



Carlos Rios Pizarro^(*)

La nulidad “manifiesta” del **convenio arbitral**: un caso de excepciones

The “manifested” nullity of the arbitration agreement: a case of exceptions

Resumen: El autor analiza todos los efectos del Convenio Arbitral, tanto para las partes, como para los árbitros y el Poder Judicial. Realiza además una aguda reflexión sobre la nulidad de dicho convenio, refiriéndose a los efectos de la nulidad manifiesta del mismo, planteando situaciones y señalando los supuestos en que se producen.

Palabras Clave: Arbitraje - Convenio Arbitral - Excepción de Convenio Arbitral - Nulidad manifiesta

Abstract: The author analyzes all the effects of the arbitration agreement for the parties, arbitrators and the judiciary. He makes also a sharp reflection on the nullity of the arbitration agreement in which he refers to the effects of its “manifest” nullity. Finally, he considers some situations and points out cases that can occur.

Keywords: Arbitration - Arbitral Agreement - Motion of arbitration agreement - Manifested nullity

1. Introducción

No cabe duda que el arbitraje ha ganado protagonismo en los últimos años como un mecanismo idóneo para resolver controversias entre particulares, gracias a su celeridad y a su alejamiento de los rígidos formalismos⁽¹⁾ que lamentablemente parecen propios de los procesos judiciales.

(*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto del curso Teoría General del Proceso en la misma casa de estudios. Asociado del Estudio Rubio, Leguía, Normand Abogados. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(1) No deben confundirse “formalidad”, “forma” y “formalismo”. Sobre la diferencia entre dichos conceptos, una atenta doctrina precisa que: “la formalidad se refiere a una situación distinta a la forma. Ésta representa el conjunto de condiciones de modo, lugar y tiempo bajo las cuales un acto procesal debe llevarse a cabo, de modo tal que el ejercicio de los poderes

La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral: un caso de excepciones
The “manifested” nullity of the arbitration agreement: a case of exceptions

Cierto es también que ello no sería posible si no se contasen con las garantías necesarias para resguardar la decisión de las partes de acudir a arbitraje. Es por ello que los particulares cuentan con una serie de principios⁽²⁾ y mecanismos para proteger su voluntad de no someter una determinada controversia a la jurisdicción ordinaria. Uno de ellos es la conocida excepción de convenio arbitral.

En principio, no debiese existir mayor interrogante respecto a la aplicación práctica de esta excepción. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, el Juez deberá desestimar la misma, pues dicha controversia deberá ser resuelta en el fuero arbitral. De ese modo, la voluntad y buena fe de las partes queda protegida, y con ello también la posterior decisión arbitral queda resguardada de todo tipo de intromisión judicial.

No obstante, existen algunos problemas prácticos al momento de resolver en sede judicial la señalada excepción. Uno de ellos es la interpretación que debe darse a la denominada “nulidad manifiesta” del convenio arbitral; al ser ésta, conforme el propio Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje (en lo sucesivo, la “Ley”), señala una causal para que un Juez desestime una excepción de convenio arbitral.

En el presente trabajo, determinaremos qué debe entenderse por “nulidad manifiesta” y ejemplificar algunos casos donde nos encontremos ante tal supuesto. Sostendremos que el Juez no debe realizar mayor análisis sobre la validez del convenio arbitral, toda vez que ello corresponde a los propios árbitros en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*. Ello nos llevará a concluir que desestimar la excepción de convenio arbitral invocando la nulidad manifiesta del convenio arbitral debe ser un caso de excepción.

2. Los efectos del convenio arbitral

Sabido es que a través del convenio arbitral las partes se obligan a someter determinadas materias a arbitraje. Pero, junto a ello, se genera también una prohibición de acudir a la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) para resolver tales materias. Esto es producto de los dos efectos que surgen por la mera suscripción del convenio arbitral y que guardan relación con la jurisdicción ordinaria, y que son conocidos por la doctrina como el efecto positivo y el efecto negativo.

En relación al efecto positivo, el profesor Mantilla-Serrano ha precisado:

“El efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación que tienen las partes de respetar el sometimiento a un tribunal arbitral de cualquier controversia que surja entre ellas. Dicho de otro modo, el efecto positivo es la obligación de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia que se encuentre dentro de los términos pactados en el convenio arbitral⁽³⁾”.

