



La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral

The annulment of awards in Peru due to problems in the arbitration agreement

“El artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje establece que el laudo será anulado cuando “el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz” [...] Esta causal se fundamenta en la esencialidad del consentimiento para el arbitraje. Las partes acuden a este mecanismo solo cuando así lo acuerdan. Como se indicó previamente, si no hay consentimiento, un laudo arbitral no puede ser válido o eficaz.”

Gino Rivas Caso*

181

Resumen: La Ley de Arbitraje Peruana sanciona la nulidad del laudo cuando el convenio arbitral es inexistente, anulable, nulo, inválido o ineficaz. Esta causal de anulación busca proteger un fundamento esencial del arbitraje: la decisión de las partes de evitar las cortes judiciales y resolver sus disputas mediante la decisión de árbitros.

Ahora, es fácil entender que, cuando no hay convenio arbitral, el laudo deberá ser nulo. Sin embargo, en algunos casos, el convenio, si bien existe, sufre de ciertas anomalías que hacen al laudo nulo. Estos casos deben ser también analizados a efectos de entender el completo ámbito de esta causal. Particularmente, en Perú, involucra tratar con nociones que derivan del Derecho Civil y, por lo tanto, esas nociones merecen un correcto entendimiento a la luz de dicho campo.

* Abogado y adjunto de docencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Abstract: The Peruvian Arbitration Act sanctions the annulment of an award when the arbitration agreement is inexistent, annulable, void, invalid or ineffective. This ground of annulment seeks to protect a cornerstone of the arbitration: the decision of the parties to avoid judicial courts and solve their disputes by a decision of arbitrators.

Now, it is easy to understand that, when there is no arbitration agreement, the award should be void. Nevertheless, in some cases, the agreement, although existent, suffers from certain anomalies that render the award void. These cases shall also be analyzed in order to understand the complete scope of the ground. Particularly, in Peru, it involves dealing with notions that derive from civil law and, thus, those notions deserve a proper understanding in the light of that field.

Palabras clave: Arbitraje, Derecho Civil, anulación del laudo, convenios arbitrales patológicos.

Keywords: Arbitration, Civil Law, annulment of awards, pathological arbitration agreements.

Sumario: 1. Introducción. 2. Convenio arbitral. 3. Análisis de la causal de anulación del artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje. 3.1. Norma y fundamentos de la causal. 3.2. Estructura y contenido. 3.2.1. Las nociones bajo el Derecho Civil. 3.2.2. Convenios arbitrales patológicos. 3.2.3. Precisiones sobre el cuestionamiento a la competencia arbitral. 3.3. Consecuencias de la anulación. 4. Colofón

*** Definiciones**

Convención NY: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Ley de Arbitraje: Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje.

LMU: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas realizadas en el año 2006).

Ley 60/2003: Ley N° 60/2003, Ley de Arbitraje de España.

SSC1: Sentencia de la Primera Sala Comercial de Lima.

SSC2: Sentencia de la Segunda Sala Comercial de Lima.

1. Introducción

El consentimiento es una piedra esencial para el arbitraje. El arbitraje obtiene su “legitimidad” en la decisión de las partes para que sean árbitros elegidos por ellos, y no por jueces, los que decidan la controversia¹. Este consentimiento se plasma en un convenio arbitral y da origen al fenómeno del arbitraje. El convenio arbitral recoge el sometimiento de las controversias (actuales o potenciales) entre las partes al juzgamiento de un tercero: un árbitro².

Ahora bien, bajo una interpretación a contrario, si no hay consentimiento, el laudo derivado del arbitraje no debería ser válido o eficaz³; por lo tanto, los arbitrajes efectuados sin acuerdo de las partes no podrán surtir efectos. Para garantizar ello, es necesario un esquema de control judicial sobre el arbitraje.

Precisamente, el esquema de control judicial del arbitraje cubre aquellos casos en los que el consentimiento a arbitrar no se presenta. En Perú, esto se da a través del proceso judicial de anulación de laudo, lo cual sucede, en específico, por la causal descrita en el artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje⁴.

Dicha causal, vale precisar, cubre distintos supuestos problemáticos de un convenio arbitral. Así, la norma no solo habla de nulidad, sino que, también, habla

de inexistencia, anulabilidad, invalidez e ineficacia. Es evidente, a simple vista, que los supuestos en los que el convenio arbitral derivará en un laudo nulo son variados en función del “vicio” que adolezca.

Este artículo tiene por objeto hacer un análisis *exegético* de la causal del artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje. Ello permitirá aprehender la estructura de la causal y el ámbito que esta tiene en función a los términos que emplea.

Antes de hacer tal análisis, es pertinente manejar un marco teórico, aun si breve, del tema que es objeto de estudio. Para evaluar la anulación del laudo por problemas en el convenio arbitral, es necesario hacer una exposición de lo que significa un convenio arbitral.

2. Convenio arbitral

El convenio arbitral es un contrato⁵; mediante este, como ya expusimos, las partes se someten al fuero arbitral para la resolución de sus controversias. Sobre ello, hay tres (3) aspectos que merecen ser presentados: (i) sus elementos, (ii) la separabilidad del convenio, y (iii) los efectos del mismo.

