

CUANDO EL DERECHO PROCESAL Y EL ARBITRAJE SE ENCUENTRAN*

WHEN PROCEDURAL LAW AND ARBITRATION MEET

Natalí Juliana Pulido Del Pino
Universidad Científica del Sur, Perú
<https://orcid.org/0000-0001-9922-807X>

Resumen

El presente artículo es una reflexión que, valiéndose de la doctrina y la jurisprudencia, tiene como finalidad evaluar qué ocurre con la determinación de la competencia cuando estamos ante cláusulas patológicas. Si bien, en principio, deberíamos remitirnos a la vía arbitral, en algunos casos excepcionales las controversias terminarán siendo dirimidas por el Poder Judicial. Para tales efectos, partimos desde el concepto de la cláusula arbitral; luego, trataremos la excepción del convenio arbitral, donde se desarrollan los tipos de patologías que se pueden encontrar; y analizaremos qué ha pasado, en la práctica, en las cortes nacionales peruanas, para finalmente determinar quién será la autoridad competente en cada caso concreto.

Palabras clave: convenio arbitral, Poder Judicial, jueces, voluntad de las partes, patologías.

Abstract

This article is a reflection that, using doctrine and jurisprudence, aims to evaluate what happens with the determination of jurisdiction when we are

* Agradezco a Rosmery Cherry Vergaray por su colaboración en la realización del presente artículo.

faced with pathological clauses. Although, in principle, we should refer to arbitration, in some exceptional cases the disputes will end up being settled by the Judiciary. For these purposes, we start from the concept of the arbitration clause; then, we will deal with the exception of the arbitration agreement, where the types of pathologies that can be found are developed; and we will analyze what has happened, in practice, in the Peruvian national courts, to finally determine who will be the competent authority in each specific case.

Key words: arbitral clause, judicial power, judges, willingness of the parties, pathologies.

1. Introducción

El arbitraje y la cláusula arbitral desempeñan un papel crucial durante la resolución de conflictos en el ámbito de las transacciones entre privados —inclusive, en las relaciones entre estos con entidades estatales— y el legal. El arbitraje se ha convertido en una opción cada vez más popular para evitar los largos y costosos litigios en los tribunales tradicionales, ya que este método de resolución de conflictos se caracteriza por su rapidez, confidencialidad y neutralidad. A diferencia de los procedimientos judiciales, las partes pueden designar a su propio árbitro o tribunal arbitral y decidir cuáles serán las normativas aplicables, dónde se llevará a cabo, cuáles serán los límites de la competencia del tribunal, qué idioma regirá su proceso, entre otros, lo que garantiza que el proceso se ajuste a sus necesidades y deseos. Sin embargo, para acceder a todos estos beneficios, las partes que deseen someterse a arbitraje deben celebrar un convenio arbitral en el que dejen constancia de su voluntad de resolver sus eventuales controversias en la vía arbitral y renuncien a la jurisdicción de los jueces ordinarios.

Al respecto, Gary Born sostiene que

...un convenio de arbitraje internacional válido produce efectos legales importantes para las partes, así como para las cortes nacionales y los árbitros. Esos efectos de los convenios arbitrales son positivos y negativos: los efectos positivos incluyen la obligación de participar y cooperar de buena fe en el procedimiento arbitral de acuerdo con el convenio arbitral de las partes; mientras que los efectos negati-

vos incluyen la obligación de no buscar la resolución de disputa sujeta a arbitraje en las cortes nacionales o jurisdicciones similares.¹

En ese sentido, la cláusula arbitral resulta un elemento crucial en los contratos y acuerdos comerciales, ya que a través de esta las partes acuerdan resolver cualquier disputa que surja de la interpretación, ejecución o terminación del contrato mediante arbitraje, a la vez que acuerdan sustraerse de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, pueden existir circunstancias en las que la cláusula arbitral contiene términos ambiguos o ha sido redactada de tal forma que no resulta concluyente la voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción de las cortes ordinarias, lo cual llevará al cuestionamiento de la validez y eficacia del convenio.

El problema surge cuando esta cláusula arbitral no puede ser ejecutada para someter las controversias por la vía arbitral, porque de su lectura no se desprende la voluntad inequívoca de las partes de ir por ese camino. Pero la controversia tampoco puede ser conocida por la jurisdicción ordinaria, debido a que existe una cláusula arbitral que, aunque patológica, despoja de la competencia a los jueces de los tribunales nacionales. Ante ello, consideramos de especial importancia desarrollar una respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué es una cláusula arbitral? ¿Cuáles son las patologías que pueden tener? ¿Qué ocurre cuando una cláusula arbitral es patológica y no puede ser ejecutada?

Es así que, para absolver dichas preguntas, el presente artículo abordará el desarrollo conceptual de los términos aludidos y el análisis de algunos casos en los que se cuestionó la validez del convenio arbitral frente al Poder Judicial peruano.

