

MOTIVACIÓN REFORZADA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

Pedro Grández Castro¹

Sumilla

El presente artículo aborda algunos de los problemas que plantea el ejercicio del control constitucional de las leyes por parte de las/los árbitros. En primer lugar, se analiza la diferencia entre el control difuso que realizan los/las jueces/zas respecto de las/los árbitros, a efectos de identificar elementos que puedan justificar un estándar diferenciado en la motivación. En segundo lugar, se presenta un breve recorrido por los estándares de calidad de la debida motivación que debe exigirse, de forma general, a los laudos arbitrales. Finalmente, se aborda la problemática de la justificación reforzada que requiere, desde nuestro punto de vista, la inaplicación de leyes en el arbitraje. En el cierre del trabajo se presenta, como caso emblemático, el control difuso realizado por árbitros respecto de leyes que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público. Desde nuestro punto de vista, se trata de un caso en el que el control constitucional en el arbitraje presenta serias inconsistencias sobre las que es necesario reflexionar con miras a cambios en la regulación de la competencia arbitral.

Palabras clave

Control difuso, arbitraje, debida motivación, argumentación jurídica, presunción de constitucionalidad

1. La extensión del control difuso al ámbito del arbitraje

La Constitución Política del Perú, en su artículo 138, recoge el principio de jerarquía constitucional estatuyendo expresamente que, “[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los/las jueces/zas prefieren la primera”. Pese a los problemas que suscita, puede considerarse un tópico fuera de

1 Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Abogado. Profesor de Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales – GIDCYDEF de la PUCP; pgrandez@pucp.pe

discusión, el que el control constitucional no es exclusivo de los jueces, sino que alcanza, también, a la jurisdicción arbitral en la forma de control difuso. Así lo estableció el Tribunal Constitucional al recordar que la Constitución “impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 9).

No obstante, en sede arbitral, con la finalidad de controlar el óptimo ejercicio de esa potestad, el Tribunal (Expediente N.º 0142-2011-AA/TC), en el precedente del denominado caso *Minera María Julia*, precisó que, al usar el control difuso, los árbitros debían observar algunas exigencias puntuales:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes (Fundamento jurídico 26)².

Siguiendo lo dispuesto por el máximo Tribunal, la doctrina ha recogido lo estatuido en esta regla a través de la configuración de cuatro parámetros que los árbitros deberían seguir al aplicar el control difuso (Bustamante, 2019): (i) El control difuso debe realizarse en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; (ii) La norma objeto de control debe ser relevante para la solución del caso y suponer un potencial perjuicio, claro y directo, para alguna de las partes; (iii) El control difuso es residual: se debe inaplicar la norma incompatible

2 En el Nuevo Código Procesal Constitucional actualmente vigente, el Artículo VII dispone: “Control difuso e interpretación constitucional.- Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. 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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.”

con la Constitución solo si no es posible reconducirla a través de la interpretación constitucional; (iv) El control difuso requiere aplicar el test de ponderación.

1.1. La problemática en cuestión

Vistos en toda su dimensión, los parámetros establecidos parecen configurar un modelo de arbitraje en el que las/los árbitros actúan como verdaderas/os jueces que juzgan el orden público que crea la legislación, antes de avocarse a la solución de conflictos de orden privado. Por ejemplo, la exigencia de desarrollar un control difuso residual que opera bajo el imperio del principio de interpretación conforme a la Constitución sugiere una/un árbitro incluso capaz de emitir decisiones interpretativas³. Esto no tendría nada de extraordinario si no fuera porque las leyes sometidas a control, como puede constatarse en la práctica arbitral, con frecuencia, son leyes que pretenden poner límites a los poderes económicos del mercado, donde precisamente opera el arbitraje. El riesgo mayor de estas intervenciones arbitrales se aprecia, como veremos más adelante, en los casos de inaplicación de leyes de presupuesto. En estos casos, el poder del arbitraje pone en entredicho la propia fórmula constitucional del equilibrio presupuestario al conceder, por ejemplo, aumentos salariales a trabajadores/as del sector público contra las explícitas restricciones contenidas en la ley del presupuesto⁴.

La inminencia de incurrir en excesos incontrolables por esta vía ha sido denunciada recientemente por la expresidenta del Tribunal Constitucional Marianela Ledesma, para quien:

Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es reconocer una facultad-deber del control difuso y guardar silencio sobre el cómo se ejerce este mecanismo a la luz de la normatividad que aplican los jueces estatales –generando con ello un gran vacío–, sin control, a esos razonamientos que, hasta la fecha, los árbitros vienen invocando para inaplicar las normas ordinarias (Ledesma, 2020, pp. 41-42).

3 Sobre las decisiones interpretativas de los Tribunales constitucionales, la literatura es muy extensa, me remito, en todo caso, al trabajo del Profesor Javier Díaz Revorio que recoge la problemática más cercana a nuestro contexto. Cfr. Díaz Revorio, *La interpretación constitucional de la ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima: Palestra, 2003.

