

# ¿Nacer para vivir muriendo?

## La nulidad manifiesta del convenio arbitral



**CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Máster en Derecho por University of Pennsylvania.  
Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

**MARIEM NAVA ZEGARRA**

Estudiante del último año de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.



### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Proteger al convenio arbitral.
- III. Efecto negativo del Competence-Competence.
- IV. La excepción de convenio arbitral.
- V. La nulidad manifiesta del convenio arbitral.
  1. Falta de manifestación de voluntad del agente.
  2. Convenio arbitral suscrito por una persona absolutamente incapaz.
  3. Objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable.
  4. Fin ilícito.
  5. Simulación absoluta.
  6. Formalidad.
  7. Declaración de nulidad por ley.
  8. Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.
- VI. Anulabilidad manifiesta.
- VII. ¿Ineficacia manifiesta?
- VIII. Comportamiento oportunista del deudor.
- IX. Procesos paralelos.
- X. Conclusiones.

## RESUMEN:

En el presente artículo, las autoras nos comparten algunas reflexiones en torno a la invalidez del convenio arbitral por ser esta nula o anulable de forma manifiesta. Para ello realizan un estudio paralelo entre la cláusula arbitral y algunas causales de nulidad del acto jurídico, como la incapacidad de los agentes, la imposibilidad jurídica del objeto o el fin ilícito del mismo. Adicionalmente a la figura de la invalidez, entre otros temas, desarrollan la posibilidad de que se presente un supuesto de ineficacia funcional del convenio arbitral

Palabras clave: Convenio arbitral, invalidez, nulidad, anulabilidad e ineficacia.

## ABSTRACT

In this article, the authors share some thoughts on the invalidity of the arbitration agreement because it is null and void in a manifest way. To this end, they make a parallel study between the arbitration clause and some grounds for nullity of the legal transaction, such as the incapacity of the agents, the legal impossibility of the object or the illicit purpose of it. In addition to the figure of invalidity, among other issues, they develop the possibility of functional inefficiency of the arbitration agreement

Keywords: Arbitration agreement, invalidity, nullity, annulability and ineffectiveness.

Paradojo, ja.  
(Del latín paradoxus, y este del griego παράδοξος).

adj. desus. Paradójico.

f. Idea extraña u opuesta a la común opinión y al sentir de las personas.

f. Aserción inverosímil o absurda, que se presenta con apariencias de verdadera.

f. Ret. Figura de pensamiento que consiste en emplear expresiones o frases que envuelven contradicción.<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Como puede apreciarse, la pregunta planteada en el título del presente trabajo cumple con las características de ser una paradoja. En las siguientes líneas explicaremos la relevancia del principio del *Competence-Competence*; específicamente, en lo referido a su efecto de evitar que las cortes nacionales conozcan asuntos relativos a la validez del convenio arbitral, salvo cuando su nulidad resulte manifiesta. Sostendremos que una postura contraria al referido principio traería como resultado una paradoja<sup>2</sup>; que un convenio arbitral nazca y que para ser ejecutado se tenga que litigar ante el Poder Judicial, con el riesgo de no sobrevivir.

## II. PROTEGER AL CONVENIO ARBITRAL

Cualquiera que se acerque por primera vez al arbitraje como materia de estudio probablemente aprenderá que existen dos principios esenciales aplicables este mecanismo de solución de controversias: separabilidad del convenio arbitral y *Competence - Competence*. Ambos son un reflejo, y al mismo tiempo una consecuencia, de lo que se denomina la "inevitabilidad" del arbitraje<sup>3</sup>.

La separabilidad del convenio arbitral implica que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal del que es parte y de cualquier vicio que lo afecte. Así, el

1. Diccionario de la Real Academia Española. Disponible En: <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=paradoja>>
2. Idea obtenida de: GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. En: *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de sus 50º aniversario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
3. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7. Lima, 2008.

cuestionamiento a la validez del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral<sup>4</sup>. El ordenamiento peruano reconoce expresamente este principio en el artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la "LPA")<sup>5</sup>.

Por su parte, si alguien nos preguntase qué es el *Competence-Competence*, posiblemente responderíamos que es aquella regla que permite a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia frente a cuestionamientos de las partes sobre la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Sin embargo, la respuesta que acabamos de esbozar sería solo parcialmente correcta. Esta posibilidad que tienen los árbitros para decidir si son o no competentes es únicamente una cara de la moneda del *Competence-Competence*, y es lo que se conoce como el efecto positivo de este principio.