Del mismo modo, sobre el efecto negativo, el destacado jurista sostiene que:

“El efecto negativo implica un deber de abstención por parte de los jueces tan

de los sujetos procesales quede debidamente delimitado (...) Finalmente, el formalismo es un concepto que parte de la existencia de los anteriores y se refiere a la defensa exacerbada de las formas y las formalidades establecidas para la realización de los actos procesales y la exaltación en su cumplimiento riguroso. El formalismo es la atención preponderante que se tiene sobre dichas formalidades, que puede llevar, incluso, a olvidar sus funciones y la finalidad del proceso que se pretende resguardar con aquellas. Los formalismos pueden estar contenidos en las leyes, pero también pueden ser fruto de la práctica procesal”. Sobre el particular, véase: BONET, Ángel. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*. Zaragoza: Institución Fernando El Católico, 1981; pp. 195 y siguientes.

- (2) Como ejemplos, tenemos el principio de separabilidad del convenio arbitral, el principio de inevitabilidad del arbitraje y el principio *kompetenz-kompetenz*, todos ellos reconocidos en la Ley General de Arbitraje peruana.
- (3) MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*. Madrid: Iusel, 2005; p. 83



Carlos Rios Pizarro

pronto entran en contacto con una controversia que ha sido sustraída de su competencia, producto del pacto o convenio arbitral⁽⁴⁾.

Ambos efectos son las dos caras de una misma moneda, pues su aplicación práctica conlleva al mismo resultado: la imposibilidad que el Juez se pronuncie respecto de una materia sometida a arbitraje.

Ello, asimismo, resulta una clara manifestación del principio de inevitabilidad del arbitraje, según el cual ninguna actuación de las partes debe impedir o frustrar que el arbitraje se lleve a cabo. Sobre el particular, el profesor Bullard detalla que

“el principio de inevitabilidad del arbitraje implica que ninguna acción u omisión de las partes debe impedir que el arbitraje se lleve a cabo. Esto se explica porque más allá de ser una declaración de las partes de someterse a arbitraje, el convenio arbitral es una manifestación de voluntad de que las partes no buscan la participación del Poder Judicial en la solución de sus conflictos⁽⁵⁾”.

La premisa es clara: ni las partes ni el Poder Judicial pueden desconocer el convenio arbitral, pues ello conllevaría a que éste devenga en inútil o que no se respete la decisión emitida por el Tribunal Arbitral. Pese a ello, existirán escenarios donde una de las partes pretenda desconocer el convenio arbitral celebrado, acudiendo a la jurisdicción ordinaria para resolver una materia contemplada en el convenio arbitral.

3. La excepción de convenio arbitral como mecanismo de protección del arbitraje

A efectos de resguardar el principio de inevitabilidad del arbitraje, se ha establecido en la Ley diversos mecanismos a

fin de garantizar que el convenio arbitral surta plenos efectos y que el arbitraje se desarrolle de acuerdo a lo pactado por las partes.

Por ejemplo, la Ley contempla la designación residual de árbitros⁽⁶⁾ como un mecanismo para garantizar que el arbitraje se lleve a cabo sin intervención del Poder Judicial, señalando que si una de las partes se niega a nombrar a su árbitro o si los árbitros no se ponen de acuerdo para designar al Presidente del Tribunal Arbitral, la designación residual no esté a cargo del Poder Judicial, sino de la institución arbitral del lugar del arbitraje.

También puede observarse la protección al arbitraje en el propio recurso de anulación de laudo arbitral, pues este sólo puede ser interpuesto bajo causales taxativas y que responden únicamente a cuestionamientos de forma, nunca respecto del fondo de la controversia que fue sometida a arbitraje.

La excepción de convenio arbitral es, pues, otro de los mecanismos que permiten una adecuada protección del convenio arbitral y sus alcances. Si bien esta excepción se encuentra recogida en el inciso 13 del artículo 446 del Código Procesal Civil, es en la Ley donde se regula con mayor detalle la aplicación, alcances y extensión de dicha excepción. Así, el artículo 16 de la Ley dispone:

“Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral

(4) *Ídem*, p. 84

(5) BULLARD GONZALES, Alfredo. *Que fue primero: ¿el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio 2013; p.64

(6) Ley General de Arbitraje.

“Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros

(...)

5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23”.

La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral: un caso de excepciones
The “manifested” nullity of the arbitration agreement: a case of exceptions

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como 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 sólo mérito de la existencia del convenio arbitral, *salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo*.

(...)” (énfasis agregado).

