

UN CUERPO EXTRAÑO Y PELIGROSO EN EL ARBITRAJE: COMENTARIOS A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N.º 5311-2007-PA/TC

Mario Castillo Freyre*
Rita Sabroso Minaya**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANTECEDENTES DEL CASO.— 3. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA.— 3.1. SOBRE LOS ALCANCES DE LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LOS EXPEDIENTES N.º 6167-2005-PHC/TC Y N.º 04195-2006-AA/TC.— 3.2. ¿SE DEBIÓ EXIGIR A CODISA EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA?— 4. SOBRE ALGUNOS DE LOS TEMAS DE FONDO DE LA DEMANDA DE AMPARO QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.— 5. CONCLUSIONES.—

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución, al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a los particulares y, aun, al Estado, dejar de lado la jurisdicción ordinaria o natural, recurriendo al arbitraje como fórmula alternativa.¹

Como señala Ledesma,² los árbitros tienen una actividad limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces ordinarios agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*; por ello, los jueces pueden ser requeridos aun desde la iniciación del arbitraje —medidas cautelares— hasta su finalización —ejecución del laudo arbitral—.

En tal sentido, el arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria, pero para que esta convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de la Biblioteca de Arbitraje de su Estudio. www.castillofreyre.com

** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Cátedra en el curso de Derecho de las Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumna del último ciclo de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

¹ En efecto, el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 41.

cooperación entre ambos mecanismos. Así como los árbitros deben comprender las limitaciones —como la falta de *coertio*— que les impone su origen privado, es necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos, aceptando también sus propias limitaciones, como es la de no intervención en materias sometidas a arbitraje.³

El propio Tribunal Constitucional⁴ ha señalado que debe protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el *principio de no interferencia*. En efecto, ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Asimismo, como sabemos, el Tribunal Constitucional ha señalado en otras oportunidades que el artículo 139 de la Constitución consagra en su inciso tercero la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza a las partes que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.⁵

De esta manera, todo tribunal arbitral tiene que estar sometido al control constitucional, por cuanto la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, como lo menciona el Tribunal Constitucional, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionalmente reconocidos.

En efecto, como ya lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, 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

³ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 200, p. 35.

⁴ Fundamentos 12 y 13 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. Cabe recordar que dichos fundamentos —al igual que el 8, 11, 14, 17 y el 18— son vinculantes para todos.

⁵ Estos principios de la función jurisdiccional son recogidos, enunciativamente, por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, al señalar que «*se entiende por tutela jurisdiccional efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, su derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso (...)*».

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.⁶

Dentro de tal orden de ideas, los tribunales arbitrales no se encuentran exceptuados de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, ya que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.⁷

2. ANTECEDENTES DEL CASO

En el caso bajo comentario, Compañía Distribuidora S.A. (en adelante, CODISA) interpone demanda de amparo contra un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (en adelante, CEARCO), solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, de fecha 12 de agosto de 2004,⁸ que declaró fundada la demanda arbitral interpuesta por Corporación Financiera de Desarrollo (en adelante, COFIDE), ordenando que CODISA pague a favor de COFIDE la suma de US\$36'000,000.00, por concepto de penalidad.⁹

Según refiere CODISA, el arbitraje se habría desarrollado de manera irregular, violándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva, por las siguientes razones:

- No se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral;¹⁰

⁶ Fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 4972-2006-PA/TC.

⁷ Al respecto, Ledesma señala que si bien el árbitro dejará de invocar las normas del ordenamiento jurídico positivo, ello no implica que su actuación no discurra a través de un debido proceso. Cuando el Tribunal Constitucional sienta los precedentes sobre la correcta interpretación de las normas en función de los derechos fundamentales, los árbitros, al margen de que sean de derecho o de equidad, tienen el deber de acatar. (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, p. 48).

⁸ Corregido mediante Resolución n.º 20, de fecha 20 de agosto de 2004.

⁹ Dicha penalidad correspondería en tanto, a entender del Tribunal Arbitral, CODISA habría incumplido con la obligación establecida en la Cláusula Octava de cuatro contratos de Compraventa que suscribió con COFIDE, en donde CODISA se comprometía a promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos.

