

LA INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL COMPETENCE-COMPETENCE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Claudio Lava Cavassa*

El arbitraje supone un sistema eficaz de solución de controversias que incentiva la inversión. Sin embargo, esta eficacia depende en gran medida de si son los jueces o los propios árbitros los que pueden decidir quién tiene competencia frente a determinadas disputas.

En este sentido, el presente artículo presenta breves aproximaciones a la independencia del convenio arbitral y al competence-competence. Además, mediante el análisis de la legislación comparada se podrán evidenciar las diferencias de ambos conceptos, así como sus elementos esenciales, todo ello en el marco del Arbitraje Comercial Internacional.

* Abogado. Magíster (LL.M) en Derecho Comercial Internacional por la Universidad King's College de Londres. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La propia existencia y el éxito del Arbitraje Internacional como un sistema eficaz de solución de controversias dependen en gran medida de la manera en que los diferentes sistemas legales nacionales determinen si son los jueces o los propios árbitros los que deben decidir quién tiene competencia frente a determinadas disputas. Es precisamente en este punto donde juegan un rol trascendental la autonomía o independencia del convenio arbitral y el *competence-competence*. La escasa aplicación de la regla del *lis pendens* en el arbitraje comercial internacional revela su capacidad para desenvolverse como un sistema de reglas coherente y autosuficiente gracias a la independencia del convenio arbitral, pero principalmente gracias al *competence-competence*, cuyo objetivo manifiesto es asegurar la posibilidad de que los propios árbitros adopten la primera decisión respecto a su propia competencia, decisión que puede ser posteriormente revisada por los jueces y cortes nacionales¹.

No obstante, a pesar de la amplia acogida que han recibido ambos conceptos alrededor del globo, aún persisten considerables discrepancias respecto a sus límites y a sus objetivos precisos². Por ejemplo, la revisión judicial de los pronunciamientos arbitrales en materia de su propia competencia es un área controvertida donde frecuentemente entran en conflicto la libertad contractual y la necesidad de protección legal. Asimismo, el momento adecuado para la intervención judicial es otra área de frecuente controversia, donde se enfrentan el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la posibilidad de que ésta se emplee como una herramienta dilatoria³. En este contexto, todo sistema legal debe decidir qué peso otorgar a estos valores en juego y cómo estructurar el proceso arbitral

para maximizar eficiencias, de modo que se reduzca el espacio para el obstruccionismo y se preserve al mismo tiempo la posibilidad de que cualquier demanda legítima pueda recibir una pronta decisión por parte de los jueces y cortes nacionales⁴.

El propósito del presente artículo es presentar al lector algunas breves aproximaciones respecto a los diferentes enfoques que se tiene en torno a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*. Con tal propósito, el artículo explora distintas definiciones que ponen al descubierto los elementos esenciales de los conceptos analizados, más allá de los diferentes enfoques que sin duda existen en torno a éstos. Este análisis permitirá al lector entender la razón por la que estos conceptos son frecuentemente abordados de manera conjunta. El artículo muestra también algunas de las diferencias más saltantes en torno a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence* al describir brevemente el tratamiento legal que se les otorga en la legislación comparada.

Adicionalmente, conviene precisar que este artículo está enfocado al análisis del Arbitraje Comercial Internacional, por lo que no se pretende explorar otras áreas dentro del terreno arbitral. No obstante, el artículo incluye algunas menciones —ciertamente muy breves— al Arbitraje de las Inversiones, atendiendo a la particular importancia de esta área y su auge creciente en el ámbito del Arbitraje Internacional. Finalmente, cabe la aclaración de que no es posible abarcar a plenitud todas las aristas en relación a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence* en un artículo de extensión limitada como éste, por lo que el objetivo de este artículo consiste únicamente en hacer un breve repaso sobre sus aspectos más saltantes.

¹ GAILLARD E. y Y. BANIFATEMI. "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favour of the Arbitrators" en "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice". Gaillard E. y D. Di Pietro (eds.) Cameron May: Reino Unido. 2008. pp. 272-273.

² BORN, G. "International Commercial Arbitration". Kluwer Law International: 2009. Recobrado el 1 de Febrero de 2010. En: <http://www.kluwerarbitration.com.libproxy.kcl.ac.uk/print.aspx?ids=ipn31371>. pp. 851-855.