De ese modo, si una parte que ha sometido una materia a arbitraje acude a la justicia ordinaria desconociendo tal pacto, el Juez deberá declarar improcedente la demanda sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Bastará para ello que, al analizar su competencia, verifique que la parte demandada haya acreditado la existencia de un convenio arbitral y que éste contemple la relación jurídica que pretende discutirse en sede judicial.

Así lo ha expresado por ejemplo el profesor Garro, quien señala que “el juez que conoce de una excepción arbitral debe examinar, antes de pronunciarse sobre su competencia, si el acuerdo arbitral es válido, y si el tema *decidendum* sometido a su conocimiento es el mismo que las partes han acordado resolver por medio de arbitraje”⁽⁷⁾.

Los efectos de amparar la excepción son ya conocidos, pues sabido es que la excepción de convenio arbitral es una excepción perentoria⁽⁸⁾, extinguiendo el proceso judicial sin afectar la pretensión objeto de discusión. Desde una óptica procesal, esta excepción pretende evitar un vicio en la relación jurídica procesal, el cual no es otro que el interés para obrar en el medio⁽⁹⁾ del demandante.

Por otra parte, desde la perspectiva del arbitraje, lo que pretende esta excepción es resguardar el principio *kompetenz-kompetenz*, el cual consiste en “la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral”⁽¹⁰⁾.

Dicho principio se encuentra además plenamente reconocido numerosas leyes de arbitraje así como en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985. En nuestro país, el artículo 41.1 de la Ley consagra este principio al señalar:

“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

(7) GARRO, Alejandro. *El arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil: un Modelo para la reforma del arbitraje en América Central*. En: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, Transnational Juris Publication Inc.* Nueva York, 1990.

(8) Conforme señala la doctrina, las excepciones pueden ser dilatorias o perentorias. Las primeras suspenden el trámite del proceso hasta que se resuelva el defecto de algún presupuesto procesal. Esto no quiere decir que la suspensión sea permanente, pues transcurrido el plazo otorgado, el proceso se habrá extinguido. En el caso de las excepciones perentorias, éstas extinguirán el proceso. Autorizada doctrina las clasifica en: (i) perentorias simples, extinguiendo el proceso sin afectar la pretensión; y, (ii) perentorias complejas, extinguiendo el proceso y cancelando la pretensión postulada por el demandante. Sobre el particular, véase: MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium, 1987; pp. 142 y siguientes.

(9) Como señala Luiso, “*el interés para obrar puede faltar con referencia al medio procesal o al resultado del proceso. Bajo el primer aspecto (interés en el medio), el efecto solicitado al juez es útil, pero la parte puede obtenerlo por una vía diversa de aquella jurisdiccional*”. Al respecto, véase: LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Milán: Giuffrè, 1997; p. 202.

(10) SILVA ROMERO, Eduardo. *Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz*. En: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005; p. 581



Carlos Rios Pizarro

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”.

El principio *kompetenz-kompetenz* contempla, además, una regla para los jueces al momento de examinar el convenio arbitral. Así, autorizada doctrina señala que “el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* permite, a su vez, que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia”⁽¹¹⁾.

Esta regla ha sido recogida en el inciso 3 del artículo 16 de la Ley, cuando dispone que “el Juez deberá amparar la excepción *salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo*”. Veamos entonces qué debe entenderse por “nulidad manifiesta”.

3.1. ¿Nulidad manifiesta? Los convenios arbitrales “manifiestamente nulos”

Un convenio arbitral es un contrato⁽¹²⁾, el cual crea entre las partes la obligación de someter sus controversias a arbitraje. Por ello, corresponde que se le apliquen las reglas de validez propias de los actos jurídicos.

De ese modo, un convenio arbitral deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, esto es, capacidad de las partes, objeto jurídicamente posible (materia sometible a arbitraje) y una finalidad lícita. En lo que respecta a la forma, la flexibilidad dada por la Ley a la forma del convenio arbitral y lo que debe entenderse por “convenio arbitral que conste por escrito” despeja cualquier inquietud con relación a la misma⁽¹³⁾. Asimismo, serán aplicables las causales de nulidad contempladas en el artículo 219 del Código Civil.