4 Véase en este sentido decisiones como: Apelación Laboral N.º 8472-2020-Lima emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 6 de septiembre de 2022.

La crítica de la expresidenta del Tribunal se extiende al constatar que, pese a que a las/los jueces ordinarios se les exige consultar ante la Corte Suprema cualquier intento de inaplicar una norma legal a través del ejercicio de control difuso, en el caso de las/los árbitros no se ha previsto una exigencia similar. De ahí que la ex magistrada Ledesma se pregunte si “los laudos en los que se ejerza dicho control tendrían que ser sometidos necesariamente a consulta ante un órgano jurisdiccional”, respondiendo afirmativamente precisando que deberían seguir “el mismo procedimiento y las mismas reglas que siguen los jueces del Poder Judicial cuando hacen control difuso” (Ledesma, 2020, p. 40).

Asimismo, precisa que:

A pesar de que el Tribunal Constitucional considera que la autoridad de los árbitros no viene de las partes sino del Estado que los instituye como jueces, aunque sean nombrados por las partes, y, por ello, se comportan como una autoridad jurisdiccional, este criterio –que no comparto– no solo debe leerse afirmando ese extremo de su origen, sino que también debe mirarse en toda su dimensión y extender los procedimientos para controlar el ejercicio del control difuso, tomando como referencia, por remisión, las reglas que guían la función jurisdiccional de los jueces, contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y las del Código Procesal Civil.

1.2. Sobre las exigencias al control constitucional de las/los árbitros

En efecto, sobre el control del ejercicio del control difuso en la jurisdicción ordinaria, es bastante conocido que, además de la exigencia de la consulta ante la Corte Suprema regulada en la ley⁵, desde hace unos

5 Art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución. (...) Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

Art. 408 del Código Procesal Civil.- Procedencia de la consulta. (...) También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

años, las/los jueces están obligados también a aplicar un conjunto de reglas establecidas como doctrina vinculante a fin de evitar que esta herramienta sea usada “en forma irrestricta [o] vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar” (Corte Suprema, Ejecutoria recaída en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, considerando 2.2). Las reglas referidas han sido enunciadas por la Corte Suprema de la siguiente forma:

- (i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales [y por tanto] cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
- (ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso [y por tanto] verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto.
- (iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, [y por tanto] agotar los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal.
- (iv) Iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

Si observamos con detenimiento estas cuatro reglas establecidas para las/los jueces ordinarios, contrastándolas con los parámetros establecidos para las/los árbitros –en la doctrina a partir de lo ordenado por el Tribunal Constitucional–, podemos notar que hay bastante cercanía y similitud. Para ambos casos se exige: demostrar que la norma que se busca inaplicar es la relevante para resolver el caso (regla ii); agotar la interpretación de la disposición normativa para saber si es posible salvar algún sentido que sea conforme a la Constitución (regla iii); y verificar que el daño que la aplicación de la norma generada en alguna de las partes sea proporcionalmente más perjudicial que el generado para la otra (si lo hubiere), a través del examen de proporcionalidad (regla iv).

Con ello, no obstante, algunos podrían pensar –de forma errónea– que la única distinción entre lo exigido para las/los jueces y las/los árbitros se encontraría en la regla (i). Sin embargo, ni siquiera aquí podemos encontrar una diferencia relevante; al contrario, se trata de exigencias que aplican para ambos casos. Como regla (i), el Tribunal Constitucional en el precedente *Minera María Julia* estatuyó la necesidad de que el control difuso sea aplicado en los laudos arbitrales en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver supra), mientras que, para el caso de las decisiones judiciales, la Corte Suprema dispuso la obligación de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada. Como es evidente, ambas reglas son exigibles tanto a jueces como a árbitros, sin distinción alguna, pues, por un lado, cualquier tipo de decisión jurisdiccional debe respetar lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, y por otro, jueces y árbitros están obligados/as a exponer, de forma objetiva, la inconstitucionalidad que ocasionaría, en el caso concreto, la norma que se intenta inaplicar.

Particularmente, esta última obligación emana de dos deberes fundamentales que se activan independientemente de la jurisdicción de que se trate: el deber-garantía de la debida motivación, y el deber de vencer la presunción de constitucionalidad de las leyes, que resulta de especial relevancia en la práctica del control constitucional.

Respecto de este segundo deber, la Corte Suprema ha sido enfática en señalar que “el uso indiscriminado [del control difuso] acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo” (Corte Suprema, Ejecutoria recaída en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, considerando 2.5), y, por tal motivo, deben preverse todos los mecanismos necesarios para garantizar su “carácter excepcional y de última ratio” (considerando 2.2.1.). Asimismo, vinculándolo con el deber de motivación, indica con toda claridad que:

el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos (considerando 2.2.3.).

