismos autocompositivos (así, el trato directo) que se pactan de forma previa a un arbitraje tienen la ventaja de poder reducir costos y tiempo para la solución de una controversia; máxime, en el caso de convenios o contratos vinculados a la CTI que están asociados a un financiamiento específico y temporal.

No obstante, al igual que en el caso de otros contratos de naturaleza comercial, se pueden presentar problemas al momento de iniciarse el proceso arbitral, cuando el contenido de la cláusula escalonada no se encuentra claro o suficientemente redactado. Así, encontramos los mismos problemas usuales que se suelen presentar en otro tipo de contratos; tal como si la etapa de trato directo previa tiene carácter obligatorio o no, fijación de la fecha de inicio de la etapa arbitral, procedimiento y duración de dicha etapa para poder acudir el arbitraje pactado.

A manera de ilustración de lo anterior, tomamos como referencia la cláusula de solución de controversias del modelo de Convenio de Cooperación del Minam, que señala textualmente lo siguiente:

> CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA.- DE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (Declara la voluntad de resolver cualquier diferencia o controversia que genere el Convenio mediante el trato directo y de común acuerdo)
>
> 17.1. Toda diferencia o controversia derivada de la interpretación o cumplimiento del presente Convenio **se intentará resolver dentro de un plazo que no excederá de los quince (15) días útiles, mediante la coordinación entre LAS PARTES** [énfasis agregado], comprometiéndose a brindar sus mejores esfuerzos para lograr una solución armoniosa.
>
> 17.2. De no llegarse a un acuerdo satisfactorio, toda desavenencia, litigio o controversia que pudiera derivarse de este Convenio, incluidas las de su nulidad o invalidez, serán resueltas a través del arbitraje popular, mediante fallo definitivo, de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje Popular "ARBITRA PERÚ" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a cuya administración, reglamentos y decisión se someten LAS PARTES en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

Como se puede apreciar en este caso, si bien se pacta una etapa previa de trato directo de quince días hábiles, se indica de manera genérica que se realizará "mediante coordinación entre las partes"; siendo, por tanto, recomendable precisar cuál es el mecanismo en concreto (comunicación por escrito de una de las partes, por ejemplo) que da certeza del inicio de esta etapa previa.

También se presentan casos donde se establece, de manera general, que las partes buscarán solucionar de manera armoniosa las controversias que surjan entre estas; situación en la cual se podría interpretar que no se trata de una cláusula escalonada; al no formar parte dicha estipulación de la cláusula de solución de controversias o, en su caso, no se hace referencia respecto al hecho que, de no llegarse a un acuerdo previo o similar, recién se puede acudir al arbitraje. Pero, en definitiva, ello estará sujeto a la interpretación en cada situación en concreto; siendo, por tanto, recomendable redactar de manera clara este tipo de cláusula, a fin de evitar que se presenten conflictos adicionales a los ya propios del fondo de la controversia.

4.2.3. Impacto en los convenios o contratos derivados de la cooperación técnica internacional (CTI)

En el caso de los proyectos o programas financiados por CTI no reembolsable, se debe tener en cuenta que los convenios y/o contratos están vinculados o tienen su origen en el financiamiento de CTI por parte de determinada fuente cooperante y, a su vez, dependen de la vigencia del respectivo proyecto o programa (supuesto donde no necesariamente se suspende o cancela el financiamiento, sino que surgen problemas que imposibilitan su ejecución).

Es decir, la ejecución de tales actividades depende de la existencia y/o financiamiento del proyecto o programa involucrado. Por ello, resulta importante considerar, en los convenios de cooperación y contratos que se celebren por los diferentes actores, las cláusulas contractuales sobre plazo de vigencia, mecanismos de desvinculación contractual (resolución anticipada) y, como parte de ello, de solución de controversias que permitan dar salida y, a la vez, posibilitar un cierre o culminación ordenada de los convenios, contratos y, en general, actividades en curso, evitando contingencias a las partes que actúan como entidades contratantes frente a terceros. Pensemos, por ejemplo, en consultorías u obras civiles en ejecución, en las cuales existen productos o informes ya entregados por aprobación del contratante o valorizaciones pendientes respecto de avances de obra ya ejecutados, respectivamente. Es importante dar respuesta ordenadamente ante estas situaciones que sí resultan previsibles para las partes, dado que son convenios o contratos donde se conoce su vinculación con determinado proyecto financiado (temporalmente) por la CTI.

La ausencia o imprecisión de estos mecanismos de vinculación contractual, asociados a la naturaleza misma de la CTI, puede dar lugar a la generación de controversias sobre la validez de una resolución contractual anticipada, pagos de bienes o servicios devengados y/o ejecutados, entre otros; en donde el arbitraje constituye una herramienta eficiente para la solución de tales divergencias.

5. Conclusiones

El arbitraje constituye un mecanismo eficiente de solución de controversias, no solo en el sector empresarial, sino también en otros ámbitos donde se articulan actores del sector público (nacional o extranjero), internacional o multilateral, nacionales o extranjeros privados, como la CTI (no reembolsable) o Cooperación al Desarrollo.

En este ámbito, confluye una serie de arreglos contractuales, que comprende desde convenios de cooperación con participación de fuentes cooperantes de distinto nivel (estatal, multilateral o privada), ONG receptoras y/o ejecutoras de CTI, y otros aliados locales (privados o incluso entidades del sector público), hasta la celebración de contratos, regidos por el derecho civil nacional, con proveedores de bienes y servicios, en el marco de los proyectos o programas financiados por la CTI.

Como correlato de lo anterior, es importante que la cláusula o pacto de arbitraje estipule de manera clara los aspectos esenciales vinculados con su aplicación. En particular, destacamos los siguientes temas a considerar: cláusulas escalonadas establecidas con toda precisión (de estar pactadas en el respectivo convenio y/o contrato), tipo de arbitraje, lugar del arbitraje, forma de composición del tribunal arbitral (colegiado o árbitro único), arbitraje institucional con indicación del centro de arbitraje de manera previa.

De este modo, no sólo el pacto de la respectiva cláusula arbitral en este tipo de convenios y/o contratos, sino también la claridad y precisión de su contenido contribuirán a una eficiente y eficaz utilización de este mecanismo para la solución de controversias, que pudieran surgir en los diferentes tipos de relación contractual derivados de proyectos de CTI.

REFERENCIAS

Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI). (2024). *Situación y tendencias de la cooperación técnica internacional en el Perú 2022*. https://www.gob.pe/institucion/apci/informes-publicaciones/5418471-situacion-y-tendencias-de-la-cooperacion-tecnica-internacional-en-el-peru-2022

De Belaunde, J. y Parodi, B. (1997). Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en el Perú. En *Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica* (pp. 221-256). International Center for Not-for-Profit Law (ICNL).

De Belaunde, J. y Parodi, B. (1998). Marco legal del sector privado sin fines de lucro en el Perú, *Apuntes*, (43), 19-43.

Decreto Legislativo 719 [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos]. Ley de la Cooperación Técnica Internacional y sus modificatorias. 8 de noviembre de 1991.

Directiva 013-2021-MINAM/SG [Ministerio de Ambiente]. Procedimiento para la elaboración, suscripción, seguimiento y evaluación de los convenios de cooperación interinstitucional en el Ministerio del Ambiente, 29 de diciembre de 2021.

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (s. a.). *Asociaciones Público Privadas*. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101931&lang=es-ES&view=article&id=3971

Portocarrero, F., Sanborn, C., Cueva, H. y Millán, A. (2002). *Más allá del individualismo: el tercer sector en el Perú*. Centro de Investigación Universidad del Pacífico.

Profonanpe. (s. a.). *Acreditados internacionalmente*. https://profonanpe.org.pe/acreditaciones-internacionales/

Rodríguez, D. A. (2023). Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas. *Ius et Veritas,* (66), 178-193. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.012

Zurbriggen, C. (2011). La utilidad del análisis de redes de políticas públicas. *Revista Nueva Época*, (24), 181-208.

LA PRUEBA DE LA LEY PERUANA EN ARBITRAJES DE CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO–PRIVADAS ANTE EL CIADI

Milagros Maraví Sumar[1]
Bruno Marchese Quintana[2]

Resumen[3]

La modalidad de contratación bajo el régimen de asociaciones público-privadas ha conllevado a que el Estado peruano se vea inmerso en controversias internacionales derivadas de la aplicación y/o interpretación de la ley peruana, para lo cual supone de singular importancia "probar" el derecho peruano ante un tribunal arbitral internacional. Es por esta razón que, a través del presente artículo, se pretende delimitar cómo se prueba —según la práctica jurídi-

1 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), lidera el Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio, Leguía, Normand. Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid; egresada de la maestría de Gestión Pública de la Universidad Continental; y cuenta con una certificación en Asociaciones Público-Privadas (APP) en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas para impulsar su desarrollo. Directora de la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide) y árbitra en los centros de arbitraje de la CCL, PUCP y AMCHAM.

2 Abogado por la PUCP, con más de treinta años de experiencia profesional. Socio del Área de Resolución de Conflictos del Estudio Rubio Leguía Normand (Perú) y cuenta con una especialidad en Derecho Aeronáutico. Ha sido catedrático de Derecho Procesal en la PUCP, en la Universidad del Pacífico (UP) y en la Academia de la Magistratura. Árbitro nominado de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

3 Agradecimiento especial a Sergio Jiménez Solis, miembro del área de Resolución de Conflictos del Estudio Rubio Leguía Normand, por el apoyo en la elaboración del presente artículo.

ca— el derecho peruano en controversias ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), que suponen una interpretación de la ley peruana, así como determinar cuáles son las obligaciones y las facultades que ostenta el Tribunal Arbitral Ciadi al momento de resolver una controversia en la que el Estado peruano forma parte y que se deriva de un contrato de Asociaciones Público Privadas.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 63, reconoce que el Estado puede someter las controversias contractuales a arbitraje nacional o internacional.

