

# EL CONVENIO ARBITRAL COMO EXCEPCIÓN PROCESAL

**Autor:**

**Augusto Benjamín Gutiérrez Pérez\***

## **Resumen**

Esta investigación versa sobre la excepción de “Convenio arbitral” previsto en el artículo 446 inciso 10 del Código Procesal Civil, que puede interponerse en un proceso civil, sea de: Conocimiento, abreviado, sumarísimo y ejecutivo y también ante un Tribunal Arbitral; empero, el instituto del convenio arbitral según la Ley de Arbitraje aprobado por el D.L. 1071, tiene diferentes alcances que ha merecido ser estudiado para su interpretación y aplicación concreta al ser deducido en sede jurisdiccional o arbitral.

El problema surge que como se trata de dos mecanismos procesales de solución de conflictos, a cargo de un Juez y un Árbitro, el manejo de la excepción de convenio arbitral se suscita cuando no está consignado de manera expresa en el contrato o en documento expreso, claro de la opción voluntaria por las partes de proscribir el proceso judicial y someterse a la vía arbitral sea institucional o ad hoc. Para aclarar lo dicho, empezamos por el marco teórico del arbitraje, su naturaleza jurídica, la competencia y el convenio arbitral que como contrato tiene una extensión para aquellos llamados “no signatarios”, partes que prestan su consentimiento de buena fe de someterse a arbitraje, y para aquellos que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, con excepción del arbitraje obligatorio regulado en la Ley y su Reglamento de Contrataciones del Estado.

---

\* Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.  
Mg. En Derecho Civil y Comercial.  
Ex Juez de la Corte Superior de Justicia de Junín.

En suma, se facilitará resolver en cuanto a la existencia de convenios arbitrales insuficientes, inexactos invocados como excepción procesal, incluso en los casos de convenios arbitrales inexistentes, nulos, anulable, inválidos e ineficaces y que muy poco se estudia al respecto, por ello la justificación de esta investigación sumaria. Además, de una exposición de las fuentes, el iter procesal de ambos instrumentos procesales heteros compositivos de solución de conflictos.

### **Abstrac**

This investigation deals with the exception of "arbitration agreement" provided for in article 446 paragraph 10 of the Civil Procedure Code that can be filed in a civil process, whether it is known, abbreviated, summary and executive, and also before an Arbitral Tribunal; However, the institute of the arbitration agreement according to the Arbitration Law approved by D.L. 1071, has different scopes that have deserved to be studied for its interpretation and concrete application upon being deduced at the jurisdictional or arbitral venue.

The problem arises that since it is about two procedural mechanisms for conflict resolution in charge of a Judge and an Arbitrator, the handling of the arbitration agreement exception arises when it is not expressly stated in the contract or in an express document, of course of the voluntary option by the parties to proscribe the judicial process and submit to arbitration, whether institutional or ad hoc. To clarify what has been said, we begin with the theoretical framework of arbitration, its legal nature, jurisdiction and the arbitration agreement that as a contract has an extension for those called "non-signatories", parties who give their consent in good faith to submit to arbitration and for those who intend to derive rights or benefits from the contract, with the exception of the compulsory arbitration regulated in the Law and its State Contracting Regulations.

In short, it will be easier to resolve the existence of insufficient, inaccurate arbitration agreements invoked as a procedural exception, even in cases of non-existent, null, voidable, invalid and ineffective arbitration agreements and that very little is studied in this regard. justification for this summary investigation. In addition, a

presentation of the sources, the procedural iter of both heterocompositive procedural instruments for conflict resolution.

## **Keywords**

El convenio arbitral como excepción.

## **Introducción**

El Código Procesal Civil, describe las excepciones y dentro de ellas la de “convenio arbitral” y por tanto para su interpretación y supuestos de estar comprendido este contrato, tenemos que recurrir a lo reglado en la Ley de Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071. Las excepciones son medios de defensa que utiliza el demandado, tanto en un proceso ordinario como en el proceso arbitral, que tiene a denunciar los defectos existentes en la relación jurídica procesal; para establecer el vínculo material y procesal entre las partes en conflicto, para no sustanciar un proceso irregular, viciado de nulidad y no se pueda concluir con una sentencia de mérito fundada o infundada. En este trabajo pretendemos aclarar el manejo procesal respecto de la excepción de “convenio arbitral” y como enfrentar en sede judicial y arbitral, que ha traído una serie de problemas en su solución.

Empezamos con el estudio de ambas jurisdicciones y la excepción como mecanismo teórico y práctico, de su importancia y su creación como una herramienta útil de saneamiento procesal tanto en el proceso ordinario y en el arbitral, cuyos efectos será litigar válidamente constituidos en partes procesales, para luego las pretensiones someter a la contradicción, prueba y decisión con carácter de cosa juzgada. Bajo el sometimiento a la tutela de derechos y el debido proceso ambos procesos gozarán de validez o de mérito sin importar que la sentencia o el laudo sea fundada o infundada.