Así, la debida motivación y el deber de superar la presunción referida interactúan en una dinámica de exigibilidad hacia la forma en que el control difuso es aplicado. En esta dinámica, la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes funciona como un parámetro para reconocer cuándo una decisión –independientemente de su naturaleza ordinaria o arbitral– en la que se usa el control difuso, ha sido debidamente motivada o no.

Teniendo en cuenta todo lo desarrollado hasta aquí, es posible concluir, en primer lugar, que, desde un punto de vista analítico, no se puede asumir que, en nuestro país, existen estándares diferenciados para controlar el uso del control difuso en sede arbitral, respecto a lo que sucede en la jurisdicción ordinaria. Al contrario, tal como se ha demostrado, las reglas sustanciales que deben seguir las/los árbitros son, en general, las mismas que en el caso de las/los jueces.

No obstante, la ausencia de un sistema de recursos y el hecho de que los laudos no se publiquen genera un riesgo latente de que el sistema legal sea aplicado en forma dispar e incluso sea contradictorio entre las/los árbitros, generando inseguridad en el sistema arbitral. De este modo, lo que a primera vista parece como una garantía para el arbitraje, al someter las decisiones arbitrales a un estándar más alto como la Constitución, puede también significar un mayor grado de incertidumbre en los resultados. De ahí la necesidad de pensar en instituciones que logren uniformidad y la debida publicidad de las decisiones arbitrales en las que se ejerza el control difuso. La exigencia de publicidad de estas decisiones parece incuestionable, en la medida que comprometen la seguridad del orden público. Las leyes que hubieran sido inaplicadas por las/los árbitros deben ser identificadas por la comunidad en general y, en particular, por las instancias propias de la práctica arbitral. Por otro lado, la necesidad de uniformizar las respuestas a la luz de la Constitución aconseja una solución institucional que permita una única palabra para aquellos casos en los que las/los árbitros consideran que la solución arbitral pasa por la inaplicación de una ley.

Las fórmulas pueden ser diversas. La creación de una instancia que unifique la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución a partir del control difuso en sede arbitral parece innegable. Esta instancia podría dejar fuera del control el asunto de fondo resuelto en el laudo. Ello a diferencia de lo que ocurre con la consulta ante la Corte Suprema en el caso del control difuso judicial que, como he criticado en otro lugar (Grández, 2022), pone en cuestión la independencia de las/los

jueces y la cosa juzgada, en la medida que la consulta opera respecto de decisiones que no fueron impugnadas y que, en consecuencia, tienen el carácter de decisiones firmes.

Para el caso del arbitraje podría pensarse no en una consulta, sino en una suerte de control oficioso de parte del Tribunal Constitucional, el que puede pronunciarse dejando a salvo el caso resuelto en caso sometido a arbitraje y solo respecto del razonamiento constitucional realizado por el tribunal arbitral. De este modo, mediante control constitucional de oficio, el Tribunal Constitucional podría pronunciarse validando o rechazando el razonamiento constitucional de parte de las/los árbitros, sin necesidad de convocar a las partes, que no se verían afectadas por la decisión del Tribunal. Así, el control constitucional sería objeto de escrutinio y la publicación de las decisiones del Tribunal Constitucional obligarían a las/los árbitros a tomar en cuenta el razonamiento desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución.

Desde luego, la incorporación de estos cambios requeriría, a su vez, reformas en la regulación actual del arbitraje. Mientras ello no ocurra, hay que fortalecer las exigencias de motivación del laudo en aquellos casos en que se use el control difuso. A continuación, se expone de forma breve un recorrido por los estándares de calidad de la debida motivación que debe exigirse, de forma general, a los laudos arbitrales, con la finalidad de marcar un contraste con lo que sucede en el caso específico de la aplicación del control difuso.

2. Estándares de calidad de la debida motivación en el arbitraje

Estamos de acuerdo en que, debido a “la verdadera naturaleza del arbitraje, de base contractual”, es razonable considerar que no pueden “aplicarse a los laudos los estándares y/o exigencias de motivación propias de las resoluciones jurisdiccionales” (Canals Vaquer, 2018, pp. 552-553); pero no por ello debemos renunciar al diseño de ciertos estándares que puedan ser útiles y, al mismo tiempo, garantistas del derecho a la debida motivación.

Un punto de partida clave está en el hecho de que “no debe exigirse motivaciones complejas o sofisticadas a los árbitros, al extremo de convertir en una carga esta actividad; [así, por ejemplo] la actividad de motivar el laudo no debe estar relacionada con el tamaño o extensión del laudo o con la fundamentación, la referencia a citas legales, doctrina o cita de textos jurisprudenciales” (Guzmán Galindo, 2013, p. 37). No

obstante, al momento de valorar, de forma objetiva, cuán profunda debiera ser la motivación, debe tomarse en cuenta dos aristas: una de corte pragmatista, que lo que buscaría es persuadir a la/al juez que podría, llegado el caso, controlar la debida motivación del laudo; y otra de corte racionalista, que apuntaría más a convencer, de forma general a las partes, de que la decisión tomada en el laudo es la correcta, o, al menos, la mejor decisión posible teniendo en cuenta las variables del caso en cuestión.