De acuerdo con Flores Nano (2022):

> La constitucionalización del arbitraje supone el pleno reconocimiento de la efectividad y fuerza obligatoria del laudo arbitral, como consecuencia de una labor jurisdiccional (o quizás de modo más preciso, cuasi jurisdiccional) de los árbitros. Por lo demás, en el ámbito internacional, ese reconocimiento supone la validez y efectos de compromisos internacionales del Estado contraídos a través de tratados internacionales, admitiendo la posibilidad que órganos supranacionales o tribunales arbitrales privados, más allá de su soberanía puedan resolver controversias que involucren al propio Estado (p. 606).

Por su parte, en la Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) (artículo 56 del Decreto Legislativo 1362) y en el artículo 132 de su reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF) disponen que los contratos de asociación público-privada incluyan una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y que las controversias no técnicas son sometidas a arbitraje de derecho o de conciencia cuando ello resulte conveniente.

En los contratos de APP celebrados en este marco legal, las cláusulas establecen respecto de las leyes aplicables que las partes han negociado, redactado y suscrito en el contrato con arreglo a las normas legales de Perú. Por tanto, expresan que el contenido, la ejecución, los conflictos y las demás consecuencias que se originen de él se regirán por la legislación interna del Perú.

Del mismo modo, estipulan que las controversias no técnicas que tengan un monto involucrado superior a diez millones y 00/100 de dólares (US$ 10 000 000,00), o su equivalente en moneda nacional, se-

rán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "Ciadi), establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por Perú mediante la Resolución Legislativa 26210, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente. Con ese objetivo, el Estado declara que al concesionario se le considera como "Nacional de Otro Estado Contratante", pues se somete a control extranjero según lo establece el literal "b" del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el concesionario acepta que se le considere como tal.

En tal sentido, una vez suscitada una determinada controversia derivada de la interpretación y/o aplicación de la ley peruana entre Perú (Estado parte) y el nacional de otro Estado contratante, la parte accionante, en virtud del convenio Ciadi, se encuentra facultada a presentar su solicitud de arbitraje ante el Ciadi, con el propósito de dar inicio al arbitraje internacional que dilucide la controversia suscitada.

La particularidad de los arbitrajes Ciadi en los que el Perú ha sido parte y que se derivan de un contrato enmarcado en la modalidad de APP es que las controversias que se pueden llegar a presentar, la mayor cantidad de veces se alejan de la naturaleza de un arbitraje de inversión, que es la característica principal de las controversias que se ventilan ante el Ciadi.

De conformidad con la descripción general del Ciadi[4], este es un centro líder mundial especializado en el arreglo de controversias relativas a inversiones de carácter internacional. Así, en el marco de un arbitraje CIADI de inversión entre un Estado y un Nacional de Otro Estado Contratante, lo usual es que el tribunal arbitral analice si el Estado respetó sus deberes de otorgar un trato justo y equitativo, de protección y seguridades plenas, de no expropiación indirecta, entre otros. No obstante, cuando se trata de un arbitraje Ciadi en el que el Perú es parte y se deriva de un contrato APP, lo más común es que el mismo abarque una controversia derivada de la interpretación y/o

4 Véase en: https://icsid.worldbank.org/es/acerca

aplicación de la ley peruana, mas no de los deberes que todo Estado parte debe garantizar a los nacionales de otros Estados contratantes.

Lo anterior significa que un arbitraje Ciadi derivado de un contrato APP, por lo general, no se enmarca completamente en la denominación de "arbitraje de inversión"; pues, como mencionamos, las controversias comunes en este tipo de arbitrajes suelen derivarse de cómo aplicar la normativa peruana.

En otras palabras, pese a encontrarnos ante el Ciadi, un ente internacional de solución de controversias particularmente caracterizado por resolver conflictos de inversiones suscitados entre un Estado y un nacional de otro Estado contratante, es completamente factible que este órgano jurisdiccional internacional resuelva una controversia derivada de un contrato APP, dado que esta controversia se suscitó en el contexto de un proyecto de inversión entre un Estado parte y un nacional de otro Estado contratante.

Cabe indicar que, independientemente de que se haya recurrido a una sede internacional para la dilucidación de una controversia derivada de la ley peruana, el tribunal arbitral, al tenerla a su cargo, deberá aplicar la normativa peruana, así como la jurisprudencia vinculante emitida en Perú, siempre y cuando haya sido probada por las partes y resulte pertinente para la solución de la controversia en debate.

La prueba de la ley es de magnitud muy relevante porque, en el arbitraje ante el Ciadi, se aplicará el marco legal peruano sobre APP, que va mucho más allá que la Ley de APP y su reglamento, y supletoriamente el Código Civil. En Perú, las APP se enmarcan en un Sistema Funcional Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP)[5].

---

5 Cuyo ente rector es el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, que como tal se encarga de las siguientes funciones (artículo 5.4 del Decreto Legislativo 1362):

1. Establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en APP. A la fecha, se han aprobado once lineamientos y una guía metodológica, entre ellos, para definir los criterios de asignación de riesgos o el diseño de los contratos (MEF, s. f.-a).
2. Emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación de la Ley de APP, sin perjuicio de la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales y del Congreso de la República. Hasta la fecha, ha emitido 179 interpretaciones de la normativa de APP. En el primer trimestre de 2025, 12 de ellas (MEF, s. f.-b).

Asimismo, a los contratos de APP, se aplica la normativa sectorial que el contrato haya previsto. Por ejemplo, las normas técnicas de mantenimiento de carreteras, de salud o de infraestructura educativa. En el caso particular de los contratos de concesión de energía, el texto contractual mismo es muy escueto y la normativa sectorial se integra a los contratos (Decreto Legislativo 1362).

Ahora bien, cuando nos referimos a la posibilidad de que el tribunal arbitral valore la jurisprudencia vinculante de Perú relativa de la controversia en debate, nos referimos concretamente a que la misma tendrá que haber sido debidamente probada por las partes. Es decir, la parte que desee aplicar un tipo de interpretación a una determinada norma que se encuentra en controversia tiene la carga de probar la interpretación con la que pretende convencer al tribunal arbitral. Este principio se encuentra expresamente reconocido en la regla 36 de las Reglas de Arbitraje Ciadi[6]. De esta forma, cada parte tendrá la posibilidad de recurrir a jurisprudencia y demás fuentes del derecho peruano para así otorgar mayor fuerza probatoria a su posición. Asimismo, en caso ninguna de las partes —o alguna de estas— prescinda de probar la interpretación que realiza y no ofrece ningún tipo de jurisprudencia vinculante del Perú que refuerce su posición, el tribunal arbitral no se encontrará obligado a recurrir a la jurisprudencia vinculante del Perú para adoptar su decisión. Esto se debe a que son las partes quienes tienen la carga de probar su posición al tribunal arbitral, recurriendo a medios de prueba que acrediten lo que proponen.

En tal sentido, no afectará ningún tipo de garantía procesal de las partes si el tribunal arbitral, ante la ausencia de medios de prueba que logre persuadirlos, prescinda de la jurisprudencia vinculante del Perú y recurra a sus propios métodos de interpretación. Por el contrario, en caso el tribunal arbitral considere la imperiosa necesidad de recurrir a jurisprudencia vinculante y/o alguna otra fuente de derecho del Perú que no ha sido ofrecida por las partes en su debido momento, el tribunal arbitral podrá nombrar a uno o más peritos independientes para que lo informen acerca de cuestiones específicas dentro del ámbito de

6 Regla 36:
"[…]
(2) Cada parte tendrá la carga de la prueba de los hechos en los que fundamenta su reclamación o defensa".

la controversia, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con la regla 39 de las Reglas de Arbitraje Ciadi[7].

De la misma forma, el tribunal arbitral puede ordenar de oficio una visita a cualquier lugar relacionado con la diferencia, con el propósito de dilucidar la controversia, de conformidad con la regla 40 de las Reglas de Arbitraje Ciadi[8]. Mientras que lo referido de la regla 39 puede significar una incorporación de oficio de informes de expertos que incluyan jurisprudencia vinculante peruana que sirva para resolver el conflicto, la regla 40 puede aludir a la verificación de costumbres de Perú que también pueden ayudar a resolver la controversia. Ambas pueden llegar a ser determinantes para la solución del conflicto, toda vez que son fuentes del derecho reconocidas en el ordenamiento jurídico peruano.

En caso de que las partes prueben el derecho peruano, ello resulta sumamente particular pues, por ejemplo, cuando se trata de afectación a derechos fundamentales, se pueden ofrecer sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional ya que al ser este el máximo intérprete de la Constitución de Perú y competente cuando se trata de afectación a derechos fundamentales (Sentencia 05206-2022-PA/TC), el tribunal arbitral deberá tener en consideración las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano ofrecidas en las que se ha emitido una decisión vinculante sobre el derecho fundamental afectado y que sirva para resolver el caso concreto. De no ser pertinente para resolver la controversia, las mismas podrán no ser tomadas en cuenta por su impertinencia para la causa.

Ahora bien, para la conformación del tribunal arbitral que se avocará al caso concreto en el que el Perú es parte, es necesario tener en consideración que solo se podrá designar a un árbitro peruano siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la regla 13 del Reglamento de Arbitraje del Ciadi (s. f.-b), esto es, que la contraparte se

---

7 Regla 39:

"(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal podrá nombrar a uno o más peritos independientes para que lo informen acerca de cuestiones específicas dentro del ámbito de la diferencia […]".

8 Regla 40:

"(1) El Tribunal podrá ordenar, de oficio o a solicitud de parte, una visita a cualquier lugar relacionado con la diferencia, si estima la visita necesaria, y una vez en el lugar podrá realizar investigaciones según corresponda".

encuentre de acuerdo con ello. En el supuesto de que no exista acuerdo entre las partes al elegir a miembros árbitros de nacionalidad peruana, la ley peruana deberá ser interpretada por árbitros no peruanos.

