

# El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje

Roger Rubio Guerrero\*

## 1. *Competence-Competence* y separabilidad del convenio arbitral

El principio de *Competence-Competence* consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo<sup>1</sup>.

La separabilidad del convenio arbitral, por su parte, asume que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Como consecuencia de esto y entroncado al principio de *Competence-Competence*, los árbitros tienen autoridad no solo para determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato<sup>2</sup>.

Ambos principios se interrelacionan para garantizar que las partes vinculadas por un acuerdo de arbitraje no sean desviadas a los tribunales judiciales frente a una alegación sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral. Sin la existencia de estos dos principios el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a una incertidumbre porque bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el arbitraje.

Como han explicado los autores, el principio de separabilidad permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y la validez del contrato principal, mientras que el principio de *Competence-Competence* permite a los árbitros

---

\* Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

<sup>1</sup> GAILLARD, Emmanuel & BANIFATEMI, Yas, "Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators", en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, edited by Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro, 2008, Cameron May, p. 259-260.

<sup>2</sup> POUURET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *Comparative law of International Arbitration*, London, 2007, Sweet & Maxwell, p. 133.

resolver controversias relativas a la existencia y a la validez del convenio arbitral<sup>3</sup>. Es preciso además señalar que mientras la competencia para decidir sobre la existencia del contrato surge del convenio arbitral, la competencia de los árbitros para decidir sobre la existencia del convenio arbitral tiene fundamento en la ley que reconoce el principio de *Competence-Competence*.<sup>4</sup>

## 2. Tratados, leyes y reglamentos

Un antecedente directo del *Competence-Competence* en su vertiente negativa puede encontrarse en el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmado en Nueva York en 1958, el cual establece:

*“3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable ”*<sup>5</sup>.

Los tribunales estatales, en virtud de la Convención de Nueva York, deben remitir a las partes al arbitraje cuando exista un convenio arbitral, salvo cuando se encuentren frente a convenios arbitrales nulos, ineficaces o inaplicables. La cuestión que se plantea aquí es si el análisis de los tribunales estatales sobre estos aspectos debe ser una completa determinación judicial de la existencia y validez del convenio o solo una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio.

El punto de partida del principio de *Competence-Competence* en su vertiente positiva, se encuentra en el artículo V.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 1961, el cual establece:

*“3. A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la “lex fori” contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuese impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forma parte dicho acuerdo o compromiso.”*

Pero el Convenio Europeo también recogió el efecto negativo del principio en el artículo VI.3 en los siguientes términos:

*“3. Si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra*

<sup>3</sup> SILVA ROMERO, Eduardo, “Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz”, en *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero (Director Académico) y Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador Académico), Bogotá 2005, Legis, p. 581.

<sup>4</sup> CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”, en *El Contrato de Arbitraje*, p. 84.

<sup>5</sup> Un antecedente más remoto del principio de *Competence-Competence* puede encontrarse en el artículo 4º del Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitraje firmado en Ginebra en 1923, el cual establece también la obligación de los tribunales estatales de remitir a las partes al arbitraje.

*de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma ”<sup>6</sup>.*

El Convenio Europeo contiene en este aspecto diferencias importantes con la Convención de Nueva York: i) supone que un asunto ya ha sido sometido a conocimiento de los árbitros, ii) ordena la remisión de las partes al arbitraje aun frente a cuestiones de inexistencia, nulidad o caducidad del convenio y establece el control judicial posterior al laudo y iii) deja un margen de discrecionalidad a los tribunales estatales para no remitir a las partes al arbitraje en casos graves. Según los autores, el lenguaje del Convenio induce solo a una evaluación *prima facie* de la existencia y validez del convenio<sup>7</sup>.

El Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés de 1981, de otro lado, en su artículo 1458° introduce nuevos alcances en cuanto al *Competence-Competence* negativo:

*“Artículo 1458.*

*Cuando una controversia que esté conociendo un tribunal arbitral en virtud de un convenio arbitral, se someta a un tribunal estatal, deberá éste declararse incompetente.*

*Si el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia, el tribunal estatal deberá igualmente declararse incompetente, a menos que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo.*

*En ningún caso podrá el tribunal estatal apreciar de oficio su falta de competencia.”*

Por su parte, el artículo 1466° del mismo Código regula el efecto positivo del principio:

*“Artículo 1466.*

*Si una de las partes impugnara ante el árbitro el fundamento o el alcance de su potestad jurisdiccional, será competencia de éste pronunciarse sobre la validez o los límites de sus atribuciones.”*

El *Competence-Competence* francés es así una regla de prioridad que implica que los tribunales estatales deben remitir a las partes al arbitraje, luego de un examen *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral, cuando un tribunal arbitral está conociendo del caso; debiendo luego del laudo revisar la jurisdicción de los árbitros. Cuando el tribunal arbitral todavía no estuviera conociendo del caso, los tribunales estatales solo retendrán jurisdicción, cuando el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ver también el artículo 41° de la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 y el artículo 81.1 de la Convención de Viena de 1981 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

<sup>7</sup> FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands, 1999, Kluwer Law International, p. 408.

