

LA SEGUNDA SALA COMERCIAL DECLARA INCONSTITUCIONAL LA EXIGENCIA PACTADA DE ACOMPAÑAR CARTA FIANZA A LA DEMANDA DE NULIDAD LAUDO:

1. Presentación

El actual Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje de OSCE prevé en su artículo 63 la siguiente exigencia: “Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. A falta de acuerdo de las partes al respecto, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo ordene pagar a la parte vencida, como requisito para la interposición del recurso de anulación contra el laudo” . Por consiguiente, en los casos en que el Reglamento del OSCE resulte aplicable, una entidad estatal que hubiera sido condenada a pagar una determinada suma de dinero en el laudo debería acompañar a su demanda de nulidad una carta fianza a favor de la empresa vencedora y por la cantidad materia de la condena arbitral. Enfatizamos la palabra debería porque una reciente sentencia de la Segunda Sala Comercial ha considerado que:

“...si bien el Reglamento del Centro de Arbitraje ha establecido como requisito de admisibilidad del recurso de anulación la presentación de carta fianza, también lo es que dicho requisito evidencia ser una exigencia que aparece como un mecanismo de disuasión y acaso franco impedimento para que el justiciable pueda hacer valer su derecho de revisión de la validez del laudo, accediendo al servicio estatal de justicia brindado a través del Poder Judicial, que legalmente tiene reservada la potestad de ejercer ese control sobre el arbitraje a través del recurso de anulación de laudo, frente a lo cual la exigencia reglamentaria de la carta fianza en cuestión deviene como una barrera irrazonable para el acceso a la justicia y consecuentemente inconstitucional, que impide además el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (resaltado nuestro)⁵

La consecuencia que se desprende de esta posición judicial es, como se comprende inmediatamente, de una capital importancia: el órgano judicial ha decretado la ineficacia de un acuerdo de las partes libremente adoptado⁶ que, además, pudo facilitar de modo rotundo la ejecución del laudo. Veamos cuáles fueron las razones que la Sala esgrimió para justificar su conclusión

¹Abogado por la PUCP, Juez Superior Titular, Profesor en el IDE-ESAN y en la AMAG.

²Según la modificatoria realizada por la Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE de fecha 2 de julio de 2012, vigente desde el 3 de julio de 2012.

³Resulta interesante comprobar que ni el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima ni el del Centro de Conciliación y Resolución de Conflictos de la PUCP incorporan una regla equivalente.

2. Las razones de la Segunda Sala Comercial

La Sala Comercial comienza señalando que el artículo 63 del Reglamento de Arbitraje de OSCE era congruente con el esquema de la Ley General de Arbitraje (la Ley General) pues, según el régimen establecido por esta, la sola interposición de la demanda de nulidad de laudo suspendía su ejecución. Sin embargo, apunta la Sala, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Arbitraje (la Ley) D. Leg. 1071, que condiciona la suspensión de la ejecución a la constitución de una garantía, la exigencia del artículo 63 del Reglamento (el aseguramiento de la ejecución como condición de admisibilidad del recurso de anulación, devino en una exigencia “carente de justificación, asistemática, y extraña al esquema legal del arbitraje”. El hecho de que estos requisitos puedan entenderse asumidos en ejercicio de la autonomía privada no basta para la Sala pues, en sus palabras:

“...el tema que nos ocupa -de la exigencia de carta fianza como requisito exigible para la presentación de un recurso de anulación de laudo arbitral- atañe directamente al ejercicio del fundamental derecho de acción...”

Esta circunstancia, justifica para la sentencia en análisis que no corresponda:

“...a la autonomía de [la] voluntad de las partes directamente, ni indirectamente por vía de remisión al Reglamento Arbitral, la regulación de los requisitos para acceder a sede judicial para

el ejercicio de la función de control judicial por vía del recurso de anulación, pues ello entronca directamente con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de tutela jurisdiccional efectiva cuya regulación sólo puede provenir de la ley, teniendo esta incluso como límite el contenido esencial de tales derechos que no puede ser desconocido con la imposición de requisitos irrazonables. Por ende, resulta manifiestamente contrario al diseño normativo del sistema de justicia que por vía del Reglamento del Centro de Arbitraje se imponga al órgano jurisdiccional la obligación de exigir requisitos no previstos por la ley para ejercer su función -de orden público- de control judicial requerida vía recurso de anulación”.

