

Guerra jurisdiccional: La contienda permanente por la competencia entre los jueces y los árbitros

Jurisdictional Warfare: The Ongoing Contest over Competence between Courts and Arbitral Tribunals

Sonia Queija Alvarado*
Rebaza, Alcázar & De las Casas

Nicolás Guzmán Tuesta*
Rebaza, Alcázar & De las Casas

Resumen:

El arbitraje es una jurisdicción reconocida por el sistema normativo peruano —incluso a nivel constitucional—, el cual, surge de la voluntad libre de las partes de someter el conocimiento de alguna controversia a dicho fuero, excluyéndola del fuero ordinario o estatal. Sin embargo, la realidad ha demostrado que dicho pacto puede ser desconocido por alguna de las partes, pretendiendo someter el conocimiento de la controversia al Poder Judicial, ocasionando que dos fueros distintos y excluyentes conozcan una misma controversia. El presente artículo tiene por finalidad analizar el supuesto anteriormente descrito en virtud de la Ley de Arbitraje Peruana, describiendo los principales inconvenientes que se pueden ocasionar por dicha situación, así como proponer algunas soluciones a la mencionada problemática.

Abstract:

Arbitration is a jurisdiction recognized by the Peruvian regulatory system, which arises from the free will of the parties to submit the resolution of any dispute to said jurisdiction, excluding it from ordinary or state jurisdiction. However, reality has shown that this agreement may be disregarded by one of the parties, who may seek to submit the dispute to the judicial system, resulting in two different and mutually exclusive jurisdictions hearing the same dispute. The purpose of this article is to analyze the above-described situation under Peruvian arbitration law, describing the main problems that may arise from such a situation and proposing some solutions to the aforementioned problem.

Palabras clave:

Arbitraje; *kompetenz-kompetenz*; excepción de convenio arbitral; principio de no injerencia judicial; jurisdicción.

Keywords:

Arbitration; *kompetenz-kompetenz*; arbitration agreement exception; principle of non-judicial interference; jurisdiction.

* Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada Senior en el área de solución de controversias del Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas. Su práctica profesional se enfoca en arbitrajes domésticos e internacionales en distintos sectores, litigios judiciales, así como transacciones y asesoría en prevención de conflictos.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado en el área de solución de controversias del Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas. Su práctica profesional se centra en arbitrajes comerciales domésticos e internacionales, así como en la práctica judicial de diferentes materias.

1. Introducción

Cuando se piensa en un órgano encargado de resolver controversias, lo más común es que venga a la mente el Poder Judicial, ya sea por su notoriedad o por su amplio alcance a nivel nacional. No obstante, en los últimos años, se ha vuelto cada vez más frecuente el uso del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En efecto, tanto personas naturales como jurídicas pactan, de manera creciente, cláusulas arbitrales en sus contratos, con el objetivo de someter sus eventuales controversias a arbitraje. Al optar por esta vía, las partes acuerdan que todas las materias comprendidas en el convenio arbitral serán resueltas exclusivamente a través del arbitraje, excluyendo la intervención de cualquier otra jurisdicción.

En la medida en que las partes eligen libremente un único mecanismo para resolver sus controversias, se entiende que renuncian a recurrir a otros medios, incluyendo el Poder Judicial. Así, el pacto arbitral se erige como una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo expuesto podría parecer pacífico en teoría. Sin embargo, en la práctica, no siempre se respeta este principio. En múltiples ocasiones, a pesar de la existencia de un convenio arbitral válido, alguna de las partes decide eludir la jurisdicción pactada y someter la controversia al Poder Judicial.

Incluso, en algunos casos se presentan situaciones en las que una misma controversia es discutida simultáneamente en un proceso judicial y en un arbitraje, entre los mismos sujetos procesales. Esto genera interrogantes complejas, como; por ejemplo, ¿qué debe suceder con el proceso judicial iniciado? o ¿es posible iniciar un arbitraje si ya existe un proceso judicial en curso?

Pero hay una interrogante que adquiere especial relevancia: ¿quién debe decidir cuál es el órgano competente para conocer la controversia? Si existe un convenio arbitral, la respuesta parecería evidente: el tribunal arbitral. No obstante, la práctica ha demostrado que la respuesta es más compleja y las posiciones no son uniformes.

En este contexto, en las siguientes páginas se analiza la problemática del conflicto competencial que surge entre los jueces y los árbitros, a la luz del derecho peruano y los principios que rigen el arbitraje, así como los mecanismos procesales que podrían ayudar a solucionar dicha problemática.