<sup>8</sup> La expresión “manifiestamente nulo” está referida, según los autores, a supuestos de orden público (materias no arbitrables) o a claras e inequívocas violaciones a formales regulaciones del convenio arbitral. Ver POZNANSKI, Bernard G., “The Nature and Extent of an Arbitrator’s Powers in International Commercial Arbitration”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 4, N° 3 (1987), p. 100.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985, por su parte, recogió en su artículo 16° el efecto positivo del principio de *Competence-Competence* y el de separabilidad, que ha servido de guía a muchas legislaciones posteriores:

*“Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.*

*1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”*

Pero recogió asimismo el efecto negativo del principio en su artículo 8°:

*“Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.*

*1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.*

*2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.”*

La Ley Modelo en línea con el artículo II.3 de la Convención de Nueva York establece la remisión de las partes al arbitraje, a menos que el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. No obstante, como explican los autores, el artículo 8.2 de la Ley Modelo permite que se inicie o prosigan las actuaciones arbitrales mientras el asunto está pendiente ante los tribunales estatales a fin de evitar tácticas dilatorias. De esta manera se incentiva a los tribunales judiciales a remitir a las partes al arbitraje o bien a hacer solo un control *prima facie* del convenio arbitral. A su vez, el artículo 16.3 de la misma Ley fomenta este resultado, permitiendo que los árbitros tomen una decisión preliminar de competencia y que esta decisión sea revisada de manera rápida e inapelable por los tribunales estatales<sup>9</sup>.

Las leyes de arbitraje de Holanda (1986)<sup>10</sup>, Suiza (1987)<sup>11</sup>, Inglaterra (1996)<sup>12</sup>, Alemania (1998)<sup>13</sup>, Bélgica (1998)<sup>14</sup>, Suecia (1999)<sup>15</sup> y España (2003)<sup>16</sup> reconocen

<sup>9</sup> BARCELÓ III, John J., “Who decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, en Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003), p. 1129. Otros autores, sin embargo, sostienen que el rechazo a la inclusión de la referencia “manifestamente nulo” en la Ley Modelo permite que las Cortes hagan una determinación total de la validez del convenio arbitral, ver LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. & KRÖLL, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration, The Netherlands, 2003, Kluwer Law International, p. 349.

<sup>10</sup> Ver artículos 1052° y 1053° del Código de Procedimiento Civil.

<sup>11</sup> Ver artículos 178° y 186° de la Ley de Derecho Internacional Privado.

<sup>12</sup> Ver artículos 7°, 30°, 31° y 32° de la Ley Inglesa de Arbitraje.

<sup>13</sup> Ver artículos 1032° y 1040° del Código de Procedimiento Civil.

<sup>14</sup> Ver artículos 1679° y 1697° del Código de Procedimiento Civil.

<sup>15</sup> Ver secciones 2° y 3° de la Ley Sueca de Arbitraje.

<sup>16</sup> Ver artículos 11.1 y 22° de la Ley Española de Arbitraje.

también el principio de *Competence-Competence* de los árbitros y la separabilidad del convenio de diversos modos.

Asimismo, los principales reglamentos internacionales a su vez han establecido disposiciones para garantizar la aplicación de la separabilidad del convenio arbitral y del principio de *Competence-Competence*. Así tenemos el artículo 21° del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, el artículo 6° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional<sup>17</sup>, el artículo 23° de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el artículo 15° del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas<sup>18</sup>.

### 3. Jurisprudencia internacional

En el 2006 la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.* reafirmó la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. Buckeye proveía al señor Cardegna -y otros- de dinero en efectivo a cambio de la entrega de cheques con un cargo financiero. Cada transacción constaba en un contrato escrito que contenía una cláusula arbitral.

Los demandantes plantearon una class action en la Corte de la Florida contra Buckeye reclamando que los contratos contenían intereses usureros y violaban las leyes de la Florida. La Corte Suprema de la Florida sostuvo que al alegarse que los contratos eran delictivos e ilegales no podían ejecutarse las cláusulas arbitrales porque los contratos podían luego ser declarados ilícitos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la decisión de la Corte Suprema de la Florida y sostuvo que las cláusulas arbitrales en cada uno de los contratos era ejecutable separadamente del resto del contrato y, en virtud a que los demandantes habían cuestionado el contrato como un todo antes que la cláusula arbitral misma, son los árbitros en primer lugar y no las Cortes los que tienen que considerar si el contrato es nulo o ilegal<sup>19</sup>.

En el 2007 la Casa de los Lores del Reino Unido en el caso *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors* confirmaron la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. La controversia se derivaba de 8 pólizas

<sup>17</sup> La Corte tiene un mecanismo de intervención prima facie de la existencia del convenio arbitral para ordenar que el arbitraje prosiga ante cualquier excepción relativa a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral formulada por alguna de las partes o ante su falta de contestación de la demanda. En estos casos, corresponderá al tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Asimismo, si el tribunal arbitral admite la validez del convenio conserva su competencia aun en los casos de inexistencia y nulidad del contrato para determinar los derechos de las partes y pronunciarse sobre sus respectivas pretensiones y alegaciones. Para un mayor detalle de esta regla ver DERAINS, Yves & SCHWARTZ, Eric A., *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, Second edition, The Netherlands, 2005, Kluwer Law International, p. 76-114 y CRAIG, W. Laurence, PARK, William, PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third edition, 2000, Oceana Publications, p. 155-184.

<sup>18</sup> En el ámbito local véase el artículo 39° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que regula el principio de *Competence-Competence* y el artículo 8° de las Reglas de Arbitraje de AmCham Perú que además del principio de *Competence-Competence* regula también el principio de separabilidad.

<sup>19</sup> La decisión se basó en el caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* de 1967, pionera en reconocer esta doctrina en Estados Unidos. Ver McDUGALL, Andrew de Lotbinière, IOANNOU, Leon, "Separability Saved: US Supreme Court eliminates Threat to International Arbitration, en *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 21, March 2006. Para un mayor análisis ver RAU, Alan Scott, "Separability" in the United States Supreme Court en *Revista Peruana de Arbitraje* N° 5 (2007), p. 25-61.

de fletamento que vinculaba a varias compañías armadoras y a los fletadores. Cada póliza incluía una cláusula de solución de controversias que establecía que cualquier disputa derivada del flete sería decidida por las Cortes inglesas, a menos que cualquiera de las partes escoja que la disputa sea sometida a arbitraje en Londres.