1 Gary Born, citado por Adamary Gabriel Tomas, Milena Santos Sánchez y Anthony Villegas Porras, «Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales», *Ius et Tribunalis* 1, n.º 1 (2018): 127, <https://doi.org/10.18259/iet.2018008>

2. El convenio arbitral y la excepción de convenio arbitral

El convenio arbitral es un acuerdo entre dos o más partes en el que se establece que cualquier disputa o controversia que surja entre ellas será resuelta a través de un arbitraje. A continuación, Castillo Freyre y Vásquez lo definen de este modo:

Esta cláusula es 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 que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas.²

Ahora bien, el convenio arbitral puede estar incluido en un contrato principal o puede ser un acuerdo independiente que las partes celebran antes o después de que se haya producido la disputa; en cualquier caso, es indispensable que sea claro sobre la voluntad que tienen de someter sus controversias a arbitraje. En esa línea, el valor del convenio arbitral recae en que, una vez pactado, las partes están obligadas a cumplir sus términos y dejar que el arbitraje resuelva sus eventuales disputas; y, a la vez, están obligadas a inhibirse de iniciar cualquier proceso ante la jurisdicción ordinaria.

Es así que, en palabras de Soto y Bullard, el convenio arbitral genera una obligación negativa, ya que con su celebración las partes quedan impedidas de acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias (obligación de no hacer).³

Asimismo, según Roque Caivano, «en el caso del acuerdo arbitral en particular, este principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias

2 Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez, «El dominio contractual en el arbitraje», *Ius et Veritas* 16, n.º 32 (2006): 98, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12380>

3 Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Cords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, vol. II (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 301, <https://www.ipa.pe/pdf/Comentarios-a-La%20Ley-Peruana-de-Arbitraje-Tomo-II.pdf>

por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales».⁴

Entonces, por línea general, cuando las partes hayan pactado el convenio arbitral, quedarán privadas de acceder a los tribunales del Poder Judicial, pues a través del convenio han manifestado su voluntad de someter las controversias y resolverlas a través de un método alternativo de solución de conflictos, caracterizado por su confidencialidad, flexibilidad, rapidez; y los árbitros, mas no los jueces de la jurisdicción ordinaria, serán los encargados de resolver la disputa.

A pesar de esto, no es ajena la situación en la que una persona que ha suscrito un convenio arbitral pretende elevar la controversia frente al Poder Judicial por eventualidades posteriores. ¿Cuáles son estas circunstancias?

El caso típico en el que las partes buscan resolver sus controversias en sede judicial, a pesar de haber llegado a un arreglo, es cuando el convenio arbitral contiene patologías que podrían volverlo inválido o inejecutable. Según Matheus, «un convenio arbitral resulta patológico cuando por los defectos, imperfecciones o deficiencias en su redacción, impide el correcto y normal desarrollo del arbitraje».⁵ En ese sentido, podemos entender que la inejecutabilidad de un convenio arbitral puede sobrevenir de los defectos insubsanables que tengan.

Pero ¿qué pasa cuando una de las partes pretende ir a la vía arbitral y su controversia está sometida dentro de los alcances de un convenio arbitral patológico? Su contraparte usará el remetido procesal, denominado como excepción de convenio arbitral. En palabras de Gabriel Tomas, Santos Sánchez y Villegas Porras:

4 Roque J. Caivano, «Arbitrajes y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», *Lima Arbitration* 2 (2006): 122, https://issuu.com/limaarbitration/docs/roque_j_caivano

5 Carlos Alberto Matheus López, «Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano», *Vniversitas* 53, n.º 108 (2004): 639, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14752>

... la excepción de convenio arbitral permite al juez revisar el convenio arbitral en aplicación de los principios de pro arbitraje y kompetenz-kompetenz, con el fin de que el juez remita a arbitraje dicho acuerdo, siempre y cuando no se haya incurrido en nulidad, ineficacia o sea inaplicable⁶.

Es así que la excepción del convenio arbitral es un instrumento legal que limita a quienes lo suscribieron de acudir a la vía judicial para resolver sus controversias, pues la competencia para dirimirlas la tendrán, en principio, los árbitros que conozcan el arbitraje; a la vez, posibilita al juez revisar la cláusula arbitral y determinar si existe alguna patología que la vuelva insubsanable. En consecuencia, permitirá que se irroque competencia para conocer la controversia.

3. Jurisdicción y competencia, ¿conceptos iguales o distintos?

Ahora bien, para los fines del presente artículo, es importante desarrollar ambos conceptos. En primer lugar, entendemos la jurisdicción como la facultad o autoridad que tiene un órgano o entidad para resolver determinados asuntos dentro de un área geográfica o en relación con una materia específica. En palabras de Ledesma Narváez, «la jurisdicción es la expresión de la soberanía del Estado que se manifiesta en el poder absoluto de juzgar. Solo aquellas personas que están investidas de autoridad lo pueden hacer y sus decisiones, una vez ejecutoriadas, adquieren el valor de cosa juzgada».⁷ En la misma línea, para Enrique Falcón la jurisdicción es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia y resolver conflictos de acuerdo con el ordenamiento jurídico.⁸

6 Adamary Gabriel Tomas, Milena Santos Sánchez y Anthony Villegas Porras, «Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales», *Ius et Tribunalis* 4, n.º 4 (2018): 130, <https://doi.org/10.18259/iet.2018008>

7 Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 83.