### **1. La controvertida jurisdicción arbitral**

El Estado ejerce como una de sus funciones el de administrar justicia y encarga a los órganos jurisdiccionales de manera exclusiva, pero a la vez extiende al arbitraje, siendo de esta forma dos mecanismos o instrumentos procesales heterogéneos en la

solución de conflictos. En el primero a cargo de los Jueces y en el segundo conducido por los Árbitros. Podríamos decir, que, suscitado una controversia que no sea resuelto armoniosamente, entre las partes, no existe otra alternativa que accionar a través de los órganos que el Estado ha otorgado jurisdicción.

Para recurrir al órgano jurisdiccional no se requiere de convenio arbitral, sino únicamente de legitimidad e interés para obrar pretendiendo tutela por amenaza o vulneración de los derechos individuales, colectivos o difusos, patrimoniales, extrapatrimoniales o mixtos; mientras que para la jurisdicción arbitral se requiere de la existencia de un “convenio arbitral” válido.

El ámbito de aplicación del arbitraje puede ser nacional o internacional y las materias susceptibles de controversia son aquellas de “libre disposición” conforme a derecho y también aquellas que la ley y los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen porque deviene de la libre voluntad de las partes. Son derechos de libre disposición según Diez Picazo (1996: p.818).

Consiste en la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transmitir a terceros su derecho, por vía negocial, de auto limitarlo, constituyendo otros derechos menores o, finalmente extinguirlo por medio de una renuncia.

Igual ocurre en el caso de la transacción que solamente es factible cuando se trate de derechos patrimoniales conforme regula el artículo 1302 del Código Civil; en consecuencia, estarían excluidos los derechos personales, las relaciones familiares y todas aquellas que no tienen un fin económico.

El concepto de jurisdicción no es absoluto sino relativo y esta relatividad según Montero Aroca (1999: p.48)

Puede afirmarse que la jurisdicción existe independientemente del Estado y que son solo circunstancias históricas las que han hecho que en el momento actual el estado haya recabado para si el monopolio de la jurisdicción.

Sin embargo, los árbitros también ejercen jurisdicción por mandato de la Constitución y que si bien, sus poderes no son iguales al de los jueces que nace por disposición constitucional y legal, la de los árbitros se genera por voluntad de las partes en el ejercicio de su autonomía. Caivano (2011: p.19)

La jurisdicción de los jueces es general, mientras que la de los árbitros está limitada a las cuestiones que las partes le sometieron; los jueces cuentan con la potestad de *imperium* que les permite ejercer la coerción para hacer cumplir forzosamente las decisiones que adopta, mientras que los árbitros carecen de este atributo.

Efectivamente como legalmente está regulado, no se otorga a los árbitros jurisdicción completa, porque el *ius imperium* es potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales y se sostiene que no cabría la posibilidad de que dos órganos tuvieran esta potestad, que si la tienen respecto de la *notio*, *la vocatio* y *la iudicio*; sin embargo, esta potestad coactiva debe extenderse su aplicabilidad también para el arbitraje por tratarse de mecanismos procesales cuya finalidad es una sola, pues si bien la justicia arbitral es considerada una justicia privada y la del Estado es pública, igual sucede en el sistema de salud con hospitales y clínicas privadas, ambos tienen como único fin sanar a los enfermos. Restringir que en las clínicas privadas se prohíba operaciones, sería igual que a los árbitros se restrinja la ejecución de los laudos, merece su estudio.

El Tribunal Constitucional en el proceso N° 6167-2005-HC/TC (2005: Fundamento 10) en el caso Cantuarias sostiene:

De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad, para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional.

Es así como se suscita la pregunta, estando en sede arbitral es jurisdiccional o no, consecuentemente la respuesta será positiva, pero limitada, parcial, pues esta jurisdicción es temporal, porque las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad convienen en concederle al árbitro el conocimiento de sus controversias, delimitando potestades para que resuelva el caso concreto y, una vez concluido desaparece la jurisdicción arbitral, lo que no ocurre con los jueces. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, así reza el artículo 138 de la Constitución Política del Estado; es decir, el poder jurisdiccional nace del pueblo que se otorga al Estado, pero también esta jurisdicción alcanza a los árbitros y no hace restricción alguna y cuando se señala que la jurisdicción lo otorga las partes al árbitro, lo hace porque tiene reconocimiento constitucional.