2. Marco teórico

2.1. El arbitraje como jurisdicción

El artículo 62° de la Constitución Política del Perú establece que “los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. Asimismo, de manera específica y concreta, el artículo 139° de la misma norma fundamental reconoce expresamente al arbitraje como una jurisdicción autónoma, pues señala que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

En el ámbito doctrinario, existe una corriente denominada “*jurisdiccionalista*”, la cual sostiene que el arbitraje posee naturaleza jurisdiccional debido a los efectos que la ley confiere al laudo arbitral, particularmente su carácter de cosa juzgada desde el momento de su emisión. Si bien esta postura admite que el arbitraje nace del acuerdo de voluntades de las partes (el convenio arbitral), resalta que toda la actividad desplegada por los árbitros es de naturaleza jurisdiccional por disposición legal (Vera-Cacho, 2013).

No obstante, esta posición no puede soslayar el evidente componente contractual del arbitraje, dado que su existencia está condicionada a la celebración de un convenio arbitral válidamente suscrito por las partes. En este sentido, resulta más adecuada la denominada teoría “mixta”, la cual reconoce tanto el origen contractual del arbitraje como el carácter jurisdiccional de los efectos del laudo arbitral (Vera-Cacho, 2013, p. 21).

El reconocimiento del arbitraje como jurisdicción para el derecho peruano ha sido plasmado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional del Perú. Una de las más importantes es la emitida en el “Caso Cantuarias” (Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC), mediante la cual el Tribunal Constitucional afirmó:

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 de autoridades administrativas y/o judiciales— **destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje**, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. [Énfasis agregado]

Esta posición refuerza la idea de que el arbitraje no solo constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias, sino también una verdadera jurisdicción, dotada de independencia y protegida frente a interferencias externas.

2.2. El principio *kompetenz-kompetenz*

Uno de los pilares fundamentales del arbitraje moderno es el principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral tiene la facultad exclusiva de decidir sobre su propia competencia para resolver aquella controversia cubierta por el alcance objetivo del convenio arbitral.

Este principio busca evitar que una de las partes, en un intento de evadir el arbitraje pactado, someta unilateralmente el conflicto a la jurisdicción estatal. Como explica Llain Arenilla (2014), este principio procura impedir la sustracción de la jurisdicción arbitral por la remisión de la causa a sede judicial.

Pues bien, el principio *kompetenz – kompetenz* tiene un doble efecto: (i) el efecto positivo, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia jurisdicción (competencia); y, (ii) el efecto negativo, que impide temporalmente a los tribunales estatales pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral. Como señala Caivano y Ceballos (2020), primero, los jueces deben abstenerse de intervenir antes de que el tribunal arbitral resuelva sobre su competencia; y, segundo, la decisión arbitral solo podrá ser revisada en una etapa posterior mediante un recurso específico.

Un aspecto frecuentemente soslayado del principio *kompetenz-kompetenz* es su dimensión temporal: no solo reserva la decisión sobre la competencia al tribunal arbitral, sino que otorga prioridad cronológica a dicho tribunal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional. En ese sentido, Figueroa Valdés (2014) sostiene que el principio implica una “prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje” (p. 72).

Silvia Romero (2005) coincide en que el tribunal arbitral tiene la prerrogativa de pronunciarse primero sobre su competencia, siendo revisable por la justicia estatal únicamente con posterioridad. Así, señala que:

[el árbitro] tendría la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, dichas controversias dentro del marco del procedimiento arbitral, y la justicia estatal tan solo podría revisar la decisión arbitral sobre la competencia (arbitral) en un momento ulterior [...]. (p. 580)

Finalmente, es particularmente relevante señalar que, en el caso peruano, el principio analizado no se trata solo de un concepto teórico, sino que se encuentra expresamente reconocido en el artículo 3 y el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje peruana:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

[...]

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.”

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

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

La fórmula “*único competente*” consagra de manera inequívoca el principio *kompetenz-kompetenz* en su dimensión tanto positiva como negativa, así como la prioridad del tribunal arbitral para decidir sobre su competencia.

2.3. El principio de no interferencia judicial

Como se ha expuesto, el arbitraje es reconocido constitucionalmente como una jurisdicción. Esto implica que los órganos judiciales deben respetar sus competencias y abstenerse de interferir en procesos arbitrales en curso. El artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú consagra el principio de independencia de la función jurisdiccional y dispone:

Artículo 139.- Principio de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

1. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, **ni cortar procedimientos en trámite**, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...]. [Énfasis agregado]

Como se aprecia, existe un claro impedimento de los órganos jurisdiccionales de avocarse a cualquier causa que se encuentre en trámite y sea conocida por un órgano jurisdiccional diferente. Así pues, ninguna autoridad puede interferir o impedir el trámite de cualquier otro proceso. Esta prohibición es aplicable tanto a la jurisdicción ordinaria como a la arbitral, reafirmando su autonomía.

Asimismo, el principio de no injerencia judicial se encuentra regulado de forma específica en el artículo 3° de la Ley de Arbitraje peruana, el cual dispone:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo **no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.**

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y **no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.**

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. **Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.** [Énfasis agregado]

Este marco normativo garantiza que la jurisdicción arbitral pueda operar con independencia y sin interferencias indebidas. Sobre el particular, Velásquez Meléndez y Chang Tokushima (2021) afirman que el principio bajo análisis tiene la finalidad de “evitar medidas judiciales que perturben a eficacia de los acuerdos arbitrales y de los eventuales procesos arbitrales y laudos que tales convenios pudieran generar” (p. 183).