Entre los arbitrajes Ciadi en los que se sometió a controversia un conflicto derivado de un contrato de APP y en los que el Estado peruano es parte, se encuentran los siguientes[9]:

Proceso arbitral	Demandante	Demandado	Materia
Caso ARB/19/28	Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL	República de Perú	Empresa de generación de energía renovable
Caso ARB/18/27	Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi SA y Corporación América SA	República de Perú	Diseño, construcción, operación y mantenimiento del nuevo aeropuerto
Caso ARB/20/18	Desarrollo Vial de los Andes	República de Perú	Construcción
Caso ARB/17/3	Metro de Lima Línea 2 SA	República de Perú	Transporte
Caso ARB/11/9	Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC	República de Perú	Acuerdos de transmisión de electricidad

De la lista de arbitrajes esbozada precedentemente, los tribunales arbitrales estuvieron conformados por los siguientes árbitros:

Proceso arbitral	Miembros del tribunal	Nacionalidad
Caso ARB/19/28	Albert Jan Van Den Berg	Neerlandés
	Raúl E. Vinuesa	Argentino/español
	Guido Santiago Tawil	Argentino/portugués
Caso ARB/18/27	Lucinda Low	Estadounidense
	Enrique Barros Bourie	Chileno
	José Emilio Nunes Pinto	Brasileño
Caso ARB/20/18	David J. A. Cairns	Neozelandés
	José María Alonso Puig	Español
	Yves Derrains	Francés

9 La lista de arbitrajes se ha elaborado sobre la base de los arbitrajes con suficiente información publicada en el portal web del Ciadi.

Caso ARB/17/3	David J. A. Cairns	Neozelandés
	Guido Santiago Tawil	Argentino/portugués
	José Emilio Nunes Pinto	Brasileño
Caso ARB/11/9	Luiz Olavo Baptista	Brasileño
	Alexis Mourre	Francés
	Horacio A. Grigera Naón	Argentino

De los arbitrajes citados, se puede advertir la ausencia de árbitros de nacionalidad peruana, quienes, en principio, podrían tener mayor conocimiento respecto del derecho peruano, considerando que las controversias de tales arbitrajes versaron sobre este.

Queda claro que el desconocimiento que hayan podido tener los árbitros extranjeros de los arbitrajes citados no podría ser una excusa para no pronunciarse sobre la litis. En tal sentido, a efectos de que estos logren sentar una posición concreta definida, las partes suelen ofrecer como pruebas informes de expertos en derecho peruano. Por medio de estos informes, se ayuda al tribunal arbitral a esclarecer el ámbito jurídico peruano y así lograr que los árbitros puedan tomar una decisión sobre la materia controvertida sobre derecho peruano. Es a través de este tipo de informes de experto, que es pasible de "probar" la ley peruana.

Al respecto, el profesor Puccio (2021) sostiene que las partes suelen acompañar a sus escritos postulatorios opiniones de expertos respecto a las diversas materias vinculadas a la controversia. Así, por ejemplo, es probable que una parte desee presentar como prueba la opinión de un experto legal en el derecho local aplicable al fondo de la controversia respecto al alcance de sus disposiciones, o la de un experto en una cuestión técnica para establecer las causas de una falla o de un daño, o la opinión de un experto en daños que cuantifique el perjuicio sufrido por la parte que reclama su compensación.

Dicho de otro modo, la ley peruana es pasible de ser probada a través de informes de expertos en determinada materia del derecho peruano en controversia, siendo este tipo de prueba muy usual en arbitrajes internacionales en los que el Estado peruano es parte y, más aún, si el tribunal arbitral se encuentra conformado por árbitros de nacionalidad distinta a la peruana.

Por citar un ejemplo de los arbitrajes citados precedentemente, en el arbitraje Ciadi signado como Caso ARB/19/28, la parte demandante ofreció, junto con su memorial, el informe de experto del Dr. Eduardo Benavides (en adelante, Dr. Benavides) y de la Dra. María Teresa Quiñones (en adelante, Dra. Quiñones), los cuales versaron sobre derecho civil peruano y derecho administrativo peruano, respectivamente. Por su parte, el Estado peruano ofreció el informe experto del Dr. Claudio Lava Cavassa y del Dr. Carlos Monteza Palacios en torno a las materias de derecho civil peruano y derecho administrativo peruano, respectivamente.

Tales informes fueron sustanciales para la dilucidación del caso; ya que es el propio tribunal quien, en determinados extractos del laudo emitido para resolver el arbitraje, adopta el criterio brindado por tales expertos. A través del fundamento 592 del laudo en mención, el tribunal arbitral sostuvo lo siguiente:

> Pursuant to the analysis under Article IX of the Peruvian Civil Code set out at paragraph 584 above, **the Tribunal agrees with Mr. Lava and Dr. Benavides that these provisions of the Peruvian Civil Code apply to the interpretation of the RER Contract** [énfasis agregado]. This is on the basis that: (i) the RER Law, the RER Regulations, the Electricity Concessions Law and the Regulations of the Electricity Concessions Law do not contain norms or criteria of contractual interpretation; and (ii) there is no incompatibility between the norms of contractual interpretation in the Peruvian Civil Code and the RER Law, RER Regulations, or other applicable laws [De conformidad con el análisis realizado en virtud del artículo IX del Código Civil peruano, establecido en el párrafo 584 *supra*, **el Tribunal coincide con el Sr. Lava y el Dr. Benavides en que estas disposiciones del Código Civil peruano se aplican a la interpretación del Contrato RER** [énfasis agregado]. Esto se basa en que: (i) la Ley RER, el Reglamento RER, la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de la Ley de Concesiones Electrónicas no contienen normas o criterios de interpretación contractual; y (ii) no existe incompatibilidad entre las normas de interpretación contractual del Código Civil peruano y la Ley RER, el Reglamento RER u otras leyes aplicables].

De la misma forma, el tribunal arbitral adoptó el criterio y las pruebas aportadas por la Dra. Quiñones en el fundamento 647 del laudo. Específicamente, manifestó lo siguiente:

> The Tribunal accepts the evidence of Dr. Quiñones along these lines, i.e., that those entities bound by the RER Contract would be "all the entities or bodies that are in charge of fulfilling the obligations and charges corres-

ponding to the grantor"[698] or "public bodies linked to the compliance of the contract" ["El Tribunal acepta la prueba de la Dra. Quiñones en este sentido, es decir, que las entidades obligadas por el Contrato RER serían "todas las entidades u organismos que tengan a su cargo el cumplimiento de las obligaciones y cargas que corresponden al concedente"[698] o "los organismos públicos vinculados al cumplimiento del contrato"].

Así, cuando la ley peruana es materia de controversia en un arbitraje Ciadi, la misma es pasible de ser probada a través de estos informes que sirven para esclarecer el panorama normativo para el tribunal arbitral, más aún si se encuentra conformado por árbitros extranjeros. De las citas precedentes, se puede comprobar que el tribunal arbitral coincidió con determinados criterios aportados tanto por el demandante como por el Estado peruano, lo cual denota lo relevante y útil que resultó probar el derecho peruano a través de los informes de expertos.

Es oportuno mencionar que, de acuerdo con el artículo 53º del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Ciadi, s. f.-c), el laudo Ciadi es obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, salvo los supuestos de aclaración, revisión y anulación de laudo previstos entre los artículos 50 y 52 del mismo convenio. Con lo cual se puede concluir que la ley peruana puede ser interpretada —de forma definitiva— por un tribunal arbitral del Ciadi conformado por árbitros no peruanos y, en ese sentido, la presentación de los informes de expertos legales peruanos por las partes en controversia adquiere la máxima relevancia y debe ser parte de la estrategia en un arbitraje Ciadi, a diferencia de los arbitrajes nacionales, en los cuales la participación de árbitros abogados peruanos es usual y los informes legales tienen menor incidencia.

Conclusiones

- La Constitución Política del Perú habilita al Estado a someter sus controversias contractuales a arbitraje nacional e internacional y a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. El marco legal de APP adopta esta misma alternativa y, en ese sentido, los contratos de APP contienen, obligatoriamente, una cláusula arbitral que somete cualquier controversia derivada del mismo a que las partes recurran a la jurisdicción arbitral, ello de conformidad con la normativa de la materia.

- Las controversias derivadas de un contrato APP de las que el Estado peruano forma parte son pasibles de ser ventiladas —y resueltas— ante el Ciadi, al ser una controversia derivada de un proyecto de inversión suscrito entre el Estado peruano y un nacional de otro Estado contratante. De hecho, la mayoría de contratos de APP celebrados por el Estado peruano contiene dicha estipulación.
- En el caso de los contratos de APP en controversia, el tribunal arbitral del Ciadi no conocerá propiamente de un arbitraje de inversión; se trata de una controversia contractual en la cual se resuelve una discrepancia contractual con la normativa peruana que no solo incluye la Ley de APP y su reglamento, sino todas aquellas que se dictan en el marco del sistema funcional nacional de promoción de la inversión privada y la sectorial correspondiente.
- Si bien el marco del Ciadi admite la posibilidad de que las partes acuerden que el tribunal arbitral esté integrado por árbitros peruanos; en la realidad, este supuesto no se presenta y el marco normativo será aplicado por un tribunal arbitral compuesto por árbitros de otras nacionalidades.
- El tribunal arbitral del Ciadi designado para resolver una controversia en torno a la interpretación de la ley peruana podrá apoyarse de la jurisprudencia, así como de las costumbres del peruano pertinentes para la dilucidación de la controversia, siempre y cuando estas hayan sido ofrecidas por las partes en su respectivo momento. De lo contrario, el tribunal arbitral se encontrará facultado a solicitar, de oficio, peritajes (informes de expertos) para resolver la controversia, o prescindir de ellos y fundamentar su decisión en criterios interpretativos que no necesariamente se ajusten a la jurisprudencia vinculante del derecho peruano.
- El derecho peruano es pasible de ser probado en sede internacional a partir de informes y/o peritajes de expertos en derecho peruano, los cuales pueden contener no solo opiniones legales, sino que pueden basarse en pronunciamientos y/o jurisprudencia vinculante del Perú. De forma tal que, incluso en el supuesto en el que no exista un árbitro de nacionalidad peruana, el tribunal arbitral puede tener un mejor panorama de la normativa, interpretación y aplicación de la ley peruana.