Sobre la variable racionalista, no entraremos aquí en detalle por su complejidad y porque excede al objeto del presente trabajo. En cambio, respecto de la estrategia pragmatista, sí es necesario realizar una breve reflexión porque, desde esta, se hace una defensa de la importancia de exigir a las/los árbitros el respeto solo por un conjunto de reglas mínimas (determinadas a partir de un análisis sistemático de la jurisprudencia relevante) de las que se infieren algunos pasos que debería seguir un laudo para incrementar la posibilidad de estar fundado en forma suficiente, y no ser anulado por una corte judicial.

No obstante, sin perjuicio de la utilidad que pueda tener el uso de reglas mínimas, lo importante es comprender que la debida motivación en el arbitraje no debe limitarse solo a cuestiones como la presencia o no de una justificación en la que el árbitro explique por qué llegó a su decisión. Si bien es cierto, “justificar una decisión consiste en exponer por parte del árbitro o tribunal [arbitral] las distintas razones que la fundamentan”, hacerlo de forma debida implica también que dicha justificación se haya realizado “en forma lógica, suficiente y objetiva” (Guzmán Galindo, 2013, p. 37).

Por tal motivo, un equilibrio entre la protección del derecho a la debida motivación y el respeto por la autonomía contractual —principio rector del arbitraje— no puede derivar en considerar aspectos únicamente formales. Sin embargo, qué debe entenderse por motivación sustancial en el mundo del arbitraje, puede resultar en alguna medida problemático. Hay quienes proponen, por ejemplo, que como “la anulación del laudo por falta de motivación no debe dar lugar a la revisión de fondo o de los fundamentos mismos del laudo, el control judicial en este aspecto debe observar no el contenido, sino el aspecto externo o la estructura de la motivación, los argumentos en su conexión lógica y su coherencia con la decisión o fallo arbitral” (Guzmán Galindo, 2013, p. 40). El problema, no obstante, es que, en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, no se han establecido con claridad los linderos de conceptos como

“argumentación estructurada”, “conexión lógica”, “coherencia”, entre otros, lo que hace mucho más complejo controlar la motivación sin caer en injerencias sobre el fondo de lo resuelto en el laudo, lo cual, por supuesto, queda prohibido para la jurisdicción ordinaria⁶.

Esta ausencia de estándares claros genera, además, serios problemas respecto de los criterios objetivos y de razonabilidad que se espera que las/los árbitros utilicen al momento de fundamentar sus laudos. Así, en relación con los estándares usados en la jurisprudencia para controlar la debida motivación en los laudos cuestionados a través de demandas de anulación, se señala por ejemplo que:

Con la motivación aparente nos acercamos a una línea muy difusa que la separa de la motivación insuficiente (razones mínimas indispensables para asumir que la decisión está bien motivada), de la motivación externa defectuosa (premisas no confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica) y de la motivación interna defectuosa (invalidez de una inferencia a partir de las premisas establecidas previamente o incoherencia narrativa en un discurso incapaz de transmitir las razones de la decisión). Si nos acercamos mucho a ese límite de conceptos que se confunden todavía entre ellos, el arbitraje como institución empezaría a peligrar (Reggiardo, 2013, p. 211).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, es importante mencionar que ha existido, en los últimos años, un especial interés en la doctrina por intentar proponer criterios que puedan evitar la anulación en sede judicial –cada vez más creciente– de laudos arbitrales por deficiencias en la motivación y, al mismo tiempo, brindar más garantías a las partes sobre su derecho a obtener una decisión suficientemente fundada.

6 La propia Ley del Arbitraje (artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1071) dispone que los tribunales, al resolver el recurso de anulación, “solo puede[n] pronunciarse revisando la validez del laudo por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, resolviendo sobre la validez o la nulidad del laudo, estando prohibido bajo responsabilidad la revisión del fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”. Siguiendo la misma interpretación, en la doctrina nacional se establece que: “Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse”.

Así, por ejemplo, encontramos la propuesta de reglas como las siguientes que, según se indica, debieran seguir las/los árbitros para motivar adecuadamente sus decisiones:

(1) eliminar y diferenciar las pretensiones; (2) desmenuzar las pretensiones en puntos controvertidos y hacer pronunciamiento expreso de cada uno de ellos; (3) pronunciarse, de manera grupal o individual, sobre todos los medios probatorios; (4) evitar que la motivación solo consista en la remisión a declaraciones testimoniales, pericias o decisiones arbitrales previas; (5) emplear más de un argumento para cada premisa; y, (6) argumentar los criterios de equidad internos si se aplicaron estos (Rivas, 2017, p. 232).

