

Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral



MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Obligaciones y Contratos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima.
Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

RITA SABROSO MINAYA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesora de Arbitrajes Especiales de la Universidad de Lima.
Profesora de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LAURA CASTRO ZAPATA

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor adjunto de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Análisis del inciso 1.
 1. El principio de "competencia de la competencia".
 2. Excepciones.
 - 2.1. Excepción de incompetencia.
 - 2.2. Excepción de cosa juzgada.
 - 2.3. Excepción de caducidad.
 - 2.4. Excepción de prescripción.
 3. Objeciones al arbitraje.
- II. Separabilidad del convenio arbitral.
- III. Momento para oponer excepciones u objeciones.
- IV. Momento para decidir las excepciones u objeciones.
- V. Amparo de la excepción.



La competencia para decidir la competencia el tribunal arbitral es un tema muy discutido en la doctrina.

La Ley de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo 1071), a través de su artículo 41¹, regula este tema de manera detallada, y es dicho texto el que será materia de análisis en el presente trabajo.

ANÁLISIS DEL INCISO 1

El inciso 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1071, señala que 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.

Agrega la norma que 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.

1. El principio de "competencia de la competencia".

Como se sabe, una de las instituciones arbitrales más importantes, junto al principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral², es el principio de "competencia de la competencia" o (*kompetenz-kompetenz*, en alemán, y *compétence de la compétence*, en francés).

Esta expresión, según Roque Caivano³, se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los

1. Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. 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.

2. 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 éste. 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.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

2. Caivano, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, pp. 159 y 160.

3. *Ibid.*

árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto.

Dos escuelas han sido las encargadas de desarrollar *in extenso* este principio: la alemana y la francesa. Para la escuela alemana –cuya postura es la más radical– el *kompetenz-kompetenz* implica que el árbitro, o en su caso el tribunal arbitral, debe ser el único capaz de decidir sobre su competencia.

Por su parte, la escuela francesa matiza el alcance de este principio al señalar que se refiere al hecho de que el árbitro debe ser el primer juez de su competencia, quedando esta decisión sujeta a la determinación final que haga el juez ordinario competente⁴. Lo que no precisa esta escuela es el momento en el que el juez debe realizar dicha determinación; sin embargo, Gerold Herrmann⁵ explica que la primera decisión acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral debe corresponderle al árbitro, y la última al juez.

Por otro lado, Francisco González de Cossío⁶ señala que la interrelación juez-árbitro debe verse como una carrera de postas en la que juez y árbitro participan en tiempos distintos. Al principio la posta se encuentra en manos del juez, quien debe pasársela al árbitro mediante la remisión a arbitraje. A este último le corresponderá resolver el fondo de la controversia mediante el laudo arbitral; una vez que esto haya tenido lugar, la posta regresará a manos del juez, quien decidirá sobre la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo. Por lo tanto, será el árbitro quien decida primero, y será el juez quien lo haga posteriormente y de forma definitiva.

Irene Martínez⁷ resume de manera muy metódica las tres posturas en torno a quién debe decidir acerca de la validez del convenio arbitral.

La primera postura –y la más radical– señala que el árbitro es el único facultado para hacerlo; la segunda –la más defendida por la doctrina– postula que el árbitro es el primer facultado para hacerlo, y que el Juez podrá realizar un control *ex post* de la validez del convenio arbitral, sólo si las partes deciden interponer un recurso de anulación del laudo en la vía judicial; finalmente, la última postura es la que defiende que todo convenio arbitral cuya validez sea cuestionada deberá ser materia de decisión exclusiva por parte del juez.