Por tanto, la Sala concluye que: “...los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de anulación de laudo arbitral que se encuentran establecidos en la ley (artículos 63 y 64 del Decreto Legislativo 1071, además de aquellos exigidos por normas procesales de aplicación en sede judicial) se enmarcan en la relación jurídica de derecho público entre el justiciable y el sistema de justicia estatal, por lo que tales disposiciones se revelan como imperativas, no sujetas a la discrecionalidad ni disposición de los sujetos, por ende ajenas a la facultad de autoregulación de sus relaciones privadas”.

Como podemos observar los argumentos expuestos son muy poderosos, sin embargo, es necesario plantear algunos interrogantes.

3. Los antecedentes

El artículo 63 del Reglamento de Arbitraje de OSCE se sustentaba en una expresa previsión legal contenida en el artículo 72 de la Ley General: “Artículo 72.-Requisitos de Admisibilidad. Son

⁴La sentencia se pronuncia sobre un acuerdo de las partes adoptado siguiendo la versión anterior del artículo 63 del Reglamento de Arbitraje de OSCE:

“Para interponer recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida”. Sin embargo, me parece que las reflexiones que realizamos son aplicables al nuevo texto.

⁴Sentencia recaída en el expediente 65-2014-0, de fecha 20 de enero de 2015. Disponible en <http://jmwongabad.com/2015/11/08/la-fianza-pactada-por-las-partes-es-inconstitucional/>

requisitos de admisibilidad del recurso de anulación:
(...)

4. En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, si se hubiese pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso. En este mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios pertinentes”.

Implementando también esta autorización legal, el artículo 38 del anterior reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima incorporaba, como un pacto de las partes, la exigencia de acompañar a la demanda de nulidad de laudo una carta fianza hasta por el monto de la condena arbitral. La constitucionalidad de esta regla institucional fue cuestionada en un proceso de amparo sosteniendo que el artículo 38 mencionado impedía:

“... en forma irrazonable el ejercicio del derecho de defensa y pluralidad de instancias, al condicionar dichos derechos al pago de un monto exorbitante, todo lo cual vulnera las garantías judiciales consagradas tanto en la Constitución Política del Estado como en la Convención Americana de Derechos Humanos”⁷.

Absolviendo estos argumentos nuestro Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“- Las normas y/o disposiciones del Reglamento eran conocidas por ambas partes antes de que estos se obligaran a este, en consecuencia el sometimiento a dichas reglas se hizo por el solo uso del derecho de libre contratación de las partes (artículo 62 de la Constitución del Estado), siendo lo pactado “Ley entre las partes”. Asimismo se debe agregar que dicho sometimiento no

ha sido negado a lo largo del proceso arbitral.

- Como se sabe el arbitraje es de carácter privado y ‘opcional’ por lo que si las partes deciden someterse a las reglas de este es porque tienen la posibilidad de cumplir con todos los supuestos de incidencia que resulten de estas, obligándose a cumplirlas para poder hacer valer sus derechos.

- Por que es conocido que las empresas que desarrollan y celebran contratos de la magnitud del que celebró la demandante se someten al arbitraje para evitar las dilataciones de un proceso judicial, sometiéndose a dicho proceso arbitral a su propia voluntad y costo, quizá por la magnitud del valor y riesgo de lo que ahí se negocia, así también por su capacidad monetaria.

- Entonces ¿cómo es posible alegar la inaplicación de una regla pactada por quien la decidió libre y voluntariamente y solicitar que se deje sin efecto cuando esta no le favorece? Y que además constituye una práctica común en el arbitraje. En consecuencia el artículo 38 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje constituye una regla del proceso contractualmente pactada por las partes”⁸.

Es decir, el Tribunal Constitucional consideró que el convenio que limitaba el derecho de acceso a la justicia constituía un pacto de las partes, perfeccionado por estas en ejercicio de la libertad de configuración contractual que les garantiza el derecho constitucional a la autonomía privada. Es verdad, como señala la Sala Comercial, que el diseño de la ejecución del laudo en la Ley General, vigente en el momento es que se expide esta sentencia constitucional, era distinto, pero, como podemos comprobar de la lectura de la resolución, el Tribunal Constitucional no considera relevante

⁶La regla de interpretación contenida en el artículo 6.b establece:

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

“Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”.

⁷Expediente N° 07532-2006-PA/TC, II. Antecedentes a) Argumentos del demandante.

⁸Expediente N° 07532-2006-PA/TC, Fundamento N° 9.

⁹Obsérvese que en estos casos no resultaría adecuada la aplicación del principio (o test) de proporcionalidad pues este:

“...cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes” (BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; p. 75).

dicha circunstancia para sustentar la constitucionalidad del pacto de las partes. Pensamos, por consiguiente, que la Sala Superior no ha examinado algunos argumentos que merecen ser sopesados antes de dar por cerrada la posibilidad de pactar limitaciones convencionales a la interposición del recurso de nulidad de laudo.