8 Enrique Falcón, citado por División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, *Manual de Derecho Procesal Civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinales y jurisprudenciales*, t. I (Lima: Gaceta Jurídica, 2015).

Asimismo, César Landa define a la jurisdicción como una función que tiene por finalidad garantizar el ordenamiento jurídico, mediante la resolución de conflictos a través de decisiones judiciales⁹. En suma, podemos afirmar que la jurisdicción es la capacidad que tiene un Estado, dentro de los límites de su territorio, de impartir justicia.

Aunque podemos concluir que la jurisdicción es un poder que se ejercita con la facultad de resolver conflictos a través de las decisiones judiciales, es importante resaltar que se encuentra limitada por el principio de legalidad, pues los órganos judiciales solo pueden ejercer sus competencias dentro de los límites establecidos por la ley.

En ese sentido, tan importante como tener claro qué es jurisdicción, es entender a cabalidad qué es competencia, pues esta última se encuentra íntimamente vinculada al poder y a la autoridad de un tribunal para conocer y decidir sobre un caso específico.

Cuando hablamos de competencia judicial, podemos mencionar tres: la competencia territorial, la cual establece qué tribunal tiene capacidad, geográficamente, para resolver un caso; la competencia material, la cual fija qué tribunal tiene autoridad para conocer el grado de un determinado tipo de asunto, como civil, penal o laboral; y la competencia por la cuantía del asunto, es decir, el valor monetario o la complejidad del caso. En esa línea, y en palabras de Priori Posada, «la competencia [es] la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional [y] dicha aptitud está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer»¹⁰.

Entonces, la *competencia judicial* se refiere a la capacidad de un tribunal para resolver un caso específico, mientras que la *jurisdicción* se refiere a la autoridad en la que ese tribunal puede ejercer su competencia; autoridad que

9 César Landa, «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional», *Pensamiento Constitucional* 8, n.º 8 (2002), [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

10 Giovanni F. Priori Posada, «La competencia en el proceso civil peruano», *Derecho & Sociedad*, n.º 22 (2004): 39, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16797>

se desprende de los poderes del Estado. Es así que, en palabras de José Ángel Balzán:

[La jurisdicción es] el poder de administrar justicia o más concretamente como el poder de declarar el derecho y aplicar la ley y la competencia el poder de administrar Justicia, en cada caso, conforme a la naturaleza, calidad y cuantía de la acción, de acuerdo con los límites territoriales dentro de los cuales se mueven las partes o conforme al lugar donde se encuentran las cosas en litigio.¹¹

Ahora bien, respecto a la competencia en el arbitraje, la legislación nacional, según el artículo 41 de la Ley de arbitraje peruana, señala lo siguiente:

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales¹².

Esto significa que los jueces peruanos no pueden intervenir en la resolución de disputas que se encuentran sujetas a un convenio arbitral, salvo el presupuesto excepcional de colaboración y control judicial, bajo el cual los jueces pueden intervenir en la actuación arbitral, si esta es solicitada para fines colaborativos expuestos, tales como los regulados en el artículo 8 de la Ley de arbitraje.

Entonces, conforme al artículo 8 de Ley de arbitraje, una de estas excepciones en las que los jueces peruanos pueden intervenir es, por ejemplo, cuando se solicita una medida cautelar o cuando se requiere la ejecución de laudo arbitral. En ese sentido, resulta evidente que cuando estamos frente a un con-

11 José Ángel Balzán, citado por Angel R. Jurado, «La regulación de la competencia de los juzgados de municipio y primera instancia, en materia civil mercantil y tránsito realizada por el Tribunal Supremo de Justicia mediante la resolución 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n.º 6 (2010): 382, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/6-2010/art15.pdf>

12 Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje, 1 de septiembre de 2018.

venio arbitral, la competencia de los jueces peruanos se encuentra limitada por el acuerdo de las partes, quienes han resuelto renunciar a la jurisdicción de los jueces ordinarios en favor del arbitraje.

4. Las cláusulas patológicas: Patologías subsanables e insubsanables

Según Matheus, «un convenio arbitral resulta patológico cuando por los defectos, imperfecciones o deficiencias en su redacción se impide el correcto y normal desarrollo del arbitraje»¹³.

Entonces, una cláusula patológica arbitral es aquella que presenta deficiencias o irregularidades que pueden poner en duda su efectividad o validez. Estas cláusulas pueden surgir debido a la falta de precisión en su redacción, la inclusión de términos ambiguos o contradictorios, o la inclusión de cláusulas que limiten excesivamente los derechos de las partes involucradas.