Señala Martínez, que esta última postura –no aceptada en el mundo arbitral, debido a que se la considera atentatoria a la autonomía del procedimiento arbitral– se vino aplicando en algunos tribunales extranjeros, basándose principalmente en los siguientes argumentos:

- No se debe asumir que las partes han acordado someterse a un procedimiento arbitral; es necesario que la evidencia sea inequívoca y que esté completamente claro que las partes han querido eso.
- No hay razón alguna para que se deba remitir a las partes a un arbitraje, a menos que ambas admitan la validez y eficacia del convenio arbitral. Lo contrario implicaría desviarlas de la jurisdicción ordinaria en contra de su voluntad.
- La determinación preliminar de validez realizada por el juez le otorga certeza al

4. González de Cossío, Francisco. *Kompetenz-kompetenz a la mexicana: Crónica de una muerte anunciada*. Disponible en: <<http://www.camex.com.mx/fgc.pdf>> (Fecha de consulta: 11 de marzo de 2012).

5. Herrmann, Gerold. *The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by the courts*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 48.

6. González de Cossío, Francisco. *Op. Cit.*

7. Martínez Cárdenas, Irene. "Kompetenz-Kompetenz. ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral?". En *Arbitraje y debido proceso*. Volumen 2. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, pp. 57 y ss.

convenio arbitral, y ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con quien se corre el riesgo de que luego de todo el procedimiento arbitral y de la emisión del laudo, el juez determine que carecía de competencia.

Sin duda, al margen de que la revisión *ex ante* de la validez del convenio arbitral pueda ser considerada intromisoria (nosotros creemos que efectivamente lo es), cabe recordar que tanto los tribunales arbitrales como la judicatura deben entender que la función que ambos desempeñan no implica una lucha constante por determinar a quién le corresponde resolver el mayor número de litigios, o quién tiene más poder, sino que ella implica constante respeto por la labor que cada uno cumple, en aras de resolver los conflictos de la forma más justa posible.

Creemos que si la determinación acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral quedara desde un inicio en manos del Poder Judicial, el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento definitivo de los jueces.

Tal como señalan Cantuarias y Aramburú⁸, ante dicha situación, la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros los que determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral que es autónomo al contrato principal, sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia se conoce comúnmente como *kompetenz-kompetenz*

y se encuentra expresamente reconocida en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que con lo establecido por el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, se busca evitar que las partes puedan frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación, regulado también en la Ley de Arbitraje.

Por otro lado, se puede apreciar que el inciso bajo estudio hace referencia a las excepciones y objeciones al arbitraje, las mismas que en doctrina se subsumen en la figura denominada oposición al arbitraje y que comprenden todo tipo de medios de defensa que las partes pudieran esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia.

2. Excepciones.

Como bien señala Mantilla Serrano⁹, no queda la menor duda de que el árbitro o el tribunal arbitral podrá decidir toda excepción que involucre cuestiones como la *litispendencia* y la cosa juzgada, la prejudicialidad, la caducidad y el cumplimiento de las condiciones previas requeridas para iniciar el arbitraje.

Hernando Devis Echandía¹⁰, por su parte, afirma que la excepción es una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa en general, que le corresponde a todo demandando, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.

En tal sentido, siendo el arbitraje un mecanismo privado de resolución de conflictos, en donde sólo se autoriza a los árbitros a resolver aquello

8. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 226.
9. MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 138.
10. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires: Universidad, 1984, p. 264.

expresamente contemplado en el convenio arbitral, los árbitros –en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*– son competentes para verificar la validez del convenio arbitral y para verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o las materias controvertidas, de conformidad a lo establecido por la Ley de Arbitraje.

Resulta muy importante tener en consideración el momento en el cual pueden ser deducidas las excepciones, ya que la excepción no puede interponerse o deducirse en cualquier estado del proceso. Sin perjuicio de que posteriormente realicemos más comentarios sobre lo establecido en el inciso 3 del artículo bajo estudio, diremos que las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas.

En ese sentido, a continuación mencionaremos de manera muy precisa las excepciones que en la práctica arbitral son más comunes.

2.1. Excepción de incompetencia.

Dentro del tema de las excepciones, la primera excepción y, tal vez, la más común es la de incompetencia.

A través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva.

La excepción de incompetencia procede si de oficio o a pedido de parte, se tramita el proceso ante el árbitro al que el emplazado considera como incompetente por alguno de los factores que determinan su propia competencia, a saber: por razón de materia u otros con respaldo de ley.