4. Los requisitos de validez de la limitación convencional al recurso de nulidad

Como se sabe toda limitación de un derecho constitucional, como el derecho de acceso a la justicia, debe cumplir con dos requisitos: debe ser establecida por una ley (requisito forma) y, además, dicha limitación debe considerarse, en el caso concreto, legítima en términos constitucionales (límite material)⁹. La exigencia de una autorización legal está expresamente prevista en el artículo 3 del Código Procesal Civil: “Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”¹⁰. Por consiguiente, debemos preguntarnos, ¿existe en la nueva ley de arbitraje una norma que conceda cobertura a un pacto que limite la utilización del recurso de nulidad? En nuestra opinión merece examinarse lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 64 de la Ley:

“El recurso de anulación debe contener la indicación

precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. **Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo**” (resaltado nuestro).

Es cierto que, a diferencia de la Ley General, no se establece expresamente la consecuencia de la falta de presentación del requisito, pero, si llegamos a la conclusión de que esta norma faculta a las partes para establecer un requisito de admisibilidad de la demanda, no habría razón para dejar de aplicar el artículo 426 del Código Procesal Civil^{11 12}. Pero, como propone la Sala ¿no resultaría siempre una limitación de este tipo irrazonable? Creemos que quienes están en mejor situación para juzgar la razonabilidad o no de la limitación que se imponen a sí mismos son los propios particulares, más aún cuando no puede considerarse que el derecho de acción sea un derecho irrestricto que no pueda ser limitado legal o convencionalmente. Debemos recordar, en tal sentido, que la doctrina:

“...entiende que en los casos de renuncia o auto-restricción por parte del titular del derecho [fundamental] hay que excluir la aplicación del

¹⁰Evidentemente, la referencia al “Código” debe entenderse como a toda norma con rango de ley.

“Artículo 426.- Inadmisibilidad de la demanda
El juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por la ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o,
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente”. Debemos recordar que entre estos documentos se encuentra el recibo de pago de las tasas judiciales correspondientes las que, por supuesto, también son limitaciones al derecho de acción, esta vez impuestas por la ley.

precepto constitucional siempre que se cumplan dos condiciones: que se verifique el presupuesto de la igualdad de los sujetos implicados y que la renuncia no afecte a la dignidad de la persona, en tanto que contenido mínimo del derecho que la Constitución garantiza en todo caso. Esta es una posible solución: aceptar la libertad de actuación individual, siempre que no se dañe intolerablemente la idea de la dignidad de la persona humana^{13 14}.

Por tanto, si no ha existido abuso de una posición preeminente y no se ha puesto en peligro en modo alguno la dignidad de la persona, parece difícil rechazar la legitimidad constitucional de una limitación convencional cuyo sustento último, bueno es recordarlo, son los también derechos fundamentales a la autonomía privada y a la efectividad de la tutela jurisdiccional. Finalmente, consideramos que el carácter disponible de los derechos que se discuten en el arbitraje abona en favor del respeto a las limitaciones libremente pactadas al derecho de acceso a la justicia.

5. Algunas cuestiones en el caso concreto

Parece evidente que la posición de la Sala requiere contestar las interrogantes que hemos desarrollado, sin embargo, la decisión judicial que comentamos aún tiene que explicarnos algunas cosas más. En efecto, la posibilidad de ejecución inmediata que prevé la Ley, y que según la Sala justifica la ineficacia del acuerdo de las

partes, no constituye una garantía, en todos los casos, de que la misma sea exitosa o, al menos, celerere, pues, justamente en el caso del Estado, la ejecución se encuentra sumamente mediatizada por normas especiales¹⁵.

Del mismo modo, tampoco puede afirmarse, nos parece, que la constitución de una carta fianza resulte un abarrera irrazonable que pueda impedir que el Estado acceda a la jurisdicción. Todo esto nos lleva a la conclusión de que, según parece, la posición de la Sala debería matizarse, examinando si los peligros o limitaciones que advierte en abstracto se presentan en cada caso concreto. La posición asumida por la Segunda Sala Comercial, como ya hemos señalado, resulta sumamente interesante, pero parece necesario que se examinen algunos otros argumentos antes de cerrar la discusión (por lo menos en sede judicial) sobre el tema que analizamos

6. Límites del pacto

Propuesta la validez del pacto de constitución de una fianza como requisito de admisibilidad de la demanda de nulidad de laudo, se hace necesario agregar también que esto no significa que el mismo pueda ser opuesto a cualesquiera de las causales de nulidad de un laudo arbitral.