La finalidad del principio es evidente. Habiendo las partes elegido —libremente— acudir a la vía o fuero arbitral para que en esta se resuelva sus controversias, no se puede permitir la interferencia de algún otro órgano que, aunque sea un órgano jurisdiccional, no fue elegido para resolver dicha controversia.

Como ha afirmado Gary Born (2009), permitir que los jueces interfieran en el arbitraje socava los fines perseguidos por las partes al elegir esta vía: que se resuelva la controversia por un tribunal elegido por ellos, dentro de un plazo determinado y con opciones limitadas de revisión del fallo.

En consecuencia, los jueces deben abstenerse de emitir medidas como la suspensión del procedimiento arbitral, la remoción de árbitros o pronunciamientos sobre la competencia del tribunal arbitral. Cualquier intervención judicial anticipada vulneraría no solo el principio de *kompetenz-kompetenz*, sino también el principio de no injerencia judicial.

2.4. El control judicial del arbitraje

Pese a la autonomía del arbitraje, el ordenamiento jurídico peruano contempla mecanismos de control judicial posterior, que se activan una vez que el laudo ha sido emitido. Este control se ejerce principalmente a través del recurso de anulación del laudo arbitral, regulado en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje¹.

Cabe resaltar que este mecanismo tiene carácter excepcional y limitado. En ningún caso el juez puede revisar el fondo de la controversia resuelta en el arbitraje. Como destacan Velásquez Meléndez y Chang Tokushima (2021):

El principio de no injerencia también se manifiesta luego de concluido el arbitraje: al momento de ejecutar el laudo y/o al momento de revisar la validez del laudo. Para la eficacia del laudo arbitral, el legislador establece que se debe iniciar un proceso de ejecución (art. 688, inc. 2, del Código Procesal Civil). **La característica de esta vía judicial es que no deja opción a que**

¹ Artículo 63.- Causales de anulación

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

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o

el demandado ejerza defensas que abran la posibilidad de que el Juez revise el fondo de lo decidido, sino que solo puede plantear defensas formales (inexigibilidad o iliquidez del laudo, su falsedad, o el cumplimiento del laudo, ex art. 690-D del Código Procesal Civil). La injerencia judicial en el contenido del laudo es mínima. (p. 186) [Énfasis agregado]

Así, si bien el arbitraje goza de autonomía, no debe concebirse como un sistema aislado. Del mismo modo, si bien los tribunales estatales no pueden interferir en el trámite de un arbitraje, existe un control de legalidad judicial —*ex post*— de las decisiones emitidas en el marco de un arbitraje.

3. Los cuestionamientos a la competencia de los tribunales arbitrales

La existencia de un convenio arbitral válido y eficaz excluye la competencia del Poder Judicial para conocer las controversias comprendidas en dicho acuerdo y habilita al tribunal arbitral para ejercer su competencia de manera exclusiva y preferente, incluso frente a cuestionamientos sobre su propia jurisdicción.

No obstante, es usual que se susciten discusiones entre las partes con relación a la existencia, validez, eficacia y alcance del convenio arbitral. La polarización de posiciones entre las partes puede ser tal que cada una someta la controversia a fueros distintos por considerar que es el adecuado, iniciándose —por un lado— un proceso judicial y —por otro lado— un arbitraje, para dilucidar los mismos asuntos.

Allí surge el debate sobre cuál es el fuero correcto, cuál es la vía adecuada para resolver la discusión competencial y quién debe definir si la controversia debe ser finalmente sometida a arbitraje. ¿Los jueces o los árbitros?

En el Perú, este cuestionamiento puede plantearse ante el propio tribunal arbitral —en virtud del

principio *kompetenz-kompetenz*— y ante el Poder Judicial, mediante la excepción de convenio arbitral prevista en el Código Procesal Civil.

3.1. El cuestionamiento judicial sobre la competencia del tribunal arbitral

La excepción de convenio arbitral constituye una de las denominadas excepciones perentorias previstas en el artículo 446 del Código Procesal Civil. Esta excepción permite al demandado oponerse a la competencia del órgano jurisdiccional ordinario para hacer valer la existencia de un convenio arbitral y, en consecuencia, impedir que el proceso judicial continúe ante un juez incompetente por razón de la materia.

Tratándose de una excepción perentoria, el efecto principal de la estimación de esta excepción es la declaratoria de improcedencia de la demanda judicial, la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso. En caso contrario, si se desestima la excepción, el proceso continúa su curso ante el Poder Judicial.