El caso emblemático es aquél en que se alega la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral.

Como se recuerda, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje señala, en su inciso 1, que el tribunal

arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones y objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral.

En materia arbitral es una regla de oro el que los tribunales arbitrales son los únicos que tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia y, ello, en la medida de que si fuesen los tribunales ordinarios de justicia quienes tuviesen que decidir acerca de la competencia de los tribunales arbitrales, en la práctica se debería seguir un proceso judicial previo al proceso arbitral, a efectos de poder dilucidar la propia competencia del tribunal arbitral.

Si, por el contrario, ello quedara –desde un inicio– en manos del Poder Judicial, como ya hemos señalado, el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento firme de los tribunales ordinarios.

2.2. Excepción de cosa juzgada.

Otra de las excepciones que son frecuentes en los procesos arbitrales es la de cosa juzgada.

Como sabemos, la finalidad de la cosa juzgada es lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente, a través de la prohibición de ventilar un asunto ya juzgado, para que –de este modo– no se afecten las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia o laudo con autoridad de cosa juzgada, las mismas que se regirán de acuerdo a lo ordenado en dicha sentencia o laudo.

El artículo 452 del Código Procesal Civil –que para estos efectos tomamos como válida referencia– establece que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

En ese sentido, la excepción de cosa juzgada precisa de ciertos requisitos; a saber: en primer

lugar, que las personas que siguieron el proceso sean las mismas; en segundo lugar, que la causa o acción (interés para obrar) y la cosa u objeto (pretensiones procesales) sean idénticos; y, en tercer lugar, que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada.

2.3. Excepción de caducidad.

La caducidad es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares.

Cuando la demanda o la reconvención, de ser el caso, se interpone vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo susceptible de caducidad, el demandado o el demandante, dependiendo del caso, puede deducir la excepción de caducidad.

Felipe Osterling Parodi y uno de los autores de este trabajo, Mario Castillo Freyre¹¹, señalan que la justificación de la caducidad radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

Fernando Vidal Ramírez¹² señala que los plazos de caducidad se establecen de manera específica en relación a una situación jurídica concreta que ha dado lugar al nacimiento del derecho, momento desde el cual comienza a computarse el plazo para su ejercicio. Por ello, son plazos disímiles, fijados para cada caso, por lo que el Código no ha podido establecer plazos

ordinarios o generales, como ocurre con los de la prescripción extintiva.

2.4. Excepción de prescripción.

En un sentido amplio, se suele denominar como prescripción a aquellos fenómenos que parecen consistir en una modificación que experimenta determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo.

Por su parte, Messineo¹³ se aproxima a esta noción cuando califica a la prescripción como un evento vinculado con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva lo define como el modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de falta de ejercicio.

Díez-Picazo¹⁴ enfatiza que, en realidad, fundamentar la prescripción exclusivamente sobre el transcurso del tiempo contribuye a oscurecer el panorama. Si bien se admite que el transcurso del tiempo como hecho jurídico altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas, lo cierto es que el mismo no pertenece a la sustancia de la prescripción.

Así, el citado autor llama la atención sobre la inexactitud en que se incurre cuando se define a la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio del derecho. Señala, al respecto, que aunque el titular incida en inactividad o en inercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento.

A esta idea hay que agregar que la prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez o

11. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario". En: *Derecho & Sociedad*, N° 23, Lima, 2004, p. 122.

12. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Principio de legalidad en el plazo de caducidad". En: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 345.

13. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 610.

14. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 981.

árbitro. La prescripción necesariamente debe ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella.

Hasta aquí nuestros comentarios sobre el tema de las excepciones.

3. Objeciones al arbitraje.

A continuación corresponde pronunciarnos acerca del concepto de objeciones que, en nuestra opinión, deben ser entendidas como las defensas previas que podrían presentarse en el proceso.

Carrión Lugo¹⁵ señala que las defensas previas constituyen medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el actor realice la actividad que el derecho sustantivo prevé como acto previo al planteamiento de la demanda.