En cuanto al primer aspecto (i), consideramos que el convenio arbitral tiene dos elementos⁶:

1 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 1.

2 Humberto Briseño Sierra, *El Arbitraje en el Derecho Privado* (Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1963), 21.

3 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014), 3188.

4 **“Artículo 63 [de la Ley de Arbitraje].- Causales de anulación**

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. [...]”. Decreto Legislativo N° 1071, de 27 de junio, que norma el arbitraje (Diario El Peruano núm. 10276 de 28 de junio del 2008).

5 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (Ciudad de México: Porrúa, 2014), 181.

6 Javier La Rosa y Gino Rivas, *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 120-121.

- **Elemento subjetivo:** Este elemento comprende a los **sujetos** del convenio. Se trata de definir quiénes son las partes del convenio arbitral y, por lo tanto, sobre quiénes recaerán los efectos de dicho convenio.

Por regla general, las partes del convenio arbitral serán aquellos sujetos que hayan firmado el mismo; sin embargo, es posible que otros sujetos estén vinculados al convenio pese a no haberlo “firmado”. Nos hemos referido aquí de las partes no signatarias; al respecto, el artículo 14^{o7} de la Ley de Arbitraje reconoce, precisamente, tales supuestos y autoriza, expresamente, a los árbitros a incorporar al arbitraje a los mencionados sujetos externos.

- **Elemento objetivo:** El segundo elemento hace referencia al **objeto** del convenio. El arbitraje, en tanto mecanismo de solución de controversias, apunta a la resolución de un conflicto; por lo tanto, el objeto del convenio arbitral es establecer un sistema de solución para ciertos conflictos. Sobre ello, es necesario que el convenio arbitral precise *qué conflictos* están cubiertos bajo su ámbito.

Los conflictos no necesariamente deben existir al momento de suscripción del convenio, sino que este puede referirse,

también, a conflictos eventuales –en realidad, esta parece ser la regla en la práctica–.

Por otro lado, (ii) la separabilidad del convenio arbitral se refiere a la autonomía del convenio como contrato autónomo frente a cualquier otro vínculo contractual. En términos simples, el convenio arbitral, aun si está insertado en otro contrato, no es una mera cláusula contractual, sino que constituye, por sí mismo, un contrato independiente.

Esta noción de separabilidad es *esencial* para la institución del arbitraje⁸, ya que permite que los vicios sobre el contrato “base”, cuyas controversias son el objeto del convenio arbitral, no menoscaben los efectos del convenio arbitral y, por tanto, los árbitros puedan pronunciarse sobre dichas cuestiones.

Finalmente, (iii) el convenio arbitral genera dos clases de efectos, el efecto positivo y el efecto negativo⁹:

- El **efecto positivo** se refiere al sometimiento de las partes al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Las partes deben seguir la vía arbitral en caso tuviesen alguna disputa. Correlativamente, se genera en las partes una obligación con prestación de no hacer, la cual consiste en no acudir a las cortes judiciales para resolver conflictos cubiertos por el convenio arbitral.

7 “Artículo 14 [de la Ley de Arbitraje].- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”. Decreto Legislativo N° 1071.

8 Paulsson, *Idea of Arbitration*, 166.

9 Luis Caballol, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje* (Barcelona: Bosch, 1997), 35 y ss.

La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral

- El **efecto negativo** se refiere a la no competencia de las cortes judiciales para conocer conflictos cubiertos por el convenio arbitral. El convenio arbitral implica una *sustracción* de cierta materia del fuero judicial, materia que pasa a estar bajo decisión de los árbitros. Esto genera que los jueces deben abstenerse de conocer controversias que estén bajo el ámbito del convenio arbitral.

3. Análisis de la causal de anulación del artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje

Según señalamos en la introducción, el convenio arbitral constituye un elemento esencial para el arbitraje: su ausencia deslegitima el empleo de la institución. Precisamente, una causal de anulación de laudo (artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje versa sobre la inexistencia del convenio arbitral o, si existe, en los problemas que se presenten en este (nulidad, anulabilidad, invalidez y/o ineficacia).

De este modo, la causal bajo análisis será tratada en función a tres puntos principales: (i) norma, antecedentes normativos y fundamento de la causal, (ii) estructura y contenido de la causal, y (iii) consecuencias de la anulación.

3.1. Norma y fundamentos de la causal

El artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje establece que el laudo será anulado cuando “el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz”.

La norma tiene antecedentes históricos en el artículo 73.1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, y en el artículo 56.1 del Decreto Ley N° 25935. Para la primera norma mencionada, el laudo se anulaba en casos de “nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado [...]”; en el caso de la segunda, la nulidad del laudo se configuraba cuando se producía la “nulidad de convenio arbitral, salvo que se haya formalizado judicialmente [...]”.

Esta causal se fundamenta en la esencialidad del consentimiento para el arbitraje. Las partes acuden a este mecanismo solo cuando así lo acuerdan. Como se indicó previamente, si no hay consentimiento, un laudo arbitral no puede ser válido o eficaz.