De acuerdo con Górgolas, es posible reunir a las cláusulas patológicas en tres grupos¹⁴:

a) Acuerdos de arbitraje optativos

Este tipo de cláusulas patológicas adolecen en la determinación de su jurisdicción, pues su redacción genera dudas sobre quién es competente para conocer la controversia. Un ejemplo típico de este tipo de patologías ocurre cuando en un convenio arbitral se redacta que las partes podrán someter sus controversias a arbitraje frente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Trujillo o frente al Poder Judicial.

Es evidente que de esta cláusula no se puede inferir cuál es la voluntad de las partes sobre el foro en el que se resolverán las controversias, sin que exista una voluntad inequívoca de las partes de recurrir a arbitraje.

13 Matheus López, «Reflexiones sobre el convenio arbitral...», 639.

14 Cristina Górgolas, «Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa», *Revista jurídica arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución de conflictos* 15 (2017).

b) Cláusulas carentes de certeza

En este supuesto, el convenio tiene términos imprecisos que no permiten identificar la voluntad de las partes de acudir a arbitraje. Esto suele ocurrir cuando la redacción de la cláusula es incierta y no posibilita determinar cuál es la real voluntad de los involucrados sobre la forma en que se desarrollará el arbitraje. En estos casos, es recurrente que la parte que cuestiona la voluntad de ir a arbitraje presente el caso frente al Poder Judicial ordinario, y este procederá a evaluar la cláusula y a dirimir su validez y eficacia.

Podríamos entender como una cláusula carente de certeza aquella que ha sido redactada bajo términos con doble sentido; por ejemplo, que las partes acuerdan resolver sus controversias frente a un centro de arbitraje. En este caso, no se puede evidenciar una voluntad concluyente, pues la ambigüedad radica en la determinación de un centro de arbitraje, lo cual podría motivar a la contraparte a cuestionar dicha manifestación de voluntad frente a un juez ordinario.

c) Acuerdo de arbitraje inoperantes o inejecutables

A este respecto, el rasgo característico de la cláusula es que sus condiciones no pueden llevarse a cabo. Tal es el caso de un convenio que establece que el arbitraje tenga que ser administrado por un centro de arbitraje inexistente o por un árbitro que ya no ejerce. En este punto, si bien hay un convenio válido, la imposibilidad de cumplir con los términos pactados hace que el convenio sea inejecutable. Un ejemplo sería un acuerdo en el que las partes someten todas sus futuras controversias a arbitraje en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Lima (ICC Lima).¹⁵

Estas irregularidades pueden dificultar la determinación de la sede, la designación de los árbitros, la delimitación de la cuestión sometida a arbitraje, los plazos o procedimientos a seguir en el proceso arbitral, entre otros. En caso de que exista una cláusula patológica arbitral, las partes involucradas pueden acudir a un tribunal competente para solicitar su interpretación, modificación o declaración de ineficacia o nulidad. Y cuando el tribunal arbitral determina que la cláusula tiene una patología insubsanable, esta no podrá ser ejecutada.

15 Esta sede no existe.

Para efectos prácticos, supongamos que las dos partes que suscriben un contrato han acordado someter sus eventuales controversias a la vía arbitral, por lo que designan a la Cámara de Comercio de Brasil, ubicada en Lima, para resolverlas. Asimismo, acuerdan que guiarán el proceso conforme a las reglas del Centro de Arbitraje de Bogotá.

Aunque parezca poco probable, existen casos como el descrito, en el que la cláusula arbitral contiene contradicciones que no permiten su interpretación razonable y, como consecuencia, tendrá la declaración de su invalidez o ineficacia. En este contexto, las cláusulas con patologías insubsanables se consideran inválidas o nulas, por lo que no podrán ser ejercitadas para someter las controversias a arbitraje; al igual que sucede en los casos donde las partes no dejan inequívoca constancia de su voluntad de renunciar a la jurisdicción ordinaria o no se cumpla con las formalidades requeridas por ley.

En esa línea de ideas, si la cláusula patológica es insubsanable, no será posible que, sobre la base de esta, las partes puedan someter sus controversias por la vía arbitral. En palabras de Gabriel Tomas, Santos Sánchez y Villegas Porras:

Cuando un convenio no cumple con lo estipulado en la ley podría ser invalidado, y, si esa omisión es sancionada por la norma legal con la nulidad (...) ya no podrá cumplir con el objetivo de la cláusula arbitral de excluir la justicia ordinaria de la competencia de resolver el conflicto¹⁶.

Entonces, cabe preguntarnos, ¿dónde podrán los involucrados resolver sus controversias? Si de la cláusula arbitral no se puede interpretar claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, estas deberán optar por recurrir a la vía judicial para buscar una solución. Esto significa que, si la cláusula en cuestión es inválida, nula o inejecutable, se puede presentar el caso ante los tribunales judiciales para solicitar la declaración de la nulidad de dicha cláusula o, incluso en algunos supuestos, del contrato completo¹⁷.