³ PARK, W. "The Arbitrators' Jurisdiction to determine Jurisdiction" en ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics?, AJ Van den Berg (ed), Kluwer Law International: La Haya. 2007. pp. 3-6.

⁴ BARCELÓ, J. "Who decides the Arbitrators' jurisdiction? Separability and competence-competence in Transnational Perspective". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2003. Recobrado el 29 de Junio de 2010. [http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Barcelo,%20John%2036%20Vand.%20J.%20Transnatl%20L.%201115%20\(2003\).pdf](http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Barcelo,%20John%2036%20Vand.%20J.%20Transnatl%20L.%201115%20(2003).pdf), p. 1119.

II. DEFINICIONES E IDEAS PRELIMINARES

A. Autonomía, independencia o separabilidad del convenio arbitral

En el derecho comparado, no es extraño encontrar que el principio de independencia del convenio arbitral reciba también otras denominaciones, tales como “*severability*”, “*separability*” o “*l'autonomie de la clause compromissoire*”⁵. En el presente artículo se empleará el término “independencia”. La independencia puede ser definida como el principio por medio del cual el convenio arbitral se considera independiente y distinto del contrato principal celebrado por las partes⁶. Una de las consecuencias más obvias de este principio es que el convenio arbitral no se verá necesariamente afectado por los vicios del contrato principal⁷, y la otra es que el convenio arbitral puede ser sometido a una ley distinta que la que regula al contrato principal⁸. En efecto, tradicionalmente se entiende que la independencia del convenio arbitral internacional supone la validez y eficacia de éste sin importar los vicios que pudieran afectar al contrato subyacente, lo cual es consecuencia lógica de su independencia tanto respecto del contrato principal como de la *lex contractus*⁹. Ciertamente, si bastaran meras objeciones de que el contrato subyacente es inválido para que el demandado pudiera fácilmente eludir

el arbitraje, entonces el convenio arbitral se tornaría sencillamente inútil. Por lo demás, ésta es precisamente una de las situaciones en las que más se requiere salvaguardar y poner de relieve la eficacia del convenio arbitral¹⁰. En tal medida, suele afirmarse que la independencia es una “ficción pragmática y conveniente”¹¹, la cual es ampliamente reconocida como un principio del derecho internacional¹², y un elemento esencial para la existencia misma del sistema arbitral internacional¹³.

Dos razones fundamentales son las que comúnmente sirven de sustento para la independencia o autonomía del convenio arbitral. La primera viene dada por la voluntad de las partes contratantes de que las disputas entre ellos sean resueltas por un foro neutral¹⁴ a través de un único proceso. Lord Hoffmann puso de relieve este aspecto en el conocido caso *Premium Nafta v. Fili Shipping Co. Ltd.* (en adelante se le denominará “Premium Nafta”) al señalar que “no hay base racional por la cual los hombres de negocios pudieran querer que las cuestiones sobre la validez o eficacia del contrato sean decididas por un tribunal y que las cuestiones relativas a su ejecución sean decididas por otro, uno necesitaría encontrar un lenguaje muy claro para decidir que ellos deben haber tenido una intención como esa”¹⁵. En cuanto a la segunda justificación, la independencia del

⁵ SUSLER, O. “The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A transnational analysis of the negative effect of the competence-competence”. En: *Macquarie Journal of Business Law*. Febrero de 2010. Recobrado el 28 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546242. p. 122.

REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N. y C. PARTASIDES, “Redfern and Hunter on International Arbitration”. Quinta edición. Oxford University Press: 2009. p. 117.

⁶ SUSLER, O. Op. cit. p. 122.

⁷ *Ibidem*.

⁸ SAMUEL, A. “Separability of Arbitration Clauses – some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the administration of justice” en Adam, SAMUEL. 2009. Recobrado el 01 de Julio de 2010. <http://www.adamsamuel.com/pdfs/separabi.pdf>, pp. 2-5.

⁹ LEBOULANGER, P. “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”. En: *ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics?* AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 2007. p. 4.

¹⁰ REDFERN; HUNTERM; BLACKABY y PARTASIDES. p. 117.

¹¹ *Ibid.* p. 345. Traducción libre del autor.

¹² DIMOLITSA, A. “Separability and kompetenz-kompetenz”. En: *ICCA Congress series 9 Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 1999. p. 221.

