

COMENTARIOS ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE PROPONE HABILITAR EL AMPARO CONTRA LAUDOS Y OTRAS DECISIONES ARBITRALES.

Mario Castillo Freyre¹²

Con fecha 4 de marzo de 2022, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 1414/2021-PE, a través del cual plantea modificar y adicionar artículos en la Ley n.º 31307, Código Procesal Constitucional, concretamente los artículos 18-A (que se plantea adicionar), 42, 45, además de la Cuarta Disposición Complementaria Final.

Pasaremos a comentar el referido Proyecto de Ley.

No cabe duda de que constituye preocupación del Poder Ejecutivo los casos de procesos de contratación que son suspendidos por medidas cautelares obtenidas en procesos judiciales, fundamentalmente de amparo; materia sobre la cual se refiere la inmensa mayoría de consideraciones de la exposición de motivos del referido Proyecto de Ley.

Hasta este punto, nada habría que señalar con respecto al arbitraje, pero ocurre que la norma también plantea modificar aspectos legales relativos a esta materia, permitiendo el amparo directo de las partes en conflicto, no sólo contra los laudos arbitrales, sino contra cualquier decisión de un tribunal arbitral.

Las consecuencias, de aprobarse una norma de esta naturaleza, serían desastrosas.

Voy a referirme a la exposición de motivos, siguiendo el orden temático del propio Proyecto de Ley y citando las páginas, en numeración que incluye la

¹ Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; Presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el período 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

² Agradezco los valiosos consejos de Verónica Rosas Berastain, Massiel Silva Santisteban Amésquita y Gisselle Moreno Cavallini.

carta de presentación del proyecto al Congreso de la República, el proyecto mismo y la fórmula legal:

1.- El proceso de amparo y el ejercicio abusivo del derecho a iniciar un proceso o solicitar medidas cautelares.

Recordando a Landa, el proyecto (página 6) señala que «los procesos constitucionales buscan lograr dos fines esenciales: por un lado, garantizar la Supremacía de la Constitución como norma jurídica y, por otro, la tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona.»; recordando el proyecto (página 6) que «el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo incluye el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales a través del ejercicio del derecho de acción; sino que también supone el derecho a que, la posible decisión que se adopte en el marco del proceso instado, surta efectos.»

Además (página 7), cita al Tribunal Constitucional, cuando señala que «el cumplimiento de las decisiones judiciales, esto es, garantizar su efectividad, constituye una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional reconocido por la Constitución y supone una garantía para la democracia de nuestro Estado»; siendo las medidas cautelares uno de los mecanismos tendientes a garantizar la efectividad de la decisión judicial.

Queda claro hasta este punto, que el proyecto, como no podía ser de otra forma, reconoce la legalidad del mecanismo cautelar, el que además se enmarca, en los casos abordados, dentro de procesos constitucionales, fundamentalmente de amparo; pero empieza a señalar (página 7) que «el derecho de acción y a la obtención de medidas cautelares, como todo derecho, se encuentran sujetos a determinados límites, tanto intrínsecos como extrínsecos. En ese sentido, uno de dichos límites es el provisto por el respeto de otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.»

El proyecto recuerda (página 7) que «Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que ello impone al legislador el deber de configurar legalmente un procedimiento cautelar que preserve también los derechos de terceros y otros bienes constitucionales que podrían verse afectados con la dación de una medida cautelar.»

La lógica del proyecto (página 7) «responde a que los derechos, incluso el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales o a la tutela cautelar, deben ejercerse de manera armónica con los demás derechos y principios constitucionales. Por ello, a pesar de su reconocimiento e importancia, estos no pueden ser ejercidos de forma tal que se desnaturalicen o socaven los principios que orientan al Estado democrático.»; recordando el Poder Ejecutivo que el artículo 103 de la Constitución, al igual que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, no amparan el abuso del derecho.

Sobre este particular, resulta evidente la preocupación del Estado con respecto a las medidas cautelares, y no hay duda de que éstas podrían llegar a ser abusivas, en la medida de que, finalmente, el derecho invocado y protegido por la medida cautelar sea desestimado en el cuaderno principal, es decir, que el accionante pierda el juicio de amparo.

No obstante, una situación como ésta resulta común en cualquier proceso, ya que, por un lado, 1) los jueces no son infalibles; 2) las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas por ellos mismos o por instancias superiores; y, 3) porque, finalmente, no siempre gana el proceso quien haya obtenido una cautelar.

De ahí que la medida cautelar si bien debe ser otorgada cuando exista apariencia de derecho, su otorgamiento no garantizará que la misma resulte infalible y que, por tanto, el proceso finalice en el mismo sentido en el que ella había sido otorgada.