- En los diferentes laudos Ciadi en los que el Perú ha sido parte en el marco de una controversia derivada de la interpretación y/o aplicación de un contrato APP, las partes han probado el derecho peruano recurriendo a informes técnicos y/o de expertos relativos al derecho peruano en discusión. De tal forma, en determinados casos, coadyuvaron a que el tribunal arbitral se alinee a las interpretaciones realizadas por alguno de los peritos expertos y emita una decisión favorable para dicha parte.
- Resulta muy relevante en este contexto que las estrategias de defensa de ambas partes consideren y definan como un componente importante, y hasta decisivo, la probanza de la ley peruana en un arbitraje Ciadi, a través de informes de expertos que tengan no solo un conocimiento del marco normativo aplicable al caso, sino un reconocimiento nacional e internacional a ese respecto, así como de su solvencia ética, independencia profesional y contundente capacidad de argumentación escrita y verbal.

REFERENCIAS

Ciadi. (s. f.-a). *Acerca del Ciadi*. https://icsid.worldbank.org/es/acerca

Ciadi. (s. f.-b). *Reglas del arbitraje del Ciadi.* https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_Arbitration_SPA.pdf

Ciadi. (s. f.-c). Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_SPA.pdf

Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos. 23 de julio de 2018.

Flores, L. (2022). Algunas consideraciones sobre la constitucionalización del arbitraje y los alcances del control constitucional. *Biblioteca de Arbitraje* (100).

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (s. f.-a). *Normativa*. Mef.go. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=102376&lang=es-ES&view=article&id=3973

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (s. f.-b). Interpretaciones sobre la normativa en materia de APP y Proyectos en Activos. Mef.go. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=102485&lang=es-ES&view=article&id=5237

Puccio, R. (2021). La prueba en el arbitraje internacional: aspectos que pueden ser influenciados por aplicación de la ley peruana. *Revista Foro Jurídico*, (19), 223-252.

Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 05206-2022-PA/TC; 11 de julio de 2024.

INVERSIÓN EXTRANJERA E INVERSIÓN NACIONAL BAJO EL BLASÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO. UNA MIRADA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 63 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio[1]
Giancarlo Peralta Miranda[2]

Resumen

Este trabajo versa sobre el arbitraje internacional en el marco del principio de igualdad de trato de la inversión nacional y extranjera, previsto en el artículo 63 de la Constitución. Aquí, los autores explican que esta igualdad de trato se manifiesta en la actuación del Estado al otorgar las mismas condiciones en las contrataciones con inversores peruanos y extranjeros, lo cual es relevante para promover la libre competencia, la libertad de contratación y otros principios del régimen económico de la Constitución peruana. En ese orden de ideas, la igualdad de trato también se manifiesta en el acceso a los mismos mecanismos para solucionar las controversias, por lo que el artículo comentado, en su tercer párrafo, establece que

1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la PUCP. Estudios de Postgrado en la Universidad de Salamanca, España; y curso de Especialización en Junta de resolución de Disputas por la Universidad ESAN.

2 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Con estudios concluidos de Maestría en Derecho de los Negocios, con práctica en Competencia y Regulación, por la misma casa de estudios. Tiene estudios en la Universidad de Cambridge, la American University - Washington College of Law, la Universidad de Alicante y la UPC.

los conflictos relacionados con la inversión local o extranjera pueden ser resueltos mediante el arbitraje nacional o internacional. De esta manera, se fomenta la confianza en las inversiones y la seguridad jurídica.

1. Introducción

"La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones", afirma el artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993 en sus primeras líneas. La contundencia de esa frase parece sostener todos los demás elementos que conforman la heterogénea composición de dicho artículo. En su actuación, el Estado trata de manera igualitaria a la inversión nacional y a la extranjera, allanando el campo para que estas se desarrollen y confluyan, en libertad, con el fin de contribuir al desarrollo de nuestro país.

A lo largo de las siguientes líneas veremos que nuestra Constitución Económica apuesta por la remoción de toda barrera chovinista que genere distorsiones al mercado, evitando parcializarse con la inversión nacional frente a la inversión extranjera. Esto, naturalmente, tiene límites y excepciones, pero el espíritu del artículo 63 es garantizar la igualdad de derechos y de obligaciones entre la inversión nacional y la inversión extranjera.

La sujeción a las mismas condiciones que establece la Constitución no se agota en los derechos sustantivos, sino en las cuestiones procedimentales, que incluyen la vía arbitral (además de la judicial) como alternativa legítima para que, entre privados, así como entre privados y el Estado, solucionen las controversias derivadas de sus relaciones contractuales, tal como se desprende de los artículos 62 y 63 de la norma fundamental.

En ese contexto, el arbitraje (nacional e internacional) se erige como un mecanismo pacífico y técnico de solución de controversias, que el Perú ha sabido difundir y emplear para el beneficio de su economía, la generación de un ambiente favorable para las inversiones y, finalmente, contribuir con la seguridad jurídica y el desarrollo del país.

2. Hacia una equiparidad de condiciones para la inversión extranjera con la inversión nacional

La Constitución Política del Perú de 1993, en el denominado "capítulo económico", se enfoca a un régimen económico de libre mercado, que postula la libertad de empresa, el respeto a la propiedad privada y a los contratos, así como el rol subsidiario del Estado en el quehacer económico.

La premisa necesaria para que los postulados anteriores funcionen y el afán de atraer inversiones sea visible y creíble la encontramos en la primera parte del artículo 63 de la Constitución, cuyo tenor dice: "La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones". De ese modo, declara, con todas sus letras, el principio de igualdad de trato entre el inversionista peruano y el extranjero.

Como señala Marcial Rubio, su antecedente más próximo (la Constitución de 1979) en lo referente a la inversión extranjera

> permitía entregar actividades sólo a peruanos y sometía a los capitales extranjeros a la ley peruana, pero no establecía si en condiciones de igualdad o desigualdad (aunque el artículo 137 de la misma Constitución establecía ciertos límites y supervisiones que no eran aplicables a la inversión nacional). En cambio, la Constitución de 1993 establece las mismas condiciones para la inversión nacional y extranjera (Rubio, 1999, pp. 302-303).

En este primer extremo del artículo 63 bajo comentario se consagra el principio de no discriminación derivado de la nacionalidad del inversor, garantizando de esa forma la igualdad de trato para el inversionista foráneo, tal como se hace con el inversionista peruano. En palabras de Santistevan y Loredo (2005), se consagra el estándar de trato nacional con la finalidad de neutralizar políticas proteccionistas por parte de los Estados receptores de la inversión a favor de sus productores locales, en menoscabo de la competencia que pudieran generar los inversores extranjeros.

Lo anterior va de la mano con una política nacida en los años noventa de promover inversión proveniente de distintas latitudes, en el entendido de que, para el desarrollo económico del país, tan buena es la inversión de capital local como aquella del extranjero.

En efecto, en materia de inversiones, el Perú ha dado un giro considerable en las últimas décadas, motivado, principalmente, en (i) las

corrientes económicas tendientes a la mayor participación de los capitales privados (nacionales y extranjeros) en distintos sectores económicos, algunos considerados "estratégicos", como gas, hidrocarburos o telecomunicaciones, con su necesaria desregulación; y (ii) la necesidad de atraer a esos capitales para dinamizar una economía en crisis producto de recetas estatizadoras ligadas a una planificación central del Estado en la conducción económica, en un rol cuasimonopólico en la oferta de bienes y servicios.

Históricamente, antes de ese giro, y como veremos en líneas posteriores, el inversionista extranjero, ante un problema contractual con el Estado receptor de su inversión, se veía compelido o bien a recurrir a cortes o tribunales locales de ese mismo Estado, o a pedir la intervención de su Gobierno para que este, a su nombre, protegiese su inversión frente al Estado receptor, a través de la vía diplomática, por medio del principio de protección diplomática. Así, bajo la dirección de la cláusula Calvo, "en América Latina, por mucho tiempo, la opinión predominante fue que los inversionistas extranjeros estaban obligados a someterse a los tribunales locales en igualdad de condiciones que los nacionales de ese Estado" (Ali, 2009, pp. 3-4).

Sin embargo, sostener ese diseño de inversión, hoy en día, es inviable, si es que un Estado desea tener una imagen atractiva para inversionistas foráneos y captar la mayor cantidad de capitales. Ello, da respuesta a la celebración por parte de nuestro país de un número cada vez mayor de tratados bilaterales de inversión (TBI, o BIT por sus siglas en inglés) o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (Appri), así como de acuerdos de promoción comercial (APC) y de tratados de libre comercio (TLC) con sendos capítulos de inversión, como trataremos más adelante. Como otra muestra tangible de lo dicho, es que el Perú es uno de los 158 Estados que han ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del Ciadi)[3] y que se someten voluntariamente a la administración de este órgano del Banco Mundial (BM) para la tramitación de sus arbitrajes de inversión[4].

---

3 Información disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>.

4 Hay que tener presente que el auspicio del Ciadi, acaso el más recordado, no es el único para la solución de disputas en materia de inversión. Existen arbitrajes *ad hoc* bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Nuestro país, por consiguiente, ha apostado decididamente, desde hace más de tres décadas, por la apertura comercial, el libre comercio, la promoción de inversiones y la solución de controversias relativas a ellas a través de las reglas del arbitraje internacional de las inversiones. Así, el artículo 63 de la Constitución autorizó expresamente, al Estado y a otras entidades de derecho público, a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de tratados en vigor. Esta norma constitucional fue desarrollada por la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) y por normas relativas a inversiones extranjeras, entre otras, que ratificaron en el Perú esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones, asunto que trataremos también más adelante.

Volviendo a la primera parte del primer párrafo del artículo 63 de la Carta Magna, encontramos la postulación del estándar de trato nacional, que, en palabras de Tawil (2001), es de carácter relativo, en tanto que se sujeta a reglas, limitaciones o incentivos que el Estado anfitrión puede establecer a la inversión nacional respecto de la foránea.

Adicionalmente, como acertadamente indica Ávila (2005), esta igualdad de trato se plasma en igualdad de condiciones. En sus propias palabras:

> Las condiciones a las que se refiere el artículo deben referirse al más amplio sentido de la palabra, e incluir a los requisitos, formalidades, aptitudes o disposiciones para la inversión […] En la actualidad, en Perú, el sistema de protección de las inversiones privadas se encuentra bien desarrollado, aunque sea formalista y diseminado (pp. 882-883).