Ahora bien, la norma establece como consecuencia la anulación del laudo en casos en que el convenio arbitral no existe o, existiendo, sufre de nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia. Antes de evaluar tales nociones, es importante entender a qué se debe la redacción del legislador.

La norma peruana se distingue de sus principales fuentes de inspiración –la LMU y de la Ley 60/2003 de España– en este aspecto: la LMU habla de “invalidez”, mientras que la Ley 60/2003 de España emplea los términos de inexistencia e invalidez; en cambio, la norma peruana, adicionalmente, incorpora los términos de nulidad, anulabilidad e ineficacia.

¿Por qué el alejamiento del esquema de las normas señaladas? A nuestro criterio, la norma peruana ha querido incluir en su ámbito de aplicación a todos los casos en que no hay una manifestación de voluntad plena (y, por tanto, tampoco hay consentimiento

pleno). A su vez, la citada norma ha querido enfocarse en la consecuencia. Sea cual sea la anomalía, “desde la más grave que es la inexistencia del convenio hasta situaciones más simples o menos trascendentes como es la ineficacia”,¹⁰ si esta afecta al mencionado consentimiento pleno, el laudo deberá anularse.

3.2. Estructura y contenido

3.2.1. Las nociones bajo el Derecho Civil

Como se mencionó anteriormente, la norma peruana se refiere a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia. ¿Cuál es el sentido de los términos empleados por dicha norma? A nuestro criterio, las nociones de términos como “invalidez” dependerán de lo establecido en el marco normativo de cada país. Así, por ejemplo, el concepto de invalidez de un contrato manejado en un ordenamiento de Derecho Civil como el peruano no va a ser equivalente a la noción de *invalidity of contract* que se maneja en Inglaterra bajo su tradición de *Common Law*.

Entonces, ¿cómo deben entenderse los conceptos de “inexistencia”, “nulidad”, “anulabilidad”, “invalidez” e “ineficacia”? La respuesta, para cada caso concreto, dependerá de la ley que gobierne la validez sustantiva del convenio arbitral¹¹. Es por ello que, por ejemplo, el artículo 34.2, inciso a), punto i) de la LMU señala que la anulación procede si el convenio “no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o

si nada se hubiese indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado”. Si bien, la Ley de Arbitraje no lo señala de forma expresa, lo mismo aplica para esta.

Así, la ley que gobierna la validez sustantiva del convenio se define por el acuerdo de las partes y, a falta de este, regiría la ley de la sede del arbitraje. Tal es el esquema aplicable a los arbitrajes con sede en Perú, sean nacionales o internacionales.

Para el caso de convenios arbitrales regidos bajo la ley peruana, las nociones de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia deberán leerse desde el Derecho Civil peruano¹². Al respecto, existen tres juicios de valor en torno a un negocio jurídico: su existencia, su validez y su eficacia¹³.

- La **existencia** versa sobre la propia presencia del negocio.
- La **validez** implica que el negocio es conforme con lo establecido por el ordenamiento jurídico.
- La **eficacia** se refiere a que el negocio despliega sus efectos.

Ahora bien, sabemos que pueden existir negocios válidos, pero ineficaces y, también, negocios inválidos, pero eficaces (que es precisamente el caso de la anulabilidad).

10 Juan Luis Avendaño, «Comentario al artículo 62», en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 1: 695.

11 Born, *International Commercial Arbitration*, 3199-3200.

12 No procede, por contraste, aplicar las nociones de nulidad procesal desarrolladas por el Derecho Procesal Civil. El ámbito de aplicación de dichos conceptos recae en los actos jurídicos procesales. El laudo no califica dentro de dicha categoría.

13 Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 37.

La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral

Sobre dicha diminuta base dogmática, podemos hacer un análisis de lo que cubre la norma. A nuestro criterio, los supuestos abarcados por ella pueden clasificarse en tres clases: (a) la inexistencia del convenio; (b) la existencia de un convenio que, sin embargo, tiene algún defecto que le impide surtir efectos; y (c) la existencia de un convenio válido, pero que no surte efectos.

En cuanto a la primera clase, (a) la inexistencia del convenio, el negocio jurídico requiere para su existencia de la manifestación de voluntad¹⁴. Por lo tanto, no habrá convenio arbitral si las partes no manifestaron su voluntad de generar el mismo. Por ejemplo, es inexistente un convenio arbitral insertado dentro de un contrato en el que obran firmas falsificadas.

Ahora bien, para tener una idea completa del alcance de este supuesto, es necesario evaluar cómo un convenio arbitral surge según la Ley de Arbitraje. Al respecto, el artículo 13° de la Ley de Arbitraje precisa que el convenio arbitral es un acuerdo que debe constar por escrito. Hasta ahí no habría mayor comentario que hacer; sin embargo, el artículo 13.5 de la Ley de Arbitraje precisa que: “se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

Esta norma regula una forma especial por la cual se acredita la existencia de un convenio arbitral. Así, aun si inicialmente no se celebró un convenio arbitral, si una parte demanda a la otra en arbitraje afirmando que *existe* un acuerdo y la demandada contesta sin negar tal existencia, se concluirá que sí existe un convenio arbitral.