Los armadores rescindieron las pólizas alegando que habían sido celebradas por soborno. Los fletadores decidieron someter a arbitraje la disputa de acuerdo con la cláusula de solución de controversias; en respuesta los armadores iniciaron procesos ante las Cortes inglesas para defender sus derechos e impedir que el arbitraje prosiga, alegando que las pólizas habían sido rescindidas con las cláusulas arbitrales contenidas en ellas. Consiguieron la orden judicial en primera instancia y luego la Corte de Apelaciones decidió que el asunto de la rescisión de las pólizas debía ser determinado por los árbitros.

Ante la Casa de los Lores, los armadores sostuvieron que habían rescindido las pólizas porque todo el acuerdo había sido inducido por soborno y que eran las Cortes las que debían determinar el asunto, debido a que los convenios arbitrales eran inválidos. Los Lores distinguieron 2 tipos de casos: i) cuando la parte ataca la validez del contrato principal y del convenio arbitral con la misma base (como en los casos de falta de representación) y ii) cuando la parte ataca la validez del contrato principal sin cuestionar el convenio arbitral.

Los Lores sostuvieron que el caso en análisis encajaba en el segundo tipo, porque los armadores reclamaban que las pólizas habían sido adquiridas por soborno; sin embargo, no había indicios de que no habían autorizado la adquisición de las pólizas o que los términos del convenio arbitral habían sido celebrados por soborno. Por consiguiente, consideraron que el tribunal arbitral era competente para decidir si las pólizas debían ser rescindidas por el alegado soborno.

La Corte de Casación Francesa, por su parte, desde 1963 en el caso *Gosset v. Carapelli* reconoció que en materia de arbitraje internacional el acuerdo arbitral tiene autonomía jurídica, lo cual excluye que pueda ser afectado por una eventual invalidez del contrato. Recientemente esta doctrina fue reafirmada en el 2005 en el caso *Omenex v. Hugon*, donde la Corte de Casación sostuvo que la validez del convenio arbitral no es afectada por la nulidad o inexistencia del contrato principal<sup>20</sup>.

#### 4. *Competence-Competence* positivo

El artículo 40.1 de la Ley establece que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia y contempla los siguientes supuestos de excepciones de arbitraje: i) inexistencia del convenio arbitral, ii) nulidad del convenio arbitral,

<sup>20</sup> Ver POUURET, Jean-Fraoicis & BESSON, Sébastien, Op. cit., p. 135 y 140 y DELVOLVÉ, Jean-Louis, POINTON, Gerald H. & ROUCHE, Jean, *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Second edition, 2009, Wolters Kluwer, p. 56.

iii) anulabilidad del convenio arbitral, iv) invalidez del convenio arbitral, v) ineficacia del convenio arbitral, v) materia no sometida a arbitraje y vi) cualquier otra dirigida a impedir que se conozca el fondo de la controversia.

La Ley Modelo en su artículo 16° solo se refiere a las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, la Ley Peruana ha querido ser más específica con los supuestos y ha comprendido también a la nulidad, anulabilidad e ineficacia del convenio arbitral y a las materias fuera de los alcances del convenio arbitral pactado que se hayan sometido a decisión de los árbitros. Estos supuestos pueden materializarse en los siguientes casos: i) el contrato principal es inválido por razones que no invalidarían directamente la cláusula arbitral; ii) no existe ningún convenio arbitral entre las partes; iii) un convenio arbitral es formalmente inválido (cuando no esté por escrito) o materialmente inválido (cuando viole normas imperativas); iv) una materia no se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral; v) una norma imperativa prohíbe que una materia sea arbitrable aunque se encuentre dentro de los alcances del convenio arbitral y vi) la parte que solicita el arbitraje ha renunciado a su derecho de arbitrar o ha ejecutado actos en contra de ese derecho<sup>21</sup>.

Asimismo, junto con las excepciones referidas a la existencia y validez del convenio arbitral que guardan directa vinculación con el *Competence-Competence* de los árbitros, se ha contemplado a las excepciones dirigidas a impedir que se conozca el fondo de la controversia, tales como prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales (*lis pendens*, requisitos de negociación previa, renuncia a reclamos, ausencia de una disputa legal o de una indispensable tercera parte); las que más bien guardan directa vinculación con la autoridad de los árbitros<sup>22</sup>.

Al respecto consideramos que resulta útil aquí distinguir los conceptos de “jurisdicción” y “admisibilidad” para explicar la diversa naturaleza de estas excepciones. Como explican los autores, si se discute si un reclamo puede o no ser llevado a un foro particular, la cuestión es ordinariamente una de jurisdicción y sujeta a revisión judicial; en cambio, si se discute si un reclamo no debe ser conocido en absoluto por el tribunal o al menos no por el momento, la cuestión es ordinariamente una de admisibilidad y la decisión del tribunal es final. En suma son cuestiones de admisibilidad, los alegados impedimentos a la consideración de los méritos de la controversia, los cuales no ponen en tela de juicio la investidura misma del tribunal arbitral<sup>23</sup> y que en nuestra ley se han materializado también como excepciones.

<sup>21</sup> BARCELÓ III, John J., *Loc. cit.*, p. 1118-1119.