¹⁰ Al no acudir a la negociación previa a la aplicación de la cláusula penal.

- No se habría saneado el proceso, consintiéndose la actuación de COFIDE, sin tener legitimidad activa para obrar;¹¹
- Se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley n.º 25935 y no la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572;
- Se habría impuesto una penalidad «draconiana» nula *ipso iure* desde su origen; y
- No se habría otorgado el mérito correspondiente a las pruebas aportadas por CODISA.¹²

La referida demanda fue declarada infundada en primera instancia,¹³ por los siguientes fundamentos:

- El Tribunal Arbitral sí se pronunció respecto a la etapa negocial a la que deben recurrir las partes antes de ir a la vía arbitral;
- COFIDE, al ser el vendedor de las unidades hoteleras y acreedor de la obligación requerida (la de promover la inversión), sí tiene derecho a exigir la penalidad;
- En el Acta de Instalación se estableció que eran aplicables al caso las disposiciones contenidas en el derogado Decreto Ley n.º 25935, al ser la norma vigente al momento de celebrarse los contratos de compraventa, que contenían la cláusula arbitral; y
- El cuestionamiento sobre la supuesta falta de valoración probatoria puede cuestionarse en la vía del proceso de amparo.¹⁴

Por su parte, la segunda instancia¹⁵ —sin entrar al fondo del asunto— revocó la sentencia de primera instancia y la declaró improcedente, porque: (i) no se había agotado la vía previa establecida por el artículo 45 del Código Procesal Constitucional; y (ii) CODISA carecería de interés para obrar, en tanto ha interpuesto —en forma paralela— una demanda de anulación de laudo, que ha sido admitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA

¹¹ En tanto, según CODISA, la única que tenía legitimidad para imponer y exigir la penalidad, era la Dirección Nacional de Turismo y no la vendedora de los hoteles.

¹² Pruebas referidas a la falta de legitimidad para obrar activa de COFIDE y referidas a la no existencia de incumplimiento de inversión en los hoteles.

¹³ Trigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

¹⁴ Esto consta en la sentencia del Tribunal Constitucional materia del presente artículo, a pesar de que ello resultaría contradictorio con el sentido de la sentencia de primera instancia.

¹⁵ Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Como apreciamos de los antecedentes del caso, CODISA afirma que el arbitraje se habría desarrollado de manera irregular, violándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva.

Sobre el particular, Jorge Carrión Lugo¹⁶ afirma que algunos asimilan el debido proceso simplemente al ejercicio del derecho de defensa, lo que no es totalmente correcto. Conforme a la Constitución peruana, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con sujeción al debido proceso.

En efecto, la protección que el Estado presta a los justiciables, cuando su derecho haya sido violado, no es arbitraria ni caótica. La tutela exige un reclamo previo del interesado, el emplazamiento eficaz del demandado para oírlo y para darle la oportunidad de defenderse; requiere de un debate con sujeción a una serie de reglas; reclama la correcta observancia de las normas jurídicas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento jurídico eficaz para resolver los conflictos o dilucidar las incertidumbres del derecho.

Incluso, el Tribunal Constitucional Peruano ha interpretado los alcances y preceptos de nuestra carta de 1993, señalando que «[...] el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado».¹⁷

Al respecto, Carocca¹⁸ señala que los orígenes históricos de la noción de debido proceso en el *Common Law*, nos revelan que se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada, de buscar la justicia en la tramitación de un concreto proceso.

¹⁶ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen I, Lima: Grijley, 2004, p. 176.

¹⁷ ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy. «Debido Proceso en Procedimientos Administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular». En: *Revista Jurídica del Perú*. n.º 18, Lima: Editora Normas Legales, enero 2001, p. 5).

Como señala el citado autor, la Constitución Política del Perú de 1993 tiene el mérito de invocar explícitamente la observancia del debido proceso, como un principio de obligatorio cumplimiento (artículo 139, inciso 3). Ello lo hace dentro de un artículo dedicado a los denominados «Principios y derechos de la función jurisdiccional», precepto en el cual —a su vez— se incluyen una serie de elementos habitualmente asumidos como componentes centrales de todo debido proceso que presuma de serlo. (ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy. *Op. cit.*, p. 4.).

ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁸ Citado por RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 54-55.

Por ello, la garantía a un debido proceso se ha transformado, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma.

El debido proceso, como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional (incluido el arbitraje) debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar al proceso los hechos que respalden sus afirmaciones, haciendo uso de los medios probatorios, el derecho a que las decisiones estén motivadas fáctica y jurídicamente, el derecho a impugnar las resoluciones, etc. Estos derechos, en conjunto, deben garantizar no sólo un debate transparente y una decisión imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de las partes en cada una de las etapas del proceso.

En tal sentido, el debido proceso supone la observancia rigurosa, por los árbitros y por las partes (y por todo sujeto procesal), de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento para la tutela jurisdiccional efectiva.

Por ello, si el debido proceso no es observado en el proceso arbitral, es decir, si no se ha llevado el proceso bajo la forma de procedimiento regular, procederían las acciones que otorga nuestro ordenamiento legal; a saber: la anulación del laudo y, como último recurso, la acción de amparo contra el laudo dictado en el proceso arbitral que no resguardó el debido proceso.

Al respecto, tanto COFIDE como los árbitros que conocieron el proceso arbitral, contestan la demanda de amparo, indicando que la vía idónea para cuestionar el laudo emitido es el proceso de anulación. En otras palabras, según los demandados, dado el carácter residual del amparo, la vía correspondiente sería el recurso de anulación del Laudo.

3.1. *Sobre los alcances de las sentencias recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC y n.º 04195-2006-AA/TC*

En primer lugar, debemos tener presente que el hecho de que el laudo sea *prima facie* inimpugnable, no lo convierte en incontrolable en la vía del proceso de amparo.

En efecto, como ya lo hemos señalado,¹⁹ el debido proceso no se encuentra exceptuado en los procesos arbitrales, ya que dicho principio compromete normas del orden público constitucional que no son privativas únicamente de los procesos judiciales.

En efecto, si bien las partes pueden pactar que el laudo sea inapelable, el laudo arbitral está sujeto —en primer lugar— al control establecido por la propia normativa arbitral; a saber: la anulación del laudo.²⁰

Luego de ello, el laudo arbitral está sujeto al control constitucional, siempre que se vulnere un derecho constitucional.²¹

Ahora bien, el control constitucional de un arbitraje no se realiza en cualquier momento; sino que se trata de un control *a posteriori*.

En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] 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

¹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Impugnación de laudos arbitrales en sede constitucional: Comentarios a la sentencia del Expediente n.º 4195-2006-PA/TC». En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia – RAE Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, tomo 1, julio 2008, pp. 83-95.

²⁰ En efecto, si revisamos nuestras leyes de arbitraje, encontramos que todas han contemplado la posibilidad de acudir a un proceso de anulación de laudo. Así, el artículo 55 del derogado Decreto Ley n.º 25935 establecía que «el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez de los laudos de derecho y de conciencia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad [...]».

Por su parte, el artículo 61 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, señalaba que «contra los laudos arbitrales [...] procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73».

Finalmente, el artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el Arbitraje y que está vigente desde 1 de septiembre de 2008, establece que «contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

²¹ Recordemos que el artículo 37 del Código Procesal Constitucional, Ley n.º 28237, establece cuáles son los derechos protegidos a través del amparo, entre los que se encuentra el de «tutela procesal efectiva» (inciso 16).

Asimismo, dicho derecho también estaba contemplado en el inciso 16 del artículo 24 de la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

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». ²² (El subrayado es nuestro).

El criterio interpretativo citado en el párrafo anterior —entre otros— es vinculante para todos los operadores jurídicos, de conformidad con lo establecido por el Fundamento 49 de la Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC y de conformidad con lo establecido por el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ²³

Asimismo, la Sentencia recaída en el Expediente n.º 3741-2004-AA/TC destaca que los efectos de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional no sólo alcanzan al Poder Judicial, sino que tienen, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal Constitucional externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todas y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional. ²⁴

Por otro lado, debemos precisar que si bien el recurso de anulación es una vía previa al amparo, no debemos olvidar que existe una lista taxativa de las causales para la anulación del laudo.