Por lo tanto, en términos prácticos, un convenio arbitral puede surgir (existir) de dos formas distintas: (i) acuerdo expreso de las partes; y (ii) acuerdo *implícito* de las partes cuando una parte presenta una demanda y afirma que el convenio arbitral existe, y la otra parte contesta sin rechazar ello. Luego, habrá inexistencia de un convenio arbitral cuando se verifique que no se produjo un acuerdo, considerando también lo establecido en el artículo 13.5 de la Ley de Arbitraje.

En cuanto a (b) la existencia de un convenio que adolece de defecto que le impide surtir efectos, estamos hablando de dos supuestos específicos: (i) convenio arbitral nulo y (ii) convenio arbitral anulable. Ahora bien, nulidad y anulabilidad son supuestos de invalidez de negocio jurídico¹⁵.

El (i) convenio arbitral nulo es aquel que no respeta los requerimientos del ordenamiento jurídico para su validez. En específico, es válido el convenio que observa lo dispuesto en el artículo 140¹⁶ del Código Civil peruano¹⁷ y, correlativamente, es nulo el

14 *Ibíd.*, 39.

15 *Ibíd.*, 82-87.

16 “Artículo 140 [del Código Civil].- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

2.- Objeto física y jurídicamente posible.

3.- Fin lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”. Decreto Legislativo N° 295, de 24 de julio, que promulga el Código Civil (Diario El Peruano de 25 de julio de 1984).

17 SSC2 123/2013, p. 13; SSC2 285-2013 y 272-2013 [acumulados], p. 20.

convenio que incurra en alguna de las causales del artículo 219° del mismo código¹⁸.

El artículo 219° del Código Civil establece como causales de nulidad del negocio jurídico al objeto física o jurídicamente imposible, al objeto indeterminable, al fin ilícito, a la simulación absoluta, a la ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad, y al acto declarado nulo por ley y al que afecte al orden público. Por tanto, tales causales podrían presentarse y afectar a un convenio arbitral. En este punto, podemos hacer algunas precisiones:

- El artículo 219.3 establece la nulidad por imposibilidad e indeterminabilidad del objeto. Este supuesto se da cuando existen vacíos que impiden la materialización de la operación buscada por las partes¹⁹. Aquí, en la imposibilidad y/o en la indeterminabilidad del objeto, se encuentran supuestos de convenio arbitral *patológico*, figura que será evaluada en el siguiente apartado.
- El artículo 219.4 establece la nulidad por fin ilícito. En cuanto al convenio arbitral, habría un objeto jurídicamente imposible cuando dicho convenio se dirija a cubrir controversias de materias no susceptibles de ser arbitradas²⁰. Naturalmente, la inarbitrabilidad tiene causales específicas –artículo 63.1, literales e) y f)–, por lo que dicho tema no tiene que dilucidarse al amparo de la causal bajo comentario.

- El artículo 219.6 establece la nulidad por inobservancia de la formalidad establecida bajo sanción de nulidad (formalidad *ad solemnitatem*). La formalidad del convenio arbitral es *ad probationem*, no *ad solemnitatem*²¹, por lo que este supuesto resulta inaplicable en la práctica.

Ahora bien, al evaluar la nulidad del convenio arbitral, es necesario considerar la separabilidad del mismo frente al contrato base subyacente²². Que el contrato base adolezca de nulidad, no hace que el convenio arbitral siga automáticamente la misma suerte.

El (ii) convenio arbitral anulable es aquel que, aun cuando despliega efectos, adolece de algún vicio que determina su invalidez. El artículo 221° del Código Civil establece las siguientes causales de anulabilidad: capacidad de ejercicio restringida del emisor, vicio en la manifestación de voluntad (error, dolo, violencia o intimidación), simulación relativa, y cuando la ley lo declare expresamente anulable.

Tanto para el primer supuesto, como para el segundo, vale precisar que el vicio del que pudiera adolecer el convenio arbitral podría “subsanarse” –el término no es técnicamente correcto, pero es muy ilustrativo– si se produce el supuesto del artículo 13.5 de la Ley de Arbitraje. Es decir, aun si el convenio arbitral es nulo o anulable, si la parte demandada no cuestiona el mismo al contestar la demanda, entonces se entenderá que existe un convenio arbitral válido.

18 El supuesto del artículo 219.1 del Código Civil es una excepción, al señalar que es nulo el negocio en el que no hubo manifestación de voluntad, pues, en realidad, ese es un supuesto de inexistencia, no de nulidad.

19 Freddy Escobar, «Comentarios al artículo 219 del Código Civil» en *Código Civil Comentado* (Lima: Gaceta Jurídica, 2003), 898.

20 Avendaño, «Comentario al artículo 62», 708.

21 Mario Castillo Freyre et al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014), 2: 256.

22 Born, *International Commercial Arbitration*, 3191.

La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral

Sobre (c) el convenio válido que no surte efectos, nos referimos a aquellos supuestos donde el negocio jurídico es válido, pero no produce efectos (y podría nunca llegar a producirlos); en este grupo, encontramos a los negocios jurídicos modales, aquellos cuya eficacia está sujeta a plazo o condición.