<sup>22</sup> Para una aproximación arbitral a las excepciones de *res judicata* y *lis pendens* revisar los Reportes de la International Law Association en [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org)

<sup>23</sup> Ver PAULSSON, Jan, “Jurisdiction and Admissibility”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, ICC Publishing, p. 616. p. 616-617 y PARK, William W., “The Arbitrator’s Jurisdiction to determine Jurisdiction”, en ICCA Congress, Montréal 2006, 13 ICCA Congress Series 55, p. 74.

En cuanto al principio de separabilidad contemplado en el artículo 41.2 de la Ley también debe decirse que hay una mayor especificidad de los supuestos en relación con la Ley Modelo; se expresa así que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contiene un convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. Por consiguiente, el tribunal arbitral es competente para decidir la controversia así como para pronunciarse sobre estos supuestos que afectan al contrato. Es preciso señalar que siguiendo la misma lógica y aunque no haya sido referida de manera expresa en la norma, debe entenderse comprendido en estos supuestos a la resolución, rescisión y cualquier otra forma de extinción del contrato.

## 5. *Competence-Competence* negativo

El artículo 16° de la Ley regula el efecto negativo del principio de *Competence-Competence* frente a las demandas judiciales, en nuestra opinión, en su vertiente francesa; es decir, luego de un examen *prima facie* de la existencia del convenio arbitral, los tribunales ordinarios deben remitir a las partes al arbitraje.

El instrumento que materializa esta protección es la excepción de convenio arbitral que la parte interesada debe invocar ante el juez que conoce de la demanda en el plazo que establezca la vía procesal correspondiente para formular excepciones.

La norma distingue luego los supuestos de arbitraje nacional y arbitraje internacional. Tratándose de arbitraje nacional, tenemos 2 momentos: i) si el arbitraje no se ha iniciado<sup>24</sup>, el juez una vez acreditada la existencia del convenio arbitral debe amparar la excepción, salvo cuando el convenio fuese *manifestamente nulo* y ii) si el arbitraje se ha iniciado, el juez una vez acreditada la existencia del convenio arbitral debe amparar la excepción y remitir a las partes al arbitraje. La evaluación judicial de la existencia del convenio en estos casos consideramos debe ser *prima facie* a fin de evitar tácticas dilatorias o reticentes al arbitraje.

Tratándose de arbitraje internacional, tenemos también 2 momentos: i) si el arbitraje no se ha iniciado, el juez una vez acreditada la existencia del convenio arbitral debe amparar la excepción, salvo que compruebe que el convenio fuese *manifestamente nulo*, según la ley que le sea aplicable<sup>25</sup> y ii) si el arbitraje se ha iniciado, el juez igualmente una vez acreditada la existencia del convenio debe amparar la excepción, salvo que compruebe que la materia viola *manifestamente el orden público internacional*. Sostenemos que también aquí el análisis judicial de la existencia del convenio debe ser *prima facie* y que cualquier determinación mayor de la validez del convenio debe estar en manos de los árbitros en primer término.

<sup>24</sup> Para efectos de determinar el inicio del arbitraje debe tenerse en cuenta el artículo 33° de la Ley.

<sup>25</sup> Existen aquí 3 posibilidades: i) la ley aplicable al convenio elegida por las partes, ii) la ley del fondo de la controversia y iii) la ley peruana.

Por último, el artículo 16.5 de la Ley, en línea con el artículo 8.2 de la Ley Modelo, permite que las actuaciones arbitrales se inicien o continúen y que incluso se dicte un laudo, mientras se encuentre pendiente ante los tribunales ordinarios la acción y la excepción planteada.

## 6. Formulación de las excepciones

Las excepciones deben plantearse una vez que la parte toma conocimiento de las reclamaciones o de las circunstancias que considera objeto de incompetencia del tribunal arbitral, así tenemos 2 momentos: i) con la contestación de la demanda y ii) durante las actuaciones arbitrales.

El plazo máximo para plantear excepciones frente a una demanda es la contestación de la demanda, sea que se trate de excepciones sobre la existencia o validez del convenio o excepciones relacionadas a la materia controvertida. Aquí es preciso tener en cuenta una cuestión práctica, en no pocas ocasiones la parte que objeta la existencia o validez del convenio asume una posición contraria al arbitraje y decide no participar luego de dar a conocer o no dar a conocer sus razones. En estos casos consideramos que el tribunal arbitral, no obstante la renuencia de la parte, debe evaluar sus razones, en la medida que las conozca mediante los antecedentes o las pruebas del caso.

Durante las actuaciones arbitrales, de otro lado, es posible que sean sometidas a decisión de los árbitros nuevas materias debido a las ampliaciones o modificaciones de la demanda o de la contestación que permite el artículo 39.3 de la Ley, por lo que se encuentran también sujetas al planteamiento de excepciones, en la medida que excedan el ámbito de competencia del tribunal arbitral. La norma exige que estas excepciones se opongan “tan pronto como sean planteadas” las materias fuera de competencia del tribunal. Este requisito de inmediatez debe ser ponderado, sin embargo, con criterios de razonabilidad por las partes y en último término por el tribunal arbitral, quien las admitirá en la medida que encuentre causas justificadas para la demora.