Por su parte, Ledesma Narváez¹⁶ nos dice que la defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en proceso que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción.

De esta manera, una vez interpuesta la defensa previa, el tribunal arbitral analizará su procedencia o no. En caso se declare fundada una defensa previa, ésta tendrá como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.

Para concluir con nuestros comentarios al inciso 1 del artículo bajo estudio, reiteramos que el cuestionamiento de la competencia se realiza en el propio proceso, el mismo que constituye lugar natural para tal efecto y si el tribunal se decidiera como competente y una de las partes

considerara que no lo es, pues tendrá expedito su derecho para impugnar la competencia vía anulación de laudo.

En ese entender, hoy en día este tema no constituye una materia que ocasione mayor controversia doctrinaria ni práctica en el medio arbitral, como si sucedía con las leyes arbitrales anteriores.

II. SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La primera parte del inciso 2 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que el convenio arbitral que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.

Lo aquí señalado resulta de suma importancia porque recoge el principio de la separabilidad del convenio arbitral.

Sobre este punto, creemos necesario esbozar algunas ideas sobre cuáles son las reglas de interpretación de los actos jurídicos en general.

En ese sentido, el artículo 224 del Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 224.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Como se puede observar, el artículo transcrito está enmarcado dentro del espíritu general del

15. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 2000, p. 504.

16. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tercera edición. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2011, p. 57.

ordenamiento jurídico peruano, en el sentido de optar por la conservación de los actos jurídicos o contratos celebrados, en lugar de sancionarlos con la nulidad o pérdida de eficacia¹⁷.

Palacios Martínez¹⁸ señala que el precepto citado se entiende como una de las técnicas de sanatoria del negocio jurídico, que supone la afectación cuantitativa de los efectos de la nulidad solamente a la parte del contenido negocial que la motiva y justifica, sin afectar el resto del mismo, en la medida en que éste se encuentre apto para producir sus efectos negociales típicos, constituyendo una restricción importante a los efectos expansivos de la nulidad.

Teniendo en cuenta este precepto –que sin duda nos da mayores luces para entender la norma contenida en el inciso 2 del artículo bajo estudio–, consideramos que, efectivamente, el principio de separabilidad del convenio arbitral no necesariamente colisiona con lo dispuesto por el artículo 224 del Código Civil, norma que regula –en términos de la generalidad de actos jurídicos– el tema de la nulidad parcial.

Lo que ocurre aquí es que el convenio arbitral tiene vida propia, independientemente de la nulidad del propio contrato dentro del cual se encuentre inserto ese convenio o cláusula arbitral porque, en realidad, el propio proceso arbitral podría versar sobre una controversia relativa a la nulidad del propio contrato. Entonces, se podría sostener que el convenio arbitral, al ser una cláusula accesoria del contrato, es

nulo y, por lo tanto, el tribunal arbitral no sería competente para conocer esa controversia, sino más bien los tribunales ordinarios de justicia.

Esto ha sido ampliamente superado por la doctrina arbitral e incluso el propio artículo 41, inciso 2, señala que 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 éste.

Agrega el citado inciso que, 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 e ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

Es decir, se trata aquí de la separabilidad absoluta del convenio arbitral con respecto a las demás cláusulas del contrato en el cual se encuentra inserto. Esto es fundamental, en la medida de que, de lo contrario, si no se siguiese este principio, todo proceso arbitral sobre nulidad de contrato en el cual se encuentre inserto un convenio arbitral, tendría que seguirse ante el Poder Judicial, por cuanto estaría en duda la propia validez del convenio arbitral y, por lo tanto, mal podría el tribunal arbitral constituirse en base a un convenio arbitral cuya nulidad sea, precisamente, controvertida al formar parte de un contrato que se alega es nulo.