16 Gabriel Tomas *et al.*, «Las cláusulas patológicas...», 135.

17 Esta afirmación no desconoce la aplicación del principio de separabilidad del convenio arbitral.

El procedimiento judicial puede variar, dependiendo del tipo de contrato y la situación específica, pero, generalmente, iniciará con la presentación de una demanda frente al juez competente, quien citará a las partes involucradas en el contrato y evaluará los argumentos presentados.

Si el juez decide que la cláusula arbitral es inválida o nula, esta no tendrá efecto legal. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el juez o el tribunal arbitral la modifique, de manera que esta se ajuste a la legalidad y salve la voluntad de las partes de recurrir a arbitraje. Al respecto, señalamos que situaciones así solo tendrán cabida en contextos de jurisdicciones *pro arbitri*; es decir, aquellos que —debido a la cantidad de arbitrajes en curso y a la tendencia por parte de los jueces— favorecen la viabilidad del arbitraje cuando el convenio arbitral contenga patologías. Tal es el caso de jurisdicciones como Perú y Brasil, países que, conforme al Informe de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje 2020, poseen el mayor número de arbitrajes en Latinoamérica¹⁸.

En suma, es pertinente tener presente que, de acuerdo con lo desarrollado, si una cláusula patológica es declarada como nula e ineficaz, es posible recurrir a la vía judicial para buscar una solución a la controversia que motivó su realización. Sin embargo, para arribar a este supuesto, será necesario analizar la voluntad de las partes, el tipo de patología frente a la cual se encuentra incurso la cláusula arbitral y el tipo de jurisdicción en el que se está planteando la excepción del convenio arbitral.

5. El papel de la jurisdicción ordinaria, a pesar de la existencia de un convenio arbitral

Como hemos detallado en párrafos anteriores, es posible que el Poder Judicial tenga jurisdicción, incluso, si existe una cláusula arbitral que excluye a la jurisdicción ordinaria. Aunque la cláusula arbitral es un acuerdo en el que las partes deciden someter cualquier disputa o controversia que pueda surgir con

18 Ciar Global, *Informe de Arbitraje en América Latina*, vol. II (2020), <https://ciarglobal.com/los-numeros-del-arbitraje-en-america-latina/>

una relación jurídica a un arbitraje, existen circunstancias en las que la redacción de la cláusula hará imposible que esta pueda ser ejecutada.

Ahora bien, los siguientes son escenarios en los que el Poder Judicial podrá tener jurisdicción para resolver las controversias de un contrato en el que se ha pactado una cláusula arbitral.

- a) **Cuando se declare la nulidad de la cláusula arbitral.** Si se puede demostrar que la cláusula de arbitraje es nula o inválida, el Poder Judicial puede asumir la jurisdicción para resolver el conflicto. Por ejemplo, si la cláusula fue obtenida mediante coerción o fraude, puede ser anulada.
- b) **Cuando se determine que la materia sometida a arbitraje es de jurisdicción exclusiva del Poder Judicial.** Debemos precisar que existen ciertas materias que están reservadas, exclusivamente, para ser resueltas por los tribunales ordinarios y no pueden ser llevadas ante un tribunal arbitral. Por lo que, aun frente a la existencia de una cláusula arbitral, cuando la controversia verse sobre temas relacionados con derechos no disponibles —como son los derechos humanos o temas fiscales—, corresponderá la intervención del Poder Judicial, puesto que tienen jurisdicción exclusiva sobre la materia.
- c) **Cuando la cláusula arbitral es ambigua sobre la jurisdicción del arbitraje.** En este caso, el Poder Judicial podrá intervenir para determinar si corresponde que la disputa sea resuelta mediante arbitraje o por el sistema judicial.

Es así que, por más que haya una cláusula arbitral en un contrato, existen circunstancias, aunque excepcionales, en las que el Poder Judicial podrá tener jurisdicción.

6. Casuística peruana cuando estamos ante una cláusula inválida o inejecutable

Si bien en la práctica arbitral es frecuente identificar patologías, en el convenio arbitral no hay un tratamiento uniforme al respecto, pues la particularidad de

cada una puede llevar a que sean subsanadas por las partes, devueltas a sede arbitral por el Poder Judicial o resueltas en los tribunales ordinarios.

Ante tal escenario, es preciso realizar un breve compendio sobre algunos casos documentados por el Poder Judicial, en los que se cuestiona la validez de la cláusula arbitral, a efectos de determinar cuál es criterio que suelen aplicar los jueces cuando analizan la validez de un convenio arbitral.

Expediente n.º 148-2012-0 a cargo de la Segunda Sala Civil. Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

En sede arbitral, el demandante solicitó la entrega del inmueble X a su favor, a través de una carta notarial, bajo apercibimiento de iniciar un proceso arbitral para discutir las controversias con relación a ello¹⁹. En la contestación, el demandado formuló la nulidad de todo lo actuado y dedujo la incompetencia del tribunal por no haber celebrado convenio arbitral, ya que sustentaba que no tenía relación comercial alguna con el demandante.