No es ordinario hablar de convenios arbitrales sujetos a plazo o a condición; sin embargo, es legalmente posible diseñar convenios sujetos a dichas modalidades.

- Un convenio arbitral puede sujetarse a plazo, el cual puede ser resolutorio o suspensivo según el artículo 178° del Código Civil.
- El convenio arbitral sujeto a plazo resolutorio solo desplegará efectos por un período de tiempo. Así, concluido el plazo, las partes ya no podrían recurrir a la vía arbitral, sino que tendrían que someter sus disputas en la vía judicial.
- El convenio arbitral sujeto a plazo suspensivo no surtirá efectos hasta que se culmine el plazo establecido. Así, mientras dicho plazo no se agote, las partes no podrían valerse del convenio arbitral y, por ello, si tuvieran alguna disputa, tendrían que acudir a la vía judicial –

sin perjuicio de esperar a que culmine el plazo suspensivo para poder iniciar un arbitraje–.

- Un convenio arbitral puede sujetarse a condición, la cual también puede ser resolutoria o suspensiva, según el artículo 171° y siguientes del Código Civil.
- El convenio arbitral sujeto a condición resolutoria desplegará efectos mientras la condición no se verifique.
- El convenio arbitral sujeto a condición suspensiva no surtirá efectos mientras la condición no se realice.

Vale precisar que cualquier controversia sobre el plazo o la condición será resuelta por el tribunal arbitral. Naturalmente, la parte que discrepe con la respuesta podría, precisamente, fundamentar una demanda de anulación en función a la ineficacia del convenio arbitral^{23 24}.

Sin perjuicio de ello, los convenios arbitrales válidos, pero ineficaces, no se restringen a los supuestos de negocios jurídicos sujetos a plazo o a condición. En realidad, el convenio arbitral también puede ser ineficaz *en relación con un tercero*. Por ejemplo, si “A”

23 Si la respuesta del tribunal fuese que este no cuenta con competencia, la parte interesada podría iniciar una demanda de anulación al amparo de lo previsto en el artículo 41.5 de la Ley de Arbitraje.

24 Es importante notar que algunas cláusulas arbitrales pueden establecer requisitos o eventos que deben cumplirse para que la demanda arbitral se presente. Estos no son casos de competencia arbitral, sino de admisibilidad de la demanda. Así, “*las objeciones de inadmisibilidad usualmente surgen en circunstancias en la que un acuerdo arbitral válido vincula a las partes y cubre las pretensiones planteadas, y sin embargo el demandado insiste en que hay un impedimento para atender dichas pretensiones, como por ejemplo su supuesta prematuridad [...]*”. Paulsson, *Idea of Arbitration*, 82. Algunas cuestiones de admisibilidad bien podrían asimilarse a supuestos de plazo o condición. Sin embargo, mientras no se haya establecido que el convenio arbitral está sujeto a dicho plazo o condición, las cuestiones de admisibilidad deberán tratarse como tales, sin asimilar su tratamiento al del negocio jurídico modal. Esta precisión es importante, puesto que la competencia de los árbitros sobre cuestiones de admisibilidad es exclusiva.



y “B” celebraron un convenio arbitral, “C” no debería verse alcanzado por los efectos de dicho convenio.

Este hecho es de suma importancia en la discusión de *partes no signatarias*. De acuerdo al artículo 14° de la Ley de Arbitraje, los árbitros pueden incorporar al procedimiento arbitral a sujetos que, a su juicio, forman parte del convenio arbitral aun cuando no han firmado el mismo. El tercero que sea incorporado en dicha calidad podrá cuestionar la decisión de los árbitros vía una demanda de anulación de laudo alegando, precisamente, que el convenio arbitral es ineficaz en cuanto a él.

3.2.2. Convenios arbitrales patológicos

En tanto negocio jurídico, al convenio arbitral le son aplicables los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia construidos por el Derecho Civil. Sin perjuicio de ello, resulta importante considerar, también, evaluar la validez y eficacia de un convenio arbitral a la luz de las particularidades de este y del estudio realizado desde el campo del arbitraje.

Para Eisemann, quien acuñó el término de “convenios arbitrales patológicos”, el convenio arbitral requiere de la presencia de cuatro elementos esenciales: (i) producir consecuencias mandatorias para las partes, que es algo común a todos los acuerdos; (ii) la exclusión de la intervención de las cortes sobre las disputas, al menos hasta la emisión del laudo; (iii) el otorgamiento de poderes a los árbitros para resolver las disputas que surjan entre las partes; y (iv) permitir la realización de un procedimiento bajo

las mejores condiciones de eficiencia para la emisión de un laudo susceptible de ejecución judicial²⁵. Por lo tanto, el convenio arbitral patológico es aquel que no cumple con alguno de los mencionados elementos esenciales.

Ahora bien, no es correcto hacer una identidad de tipo “convenio arbitral patológico = convenio arbitral nulo”. En realidad, el convenio arbitral patológico sería aquel que se encuadra dentro del fraseo del artículo II, inciso 3) de la Convención NY, norma que recoge el deber de los Estados de reconocer los convenios arbitrales, salvo cuando el convenio sea “nulo, ineficaz o inaplicable”.

