

EN DEFENSA DEL ARBITRAJE

Enrique Palacios Pareja

Metales Generales S.A.C. interpuso demanda contra Banco Santander Central Hispano – Perú (BSCHP) sobre nulidad de escritura pública de arrendamiento financiero, del acto contenido en ella celebrado entre ambas empresas, y del asiento registral correspondiente. BSCHP dedujo excepción de convenio arbitral, alegando que el mencionado contrato establecía que cualquier controversia relacionada con el mismo sería resuelta de manera definitiva mediante un arbitraje de derecho. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, en la Casación Nº 2844-2002 de fecha 27 de enero de 2003, ha declarado fundado el recurso de casación interpuesto por Metales Generales S.A.C. contra la resolución de vista que, revocando el auto apelado, declaró fundada la excepción. La máxima instancia del Poder Judicial sustenta su fallo en que la materia controvertida implica una decisión respecto de normas imperativas que conciernen al orden público, por lo que no pueden ser sometidas a arbitraje pues las partes no tienen facultad de disposición respecto de ellas; más aún si el artículo 124º de la Ley del Notariado señala que la nulidad de los instrumentos públicos sólo puede ser declarada por el Poder Judicial.

En primer lugar, la ejecutoria en comentario reconoce expresamente que el convenio arbitral estipulaba que

“cualquier controversia, discrepancia, litigio, disputa, reclamo o diferencia que se origine en relación con la ejecución, validez, existencia, aplicabilidad, nulidad, anulabilidad, resolución, terminación o interpretación de este contrato o de cualquier otra materia vinculada o contenida en él, será resuelta definitivamente mediante un arbitraje de derecho”. Sin embargo, a pesar de ello, concluye que la excepción de convenio arbitral es infundada pues el artículo 1º inciso 3) de la Ley General de Arbitraje establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias que interesan al orden público. El razonamiento de la Corte Suprema consiste entonces en que, al referirse las pretensiones a la declaración de nulidad de la escritura pública, del acto jurídico contenido en ella, y del asiento registral donde se inscribió, nos encontraríamos frente a asuntos que implican una decisión respecto de *“normas imperativas que conciernen al orden público”* y que por tanto, no pueden ser sometidos a arbitraje pues las partes no tienen facultad de disposición respecto de ellos.

Por orden público se entiende el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de una sociedad o las garantías precisas de su existencia. Encontramos entonces dos elementos en esta definición: el primero, que el orden público es infranqueable por la voluntad de los particulares y, el segundo, que responde a la tutela de intereses generales de la colectividad o del ordenamiento. Es este segundo elemento el que diferencia a las normas de orden público de las normas imperativas, en las cuales la inderogabilidad responde simplemente a una política legislativa que

concierne al legislador ordinario. En este sentido, constituirán normas de orden público aquellas que, por ejemplo, establecen la economía de libre mercado, o las leyes penales; mientras que norma imperativa será por ejemplo aquella que exige que la donación de inmueble se haga por escritura pública.

Se aprecia entonces con claridad que la Judicatura ha incurrido en el error de asimilar el orden público con la norma imperativa, olvidando que si bien toda norma de orden público es siempre imperativa, no toda norma imperativa es de orden público. La validez o nulidad de un contrato de arrendamiento financiero y de los documentos que lo contienen, ¿afectan los principios fundamentales de la sociedad peruana o las garantías precisas de su existencia?. En otras palabras, la validez o nulidad de un contrato de arrendamiento financiero y de los documentos que lo contienen, ¿afectan el orden público?. La respuesta es evidentemente negativa. Por lo tanto, la argumentación de la ejecutoria materia de comentario se desmorona íntegramente, pues definitivamente la controversia sometida a arbitraje en virtud del convenio arbitral celebrado entre las partes –que es la misma que se sometió al proceso judicial donde se dedujo la excepción de convenio arbitral– no interesa al orden público. Por ello la resolución que rechaza la excepción de convenio arbitral no puede sustentarse en lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 1º de la Ley General de Arbitraje.