Sin ánimos de profundizar en la utilidad, pertinencia o suficiencia de cada una de las reglas citadas, y de otras similares que se proponen en la doctrina relevante que problematiza el tema (ver, por ejemplo: Cantuarias & Repetto, 2015), lo importante está en aceptar que, si bien en los laudos arbitrales la exigencia del nivel de racionalidad de la motivación no es ni puede ser el mismo que en el ámbito de las resoluciones judiciales, y que el control solo está justificado “para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas” (Ledesma, 2002, p. 17)⁷, es también cierto que existe una clara necesidad por ampliar el alcance de herramientas que resulten útiles.

Por ejemplo, como veremos más adelante, distinguir entre “motivación suficiente” y “corrección del razonamiento” es un elemento clave a la hora de establecer la validez del control constitucional realizado por las/los árbitros. No obstante, las posibilidades reales de un control material del laudo en atención a los excesos o deficiencias en la corrección material del razonamiento de las/los árbitros, sigue siendo un aspecto al que la doctrina no suele atender, fundamentalmente porque la propia Ley de Arbitraje pareciera sugerir que cualquier control externo al arbitraje no

7 Bajo ese mismo razonamiento se pronuncia la doctrina comparada: “La regla de base es la imposibilidad de una intervención revisora del laudo por parte de la autoridad judicial en cuanto al fondo (*meritum causae*) y respecto a los eventuales errores in indicando; las decisiones de los árbitros están exentas de una censura ulterior en lo concerniente a la manera de apreciar los hechos o las pruebas, a la interpretación del Derecho material o a los extremos que han conducido a un determinado razonamiento jurídico. La singularidad que reviste obedece al hecho de que el juez no revisa las cuestiones de fondo que contenga el laudo, sino únicamente procede al control sobre la legalidad de las formas predispuestas” (Fernández, 2008, p. 1096).

incluye el control del contenido del laudo⁸. Los límites del propio contexto arbitral, así como la justificación de su propia naturaleza contractual y privada, deben servir como parámetros clave para incrementar la racionalidad de las decisiones arbitrales sin descuidar otros principios e intereses propios de la lógica del arbitraje.

Desde nuestro punto de vista, el control de la debida motivación del laudo puede actuar como un instrumento de control externo, pero debe ser riguroso para no desnaturalizar, ni la institución del arbitraje cuya lógica es el acuerdo entre las partes, ni la legitimidad del control, cuya esencia es residual, excepcional y nunca sustitutoria del razonamiento de fondo en el arbitraje. De este modo, pueden convivir el arbitraje y el control de la debida motivación.

3. La justificación reforzada de la inaplicación de leyes en el arbitraje

A continuación, se aborda el supuesto particular de la motivación de los laudos cuando estos disponen la inaplicación de una ley a través del control difuso, y los riesgos que este uso conlleva a la práctica del arbitraje, especialmente en casos en los que el orden público representa un límite reforzado frente a la atribución de fallar en contradicción con la ley. En una primera sección, se propone una defensa sobre la máxima racionalidad y corrección que debe exigirse a la justificación de una decisión arbitral que usa el control difuso. Ello nos lleva, en la segunda sección, a tratar, a modo de ilustración, el caso específico del control difuso usado para inaplicar normas que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público.

3.1 El alcance de la debida motivación en el uso del control difuso en el arbitraje

Como ha sido señalado anteriormente, el objeto de reflexionar brevemente sobre el alcance de la debida motivación en sede arbitral ha sido mostrar el contraste de lo que ocurre, en particular, con la debida motivación que debiera exigirse a las/los árbitros en aquellos casos en los que deciden inaplicar una norma a través del control difuso. Así, a diferencia de lo que sucede con el estándar general de motivación para el arbitraje –que, como observamos en la sección anterior, no exige

8 Por ejemplo, el artículo 62.2 del D. L. 1071, Ley que norma el Arbitraje, dispone: “2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”

un nivel de racionalidad equiparable al de las resoluciones judiciales—, cuando las/los árbitros usan el control difuso, la situación se torna en un supuesto excepcional. En estos casos, la regla es que se exija la misma extensión de racionalidad que se exige a los jueces cuando estos ejercen el control difuso de constitucionalidad.

Esto, como veremos a continuación, está justificado en la presencia de un principio sustancial a la estructura básica del ordenamiento jurídico: el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de definir a este principio como:

un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto del cual será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0001-0003-2003-AI/TC, fundamento 3).

Así, uno de los aspectos clave de la protección de dicha expectativa razonablemente fundada en la actuación de los poderes públicos es, a su vez, el principio de constitucionalidad de las leyes, reconocido en la Constitución, que en sus artículos 93º y 102º.1, estatuye que, en tanto el Congreso “representa a la Nación”, su función principal es “dar leyes”, y velar por su respeto y de la Constitución. Como es claro, la expectativa razonable garantizada por la seguridad jurídica es que la ley sea aplicada sin excepción ni distinción alguna, porque se asume que esta cuenta con validez y legitimidad desde el día siguiente de su publicación. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que:

[d]ado que al Parlamento le asiste la legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º C), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que solo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta, es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0030-2005-AI/TC, fundamento 53).