En sede judicial, el demandado sostuvo que no había convenio arbitral alguno, por lo que se debería anular el laudo y retrotraer las actuaciones arbitrales; mientras que el demandante señaló que tenía una carta notarial en la que exigía una obligación bajo apercibimiento de iniciar el arbitraje, la cual debía hacerse valer como convenio arbitral.

Ahora bien, cuando la sala revisó los documentos presentados por el demandado, arribó a la conclusión que no existía un convenio arbitral firmado por las partes y que la carta notarial del demandante no era un convenio arbitral, pues no manifestaba la voluntad de ambas partes. Razón por la cual anuló el laudo y no dispuso el reenvío del expediente a la jurisdicción arbitral.

19 En el Expediente n.º 148-2012-0, a cargo de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, el demandante formuló demanda de anulación de laudo alegando no haber pactado un convenio arbitral alguno con el demandado, y resaltando que la no contestación de una carta notarial remitida por el demandado, con el fin de iniciar el posterior arbitraje, no constituye un consentimiento para someter sus diferencias a arbitraje de no cumplirse con la entrega de un inmueble.

Expediente n.º 000305-2020-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil. Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

En sede arbitral, un cliente de la cadena de supermercados Tottus solicitó una conciliación para resolver una controversia sobre unos daños generados en uno de sus locales. En esta solicitud, el cliente indicó que, de no arribar a una solución, iniciaría un arbitraje, a pesar de que con el supermercado no existía contrato alguno y tampoco un convenio arbitral. Durante el arbitraje, Tottus dejó constancia, en reiteradas ocasiones, que se oponía al arbitraje (mediante carta notarial, escritos arbitrales, reserva de derechos, etc.) al no existir convenio arbitral y no haber manifestado consentimiento al foro arbitral, siendo denegada su oposición por el árbitro único²⁰.

En sede judicial, supermercados Tottus presentó una demanda de anulación de laudo, invocando la causal a) del artículo 63.1, e indicando la «inexistencia de un convenio arbitral» entre las partes, sustentando un proceso arbitral inválido.

Sobre el particular, la sala indicó que concluir la existencia de un convenio arbitral, por el solo hecho que «una parte haya establecido recurrir a arbitraje de no arribar acuerdo conciliatorio sin existe un convenio arbitral», no puede ser válida, ya que ello sería atribuir una decisión unilateral de cómo solucionar controversias, siendo contrario al principio consensual del arbitraje. Razón por la cual decidieron declarar fundado el recurso de anulación de laudo arbitral, nulo el laudo arbitral y no dispuso el reenvío a la jurisdicción arbitral.

Expediente n.º 46-2015 de la Primera Sala Civil. Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

En sede arbitral, la empresa Jhofap indicó que se suscitó un arbitraje con base en un contrato de venta suscrito con una inmobiliaria. Empero, dicho documento tendría las firmas falsificadas de su gerente general, así como una cláusula de arbitraje igualmente nula que el contrato principal. Durante el arbitra-

20 Expediente n.º 000305-2020-0-1817-SP-CO-01. Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 15 de noviembre de 2021. Resolución 15, <https://cutt.ly/vwPzlojD>

je, Jhofap hizo notar las irregularidades del contrato principal y el convenio arbitral, pero el árbitro único hizo caso omiso al reclamo.

En sede judicial, la empresa Jhofap presentó una demanda de anulación de laudo, indicando que en el curso de las investigaciones de la fiscalía, se había emitido un informe pericial de grafotecnia, el cual concluyó que la firma del gerente general de Jhofap había sido falsificada, por lo que no existía contrato de venta ni convenio arbitral²¹.

Al respecto, la sala concluyó que al demostrarse la falsificación de las firmas del gerente general de Jhofap, al «firmar» el contrato de venta que contenía la cláusula de arbitraje, no puede hablarse de un convenio arbitral válido. Razón por la cual, ordenó declarar fundado el recurso de anulación y nulo el laudo arbitral, y no dispuso el reenvío a la jurisdicción arbitral.

Expediente n.º 388-2015 de la Segunda Sala Civil. Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

En sede judicial, los propietarios de un inmueble formularon demanda de anulación del laudo arbitral contra la junta de propietarios de su edificio, porque el convenio arbitral que la junta pretendía hacer valer era una disposición de su reglamento interno. La sala examinó que se podría considerar que existió una voluntad de los propietarios para someterse a arbitraje basado en lo siguiente: al momento de suscribir el pacto de venta con la junta, los propietarios se supeditaron a un «futuro reglamento interno»; y cuando se emitió, se dejó establecido que «las controversias [relacionadas con el centro comercial] serán decididas por el foro judicial o arbitral, dependiendo de lo indicado por el Administrador General». No obstante, para la sala lo anterior al «convenio no expresaba de manera inequívoca que todas las controversias deberán solucionarse en el fuero arbitral, además la decisión de hacerlo o no queda a la sola voluntad de una de las partes, lo que demuestra la inexistencia de voluntad

21 Expediente n.º 46-2015. Primera Sala Civil Superior Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 10 de mayo de 2016. Resolución 14, <https://cutt.ly/GwPzx6lv>. En el mencionado expediente, el demandante presentó una demanda de anulación de laudo indicando que, en el curso de las investigaciones de la fiscalía, se había emitido un informe pericial de grafotecnia, el cual concluyó que su firma había sido falsificada, por lo que no existía contrato de venta ni convenio arbitral.

conjunta e inequívoca de ambas partes para someter sus controversias al foro arbitral»²².