Para que la respuesta a la pregunta planteada sea correcta, es necesario incluir la otra cara de la moneda, es decir el efecto negativo del *Competence-Competence*, entendido como aquel que genera que los tribunales judiciales que se vean en la situación de revisar la existencia o validez de un convenio arbitral, se avoquen únicamente a una revisión *prima facie* del mismo. La referencia pues a un efecto *negativo* no implica una carga valorativa; el efecto es *negativo* en el sentido que, salvo ciertas circunstancias, un juez debe negarse a conocer determinada controversia y reconocer la competencia arbitral.

En las siguientes líneas nos dedicaremos específicamente a analizar y a explicar la aplicabilidad del efecto negativo del *Competence-Competence*.

### III. EFECTO NEGATIVO DEL COMPETENCE-COMPETENCE

El efecto negativo del *Competence-Competence* es reconocido de manera expresa por la Convención de Nueva York<sup>6</sup>. En su artículo II establece lo siguiente:

*"El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".*

Como explica Gaillard, el artículo citado plasma el mencionado efecto negativo del *Competence-Competence*: el requisito básico para que las partes de un convenio arbitral respeten el pacto de someter sus disputas a arbitraje, implica que las cortes de un determinado país no puedan conocer dichas disputas<sup>7</sup>.

Imaginemos un caso en el que dos partes hayan incluido dentro de un contrato de suministro de gas, un convenio arbitral destinado a someter a arbitraje todas las controversias relacionadas con el mencionado contrato. Pese a dicho

4. POUURET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, Sweet & Maxwell, p. 133, citado por RUBIO, Roger, El Principio del *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje, En: Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 4, Lima, 2010/2011, p.101.
5. Artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071: *"El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral".*
6. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.
7. GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas, *Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators*, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, edited by Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro. 2008, Cameron May, p. 257.

pacto, una de las partes decide interponer una demanda judicial referida a incumplimientos del contrato de suministro. Si el juez pudiese conocer esta controversia, el convenio arbitral suscrito carecería de todo sentido.

Así, el efecto negativo del *Competence-Competence* implica precisamente privar a los jueces de competencia para resolver la disputa en el caso descrito, para que sea un tribunal arbitral quien lo haga. El único supuesto en el que el juez podría decidir resolver el fondo del asunto, sería si considerase que el convenio es nulo.

La pregunta que surge de inmediato es cuál es el estándar que deben aplicar las cortes nacionales para determinar si un convenio arbitral es nulo, y por tanto cuándo pueden avocarse a conocer la controversia en cuestión. Una respuesta basada exclusivamente en el Derecho Civil, sin atender a la especial naturaleza del convenio arbitral, conduciría a un estándar laxo, en virtud del cual debería bastar la existencia de una causal de nulidad para que los jueces impidan acceder al arbitraje.

Sin embargo, el estándar a aplicar debería ser más elevado, partiendo de la premisa de que si bien el convenio arbitral tiene naturaleza contractual y por tanto le es aplicable el Derecho Civil "clásico", no es menos cierto que el arbitraje carecería de sentido si no le fueran inherentes algunos principios especiales, uno de los cuales es el de *Competence-Competence*, según el cual, son los árbitros quienes tienen la prioridad en el

tiempo<sup>8</sup> para decidir sobre su propia competencia. Así, el control que puedan ejercer las cortes nacionales en un primer momento debe consistir únicamente en una revisión *prima facie*<sup>9</sup>.

Literalmente la locución en latín "*prima facie*" significa a *primera vista*. A su vez, el Diccionario Real de la Lengua Española define la expresión mencionada como: "*ligeramente y de paso en el reconocimiento de algo*"<sup>10</sup>. De lo anterior podemos afirmar que la regla general es que los jueces remitan las controversias a arbitraje; la excepción se da cuando de una revisión ligera se evidencie la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio.

Lo anterior quiere decir que, en el ejemplo propuesto, el juez ante quien se planteó la demanda referida a los incumplimientos del contrato de suministro, debería declarar que carece de competencia y por tanto remitir la controversia a arbitraje, salvo que de una revisión somera considere que el convenio es nulo, ineficaz o inaplicable.