Uno de los orígenes clásicos del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes se halla en la jurisprudencia

norteamericana, donde se lo describe como derivado del “respeto que proviene de la sabiduría, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo, por el cual cualquier ley aprobada se presume válida hasta que se demuestre la violación de la Constitución más allá de toda duda razonable” (Rodríguez, 2006). Siguiendo este mismo razonamiento, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

según el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”, [por lo tanto] el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pued[e] fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados” (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC).

Así, su fundamento se sostiene, a su vez, en el principio *in dubio pro legislatore*, que implica que:

al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*. La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la “prueba de cargo” no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley (De Lora, 2002, p. 410).

Esto último, opera tanto de forma general como en un caso en concreto.

Teniendo en cuenta todas estas razones que le dan sustento al carácter de *ultima ratio* del control de constitucionalidad de las normas, y, en particular, del control difuso cuyo ejercicio se ha autorizado para jueces y árbitros, la cuestión que toca resolver ahora es preguntarse si existe algún motivo que justifique que, en el supuesto de estos/as últimos/as, se debiera exigir una racionalidad menos estricta al momento que sustentan la prueba de cargo que destruye la constitucionalidad de la ley para el caso en concreto. Y la respuesta, con toda certeza, es negativa. No existe ningún tipo de justificación por la que puede pretenderse que las/los árbitros ejerzan la obligación de motivar objetivamente la inconstitucionalidad alegada bajo parámetros distintos que los de los jueces.

Los principios de seguridad jurídica, presunción de constitucionalidad e *indubio pro legislatore*, ejercen un poder vinculante sobre el decisor, independientemente del carácter público o privado de su jurisdicción, que, en cualquier caso, se requiere fundamentar con la racionalidad más extensa posible por qué, en el caso objeto del fallo, una ley emitida y legitimada por el máximo representante de la Nación, debe quedar inaplicada, máxime si la ley inaplicada concreta un valor constitucional de primera importancia.

En tal sentido, puede concluirse que un árbitro tiene una responsabilidad tan igual –o incluso, aún mayor (debido a que su ejercicio no pasará por la validación de la Corte Suprema, como ocurre con la consulta para el caso de los jueces)– de agotar todos los recursos y herramientas argumentativas disponibles para sustentar el ejercicio de control difuso.

En tal sentido, puede concluirse que un árbitro tiene una responsabilidad tan igual –o incluso, aún mayor (debido a que su ejercicio no pasará por la validación de la Corte Suprema, como ocurre con la consulta para el caso de los jueces)– de agotar todos los recursos y herramientas argumentativas disponibles para sustentar el ejercicio de control difuso.

3.2. Control difuso arbitral contra leyes que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público

Al analizar el supuesto específico del control difuso en sede arbitral recaído en casos de negociación colectiva de las/los servidoras públicas sobre incrementos remunerativos, el máximo intérprete de la Constitución ha tenido oportunidad de confirmar que “los arbitrajes en materia laboral también se sujetan a las disposiciones normativas vigentes, entre las que naturalmente está la Constitución, y en ella las disposiciones referidas a la estabilidad presupuestaria” (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 00003-2013-AI/TC, Expediente N.º 00004-2013-AI/TC, Expediente N.º 00023-2013-AI-TC [acumulados], fundamento 104). De este modo, se estatuye como un límite fuerte de la atribución de las/los árbitros para usar el control difuso, los principios constitutivos de competencia como lo es el principio de estabilidad presupuestaria. Tal como lo refiere el propio Tribunal Constitucional en la misma sentencia, límites como estos no implican a *priori* una prohibición en abstracto de aplicar el control difuso para el ámbito del arbitraje; pero lo que sí conlleva es la obligación para toda/o árbitro de interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto y de conformidad con la Constitución.

Esta obligación, en estricto, no solo restringe el uso del control difuso en el arbitraje a casos sumamente excepcionales en los que el tribunal arbitral tiene que demostrar, de forma efectiva, que no es posible resolver razonablemente el caso a través de una interpretación integral del sistema jurídico, el cual incluye por supuesto la valoración concreta de todos los principios relevantes. Sino que, además, tal obligación delinea con claridad la exigencia de una justificación reforzada para el control difuso usado por las/los árbitros, quienes, si finalmente encuentran que no existe otra alternativa para solucionar el caso más que a través de la inaplicación de una ley, deben incorporar en su fundamentación un estándar de corrección especialmente reforzado.

Reforzar las exigencias de motivación quiere significar en este punto, hacerlo excepcional dentro de la excepcionalidad que ya supone que las/los árbitros ejerciten el control constitucional de las leyes. Si se tratara de reformar los alcances del control difuso de las/los árbitros, puede resultar altamente recomendable suprimir de manera explícita el control difuso respecto de leyes presupuestales o normas que tienen como propósito precisamente delimitar el campo de actuación del propio arbitraje. Mientras ello no ocurra, la apertura que permite la actual jurisprudencia del TC debiera ser asumida con mucha precaución por los árbitros. Este reforzamiento en la motivación del laudo debe girar en torno a la relevancia que tiene el orden público constitucional concretado en el problema específico a dilucidar en el arbitraje.