Por lo tanto, para la sala no se había configurado el supuesto del inciso 6 del artículo 13 de la Ley de arbitraje (convenio arbitral referenciado en un contrato relacionado). Finalmente, el recurso de anulación fue declarado fundado, inválido el laudo arbitral y no se dispuso el reenvío a sede arbitral.

Expediente n.º 00087-2014-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil. Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

En sede judicial, la empresa demandante presentó demanda de anulación de laudo arbitral, indicando que no existía un convenio arbitral válido, ya que el acuerdo de arbitraje que se encontraba inmerso en el contrato de compraventa no había sido suscrito por sus representantes, sino que se logró mediante la falsificación de firmas y representaciones.

La sala consideró que no había suficientes medios de pruebas para desestimar lo sostenido por el demandante, por lo que se llegó a la conclusión que el contrato y el convenio arbitral fueron suscritos sin su debida representación. Razón por la cual, se declaró fundado el recurso de anulación de laudo y se dispuso reenviar el expediente al Ministerio Público para los fines pertinentes²³.

22 En el Expediente n.º 388-2015 de la Segunda Sala Civil Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, los demandantes presentaron demanda de anulación contra el laudo arbitral, alegando que el «convenio arbitral en cuestión se encontraba inmerso en el artículo 58 del Reglamento Interno de la Junta de Propietarios del Centro Comercial y que este no facultaba expresa ni tácitamente que su voluntad de arbitrar». Se señala así que la cláusula de arbitraje se estableció unilateralmente. Por su parte, el demandado indicó que los demandantes habían suscrito un contrato de compraventa para adquirir un inmueble, y que esto los sometía a las disposiciones del reglamento interno, por lo que esto debía ser entendido como una manifestación de voluntad para celebrar un convenio arbitral.

23 En el Expediente n.º 00087-2014-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, el demandante presentó demanda de anulación de laudo arbitral indicando que no existía un convenio arbitral válido, ya que el acuerdo de arbitraje en cuestión se encontraba inmerso en un contrato de compraventa que no había sido suscrito por él, sino que se logró mediante la falsificación de firmas y representaciones.

Existen diferentes patologías de las que puede adolecer una cláusula arbitral y que puede motivar a los tribunales judiciales a asumir competencia para dirimir sus controversias. La situación más típica, conforme a los expedientes recopilados, es el cuestionamiento de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, habiéndose evidenciado que para que la cláusula sea válida y pueda ser ejecutada, debe haberse dejado, de manera clara e inequívoca, el sometimiento voluntario de ambas partes para resolver sus controversias por la vía arbitral.

Es importante precisar que la decisión más recurrente de los jueces ordinarios, cuando conocen un caso en el que se cuestionaba la validez de una cláusula arbitral y se afirma que de esta no se puede concluir la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, es dar por concluido el caso sin devolver al expediente arbitral. Por lo que cabe preguntarse: ¿Qué es lo que pasa con esta gama de casos donde, a pesar de que tienen convenio arbitral, no pueden ser dirimidos por un tribunal arbitral? ¿Qué pasa cuando la cláusula presenta ambigüedades o es declarada inejecutable?

El artículo 7 de la Ley de arbitraje, en su numeral 3, señala lo siguiente:

En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes²⁴.

Es así que, bajo esta premisa, podríamos entender que las cláusulas patológicas carentes de certeza podrían ser reguladas de forma supletoria por el artículo 7.3 de la Ley de arbitraje, si se determina que la voluntad de las partes es resolver sus controversias en la vía arbitral.

Respecto a los demás casos, cuando no hay manera de salvar a la jurisdicción arbitral, serán los tribunales ordinarios —es decir, el Poder Judicial— los encargados de dirimir las controversias; asimismo, ante patologías insubsa-

24 Artículo 7, numeral 3 del DL n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

nables, en las que los jueces se encuentren inhabilitados de remitir la controversia a sede arbitral.

Recordemos que la jurisdicción ordinaria es, valga la redundancia, la jurisdicción predeterminada. Por lo que, si no estamos ante un escenario en donde las partes hayan optado por extraerse de ella, el órgano competente para administrar justicia será el Poder Judicial.

7. Conclusiones y reflexiones finales

A partir de lo desarrollado, tenemos que existen diferentes cláusulas patológicas, las cuales se clasifican en acuerdos de arbitraje optativos, cláusulas carentes de certeza y acuerdo de arbitraje inoperantes.