Cabe precisar que el cuestionamiento de la competencia arbitral no puede ser declarado de oficio por el juez, sino que corresponde exclusivamente a las partes hacerlo valer oportunamente. Esto es así porque la omisión de formular esta excepción implica una sumisión tácita a la jurisdicción ordinaria, conforme al artículo 18 de la Ley de Arbitraje².

La Ley de Arbitraje le dedica su artículo 16 a la presente institución jurídica³. Sobre el particular, se menciona que la excepción de convenio arbitral se podrá deducir así el arbitraje no haya sido

iniciado. Por imperio de la norma, la excepción de convenio arbitral será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo que el convenio fuese manifiestamente nulo.

Cuando una parte formula una excepción de

no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.”
- f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2 Ley de Arbitraje

Artículo 18. - Renuncia al arbitraje

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

3 Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como

convenio arbitral en un proceso judicial, lo que busca es que el juez se limite a verificar la existencia formal del convenio arbitral, sin entrar a valorar su validez sustantiva o su aplicabilidad al caso concreto. Así, al resolver la excepción, el juez no puede entrar al análisis del fondo del conflicto, sino únicamente verificar si existe un acuerdo arbitral aplicable.

El control judicial sobre la competencia arbitral debe ser excepcional y limitado, respetando la autonomía del arbitraje y el principio de mínima intervención del Estado en este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que el juez debe realizar una especie de *control prima facie* de la existencia de un convenio arbitral⁴.

Cabe resaltar que la protección a la competencia arbitral que otorga la norma en mención es bastante alta, puesto que en los supuestos en los que el arbitraje haya iniciado, pero también se haya deducido una excepción de convenio arbitral en un proceso judicial, el arbitraje podrá continuar por el solo trámite de la excepción en el proceso judicial, pudiendo llegar el arbitraje hasta la emisión del laudo arbitral. De esta manera, se garantiza que por el solo sometimiento de la controversia al fuero judicial el arbitraje no se detenga, siendo esta última su correcta jurisdicción.

No obstante, en la práctica la excepción de convenio arbitral no ha tenido un tratamiento uniforme. En muchos casos es prácticamente imposible resolver una excepción de convenio arbitral sin tener que analizar cuestionamientos sobre la validez, eficacia o sin tener que interpretar el alcance o pronunciarse sobre la extensión del convenio arbitral.

Si bien, en principio, estas son cuestiones reservadas para el tribunal arbitral como órgano habilitado a resolver cuestiones sobre su propia competencia, el Código Procesal Civil no impone un límite claro a los jueces sobre el alcance de la revisión de asuntos

relativos a la excepción de convenio arbitral.

3.2. El cuestionamiento sobre la competencia del tribunal arbitral en sede arbitral

El principio *kompetenz-kompetenz* (del alemán, “competencia sobre la competencia”) determina que el tribunal arbitral tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia, incluyendo la existencia, validez y alcance del convenio arbitral.

En el Perú, este principio está reconocido expresamente en el artículo 41 del Decreto Legislativo N.º 1071, Ley de Arbitraje, que dispone que el tribunal arbitral “es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.”

Este reconocimiento normativo refuerza la idea de que la jurisdicción ordinaria debe abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de la controversia cuando existe un convenio arbitral, y que cualquier cuestionamiento sobre la competencia debe ser resuelto por el propio tribunal arbitral.

En términos del procedimiento, salvo acuerdo distinto de las partes o disposición distinta del reglamento de arbitraje aplicable, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje dispone que las objeciones a la competencia del tribunal arbitral deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. No obstante, el tribunal arbitral podrá admitir objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

4 Ver, por ejemplo, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 3697-2004-PA/TC.

FUNDAMENTOS. -

1. En cuanto a la excepción de convenio arbitral, ésta debe desestimarse, toda vez que en autos **no se ha acreditado la existencia de un pacto expreso que obligue a las partes a resolver la presente controversia (extinción de la relación laboral) en la jurisdicción arbitral**; es decir, la indicación que se hace en el texto del contrato de trabajo está referida al sometimiento a conciliación o arbitraje cuando existan controversias en la ejecución (no de extinción, como en el presente caso) del mencionado contrato. [Énfasis agregado]

La formulación de una objeción a la competencia de un tribunal no suspende el trámite del arbitraje. Incluso, es posible que el Tribunal Arbitral opte por resolver las objeciones junto con el fondo de la controversia, de modo tal que podrá continuar con las actuaciones —e incluso disponer el cierre de instrucción— sin antes haber determinado si es o no competente para resolver la controversia.

Si el tribunal arbitral ampara la excepción, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales, quedando las partes habilitadas a someter la controversia al fuero ordinario.

La decisión del tribunal —de amparar o denegar una objeción a su competencia— puede ser impugnada mediante un recurso de anulación. Así, se trata de una decisión sujeta a una revisión judicial ulterior en clave de anulación. De ahí que el principio *kompetenz-kompetenz* no pueda entenderse como un principio irrestricto ni absoluto.