En este sentido, ante una controversia que luego será un conflicto llevado a los órganos de la justicia estatal o arbitral, puede generarse conflictos de competencia entre estos órganos, es decir, será de conocimiento del juez o del árbitro. Será de conocimiento del juez, según las reglas de competencia por razones de la materia, cuantía, territorio y funcional previstas en el Código Procesal Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial y normas específicas, que también pueden ser de competencia de los árbitros, pero solamente cuando se trate de materias de libre disposición conforme a derecho o aquellas que la ley o tratados lo autoricen.

La forma de acceder al órgano jurisdiccional se realiza a través del derecho de acción para luego discutir pretensiones como afirma Monroy Gálvez (1996: 271).

El derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, en cuanto es expresión esencial de este, que le faculta exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto.

Pero, además, el derecho de acción tiene sus elementos de ser público, subjetivo, autónomo, abstracto y calificado como un derecho humano por su reconocimiento supranacional depositado en tratados internacionales. Es así como impulsado el derecho de acción por algún demandante y accedido por el órgano jurisdiccional este desaparece por ser meramente abstracto, pero queda la pretensión

o pretensiones procesales contra otro sujeto denominado demandado que va a ser el objeto del proceso, lo mismo ocurre en el proceso arbitral, el demandante acciona una demanda que contiene una pretensión o pretensiones, pero no dirige contra el Estado, sino contra un tercero que será el Árbitro Ad Hoc o una institución arbitral que previamente se hayan obligado someterse en caso de conflicto al no darle solución voluntaria; es decir, el acceso a esta jurisdicción se va a realizar a través de lo que se denomina el “convenio arbitral” antes llamado “compromiso arbitral”.

Tanto el derecho de acción para el proceso judicial como para el proceso arbitral, lo que importa y se compone son los sujetos, el objeto y la causa, que en ambos concurren y que viene a ser un derecho irrestricto de toda persona, bastando tener legitimidad e interés para obrar. La demanda, la contestación a la demanda, ampliación y modificación, la reconvención, las excepciones y defensas previas, audiencias, los medios probatorios típicos y atípicos, las tachas y oposiciones, son en su contenido idénticos en ambos procesos, diferenciándose por la oportunidad y formalidad de su presentación o prohibición que las partes lo establezcan en el convenio arbitral, pero no pueden convenir en la utilización de medios impugnatorios por el arbitraje, el cual es de instancia única y solo procede la reconsideración en el interior del proceso y el recurso de anulación del laudo en sede judicial por causas específica.

## **2. El Árbitro**

El Árbitro es la persona que administra justicia en sede arbitral, tiene potestades de jurisdicción y competencia para el conocimiento de un caso concreto. El árbitro no es como comúnmente se piensa que no está en la misma posición que la de un Juez, todo lo contrario, debe considerarse en iguales condiciones, porque son actores legítimos, independientes y autónomos en la magnánima solución de conflictos con autoridad de cosa juzgada, porque el encargo de hacer justicia a través de un tercero es única, universal y de valor erga omnes.

El arbitraje puede ser ad hoc o institucional. Es ad hoc para un caso concreto, directamente conducido por el árbitro que puede o no estar adscrito a un Centro de

Arbitraje, mientras que el arbitraje institucional donde pertenece el árbitro organiza y conduce el arbitraje a través de su Corte de Arbitraje o Centro de Resolución de Conflictos y este lo garantiza. El árbitro cuando administra justicia conforma un Tribunal Arbitral de manera colegiada o como árbitro único.

En el arbitraje internacional se está incluyendo la figura del árbitro de emergencia, que se designa para trámites urgentes como puede ser una medida cautelar hasta que no se constituye el Tribunal Arbitral por la demora del procedimiento de su designación, más aún cuando se trate de árbitros colegiados. Rivera (2014: 163)

Es un árbitro con todas sus cualidades, designado de manera sencilla y rápida, su intervención es provocada por la parte interesada, salvo que el pacto arbitral se excluya la figura. El AE debe cumplir, entre otras, con las siguientes características: debe ser imparcial, independiente y preservar el debido proceso. Una característica especial para este tipo de árbitro es la de la rapidez con la que tiene que tomar sus decisiones, dada la naturaleza de las mismas, es decir, la urgencia de la decisión, mientras se constituye el Tribunal Arbitral.

### **3. El convenio arbitral**

La “cláusula compromisoria” regulado inicialmente en la Código Civil y por la derogada Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) Lehmann Luca de Tena (1987: 79) define:

La cláusula compromisoria es aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta, y que puedan ser sujeto de solución judicial.

La diferencia entre el convenio y el compromiso arbitral fue que este último era un precontrato o un convenio preliminar que podía o no celebrarse en el futuro y de no hacerlo las partes tenían que recurrir a un Juez para la interposición de la



demanda, mientras que el convenio arbitral ya tiene efectos obligatorios desde su origen de sometimiento al arbitraje.