Es así que —acertadamente—, el Tribunal Constitucional ²⁵ estableció que «una afectación que no esté contemplada como causal de anulación del laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos».

²² Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC.

²³ El referido artículo VI establece lo siguiente «[...] los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

²⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, p. 46.

²⁵ Último párrafo del Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC.

Como se puede apreciar, ya el Tribunal Constitucional ha establecido una excepción a que el recurso de anulación del laudo sea la vía previa para acudir al amparo, y ello se presentará únicamente cuando la afectación no esté contemplada como causal de anulación del laudo en la Ley Arbitraje, y cuando dicha afectación repercuta en el contenido constitucional de un derecho fundamental.

Sólo en ese supuesto, la parte perjudicada con un laudo arbitral podrá acudir a la vía del amparo para su tutela, eximiéndose de tramitar el recurso de anulación respectivo.

Asimismo, en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido ciertas reglas, a efectos de determinar su ámbito de actuación, cuando conoce amparos contra laudos arbitrales; a saber:

- (i) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso;
- (ii) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación;
- (iii) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso;
- (iv) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, aquellos 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; y
- (v) Quien alega una violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite

del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza documental en el que se constata dicha vulneración.

3.2. ¿Se debió exigir a CODISA el agotamiento de la vía previa?

Como podemos apreciar, en el caso materia de análisis, no estamos frente a una excepción relativa a que el recurso de anulación del laudo sea la vía previa para acudir al amparo, en tanto que las supuestas afectaciones a CODISA sí estarían contempladas dentro de las causales de anulación del laudo.

En efecto, en el ítem (ii) del Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció expresamente que aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación.

Aquí no se trata de que el Tribunal Constitucional cierre las puertas a la impugnación de los laudos arbitrales a través de recursos de amparo, sino que limita tal interposición para cuando se hayan agotado los recursos que la normativa arbitral prevé para impugnar dicho laudo, vale decir, los recursos de apelación (si se hubiese pactado) o anulación.

En tal sentido, si durante el proceso arbitral se presentó un acto acusado como violatorio de un derecho fundamental, no se podrá recurrir directamente al proceso constitucional sino hasta que medie pronunciamiento definitivo sobre la anulación.

En efecto, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos al derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer una demanda de amparo, siempre que hubiese demandado sin éxito la anulación de dicho laudo.

Este requisito de procedibilidad encuentra sustento en el inciso 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, precepto que señala que «No proceden los procesos constitucionales cuando [...] no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de Habeas Corpus».

Asimismo, el artículo 45 del referido Código dispone que «El Amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de las vías previas se preferirá dar trámite a la demanda de amparo».

Ambos preceptos se refieren a las vías previas, las cuales deben entenderse como un requisito de procedencia, consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional y que resulta exigible, a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

En efecto, para la procedencia de un amparo contra un laudo emanado de un proceso irregular, es necesario que éste tenga la calida de firme.

A entender de Arrarte,²⁶ el concepto de resolución firme 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.

Ahora bien, en este caso, como bien señala la citada profesora, para la procedencia de una demanda de amparo contra un laudo arbitral, será imprescindible que se haya obtenido una decisión firme, al haberse desestimado el recurso de anulación (considerado como vía previa) en el que necesariamente se tendría que haber invocado como «causal», la afectación al debido proceso arbitral, en alguna de sus manifestaciones. Es decir, no cabría la posibilidad de recurrir al proceso de amparo, si no se interpuso el recurso de anulación o, habiéndose planteado, no se invocó la afectación del debido proceso como vicio del laudo.

Ahora bien, de la sentencia del presente artículo, se desprende que CODISA sí interpuso el recurso de anulación respectivo, en contra del Laudo Arbitral, y que dicho recurso de anulación habría sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En: *Ius et Veritas*, n.º 35, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 81.