Si bien el análisis judicial en sede de anulación de laudo es restringido en cuanto a sus causales —limitando el análisis a cuestiones relativas a la existencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o eficacia del convenio arbitral, o a la verificación del alcance objetivo del convenio arbitral (las materias sometidas a arbitraje)— constituye una vía de revisión de la competencia del tribunal arbitral.

Por este motivo, la doctrina reconoce que el principio *kompetenz kompetenz* tiene un matiz:

De cualquier manera, el principio *kompetenz-kompetenz* no otorga a los árbitros el poder total para resolver el planteo de incompetencia. Como se explicará más adelante, esa decisión de los árbitros es siempre revisable judicialmente, por lo que el Poder Judicial se reserva el rol de **autoridad final** en el juzgamiento de la jurisdicción arbitral. El principio no convierte a los árbitros en jueces únicos o finales de su propia competencia. Solo precisa el momento en que cada uno puede pronunciarse sobre la jurisdicción arbitral: los árbitros en primera instancia y los tribunales judiciales revisando esa decisión. (Caivano y Ceballos, 2020, p. 17) [Énfasis agregado]

En palabras de Gonzales de Cossío, es la escuela francesa la que introdujo el matiz al principio *kompetenz kompetenz*, relativizando el carácter absoluto de la competencia de los árbitros para resolver cuestionamientos sobre su competencia, reconociendo la facultad revisora de los jueces ordinarios:

En su origen, dicho principio significó que el tribunal arbitral era el único juez de su competencia (la escuela alemana). Luego se matizó: el árbitro es el primer juez de su competencia, sujeto a la determinación final que haga el juez competente (la escuela francesa).

La escuela francesa constituye el paradigma en vigor. Sin embargo, no resuelve una interrogante: el momento en que el juez debe realizar dicha determinación: ¿antes, durante o después del procedimiento arbitral? La Ley Modelo da respuesta a dicha interrogante proveyendo que es el árbitro a quien le corresponde resolver primero, sujeto a la revisión final del juez competente. (p. 11)

Bajo derecho peruano, nos parece más preciso entender que el tribunal arbitral no es el “único” autorizado a pronunciarse sobre su competencia, sino, en todo caso, el primero —y con autorización preferente— para resolver los cuestionamientos a su competencia.

4. Planteamiento del problema bajo análisis: el conflicto competencial entre los jueces y los árbitros

De lo revisado hasta el momento, puede graficarse la discusión sobre la competencia entre el Poder Judicial y el tribunal arbitral como una carrera de relevos. Un sector relevante de la doctrina explica que “la interrelación entre el principio *kompetenz-kompetenz* y la revisión judicial de la competencia arbitral como una *carrera de relevos* en la que el juez y el árbitro tienen tiempos distintos. Primero, la estafeta está en manos del juez, quien debe pasarla al tribunal arbitral mediante la remisión al arbitraje, y a quien le corresponde resolver sobre el fondo mediante la emisión del laudo. Una vez que ello tenga lugar, la estafeta pasa de nuevo al juez para ventilar la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo.” (Lord Mustill, 1993, citado en Gonzalez de Cossío, p. 12)⁵

En la experiencia comparada, Caivano y Ceballos (2021), comentando la Ley que regula el arbitraje comercial internacional de Argentina, explican que la sola objeción de la competencia judicial obliga al juez a declararse incompetente y remitir a las partes al arbitraje; solo por excepción, el juez podría rechazar la excepción de convenio arbitral y retener su competencia si comprueba que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible:

En este supuesto, entra en juego el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, plasmado en los artículos 19 y 20 de la LACI, idénticos a los artículos 8.1 y 8.2 de la Ley Modelo que, con

5 Ver: Lord Mustill. (1993). Comments and conclusions. En *Conservatory & Provisional Measures in International Arbitration*, 9th Joint Colloquium. ICC Publications. Dicha postura es citada con aprobación por Alan Redfern y Martin Hunter en: Redfern, A., & Hunter, M. (1999). *Law and practice of international commercial arbitration* (3rd ed.). Sweet & Maxwell.

algunas excepciones, obligan al juez a declararse incompetente y remitir a las partes al arbitraje. Por su parte, el artículo 19 dispone lo siguiente:

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 (2018).

[...]

El artículo 19 de la LACI sienta una regla general, y establece algunas excepciones. Interpuesta la excepción de incompetencia por el demandado, es **obligación** del juez ampararla y remitir a las partes al arbitraje, ante la sola comprobación de que existe un convenio arbitral. Solo por excepción, el juez podría rechazar la excepción y retener su competencia si comprueba que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. (pp. 21-22)

Así, en principio, no debería producirse una superposición entre la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia y la potestad del Poder Judicial para revisar dicha decisión en el marco de un proceso de anulación de laudo, sujeta a los límites naturales que impone este tipo de control.