La norma actual define el convenio arbitral como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

#### **4. Naturaleza jurídica del convenio arbitral**

Según la doctrina se ha discutido si el convenio arbitral es un convenio o un contrato. Pero cual es la naturaleza jurídica, teniendo en cuenta que el acuerdo nace de la voluntad de las partes y estaría encuadrado dentro de lo que establece el artículo 140 del Código Civil, por el cual define al acto jurídico “como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)”, llegándose a la conclusión de que el convenio arbitral es un acto jurídico bilateral, aun cuando también puede ser unilateral conforme al tenor de la cláusula séptima disposición complementaria del DLA señala: “Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que pueden surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición (...)”. En este caso, el testador deja establecido a sus sucesores las reglas de ejecución de la distribución de la masa hereditaria.

Para Salcedo (2005: 114) el convenio arbitral: Nace de un negocio jurídico que, como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto de los involucra

Se dice, además, que, el convenio arbitral tiene de contrato como de contrato social, al ser considerado como un acuerdo político por conferir la jurisdicción a un privado de la soberanía de la jurisdicción estatal. Entonces el convenio arbitral que

nace de la autonomía de la voluntad es un contrato, el mismo que se sujeta a las disposiciones generales de los contratos del Código Civil en cuanto resulten aplicables. Soto Coaguila (2011: 155) define el convenio arbitral como un contrato que crea obligaciones de hacer y de no hacer, pero también obligaciones de dar sumas de dinero, bienes muebles y también bienes inmuebles. Barchi (2013: 94), concluye:

En tal sentido, el convenio arbitral produce, por un lado, efectos procesales y, por otro, efectos sustanciales, creando una relación jurídica que no es una relación obligatoria, sino una relación que tiene como situación jurídica pasiva la sujeción y como situación jurídica activa un derecho potestativo, a la que llamaremos “relación arbitral”.

En suma, en palabras de Castillo y Vásquez refiriéndose a la cláusula arbitral (2006: p. 98). Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses

Entonces, a través del convenio arbitral se ha creado una relación jurídica material y si recurren al arbitraje esta se convierte en una relación jurídica procesal arbitral, así como hablaba Guasp en el proceso

## **5. Principios que rigen el arbitraje y el convenio arbitral**

Una vez que las partes se someten a la jurisdicción arbitral, el árbitro se constituye en el titular a quien se le inviste de tres principios: competencia, separabilidad del convenio arbitral e instancia única.

La *competencia de la competencia* cuyo término alemán es *kompetenz-kompetenz*, por la cual los árbitros deciden sobre su propia competencia, esto es, asumir el conocimiento de un caso concreto, aun cuando el acto jurídico principal contenido en el convenio se alegue su invalidez y más aún el árbitro puede conocer y resolver la nulidad del acto jurídico que sea invocado; es decir, por el principio de

separabilidad el convenio arbitral de someter a arbitraje la controversia no se vincula con el acto jurídico principal que será materia de discusión y si está contenido en el mismo documento del convenio, se separan el acto jurídico del acto voluntario procesal de sometimiento a la jurisdicción arbitral.

Estos principios se resumen en el artículo 3 del DLA, como son: la no intervención de autoridad judicial, la independencia en el ejercicio de sus atribuciones decide su propia competencia, y las decisiones que dicten los árbitros no pueden ser dejadas sin efecto, únicamente en el caso de posterior revisión por el Poder Judicial a través del recurso de anulación.

## **6. Partes signatarias, no signatarias y terceros**

Igualmente, en un proceso arbitral se constituye por las partes y el árbitro, pero también pueden incorporarse las partes no signatarias del convenio arbitral. Las partes son las personas suscribientes del convenio arbitral o el escrito que contiene el sometimiento al convenio; mientras que las partes no signatarias son aquellos que en el contrato o convenio tienen derechos y obligaciones tan iguales que las partes signatarias y consecuentemente apersonados a la instancia arbitral pueden igualmente deducir la excepción de convenio arbitral.

La Ley de Arbitraje permite la extensión del convenio arbitral “a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación 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 pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.<sup>1</sup>

Restrepo (2012: 54) señala:

A nivel doctrinario se ha tratado este asunto considerando que el problema de la intervención de un tercero en los procesos arbitrales radica que éste se encuentra involucrado al convenio, pese a no haber firmado e incluso ignorándolo; en otras

---

<sup>1</sup> Art. 14 de la Ley de Arbitraje Decreto Legislativo 1071

palabras, el tercero y la parte no signataria del convenio arbitral tiene un vínculo que justifica su intervención en el proceso arbitral.