Esto implica que ese riesgo siempre va a estar latente. Dentro de tal orden de ideas, que el Estado recorte los derechos de los accionantes o los restrinja de alguna manera, no es ni recomendable ni propio en un Estado de Derecho, sobre todo cuando lo que se busca —y la *ratio legis* del Proyecto de Ley es obvia—, es disminuir las medidas cautelares concedidas por el Poder Judicial en procesos de garantía, tendientes a la suspensión de procesos de contratación con el Estado.

Esto se puede apreciar del proyectado nuevo artículo 42 del Código Procesal Constitucional, norma que plantea establecer lo siguiente:

«Artículo 42.- Juez competente

Son competentes para conocer del proceso de amparo a elección del demandante, el/la juez/a constitucional del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos **constitucionales** se origina en una resolución judicial, **en un laudo o decisión arbitral**, la demanda se interpone ante la Sala Constitucional o, sino lo hubiere (*sic*), ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley.

Cuando la demanda de amparo tenga por objeto cuestionar actuaciones realizadas en los procedimientos de selección de obras públicas o ejecución de obras públicas, es competente, en primera instancia la Sala Constitucional o, si no lo hubiere (*sic*), la Sala Civil de Turno de la Corte Superior del domicilio principal de la entidad demandada. En estos casos, solamente el/la presidente/a (*sic*) y los/las dos jueces/zas más antiguos/as.

En el proceso de amparo, no se admite la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.»

En el Proyecto de Ley (página 8) se cita a Giovanni Priori, cuando señala la existencia de «la posibilidad de emplear los procesos de amparo con la finalidad de conseguir fines subalternos ajenos a la tutela de derechos fundamentales». El proyecto agrega que el citado autor «hace hincapié en que la regulación de los procesos y los mecanismos al interior de los mismos puede favorecer o desincentivar conductas abusivas.»

Además (página 8), recuerda que «el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la posibilidad de que los operadores del sistema de justicia empleen el proceso de amparo buscando desvirtuar las finalidades constitucionales de dicho proceso, situación perniciosa que acarrea una sanción.»

2.- Justificación de la medida propuesta.

De todo lo señalado, el Proyecto de Ley considera que el mismo se justifica en diversos rubros, a los que haremos referencia seguidamente:

2.1. Impacto de los procesos de amparo en la paralización de obras públicas

El Proyecto de Ley señala (página 9) que «de acuerdo a la Contraloría General de la República, para noviembre de 2020, se registraron 395 obras públicas paralizadas a nivel nacional. Para el presente año, de acuerdo al Contralor General de la República, el total de obras paralizadas es de 3300, que representan un valor de más de 18,400 millones de soles.»

Recuerda el Proyecto de Ley que esta problemática procuró ser atendida por el Decreto de Urgencia 008-2019, que reconocía entre las causas de paralización (artículo 3.2): «controversias, abandono, deficiencias del expediente técnico, causas no previsibles en el expediente técnico u otras situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato que impiden su continuidad, culminación y/o puesta en funcionamiento».

El Proyecto de Ley recuerda (página 9) que la propuesta original de la Contraloría incluía dentro de las causas de paralización a las medidas cautelares.

En tal sentido, el Proyecto de Ley indica (página 9) que «Uno de los procesos que impactan en la continuidad de las obras es el proceso de amparo»; a cuyo efecto cita (páginas 9 a 17) trece ejemplos de casos en los que el Estado considera que se perjudicó la continuidad de la obra en virtud de medidas cautelares.

Hasta este punto debemos subrayar que ninguno de los casos citados como ejemplo en el Proyecto de Ley tiene algo que ver con procesos arbitrales, pues en todos ellos las medidas cautelares fueron fruto de decisiones emitidas por jueces constitucionales de diversas jurisdicciones, no habiéndose celebrado, en muchos casos, ni siquiera el contrato que contiene el respectivo convenio arbitral.

Todo esto significa que la primera justificación dada por el Proyecto de Ley, es decir la relativa al impacto de los procesos de amparo en la paralización de obras públicas, se basa en trece ejemplos tomados como base de estudio para llegar a una determinada conclusión a la que se arriba en el Proyecto de Ley bajo estudio, es decir trece de las decenas de miles de contratos que celebra el Estado con los particulares cada año, cifra que se halla muy, pero muy, por debajo del 0.01% del total de contratos celebrados.

Al igual que en los comentarios que formulamos en torno al Anteproyecto de Ley que busca eliminar el arbitraje en la Contratación Pública, tenemos que resaltar en este caso, que no se puede construir una tesis y, mucho menos, un Proyecto de Ley, en base a un número insignificante de ejemplos.