-
- (11) RUBIO GUERRERO, Roger. *El principio Competence-Competence*. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: 2011; p. 471
- (12) Que el convenio arbitral sea un contrato no le resta ni restringe efectos jurisdiccionales. Si bien no es materia del presente artículo determinar la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, coincidimos con la tesis defendida por Cantuarias, quien sostiene que el arbitraje es un contrato con efectos jurisdiccionales. Sobre el particular, véase CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO DEVILLE. *La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino*. En: *Forseti*. Año I. No. I. Lima: 2014, pp. 109 y siguientes.
- (13) Ley General de Arbitraje.
“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral
(...)
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral: un caso de excepciones *The “manifested” nullity of the arbitration agreement: a case of exceptions*

Un poco más complejo resulta determinar en qué casos nos encontramos frente a un convenio “manifiestamente nulo” o qué debe entenderse como nulidad manifiesta. Ya nuestro Código Civil hace una mención al concepto de nulidad “manifiesta” cuando en su artículo 220 señala que un Juez puede declarar la nulidad de un acto jurídico de oficio si determina que tal nulidad es “manifiesta”.

¿Qué debe entenderse entonces por “manifiestamente nulo”? De acuerdo al profesor Escobar, “se entiende que la nulidad es manifiesta cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley)”⁽¹⁴⁾.

En similar línea, nuestra Corte Suprema ha señalado en la Casación No. 1479-2000- Lambayeque que “se conoce por nulidad manifiesta a aquella que no requiera otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a que el juez ha accedido en el curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no cuestionando su validez”.

Comentando específicamente los supuestos aplicables al convenio arbitral, Poznanski sostiene que “la expresión ‘manifiestamente nulo’ está referida a supuestos de orden público (materias no arbitrables) o a claras e inequívocas violaciones a formales regulaciones del convenio arbitral”⁽¹⁵⁾.

Nos permitimos agregar que la revisión de esta “nulidad” debe ser somera, bastando que el mero análisis preliminar constata de forma indubitable un vicio estructural del convenio que lleve a su nulidad. Por ello, somos de la opinión que el convenio será manifiestamente nulo cuando la nulidad resulte incuestionable con tan solo realizar un análisis preliminar del convenio. Un ejemplo de ello sería aquel convenio firmado por un menor de edad.

Distinto será el caso, por ejemplo, del convenio arbitral celebrado por un *falso procurator* o aquel que sin poderes suscribió un

convenio arbitral en representación de un sujeto de derecho. En tales escenarios, el Juez debe realizar una revisión de si efectivamente se cuenta con los poderes necesarios, por lo que la nulidad no puede ser detectada con la simple revisión del convenio arbitral.

Creemos que la revisión debe llevarse a cabo de forma tal que no quepa mayor duda de la nulidad ante una inicial lectura del convenio arbitral. En tal sentido, situaciones que lleven al Juez a una discusión o que le generen una duda (razonable o no) no deben ser entendidas como “manifiestas”, pues en aquellos el Juez se verá obligado a realizar un razonamiento que supere hacer una referencia al contenido de la cláusula arbitral.

Lo expuesto no resta que es el Juez quien tiene la potestad de decidir qué considera como “manifiestamente nulo”. Sin embargo, cualquier interpretación empleada por el mismo debe guardar concordancia con los principios del arbitraje, tomando siempre en consideración que en principio debe ser un árbitro quien decida sobre su propia competencia. Compartimos asimismo la opinión del profesor Cantuarias quien precisa que la revisión debe ser rápida, pus al tratarse una excepción el análisis debe ser meramente incidental, sin requerirse una especial precisión como sí la pudiese tener por ejemplo un proceso de conocimiento. El destacado jurista señala:

“El trámite procedimental de una excepción de convenio arbitral es incidental (en teoría muy rápido), donde el análisis acerca de la validez del acuerdo de arbitraje no se puede realizar con la misma precisión

(14) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Comentarios al artículo 220 del Código Civil*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003; p. 908

(15) POZNANSKI, Bernard. *The Nature and Extent of Arbitrators Powers in International Commercial Arbitration*. En: *Journey of International Arbitration*. Volumen 4. No. 3, 1987; p. 100, citado por: RUBIO GUERRERO, Roger. *El principio Kompetenz-Kompetenz en la nueva Ley General de Arbitraje*. No. 04. Lima: Arbitration, 2010; p. 103



Carlos Rios Pizarro

que se dará dentro de un proceso de conocimiento. Esta situación necesariamente determinará que el análisis que realice el juez sea superficial⁽¹⁶⁾.

Finalmente, debemos remarcar que conforme señala la Ley, el juez sólo podrá desestimar la excepción de convenio arbitral por 'nulidad manifiesta' en aquellos casos donde aún no se hubiera iniciado el arbitraje.