Así, por ejemplo, encontramos en el artículo 1 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, el siguiente precepto:

> Establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales, a todo nivel.

(Uncitral, por sus siglas en inglés), así como arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y otras instituciones arbitrales de reconocido prestigio internacional.

De ese modo, fija la obligación y el compromiso del Estado peruano —en todos sus niveles de gobierno— a aplicar a los inversores, sin distinción alguna a causa de su calidad de nacional o extranjero, los derechos, las garantías y las obligaciones previstos en dicho cuerpo legal.

Igualmente, el mismo sentido en esa materia lo tiene el Decreto Legislativo 662, en cuyo artículo 2 señala que:

> los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo.

Nuevamente, encontramos presente al principio de no discriminación derivado de la nacionalidad del inversor, lo que garantiza la igualdad de trato para el inversionista extranjero respecto al inversor local; asunto que nos parece de capital importancia si queremos fomentar en el país un régimen económico basado en la libre competencia, la libertad de contratación y la eliminación de barreras, lo que, a la larga, redundará en un mayor beneficio para el consumidor interno[5].

Sin embargo, hay voces discrepantes de este primer postulado del artículo 63 bajo comentario, las cuales aseguran que lo dispuesto en el artículo 63:

> constituye uno de los puntos más discutidos y polémicos del régimen económico de la Constitución de 1993. En nuestra opinión limita en forma innecesaria las prerrogativas del Estado en materia de inversión, constituyendo un reconocimiento extraordinario al capital extranjero con claro desmedro del nacional […] parte importante del patrimonio nacional ha pasado a manos de empresas extranjeros [sic], sobre cuyos fines e intereses no hay control ni información relevante (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 478).

Si bien comprendemos la preocupación de algunos académicos por lo que podría parecer un favorecimiento al inversionista extranjero sobre el nacional, consideramos que su objetivo final es reducir o mitigar el riesgo político que supone invertir en el Perú, país que no ha estado libre de prácticas de nacionalizaciones y expropiaciones de empresas con capitales extranjeros —y también nacionales—, con los

5 De hecho, en su preámbulo, el Decreto Legislativo 662 declara que es "objetivo del Gobierno remover los obstáculos y restricciones a la inversión extranjera a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales".

resultados nefastos que ello ha traído en cuanto al interés de la actividad privada por invertir en el Perú.

Además, coincidiendo con lo manifestado por Santistevan y Loredo (2005), el precepto bajo comentario tiene un "carácter absoluto", por cuanto en el texto constitucional no hay limitación ni diferencia alguna en el trato que se dará a los inversionistas nacionales en comparación con los extranjeros; todo lo contrario, la disposición es categórica: los dos tienen "las mismas condiciones" (p. 481).

Igualmente, ambos —inversionistas nacionales y extranjeros— están sujetos a los mecanismos de control y supervisión que, conforme a la normativa societaria, bancaria y bursátil les corresponda. Por lo tanto, podemos afirmar que lo que ha buscado la primera parte del artículo 63 de la Constitución Económica busca "nivelar la cancha"; es decir, alcanzar una igualdad de trato en el sentido más absoluto del término, que garantice, a través del orden jurídico nacional y de su aplicación práctica, que las condiciones que recibirá la inversión extranjera serán exactamente las mismas que las de la inversión nacional.

3. Igualdad de trato y solución de controversias contractuales en las que interviene el Estado peruano

La sujeción a las mismas condiciones que el régimen económico de la Constitución de 1993 garantiza, tanto para las inversiones nacionales como para las inversiones extranjeras, también se refleja en la forma en que estas solucionan sus controversias contractuales. Ello incluye las controversias de esa naturaleza que pudieran tener tales inversiones con el propio Estado peruano. De ahí que, el segundo párrafo del artículo 63 de la norma fundamental establezca que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y a los órganos jurisdiccionales de la República, además de su renuncia a toda reclamación diplomática[6].

6 Como señala Wieland (2002), "en caso de que los nacionales hayan sido víctimas de actos ilícitos, el amparo se concreta, en primer lugar, en gestiones o reclamaciones diplomáticas, acorde a la gravedad del asunto. Si es una cuestión de considerable significación, cabría acordar el recurso a un medio pacífico de solución de disputas". Así, en materia de protección diplomática, la obligación de los Estados de asegurar a los extranjeros que se hallen en su territorio un mínimo de derechos (seguridad personal, libertad individual y de propiedad privada) "constituye, en consecuencia, una limitación al derecho de jurisdicción territorial del Estado" (pp. 45 y 46).

La referida disposición constitucional tiene la impronta de la llamada doctrina Calvo, propuesta por el jurista y diplomático argentino, de origen uruguayo, Carlos Calvo, quien, además de reivindicar los principios de soberanía e igualdad de los Estados, también postulaba la igualdad entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos nacionales, así como el imperio de la jurisdicción territorial.

La doctrina Calvo, en esencia, planteaba el respeto de la soberanía de los Estados; soberanía que no admitía interferencia de terceros y la cual respalda el planteamiento de que los extranjeros —personas naturales o jurídicas— que inviertan en un Estado o que contraigan una deuda con este tendrían los mismos derechos que un nacional de aquel Estado y, por lo tanto, no podrían solicitar un nivel de protección más elevado. En caso de pérdidas, estos inversores solo tendrían la opción de reclamar ante las cortes del Estado en donde se realizó dicha inversión, lo cual evita la protección diplomática de su país de origen (Blackaby, 2005). Pese a que lo antes mencionado también ha sido objeto de crítica por parte de cierto sector de la academia, no se puede negar la sólida influencia que la doctrina Calvo ejerció en su época, y que fue plasmada en textos constitucionales y legislativos en lo que se conoce como la "cláusula Calvo", empleada mayoritariamente por los Estados latinoamericanos, y que aún perdura en algunas de las constituciones o leyes de la región.

El segundo párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993, cuyos antecedentes más próximos se hallan, *mutatis mutandis*, en las Constituciones de 1920[7], 1933[8] y 1979[9], tiene, sin duda alguna, la im-

7 El artículo 39 de la Constitución de 1920, se establecía que "los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial".

8 El artículo 17 de la Constitución de 1933 establecía: "las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

9 El artículo 136 de la Constitución de 1979 establecía: "las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las

pronta de la doctrina Calvo.

Al igual que en la Constitución de 1979, la de 1993 también estableció, aunque con sutiles diferencias de técnica normativa[10], que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados debe constar el sometimiento de estos a las leyes y a los órganos jurisdiccionales de la República (con la renuncia a toda reclamación diplomática), pudiendo ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. También estableció que 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 en vigor. Pero el artículo 63 de la Constitución de 1993 fue más allá de lo que sus antecesoras habían planteado. Este artículo dispuso, además, que aquellas también pueden someter tales controversias a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Con ello, consideramos, se "preparó la tierra" para los hoy fértiles cultivos de la práctica arbitral peruana.

La virtud de la última parte del artículo 63 es destacada por los propios miembros de la entonces Comisión de Constitución y de Reglamento de 1993 (Comisión Constitucional) del Congreso Constituyente Democrático (CCD):

> Finalmente, el artículo 77° [es decir, el actual artículo 63 de la Constitución de 1993, en esencia] establece la facultad que tienen las personas jurídicas de derecho público para someter sus controversias de naturaleza económica a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Si nosotros ya estamos en un tratado que establece la posibilidad o la existencia de un mecanismo de arbitraje o judicial internacional para resolver un problema, entonces, de acuerdo con este artículo 77°, la empresa estatal puede someterse a esa condición. **Pero, además, se agrega que en igual condición estarán aquellos casos que puedan ser sometidos a consideración de tri-**

---

concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

10 A propósito de la técnica normativa utilizada por el constituyente de 1993 para la redacción del actual artículo 63, así como los interrogantes que este plantea, puede consultarse el comentario crítico formulado por el profesor Marcial Rubio Correa (1999, pp. 312-314).

> **bunales de arbitraje** [nacional e] **internacional por ley del Congreso que expresamente lo autorice** [énfasis agregado].
>
> En consecuencia, este capítulo se inserta dentro del concepto de respeto a las instituciones que ya desde 1979 había sido recogido, **pero se perfecciona en su texto y en su concepción** [énfasis agregado]"[11].

Se añade que

> en el capítulo del Poder Judicial se reconoce el fuero arbitral. Pero aquí [en el actual artículo 63] se está diciendo algo muy importante no considerado antes: que el Estado puede someter sus controversias a tribunales internacionales de los que el Perú sea parte. Se suprime aquella aclaración sobre la cual tenía que constar el sometimiento a la ley peruana de todo contrato en que intervenga el Estado y **se abre la posibilidad de la jurisdicción arbitral**. Entonces, **este es un artículo de trascendental importancia para los múltiples contratos que tiene que suscribir y de hecho suscribe el Perú**[12] [énfasis agregado].

En efecto, el último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993 evoluciona el sistema de solución de controversias derivadas de la relación contractual en las que intervienen el Estado y las demás personas de derecho público, habilitándolas a someter tales disputas a la vía arbitral, nacional o internacional. Con ello se logró, además, forjar los sólidos cimientos que sostienen, hoy, la participación del Estado en arbitrajes de contratación pública, en arbitrajes comerciales internacionales y en arbitrajes internacionales de inversión (si se considera, además, el segundo párrafo del artículo 63), entre otros.

Pero como no podía ser de otra manera, las disposiciones aisladas no pueden sostenerse en el tiempo si es que no existe un conjunto de preceptos que consoliden un sistema. Así, por ejemplo, tenemos el artículo 58, ("economía social de mercado"), que adscribe nuestra base constitucional económica a la economía social de mercado; el artículo 60 (de pluralismo económico), que establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal; y, por supuesto, el artículo 62 (sobre la libertad de contratar), cuyo texto —dado su indubitable alcance arbitral— vale la pena destacar especialmente:

---

11 Ver la intervención del señor Carlos Torres y Torres Lara en Congreso Constituyente Democrático (CCD). *Debate Constitucional. Pleno - 1993*, Tomo II, p. 906.