Menos aún, hacer un cuadro estadístico en base a estos trece casos (página 18) y llegar a la conclusión (página 17) de que «Como es de apreciarse, el proceso de amparo y las medidas cautelares que pueden dictarse en estos casos, pueden determinar la paralización de importantes obras públicas. Al respecto, de acuerdo a la información proporcionada por la Procuraduría General del Estado, se evidencia cual es la distribución porcentual entre las causas que motivan la presentación de medidas cautelares, en su mayoría, se encuentra las de (*sic*) suspender la ejecución de la obra y la suspensión de actos resolutivos».

Resulta conveniente advertir que, si la base estadística del Proyecto de Ley fuera distinta, tal situación no ha sido expresada en el mismo.

2.2. Justificación para la adopción de medidas específicas para los procesos que impactan en obras públicas.

El Proyecto de Ley (página 18) recuerda «que el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestra Constitución reconoce el principio de “buena administración”, la cual supone establecer “medios organizacionales, procedimientos y legales (*sic*)” orientados a la consecución de los fines del Estado.»; recordando que el artículo 44 de la Constitución dispone como deberes primordiales del Estado el promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Recuerda también el Proyecto de Ley (página 18) que, en atención a ello el Tribunal Constitucional reconoce que, a diferencia de la contratación en el ámbito privado, la contratación estatal compromete recursos y finalidades públicas, lo cual legitima la adopción de regulaciones especiales sobre dicha materia; considerando que la necesidad de una regulación específica sobre esta materia se encuentra prevista en el artículo 76 de la Constitución. Ello, con el propósito de (páginas 18 y 19) «lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado», tal como lo expresa el propio Tribunal Constitucional; por lo que este último ha evidenciado la importancia de contar con controles al respecto.

El Proyecto de Ley (página 19) señala que «según la información recabada por la Procuraduría General del Estado respecto de los años 2018, 2019, 2020 y 2021, el 54% de las medidas cautelares otorgadas (vinculadas, entre otros, a la suspensión de obras) fueron luego dejadas sin efecto. Esto quiere decir que un gran número de las medidas cautelares que entorpecen la ejecución de obras públicas, nunca debieron haberse adoptado.»

Debemos señalar que no se señala la base numérica que da lugar a la referida estadística; pero, también que, si asumiéramos como cierta la cifra proporcionada por el Proyecto de Ley (54%), ese indicador, por sí mismo, nos daría como resultado que el 46% de medidas cautelares otorgadas no fueron dejadas sin efecto.

Esto significa que aquellas que se encuentran en esta última situación también representan un alto porcentaje del total de medidas cautelares; y, si bien representan un número algo menor que las primeras, podría llegarse a la conclusión, *grosso modo*, de que una de cada dos medidas cautelares concedidas a estos efectos, ha prevalecido a lo largo del tiempo y ha servido para proteger un derecho constitucional afectado.

El Proyecto de Ley agrega (página 19) que la paralización o entorpecimiento de obras públicas supone un perjuicio para el Estado en términos económicos e impacta directamente en los derechos de la ciudadanía.

Luego, el Proyecto de Ley señala, citando a la Contraloría General de la República (página 19), que las obras públicas están destinadas a satisfacer

necesidades públicas; y a Jiménez de Cisneros (página 20 del proyecto), cuando apunta que el interés público es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad, constituyendo su satisfacción uno de los fines del Estado.

El Proyecto de Ley recuerda (página 20) que las obras pueden paralizarse sea por actos de corrupción o por recursos judiciales que impliquen suspender su realización.

En este punto, el Proyecto de Ley termina reconociendo (página 20) que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho a la tutela judicial efectiva protege también el acceso a una medida cautelar»; pero el proyecto estima (página 21) que «el ejercicio de dichos derechos debe encontrarse acorde con la satisfacción de otros derechos y principios que nuestra Constitución ampara.»

2.3. Alternativas de solución contempladas en el ordenamiento vigente para evitar el abuso del derecho en los procesos que impactan en el interés público.

El Proyecto de Ley señala (página 21) que «en ocasiones similares, generadas por la interposición de demandas y solicitudes cautelares interpuestas de manera abusiva o sin fundamento, en perjuicio del interés público, nuestro ordenamiento jurídico ha procurado dar respuesta.»; recordando (página 21) la versión original del artículo 51 del Código Procesal Constitucional del año 2004, luego derogada y ahora restablecida por la Ley n.º 31307, nuevo Código Procesal Constitucional, la misma que establece que «si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpone ante la Sala Constitucional o, si no lo hubiere (*sic*), ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley».