3.2. Casos donde un convenio arbitral es manifiestamente nulo:

A título ilustrativo, proponemos una lista de escenarios donde el convenio es manifiestamente nulo:

- a) Cuando el convenio arbitral ha sido suscrito por una persona incapaz:

Como bien señala Soto Coaguila, "para celebrar un convenio arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles"⁽¹⁷⁾. Por ende, aquel sujeto de derecho que no tenga plena capacidad para el ejercicio de sus derechos no puede suscribir un convenio arbitral. De ocurrir ello, dicho convenio será nulo.

Consideramos que la excepción de convenio arbitral solo debe ser desestimada cuando la incapacidad sea evidente, como el caso de la suscripción de un convenio arbitral por un menor de edad.

Somos de la opinión, asimismo, que no debe existir un análisis detallado de la capacidad. Si éste fuese requerido o existiesen dudas sobre la capacidad de un sujeto para suscribir un convenio arbitral, entonces la excepción debe ser amparada y

la capacidad cuestionada deberá ser ventilada y resuelta en el arbitraje.

- b) Cuando se regulan materias que claramente no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje:

El artículo 2 de la Ley⁽¹⁸⁾ dispone que las materias de libre disposición pueden ser sometidas a arbitraje. Con libre disposición se hace referencia a "aquellas materias sobre las que las partes están facultadas a ejercer su autonomía de la voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas"⁽¹⁹⁾. Existe, por ello, una amplitud de temas susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

No obstante, existen determinados temas que no pueden ser comprendidos como materias arbitrables. Así, casos que atenten contra la moral o buenas costumbres, que versen sobre la capacidad civil de las personas o sanciones penales no pueden ser materia de arbitraje. Por ende, si un convenio arbitral contuviese como materia de alguno de estos supuestos, sería manifiestamente nulo, bastando una simple lectura de la cláusula o convenio arbitral para arribar a la conclusión que existe un vicio estructural en la misma.

Nos hemos referido hasta este punto a casos donde la nulidad resulta incuestionable. Pero

(16) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Diego ARAMBURU YZAGA. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente, 1994; p. 212

(17) SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZALES. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011; p. 159

(18) Ley General de Arbitraje.

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados de acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral".

(19) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Derecho de Arbitraje Español*. Madrid: Dykinson, 1994; p.38

La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral: un caso de excepciones
The “manifested” nullity of the arbitration agreement: a case of exceptions

estos resultan excepcionales y escasos. La regla general será que la excepción de convenio arbitral deberá ser estimada. Proponemos algunos ejemplos ilustrativos de casos en los cuales la excepción debe ser amparada:

- a) Cuando el convenio arbitral no fue firmado por alguna de las partes;
- b) Cuando exista duda si la relación jurídica que se pretende discutir fue sometida a arbitraje;
- c) Cuando existan dudas sobre la ley aplicable para determinar la validez del convenio arbitral;
- d) Cuando se cuestione que el convenio arbitral no ha seguido la formalidad pactada;
- e) Cuando se cuestione los alcances de la representación de quien suscribió el convenio arbitral.

Nuestra tesis es clara: cualquier “materia gris” o situación de duda debe conllevar a que el juez declare fundada la excepción de convenio arbitral y permita que se discuta en el arbitraje la nulidad del convenio. Esa, creemos, es la

interpretación que debe primar, al ser acorde con los principios y normas contenidas en la Ley.

4. Conclusiones

La validez del convenio arbitral debe ser revisada de modo somero en sede judicial y la excepción de convenio arbitral debe ser amparada siempre salvo supuestos verdaderamente excepcionales y evidentes. Si ello no ocurriese, el juez estaría realizando un análisis que se encuentra reservado para el Tribunal Arbitral en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*.

El legislador acierta al no detallar los supuestos de “nulidad manifiesta”. Con ello se permite resguardar al convenio arbitral de muy diversos escenarios, dotándosele al juez de flexibilidad al momento de resolver. Esta flexibilidad debe ser, asimismo, interpretada adecuadamente y de conformidad a la *ratio legis* de la Ley. Ella debe llevar al juez a fundar la excepción de convenio arbitral salvo se encuentre en casos “groseros”.

De ese modo, si el juez debe ir más allá del mero texto del convenio arbitral para determinar la nulidad del mismo, entonces deberá declarar fundada la excepción y permitir que dicha discusión sea ventilada en el fuero arbitral. Sólo de ese modo se estará respetando el mandato legal y los principios que rigen al arbitraje. 