#### IV. LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

La LPA reconoce ambas caras del *Competence-Competence*. El efecto positivo se encuentra en el artículo 41.1<sup>11</sup> y el negativo en el 16, respectivamente. El artículo 16 establece:

*"Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.*

1. *Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como*

- 
8. Al afirmar que es una prioridad en el tiempo nos referimos a que las cortes nacionales igual tendrán la competencia para revisar la validez de un convenio arbitral vía recurso de anulación de laudo.
  9. GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas. *Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators*. En: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, edited by Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro. 2008, Cameron May, pp. 259-260.
  10. Diccionario de la Real Academia Española. Disponible En: <[http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=Cor5QnlrVDXX28CiAo3eña\\_primera\\_vista\\_o\\_a\\_simple\\_vista](http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=Cor5QnlrVDXX28CiAo3eña_primera_vista_o_a_simple_vista)>
  11. "El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales".

*excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.*

2. *La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.*
3. *La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.*
4. *En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.*
5. *Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral” (Énfasis agregado).*

Hasta ahora hemos dicho que el efecto negativo del *Competence-Competence* busca que las cortes nacionales se abstengan de juzgar la validez de un determinado convenio arbitral, salvo que de una revisión ligera se compruebe lo contrario. Veamos ahora cómo se aplica esta regla.

Como vemos, el artículo 16 de la LPA regula el efecto negativo del *Competence-Competence* al

definir cómo opera la excepción del convenio arbitral. Respecto de lo que nos interesa, el mencionado artículo establece dos supuestos:

- (i) Que la excepción se formule antes de iniciado el arbitraje o;
- (ii) Que la excepción se formule después de iniciado el arbitraje.

La regla general para ambos supuestos es que la excepción debe ampararse por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio sea manifiestamente nulo. De lo anterior queda claro entonces, que el único supuesto en el que las cortes nacionales pueden hacer algún tipo de análisis sobre la validez del convenio es en aquel caso en el que el arbitraje no haya iniciado. Si el arbitraje se encuentra en curso, el tribunal arbitral será el único competente para efectuar el referido análisis.

En el primer caso, es decir, en un escenario en el que el arbitraje no ha iniciado, de igual manera las cortes deben remitir la controversia a arbitraje; sin embargo, pueden no hacerlo si estiman que el convenio es manifiestamente nulo. Es precisamente este análisis el que deberá consistir en una revisión *prima facie*, según los términos descritos en líneas anteriores.

## V. LA NULIDAD MANIFIESTA DEL CONVENIO ARBITRAL

A lo largo de los años han existido distintas teorías sobre la naturaleza del arbitraje. Hay quienes han defendido su naturaleza jurisdiccional, quienes han postulado que el arbitraje es un contrato y quienes entienden que el arbitraje tiene como fuente un contrato cuyos efectos son jurisdiccionales. Esta última postura por un lado reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, pero además entiende que sin el reconocimiento del Estado, el arbitraje carecería de utilidad<sup>12</sup>.

12. CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, José Luis. “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. En: Forseti Revista de Derecho, 2014 N° 1, p.104.

Somos de la opinión de que el convenio arbitral en efecto es un contrato, pero para desplegar sus efectos y servir como mecanismo efectivo de solución de controversias, requiere necesariamente un reconocimiento por parte del Estado. Lo anterior se evidencia de manera clara en el tema abordado en el presente artículo. Para lograr que se cumpla con el efecto negativo del principio de *Competence – Competence* y que los órganos jurisdiccionales cumplan con efectuar un control *prima facie* según lo explicado, es imperativo que exista un mandato legal al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, siendo que el convenio arbitral es un contrato, además de los requisitos establecidos en el artículo 13 de la LPA debe cumplir con los requisitos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil. Así, un convenio arbitral será nulo si se encuentra inmerso en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código Civil, entendiendo que esta es la norma aplicable a su validez sustantiva<sup>13</sup>.

Al respecto, es importante entender la gravedad de la sanción de nulidad para comprender su tratamiento en el caso de convenios arbitrales manifiestamente nulos. La Corte Suprema del Perú ha señalado que en el caso de negocios nulos *“nos encontramos frente a negocios cuyos vicios son insubsanables, en donde los efectos trazados por las partes como propósito negocial no pueden producirse en el ordenamiento jurídico”*<sup>14</sup>.

Sin embargo, no nos encontramos analizando un supuesto en el que el convenio arbitral sea

simplemente nulo, lo cual podría ser relativamente sencillo de determinar mediante una aplicación directa de las normas sustantivas mencionadas. Como se ha mencionado, una corte nacional podrá denegar la excepción de convenio arbitral en caso el arbitraje no se haya iniciado y el convenio arbitral sea manifiestamente nulo. Así, lo que debemos definir es qué es *manifiestamente nulo* y cuál es el estándar que deben seguir los jueces al momento de valorar un convenio arbitral y decidir sobre una excepción al respecto.