El Proyecto de Ley sostiene (página 21) que una medida como la descrita requiere de un análisis pormenorizado por parte de un órgano de mayor grado en la carrera que garantice una mayor experiencia en la actividad jurisdiccional con la finalidad de que una decisión de dicha magnitud cuente con una calificación suficiente.

Por otra parte, recuerda (páginas 21 y 22) que el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, distingue que cuando el objeto de la demanda en el proceso contencioso sean las actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia del Mercado de Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia Nacional de Salud, como el caso en el cual la demanda en primera instancia se interpone ante la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva y, si no la hubiere, la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; resolviendo en apelación la Sala Civil de la Corte Suprema y, en casación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Esto es mencionado en el Proyecto de Ley para advertir que hay casos en los que se establece procedimientos especiales dado el impacto en el interés público (página 22).

También cita (página 22) el artículo 837 del Código Procesal Civil sobre la competencia para los casos de reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos extranjeros, así como la Ley n.º 29497, Ley Procesal del Trabajo.

Lo mismo en relación al hoy derogado Código Procesal Constitucional del 2004 para las medidas cautelares en los procesos en los que se cuestione ciertos actos administrativos, cuya suspensión pudiese acarrear algún perjuicio al interés público (artículo 15 del referido código derogado).

El Poder Ejecutivo señala (página 23) que «la regulación especial para estos casos se fundó en la necesidad de preservar el interés público que se veía defraudado a través del uso indebido de medidas cautelares.»; citando para ello opiniones de dos congresistas de la época.

De igual manera cita (páginas 23 y 24) una sentencia del Tribunal Constitucional en la que reconoce que resulta constitucionalmente posible establecer regulaciones especiales en materia de medidas cautelares, en atención a garantizar otros bienes constitucionales.

Cita también (página 24) el Decreto Legislativo n.º 1393, que regula la interdicción en las actividades ilegales en pesca, el mismo que establece un régimen diferenciado cuando se solicita medidas cautelares en un proceso de amparo o en un proceso contencioso administrativo destinado a cuestionar las resoluciones sancionadoras pecuniarias del Ministerio de la Producción.

Lo mismo ocurre con la cita (página 24) de la Ley n.º 29639, la misma que prevé una regulación específica para las medidas cautelares, en cualquier orden procesal, que se planteen respecto de los derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos.

Todo ello hace concluir al Poder Ejecutivo (página 25) que resulta constitucionalmente posible establecer una regulación específica para determinados procesos judiciales, en atención al objeto de la controversia dilucidada en éstos, con la finalidad de garantizar otros derechos y principios constitucionales.

Como se puede apreciar, todas las ideas glosadas se refieren únicamente al procedimiento con respecto a las medidas cautelares otorgadas en sede judicial; lo que equivale a decir que nada de lo que se dice en las 19 primeras páginas de la exposición de motivos del Proyecto de Ley bajo análisis, tiene que ver con el arbitraje, el mismo que sólo es tratado específicamente en dos páginas y luego, de manera general, en otras dos.

Reconocemos que el Estado goza de la facultad de otorgar un tratamiento diferenciado a la regulación de medidas cautelares en determinados ámbitos, pero, como hemos visto, este análisis no se basa en una amplia estadística y estudio profundo del tema, sino únicamente en trece casos tomados como universo de estudio, los que en realidad, para cualquier investigación constituyen solamente ejemplos y no pueden conducir a un Estado serio a legislar sobre medidas de orden constitucional que afectan derechos de las personas naturales y jurídicas.

No nos cabe duda de que la opción que adopta el Poder Ejecutivo en este Proyecto de Ley sobre las medidas cautelares otorgadas por los Tribunales Judiciales en materia de Contratación Estatal puede basarse más en una idea de

conveniencia que en una propuesta que haya merecido suficiente trabajo y reflexión.

2.4. Amparo contra laudos y otras decisiones arbitrales.

En este punto, ya se plantea modificar el régimen del amparo contra los laudos y demás decisiones arbitrales.

Ello, con prescindencia de lo establecido en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) y de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso 6167-2005-PHC/TC y otras.

El Proyecto de Ley señala (página 25) que: «Si bien el Código Procesal Constitucional derogado, así como la Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, no aluden de forma expresa a la posibilidad de cuestionar laudos o demás decisiones arbitrales, a través del proceso de amparo, de conformidad con el artículo 2 del Código derogado, así como el artículo 1 del nuevo cuerpo normativo, se habilita acudir a la vía del amparo, para cuestionar todo acto u omisión que amenace o vulnere derechos fundamentales. En atención a ello, un laudo o decisión arbitral puede constituir un objeto de cuestionamiento (*sic*) a través del proceso de amparo si incurre en la vulneración de derechos.»