12 Ver la intervención del señor Enrique Chirinos Soto en Congreso Constituyente Democrático (CCD). *Debate Constitucional. Pleno - 1993*, tomo II, p. 913.

> 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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley** [énfasis agregado].
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

La relevancia de estos umbrales constitucional-económicos —como no podría ser de otra manera— ha sido destacada por el máximo intérprete de nuestra Constitución: el Tribunal Constitucional, cuyo Pleno, en la sentencia recaída sobre el Expediente 00002-2009-AI/TC, resalta lo siguiente:

> 28. […] Como ha quedado establecido en la jurisprudencia constitucional, el arbitraje tiene una naturaleza constitucional, en la medida que, sin perjuicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, se prevé la existencia de jurisdicción arbitral y militar, según dispone el artículo 139°-1 de la Constitución. Asimismo, el comercio internacional exige seguridad y rapidez en las transacciones, con procedimientos simples, neutrales y eficaces de solución de las controversias que surjan entre las partes. De allí que, en las relaciones de comercio internacional, está asentada la institución del arbitraje internacional, antes que la jurisdicción interna prevista para los conflictos derivados del derecho interno.
>
> 29. La Constitución peruana no ha sido ajena a esta realidad jurídica internacional; por ello, en el artículo 62° se ha señalado que […] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley'. Y en el artículo 63° in fine de la Constitución se ha perceptuado [*sic*] también que '[…] El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley'.
>
> 30. La legitimidad constitucional del arbitraje se ha visto confirmada en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales sobre arbitraje, en cuyo caso el Decreto Legislativo será de aplicación supletoria.

Tampoco ha sido soslayada por el Tribunal Constitucional la importancia que, en el ámbito internacional —y nacional—, se ha ganado a pulso el arbitraje. Así, en la sentencia recaída sobre el Expediente 6167-2005-PHC/TC, en la que podría ser considerada como la decisión constitucional más relevante para el arbitraje en el Perú, el Pleno de dicho colegiado reconoció lo siguiente:

> 4. El desarrollo de esta institución [el arbitraje] en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional ad hoc a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En suma, el arbitraje (nacional e internacional) se erige como una herramienta eficiente que, en el marco de nuestra Constitución Económica, tiene gran relevancia en la solución pacífica y técnica de las controversias derivadas de una relación contractual, ya sea entre privados, o entre privados y el Estado peruano.

Además, las disposiciones constitucionales antes glosadas permiten posicionar al Perú como un país que ofrece a sus nacionales y a extranjeros un entorno propicio para el libre ejercicio de sus relaciones contractuales y para sus inversiones[13]; sujetos, ambos, a las mismas condiciones.

Todo lo anterior permite concluir que

> La habilitación de una vía alternativa a la de la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial, como lo es la vía arbitral […] resulta una previsión fundamental dentro del marco de las garantías para la promoción y protección

13 Esto es lo que, de hecho, se entendió desde la concepción de las disposiciones constitucionales comentadas: "En relación con el tema arbitral, no tengo problema en que se mantenga la norma. Efectivamente, me parece un avance en nuestra legislación el haber permitido el sometimiento de los contratos que celebren particulares y el Estado a tratados internacionales [*sic*] que consagren formas de arbitraje. Creo que es la condición indispensable para la inversión extranjera, pues hay que ofrecer esa seguridad jurídica; es una norma que no estaba en la Constitución de 1979". Ver la intervención de la señora Lourdes Flores Nano en Congreso Constituyente Democrático (CCD). *Debate Constitucional. Pleno - 1993* Tomo II, p. 913.

de las inversiones privadas, toda vez que genera un grado mayor de confianza a esta inversión el hecho de saber que sus controversias se resolverán de manera más expeditiva, más especializada y sin la injerencia estatal que podría recaer en los fueros judiciales (Santistevan y Loredo, 2005, pp. 491 y 492).

4. El arbitraje internacional y el Estado peruano

Como ya se ha mencionado, el Estado peruano y las demás personas de derecho público están habilitados constitucionalmente para someter sus controversias de relación contractual a arbitraje nacional o internacional (en la forma en que lo disponga la ley), así como a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Esta habilitación ha llevado a que el Perú sea uno de los países que más actividad arbitral tiene, incluyendo aquellos casos en los que el Estado es una parte contendiente.

La prolija actividad arbitral del Perú tiene, qué duda cabe, bases constitucionales[14], pero también se sostiene sobre bases legislativas (normativa con rango de ley). Fundamentalmente, en el Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje; la normativa sobre contratación pública (actualmente, Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, y su Reglamento (actualmente, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, aprobado por el Decreto Supremo 195-2023-EF y modificado por sucesivos decretos legislativos), que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos, entre otras. Las ventajas del arbitraje —por su propia naturaleza— y del marco normativo general peruano han contribuido a que dicho método de solución de controversias sea difundido y frecuentemente utilizado. Por ello, parte de la doctrina arbitral peruana hace referencia a una "inevitabilidad" del arbitraje[15].

---

14 A propósito del vínculo constitucional del arbitraje, se pueden consultar VV. AA. (2012). *Arbitraje y constitución* (Biblioteca de Arbitraje, Vol. 21). Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra; Ledesma, M. (2014). *Jurisdicción y arbitraje* (3.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y Cantuarias, F. y Repetto, J. L. (2019). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino. *Forseti. Revista de Derecho*, *2*, 97-110. Universidad Privada de Ciencias Aplicadas.

15 Sobre el particular, ver Cantuarias, F. (2007). Capítulo I: Razones por las cuales el arbitraje es inevitable. En *Arbitraje comercial y de las inversiones* (pp. 1-26). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Cantuarias, F. y Caivano, R. J. (2008). La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, *7*, 43-84; y Santistevan,

Con motivo de este trabajo, nos referiremos, brevemente, a la actividad arbitral internacional del Estado peruano. Particularmente, en su participación en arbitrajes internacionales de inversión, a partir de la habilitación que el artículo 63 de la Constitución confiere.

4.1. El arbitraje internacional de inversión y el Estado peruano

Pero ¿qué es un arbitraje internacional de inversión? Un arbitraje de internacional de inversión o "arbitraje inversionista-Estado" es aquel que permite al inversor extranjero y al Estado receptor de dicha inversión, distinto del cual es originario el inversor, someter voluntariamente sus diferencias jurídicas, relativas a dicha materia, a un tribunal arbitral investido con facultades para resolver tales controversias. En este tipo de arbitraje, *sui generis*, el derecho internacional —traducido, usualmente, en estándares de protección o principios generales— cumple un rol protagónico, confluyendo con el derecho nacional del Estado que es parte de la controversia[16].

En términos generales, y mayoritariamente aceptados por la práctica arbitral internacional y la academia, puede afirmarse que, *a contrario sensu* de lo que ocurre con los arbitrajes comerciales internacionales (en los que, por supuesto, también pueden participar "el Estado [peruano] y las demás personas de derecho público", como reza la Constitución), en los arbitrajes internacionales de inversión se discute la responsabilidad internacional del Estado por potenciales hechos internacionalmente ilícitos. Estos actos se evidencian, por ejemplo, a través de la vulneración de los antes mencionados estándares de protección, contenidos en tratados en materia de inversión, respecto de lo cual hablaremos en líneas posteriores. Estas materias no son objeto de los arbitrajes comerciales internacionales, en los que se discuten, fundamentalmente, incumplimientos contractuales.

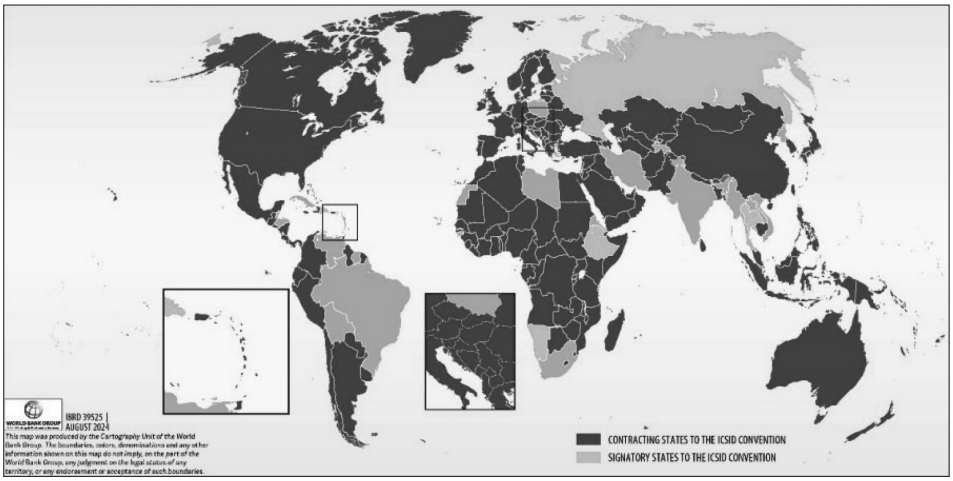
J. (2008). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071). *Revista Peruana de Arbitraje*, *7*, 85-118.

16 Para mayor detalle del origen y desarrollo del arbitraje de inversión, ver Peralta, G. (2017). *Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión* (Biblioteca Arbitraje, Vol. 43). Estudio Mario Castillo Freyre; Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Católica San Pablo.

4.2. El arbitraje internacional de inversión en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)

Precisado lo anterior, cuando la norma fundamental dice que "el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor", uno piensa principalmente (aunque no exclusivamente) en el Convenio del Ciadi y no es para menos, porque se trata de uno de los tratados en materia arbitral más aceptados en el mundo. El lugar donde, por excelencia, se lleva a cabo la inmensa mayoría de arbitrajes internacionales de inversión[17]. Entenderemos en las próximas líneas el porqué.

El Convenio del Ciadi nació como iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cumplidos los requisitos previstos en este para tales efectos. Sin embargo, no fue sino hasta el 13 de junio de 1972 que se registró la primera solicitud de arbitraje en el Ciadi, en el caso Holiday Inn y otros vs. Marruecos (Caso ARB/72/1).



Fuente: The ICSID Caseload - Statistics. Issue 2025-1.