En tal sentido, a entender de la propia CODISA, la supuesta violación de sus derechos por parte del Tribunal Arbitral, sí estaría comprendida en alguna de las causales de anulación de laudo, por lo que optó por recurrir a la vía ordinaria para impugnar el laudo y conseguir su anulación.

Dentro de tal orden de ideas, coincidimos con la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia, declarándola improcedente, en tanto no se había agotado la vía previa establecida por el artículo 45 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, debemos señalar que consideramos errada la posición contenida en el voto singular de los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz, cuando señalan lo siguiente:

«[...] la aseveración [...] en el sentido de que no se agotaron los recursos judiciales resulta incorrecta habida cuenta de que la presente demanda de amparo fue interpuesta con fecha 13 de Septiembre del 2004, esto es, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, momento en el cual, no existía regla alguna que desde la perspectiva del proceso constitucional impusiera a la demandante el agotamiento de alguna variable o modalidad de vía previa. Tampoco y por otra parte resultaría pertinente invocar las reglas desarrolladas en Sentencias como las recaídas en los Expedientes N° 06167-2005-HC/TC o N° 4195-2006-AA/TC pues las mismas fueron instituidas con fecha muy posterior a la interposición de la presente demanda [...].»

En efecto, si bien es cierto que la exigencia del agotamiento de las vías previas fue instituida recién con el Código Procesal Constitucional, no podemos olvidar que la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional establece expresamente lo siguiente:

SEGUNDA.- «*Vigencia de normas*
Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado». (El subrayado es nuestro).

En tal sentido, al ser el tema del agotamiento de la vía previa uno de naturaleza procesal, lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional debía

aplicarse —incluso— a los procesos en trámite, como el que es materia del presente artículo, tal como lo hizo —acertadamente— la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En efecto, el agotamiento de las vías previas (en ese caso, el recurso de anulación) antes del control constitucional de un laudo, es un criterio interpretativo que el propio Tribunal Constitucional reiteró en el precedente vinculante contenido en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 06167-2005-PHC/TC y que, sin embargo, de manera sorprendente, el tribunal no ha seguido en el caso bajo comentario, olvidándose de que todos en el Perú estamos vinculados a los pronunciamientos que constituyen precedentes vinculantes que el Tribunal Constitucional emita; incluso, los propios magistrados del citado tribunal, en tanto —claro está— no sean modificados formalmente por este órgano de justicia, hecho que no se ha producido en el caso analizado.

Dentro de tal orden de ideas, no encontramos sustento jurídico alguno que permita amparar la demanda de amparo de CODISA, en tanto no se agotaron las vías previas. Es decir, no estamos de acuerdo con el «carácter permisivo» al que se hace referencia en el voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, quienes afirman que, en virtud del principio de temporalidad y de la regla *pro actione*, se debe eximir a CODISA del agotamiento.

Dichos magistrados señalan que «[...] *la regla pro accione (...) obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda*». Sin embargo, parece que olvidan que —precisamente— la citada segunda disposición final del Código Procesal Constitucional establece la aplicación de normas procesales (como la del agotamiento de la vía previa) a los procesos en trámite; por lo que —en el presente caso— no ha existido duda o incertidumbre alguna respecto a la improcedencia de la demanda y, mucho menos, cuando la propia CODISA acudió en forma paralela a un proceso de anulación de Laudo.

En consecuencia, a nuestro entender, el Tribunal Arbitral debió declarar improcedente la demanda de CODISA, habida cuenta de que no agotó la vía previa (que ella misma inició), a saber: el proceso de anulación de laudo arbitral.²⁷

²⁷ Cabe resaltar el voto del magistrado César Landa Arroyo, quien luego de un análisis del marco normativo procesal aplicable al caso, es de la opinión de declarar improcedente la demanda de amparo.