Por nuestra parte, debemos recordar que hasta la sentencia del caso n.º 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional, esta era la doctrina que se aplicaba en los tribunales de justicia del Perú y que también asumía el Tribunal Constitucional.

En otras palabras, que se podía recurrir en amparo contra un laudo arbitral o cualquier decisión (resolución u orden procesal de cualquier otra naturaleza) emitida por un tribunal arbitral.

Esto generó una crisis muy grande en el arbitraje, de modo tal que se recurría a los jueces constitucionales y se abusaba de las medidas cautelares para detener el curso normal de los procesos arbitrales, de modo tal que era muy fácil que los mismos se viesan suspendidos por medidas cautelares de jueces constitucionales que dispusiesen en ese sentido, con lo cual la parte accionante

del arbitraje, veía demorar de manera prácticamente eterna la emisión del laudo arbitral y la conclusión del proceso.

El régimen era tan caótico que, como hemos dicho, no sólo se permitía interponer amparos contra laudos, sino contra cualquier otra resolución, lo que equivaldría a que pudiere haber a lo largo de un proceso arbitral, solicitudes de varias medidas cautelares contra diversas resoluciones emitidas en ese mismo caso.

Todo esto ha tenido una larga historia y no fue fácil para el medio jurídico el lograr que ese estado de cosas varíe y que se mantenga la autonomía del arbitraje hoy reconocida, como veremos posteriormente, no sólo por el Tribunal Constitucional, sino por la propia Ley de Arbitraje, en muchas de sus normas.

Así, podemos citar el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1071, que establece los principios y derechos de la función arbitral, señalando lo siguiente:

«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.»

También hay que tener en consideración lo dispuesto por la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, cuando dispone que:

«Duodécima.- **Acciones de garantía.**

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación de laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.»

La primera de las normas citadas constituyó una clara protección de la jurisdicción arbitral, la misma que —no hay que olvidarlo— es recogida por el artículo 62 de la Carta Política de 1993, con igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria y la militar, en su caso.

Resulta increíble que se quiera volver a la época en la cual la jurisdicción arbitral estaba, en la práctica, subordinada a la jurisdicción ordinaria, mediante la amenaza del amparo y las medidas cautelares respecto a cualquier decisión que adoptara el tribunal arbitral.

Querer legislar en sentido contrario implica, claramente, la voluntad de prescindir del arbitraje o postergarlo como medio de solución de controversias de segundo orden.

Además, no olvidemos la importancia de la referida Duodécima Disposición Complementaria, la misma que, en buena cuenta, lo que hace es señalar que la revisión judicial de los laudos arbitrales, vía proceso de anulación, es la vía constitucionalmente adecuada para el análisis de la violación de cualquier derecho constitucional.

Sólo si se desconoce el arbitraje podría creerse que el mismo no está sujeto a un ulterior control judicial; ello, habida cuenta de que cuando la parte que considere afectados sus derechos pueda acudir vía anulación de laudo, sea por cualquiera de las causales que la propia ley establece de manera expresa para poder recurrir en anulación (artículo 63 de la Ley de Arbitraje) o a través de la invocación de la Duodécima Disposición Complementaria, si la violación del laudo arbitral o de alguna otra actuación previa hubiese afectado algún derecho constitucional del recurrente.

En otras palabras, este es un tema superado por la doctrina y jurisprudencia constitucional de nuestro país hace ya mucho tiempo.

Es más, el grueso de quejas del medio arbitral se basa, precisamente, en el abultado número de laudos arbitrales que finalmente son anulados, por alguna supuesta violación del debido proceso, como derecho constitucionalmente recogido dentro del amplio ámbito de las tantas veces citada Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

Estos laudos arbitrales son anulados, en su mayoría, por estimarse que existe la violación de algún derecho constitucionalmente protegido, fundamentalmente referido al debido proceso, en sus manifestaciones de motivación incongruente, motivación insuficiente, falta de motivación u otras; lo que evidencia que en la actualidad existe una garantía legal que protege tales derechos.

En ese orden de ideas, nos llama mucho la atención que el Proyecto de Ley que comentamos comience el tratamiento del rubro de amparos contra laudos arbitrales y otras decisiones arbitrales, con el párrafo que hemos citado, el mismo que, en la práctica desconoce la existencia de todo aquello que acabamos de recordar.

Además, ya se encuentra establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Maria Julia), la regla en virtud de la cual ninguna decisión arbitral puede ser objeto de amparo directo por los litigantes, habida cuenta, precisamente, de lo establecido por la Duodécima Disposición Complementaria, en el sentido de que el proceso de anulación de laudo constituye la vía idónea para dilucidar si ha existido alguna violación o afectación de un derecho constitucional del recurrente.