En ese sentido, el tratamiento que se le da a la cláusula dependerá del tipo de patología que tengamos delante. Es así que, de estar frente a acuerdos de arbitraje optativos o cláusulas carentes de certeza, podremos recurrir a la aplicación supletoria de la Ley de arbitraje, pues de la mayoría de estas cláusulas se desprende una voluntad inequívoca de recurrir al arbitraje. Pero los problemas surgen en la determinación de la forma como se llevará a cabo o sobre quién lo administra, por lo que, frente a estos supuestos, es viable una aplicación supletoria de la norma para cautelar la validez del pacto celebrado entre las partes.

Sin embargo, el tratamiento no podrá ser el mismo delante de acuerdos de arbitraje inoperantes, pues, conforme a estos, el cuestionamiento no radica en cómo se llevará a cabo el arbitraje, sino si existe una voluntad de acudir a él. En estos casos, no será viable recurrir supletoriamente a la ley, pues la manifestación de voluntad para suscribir un convenio arbitral y renunciar a los tribunales ordinarios deberá ser expresa y objetiva. En este escenario, se abre la puerta al cuestionamiento de la validez de la cláusula frente a los tribunales judiciales, quienes dirimirán al respecto, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso, la tendencia de la jurisdicción del país y, sobre todo, la voluntad de las partes de recurrir a la vía arbitral.

En conclusión, conforme hemos podido evidenciar, no existe un tratamiento uniforme a las patologías de una cláusula arbitral, pero sí existe un conjunto de criterios a tomar en cuenta al momento de analizarlas. Por esta razón, antes de llegar a dicha eventualidad, es preferible cuidar la redacción del convenio arbitral, de forma que de este se desprenda la voluntad de las partes para que se realicen las obligaciones que surten con su celebración; asimismo, será responsabilidad de los involucrados resolver sus controversias a través del arbitraje y renunciar a los tribunales ordinarios.

Dicen que todos los caminos llevan a Roma; y a veces, en la práctica de la resolución de controversias, así tengamos un convenio arbitral, si este cuenta con una patología insubsanable, la decisión de los jueces nos llevará de vuelta a la jurisdicción ordinaria, de modo que todos los caminos nos conducen de vuelta al Poder Judicial.

REFERENCIAS

- Caivano, Roque J. «Arbitrajes y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Lima Arbitration* 2 (2006): 121 - 224. https://issuu.com/limaarbitration/docs/roque_j_caivano
- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez. «El dominio contractual en el arbitraje». *Ius et Veritas* 16, n.º 32 (2006): 95-102. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12380>
- Ciar Global. *Informe de Arbitraje en América Latina*. Vol II. 2020. <https://ciarglobal.com/los-numeros-del-arbitraje-en-america-latina/>
- División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Manual de Derecho Procesal Civil, todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinales y jurisprudenciales*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Gabriel Tomas, Adamary, Milena Santos Sánchez y Anthony Villegas Porras. «Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales». *Ius et Tribunalis* 4, n.º 4 (2018): 123-136. <https://doi.org/10.18259/iet.2018008>
- Górgolas, Cristina. «Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa». *Revista jurídica arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución de conflictos* 15 (2017): 124-178.
- Jurado, Angel R. «La regulación de la competencia de los juzgados de municipio y primera instancia, en materia civil mercantil y tránsito realizada por el Tribunal Supremo de Justicia mediante la resolución 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 6 (2010): 381-399. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/6-2010/art15.pdf>
- Landa, César. «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional». *Pensamiento Constitucional* 8, n.º 8 (2002): 445-461. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

Matheus López, Carlos Alberto. «Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano». *Vniversitas* 53, n.º 108 (2004): 627-45. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14752>

Priori Posada, Giovanni F. «La competencia en el proceso civil peruano». *Derecho & Sociedad*, n.º 22 (2004): 38-52. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16797>

Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (Cords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Vol II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. <https://www.ipa.pe/pdf/Comentarios-a-La%20Ley-Peruana-de-Arbitraje-Tomo-II.pdf>

Normas legales

Decreto Legislativo n.º 1071, del 1 de septiembre de 2018, por el cual se aprueba el Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Jurisprudencia

Expediente n.º 148-2012-0, del 30 de diciembre de 2015 a cargo de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Expediente n.º 000305-2020-0-1817-SP-CO-01, del 15 de noviembre de 2021 a cargo de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial.

Expediente n.º 45-2015, a cargo de la Primera Sala Civil Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

Expediente n.º 388-2015, de la Segunda Sala Civil Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Expediente n.º 00087-2014-0-1817-SP-CO-01, de la Primera Sala Civil Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sobre la autora

Abogada titulada por la Universidad ESAN, con estudios concluidos en la maestría de Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante en el LLM de Arbitraje Comercial Internacional por la American University Washington College of Law y docente de Derecho Procesal y de MARC en la Universidad Científica del Sur.