En segundo lugar, debemos detenernos a analizar la afirmación contenida en la resolución que comentamos, en el sentido que las partes no tendrían facultad de disposición

respecto de las controversias sometidas a arbitraje. Si bien la doctrina nacional sostiene que la nulidad absoluta es sustancialmente una sanción establecida para los negocios jurídicos que incumplan ciertas disposiciones imperativas, y que como toda sanción debe ser impuesta y ejecutada en virtud de una sentencia judicial, el artículo 1309º del Código Civil establece justamente lo contrario, cuando dispone que “si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”. En consecuencia, si de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo las partes tienen la facultad de decidir, autocompositivamente, acerca de la nulidad o anulabilidad de los actos jurídicos por ellas celebrados, resulta también equivocada la argumentación de la ejecutoria suprema cuando señala que las partes no tenían facultad de disposición respecto de las controversias sometidas a arbitraje. Adicionalmente, la Judicatura ha omitido aplicar la clara disposición contenida en el artículo 14º de la Ley General de Arbitraje, según la cual “... los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral”. ¿Queda alguna duda que la nulidad de los actos jurídicos es materia arbitrable?

Finalmente, se ha invocado como sustento de la decisión jurisdiccional en comentario, que el artículo 124º de la Ley del Notariado prescribe la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial en el conocimiento y declaración de nulidad de los instrumentos notariales. Este argumento responde a una interpretación literal de la norma

invocada, que se contradice con la naturaleza jurisdiccional que en nuestro ordenamiento jurídico detenta la función arbitral y, específicamente, la decisión del propio Tribunal Arbitral de decidir sobre su propia competencia. En efecto, la decisión sobre si las pretensiones reservadas para el proceso arbitral son o no materia arbitrable, corresponde a los propios árbitros en aplicación del artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, según el cual “*Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia*”.

Esta decisión tiene carácter jurisdiccional, pues conforme al artículo 139º inciso 1) de la Constitución, se le reconoce al arbitraje su calidad de actividad jurisdiccional cuando señala que “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

Debe entenderse entonces que, cuando el artículo 124º de la Ley del Notariado señala que la nulidad de los documentos públicos notariales “*podrá ser declarada sólo por el Poder Judicial, con citación de los interesados, mediante sentencia firme*” , está exigiendo que la nulidad sea declarada en un proceso debido y justo, en el que tengan la posibilidad de ser oídos todos los intervenientes en el otorgamiento del documento público. Este proceso debido y justo se presenta precisamente en el desarrollo de la función jurisdiccional como herramienta insustituible para obtención de tutela jurisdiccional efectiva. Y esta función jurisdiccional, como hemos expresado y lo reconoce nuestra Carta Fundamental, puede ser ejercida en sede judicial o en sede arbitral.

Por último, atendiendo a que como hemos demostrado en los párrafos precedentes, del convenio arbitral y de la propia Ley General de Arbitraje fluye expresamente la competencia del tribunal arbitral para conocer de pretensiones declarativas de nulidad, debe aplicarse el principio de conservación, según el cual la interpretación debe ser dirigida a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. De allí que entre una interpretación que conduzca a privar de efectos al contrato o cláusula y otra que permita obtenerlos, debe optarse por esta última.

Tenemos pues ante nosotros una ejecutoria que, además de no ajustarse a derecho, en caso de ser seguida por posteriores decisiones judiciales, traerá como consecuencia la muerte por inanición del Fuero Arbitral ya que, como todos sabemos, para las controversias con pretensiones de condena, la ejecución del proceso arbitral supone acudir al Poder Judicial. Si a ello sumamos que tampoco podría resolverse en sede arbitral las controversias relativas a la nulidad o anulabilidad de los actos jurídicos, entonces, ¿para qué serviría el arbitraje?

Nadie discute la fundamental trascendencia del Poder Judicial en la vida social del País. Sin embargo no podemos negar que la situación por la que está atravesando este Poder del Estado, además de hacer imprescindible su reforma, impone una férrea defensa del proceso arbitral.