Entonces, no cabe interponer el amparo de manera directa contra un laudo o decisión arbitral de otra naturaleza, dada la existencia de la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje; sólo cabe interponer un amparo contra la resolución judicial firme que

hubiere anulado un laudo arbitral o que hubiere declarado infundada o improcedente su anulación, dado que la invocación del derecho violado estaría siendo amparada, precisamente, por esa decisión judicial.

Eso equivale a decir que el amparo se dirige contra la resolución judicial que puso fin al proceso de anulación de laudo y no contra el propio laudo arbitral.

Este ha constituido un gran avance del Derecho peruano y ha ordenado tanto el arbitraje como su control judicial y constitucional ulterior.

Lo que busca el Proyecto de Ley es que se permita el amparo directo contra laudos arbitrales y también contra cualquier otra resolución de los tribunales arbitrales que se considere violatoria de un derecho constitucional, especialmente, en la lógica del Poder Ejecutivo, contra aquellas decisiones de los tribunales arbitrales que amparen medidas cautelares contra alguna entidad estatal.

Despropósito mayor dentro de la doctrina constitucional peruana de las últimas dos décadas.

Los tres casos de excepción (es decir, aquellos en los cuales hoy sí se permite el amparo directo contra laudos) que cita el Proyecto de Ley no tienen nada que ver con aquello que se propone legislar en el propio Proyecto de Ley, ya que son casos muy específicos, que el propio Proyecto cita (página 25) y que pasaremos a reseñar y explicar:

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

Por nuestra parte podemos señalar que este caso de excepción es claramente puntual y sólo se refiere a los supuestos de vulneración, por los laudos arbitrales, de precedentes vinculantes emitidos por el propio Tribunal Constitucional; si se quiere, es una vía abreviada para que la parte perjudicada por ese laudo pueda ver restablecido su derecho

constitucional afectado, sin necesidad de recurrir al proceso de anulación.

Por lo demás, sólo es aceptada contra laudos arbitrales y no contra resoluciones de otra naturaleza.

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

En estos casos, la excepción también se justifica, en la medida de que si bien los tribunales arbitrales tienen la facultad de ejercer control difuso (facultad otorgada por el propio Tribunal Constitucional en el ya citado caso de la Minera María Julia), sería un despropósito si un tribunal arbitral hubiese inaplicado un precepto constitucional por considerarlo inconstitucional, a pesar de que luego de que se promovió su inconstitucionalidad, la misma fue desestimada por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional.

Dentro de tal orden de ideas, el tribunal establece la facultad del amparo directo contra el laudo.

iii) 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.º 1071.

En primer lugar, debemos advertir que el Proyecto de Ley incurre en un error material, al mencionar el artículo 140 del referido Decreto Legislativo (dado que la Ley de Arbitraje sólo tiene sesenta y ocho artículos, catorce Disposiciones Complementarias, tres Disposiciones Transitorias, cuatro Disposiciones Modificatorias, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales), cuando en realidad está aludiendo al artículo 14, norma que rige los casos en que se haya incorporado al arbitraje a un tercero no signatario, pero quien es

considerado como parte por el tribunal arbitral, de acuerdo a los supuestos específicos mencionados por el referido artículo 14.

Dentro de tal orden de ideas, si el tercero hubiese sido incorporado respetando los casos del referido artículo 14 y este tercero considerara violatoria de un derecho constitucional su incorporación al proceso arbitral, el mismo deberá esperar hasta la existencia del laudo para impugnarlo vía anulación.

Si el tercero, en cambio, fuese incorporado al arbitraje a través de algún mecanismo distinto, ilegal y violatorio de algún derecho constitucional de esa persona, entonces ese tercero gozará del derecho del amparo directo contra la resolución arbitral firme que haya decidido incorporarlo al arbitraje.

Se justifica, entonces, esta tercera excepción establecida por el Tribunal Constitucional, pero, además, hay que ser claros en el sentido de que en materia de contratación pública resulta exótico ver casos de esta naturaleza, en la medida de que los contratos son celebrados por determinada entidad estatal con algún particular u otra entidad estatal y serán sólo esas partes las que litigarán en el arbitraje.

No estamos diciendo que no pueda presentarse algún caso distinto o excepcional, pero debemos señalar que en más veinte años de actividad arbitral solamente hemos visto uno.

Entonces, en resumen, no es cierto que el Tribunal Constitucional permita como regla la impugnación directa de laudos u otras decisiones arbitrales, pues tales casos están ceñidos a supuestos absolutamente específicos; no resultando posible ampliar tales supuestos en virtud de una ley o cualquier otra norma legal.