Así, por ejemplo, en el supuesto de los arbitrajes en materia de incremento de remuneraciones a trabajadores públicos, el límite impuesto por el orden público constitucional está dado por el principio de competencia que irradia la validez de las normas que se intentan inaplicar con el control difuso. De este modo, cuando un árbitro decide inaplicar una ley presupuestal debe tomar en consideración, por un lado, el hecho de que esta norma concretiza la distribución de competencias dada por la propia Constitución en el marco, a su vez, del principio de división de poderes, y, por otro, debe valorar las consecuencias perversas que la inaplicación podría generar en la institucionalidad de la deliberación democrática que está detrás de la emisión de la ley presupuestal.

En el proceso de deliberación previo a la aprobación y promulgación de una norma presupuestal, se toma en cuenta una distribución de ingresos y gastos que busca lograr que el empleo del erario se realice de forma equilibrada, de tal manera que pueda cumplirse con la ejecución

de diversas obligaciones estatales sin generar desestabilidad financiera. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Ley de Presupuesto es:

rectora de la administración económica y financiera del Estado en la medida en que prevé, consigna o incluye la totalidad de los ingresos y gastos, debidamente equilibrados, que tiene proyectado realizar el Estado durante un concreto año presupuestal (artículos 77 y 78 de la Constitución) (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 047-2004-AI/TC, fundamento 16).

Por tal motivo, este equilibrio presupuestal está vinculado, estrictamente, con “necesidades sociales básicas y de descentralización”, respecto de las cuales debe poder “concordar[se] la programación y ejecución con criterios de eficiencia” (STC N.º 004-2004-CC/TC, fundamento 10).

Teniendo en cuenta ello, para considerar que el uso del control difuso por parte de los árbitros en este tipo de casos se encuentra debidamente justificado, por lo menos, en el laudo debieran analizarse dos cuestiones relevantes. Por una parte, debiera realizarse un escrupuloso examen de proporcionalidad del que resulte la demostración de que la inaplicación de la ley no generará un desequilibrio irracional e irrazonable del gasto público. En el otro extremo, la motivación debe también poner en evidencia que la actuación arbitral, no está vaciando de contenido la cláusula constitucional de la reserva de legalidad exclusiva a favor del Congreso de la República respecto de la Ley de Presupuesto. La fórmula para que esto pueda concretarse sugiere que las decisiones arbitrales debieran ejecutarse, como ocurre con las sentencias del Poder Judicial, en la siguiente Ley de Presupuesto. Estaríamos, entonces, ante la necesidad de incorporar técnicas de decisión arbitral que posterguen su ejecución a efectos que sean compatibles con el principio de división de poderes y la competencia exclusiva que la Constitución encomienda al Poder Ejecutivo y al Congreso respecto del proceso la aprobación del Presupuesto General de la República (art. 77 y 78).

Sobre esto último, es importante tener en cuenta que la inaplicación de una norma presupuestal podría tener consecuencias negativas vinculadas con la propia configuración del modelo de organización del presupuesto que define la Constitución. Por lo que, la única posibilidad en que el control difuso pudiera considerarse justificado es en aquellos casos en los que la aplicación de la ley presupuestal conllevara una profunda y grave afectación en los derechos de los trabajadores del

sector público. La técnica de la ejecución diferida al próximo presupuesto parece por ello mucho más compatible con las competencias constitucionalmente asignadas.

Casos como el Laudo Arbitral analizado en la decisión de la Corte Suprema recaída en la Apelación Laboral N.º 26213-2022, muestran la urgencia de plantear un rediseño institucional, junto con reformas regulativas para poder exigir con mayor escrutinio el cumplimiento del requerimiento de la motivación reforzada en las decisiones arbitrales que inaplican normas de carácter presupuestal a través de la figura del control difuso de constitucionalidad. En este caso, el tribunal arbitral no desarrolló, en su justificación, un examen de proporcionalidad por demás endeble que no tuvo en cuenta el orden público constitucional concretado en la competencia de quien decide sobre la distribución del erario público; sino, lo que es peor, omitió de plano todas las consecuencias negativas que generaría la inaplicación en el equilibrio presupuestal dentro del ámbito donde recaía el arbitraje.

En su fundamentación, los árbitros ni siquiera tomaron en cuenta todas las limitaciones, validadas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al derecho a la negociación colectiva. De acuerdo al máximo Tribunal, esta puede ser limitada legítimamente en el ámbito de las competencias que la Constitución le confiere al legislador:

[l]a Constitución ha dejado al legislador un margen de discrecionalidad dentro del cual este puede delimitar o configurar su contenido protegido, al mismo tiempo que establecer las condiciones de su ejercicio y las restricciones o limitaciones a las que este puede encontrarse sometido, las que en todos los casos han de ser idóneos, necesarias y proporcionales (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC, 00023-2013-AI-TC [acumulados], fundamento jurídico 57).