Se trataría pues de un círculo vicioso y si no existiese el principio de separabilidad del con-

17. Sin embargo, el criterio adoptado por la legislación nacional no es compartido por todo el Derecho de nuestra tradición jurídica. Así, puede apreciarse el parecer de Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*. Volumen I. Tomo VI. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943, p. 353), quien manifiesta respecto al tema en el Derecho argentino, lo siguiente:

"La indivisibilidad de la transacción no constituye un carácter específico de la misma: ella es propia de todos los actos jurídicos. El principio de que no se puede dividir un acto jurídico eliminando de él determinadas cláusulas y dejando subsistentes otras, se aplica con toda amplitud, porque constituyen manifestaciones de voluntad sobre una serie de puntos determinados, y aquellas quedarían mutiladas si se admitiera la anulación de algunas de esas cláusulas y la subsistencia de las otras; el consentimiento se ha prestado en atención a todas."

El principio de la indivisibilidad, de rigor en todos los actos jurídicos, parece más estricto, si cabe, en aquellos que son extintivos o creadores de derechos."

18. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "Nulidad parcial". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 929.

venio arbitral o autonomía del convenio arbitral, es muy probable que nunca hubiere arbitrajes.

En este mismo sentido se pronuncian Merino y Chillón¹⁹, cuando sostienen que el convenio arbitral es autónomo respecto al contrato o convención donde se incorpora. El efecto práctico de este rango, continúan los autores, es evidente: la nulidad o ineficacia del acuerdo o contrato marco donde se inserta no afecta al convenio arbitral que tiene su propia existencia y efectos, asegurándose así su plena vigencia como instrumento de solución de conflictos.

Por lo demás, resulta importante que la norma sea así de específica al contener conceptos como la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia, que antes no se encontraban tan detallados en la norma legal y que hoy sí se encuentran debidamente tratados en concordancia con lo que establecen las leyes civiles, como eventuales cuestionamientos a la validez o eficacia de los contratos.

III. MOMENTO PARA Oponer EXCEPCIONES U OBJECIONES

Por otra parte, debemos señalar que el inciso 3 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que las excepciones u objeciones deberán oponerse, a más tardar, en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. Lo señalado por el citado inciso siempre ha sido así.

En ese sentido, una redacción tipo de las actas de instalación de los tribunales arbitrales, señala algo así como esto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, derivada de la inexistencia, ineficacia o invalidez del

convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o parte de ella, así como cualquier otro tipo de excepciones y/o defensas previas, deberá ser opuesta por las partes a más tardar en la contestación de la demanda o, con respecto a una reconvencción, en la contestación a esa reconvencción. (Énfasis agregado).

Esta cláusula tipo de las actas de instalación también es respaldada por los reglamentos arbitrales de los diversos Centros de Arbitraje de la Capital. En ese sentido, podemos citar –a título de ejemplo– lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cuyo inciso 1 señala lo siguiente:

Excepciones y objeciones al arbitraje

Artículo 40.-

1. Las partes podrán proponer excepciones y objeciones al arbitraje hasta el momento de contestar la demanda, la reconvencción o el escrito de presentación simultánea de posiciones, según corresponda, las que serán puestas en conocimiento de la contraparte para que proceda a su absolución, dentro del mismo término que se tuvo para contestar tales actos. [...] (Énfasis agregado).

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, establece lo siguiente:

Facultad de los árbitros para resolver de su propia competencia

Artículo 45.-

[...]

Las excepciones, objeciones u oposiciones se interpondrán como máximo al contestar la demanda.

[...]

19. MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera edición. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 258.

Disposiciones similares se encuentran contenidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú (sede Lima), del Colegio de Abogados de Lima y de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (AMCHAM).

Sin embargo, algunas veces los abogados, sobre todo aquéllos que no tienen práctica en materia arbitral, consideran que la mejor manera de defenderse en cuanto al cuestionamiento de la competencia de un futuro tribunal arbitral, es no participando en la conformación de ese tribunal.

En realidad se trata de un actuar nada provechoso, debido a que quien procede de esa manera no cuenta con ninguna persona con la cual pueda tener cierta cercanía o conocimiento al interior del tribunal, como sí ocurriría en un caso en el cual el árbitro es designado por la propia parte dentro del tribunal. Ello, pues el tribunal de todas maneras se va a conformar, siguiendo los criterios de designación supletoria pactados por las partes o el mecanismo que rija, si se trata de un arbitraje institucional, o, en defecto de ello, el señalamiento supletorio por las Cámaras de Comercio u otro que corresponda.