Sin embargo, en el caso peruano, esta división de roles se desdibuja en la práctica. Aunque no es el escenario deseado por la norma, con cierta frecuencia los jueces asumen una suerte de “competencia exclusiva” para resolver discusiones sobre la competencia arbitral. Esto ocurre, por ejemplo, cuando alguna de las partes desconoce un convenio arbitral, somete la controversia al fuero judicial, el juez deniega la competencia del tribunal arbitral y determina que él es el competente para resolverla.

Esta situación se explica, en parte, porque el Código Procesal Civil peruano no establece un mecanismo que remita automáticamente la cuestión competencial al tribunal arbitral. Por el contrario, los jueces al resolver una excepción de convenio arbitral suelen desconocer el contenido del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y no se limitan únicamente a revisar la mera existencia del convenio arbitral para remitir los actuados al tribunal arbitral o concluir el proceso.

Si bien esta facultad judicial debe interpretarse de forma sistemática y armónica con los principios rectores de la Ley de Arbitraje —en particular, el principio *kompetenz-kompetenz* y el principio de mínima injerencia judicial en el arbitraje—, el Código Procesal Civil no impone límites claros al

alcance de la revisión judicial sobre la excepción de convenio arbitral.

De ahí que los jueces muchas veces olviden que cuentan con una facultad limitada para realizar un análisis *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral, en el marco de una excepción de convenio arbitral.

Esta situación es particularmente compleja cuando se produce una verdadera “guerra jurisdiccional”, es decir, cuando el juez rechaza la excepción de convenio arbitral y, en paralelo, el tribunal arbitral se declara competente y continúa con el proceso arbitral. Este escenario puede dar lugar a múltiples problemáticas, entre las cuales destacan:

- (i) La posibilidad de que el órgano judicial, al declararse competente, dicte medidas cautelares dirigidas a suspender el desarrollo del arbitraje. En la práctica, se aprecia que los jueces conceden medidas que obligan a las partes a abstenerse de continuar con el arbitraje o que impidan o dificulten el desarrollo normal del proceso judicial.
- (ii) La tramitación paralela del proceso judicial y del arbitraje, con el consiguiente riesgo de que se emitan decisiones contradictorias sobre la misma controversia, ambas con autoridad de cosa juzgada.
- (iii) La eventual emisión de medidas cautelares contradictorias por parte del juez y del tribunal arbitral, lo que podría generar situaciones de difícil ejecución (por ejemplo, una orden judicial que imponga la realización de ciertos actos y una medida arbitral que ordene abstenerse de realizarlos).

5. ¿Cómo resolver el conflicto competencial?

En el contexto apenas descrito, resulta interesante analizar cuáles son las premisas y las posibles alternativas frente al conflicto competencial entre los jueces y los árbitros.

En primer término, ante la formulación de una excepción de convenio arbitral, el órgano estatal, en principio, debería limitar sus facultades a la verificación *–prima facie–* de la existencia y validez del convenio arbitral y abstenerse de emitir cualquier decisión sobre las discusiones complejas (i.e. la interpretación del alcance objetivo y subjetivo del convenio arbitral, el análisis de eventuales patologías en el convenio arbitral, entre otros), ya que estas se reservan al fuero arbitral, pues la competencia del tribunal arbitral para resolver estas cuestiones es lo que naturalmente debía ocurrir según lo pactado en las partes por el convenio arbitral.

En segundo término, debe considerarse el principio de no intervención del Poder Judicial. Este adquiere particular relevancia cuando un arbitraje se encuentra en trámite, dado que ninguna autoridad judicial puede intervenir ni emitir decisiones que perturben el normal desarrollo del proceso arbitral.

Sin embargo, podría sostenerse que, ante la inexistencia de un arbitraje en trámite, el juez no se estaría avocando a una causa activa, y por ende no infringiría dicho principio. Esta afirmación, si bien técnicamente correcta, no puede ser interpretada en abstracto ni desprovista del contexto normativo del sistema arbitral. Aun sin haberse iniciado formalmente el arbitraje, corresponde al tribunal arbitral —una vez constituido— pronunciarse primero sobre su competencia.

Por lo tanto, incluso en ausencia de un arbitraje en trámite, el órgano judicial deberá abstenerse de intervenir, no solo porque podría comprometer la jurisdicción arbitral, sino porque estaría asumiendo competencia sobre una materia que, por voluntad de las partes, ha sido excluida del ámbito judicial.

En tercer término, consideramos pertinente analizar algunas alternativas o supuestos que se han considerado como soluciones a la problemática planteada.

(i) *Litispendencia entre el proceso judicial y arbitral*

Según el Tribunal Constitucional, se configura un supuesto de litispendencia cuando en dos procesos concurren los mismos elementos de (i) partes, (ii) petitorio y (iii) título o fundamentos de hecho y de derecho⁶. En la misma línea, el artículo 452 del Código Procesal Civil reafirma esta concepción, precisando que existe identidad de procesos cuando las partes —o quienes deriven derechos de ellas—, el petitorio y el interés en litigio son coincidentes.