Pero la intervención de “terceros” diferentes a los signatarios y no signatarios en un proceso arbitral; es decir aquellos que no tienen vinculación material en la relación jurídica procesal como se regula en el proceso civil y su clasificación según sus intereses, en el proceso arbitral, no es procedente esta inclusión; sin embargo, hay casos en los que el convenio arbitral se suscribe de manera fraudulenta entre dos partes para afectar derechos de terceros como en la Casación N° 2994-2010-Lima, de fecha 27 junio de 2011 en donde admite la posibilidad que en ejecución de laudo se puede apercibir con lanzamiento a terceros que no participaron en el procedimiento arbitral bajo el criterio de que lo resuelto en el laudo arbitral es irrevisable por el fondo. Tremendo error que fue sujeto de cuestionamientos jurídicos y enmendados por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo y que merece su revisión.

## **7. La excepción de convenio arbitral**

La excepción procesal viene a ser la denuncia que formula la parte demandada de los vicios existentes en los presupuestos procesales o condiciones de la acción, referidos a la competencia, capacidad procesal de las partes, requisitos de la demanda, legitimidad para obrar e interés para obrar. Definición doctrinaria y que por tanto en el arbitraje también tiene el mismo contenido.

Monroy Gálvez (1996: 271) refiere: Que, cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un presupuesto procesal o que no existe o existe, pero de manera defectuosa una condición de la acción.

Dentro de las excepciones procesales porque también hay excepciones sustantivas, tenemos el “convenio arbitral”, significa que las partes en conflicto han decidido recurrir al arbitraje y no al Poder Judicial y haber instado una demanda la otra parte invoca la excepción de convenio arbitral y como se trata de una excepción

perentoria, el juez declara fundada en la etapa del saneamiento procesal y ordena su archivo. La parte actora retira lo actuado y presenta su demanda ante sede arbitral convenida ya sea institucional o ad hoc. En cambio, sí al contestar la demanda no plantea la excepción de convenio arbitral tácitamente se somete al órgano jurisdiccional ordinario, pero en cualquier momento las partes pueden trasladar sus pretensiones a la vía arbitral propuesta por el juez o a iniciativa de las partes.

La excepción de convenio arbitral es de naturaleza perentoria, es decir su efecto de ser fundada produce la desvinculación del proceso civil y declara nulo todo lo actuado porque su trámite le corresponde al Tribunal Arbitral. El Código Procesal Civil, no diferencia a las excepciones de ser perentorias y dilatorias, sino por sus efectos previstos en el artículo 465 se puede colegir si estamos ante una de esta clasificación. El juez al declarar fundada una excepción de convenio arbitral no es por defecto de los presupuestos procesales de falta de legitimidad para obrar, interés para obrar, capacidad procesal de las partes, o requisitos de la demanda, sino por falta de competencia.

Pero también, no solo a través de la excepción el juez pone fin en sede judicial, en razón de que las partes en el interior del proceso pueden acordar por iniciativa propia en cualquier etapa antes de la sentencia derivar la causa al arbitraje tratándose de derechos disponibles debiendo en este caso formalizar un convenio arbitral, incluso puede ser por invitación del juez. Puede ocurrir, asimismo, la renuncia al arbitraje si las partes a pesar de haber celebrado un convenio arbitral no lo invoca como excepción y la otra parte consiente o de manera expresa renuncian al arbitraje y se someten a la jurisdicción ordinaria civil.

Esta excepción de convenio arbitral, como se le ha denominado tanto en el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje no sería más que una abstención de la competencia del juez y estaría comprendida o incluida como excepción de incompetencia, contrariamente si el árbitro decide su propia competencia (Kompetez – Kompetenz) por la existencia de un convenio arbitral e incluso extiende para aquellos que se someten al arbitraje invocando su buena fe sin ser partes del convenio

conocidos como partes no signatarias, pero diferentes a terceros decide su propia competencia para conocer el fondo de la controversia.

Ocurre también, cuando en un contrato cualquiera y dentro de ella se encuentra insertado en una cláusula el convenio arbitral, una de las partes solicita la nulidad, invalidez o ineficacia del contrato principal pretendiendo que igual suerte siga la cláusula arbitral y por tanto de ser nulo el contrato será también el convenio arbitral, sobre esto se ha resuelto a través de dos principios, de separabilidad del contrato de fondo y de la cláusula que contiene el convenio arbitral y del principio de “competencia de la competencia” conocido en el derecho comparado como *kompetez kompetez*, por la cual el árbitro analiza y decide por sobre lo expuesto su competencia.