Nos parece de gran utilidad remitirnos a las definiciones literales de los términos para entender su significado en la normativa y en el derecho en general. Así, el adjetivo *manifiesto* significa que algo sea *descubierto, patente o claro*<sup>15</sup>. Entonces, podemos afirmar que un convenio arbitral será manifiestamente nulo cuando su nulidad sea clara y además cuando ya se encuentre *descubierta*, es decir, cuando no requiera de un trabajo adicional para averiguarlo.

El ordenamiento legal peruano advierte también la posibilidad de actos jurídicos manifiestamente nulos en el artículo 220 del Código Civil al establecer que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Al respecto, la Corte Suprema del Perú ha señalado que la nulidad resulta manifiesta cuando no es necesaria la recopilación de material probatorio a efectos de sustentarla<sup>16</sup>. Al respecto consideramos que en definitiva debe existir actividad probatoria, pero que esta debe limitarse al propio documento que contenga el convenio arbitral.

13. Debe tenerse en cuenta también el inciso cuarto del artículo 16 de la LPA: *“En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional”*.

14. Corte Suprema de Justicia de la República, Quinto Pleno Casatorio Civil, 2013.

15. Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?fw=manera&o=h>

16. Casación 5379-2007, Lima, 31 de marzo de 2008, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Así, la Corte Suprema ha señalado también que la nulidad es manifiesta cuando:

- Es completamente clara y evidente<sup>17</sup>.
- No requiere otro examen o información diferente a la que conste en el documento<sup>18</sup>.

Para dar un ejemplo de lo que se entiende por nulidad manifiesta, nos remitimos a lo señalado de manera bastante clara por la Corte Suprema:

*"(...) el artículo 220 del Código Civil prescribe que el Juez puede de oficio declarar la nulidad de un acto jurídico cuando esta sea manifiesta. Se trata de una norma que puede ser aplicada cuando la nulidad es evidente y no hay exigencia de mayor prueba que el propio acto que se exhibe. Esto es lo que ocurre aquí, pues se presenta como título un contrato de anticresis en un documento privado cuando la norma expresamente menciona que debe efectuarse en escritura pública"*<sup>19</sup>.

Así, consideramos que la nulidad cumple con ser manifiesta cuando la misma se evidencia sin necesidad de mayor probanza que el documento que instrumenta determinado negocio jurídico. Específicamente en el caso de convenios arbitrales, entendemos que serán manifiestamente nulos cuando su nulidad pueda ser advertida mediante la propia comprobación del convenio en sí mismo. Debe tenerse en cuenta que el análisis que efectúe el juez sobre el convenio arbitral debe cumplir además con ser un control *prima facie*, según lo explicado en líneas anteriores.

Entonces, ¿cuándo es manifiesta la nulidad? Partiendo de la premisa de que para que un acto

jurídico sea nulo debe encontrarse inmerso en las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil, conviene efectuar un breve repaso por cada una de ellas, con el propósito de determinar qué supuestos de nulidad del convenio arbitral podrían ser eventualmente analizados por las cortes<sup>20</sup>.

### 1. Falta de manifestación de la voluntad del agente.

Comprobar si existe manifestación de voluntad es un proceso que escapa de la revisión de un documento en sí mismo, pues el consentimiento de las partes puede darse de diversas maneras; aún más si atendemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LPA. De allí que resulte difícil imaginar un supuesto en el que la nulidad sea manifiesta por esta causal.

Suele darse como ejemplo de falta de manifestación de voluntad aquellos casos en los que se falsifica la firma del supuesto agente. Sin embargo, la comprobación de una falsificación requiere de actividad probatoria adicional a la de una revisión superficial del documento. Por eso tampoco consideramos que en estos casos la nulidad pueda ser manifiesta, de cara a la posibilidad de poner fin al arbitraje.