Esto es así porque, como sabemos, existen causales de nulidad de laudo que pueden ser apreciadas de oficio por el órgano jurisdiccional judicial lo que quiere decir que, cuando la

¹²La opinión del profesor GARCÍA CALDERÓN es contraria a esta interpretación:

“Personalmente siempre he considerado -para el arbitraje nacional- como irrenunciable este derecho al recurso de anulación del laudo y no cabe limitarlo vía convenio entre las partes, como lo permitía la ley derogada” (GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo en SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALEZ, Alfredo (Coord.). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011; p. 64).

A favor opina VILLA-GARCÍA NORIEGA:

“El artículo 64, inciso 2 y el artículo 66, inciso 1 de la norma antes mencionada, reiteran que las partes podrán pactar o podrá estar establecido en el reglamento arbitral cualquier requisito para garantizar el cumplimiento del laudo” (VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel en Ponencias del Segundo Congreso

Internacional de Arbitraje, Mario Castillo y Palestra Editores, Lima, 2009, p. 307).

demanda se funde en alguna de ellas, no será necesario que cumplir con la constitución del requisito convencional pactado.

Nos parece que, en estos casos, la voluntad de las partes no puede impedir que el órgano judicial cumpla con la potestad (poder-deber) que le confiere el ordenamiento en defensa del interés general. En casos como estos, considerar eficaz la limitación pactada extendería el poder dispositivo de las partes más allá del ámbito de su esfera particular afectando intereses ajenos.

Tampoco podría considerarse eficaz dicha limitación cuando la demanda se funde en la nulidad del convenio arbitral pues en estos se estaría cuestionando también la validez de la limitación pactada. Efectivamente, si, por ejemplo, una persona dedujera la nulidad del laudo proferido argumentando que se ha falsificado su firma en el convenio de sometimiento a arbitraje, el pacto de

constitución de carta fianza contenido en aquél no podría dificultar la admisión de su demanda. Muy distinto es el caso cuando la nulidad del laudo se fundamenta, por ejemplo, en la falta de motivación pues, en nuestra opinión, dado que la ley permite la renuncia a este derecho nada debería impedir que pueda imponerse un requisito para la interposición de la demanda de nulidad por esta causal. En efecto, una restricción parece siempre menos gravosa que una renuncia total al examen de la motivación.

Conclusiones

1. La posición de la Segunda Sala Comercial que declara inaplicable por inconstitucional, el pacto de requerir la constitución de carta fianza como requisito de admisibilidad del laudo debe ser mejor fundamentada.
2. La eficacia de dicho pacto es de por sí muy limitada, pero puede resultar útil para la

¹³BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; p. 375.

¹⁴Por su parte DIEZ PICASO sostiene lo siguiente:

“En definitiva, los derechos fundamentales son derechos subjetivos y éstos se caracterizan por dejar a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por aquéllos. Este último, precisamente, parece que debe ser el criterio general en materia de renuncia a actos de ejercicio de los derechos fundamentales: es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales” (DIEZ PICASO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson-Cívitas, Primera edición, Madrid, 2003; p. 133. Se recomienda la lectura de las páginas 132 a 135).

¹⁵Ley 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo)

Artículo 42.- Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

42.1 Cuando la sentencia ordene el pago de una cantidad de dinero, el demandante podrá proceder conforme a las normas del Código Procesal Civil sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la sentencia, mientras se cumple con el procedimiento establecido en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo.

42.2 Cuando las entidades fueren condenadas a la entrega de una suma de dinero, la tesorería o dependencia encargada deberá realizarlo conforme al mandato judicial, si hubiere disponibilidad presupuestaria.

42.3 Si para el cumplimiento de la sentencia fuere preciso alguna modificación presupuestaria se iniciará la tramitación respectiva dentro de los cinco días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

42.4 Transcurridos cuatro meses de la notificación sin haberse efectuado el pago, se dará inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73 de la Constitución Política del Perú.

42.5 Adicionalmente, antes de que transcurran tres meses de la notificación sin haberse cumplido el mandato, la entidad podrá proponer alguna otra modalidad de pago de cumplimiento de la sentencia en la forma menos gravosa para la hacienda pública.

Esta propuesta se hará al Juzgado el que la pondrá en conocimiento del demandante por el plazo de tres días para que dé su aceptación o negativa, con lo que concluirá la incidencia.

causal más utilizada por los demandantes de nulidad: la defectuosa motivación del laudo arbitral.

3. El Estado no debería beneficiarse de la posición de la Sala pues, en su caso, no puede producirse ejecución inmediata y, tampoco, puede argumentar carecer de los fondos necesarios para constituir la Carta Fianza pactada.