Ahora si dentro del proceso arbitral se deduce una excepción de falta de convenio arbitral, corresponde al tribunal arbitral decidir, así como también si se invocan causales de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje y sobre cualquier otra alegación que tienda a oponerse al conocimiento sobre el fondo por el tribunal arbitral. La Ley de Arbitraje N° 1071, habla sobre las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada e incompetencia y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación del proceso arbitral, de lo que se colige que pueden deducirse todas las excepciones procesales y sustanciales previstas para el proceso judicial<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Código Procesal Civil. **Artículo 446.- Excepciones proponibles**

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

- 1.- Incompetencia;
- 2.- Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.
- 3.- Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
- 4.- Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
- 5.- Falta de agotamiento de la vía administrativa;
- 6.- Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
- 7.- Litispendencia;
- 8.- Cosa Juzgada;
- 9.- Desistimiento de la pretensión;
- 10.- Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
- 11.- Caducidad;
- 12.- Prescripción extintiva; y,
- 13.- Convenio arbitral.
- 14.- Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil.

Entonces la excepción de “convenio arbitral” puede interponerse ante el órgano jurisdiccional civil y ante el tribunal arbitral por el demandado que considere que no existe este convenio, no se ha formado o no está de acuerdo, o es un convenio nulo. En el poder judicial, esta excepción se interpone dentro del plazo fijado para cada proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo, o ejecutivo, se corre traslado al demandante, quien absuelve dentro del mismo plazo y el juez resuelve declarando fundada o infundada. En el primer caso, si previamente advierte un defecto subsanable de la excepción de convenio arbitral, concede un plazo de subsanación, con su corrección o sin ella el juez resuelve; de persistir el defecto declara fundada y nulo todo lo actuado, dejando a las partes recurrir al arbitraje; de la misma forma, si advierte que la competencia no corresponde al poder judicial, sino del arbitraje se declara incompetente. Asimismo, de declarar infundada la excepción continua el proceso, contra las resoluciones dictadas por el juez procede el recurso de apelación, lo resuelto en definitiva prevalece.

En el caso del procedimiento arbitral, la norma señala de proponer objeciones y excepciones, se refiere a todo el derecho de defensa porque también es el mecanismo de ingreso al proceso arbitral que debe constar por escrito, pero no estrictamente en un escrito formal con denominación de convenio arbitral, sino basta que quede constancia de su contenido por actos de ejecución o por diferentes medios, como la comunicación electrónica, intercambio de demanda y contestación, pudiendo ser el caso cuando uno de ellos afirma la existencia obligatoria de un convenio arbitral y la otra no lo niegue o rechace. Devis Echeandía (1997: 141-142) al comentar sobre la defensa, objeción y excepción, refiere:

De modo que el término defensa, en el sentido francés comprende la objeción y la excepción. Pero debemos darle al primero el sentido general de toda clase de oposición que el demandado ejercita en contra de la demanda, como género, para luego colocar como especies la objeción y la excepción. (...). De manera que por objeción debemos entender, la contradicción mediante hechos distintos, del nacimiento del derecho material pretendido por el actor con el fin de obtener su negación en el proceso mediante la sentencia. Por excepción, en cambio, se entiende

en su sentido doctrinario riguroso, la alegación de hechos distintos a los de la demanda, para destruir la razón del demandante y anular su pretensión, sin acatar el nacimiento del derecho sino su existencia actual o sus efectos para el proceso, pero que se refieren al fondo de la acción y cuyo impulso corresponde al demandado.

Entonces cuando en el arbitraje se refiere a objeciones y excepciones, son todos los medios que se cuestionan mediante oposiciones sobre la forma de constitución de la relación jurídica procesal y que son resueltos mediante los laudos arbitrales y que comparando a lo que ocurre en el proceso civil, se deducen excepciones de forma y fondo, las primeras se resuelven en el auto de saneamiento procesal y las segundas en la sentencia.

Lo que ocurre al resolver la excepción de convenio arbitral, es por la forma como se ha constituido, la misma que puede ser:

- a) De forma escrita, textual, literal, expresa, detallando la materia o materias que las partes deciden someter a arbitraje. Puede constar en una cláusula contenida en un contrato o también puede constar en documento separado.
- b) También se entenderá que el convenio arbitral tiene la forma escrituraria, cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea cuando se hayan ejecutado ciertos actos o a través de otros medios quede constancia de un acuerdo de arbitraje o contrato.
- c) Se entiende igualmente, cuando se cursa una “comunicación electrónica por medio de mensajes de datos”<sup>3</sup> y la información contenida es accesible para su posterior consulta por la otra parte.
- d) Se entenderá por convenio arbitral, cuando en un proceso civil este declarado por una de las partes o reconocida por la otra o muestra su silencio, a través de la demanda o contestación a la demanda, en donde

---

<sup>3</sup> “Comunicación electrónica”. Según el art. 13 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje define: “Por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos”, se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.



una de las partes afirma la existencia de un convenio arbitral, la otra parte reconoce, o no la niega.