### 2. Convenio arbitral suscrito por una persona absolutamente incapaz.

Siguiendo los lineamientos establecidos, para que la nulidad en este caso sea manifiesta, tendría que evidenciarse del propio documento en el que conste el referido convenio. Así, la nulidad sería manifiesta por ejemplo, en el caso de un convenio arbitral celebrado por un menor de

17. Casación 4333-2013, Lima, 2 de marzo de 2015, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

18. Casación 567, Lima Norte, 5 de junio de 2012, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

19. Casación 3304-2012, Arequipa, 30 de julio de 2014, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

20. No es el propósito de este trabajo efectuar un análisis exhaustivo de las causales de nulidad previstas en el Código Civil, sino mencionarlas brevemente de cara a identificar posibles situaciones en las que podría alegarse la existencia de una nulidad manifiesta.

edad, supuesto que creemos difícilmente podría ocurrir en la práctica arbitral habitual.

### 3. Objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable.

Podría presentarse en un convenio arbitral cuyo alcance esté definido con tal vaguedad que no sea posible determinarlo; en ese caso podría pensarse que el convenio tiene un objeto indeterminable. Si fuese posible arribar a esta conclusión siguiendo los estándares ya descritos, podría alegarse que el convenio arbitral sería manifiestamente nulo. Esta causal coincide además con el inciso primero del artículo 13 de la LPA, el mismo que establece que el convenio arbitral debe estar referido a una determinada relación jurídica.

Nótese lo discutibles que pueden llegar a ser los casos en los que se alegue que el objeto del convenio arbitral no puede determinarse. Alegar con éxito una nulidad manifiesta, con un examen *prima facie*, parece que en principio queda descartada.

### 4. Fin ilícito.

Un ejemplo de acto jurídico con fin ilícito es el "contrato" mediante el cual dos personas se vinculan con la finalidad de traficar drogas. En el improbable caso que estas personas celebrasen un convenio arbitral para resolver todas las controversias que resulten de esta relación, podría concluirse que su nulidad es manifiesta. A menos que las partes no tengan el mínimo cuidado de intentar aparentar que un negocio ilícito tenga cierta dosis de legalidad aparente, difícilmente puede concluirse, *prima facie*, que un contrato, incluyendo un convenio arbitral, tiene fin ilícito.

### 5. Simulación absoluta.

Consideramos que la probanza de un convenio arbitral al que se le atribuya simulación absoluta

escapa de los lineamientos establecidos para que la nulidad sea manifiesta. La demostración de que existe un acuerdo simulatorio, que es un requisito para que haya simulación, presenta una elevada complejidad probatoria, dado que en estos casos suele ser indispensable el uso de la prueba indiciaria. La nulidad "manifiesta" también quedaría descartada en este supuesto.

### 6. Formalidad.

La única formalidad que la LPA exige es que el convenio arbitral conste por escrito, sin embargo se entiende que es escrito cuando "quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio"<sup>21</sup>. Así, solo en caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría decirse que carece de la referida formalidad y que por tanto el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como esta es fácil predecir que se suscitara una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró.

### 7. Declaración de nulidad por ley.

De comprobarse un mandato legal de nulidad aplicable al convenio arbitral, el mismo sería manifiestamente nulo. Sin embargo, no logramos identificar ningún caso en el que esto pudiese ocurrir, en tanto que la nulidad en cuestión tendría que estar referida específicamente al convenio y no al acto que lo contenga. Por ejemplo, el artículo 1625 del Código Civil establece que *la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad*. Sin embargo, en caso un contrato de donación que contenga un convenio arbitral no cumpliera con identificar los inmuebles donados, dicho incumplimiento que acarrearía la

---

21. Artículo 13 de la LPA.

sanción de nulidad, por aplicación del principio de separabilidad, no alcanzaría al convenio.

#### 8. Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

El artículo 2 de la LPA, el mismo que puede definirse como una norma de orden público, establece que *"pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen"*. A contrario, no pueden someterse a arbitraje aquellas materias que no son de libre disposición. Con libre disposición se hace referencia a *"aquellas materias sobre las que las partes están facultadas a ejercer su autonomía de la voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas"*<sup>22</sup>.

Así, en el supuesto en que exista un convenio arbitral respecto a materias sobre las que las partes no puedan ejercer su autonomía (por ejemplo, de tipo penal), el mismo será manifiestamente nulo en aplicación del inciso octavo del artículo 219 del Código Civil, por contravenir el artículo 2 de la LPA.

Entonces, al encontrarse un órgano judicial ante una excepción de convenio arbitral sin que se haya iniciado de manera anterior un arbitraje sobre la base del convenio invocado, dicho órgano judicial deberá remitir la controversia a arbitraje, salvo que compruebe que el convenio es manifiestamente nulo, lo que significa que la nulidad resulte evidente bajo un análisis *prima facie*, como en el caso de los ejemplos propuestos, que por cierto son excepcionales.