4. SOBRE ALGUNOS DE LOS TEMAS DE FONDO DE LA DEMANDA DE AMPARO QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin perjuicio de lo señalado en el punto 3 del presente artículo, consideramos pertinente referirnos a los temas de fondo que fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

Como ya lo hemos señalado, CODISA ha afirmado que, en el arbitraje, se violaron sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva, detallando una serie de hechos supuestamente violatorios, entre los cuales encontramos el cuestionamiento a la aplicación realizada por el Tribunal Arbitral del derogado Decreto Ley n.º 25935 y no de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

Aquí coincidimos con los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz cuando señalan que la aplicación del derogado Decreto Ley no ha afectado ningún derecho fundamental de CODISA, en tanto las partes convinieron —en la convenio arbitral— que de presentarse alguna controversia, ésta sería resuelta mediante arbitraje y que el mismo quedaría sujeto a las estipulaciones que los árbitros puedan considerar conveniente o, en su defecto, a lo previsto por el Decreto Ley n.º 25935 (norma vigente al momento de suscribir los contratos de compraventa que incluyeron los convenios arbitrales).

Por otro lado, CODISA cuestiona la penalidad «draconiana» que se le habría impuesto y cuestiona el hecho de que no se habría dado mérito a las pruebas aportadas por CODISA.

En otras palabras, CODISA cuestiona la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje, cuando ellos —como todos sabemos— son de exclusiva competencia de los árbitros, quienes resolverán conforme a las reglas del arbitraje.

Al respecto, debemos recordar el cuarto criterio contenido en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC, en donde el propio Tribunal Constitucional ha señalado que sólo podrá cuestionarse —vía proceso de amparo— la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje cuando se advierta una arbitrariedad manifiesta, que pueda

constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso y sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.²⁸

Cabe recordar que por la naturaleza manifiestamente ilegítima de los actos lesivos que agravan los derechos constitucionales, los procesos para su protección no tienen estación probatoria. No quiere decir que no puedan presentarse pruebas, sino que ellas deben adjuntarse en la etapa probatoria, cuando se demanda o cuando se contesta, siendo improcedentes aquéllas que signifiquen o requieran actuación (inspección judicial, peritajes, etc.).²⁹

Sin embargo, para el caso de amparo contra laudos, la arbitrariedad en la valoración y calificación de los hechos debe ser manifiesta y para ello deberá bastar con la simple lectura del laudo o de los documentos que obran en el propio expediente arbitral, los cuales deberán ser presentados junto con la demanda.

Ahora bien, a nuestro entender, el tema de la supuesta penalidad «draconiana» que se le habría impuesto a CODISA es un tema que estaba absoluta y únicamente sometido a la valoración y calificación de los árbitros.

El Tribunal Constitucional —de modo alguno— debió pronunciarse al respecto, al tratarse de un tema de fondo.

Sin embargo, tanto los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz como el magistrado Carlos Mesía Ramírez se pronunciaron sobre los alcances de la Cláusula Octava de los contratos de compraventa, analizando la cuantía de la penalidad y afirmando que se trataba de una «desproporción que no podía pasar por inadvertida».³⁰

²⁸ Debemos recordar que, según el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, «en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa».

²⁹ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 144.

³⁰ Sobre la eventual reducción de una cláusula penal (supuesto contemplado por el artículo 1346 del Código Civil), recomendamos ver: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil, tomo XV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; y OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, pp. 937 a 996.

De esta manera, se afirma que «[...] *el argumento utilizado en el laudo y que gira en torno a la existencia de un proceso judicial (cuatro en total) destinado a debatir la validez de la cláusula penal (Fundamento Decimocuarto del Laudo), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma*».³¹ (El subrayado es nuestro).

Incluso, se señala que «[...] *teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal, estimo que éste resulta excesivamente oneroso y que, por ello, constituye una amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho de propiedad de la sociedad demandante [...]*».³²

Por otro lado, se cuestiona al Tribunal Arbitral en lo relativo al tratamiento de la actividad probatoria del arbitraje, señalando que «[...] *lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con (sic) el citado comportamiento un notorio proceder parcializado*».³³

Asimismo, se señala que «[...] *[el] Laudo de Derecho (...) ha vulnerado el derecho a la prueba de la Sociedad demandante y le ha generado una situación de indefensión, debido a que el Tribunal Arbitral acogió la demanda arbitral interpuesta teniendo presente sólo el informe pericial presentado por la Corporación, lo cual resulta arbitrario, si se tiene en cuenta que la Sociedad demandante presentó un informe que contradecía y rebatía lo señalado por el informe pericial de la Corporación*».³⁴