Así, en principio, se produce una situación de litispendencia entre un proceso judicial y uno arbitral si ambos versan sobre la misma materia, entre las mismas partes y sustentados en los mismos fundamentos. Este escenario plantea un serio problema, ya que podría dar lugar a decisiones contradictorias, emitidas por diferentes órganos jurisdiccionales. Precisamente, el instituto de la litispendencia busca evitar esa duplicidad de pronunciamientos.

La solución normativa ha sido aplicar el principio de primacía temporal: el proceso iniciado primero debe prevalecer, y el posterior debe concluir, siendo archivado.

Sin embargo, esta regla presenta limitaciones cuando existe un convenio arbitral válido. Imaginemos que, a pesar de haberse pactado arbitraje, una de las partes inicia un proceso judicial sobre la misma controversia, el cual es admitido y sigue su trámite. Posteriormente, alguna de las partes inicia un arbitraje sobre la misma materia. Estamos, sin duda, frente a dos procesos paralelos sobre una misma disputa.

No obstante, en este caso, no parece aconsejable tratar esta problemática como una cuestión de litispendencia y aplicar automáticamente la regla de la primacía temporal. La razón es clara: solo puede haber un órgano competente.

Dicho de otro modo, este parece ser un caso distinto al que plantea una situación de litispendencia, pues esta última presupone que se han iniciado —válidamente— dos procesos distintos ante órganos competentes para resolver la misma disputa. Y precisamente por eso la solución (primacía temporal) se limita a “elegir cuál es el proceso que se conservará”.

El caso bajo análisis no encaja en este supuesto de hecho, pues bajo esta hipótesis de trabajo, uno de los procesos habría sido iniciado en contravención de la voluntad de las partes y en detrimento del órgano competente.

La existencia del proceso judicial no convalida su legitimidad si fue promovido en violación al convenio arbitral, de la misma forma que el inicio de un arbitraje no “crea” un convenio arbitral si alguna de las partes no ha consentido el arbitraje.

(ii) *La “ineficacia” del convenio arbitral*

Surge, como segunda alternativa, la declaración de “ineficacia” del convenio arbitral, si se emite una sentencia firme en el proceso judicial al que se sometió la controversia.

Autores como Albert Jan Van den Berg (1981, citado en Rivas Caso, 2019) sostienen que, en tal caso, el convenio arbitral deviene “ineficaz”, ya que, si la controversia ha sido resuelta con autoridad de cosa juzgada, ya no existe conflicto pendiente. En consecuencia, el convenio arbitral, como mecanismo para resolver disputas, no tendría ya objeto sobre el cual operar.

No compartimos esta posición. Aun cuando exista una sentencia firme, no puede soslayarse que ha sido emitida en violación a la voluntad de las partes. Si estas convinieron someter sus controversias al arbitraje, ningún otro fuero —incluido el judicial—

6 Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N.º 02385-2011-PHC/TC, 08096-2013-PHC/TC y 00804-2013-PHC/TC.

puede legítimamente asumir competencia, ni esta podría ser reconocida por el solo hecho de haberse iniciado y concluido un proceso judicial.

Esto, evidentemente, siempre que se hubiera formulado una excepción de convenio arbitral, pues, de otro modo, estaríamos frente a un escenario de sometimiento tácito a la competencia del órgano judicial.

Consideramos problemático afirmar que la existencia de una sentencia firme neutraliza por completo los efectos del convenio arbitral. Recordemos que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú consagra el derecho al debido proceso, el cual incluye el respeto a la jurisdicción preestablecida. Conforme a la Ley de Arbitraje, cuando las partes han suscrito un convenio arbitral, la única jurisdicción competente es el tribunal arbitral, por ser expresión de la voluntad contractual.

En consecuencia, una sentencia judicial que resuelva el fondo de una controversia sometida a arbitraje constituye una desviación de la jurisdicción legítima. Por ello, aceptar la tesis de la “ineficacia” implicaría dotar de validez a un pronunciamiento emitido por un órgano incompetente, en perjuicio del fuero arbitral.

(iii) *La improcedencia del reclamo sometido al juez*

Una tercera alternativa consiste en declarar la “improcedencia liminar” de la demanda judicial ante el solo inicio de un arbitraje.

Así, una forma de evitar la duplicidad de procesos para resolver la misma controversia es que sea exclusivamente el tribunal arbitral quien se pronuncie sobre su competencia. Solo en caso de que el tribunal arbitral determine que carece de competencia, podría recién habilitarse la intervención del Poder Judicial para conocer el fondo del conflicto.

Esta alternativa parte del supuesto de una subordinación total del Poder Judicial a la jurisdicción arbitral en lo relativo a la determinación de competencia, en el sentido de que correspondería exclusivamente al tribunal arbitral —sin interferencia alguna— decidir si una excepción de incompetencia debe ser acogida o rechazada.