Una cuestión adicional que merece ser comentada es la posibilidad de que sean los árbitros *ex officio* los que consideren temas que atañen a su competencia en cualquier momento<sup>26</sup>. Sobre este aspecto, escriben los autores, es preciso que aun en presencia de dudas sobre su competencia, el tribunal arbitral no decline jurisdicción puesto que el no ejercicio de la impugnación de la falta de jurisdicción por las partes constituye una renuncia al derecho a objetar y en definitiva una aceptación del arbitraje (autonomía de la voluntad)<sup>27</sup>. No obstante, el único

<sup>26</sup> Recordemos que la Ley General de Arbitraje de 1996 en su artículo 39° contemplaba la facultad de oficio de los árbitros para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado para resolver la materia controvertida en los arbitrajes nacionales, que asumimos fue importada del artículo 23.3 de la Ley Española de Arbitraje de 1988, aunque ésta se refería a la apreciación de oficio solo para los casos de falta de competencia objetiva de los árbitros (materia arbitrable). La Ley Española de 2003 abandonó, sin embargo, esta prerrogativa expresa.

<sup>27</sup> Ver al respecto GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, México, 2004, Porrúa, p. 137-138.

supuesto que puede ser considerado por iniciativa de los árbitros es la materia arbitrable, si el tribunal arbitral advierte que se encuentra frente a una materia que no es susceptible de arbitraje, está facultado para declararse incompetente aunque no haya sido planteado por las partes. Aquí la autonomía de la voluntad no es suficiente porque se trata de una barrera legal<sup>28</sup>.

## 7. Decisiones de Competencia

El tribunal arbitral tiene entera discreción para decidir las excepciones de manera preliminar o junto con las cuestiones de fondo en un laudo definitivo, salvo que exista un pacto de las partes que los obligue a resolver en uno u otro momento. El criterio imperante para decidir este aspecto es el grado de vinculación del objeto de la excepción con los temas de fondo, si la excepción no compromete directamente temas de fondo puede resolverse luego de agotada la discusión sobre este aspecto; en caso contrario, es más conveniente que la decisión sea tomada al momento de emitir un laudo definitivo<sup>29</sup>.

En cuanto a la forma que debe adoptar esta decisión, si se trata de una decisión preliminar estamos ante una decisión de competencia, si se trata de decidir junto con las cuestiones de fondo estamos ante un laudo definitivo. En la práctica arbitral internacional la expresión “laudos parciales” puede comprender tres tipos de decisiones: i) decisiones sobre jurisdicción, ii) decisiones sobre determinados asuntos de fondo y iii) decisiones sobre medidas cautelares. No obstante, nuestra Ley ha reservado, en nuestra opinión, el uso de la terminología “laudos parciales” para decisiones que resuelven sobre el fondo de la controversia (artículo 54°).

Ahora bien, existen 3 posibilidades en cuanto a la decisión de las excepciones por parte del tribunal arbitral: i) desestimar la excepción con carácter previo, ii) estimar la excepción con carácter previo y iii) desestimar la excepción en el laudo definitivo. Las tres decisiones están sujetas a revisión judicial. La revisión judicial se justifica por cuanto el principio de Competence-Competence, como hemos visto, establece una regla de prioridad que permite que la decisión final sobre la competencia de los árbitros quede en manos de los tribunales judiciales.

Tratándose de decisiones desestimatorias de las excepciones, como cuestión previa o en un laudo definitivo, siempre podrá recurrirse a la determinación final de los tribunales judiciales. En el primer caso, la Ley Modelo establece un recurso ante los tribunales judiciales dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión del tribunal arbitral para que resuelva la cuestión de manera inapelable<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sobre este punto ver MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005, Iustel p. 142. Menciona también este autor los asuntos objeto de litigio que contravienen el orden público, casos en los cuales el árbitro tiene la posibilidad de ejercer un control del orden público.

<sup>29</sup> Por ejemplo, cuando una parte cuestiona la validez del convenio arbitral (como excepción) y la validez del contrato (como tema de fondo) amparándose en la misma causa.

<sup>30</sup> Este denominado “control judicial concurrente” tiene como ventaja principal que las partes saben relativamente rápido la situación en la que se encuentran y ahorrar tiempo y dinero si el arbitraje no tiene fundamento (salvo que el tribunal arbitral decida continuar con el arbitraje). Sin embargo tiene también 2 argumentos en contra: i) no debería incentivarse el recurso a los tribunales de justicia durante el curso del arbitraje a fin de evitar interferencias exteriores

En cambio, la Ley Holandesa y la Ley Belga establecen que la impugnación de la decisión de los árbitros debe hacerse luego de emitido un laudo sobre el fondo de la controversia<sup>31</sup>. La Ley Peruana sigue esta última solución y establece que la impugnación en ambos casos debe hacerse con el recurso de anulación del laudo definitivo.

Cuando la decisión de los árbitros es estimatoria de la excepción, la mayoría de las legislaciones no se pronuncian sobre si esa decisión negativa de competencia de los árbitros debe estar sujeta a revisión judicial. La Ley Modelo guarda silencio al respecto, la Ley Holandesa establece que en estos casos serán competentes los tribunales ordinarios, salvo que las partes hayan convenido de otro modo<sup>32</sup>; la Ley Suiza admite la posibilidad de que todo laudo de jurisdicción positivo o negativo pueda ser revisado mediante recurso de anulación<sup>33</sup>, la Ley Belga admite expresamente que las decisiones negativas de jurisdicción de los árbitros puedan ser objeto de revisión judicial<sup>34</sup> y la Ley Española admite implícitamente que una decisión negativa de competencia pueda ser objeto de acción de anulación al establecer, sin distinciones, que las decisiones de los árbitros sobre las excepciones puedan ser impugnadas por anulación<sup>35</sup>.