Asimismo, el Tribunal también es explícito al considerar que:

[e]l bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tengarelación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o, si se quiere, de intervención del Estado (fundamento 65).

4. Conclusiones

i) La extensión del control constitucional al ámbito de la función arbitral plantea una serie de desafíos y problemas que no han sido advertidos ni en la jurisprudencia ni en la doctrina nacional. No se trata solo de la ausencia de legitimidad de las/los árbitros frente a la legitimidad democrática de la ley, que siempre ha sido un argumento relevante en el análisis del control judicial de las leyes. En el caso del arbitraje, no solo no contamos con un sistema que identifique con precisión quiénes son las/los árbitros y a quién dan cuenta respecto de su actuación, cómo se seleccionan y tampoco existe ningún sistema de *accountability* arbitral. Por último y no menos importante, tampoco existe un sistema de reportes de las decisiones arbitrales que permita, como ocurre en el caso de las decisiones judiciales, el control y crítica pública de las decisiones arbitrales.

ii) Si bien el Tribunal Constitucional ha validado el control difuso en sede arbitral, las exigencias de motivación reforzada constituyen hoy en día una garantía irrenunciable para el control de la actuación de los árbitros. Esta motivación reforzada resulta exigida por la relevancia de los bienes en cuestión. Las/los árbitros actúan investidos del poder jurisdiccional que la Constitución les reconoce, pero también sometidos al imperio de la ley y el orden público que las leyes delimitan. De manera que la inaplicación de una ley, cuando solo está orientada a favorecer intereses de los privados, tiene que ser rechazada de plano. Su posibilidad excepcional, en todo caso, solo puede legitimarse sobre la base de razones que pongan en evidencia que la ley resulta lesiva a bienes o intereses de relevancia pública, como son los derechos fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas. Para ello resulta necesaria una motivación reforzada y específica del Tribunal o Árbitro, orientada a mostrar el grado de injusticia que supondría la aplicación de la ley en el caso concreto.

iii) Los casos presentados, especialmente en el ámbito del control difuso para favorecer la entrega de incrementos salariales a ciertos funcionarios y funcionarias de la administración pública, pese a que las leyes de presupuesto no lo permiten, sugieren la necesidad de poner límites institucionales al control difuso en el arbitraje. Para ello, parece aconsejable una reforma legal que incorpore, no solo mecanismos de

control al arbitraje en aquellos casos donde se ejerce las competencias de control constitucional que la Constitución de manera explícita solo confiere a los jueces, sino la regulación de algún mecanismo de control de oficio por parte del Tribunal Constitucional que, sin ingresar en el análisis del contenido que hubiera sido decidido en el arbitraje, pudiera ejercer un control respecto del razonamiento constitucional que permita unificar el control constitucional realizado en el arbitraje.

Referencias

Artículos y libros

- Bustamante, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti. Revista De Derecho*, 10, 93 - 115.
<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101>
- Canals Vaquer, R. (2018). La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2, 547-554.
- Cantuarias, F., & Repetto, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *Ius et Veritas*, 24(51), 32-45.
- De Lora, P. (2002). La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes: Una Visita a la Regla Thayer. En: Carbonell, M. (comp.) *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., pp. 409-442.
- Fernández Rozas, J. C. (2008). *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Volumen II. I., Madrid.
- Grández, P. (2022). *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Centro de Investigaciones Judiciales.
- Guzmán Galindo, J. C. (2013). La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje Peruana. *Arbitraje PUCP*, 3, pp. 35-40.
- Ledesma, M. (2020). Los precedentes del tribunal constitucional en el arbitraje. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 1, pp. 29-46.
- Ledesma, M. (2002). Laudos arbitrales y medios impugnatorios. *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia*, 17, Gaceta Jurídica, 17-35.

Reggiardo, M. (2013). Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación del laudo. *Advocatus. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 29, 205-214.

Rivas, G. (2017). La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú— cómo hacer frente a una Vía Distorsionada. *Themis. Revista de Derecho*, 72, 225-234. <https://doi.org/10.18800/themis.201702.013>

Rodríguez, R. (2006). Sobre los efectos normativos de la sentencia constitucional, *Gaceta del Tribunal Constitucional*, (1).

Jurisprudencia

Corte Suprema. Ejecutoria en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Apelación Laboral N.º 8472-2020-Lima, de 6 de septiembre de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 0001-0003-2003-AI/TC, de fecha 4 de julio de 2003.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC, de fecha 7 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 3741-2004-AA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 0142-2011-AA/TC, de fecha 21 de septiembre de 2011.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC, 00023-2013-AI-TC, de fecha 3 de septiembre de 2015.