- e) Ahora cuando se haga referencia en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha cláusula implícitamente forma parte del contrato.
- f) En el arbitraje internacional, el convenio arbitral es válido y la controversia es susceptible de arbitraje cuando cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas que eligen las partes o por las normas jurídicas al fondo de la controversia o por el derecho peruano.

Por la forma de constitución del convenio arbitral a diferencia de lo que prescribía la derogada ley de arbitraje, el convenio arbitral estaba sujeto a la forma *ad solemnitatem* porque sancionaba con nulidad de no ser de manera escrita; mientras que ahora según la Ley de Arbitraje D. Lg. 1071 la forma actual es *ad probationem*. Barchi citando a Orestano (2013: 104):

En tal sentido, el convenio arbitral puede concluirse *per facta concludentia*; así, la voluntad de las partes deberá ser deducida, no del sentido literal de las palabras – las cuales no existen – sino del comportamiento concluyente de las partes.

El Decreto legislativo 1071 no se refiere a la firma; por tanto, el documento que contiene el convenio arbitral puede no estar firmado por las partes. En tal sentido, la apropiación del texto no requiere necesariamente de la firma, podría derivarse del comportamiento de las partes no signatarias.

En consecuencia, para encajar el desarrollo del proceso ante un tribunal arbitral, el convenio arbitral no debe dejar dudas de su sometimiento de las partes, pues una vez dictado el laudo o laudos arbitrales, pueden ser materia de anulación ante el Poder Judicial y podrá ser por causal de un convenio arbitral inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Efectivamente una vez dictado el laudo arbitral el perdedor plantea comúnmente solicitudes de interpretación, rectificación, integración o exclusión, teniendo el tribunal arbitral pronunciarse sobre los pedidos y luego hasta se plantea el recurso de anulación o directamente este recurso a la Sala Civil de la

Corte Superior de Justicia; sin embargo, el recurso de anulación solo procede por deficiencias formales y no se cuestiona sobre el fondo de la controversia y dentro de ello se puede cuestionar los efectos del convenio que no han establecido válidamente la relación jurídica procesal entre las partes.

Será un convenio arbitral inexistente, cuando nunca se formó el acuerdo en sus diversas formas y por tanto no se creó una relación jurídica procesal; de la misma forma como el convenio arbitral es un acto jurídico bilateral que nace de la voluntad de las partes y se respeta y acata por el principio de autonomía de la voluntad, puede estar afecto a las causales de nulidad o anulabilidad del acto jurídico pero que están comprendidos dentro del género de la invalidez por la falta de presupuestos, requisitos o elementos en la estructura del acto jurídico; e ineficaz cuando un acto jurídico nace válido pero sin embargo no surtirá efectos por la existencia de un defecto sobreviniente en la formación del acto jurídico, se convierte en ineficaz para los otorgantes; en suma, se rigen según las disposiciones que regula el Código Civil<sup>4</sup>. Entonces, el convenio arbitral puede adolecer como acto jurídico de algún defecto en su estructura, pero esto no podrá ser alegado como excepción de convenio arbitral, sino como defensa de fondo que será resuelto en el laudo arbitral, incluso de ser el caso, el agraviado puede interponer recurso de anulación ante el Poder Judicial invocando estos vicios o defectos del convenio arbitral.

En lo que respecta al arbitraje obligatorio regulado en la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento el D.S. N°. 334-2018-EF, establecen que en todo contrato regulado por estas disposiciones deben incluir bajo responsabilidad la solución de conflictos mediante conciliación o arbitraje, incluso de no consignarse se entenderá por puesta; en estos casos si se dirige la demanda ante el Poder Judicial, el propio juez la rechazará por declaración de su incompetencia o de no advertirlo podrá hacerlo valer la parte demandada en vía de excepción y en el caso que el juez la admita y no se formule esta excepción, el proceso estaría viciado por incompetencia material y nulo lo actuado. En este caso, no se podría invocar el

---

<sup>4</sup> Código Civil. Art. 219 nulidad del acto jurídico; Art. 221 anulabilidad del acto jurídico.

silencio de la otra parte para someterse a la competencia del juez civil, porque se trata de un arbitraje obligatorio, aunque cuestionado por muchos tratadistas, que señalan ser una figura atípica desde la perspectiva técnica y del derecho comparado, mientras que otros aducen que puede estar justificada por razones basadas en nuestra realidad, agregado de una intención de transparencia y evitar actos de corrupción.

Además, estas normas regulan el proceso arbitral especial en el tema de su objeto e igualmente sobre el convenio arbitral y la excepción que sobre esta será resuelta al dictarse el laudo arbitral, pero lo dejamos para otros análisis pero que no colisiona con lo que es materia de este trabajo.

El Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ha regulado un procedimiento de resolución de las excepciones u objeciones a la competencia del Tribunal Arbitral. Prevé que de deducirse estos medios procesales son decididos por el Tribunal Arbitral mediante un Laudo parcial o resolverlas en el Laudo de fondo si lo considera apropiado según las circunstancias del caso; es decir, el Tribunal decide después de su interposición y con la contestación o reserva para su estación final, lo que difiere del proceso ordinario que tratándose de excepciones procesales se resuelve en la estación del saneamiento procesal, solo las excepciones de fondo se reservan para la sentencia.

Igualmente, el Tribunal Arbitral cuando se objeta la validez del contrato por invalidez el cual forma parte el convenio arbitral, resuelve sobre estas objeciones y de declarar procedentes, el convenio se mantiene por su independencia, también en los casos que una parte considere que el Tribunal ha excedido su competencia, debe plantear la excepción tan pronto el Tribunal decida resolver aunque alegadas por las partes no son materia del convenio arbitral; así entendido, las normas sobre la excepción y su procedimiento varían con relación al tratamiento ante el Poder Judicial.

## **CONCLUSIONES**

1. La excepción de convenio arbitral puede proponerse ante el órgano jurisdiccional o ante el Tribunal arbitral. En sede judicial, será cuestionando la competencia del juez, aduciendo que la controversia corresponde al arbitraje; mientras que, al ser deducida ante el Tribunal Arbitral, será cuestionado la competencia del tribunal y que corresponde el conocimiento de la controversia al Poder Judicial, aduciendo que el convenio es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
2. La excepción de convenio arbitral es un mecanismo de defensa respecto de la carencia válida de un presupuesto procesal, específicamente de la competencia, que, tanto en sede judicial como arbitral, para la constitución de un proceso civil deben concurrir válidamente los presupuestos procesales de forma y de fondo, de lo contrario se estaría ante un proceso inválido y no generaría una sentencia o laudo arbitral de mérito.
3. El juez resuelve la excepción y de declarar infundada continua el proceso en sede judicial, sin embargo, en cualquier momento del proceso a propuesta del propio juez o a iniciativa de las partes pueden derivar el proceso al arbitraje; es decir, así se haya declarado infundada la excepción, las partes pueden derivarlo al arbitraje.
4. El juez para resolver una excepción de convenio arbitral, no solamente se basa en la existencia de un documento específico, sino en todas las posibilidades de la existencia de un convenio arbitral pero documental.
5. El procedimiento de resolución de una excepción en sede arbitral y judicial son distintos. En el arbitraje es flexible, mientras que en el órgano jurisdiccional esta preestablecido en el ordenamiento procesal y es preclusivo.
6. El convenio arbitral está separado del contenido del contrato del que puede ser parte y no está afectado a la nulidad del contrato principal, por el principio de separabilidad, estando facultado libremente el árbitro de calificar su propia competencia (*kompetez-kompetez*).
7. En el proceso judicial la excepción de convenio arbitral es apelable con efecto suspensivo, mientras que en el arbitraje la resolución que dicta el tribunal arbitral declarando infundada o fundada una excepción u objeción de convenio arbitral es inapelable.

8. En el laudo arbitral es factible cuestionar la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral siempre y cuando haya sido cuestionado al inicio y haya sido desestimada por el árbitro; es decir, por causas relacionadas al acto jurídico, porque el convenio arbitral es un contrato.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barchi-Velaochaga, L. (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. *Ius Et Praxis*, (044). <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.76>

Código Civil

Código Procesal Civil

Devis Echeandía, H. (1997) "De la Excepción". En: Excepciones procesales, fundamentos doctrinarios, Palestra Editores, impreso en Perú 1997.

Diez-Picazo, Luis (1996). Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, volumen primero Introducción Teoría del Contrato, quinta edición, Editorial Civitas, Madrid.

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena (1987). Para leer el código civil V, El Arbitraje, PUCP, Fondo Editorial.

Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071

Monroy Gálvez, Juan, Introducción al Proceso Civil, Tomo I, Estudio de Belaunde & Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá Colombia 1996-

Monroy Gálvez, Juan. (2003). La Formación del proceso civil peruano, escritos reunido, Comunidad.

Montero Aroca, Juan. (1999). Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano, ENMARCE E.I.R.L.

Rivera, Irma (2014). Revista de Arbitraje PUCP, Año IV N° 4, 2014. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

Roque J. Caivano. (2011). Control Judicial en el Arbitraje, Abeledo Perrot.

STC N° 6167-2005-HC/TC, fundamento 10, Caso Cantuarias.

Salcedo Castro, Myriam (2005). El Contrato de Arbitraje, Legis Editores S.A., Bogotá