En nuestra opinión, el recurso de anulación respecto de una decisión de competencia positiva de los árbitros, se justifica en la medida que para someterse al arbitraje es necesario que el convenio arbitral sea válido, eficaz y vinculante y es necesario que el juez controle este aspecto para legitimar toda actuación y decisión arbitral. En cambio, frente a una decisión de competencia negativa, no se obliga a las partes a someterse a un fuero especial, sino todo lo contrario, quedan bajo la jurisdicción de los tribunales ordinarios porque nunca tuvieron un convenio válido, eficaz y vinculante que les permita solucionar su controversia en arbitraje. En suma, no existe en estos casos una causal para un recurso de anulación porque la causal está referida a la inexistencia e invalidez del convenio arbitral que impiden que el arbitraje tenga lugar. No obstante, por mandato de la ley, los jueces deberán controlar las decisiones negativas de competencia de los tribunales arbitrales.

En cuanto a las decisiones sobre las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y otras de la misma naturaleza, al tratarse de una esfera de “admisibilidad”, según hemos anotado líneas arriba, no están sujetas a revisión judicial mediante el recurso de anulación.

y ii) permitir el recurso a los tribunales judiciales durante el curso del arbitraje puede incentivar tácticas dilatorias. Al respecto ver REDFERN, Alan & HUNTER, Martín, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth edition, London, 2004, Thomson/Sweet & Maxwell, p. 256-257.

<sup>31</sup> Ver artículos 1052.4 y 1697.3 de los Códigos de Procedimientos Civiles de Holanda y Bélgica respectivamente.

<sup>32</sup> Ver artículo 1052.5 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>33</sup> Ver artículo 190.2.b de la Ley de Derecho Internacional Privado.

<sup>34</sup> Ver artículo 1697.3 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>35</sup> Ver artículo 22.3 de la Ley Española de Arbitraje. Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Op. cit.*, p. 143. Advierte este autor el cambio en relación con la Ley Española de Arbitraje de 1988, cuyo artículo 23.2 expresamente establecía que cuando los árbitros estimaban la oposición referida al convenio arbitral quedaba expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la controversia, sin recurso contra la decisión arbitral.

Dos precisiones finales sobre la norma: i) por la expresión “laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia” debemos entender todo laudo sobre el fondo de la controversia, sea parcial o final, de tal suerte que la decisión de competencia contenida en estos laudos puede ser impugnada mediante recurso de anulación<sup>36</sup> y ii) cuando existen varias materias sometidas a decisión de los árbitros y solo algunas de ellas han sido objeto de una excepción que se ampara, en estos casos las actuaciones continúan respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante el recurso de anulación contra un laudo definitivo, en los términos apuntados.

## 8. Jurisprudencia nacional

En el ordenamiento peruano al menos en 2 oportunidades se han pronunciado nuestros máximos tribunales jurisdiccionales sobre el *Competence-Competence*, con razonamientos particulares en cada caso.

En el caso *Algodones Tangüis S.A. vs. Sul América Compañía de Seguros S.A. y Banco Latino*, una compañía demandó en la vía judicial a una aseguradora y al banco que tomó el seguro, el pago de una indemnización derivada de una póliza de seguro así como la nulidad del convenio arbitral contenido en las condiciones generales de dicha póliza, por cuanto sostuvo: i) que el nuevo texto del artículo 1398° del Código Civil que elimina la prohibición de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, no estaba vigente cuando se celebró el convenio arbitral (1990) y ii) que la demandante nunca otorgó poder especial al Banco Latino para que celebre un convenio arbitral al contratar un seguro a favor de la obra civil dada en hipoteca, por lo que el convenio arbitral era ineficaz según los artículos 161°, 167.3 y otros del Código Civil.

El juez de primera instancia, al amparo del artículo 16° de la Ley General de Arbitraje<sup>37</sup>, declaró fundada la excepción de convenio arbitral planteada por los demandados luego de verificar la existencia del convenio arbitral. La Corte Superior de Lima confirmó esta decisión. La Corte Suprema, sin embargo, casó y revocó la decisión de la Corte Superior por considerar que las instancias inferiores negaban la tutela judicial a que tiene derecho la actora “*pues no puede oponerse a una*

<sup>36</sup> El artículo 22.3 de la Ley Española de Arbitraje tiene una mejor redacción sobre el particular: “Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.”

<sup>37</sup> “Artículo 16. Excepción de convenio arbitral.

Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral.

Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el artículo 1°. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir e inclusive dictarse el laudo.”

*defensa de forma (convenio arbitral) a una pretensión que busca precisamente cuestionar la validez del convenio vía acción procesal*”<sup>38</sup>.

La Corte Suprema en este caso no respetó los términos del *Competence-Competence* negativo previsto en el artículo 16° de la ley de arbitraje anterior, que solo impedía la remisión a los árbitros en casos de materia manifiestamente no arbitrable según el artículo 1° de la ley. El razonamiento del máximo tribunal fue por otro lado; sostuvo que una excepción de convenio arbitral *no puede* ser opuesta a una pretensión que se refiere precisamente a la validez del convenio arbitral como acción. No obstante, el argumento es errado porque no corresponde a los jueces en este momento evaluar la validez del convenio arbitral sino únicamente verificar su existencia para y permitir que los árbitros se pronuncien al respecto para luego revisar esa decisión después del laudo.

El Tribunal Constitucional también se ha ocupado del principio de *Competence-Competence* delineando contornos particulares en dos casos vinculados provenientes de un mismo arbitraje. Se trata del habeas corpus *Fernando Cantuarias Salaverry vs. 38° Fiscalía Provincial de Lima*<sup>39</sup> y de la acción de amparo *Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. vs. Compañía Sulliden Shabuindo S.A.C*<sup>40</sup>.