Con esto queremos decir que si se quisiera ampliar esos tres supuestos de excepción, que hemos explicado, lo que se tendría que hacer es o modificar la Constitución (lo que no correspondería por un tema reglamentario como éste) o que el propio Tribunal Constitucional modifique la doctrina adoptada en los casos 6167-2005-PHC/TC,

00142-2011-PA/TC (Minera María Julia) y demás sentencias en las que ha seguido la misma línea resolutive.

Cualquier eventual modificación del ordenamiento jurídico en el sentido que propone el Gobierno Central, debería ser inaplicada por los tribunales arbitrales, por el Poder Judicial y por el propio Tribunal Constitucional, pues no estaría enmarcada dentro de los tres supuestos de excepción antes analizados y, por tanto, sería inconstitucional.

Luego, en tres párrafos, el Proyecto de Ley bajo análisis mezcla una serie de temas que corresponde mencionar como muestra palpable de que en verdad no se tiene conocimiento cabal acerca de la realidad que se pretende modificar y de la doctrina del propio Tribunal Constitucional.

Los párrafos mencionados (páginas 25 y 26) son los siguientes:

«Si bien, de lo hasta ahora expuesto, se advierte que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado una lógica de excepcionalidad en el recurso al proceso de amparo contra laudos arbitrales; sin embargo, conforme se aprecia de la data proporcionada por la Procuraduría General del Estado, esta lógica de excepcionalidad no sólo no viene siendo respetada por algunos jueces de las primeras instancias; sino que además el dictado indiscriminado de medidas cautelares en procesos de amparo viene paralizando diversas obras públicas; lo que, sin duda, genera un impacto negativo que lesiona el interés público que subyace a la ejecución oportuna y eficiente de las mismas. Siendo así, se hace necesario establecer reglas procedimentales específicas que garanticen que el trámite de este tipo de amparos no genere graves perjuicios al bienestar general de la población, que constituye el fin último de las obras públicas.»

En este párrafo, el Poder Ejecutivo confunde varios temas, ya que de lo que estamos hablando es de las excepciones al amparo directo contra laudos arbitrales, establecidas por el Tribunal Constitucional; y nada del razonamiento anterior tiene que ver, precisamente, con alguna

resolución arbitral que desacate lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso n.º 142-2011-PA/TC.

En todo caso, de lo que podríamos estar hablando es de medidas cautelares otorgadas o concedidas por tribunales arbitrales en el legítimo ejercicio de sus funciones y ante el pedido de una de las partes.

Estas medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales, por lo demás, nunca tendrán que ver con evitar la celebración del contrato, pues es claro que, si se puede recurrir a un tribunal arbitral es porque ya existe convenio de tal naturaleza contenido en el contrato celebrado entre el Estado y la entidad estatal.

Entonces, de lo que estamos hablando es de medidas cautelares que tengan una finalidad distinta que, a su vez, hayan sido dictadas por tribunales arbitrales, lo que implica que los tribunales judiciales ya no son competentes para el otorgamiento de dichas medidas cautelares; o, al menos, que no lo son para dictarlas entre las partes que celebraron ese contrato.

Lo que está planteando el Proyecto de Ley bajo comentario es que se habilite la interposición de acciones de amparo contra las decisiones de los tribunales arbitrales referidas al otorgamiento de medidas cautelares, propuesta que implica una clara intromisión en el desarrollo del proceso arbitral, contraria a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje; además de representar un obstáculo para el desarrollo del proceso arbitral y un mecanismo judicial de control de constitucionalidad previo a la emisión del laudo, normatividad legal que abriría un abanico infinito de acciones de amparo y de procesos arbitrales que tendrían que convivir en su desarrollo con litigios de orden constitucional de carácter paralelo, en los que se cuestione éste y cualquier otro tipo de decisiones de los tribunales arbitrales.

Entonces, no sólo se trataría de un camino empedrado para el arbitraje, sino de dinamitar el propio arbitraje, todo en favor de lograr que el Estado no tenga medidas cautelares dictadas en su contra por tribunales regulares.

Por lo demás, es claro que se trata de una norma que busca presionar a los tribunales arbitrales para que no otorguen medidas cautelares y a los tribunales de la justicia constitucional para que las revoquen si éstas hubieren sido concedidas en favor de particulares.

Es lo que desde hace varios años vengo denominando, como la búsqueda de una justicia arbitral hecha, precisamente, a la medida del propio Estado.

No hay camino más directo que éste para destruir, no sólo el arbitraje, sino la justicia en general.