Sea como fuere, es claro que un convenio arbitral patológico es uno que encaja dentro del ámbito de la causal del artículo 63.1, literal a), de la Ley de Arbitraje. Precisamente, la judicatura ha señalado en su oportunidad que los alegatos para dicha causal “deben estar estrictamente relacionados con el supuesto estado patológico del convenio arbitral que se invoca”²⁶.

No existe una lista cerrada y completa para clasificar todos los supuestos de convenios arbitrales patológicos; sin embargo, podemos hacer una breve mención y comentario de ciertos supuestos problemáticos en los que puede discutirse si el convenio es o no patológico.

- a) Convenio que no obliga a acudir a arbitraje:** Eisemann precisó que un elemento esencial del convenio arbitral es que este obligue a las partes a seguir la

25 Frédéric Eisemann, «La clause d'arbitrage pathologique», *Revista Brasileira de Arbitragem* 14, n.º 53 (2017): 163-164. El artículo se publicó originalmente en 1974. Hemos tenido acceso a una republicación reciente.

26 SSC1 11-2013, p. 4.

vía arbitral. Por ende, un convenio arbitral que carezca de esa obligatoriedad será patológico.

Por ejemplo, un convenio arbitral que establezca que las partes “podrán acordar resolver sus disputas mediante arbitraje” no genera la *inevitabilidad* del arbitraje. Un fraseo de ese tipo significa que las partes pueden, mediante un acuerdo posterior, generar un convenio arbitral.

A nuestro juicio, este es un supuesto de *inexistencia* de convenio arbitral. Un convenio patológico de este tipo es un acuerdo (o cláusula) genérica de solución de controversias, pero no califica como un convenio arbitral.

- b) Convenio inconsistente con otros términos contractuales:** En algunos casos, el convenio arbitral podría ser incongruente con lo establecido en otras cláusulas del contrato; es decir, sucede que el convenio arbitral recoge la voluntad de las partes de seguir dicha vía, pero contradice otros términos contractuales.

El convenio arbitral implica que las partes manifiesten una voluntad *inequívoca* de

acudir al arbitraje²⁷ y, en estos casos, tal voluntad no cumpliría con el requisito de ser inequívoca. A nuestro juicio, podemos manejar dos tipos de situaciones distintas:

- *Convenio arbitral que contradice frontalmente otra cláusula de solución de controversias:* por ejemplo, aquí cabe un contrato que contiene una cláusula arbitral y otra cláusula de sometimiento a cortes nacionales.

En el caso *P. T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited*²⁸, el contrato estipulaba que se regía bajo las leyes de Singapur; además, establecía, por un lado, un convenio arbitral bajo reglas ICC²⁹ y, por otro, una cláusula de sometimiento a las cortes judiciales³⁰. La *High Court* de Singapur hizo prevalecer al convenio arbitral al interpretar ambas cláusulas de forma tal que la cláusula de sometimiento a la judicatura nacional se refería al control judicial que ejercerían estas sobre el arbitraje.

La casuística puede generar infinidad de supuestos distintos; por ejemplo, las cláusulas contradictorias podrían

27 José Carlos Fernández, «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino», en *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 702.

28 [2009] SGHC 13.

29 “15. ARBITRATION

All disputes under this Agreement shall be submitted for resolution by arbitration pursuant to the Rules of conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect as of the date any dispute arose”.

30 “22. GOVERNING LAW AND JURISDICTION

22.1. This Agreement shall be governed and construed in accordance with the laws of The Republic of Singapore.

22.2. Each of the parties to this Agreement agrees for the exclusive benefit of the others (sic) that the courts of The Republic of Singapore shall have jurisdiction to hear and determine any suit, action or proceedings and to settle any disputes which may arise out of or in connection with any Governing Document (respectively “Proceedings” and “Disputes”) and, for such purposes irrevocably submits to the jurisdiction of such courts”.

estar en documentos celebrados en momentos distintos. Así, en el caso *Interserve Industrial Services Ltd v. ZRE Katowice SA*³¹, el conflicto se daba entre una cláusula arbitral ubicada en contratos base y un *settlement* posterior que resolvía ciertas disputas sobre *interim payments* (pagos anticipados / parciales) de dichos contratos base, pero que, a la vez, establecía una cláusula de resolución judicial de disputas³².

La discusión consistía en si, luego del *settlement*, los *interim payments* debían discutirse en sede judicial o en arbitraje. La *High Court* de Inglaterra “reconcilió” ambas cláusulas declarando que ambas tenían valor y que la cláusula del *settlement* solo regulaba la *lex arbitri* de la cláusula arbitral.

- *Convenio arbitral que resulta indirecta o parcialmente inconsistente con otras cláusulas*: aquí caben los casos en los que el convenio arbitral es menoscabado por otras disposiciones que no lo neutralizan total o directamente.

En el caso *Inversiones 225 S.A. v. Desarrollos del Sol C.A.*, un contrato contenía, por un lado, una cláusula arbitral y, por otro, una cláusula que, en cierto supuesto, permitía a una parte “[d]ar por terminado el presente contrato de forma unilateral y sin que esté obligada

a recurrir al procedimiento arbitral [...]”. En Sentencia del 5 de mayo de 2005, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela concluyó que no había una voluntad inequívoca de someterse a arbitraje y que la cláusula arbitral era opcional³³.