La regla que permite a los jueces desestimar la excepción de convenio arbitral tiene sentido solamente bajo dos circunstancias: que el arbitraje no se haya iniciado, de modo que no se haya instalado un tribunal arbitral que pueda decidir sobre su propia competencia, y de otro lado, que, *prima facie*, es decir, bajo un análisis superficial de los documentos que contienen el convenio arbitral, resulta que este último es manifiestamente nulo; en otras palabras, que pueda predecirse que un tribunal arbitral que aplique correctamente la ley no asumiría competencia, por considerar que no existe convenio arbitral que despliegue efectos.

Ahora bien, puede ser preocupante el riesgo de que las cortes judiciales no se cercioren, antes de resolver, que se cumplen los dos supuestos indicados en el párrafo anterior. El primero de ellos –que el arbitraje no se haya iniciado– es fácil de verificar. El complicado es el segundo. En efecto, existe el riesgo de que las cortes no adopten el estándar de análisis *prima facie* y opten por llevar a cabo un análisis exhaustivo sobre la supuesta nulidad del convenio arbitral, para terminar adoptando una decisión, con carácter de cosa juzgada, que impida acceder al arbitraje. Este riesgo es considerable, atendiendo a la usual riqueza fáctica de las situaciones en las que se invoca una consecuencia jurídica tan severa, como es la nulidad.

Desestimar el arbitraje si la nulidad no es manifiesta importaría una paradoja, pues a pesar de que el *Competence-Competence* es una premisa fundamental del arbitraje, los árbitros no podrían saber, por sí mismos, si están o no impedidos de conocer la controversia. O, lo que es lo mismo, es paradójico sostener que pese a ser inevitable, el arbitraje puede evitarse fácilmente.

#### VII. ANULABILIDAD MANIFIESTA

El artículo 16 de la LPA hace referencia únicamente al caso de nulidad manifiesta. Sin

22. LORCA NAVARRETE, Antonio María. Derecho de Arbitraje Español. Madrid: Dykinson, 1994, p. 38, citado por: PIZARRO RIOS, Carlos, La nulidad "manifiesta" del convenio arbitral: un caso de excepciones. En: *Ius Et Veritas*, Nº 48, 2014, p. 324.

embargo, cabe preguntarse si podría comprenderse dentro de ese supuesto los casos de actos anulables en cuanto los mismos son nulos desde su celebración, aunque requieran sentencia que lo declare. Podría intentarse señalar que, siendo coherentes con la naturaleza de la anulabilidad, la conclusión tendría que ser positiva: un acto manifiestamente "anulable" podría dar lugar a desestimar la excepción arbitral si el arbitraje aún no ha iniciado.

Sin embargo, creemos lo contrario. En primer lugar, este análisis debe efectuarse dentro de un marco teórico en virtud del cual, el arbitraje es inevitable, y así, debemos procurar que el convenio arbitral cobre vida y surta efectos. La manera de hacerlo es dejando a los árbitros que analicen si el convenio está bien celebrado, salvo, en circunstancias excepcionales, cuando es manifiestamente nulo y el arbitraje no se ha iniciado, en cuyo caso las cortes deben hacer dicho análisis.

Dentro de dicho marco teórico, es coherente pensar que el propósito de la LPA fue poner restricciones al campo de acción de las cortes para decidir si una excepción de convenio arbitral debe o no desestimarse. Dicho marco teórico, en nuestra opinión, prima sobre el hecho que los actos anulables sean nulos desde su celebración, aunque se requiera sentencia que así lo declare. De hecho, hay una diferencia conceptual importante entre ambas categorías de invalidez, y es que, a diferencia de los actos nulos, los anulables sí pueden confirmarse.

En esa misma línea, otro punto que demuestra la vocación restrictiva del artículo 16 de la LPA es el hecho que esta norma, a diferencia de otras contenidas en el mismo cuerpo normativo, no menciona de manera expresa la anulabilidad o la ineficacia.

Ejemplo de ello es el numeral 1 del artículo 41 de la LPA, que precisamente recoge el principio de *Competence-Competence*, indicando que el tribunal es el único competente para conocer sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral.

Mientras que se confiere a los árbitros amplias facultades para decidir si son o no competentes, el carácter inevitable del arbitraje hace que sean excepcionales las circunstancias en las cuales los jueces pueden avocarse a analizar la validez del convenio arbitral.