En el primer caso, el señor Fernando Cantuarias, miembro del tribunal arbitral, ante la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal y se dicten medidas cautelares que afecten su libertad y su patrimonio, planteó un habeas corpus luego de ser denunciado por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal luego de no prosperar una recusación en su contra. En el análisis del caso, el Tribunal Constitucional asumió como premisa que el arbitraje era una jurisdicción reconocida en la Constitución y luego enlazó los principios de “no interferencia” de una jurisdicción con el principio de *Competence-Competence* en los siguientes términos:

“12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias

<sup>38</sup> Ver sentencia del 13.11.2001 (Casación N° 1085-2001/LIMA) en [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)

<sup>39</sup> Ver sentencia del 28.2.2006 (Expediente N° 6167-2005-PHC7TC) en [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)

<sup>40</sup> Ver sentencia del 30.4.2006 (Expediente N° 1567-2006-PA/TC) en [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)

sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.”

Así esta sentencia, de un lado, confirmó la autonomía del arbitraje frente a interferencias judiciales de cualquier naturaleza y el poder de los árbitros para conocer de las materias sometidas a su conocimiento, incluso sobre pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio y, de otro lado, dejó abierta la posibilidad de un “control constitucional” posterior innecesario e injustificado.

En el segundo caso, Exploraciones Algamarca planteó una acción de amparo por violación al derecho fundamental del debido proceso legal, al derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley y al derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; debido a que se seguía un arbitraje basado en un convenio arbitral inválido, suscrito por un representante sin facultades para pactar arbitraje. El Tribunal Constitucional en su razonamiento invocó que en sentencia anterior se había pronunciado reconociendo la plena vigencia del principio de Competence-Competence, no obstante precisa:

“28. En el caso de autos el tribunal arbitral es el competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Sin embargo, se debe tener en consideración que el principio de la “competencia de la competencia” no trasciende el ámbito de aplicación de la Ley General de Arbitraje, ni genera una zona exenta de control constitucional, pues, como bien se enfatiza en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída sobre el Exp. 6167-2005-PHC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8, supra) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.”

El máximo tribunal vuelve a referirse aquí al principio de Competence-Competence, esta vez para declarar que no genera una zona exenta de “control constitucional”, cuando este principio en realidad lo único que hace, como hemos apuntado, es crear una “regla de prioridad” a favor de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre su propia competencia pero que luego es revisada por los jueces mediante el recurso de anulación; siendo ésta la vía idónea en materia arbitral para controlar cualquier exceso del tribunal arbitral incluso sobre violaciones al derecho a un debido proceso legal.

El grave error de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias ha sido establecer el recurso de anulación del laudo arbitral como una vía previa que debe agotarse para luego iniciarse la acción constitucional. Si no hubiera mecanismos y vías para controlar los abusos, excesos y violaciones a derechos como el debido proceso en el sistema arbitral, sería perfectamente aplicable un enfoque de vía previa a los laudos arbitrales como el que propone el Tribunal Constitucional. No obstante, la ley de arbitraje prevé el recurso de anulación con este propósito, de manera que este recurso constituye una vía idónea para reclamar estas situaciones, lo que hace innecesaria la vía constitucional. Por esta razón la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley establece que para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional<sup>41</sup>, se entiende que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

En el recurso de anulación del laudo de *Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. vs. Minera Sulliden Shabuindo S.A.C.*, la Corte Superior de Lima declaró nulo el laudo por considerar que el convenio arbitral era nulo<sup>42</sup>. Los hechos son los mismos que motivaron la acción de amparo antes referida, las compañías Algamarca alegaron que su gerente general, el señor Miguel de Orbegoso Tudela, había sido autorizado para transferir los derechos mineros de ambas compañías pero no había sido autorizado para someter a arbitraje las controversias derivadas de dicho contrato. El tribunal arbitral en mayoría desestimó esta excepción, se declaró competente y luego al emitirse el laudo fue objeto de anulación.

La Corte Superior en su razonamiento se limitó a hacer una aplicación estricta del inciso 3 del artículo 167° del Código Civil que exige autorización expresa a los “representantes legales” para someterse a arbitraje, luego de establecer que la Junta General de Accionistas de las compañías solo había autorizado al señor Orbegoso la venta de las concesiones mineras en su condición de “persona

<sup>41</sup> Esta norma establece: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus”.

<sup>42</sup> Ver sentencia del 9.8.2007 (Expediente N° 1757-2006) en [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)

natural” y no en su calidad de “gerente general”; por consiguiente declaró que el convenio arbitral era nulo y no podía vincular a las compañías Algamarca.

En nuestra opinión, la Corte no tomó en cuenta circunstancias relevantes del caso como las siguientes: i) el señor Orbegoso no solo era gerente general, sino además presidente del directorio y accionista de las compañías, por lo que resulta artificioso pensar que las compañías le otorgan un poder en su calidad de “persona natural”, sin ninguna vinculación a su cargo; ii) el hecho de que Algamarca haya actuado en contra de sus propios actos al invocar la existencia del convenio arbitral en un proceso judicial anterior y luego cuestionar su validez para efectos del arbitraje; iii) la buena fe de Sulliden que contrató con las compañías Algamarca y que no debe asumir la carga de la falta o insuficiente representación del gerente general de las compañías para celebrar actos a nombre de ellas, iv) la conducta de Algamarca que solo cuestionó el exceso de poder de su apoderado cuando surgió una controversia y su aceptación tácita y v) los usos y costumbres de la plaza para pactar arbitrajes en contratos mineros.

En el derecho comparado los autores han establecido tres cuestiones sobre este problema. La primera cuestión es si la validez de un convenio arbitral está condicionada a una específica autorización del representado o si es suficiente una autorización general. No obstante, las restricciones de los Códigos Civiles de Francia (artículo 1989°), Austria (artículo 1008°) y España (artículo 1713°) que exigen, al igual que el Código Civil Peruano, un poder específico para pactar convenios arbitrales; en el comercio internacional, una autorización general para contratar será suficiente para celebrar convenios arbitrales válidos.