Finalmente, la parte que se oponga de esta manera va a tener un tribunal arbitral conformado de manera supletoria con intervención de la otra parte, y a solicitud de la otra parte. Así, ese tribunal será absolutamente ajeno a la parte que se manifiesta beligerante contra el desarrollo del proceso que, de todas maneras, va a continuar con o sin su participación.

En ese sentido, consideramos que las objeciones deberán ser deducidas, a más tardar, en la contestación de la demanda y también de la reconvencción, tema que no se señala en la norma, pero que es importante mencionar.

Debemos tener muy en cuenta que el participar en el nombramiento de un árbitro, más allá de haber deducido la incompetencia del tribunal arbitral o la oposición al arbitraje, en términos generales, no implica dar asentimiento para el desarrollo del proceso. Simplemente implica el continuar con la realización de determinadas di-

ligencias cuya actuación va a producirse de todas maneras, con o sin intervención de las partes.

Ahora bien, agrega la norma que la excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada –durante las actuaciones arbitrales– la materia que supuestamente exceda su competencia.

Esto es evidente, porque podría tratarse de situaciones que no necesariamente estén motivadas por las pretensiones de la demanda o de la reconvencción, sino por alguna otra actuación del tribunal que implique un exceso en la competencia del mismo que podrá ser perfectamente cuestionada por cualquiera de las partes.

El inciso 3 del artículo 41 de la Ley agrega que el tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad, si la demora resulta justificada.

Pensamos que lo señalado aquí se trata de un supuesto de hecho muy peligroso, porque desde 1993, con la reforma de la legislación procesal civil en el Perú, se ha tratado de que las partes no guarden nada bajo la manga en materia de nulidades, oposiciones, medios probatorios, etc. Se busca que todo se plantee desde la interposición de la demanda, la contestación, la reconvencción y la contestación a la reconvencción.

Esto se ha trasladado al ámbito arbitral y es común en la práctica de esta materia que sea así, ya que en la audiencia de saneamiento del proceso y fijación de puntos controvertidos todo queda absolutamente planteado, a efectos de que se actúen las pruebas que se tenga que actuar luego en la etapa probatoria y el tribunal arbitral pueda emitir el laudo.

El cuestionamiento ulterior de la competencia, que se permite dentro del inciso 3 del artículo 41 de la Ley, es absolutamente peligroso, porque no imaginamos ejemplos en los cuales una de las partes pueda cuestionar esa competencia, sencillamente porque no puede existir algún elemento nuevo. Es decir, con la demanda,

contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción debería estar todo planteado y es que si no se deduce incompetencia al conocer las pretensiones de la demanda o al conocer las pretensiones de la reconvencción, no se tiene nada que decir y, si después se dice, evidentemente será porque con conciencia de lo actuado se ha guardado cierta información.

Como se puede observar, esto implica avalar la dilación de los procesos arbitrales.

Una vez más aquí se está sembrando el germen para que se considere una eventual nulidad del laudo, una eventual actuación maliciosa de una parte, una eventual actuación parcializada del tribunal arbitral y, evidentemente, esa pérdida de validez –vía anulación– de un laudo arbitral que bien podría haberse evitado.

La parte final de este peligroso inciso 3 señala que el tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas con iniciativa propia en cualquier momento.

Creemos que esto resulta de suma importancia porque implica que el tribunal arbitral podrá considerarse incompetente para conocer determinadas controversias. Esta incompetencia puede ser deducida no sólo en la audiencia de saneamiento procesal, sino también en un momento posterior, o resuelta, incluso de oficio, en el laudo arbitral. Las partes podrían haber planteado algún punto controvertido sobre el cual no se hayan opuesto, pero que –por ejemplo– no sea una materia arbitrable. En ese caso, el tribunal arbitral podrá señalarlo así porque por más de que haya prórroga de competencia tácita o expresa, no podrá pronunciarse o laudar sobre materias no arbitrables, conforme a lo señalado por la norma respectiva de la Ley de Arbitraje.