Además de las razones anteriores, consideramos poco probable que se presente algún supuesto en el que la anulabilidad pueda evidenciarse de manera manifiesta atendiendo a los criterios descritos. Piénsese por ejemplo en el caso en el que se alegue anulabilidad por error o dolo: es claro que para determinar la presencia de estos vicios haría falta efectuar un análisis que escape del propio documento que contuviera el convenio.

## VII. ¿INEFICACIA MANIFIESTA?

A lo largo del presente artículo nos hemos referido de manera reiterada al concepto de nulidad manifiesta; sin embargo, también hemos hecho mención al artículo II de la Convención de Nueva York, el mismo que establece que las cortes judiciales a las que se sometan litigios respecto de los cuales las partes hayan celebrado un convenio arbitral, remitirán a las partes a arbitraje a menos que comprueben que dicho convenio es nulo, ineficaz o inaplicable.

Como puede apreciarse, la mencionada norma no solo hace referencia a nulidad, sino también a supuestos de ineficacia e inaplicabilidad. Resulta entonces importante entender la diferencia entre estos conceptos:

- Convenio nulo

El término nulo de la Convención de Nueva York se refiere a circunstancias que vician desde su origen, la validez del acuerdo arbitral.

- Convenio ineficaz

El término ineficaz implica que un convenio arbitral válido no surte efectos. Piénsese por ejemplo en un convenio arbitral sometido a condición suspensiva o celebrado por un falso representante.

■ Convenio inaplicable

Como explica González de Cossío, *“la inaplicabilidad bajo la Convención de Nueva York es una causal fáctica, no jurídica. Abarca casos en los que, aún y cuando el acuerdo arbitral es válido y obligatorio, existe una imposibilidad fáctica para cumplir con el mismo. Las razones pueden ser que el acuerdo arbitral carece de claridad, no es inteligible o no puede ser cumplido. Carece de requisitos prácticos necesarios su ejecución”*<sup>23</sup>.

Teniendo lo anterior en consideración, cabe preguntarse si los tribunales locales pueden decidir no remitir a arbitraje la controversia si un convenio es ineficaz o inaplicable. Por razones parecidas a las mencionadas a propósito de la anulabilidad manifiesta, creemos que la vocación de la LPA ha sido restringir los supuestos en los que las cortes pueden analizar si una excepción de convenio arbitral debe o no ser amparada<sup>24</sup>.

Las razones son básicamente tres: (i) una temporal, pues es necesario que la excepción se interponga antes de iniciado el arbitraje; (ii) una conceptual, pues la norma menciona únicamente a los actos nulos, que pese a las semejanzas teóricas con los anulables, pertenecen a categorías distintas; y, (iii) una sistemática, pues a diferencia de otras situaciones en las cuales la LPA menciona distintas categorías de actos jurídicos (inválidos o ineficaces), en este supuesto se limita a mencionar a los actos nulos.

En síntesis, una de las formas de proteger el convenio arbitral es a través del principio de *Competence-Competence*, sin el cual no es posible entender el margen de acción de los

jueces para conocer de las excepciones al convenio arbitral. En otras palabras, estas deben en principio ampararse, porque uno de los pilares del arbitraje es la posibilidad de los árbitros de decidir si son o no competentes. Ellos están facultados para determinar si un convenio arbitral es nulo, anulable o ineficaz, pues esa atribución les ha sido concedida por ley.

### VIII. COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA DEL DEUDOR

Como hemos indicado a lo largo del presente trabajo, la única manera en la que cabe la posibilidad de que se rechace la excepción de convenio arbitral, ocurre en casos en los que se plantea antes de iniciado un arbitraje. Así, si un deudor quisiera evitar el arbitraje a través de un cuestionamiento de la validez del convenio arbitral, sería conveniente para él iniciar un proceso ante las cortes nacionales antes de que su acreedor presente una solicitud arbitral.

Una vez iniciado el proceso judicial, en caso el acreedor plantee la excepción de convenio arbitral, el deudor podría pretender que se desestime, alegando la nulidad manifiesta del mismo.