La inconsistencia podría, en algunos casos, derivar en un convenio arbitral válido –a la luz de la separabilidad del convenio arbitral–, pero ineficaz, porque otras disposiciones contractuales lo contrarrestan o lo vuelven inoperativo. Reiteramos: la respuesta final dependerá de cada caso concreto y sus particularidades.

c) Convenio inconsistente en sí mismo:

En algunos casos, el convenio arbitral puede presentar disposiciones que se contrapongan o cancelen, por lo que aquel se vuelve inoperativo. Por ejemplo, una cláusula que establezca que el arbitraje será ad hoc y resuelto por árbitro único, para luego decir que: “el tribunal arbitral, compuesto por tres árbitros, deberá expedir el laudo en un plazo de [...]”.

Ahora bien, el análisis de la cláusula debe ser cuidadoso y la interpretación de la misma debe hacerse a la luz de la común intención de las partes, criterio reconocido en el artículo 168° del Código Civil. Ante una posible inconsistencia, las cortes

31 [2012] EWHC 3205 (TCC).

32 “8. This agreement is governed by and construed in accordance with the laws of England and Wales and the courts of England and Wales shall have exclusive jurisdiction in respect of any dispute arising under this agreement”.

33 Este caso también podría, entonces, calificarse como un convenio que no obliga a acudir al arbitraje. Al final, las categorías presentadas no resultan excluyentes: ciertos supuestos podrían calificar en más de una categoría.

usualmente tratan de darle un sentido en la búsqueda de dar efectos a la intención común de las partes, que es la de someterse a arbitraje³⁴. Es decir, habrá que observar el principio de conservación: el intérprete deberá analizar el contrato en la búsqueda de que este surta efectos; no es razonable, por lo tanto, considerar que las partes manifestaron una voluntad dirigida a frustrar los efectos del contrato³⁵.

Por ejemplo, un convenio arbitral señala que “el arbitraje será institucional y resuelto por Árbitro Único. El comitente propone las siguientes instituciones arbitrales: Cámara de Comercio de Ica y Centro de Arbitraje de la PUCP”. En este caso, la cláusula podría tener dos significados distintos:

- Por un lado, la definición de la institución no está concluida, pues una parte propuso dos centros, pero la otra no consignó su voluntad al respecto, no eligió cuál de dichas instituciones sería la encargada. De este modo, no puede haber arbitraje si la contraparte manifiesta su discrepancia en cuanto a tales instituciones.
- Por otro lado, la definición de la institución sí está concluida. En resumen, la parte interesada cuenta con el derecho de elegir a qué institución encarga el arbitraje, si a la Cámara de Ica o al Centro de la PUCP.

Ante diversas interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que dé al contrato un significado útil frente a aquellas que deriven en significados inútiles³⁶. Por ello, en este caso, primará la segunda interpretación ensayada.

- d) Convenios arbitrales incompletos:** El convenio podría establecer disposiciones que requieran de mayor desarrollo o precisión para que aquel pueda generar efectos. En estos casos, aun aplicando las reglas supletorias por la ley de arbitraje respectiva, el convenio arbitral está inacabado.

Por ejemplo: “el arbitraje será ad hoc y el tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros. Todos los árbitros serán elegidos por un prominente académico experto en derecho de arbitraje”. Salvo que las partes se pongan de acuerdo en la definición del “prominente académico”, será inviable determinar a tal sujeto y, por ende, no podrá haber arbitraje.

En la práctica, los convenios arbitrales incompletos pueden darse en convenios arbitrales complejos que requieran de reglas específicas y en convenios en los que alguna omisión en el desarrollo de tales reglas haga inviable materializar el efecto deseado. Por ejemplo, el *drafting* de convenios arbitrales en casos multiparte debe ser muy cuidadoso en cuanto al método de elección de los árbitros.

34 Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 135.

35 Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 570.

36 Jorge Rodríguez, «El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico», *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 31 (2011): 264, <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/60>.

e) **Convenios arbitrales “imposibles”:** El acuerdo de las partes podría no ser física o jurídicamente posible. Vale precisar que tal imposibilidad podría ser sobrevenida, lo cual derivaría en un convenio ineficaz, pero que no puede ser considerado nulo.

- Una cláusula arbitral señala que el árbitro deberá ser una reconocida cámara de comercio, elegido de mutuo acuerdo por las partes³⁷. Sucede que, virtualmente, en todo el mundo, el árbitro no puede ser una persona jurídica. Bajo la Ley de Arbitraje, se estaría incumplimiento el artículo 20° y el convenio arbitral sería nulo por objeto jurídicamente imposible.
- Una cláusula arbitral señala que el arbitraje será institucional y administrado por una cámara de comercio “X”, cuando dicha institución no existe. El convenio arbitral sería nulo por objeto físicamente imposible.
- Una cláusula arbitral señala que el árbitro será un sujeto determinado. Si, luego de celebrada la cláusula, el sujeto fallece, se produce una imposibilidad sobrevenida. El convenio es ineficaz.