17 Hablamos de una "inmensa mayoría" de arbitrajes internacionales de inversión y no de una "totalidad", en tanto que puede haber arbitrajes internacionales de inversión que se lleven bajo las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), o arbitrajes internacionales de inversión *ad hoc* que se lleven en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o en la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE).

Al 31 de diciembre de 2024, 165 Estados firmaron el Convenio del Ciadi, de los cuales 158 presentaron también los respectivos instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de dicho Convenio, convirtiéndose en partes contratantes de tal acuerdo. Solo siete Estados aún no ratifican el convenio, pese a haberlo suscrito[18].

Por su parte, el Estado peruano suscribió el convenio el 4 de setiembre de 1991, y depositó el respectivo instrumento de ratificación del tratado el 9 de agosto de 1993. Con ello, el Convenio del Ciadi entró en vigor para la República del Perú el 8 de setiembre de 1993.

El Ciadi es, entonces, el intento y la realidad con mayor seriedad en el mundo de la solución de controversias en materia de inversiones. El de mayor consistencia.

En efecto, el Ciadi se ha erigido como el primer y legítimo instrumento internacional que logra brindar un marco jurídico procedimental[19], que sirve de protección tanto para inversores extranjeros como para Estados anfitriones. Por un lado, brinda a los inversores extranjeros un andamiaje procedimental (el Convenio del Ciadi y las Reglas de Arbitraje, entre otros) que garantiza un foro especializado, técnico y neutral (el Ciadi), fuera de injerencias externas. Ello contribuye a promover un clima de inversiones favorable. Mientras que, además, brinda a los Estados receptores de inversión un foro que permite despolitizar los conflictos inversionista-Estado, evitando así la protección diplomática y todos los potenciales desafíos que ella implica[20].

¿Pero qué es lo que hace al Ciadi tan especial? Sin duda, su mecanismo autocontenido. Es decir, el hecho de que brinde a las partes un sistema propio de remedios contra el laudo, así como de su reconocimiento y ejecución, lo cual impide que dichas sentencias arbitrales sean revisadas fuera del Ciadi; y eso es posible por provenir de un tratado, libremente aceptado por los Estados parte. Este es un factor fun-

---

18 A saber: Belice, República Dominicana, Etiopía, Guinea-Bissau, Namibia, Federación Rusa y Tailandia.

19 El Convenio del Ciadi no provee derechos sustantivos, sino reglas de arbitraje sofisticadas y eficientes para la solución de arbitrajes en materia de inversión extranjera (arbitrajes inversionista-Estado).

20 Schreuer (2011), por ejemplo, señala: "But diplomatic protection, too, has several disadvantages. The investor must have exhausted all local remedies in the host country. Moreover, diplomatic protection is unpopular with States against which it is exercised and may lead to tensions in international relations" (p. 788).

damental que lo diferencia de cualquier otro foro arbitral en el mundo (Peralta, 2017).

En efecto, *a contrario sensu* de lo que puede suceder con arbitrajes nacionales, arbitrajes comerciales internacionales e, incluso, otros arbitrajes internacionales de inversión fuera de este foro, los laudos emitidos bajo jurisdicción del Ciadi no son sometidos al control de las cortes judiciales nacionales de ningún Estado. En cambio, el Convenio del Ciadi, en su Sección 5, ha establecido las únicas solicitudes o recursos que contra estos se pueden interponer; a saber: decisiones suplementarias y rectificación, aclaración, revisión y anulación de laudo.

En el caso de una solicitud de anulación en el marco del Ciadi —cuyas causales están previstas, taxativamente, en el artículo 52 del convenio—, se forma un comité *ad hoc* para tales efectos en cada caso en particular. El comité *ad hoc* respectivo es elegido por el presidente del Consejo Administrativo del Ciadi, a solicitud del secretario general. Es necesario precisar que ninguno de los tres miembros del nuevo comité podrá ser nacional del Estado parte de la controversia o del Estado del cual es nacional el inversor extranjero parte de la controversia.

Lo antes mencionado es la característica fundamental del Convenio del Ciadi; pues, dada su "deslocalización", no existe el concepto de "sede" o "lugar del arbitraje", como sí podemos hallarlo en arbitrajes nacionales o en otros tipos de arbitrajes internacionales. Por lo tanto, las reglas para el recurso de anulación de un laudo del Ciadi no son otras que las contenidas en el artículo 52 del convenio y en las disposiciones correspondientes del Reglamento de Arbitraje del Centro. En suma, no se aplicará *lex arbitri* de ninguna jurisdicción en especial[21].

Por otro lado, el artículo 25 del Convenio del Ciadi es la piedra angular de acceso al Centro, pues contiene los requisitos sobre la base de los cuales un tribunal arbitral, en el marco de un arbitraje internacional de inversión en el Centro, puede asumir jurisdicción. Para efectos del alcance del presente trabajo, mencionaremos los elementos que se

21 Como explica Born (2012), usualmente, y en virtud de la elección de la "sede del arbitraje", las partes, simultáneamente, han elegido la ley procedimental o *lex arbitri* de la sede que "gobierna" las actuaciones arbitrales y las cortes de dicha sede que ejercerán la autoridad supervisora del arbitraje.

deben agotar para alcanzar la jurisdicción del Centro, mas no ahondaremos en ellos[22].

Dicho lo anterior, para que una controversia pueda ser conocida por un tribunal arbitral del Ciadi, esta deberá (i) ser una diferencia de naturaleza jurídica, (ii) surgir directamente de una inversión, (iii) ser entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante, y (iv) que las partes hayan consentido por escrito someter la controversia al Centro. Detrás de estos requisitos, existe una cantidad importante de temas y particularidades que hacen que el arbitraje del Ciadi —y, en suma, el arbitraje internacional de inversión— sea un mecanismo tan importante como complejo.

En ese contexto, es preciso mencionar que al Ciadi se puede acceder, fundamentalmente, a través de tres fuentes del consentimiento: (i) una ley de inversión, lo cual es muy poco frecuente[23]; (ii) un acuerdo (generalmente, contenido en un contrato), lo cual también es poco frecuente[24]; o a través de (iii) un tratado (generalmente, bilateral), lo cual es muy frecuente[25].

---

22 Para un estudio profundo sobre los requisitos de acceso al Ciadi y las demás disposiciones del Convenio de Washington, ver Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A. y Sinclair, A. (2022). *The Icsid Convention: A commentary* (3.ª ed.). Cambridge University Press.

23 De conformidad con *The ICSID Caseload - Statistics. Issue 2025-1*, los casos provenientes de leyes de inversiones solo representan el 7 % del número total de casos del Ciadi. Por ejemplo, el Decreto 51-2011, Ley para la Promoción y Protección de Inversiones de la República de Honduras, en cuyo artículo 25 se prevé el arbitraje ante el Ciadi como uno de los mecanismos de resolución de disputas disponibles para los inversores extranjeros. Disponible en <https://faolex.fao.org/docs/pdf/hon137904.pdf>.

24 Los casos provenientes de contratos solo representan el 15 % del número total de casos del Ciadi. Por ejemplo, diversos contratos de concesión (bajo el régimen general o en el marco de la normativa de asociaciones público-privadas) que prevén el arbitraje ante el Ciadi como uno de los mecanismos de resolución de disputas disponibles para los inversores extranjeros. Ver *The ICSID Caseload - Statistics. Issue 2025-1*, p. 8.

A propósito de lo anterior, puede consultarse un artículo con una visión crítica (sobre aspectos positivos y negativos) del uso de cláusulas del Ciadi en los contratos del Estado peruano con inversores extranjeros. Ver Ampuero, R. (2023). Resolución de controversias contractuales en el Ciadi: lecciones aprendidas de la experiencia de Perú. *Revista Argentina de Arbitraje*, *12*. https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/3135/Resoluci%c3%b3n%20de%20controversias%20contractuales%20en%20el%20CIADI.pdf?sequence=1&isAllowed=y

25 Los casos provenientes de tratados representan el 78 % del número total de casos del Ciadi. Por ejemplo, los tratados bilaterales de inversión, que suelen prever el arbitraje ante el Ciadi como uno de los mecanismos de resolución de disputas disponibles para los

En efecto, de las fuentes de consentimiento antes mencionadas, los tratados son, generalmente, los más invocados para dar origen a los arbitrajes del Ciadi, con el 78 % del total histórico de casos en dicho foro internacional de solución de controversias. De ese 78%, nada más y nada menos, el 58 % son tratados bilaterales de inversión, y ese dato no es banal, como apreciaremos en las siguientes líneas.

4.3. Los tratados bilaterales de inversión (TBI)

Los tratados bilaterales de inversión son, sin duda, los instrumentos internacionales más famosos e invocados como fuente de consentimiento para el arbitraje de inversión. De hecho, según la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (Unctad), a la fecha, existen 2843 tratados bilaterales de inversión. En cambio, solo llega a 484 el número de tratados con disposiciones en materia de inversión[26], dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, los TLC, con capítulos sobre inversión.

Concretamente, los tratados bilaterales de inversión (TBI) o *bilateral investment treaties* (BIT), también conocidos como "acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones" (Appri), son tratados suscritos entre Estados que contienen derechos sustantivos y adjetivos en favor de los nacionales (personas naturales o jurídicas) de ambas partes y que tienen por objeto —entre otros— crear un marco normativo general, previsible y transparente, que genere condiciones favorables para el desarrollo de las inversiones.

En cuanto a los derechos sustantivos (también llamados estándares) que los TBI proveen, encontramos, comúnmente, (i) el trato nacional, (ii) el trato de nación más favorecida, (iii) el trato justo y equitativo, (iv) la protección y seguridad plenas, (v) la protección en caso de expropiación, y (vi) la libre transferencia de fondos. Todos estos estándares buscan, en general, que las actividades del inversionista extranjero se desenvuelvan de la manera más libre y neutral posible en el territorio del Estado receptor, a efectos de evitar injerencias indebidas de este último.