Y, no lo olvidemos, todo a propósito de un análisis basado en trece casos de resoluciones judiciales que han concedido medidas cautelares; y no del análisis de resolución arbitral alguna que las hubiere otorgado.

Por lo demás, si tomamos los ejemplos que el Poder Ejecutivo cita en otro Anteproyecto de Ley, en el que pretende, en los hechos, suprimir el arbitraje en la contratación estatal, no dejaríamos de estar ante un puñado de casos sin relevancia estadística alguna.

Luego en el Proyecto de Ley se señala que:

«Ahora bien, teniendo en cuenta que el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución reconoce a la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo en base a dicho carácter una serie de garantías tales como: el derecho a un árbitro imparcial, el debido proceso arbitral, el derecho a la cosa juzgada arbitral, entre otras. En esa lógica, los laudos arbitrales tienen una naturaleza similar a las sentencias judiciales, toda vez que según lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 59 del Decreto Legislativo 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje, el laudo arbitral “produce efectos de cosas juzgada (*sic*)”.»

En este párrafo se cita una serie de derechos propios del debido proceso arbitral, todos ellos reconocidos por sentencias del Tribunal

Constitucional, las mismas que, obviamente, deben ser leídas en conjunto y no de manera aislada.

Y, en lo que constituye el tema más peligroso en todo el Proyecto de Ley, el Poder Ejecutivo señala que:

«Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la posibilidad de cuestionar otras decisiones arbitrales distintas del laudo. Y es que, al igual que en el caso de los procesos judiciales, en los cuales las resoluciones judiciales contra las que procede el amparo no se restringen únicamente a las sentencias, sino a otras resoluciones firmes que se hubieren dictado en el trámite del proceso; también en los procesos arbitrales existen decisiones distintas del laudo arbitral sobre las cuales es posible interponer una demanda de amparo.»

Esta afirmación es absolutamente ajena a la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional y a las doctrinas que hemos estudiado.

Ello, en la medida de que si se tratase de una práctica admitida por el máximo intérprete de la Constitución, es claro que el Poder Ejecutivo no tendría necesidad alguna de proponer las modificaciones legislativas que plantea.

Y, precisamente las propone, porque en la actualidad las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales solamente pueden ser variadas o dejadas sin efecto por el propio tribunal arbitral en tanto esas resoluciones no son impugnables ante el Poder Judicial vía amparo.

Y esto es, claro está, aquello que el Poder Ejecutivo busca sustraer del control de los tribunales arbitrales, a efectos de que sea la justicia constitucional la que tenga la última palabra sobre las medidas cautelares.

Hoy, como se sabe, un litigante, que bien puede ser el Estado, si es perjudicado por una medida cautelar que se dicta contra él, como

regla sólo tendrá la posibilidad de esperar la finalización del arbitraje, para impugnar el laudo arbitral vía anulación.

Pero como comprenderá el lector, la fórmula legal que plantea el Proyecto de Ley no se circunscribe ni a los laudos ni a las decisiones arbitrales relativas a medidas cautelares, sino extiende su manto de aplicación a todas las decisiones arbitrales, sean estas de la naturaleza que fueren.

Y, es más, lo peligroso es que, si bien el Proyecto de Ley trata en su exposición de motivos acerca de la problemática relativa a la contratación estatal, no restringe expresamente a esta última su ámbito de aplicación, con lo que se puede comprender que, al no estar prohibida su extensión al arbitraje civil y comercial, nacional o internacional, tales peligrosísimas disposiciones le serían también aplicables.

La verificación de si se han respetado las garantías constitucionales en las decisiones emitidas por cualquier tribunal arbitral, debe realizarse conforme a lo establecido por la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje y no por un procedimiento adicional distinto, aplicable a cuanta resolución arbitral exista.

Y, por si fuera poco todo esto, se plantea que los procesos constitucionales de amparo contra las resoluciones judiciales (que versen sobre medidas cautelares) y arbitrales (en general) estén exentas de la excepción al principio de gratuidad de la justicia constitucional, reconocido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 31307, actual Código Procesal Constitucional, lo que implica que serán gratuitas y ello conllevará a la proliferación, uso y abuso de las mismas, en perjuicio de la debida tramitación de los procesos judiciales y arbitrales.

En lo que respecta a estos últimos, no me cabe duda de que si se aprobase la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo, ello representará la destrucción total del arbitraje en el Perú, un retroceso de

más de veinte años. Y, si a ello sumamos lo planteado en el Anteproyecto de Ley que propone, en la práctica, eliminar el arbitraje en Contratación Pública, nos hallaríamos frente a un regreso a la época de las cavernas en esta área de la administración de justicia.

Lima, marzo del 2022