Como podemos apreciar, la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios sometidos a arbitraje han sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional, el cual —al parecer con una simple lectura de las piezas procesales— ha concluido en que la penalidad pactada voluntariamente por las partes fue excesivamente onerosa para una de ellas y que el Tribunal Arbitral ha puesto en evidencia su parcialidad, en tanto no determinó la realización de una pericia de oficio.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha hecho una valoración de los medios probatorios presentados por las partes en el arbitraje y ha llegado a la

³¹ Fundamento 23 del voto singular de los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz.

³² Fundamento 15 del voto singular del magistrado Carlos Mesía Ramírez.

³³ Fundamento 24 del voto singular de los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz.

³⁴ Fundamento 12 del voto singular del magistrado Carlos Mesía Ramírez.

conclusión de que no está de acuerdo con el análisis que sobre los mismos hizo el Tribunal Arbitral, lo que resulta —a todas luces— descabellado, ya que —a partir de este mal precedente del Tribunal Constitucional— cualquier parte que pierda un arbitraje, podría interponer una demanda de amparo, a efectos de que sea el Tribunal Constitucional quien analice nuevamente los medios probatorios, buscando se le dé la razón.

La prueba es vista como un derecho fundamental, o, si se prefiere, como un derecho constitucional que inspira —junto con otros derechos y principios procesales— un debido proceso. Conforme a ello, hoy podemos hablar con todo rigor de un derecho fundamental a la prueba o de un derecho fundamental a probar —siendo esta última expresión la más adecuada—.³⁵

Morello,³⁶ por ejemplo, señala que [...] *el derecho constitucional de la prueba* [es una] *fase esencial del debido proceso y del ejercicio cabal de la defensa en juicio*. [...] *El derecho a probar es uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo*.

En el caso del derecho a probar, su contenido esencial consiste en el derecho de todo sujeto procesal, legitimado para intervenir en la actividad probatoria, a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento, para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Como sabemos, una manifestación del derecho fundamental a probar, consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para que se valoren debidamente los medios probatorios actuados en el proceso o procedimiento, pues el derecho a probar tiene por finalidad producir en el juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que configuran la pretensión o la defensa.

Del caso materia del presente artículo, no se desprende que el Tribunal Arbitral no haya respetado el derecho de alguna de las partes de aportar las pruebas que considere necesarias, a efectos de respaldar sus posiciones.

³⁵ En realidad, la doctrina habla de un *derecho a la prueba*, pero atendiendo a que la prueba es la convicción a la que llega el juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos materia de prueba, se considera técnicamente más adecuado hablar de un derecho a probar. (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 56).

³⁶ MORELLO, Augusto Mario. *La prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991, p. 13.

Coincidimos con Taruffo,³⁷ cuando destaca que si el juzgador no valora o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorios, el derecho a probar se convertiría en una garantía ilusoria y meramente ritualística.

Es decir, el derecho a probar resulta afectado y, por ende, el debido proceso, si el juzgador no valora algún medio probatorio admitido y actuado conforme a los principios procesales que rigen la actividad probatoria, o lo hace pero de una manera defectuosa.

Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal Arbitral valoró y tomó en consideración los medios probatorios aportados por las partes.

No debemos olvidar que el Tribunal Arbitral es el que tiene la facultad para determinar —de manera exclusiva— la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

El tribunal arbitral, incluso, está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Dentro de tal orden de ideas, de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral estimó encontrarse lo suficientemente informado y no consideró necesaria la realización de una pericia de oficio.

Por ello, el Tribunal Constitucional no puede afirmar que el Tribunal Arbitral estaría evidenciando su parcialidad hacia una de las partes por la forma cómo valoró las pruebas, ya que ello implicaría que el Tribunal Constitucional pueda determinar cuándo un Tribunal Arbitral se encuentra o no lo suficientemente informado, lo que —obviamente— no puede ser admitido. Ello, aplicado a cualquier proceso arbitral o, incluso, judicial, es atentatorio contra la solidez de los procesos. En buena cuenta, un litigante malicioso siempre podría cuestionar el fondo de cualquier laudo o sentencia.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el tema de la negociación previa al arbitraje, contemplado en el convenio arbitral.

