

«*THE POWER OF THIS COURT COMPELS YOU*»

¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTÁ EXORCIZANDO AL ARBITRAJE
O A SUS PROPIOS DEMONIOS?

BREVES COMENTARIOS A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL
EXPEDIENTE N.º 5311-09/TC-AA

José Antonio Trelles Castillo

«THE POWER OF THIS COURT COMPELS YOU»¹
¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ESTÁ EXORCIZANDO AL ARBITRAJE O
A SUS PROPIOS DEMONIOS?
BREVES COMENTARIOS A LA SENTENCIA
RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N.º 5311-09/TC-AA²

José Antonio Trelles Castillo*

Aun quien enarbola una bandera de *autonomía*³ en la jurisdicción arbitral,⁴ no duda en reconocer que ésta no supone autarquía, sino un fuero integrante del sistema de justicia estatal, del cual se vale —en virtud de sus relaciones subsidiarias y complementarias— para su eficaz funcionamiento y el efectivo cumplimiento de lo decidido en el laudo arbitral.

Por su parte, la ejecutabilidad del laudo arbitral tampoco significa el automatismo procesal del juez, sino la valuación previa de que la decisión adoptada y aceptada por las partes, se encuentra dentro de los alcances de la norma arbitral.

¹ El título de este artículo es una libre adaptación de la frase proferida por el Padre Damien Karrás en la película *The Exorcist* (1973): «The power of Christ compels you».

² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>

* Abogado.

³ Conjunción de *auto* (propio) y *nomos* (norma).

⁴ Nuestra posición ha sido siempre la de entender al arbitraje como un fuero integrante de la jurisdicción estatal, al igual que el militar, judicial y electoral. Siendo la jurisdicción una atribución constitucional única y excluyente del Estado.

Hasta aquí lo dicho no arremete contra doctrina o institución jurídica alguna, pues quien consagra la autonomía de las partes en la solución de controversias, no puede menos que reconocer que ésta es una materialización de sus derechos constitucionales dentro de un Estado Democrático Constitucional como el nuestro.

En ese orden de ideas, para que el laudo arbitral sea reconocido como válido y eficaz dentro de un sistema de justicia constitucional, debe cumplir no sólo con las condiciones y alcances de la normativa arbitral (procesal y sustantiva), sino con la salvaguarda de los derechos constitucionales de las partes; decir lo contrario, sería reconocer ámbitos de justicia en los cuales no tienen relevancia los derechos constitucionales de las partes, ni injerencia el ordenamiento jurídico constitucional.

Por tanto, no debe sorprender que en la práctica arbitral pudieran presentarse supuestos en los cuales la afectación de los derechos constitucionales de una o ambas partes, traiga como consecuencia la anulación de determinados actos procesales y la del laudo arbitral como correlato.

En la sentencia bajo análisis, el Tribunal Constitucional ha emitido una decisión que merece especial comentario, respecto a determinados temas que consideramos relevantes, siendo importante mencionar tres de ellos. El primero, derivado de la supuesta afectación al debido proceso por el incumplimiento del requisito preprocesal relativo a la negociación directa entre las partes, al cual se refiere de la siguiente manera:

Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter preprocesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquéllas son ley para las partes y si, por consiguiente, y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquéllas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia, por tanto, es análoga a la vulneración que opera cuando se desataca el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.

Según el Tribunal Constitucional, el pacto de una negociación de buena fe entre las partes previa al arbitraje, supone un requisito (trámite) preprocesal que no puede ser obviado por el Tribunal Arbitral, debido a que no se trata de un pacto meramente indicativo, sino de un acuerdo contractual, el cual es ley entre aquéllas.

Al respecto, cabe preguntarse si el dinamismo del convenio arbitral como mecanismo de solución de controversias se condice con el cumplimiento de los acuerdos preprocesales consagrados bajo el principio del *pacta sunt servanda* o, si debe entenderse en concordancia con el principio de buena fe contractual, principio arbitral de no objetar y la teoría de los actos propios.