En cuanto a los derechos adjetivos, encontramos la posibilidad de acudir al arbitraje internacional de inversión en caso de que surja

inversores extranjeros. Ver *The ICSID Caseload - Statistics. Issue 2025-1.*

26 Según los datos del International Investment Agreement Navigator de la Unctad, disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements.

una controversia. Como bien señalan Bishop *et al*. (2005), el consentimiento para arbitrar que provee este tipo de tratados podría habilitar a un inversor extranjero a iniciar un arbitraje en un foro arbitral internacional (entre ellos, el Ciadi), aunque dicho inversor no tenga una cláusula arbitral en su contrato con el Estado o, incluso, si el inversor extranjero no tiene contrato alguno con aquel[27].

Los TBI también contienen disposiciones relacionadas con lo que se entiende por "inversión", que es una de las cuestiones fundamentales discutidas en los arbitrajes Ciadi y en los arbitrajes internacionales de inversión, en general. A propósito de ello, es oportuno mencionar que el Convenio del Ciadi no tiene ninguna disposición que explique qué es inversión, pues ello fue, intencionalmente, dejado a cada instrumento internacional (o nacional) que sirva de marco jurídico para la relación de las partes (una ley, un contrato o un tratado, según sea el caso).

Lo cierto es que una inversión puede (y debe) ser diferenciada de una transacción comercial ordinaria, tal como lo son las compras y las ventas de bienes. En cambio, una inversión tiene, generalmente, características que la distinguen: (i) cierta duración, que implica que no se trate de una única compraventa; (ii) sustancialidad del compromiso del inversor, que suele ser dinerario; (iii) una expectativa de obtener utilidades; y (iv) riesgo comercial. También se puede identificar la característica de (v) contribución de la inversión al desarrollo del país anfitrión (Bishop *et al*., 2005).

Los TBI, además, pueden contener otras disposiciones sobre jurisdicción, tales como las cláusulas de acceso directo al arbitraje, la cláusula de agotamiento de la vía interna y la cláusula de elección de vía. Todas estas disposiciones determinan los caminos conducentes (o no) al arbitraje internacional de inversión, desde que se advierte el inicio de la controversia.

---

27 "It should be noted that the consent provided in the treaty may enable a foreign investor to initiate arbitration in an international arbitral forum even if the investor does not have an arbitration clause in its contract with the government or, for that matter, even if the investor has no contract with the government at all" (Bishop *et al*., 2005, p. 10).

4.4. A propósito del arbitraje en el Perú

Como se ha podido apreciar, la Constitución Política de 1993 ha establecido un marco que autoriza al Estado peruano y a las demás personas de derecho público a arbitrar nacional e internacionalmente sus controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor y en la forma en que lo disponga la ley. Estas disposiciones, junto con otras que forman parte de nuestra Constitución Económica, han servido y sirven para generar un ambiente propicio para las inversiones.

El Perú cuenta no solo con un marco jurídico para el desarrollo de las inversiones privadas (nacionales y extranjeras), sino con una amplia red de tratados en dicha materia, compuesta tanto por los mencionados TBI (con 26 de ellos en vigor[28]) como de los TLC, con disposiciones sobre inversión (con 24 de ellos en vigor[29]).

En relación con la solución de controversias en tal materia, el Perú ha sabido organizarse de una manera bastante técnica e institucionalizada, a través de la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, mediante la emisión de la Ley 28933, la cual tiene por objeto entre otros optimizar la respuesta y la coordinación al interior del sector público, frente a las controversias internacionales de inversión, permitiendo oportuna y apropiada atención. Este sistema ha llevado a que el Estado peruano prevalezca en una gran mayoría de los 26 casos registrados como concluidos en su contra en el Ciadi[30].

Así, lejos de denostar el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, el Perú ha generado bases constitucionales y legales para su participación en este, siendo reconocido por la comunidad internacional como un actor relevante.

---

28 Según los datos del International Investment Agreement Navigator de la Unctad, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>.

29 Según los datos del International Investment Agreement Navigator de la Unctad, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>.

30 Según el Ciadi, la totalidad de casos en los que el Perú ha sido o es parte demandada suma 48. De ese número, 22 se encuentran en curso.

5. A modo de conclusión

La configuración del artículo 63 de nuestra Constitución se ha convertido en base fundamental para la igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros, así como para la consolidación de una participación relevante del Perú tanto en el arbitraje nacional como en el internacional.

En efecto, la primera parte del artículo 63 de la Constitución Económica busca "nivelar la cancha"; es decir, alcanzar una igualdad de trato en el sentido más absoluto del término, que garantice, a través del orden jurídico nacional y de su aplicación práctica, que las condiciones que recibirá la inversión extranjera serán exactamente las mismas que la de la inversión nacional.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 63 comentado permite al Estado peruano y a las demás personas de derecho público someter sus controversias de relación contractual a arbitraje nacional o internacional (en la forma en que lo disponga la ley), así como a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Esta habilitación ha llevado a que el Perú sea uno de los países que más actividad arbitral tiene, incluyendo aquellos casos en los que el Estado es una parte contendiente.

Es responsabilidad de todos los que, desde distintos roles y posiciones, interactuamos en el sistema arbitral, nacional e internacional, cautelar el marco jurídico que tanto la Constitución como las normas en la materia nos proveen; para que el Perú continúe impulsando un mecanismo de solución de controversias pacífico y técnico que, a todas luces, ha servido para fomentar la inversión privada nacional y extranjera (con igualdad de trato, como señala la Constitución), con la consecuente contribución a la seguridad jurídica y al desarrollo de nuestro país.

REFERENCIAS

Ali, A. (2009). Breves notas sobre el arbitraje de inversión. *Revista Peruana de Arbitraje*, *9*, 3-11.

Ávila, V. (2005). Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional. Solución de controversias. En *La Constitución comentada* (Tomo II, pp. 882-883). Gaceta Jurídica.

Bishop, D., Crawford, J. y Reisman, M. (2005). *Foreign Investment Disputes: Cases, Material and Commentary*. Kluwer Law International.

Blackaby, N. (2005). El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio. En F. Mantilla Espinosa, *El contrato de arbitraje*. Legis.

Born, G. (2012). *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). (2025). *The ICSID Caseload - Statistics. Issue 2025-1*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2025-1%20ENG%20-%20The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%28Issue%202025-1%29.pdf

Congreso de la República del Perú. (2 de setiembre de 1991). Decreto Legislativo 662, otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1500114/DL662.pdf.pdf?v=1609340404

Congreso de la República del Perú. (13 de noviembre de 1991). Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2159611/Decreto%20Legislativo%20N%C2%B0%20757.pdf.pdf?v=1631045833

Congreso de la República del Perú. (15 de diciembre de 2006). Ley 28933, "Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión". https://www.mef.gob.pe/NORLEGAL/leyes/Ley_28933.pdf

Congreso de la República del Perú. (27 de junio de 2008). Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. *Diario Oficial El Peruano*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/decretoslegislativos/01071.pdf

Congreso Nacional de Honduras. (15 de julio de 2011). Decreto 51-2011, Ley para la Promoción y Protección de Inversiones. *La Gaceta*, Diario Oficial de la República de Honduras. https://faolex.fao.org/docs/pdf/hon137904.pdf

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho constitucional económico.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Peralta Miranda, G. (2017). *Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión* (Biblioteca de Arbitraje, Vol. 43). Estudio Mario Castillo Freyre; Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Católica San Pablo.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* [Tomo III]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Santistevan, J. y Loredo, Á. (2005). Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional. Solución de controversias. En *La Constitución comentada* [Tomo II]. Gaceta Jurídica.

Schreuer, C. (2011). The Future of Investment Arbitration. En M. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane y S. Wiessner (Eds.). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (pp. 787-803). Martinus Nijhoff Publishers.

Tawil, G. (2001). Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional. En VV.AA., *Servicios públicos*. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo.

Wieland, H. (2002). *Manual del diplomático* (2.ª ed.). Fondo de Cultura Económica; Fundación Academia Diplomática del Perú.

Apéndice

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DE LA PRESENTACIÓN

Álvarez, E. y Muñoz, G. (2012). La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. En M. Castillo Freyre. *Arbitraje y Constitución* (pp. 17-44). Palestra.

Aramburú, A. (1988). El arbitraje comercial en el Perú. En J. León, R. Lanatta, J. Puccinelli, J. Pérez de Cuellar (Eds.), *Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez.* (pp. 23-37). Cultural Cuzco.

Asamblea Constituyente (1978-1979). *Constitución Política del Perú de 1979*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630898

Asamblea Nacional. (1920) *Constitución Política del Perú de 1920.* https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630896

Chirinos, E. (1986). *La nueva Constitución al alcance de todos* (4.ª ed.). Editores Importadores.

Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente. (1979). *Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979* (Tomo III). Sistema Peruano de Información Jurídica. http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru_historico/1979/Julio/13/CONST_1979_TomoIII.pdf

Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Debate Constitucional - 1993. Diario de los debates (Tomo III).* Sistema Peruano de Información Jurídica. http://spij.minjus.gob.pe/TextosPDF/Constitucion_1993/ComConstReglam93/Tomo_III.pdf

Congreso Constituyente. (1933). *Constitución Política del Perú de 1933*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630897

Congreso Constituyente Democrático. (1993a). *Debate Constitucional Pleno - 1993. Diario de los debates (Tomo II)*. Sistema Peruano de Información Jurídica. https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO2.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993b). *Debate Constitucional Pleno - 1993. Diario de los debates (Tomo III).* Sistema Peruano de Información Jurídica. http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO3.pdf

Congreso General Constituyente. (1828). *Constitución Política del Perú de 1828.* https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630890

Congreso General del Perú. (1839). *Constitución Política del Perú de 1839*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H630892

Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española. (1812). *Constitución Política de la Monarquía Española*. https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

Pejovés, J. A. (2019). *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y marítimo en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Tribunal Constitucional. (1999). Sentencia 0189-99-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.pdf

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 6167-2005-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (2011). Sentencia 0142-2011-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf

Tribunal Constitucional. (2015). Sentencia 02383-2013-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf

Este libro se terminó de imprimir en Octubre de 2025,
en las instalaciones de la imprenta
Corporación Gráfica JMD S.A.C.,
por encargo del Fondo Editorial del Tribunal Constitucional.