³⁷ Citado por PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1996, p. 26.

En efecto, según se desprende de la sentencia bajo comentario, en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava de los Contratos de Compraventa, se habría establecido que «toda controversia o discrepancia respecto de la ejecución, interpretación o cumplimiento del (...) contrato que no pueda ser resuelta por las partes después de su negociación en buena fe por un periodo no mayor de treinta (30) días calendario será llevada a un arbitraje con la notificación escrita por una parte a la otra para acogerse a la presente».³⁸

En otras palabras, de surgir alguna controversia, (i) las partes debían iniciar una etapa de negociación, la cual no podría exceder de treinta días calendario; y (ii) transcurrido ese plazo, cualquiera podría solicitar el inicio de un arbitraje.

Si los hechos descritos tanto en el voto singular como en el voto dirimente son ciertos, COFIDE no habría solicitado el inicio de las negociaciones previas contemplado en el convenio arbitral (a efectos de resolver el tema del supuesto incumplimiento de CODISA de su obligación de promover la inversión en las cuatro unidades hoteleras, y el tema del pago de la penalidad establecida en los contratos); y, por consiguiente, el arbitraje se habría iniciado contraviniendo lo establecido por las partes en el convenio arbitral.

Ahora bien, de los antecedentes contenidos en la sentencia materia del presente artículo no queda claro si CODISA interpuso o no una excepción de incompetencia en el arbitraje.

Si no se hubiera interpuesto la referida excepción se habría producido una prórroga de la competencia del Tribunal Arbitral y no correspondería que CODISA empleara ello como argumento para dejar sin efecto el laudo emitido.

Si, por el contrario, CODISA hubiera interpuesto la referida excepción y el Tribunal Arbitral la hubiera declarado infundada, sí correspondería que CODISA cuestionara la validez del Laudo arbitral. Pero dicho cuestionamiento debió haber sido hecho en la vía correspondiente; a saber: a través de un proceso de anulación de Laudo; y, luego, sólo como último recurso, a través de un proceso de amparo.

³⁸ Cita extraída del Fundamento 4 del voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar del breve análisis realizado sobre la sentencia recaída en el Expediente n.º 5311-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional —sin seguir la línea jurisprudencial correctamente iniciada con los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-AA/TC sobre el ámbito de control constitucional del laudo arbitral— ha declarado fundada una demanda de amparo y ha ordenado el inicio de un nuevo arbitraje, dejando de laudo —de manera sorprendente— lo establecido por el propio Tribunal Constitucional (incluso en precedentes de observancia obligatoria sobre la materia) y lo establecido por el propio Código Procesal Constitucional.

Esto constituye un grave antecedente, que puede implicar que se deje de lado todo lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje y por la no interferencia de los tribunales ordinarios o constitucionales en el análisis de las cuestiones de fondo que hubiesen sido discutidas por las partes, a la par que juzgadas, valoradas o resueltas por los propios tribunales arbitrales.

Dentro de tal orden de ideas, queremos creer que, tal como se afirma en la sentencia que cuestionamos, ella obedece a un supuesto excepcional, conformado por aquellos procesos de amparo iniciados con anterioridad a las sentencias recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-AA/TC.

A pesar de que —como ha sido dicho anteriormente— esto ya es de por sí equivocado, por lo menos hace que tal proceder (a decir del propio Tribunal Constitucional) no resulte aplicable a todos aquellos otros procesos iniciados con posterioridad a las referidas sentencias.

Pero, más allá de esta consideración, entendemos que el Tribunal Arbitral debería volver a tales precedentes lo antes posible, en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje se merece, como fuero jurisdiccional contemplado expresamente por el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Y ese retorno a los sanos principios debe ser total, pues, la justicia constitucional no debería conformarse con las eventuales «bondades» de los males menores.

Lima, noviembre del 2009