IV. MOMENTO PARA DECIDIR LAS EXCEPCIONES U OBJECIONES

El inciso 4 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, señala que salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a

su decisión, relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

Uno de los aspectos más controvertidos en torno a las excepciones, es el relativo a en qué momento deben ser éstas resueltas.

En primer lugar, como vemos, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje faculta al tribunal arbitral para resolver las excepciones: (i) inmediatamente después de que ellas sean conocidas por el tribunal y absueltas por la contraparte; o (ii) al momento de laudar.

Aquí cabe preguntarnos ¿cuál es el momento idóneo para resolver una excepción?

Sobre esto habría que formular algunas consideraciones.

En primer lugar, estimamos que –en términos generales– el momento idóneo para resolver una excepción es al principio del proceso. Ello, por una razón elemental y es que el resolver las excepciones al principio del proceso puede evitar: (i) que las partes incurran en gastos innecesarios; y (ii) que el tribunal arbitral lleve a cabo un proceso que podría devenir en inútil (si es que se amparase la excepción luego de que la misma hubiese sido analizada junto con las demás cuestiones de fondo, es decir, en el laudo).

E, incluso, si la excepción no estuviese destinada a atacar todo el proceso, sino sólo alguna de las pretensiones de la contraparte, el resolverla al comienzo del proceso también implicaría un ahorro de tiempo y dinero.

Naturalmente, si las excepciones fuesen declaradas fundadas y ellas versaren sobre todas las materias controvertidas (sobre todas las pretensiones), el proceso finalizaría con la resolución que las ampara. Ya no tendría sentido, pues, continuar con las siguientes etapas del proceso, porque el mismo carecería de objeto.

Sin embargo, todos sabemos que las excepciones podrían recaer, no sobre el íntegro de las pretensiones procesales de la contraparte, o sobre el íntegro de materias controvertidas, sino sólo sobre algunas. O, incluso, recayendo sobre el íntegro de materias controvertidas o pretensiones procesales, el tribunal arbitral podría decidir declarar fundada la excepción en contra de una o algunas de las pretensiones, archivándose dichos extremos controvertidos del proceso y quedando subsistentes otros a efectos de laudar.

En este caso, se produciría lo que se conoce con el nombre de un laudo parcial o laudo interlocutorio.

Como señalan Fouchard, Gaillard y Goldman²⁰, el laudo arbitral puede ser definido como una decisión definitiva por parte de los árbitros respecto de todo o parte de la disputa sometida a su conocimiento, sea que se refiera al fondo de la controversia, a la competencia de los árbitros o a temas de procedimientos, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, definitiva. Los autores identifican hasta cinco tipos de laudos: laudos finales, laudos preliminares, laudos interinos, laudos interlocutorios y laudos parciales²¹.

Ahora bien, el laudo interlocutorio es el que resuelve sin entrar al fondo de la controversia, como ocurre en el caso de las excepciones.

Si se tratase de un laudo interlocutorio donde se resolvieran las excepciones declarándolas íntegramente fundadas, ese laudo interlocutorio, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Arbitraje, será susceptible de impugnación a través de una acción de anulación, como explicaremos oportunamente.

En cambio, si se tratase de un laudo que declarase fundada en parte la o las excepciones y subsistieran otras materias controvertidas, naturalmente, se trataría de un laudo parcial, por cuanto el proceso debería continuar sobre las materias controvertidas subsistentes o sobre las pretensiones que no fueron archivadas.

Es evidente, y así, lo establece la Ley de Arbitraje, que en estos casos la posibilidad de impugnar el laudo parcial estaría abierta. La impugnación se tendría que realizar a través del mecanismo de la anulación de laudo, y el momento para poder impugnarlo vía anulación es precisamente cuando se resuelve la excepción, no cuando termine el proceso arbitral con el laudo que ponga fin al mismo.