Decimos esto al entender que el requisito de negociación directa requiere para su cumplimiento cabal del acuerdo de las partes, posterior al surgimiento de la controversia; por tanto, exigir a las partes el necesario cumplimiento de una negociación directa, existiendo la negativa previa de una de ellas o su tácita omisión, supondría únicamente la obstrucción o el retraso en la solución de controversias.

Nuestra posición es la de prevalecer el dinamismo de la cláusula de solución de controversias (que puede incluir un convenio arbitral), puesto que ante el surgimiento de una controversia, las partes contractuales tendrán el derecho de decidir si las condiciones preestablecidas encuentran armonía con las circunstancias eventuales o, en todo caso, si corresponde realizar alguna modificación.

En tal sentido, si las partes de común acuerdo designan a los árbitros y se apersonan al proceso arbitral no resulta sustentable que con posterioridad a dichos actos se pretenda exigir un requisito que fuera tácitamente dejado sin efecto, desvirtuando así el subsiguiente acuerdo de las partes.

Distinto sería el caso en el cual una de las partes dejara constancia de la omisión del requisito preprocesal desde el inicio del procedimiento de composición del Tribunal Arbitral, en dicho supuesto corresponde-

ría declarar la anulación del laudo arbitral por incumplirse con las condiciones del convenio arbitral, en armonía con lo dispuesto en el literal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071.³

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a la técnica probatoria utilizada por el Tribunal Arbitral relativa a la toma de decisiones, desconociendo con ello la competencia de éste para decidir la actuación de las pruebas que considere pertinentes y relevantes, según lo establecido en el artículo 43 de la norma arbitral,⁴ en este punto el Tribunal manifiesta:

Lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado.

La intervención del Tribunal Constitucional llega al extremo de advertir una presunta parcialidad en la decisión adoptada, que supondría más una causal de recusación de árbitro(s) que una motivación para la anulación del Laudo Arbitral, desvirtuando además la posibilidad que la omisión de una prueba adicional se debiera a la convicción obtenida por el Tribunal Arbitral respecto a la materia controvertida.

Resulta no sólo riesgoso que el Tribunal Constitucional ingrese al terreno de la valoración de las pruebas por parte del Tribunal Arbitral, sino que ello desnaturaliza las autonomías de la voluntad y del fuero arbitral otorgadas en la Constitución Política del Estado.

³ «Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

⁴ «El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios».

Queda pendiente de análisis si el Tribunal Constitucional revisaría la valoración de las pruebas en el pronunciamiento de un Tribunal Arbitral de conciencia o únicamente lo permite en un arbitraje de Derecho, en todo caso deberá sustentar las razones del trato igualitario o distinto.

El tercer aspecto se refiere a la temeraria intervención del Tribunal Constitucional en el fuero arbitral respecto a los supuestos errores *in iudicando* inmersos en el laudo arbitral, pese a la uniforme doctrina comparada que imposibilita la revisión del fondo de la controversia por tratarse de cosa juzgada y que también fuera materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en decisiones anteriores,⁷ en este caso expresa:

La jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria, la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata, pues, y vale la pena precisarlo, de una desvirtuación de

⁷ «Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio».

[...]

«Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional». Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC.

las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral.

Si bien el tribunal arbitral pudo analizar de mejor manera la aplicación de la penalidad, en concordancia con las normas del Código Civil, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, por el afán de mirar la paja en el ojo ajeno ha obviado sus propias funciones y principios constitucionales al omitir una debida ponderación de derechos constitucionales en conflicto, como son los de la autonomía de la voluntad, libertad contractual y fuero jurisdiccional y, al haber desnaturalizado la propia acción constitucional al revisar, calificar y valorar las pruebas inmersas en el proceso arbitral, así como las interpretaciones legales realizadas por el Tribunal Arbitral.⁸

Cierto es que las instituciones jurídicas son dinámicas y así debe entenderse al arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias en constante dinamismo; sin embargo, sus elementos esenciales no pueden verse desnaturalizados por una supuesta intervención garantista, que no hace más que contraponerse a su real función.

Es por ello que concluimos que en el afán de desdemoniar al arbitraje, el Tribunal Constitucional terminó por develar a sus propios demonios.

⁸ Tener presente los criterios establecidos en el expediente n.º 4195-2006-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04195-2006-AA.pdf>.