En todos los casos señalados, la respuesta puede ser distinta, según las provisiones contenidas en el convenio arbitral o cualquier otro término contractual fijado por las partes. Reiteramos: las respuestas definitivas dependerán de cada caso concreto.

3.2.3. Precisión sobre el cuestionamiento a la competencia arbitral

La causal bajo análisis busca anular la actuación de un tribunal incompetente. Si el convenio arbitral adolece de alguna anomalía que le impide surtir efectos, no puede haber arbitraje. En otras palabras, esta causal sobre anomalías en el convenio busca controlar la decisión arbitral sobre su propia competencia.

Sin embargo, no puede descartarse que un tribunal arbitral podría carecer de competencia por razones distintas a anomalías en el convenio arbitral. En tales casos, la causal del artículo 63.1, literal a), no aplicaría. En realidad, habría que recurrir a lo establecido en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje³⁸.

3.3. Consecuencias de la anulación

El artículo 65.1, literal a), de la Ley de Arbitraje³⁹ establece que, en los supuestos del artículo 63.1,

³⁷ Blackaby et al., *Redfern and Hunter*, 137.

³⁸ **“Artículo 41 [de la Ley de Arbitraje].- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.** [...] 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”. Decreto Legislativo N° 1071.

³⁹ **“Artículo 65 [de la Ley de Arbitraje].- Consecuencias de la anulación.**

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes [...]”. Decreto Legislativo N° 1071.

La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral

literal a), la consecuencia es que la controversia tratada por los árbitros puede ser litigada ante las cortes judiciales, salvo pacto distinto.

La consecuencia es fácil de entender: si no hubo consentimiento de las partes de acudir a arbitraje, entonces la anulación del laudo no puede implicar que el caso sea “reenviado” al ámbito arbitral para que se realice un nuevo procedimiento arbitral. Si no hubo consentimiento para arbitrar, la disputa deberá resolverse en las cortes.

Es necesario realizar precisiones para algunos casos. Por ejemplo, cuando el convenio arbitral es ineficaz de manera transitoria, pero en algún momento posterior surtirá plenos efectos; en estos casos, efectivamente, mientras el convenio arbitral mantenga la ineficacia, la disputa deberá litigarse ante las cortes judiciales. No obstante, si el convenio arbitral pasa a surtir plenos efectos (por ejemplo, se verifica la condición suspensiva), entonces las partes deberán resolver sus disputas vía arbitraje.

Asimismo, en caso el convenio arbitral fuese válido, pero ineficaz respecto a un tercero, creemos que la consecuencia debe restringirse a aquellos aspectos resolutivos del laudo que alcanzan al tercero; es decir, los extremos resolutivos del laudo solo generarían consecuencias para las partes, pero serían inoponibles al tercero que participó en el arbitraje (y que demandó la anulación del laudo por no ser, precisamente, parte signataria).

Para finalizar, el esquema presentado aplica “salvo acuerdo distinto entre las partes”, según la parte final del artículo 65.1, literal a), de la Ley de Arbitraje. A nuestro juicio, dicho extremo ha querido referirse a que las partes podrían lograr la solución del conflicto

mediante un mecanismo alternativo distinto a la vía judicial, como la negociación, la conciliación, etcétera. No obstante, ello no impide que el pacto distinto se dirija, precisamente, a que las partes resuelvan la controversia mediante arbitraje. Parece un poco ilógico que, luego de haberse impugnado y anulado un laudo por incompetencia del tribunal, las partes suscriban un convenio arbitral, pero ello no puede descartarse.

4. Colofón

En Perú, la anulación del laudo por anomalías en el convenio arbitral debe estudiarse a la luz del Derecho Civil. Esto, porque la norma arbitral emplea términos que le “pertenecen” a aquella rama jurídica (inexistencia, validez, nulidad, anulabilidad e ineficacia).

La casuística sobre convenios arbitrales patológicos es en extremo variada. La misma nos da una idea de lo complejo y extenso que puede llegar a ser el ámbito de control de la causal de anulación bajo análisis.

Bibliografía

Avendaño, Juan Luis. «Comentario al artículo 62». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, vol. 1, 685-690. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Briseño Sierra, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1963.

Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014.

Caballol, Lluís. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1997.

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Jhoel Chipana Catalán y Laura Castro Zapata. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, vol. 2. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

Eisemann, Frédéric. «La clause d'arbitrage pathologique». *Revista Brasileira de Arbitragem* 14, n.º 53 (2017): 162-189.

Escobar, Freddy. «Comentarios al artículo 219 del Código Civil». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

Fernandez, José Carlos. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». En *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, 697-725. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Ciudad de México: Porrúa, 2014.

La Rosa, Javier y Gino Rivas. *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución*. Colección Lo Esencial del Derecho 33. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

León, Leysser. *Derecho privado. Parte general: Negocios, actos y hechos jurídicos*. Colección Lo Esencial del Derecho 45. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Paulsson, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

Rodríguez, Jorge. «El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico». *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 31 (2011): 261-280. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/60>. 