Hemos dejado para el final, pero no porque sea menos importante, un tema que también hay que abordar, y es que, en algunos casos –excepcionales por cierto– los tribunales arbitrales pueden dejar para el momento del laudo la resolución de las excepciones, si es que el conocimiento del fondo de las controversias fuese fundamental para la resolución de la propia excepción.

Lo que ocurre es que existen algunas circunstancias –y en el medio arbitral se presentan cada cierto tiempo– en donde no resulta fácil tomar una posición *a priori* sobre el tema de la excepción. Es decir, el tribunal requiere –en el fondo– conocer más cuestiones sustantivas del proceso, a efectos de poder dilucidar la excepción.

Una situación en la cual los tribunales podrían recurrir a un supuesto como éste (es decir, el de dejar para el laudo la resolución del tema de la excepción), sería aquella en donde las partes no sólo hayan ofrecido pruebas documentales,

20. Citados por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 295.

21. A pesar de la cita que hace Cantuarias de los referidos autores, señala que a la fecha no existe consenso acerca del concepto "laudo arbitral" ni del contenido exacto de los diferentes tipos de laudos arbitrales que pueden dictar los árbitros. Justamente, debido a la falta de consenso acerca de este tema, los autores de la Ley Modelo de Uncitral desistieron en la tarea de definir qué se entiende por laudo arbitral y de establecer si pueden existir uno o más tipos de laudos. (*Ibid.*).

sino alguna prueba que se tenga que actuar con posterioridad. El resultado de dicha actuación podría dar mayores luces, a efectos de que el tribunal arbitral pudiera resolver la excepción deducida por la parte.

Dentro de tal orden de ideas, en estos casos, creemos que será totalmente posible y lícito que los tribunales arbitrales dejen para el final, es decir, para el momento de laudo, la resolución de las excepciones. Sin embargo, dicha decisión deberá ser tomada con mucho cuidado, ya que ello podría implicar un mayor costo para las partes.

V. AMPARO DE LA EXCEPCIÓN

El inciso 5 del artículo 41 de la Ley señala que si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación.

En efecto, el tribunal podría estimar pertinente dar por concluidas las actuaciones arbitrales por considerarse incompetente.

Por lo tanto, dentro de la línea de lo expresado, resulta inútil continuar con un proceso arbitral –con tiempo y costos para las partes y para los árbitros–, si el tribunal arbitral es incompetente para conocerlo.

En ese sentido, el proceso finaliza, se archivan los actuados y se trata, sin duda, de un laudo interlocutorio. La derogada Ley General de Arbitraje (Ley 26572) no establecía cuál era la vía de impugnación de los laudos interlocutorios, por lo que algunas partes recurrían a la acción de amparo, pero la doctrina arbitral coincidía en que al tratarse de un laudo interlocutorio, lo que correspondía era recurrir vía anulación del mismo, porque se trata de una resolución en donde

se declara anticipadamente la incompetencia, pero es claro que dicha incompetencia pudo haber sido resuelta en el propio laudo, con lo cual los recursos impugnatorios en un caso deben ser exactamente los mismos que en el otro.

Si se hubiese resuelto el tema vía laudo, no cabría duda alguna en el sentido de que el recurso impugnatorio era el de anulación. Si se impugnase esa resolución previa al laudo, es obvio que el recurso impugnatorio tendría que ser exactamente el mismo.

El artículo 41 del inciso 5 del Decreto Legislativo 1071, señala que si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación, luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Lo regulado en este extremo de la norma es el tema de los laudos parciales, materia que no es objeto de este trabajo.

Sin perjuicio de ello, podemos decir que el laudo parcial que resuelve determinada excepción declarándola fundada, archiva en ese extremo las pretensiones; el proceso continúa sobre otras pretensiones o materias controvertidas y es evidente que la parte que se sienta perjudicada por esa resolución –que declara fundada la excepción de incompetencia– puede impugnarla, primero –vía reconsideración– ante el propio tribunal arbitral y luego –vía recurso de anulación del laudo– ante el Poder Judicial.