Ante el riesgo de que las cortes utilicen un estándar flexible, que permita considerar como manifiestas unas causales de nulidad que son más bien discutibles, ¿qué salida tendría el acreedor ante este comportamiento oportunista? Una posibilidad es presentar una solicitud arbitral antes de plantear la excepción en la vía judicial considerando el plazo legal para esto último<sup>25</sup>. Al respecto, el artículo 33 de la LPA establece que *salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha*

23. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. En: *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de sus 50º aniversario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
24. Por lo demás, discutir la ineficacia del convenio arbitral por situaciones de representación defectuosa o de existencia de condición suspensiva, por ejemplo, difícilmente puede hacerse prima facie, como requiere la ley.
25. Artículo 447 del Código Procesal Civil: *“Las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal”*.

de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

Entonces, el acreedor necesitaría que la fecha de recepción de la solicitud arbitral sea anterior al vencimiento del plazo para presentar la excepción del convenio arbitral. La pregunta que surge es qué significa "recepción". En un arbitraje ad hoc la recepción es la notificación efectuada directamente a la contraparte con lo cual las actuaciones arbitrales iniciarían en ese mismo momento. Por otro lado, si el arbitraje es institucional la solicitud se presenta en el centro arbitral y este notifica a la contraparte, con lo que podría vencerse el plazo para la formulación de la excepción si es que fuese necesaria la notificación para dar inicio al arbitraje. El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por ejemplo, soluciona este problema al establecer que el "arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante el Centro, de la petición de arbitraje respectiva dirigida al Secretario General"<sup>26</sup>.

Nótese que un comportamiento oportunista del deudor –y la necesidad de que el acreedor lo contrarreste– es más preocupante en situaciones en las cuales la tendencia de las cortes sea usar un estándar flexible, que califique como "manifiestas" nulidades que no lo son.

## IX. PROCESOS PARALELOS

La excepción del convenio arbitral a la que hemos hecho referencia de manera reiterada, es una excepción reconocida como tal en el artículo 446 del Código Procesal Civil. Por su parte, el artículo 447 establece que la postulación de la referida defensa no suspende la tramitación del principal. Lo anterior significa que cabe la posibilidad de que se tramite un proceso judicial en paralelo a uno arbitral, lo cual quiere decir que el demandado deberá contestar en vía judicial la demanda a pesar de que la materia se encuentre sometida a arbitraje. Incluso si se declarase fundada la

excepción, el artículo 450 del Código Procesal Civil permite la apelación con efectos suspensivos del auto que así lo declare.

Ante una situación como la descrita, en virtud del inciso 5 del artículo 16 de la LPA, los tribunales arbitrales se encuentran en posibilidad, a su discreción, de suspender las actuaciones arbitrales y la emisión del laudo mientras se encuentre en trámite la excepción del convenio arbitral. Pese a lo anterior, consideramos que para evitar la agonía de los convenios arbitrales, sería prudente una modificación normativa a nivel procesal que establezca la suspensión de las materias sustantivas en vía judicial hasta que se resuelva la excepción.

## X. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente trabajo podemos concluir lo siguiente:

1. El principio de *Competence-Competence* tiene un aspecto positivo y otro negativo. El positivo implica que los tribunales arbitrales son quienes deben decidir sobre su propia competencia. El negativo significa que los tribunales judiciales deben abstenerse de conocer una controversia sometida a arbitraje.
2. El efecto negativo se materializa y se pone en práctica mediante la interposición de una excepción de convenio arbitral.
3. Al valorarse la excepción de convenio arbitral, los tribunales judiciales deben, como regla general, remitir la controversia a arbitraje.
4. Si en el momento de la valoración de la excepción, no ha iniciado el arbitraje, los tribunales pueden no remitir la controversia a arbitraje en caso el convenio arbitral sea manifiestamente nulo, es decir, cuando sea claro que ha nacido muerto.

26. Artículo 17 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

5. La nulidad manifiesta implica que la misma se evidencie de manera clara del propio documento que contenga al convenio.
6. El margen de acción de los jueces se limita, bajo ciertas condiciones, a analizar si los convenios arbitrales son nulos; no anulables o ineficaces.
7. Para evitar comportamientos oportunistas de deudores que pretendan hacer irrelevante el convenio arbitral, es preferible para el acreedor iniciar un proceso arbitral antes de plantear una excepción en la vía judicial.
8. No es aceptable una interpretación poco rigurosa según la cual para poder arbitrar, las partes tengan primero que litigar en sede judicial sobre la validez del convenio arbitral celebrado. Esta posibilidad debe ser excepcional y restringida, y sugerimos que así lo comprendan las cortes. De lo contrario, ocurriría que, paradójicamente, se evite lo inevitable, o, lo que es lo mismo, que el convenio arbitral haya nacido para vivir muriendo.