Una propuesta de este tipo puede parecer razonable en escenarios donde existen cuestiones complejas sobre la validez, eficacia o alcance del convenio arbitral, en los que se requiere un análisis técnico que solo el tribunal arbitral podría realizar con mayor pertinencia. Sin embargo, podría no ser adecuada en casos en los que resulta manifiesto que

el convenio arbitral es nulo, ineficaz o notoriamente inaplicable al conflicto concreto.

En estos casos, podría resultar ineficiente y excesivamente gravoso para las partes postergar la solución de la controversia y la obtención de justicia hasta que el tribunal arbitral confirme que no es competente —como si se tratara de una suerte de condición precedente— y recién en ese momento poder tramitar el proceso en la vía judicial, cuando esta vía se encontraba habilitada por el solo mérito del derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

(iv) *La suspensión del proceso judicial hasta que se dilucide la discusión en sede arbitral*

Finalmente, una cuarta alternativa, que a nuestro juicio resulta la más interesante desde una perspectiva jurídica y práctica, es la posibilidad de que el juez disponga la suspensión del proceso judicial. Esta opción se plantea como una medida intermedia y prudente en aquellos supuestos en los que: (i) la discusión sobre la remisión de la controversia al arbitraje es compleja, superando el estándar de análisis *prima facie* que exige la excepción de convenio arbitral; y (ii) existe un tribunal arbitral constituido, ante el cual se encuentra pendiente una decisión sobre su competencia.

El Código Procesal Civil peruano no contiene una lista taxativa de los supuestos que habilitan al juez a disponer la suspensión del proceso. De hecho, el artículo 320 de dicha norma dispone que el juez puede declarar la suspensión del proceso de oficio cuando “a su criterio” la suspensión resulte necesaria:

Suspensión legal y judicial

Artículo 320.- Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del Juez sea necesario.

El Juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación.

En virtud de esta disposición, el juez podría, en ejercicio de su facultad discrecional, suspender temporalmente el proceso judicial, cediendo la resolución de la controversia sobre la competencia al tribunal arbitral, sin que ello implique necesariamente concluir el proceso en sede

judicial. Una vez que el tribunal arbitral resuelva el incidente de competencia, se habilitarán dos posibles escenarios: si el tribunal arbitral se declara competente, el juez deberá concluir el proceso judicial por falta de competencia; si, por el contrario, el tribunal arbitral declina su competencia, el proceso judicial podrá reanudarse con la constatación de que corresponde al Poder Judicial conocer el fondo del conflicto.

Esta solución se presenta como una alternativa razonable y equilibrada, que permite evitar la duplicidad de decisiones —e incluso decisiones contradictorias— tanto en lo que respecta a la determinación del órgano jurisdiccional competente, como eventualmente respecto al fondo de la controversia. Además, en comparación con las otras alternativas previamente analizadas, su impacto en términos de costos y plazos procesales podría ser significativamente menor, al evitar el rechazo anticipado de la demanda judicial o la obligación de iniciar un arbitraje carente de viabilidad.

No obstante, por tratarse de una facultad judicial discrecional, su ejercicio no puede ser arbitrario. En cambio, debería estar sujeto a límites de razonabilidad, lo que exige una valoración —caso por caso— de las circunstancias concretas del proceso. En particular, el juez deberá ponderar la complejidad del análisis sobre el convenio arbitral, la etapa procesal en la que se encuentra el arbitraje y la necesidad de preservar el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva.

Lista de referencias

Born, G. (2009). The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30(4), 999–1033. <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss4/22/>

Caivano, R. J., & Ceballos Ríos, N. M. (2020, 21 de diciembre). El principio *Kompetenz-Kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial

internacional argentina. *Themis Revista de Derecho*, (77), 15–34. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23423>

Figueroa Valdés, J. E. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*, (4), 71–81. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/11e7176e-93d7-46ff-bf80-e28f68d5c352>

Gonzalez de Cossío, F. (s. f.) *Kompetenz – kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada*. <https://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/KOMPETENZ%20A%20LA%20MEXICANA.pdf>

Llain Arenilla, S. (2014, junio). El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (24), 143–168. http://scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562014000100006

Rivas Caso, G. (2019). *Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL* (Estudio Mario Castillo Freyre, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Universidad Católica San Pablo, & Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, Eds.).

Silva Romero, E. (2005). Breves observaciones sobre el principio kompetenz-kompetenz. En E. Silva Romero, F. Mantilla Espinosa & A. Aljure Salame (eds.), *El contrato de arbitraje* (pp. 579–668). Legis.

Velásquez Meléndez, R., & Chang Tokushima, J. (2021, 14 de julio). El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *Ius Et Veritas*, (62), 182–203. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23905>

Vera-Cacho, G. (2013). Consideraciones generales acerca del arbitraje. *Ius Et Praxis*, (44), 15–38. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/2811?locale-attribute=es>