La segunda cuestión se refiere a los poderes de funcionarios y directivos, aquí debe seguirse como principio que los funcionarios responsables de la gestión están autorizados para pactar convenios arbitrales, los cuales son vinculantes para la compañía, no obstante cualquier restricción en los estatutos o en la ley que rige esos estatutos. Y la tercera cuestión está referida a la forma que debe revestir el poder para celebrar convenios arbitrales, aquí se sostiene que ninguna condición particular de forma se debe exigir, siempre que el consentimiento de las partes sea cierto<sup>43</sup>.

En 1980 en el caso *Intercast vs. Ets Peschaud* el director que condujo todas las negociaciones firmó el acuerdo de arbitraje, aunque solo tenía poder para firmar colectivamente con otro director. La Corte de Apelaciones de París sostuvo que el arbitraje era uno de los medios normales de resolver controversias entre comerciantes y que la firma de un convenio arbitral era en materia comercial un acto ordinario de gestión y que una de las partes había legítimamente creído que el poder en manos de un director de la empresa le daba derecho a celebrar convenios arbitrales<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMANN, Berthold, Op. cit., p. 250-251.

<sup>44</sup> FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMANN, Berthold, Op. cit., p. 253.

En 1997 en el exequatur *Dalmine S.p.A. v. M&M Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, se alegó que los dos administradores que firmaron la cláusula de arbitraje excedieron sus poderes porque solo estaban autorizados para representar a la compañía en transacciones ordinarias y no extraordinarias, como la celebración de acuerdos arbitrales. La Corte de Casación Italiana concluyó que la suscripción de un acuerdo arbitral no constituye un acto extraordinario de administración y admitió la ejecución del laudo<sup>45</sup>.

Más recientemente, en el 2004, en el caso *Société Barges Agro Industries vs. Société Young Pecan Company* el gerente de ventas de Barges firmó una orden de confirmación de pedido con la compañía Young Pecan que contenía un convenio arbitral, teniendo facultades para firmar órdenes de venta o de compra pero no para someter a la compañía a un arbitraje. La Corte de Apelaciones de París sostuvo que el arbitraje era uno de los medios normales de resolver controversias de comercio internacional y que la firma de un convenio arbitral contenida en la confirmación de pedido era un acto ordinario de gestión que vinculaba a Barges, quien no podía invocar la falta de poderes de su gerente de ventas para impugnar la validez de la cláusula arbitral<sup>46</sup>.

Dos normas resultan además ilustrativas de estos criterios que buscan proteger al tercero de buena fe que contrata con un representante aparente: i) la Primera Directiva del Consejo Directivo de la Comunidad Europea de 1968 para proteger los intereses de socios y terceros, el cual establece en su artículo 9.2: “*Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado.*” y ii) en el mismo sentido, el artículo 158° de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987 que expresa: “*Una compañía no puede invocar restricciones en los poderes de representación de un director, un funcionario o un representante, los cuales son desconocidos bajo la ley del lugar del negocio o residencia habitual de la otra parte, a menos que ésta parte hubiera conocido o hubiera podido conocer de estas restricciones*”<sup>47</sup>.

En suma, consideramos que la solución de la Corte Superior de Lima no fue la más apropiada para el desarrollo del arbitraje, existían una serie de elementos a favor para considerar que se había producido un supuesto de representación aparente que no debe perjudicar al tercero de buena fe que pactó un arbitraje

<sup>45</sup> Ver SUAREZ ANZORENA, C. Ignacio, “La Defensa de Incapacidad en la Convención de Nueva York”, en *EL Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Guido S. Tawil y Eduardo Zuleta (Directores), Buenos Aires, 2008, Abeledo-Perrot, p. 405.

<sup>46</sup> En *Revue de l'Arbitrage* N° 1 (2006), p. 154-160. Para casos de falta de representación o capacidad particularmente en empresas estatales y la aplicación de la buena fe por los tribunales arbitrales respectivos; ver MAYER, Pierre, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, en *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a.M., 1993, p. 551-552.

<sup>47</sup> La Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 1978 (La Haya) no establece una solución particular sino que deriva el problema a la ley interna del Estado en el que el intermediario tuviera su establecimiento profesional (artículo 11). Por su parte, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (México), deja un amplio margen de discrecionalidad al referir que se tomará en cuenta las normas, costumbres y principios del derecho comercial internacional así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación para decidir la cuestión de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica (artículo 15).

en la creencia que el representante contaba con todas las facultades para hacerlo. Más decepcionante, sin embargo, fue la decisión de la Corte Suprema, que aun cuando casó la sentencia de la Corte Superior y declaró nulo e insubsistente todo lo actuado, lo hizo por razones de vicio procesal en la tramitación del recurso, porque no se notificó con la debida anticipación la vista de la causa y porque se notificó con posterioridad a la vista de la causa una decisión que rechazaba *in limine* la recusación contra un magistrado<sup>48</sup>.

Una jurisdicción más favorable al arbitraje, sin duda, hubiera tomado esta oportunidad para dilucidar el tema y defender la validez del convenio y de esta manera afianzar el desarrollo de la institución del arbitraje; no obstante, el camino de las decisiones más óptimas en la materia, propias de foros representativos del arbitraje en el mundo, parece que todavía está por recorrerse en nuestras Cortes.

---

<sup>48</sup> Ver sentencia del 22.12.2008 (Casación N° 4656-2007-LIMA) en [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)