¹³ FOUCHARD, P. “Ou va l'arbitrage International?”. En: *McGill Law Journal* 3. 1989. p. 435. Citada en Le Boulanger. p. 4.

¹⁴ LEBOULANGER. p. 13.

¹⁵ *Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited* [2007] EWCA Civ 20. párrafo 7. Traducción libre del autor.

convenio arbitral puede sustentarse en que mientras el convenio o cláusula arbitral regula aspectos procedimentales, el resto de cláusulas del contrato típicamente están destinadas a regular la relación sustantiva entre las partes, y en consecuencia, ello justificaría un tratamiento diferenciado para ambos tipos de cláusulas¹⁶.

Aunque persisten algunos aspectos controvertidos respecto a los límites precisos de la independencia del convenio arbitral, su reconocimiento alrededor del planeta muestra cierto grado de uniformidad. Esto probablemente se debe en buena medida a la amplia aceptación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, se denominará la “Ley Modelo”)¹⁷. El artículo 16(1) de la Ley Modelo reconoce tanto la independencia del convenio arbitral como el *competence-competence* al señalar expresamente: “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”¹⁸.

En el caso peruano, el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 recoge una norma similar, que señala expresamente: “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. 2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste...”¹⁹. Países como Alemania²⁰ o la India²¹ han adoptado textos similares a aquél del artículo 16(1).

En el caso de Inglaterra, el artículo 16(1) de la Ley Modelo ha inspirado también hasta cierto punto el artículo 7 de la Arbitration Act de 1996 (en adelante, se denominará “English Arbitration Act”),²² que recoge el principio de “separability”, el cual fue primeramente reconocido en Inglaterra en el caso *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. and others*²³. Posteriormente, el caso Premium Nafta fortaleció el principio al establecer que una alegación de soborno en la formación del contrato no necesariamente afecta la cláusula arbitral²⁴. Aún así, los jueces y cortes ingleses no han sido del todo consistentes al momento de permitir que sean los propios árbitros los que decidan cuestiones relativas a la validez del contrato²⁵.

¹⁶ Leboulanger. p. 14.

¹⁷ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 21 de Junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

¹⁸ *Ibid.* Artículo 16(1).

¹⁹ Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, del 28 de Junio de 2008, artículo 41.

²⁰ Zivilprozessordnung, del 01 de Enero de 1998. Artículo 1040(1).

²¹ DIMOLITSA. p. 222.

²² Arbitration Act, del 17 de Junio de 1996, artículo 7.

²³ PAULSSON, J. “Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice”. En: *Arbitration International* 3. 2007. pp. 480-483. DIMOLITSA. p. 222.

²⁴ *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. and others* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 455.

²⁵ PENGELLEY, N. “Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery”. En: *Journal of International Arbitration* 5. 2007. pp. 445-454.

²⁵ PAULSSON. p. 483.

Por el contrario, en Francia, la autonomía del convenio arbitral ha sido consistentemente reconocida desde el caso *Ets. Raymond Gosset v. Carapelli*²⁶. El sistema francés ha desarrollado un concepto mucho más amplio de “total autonomía” que se explica más abajo. En el caso de Estados Unidos, el principio de “*separability*” fue reconocido por el fallo de la Corte Suprema en el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co*²⁷ y reafirmado posteriormente en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc v. John Cardegna*²⁸, según el cual, los árbitros deben resolver los cuestionamientos a la validez del contrato, pero son los jueces y tribunales quienes deben resolver los cuestionamientos sobre el propio convenio arbitral²⁹. En Suiza, el artículo 178(3) de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que la validez del convenio arbitral no puede ser cuestionada en razón de la invalidez del contrato subyacente³⁰.

B. Competence – competence

Si bien la independencia del convenio arbitral permite que el convenio arbitral “sobreviva” a los cuestionamientos sobre la validez del contrato subyacente, no dice nada acerca de quién debe resolver las excepciones u objeciones relativas a la propia competencia de los árbitros³¹. En este punto entra en acción la doctrina del *competence-competence*, a veces considerada como una consecuencia funcional de la independencia del convenio arbitral. Barceló ilustra el concepto de *competence-*

competence, señalando que “los árbitros están autorizados para decidir sobre su propia competencia, al menos como cuestión inicial”³². Así, los cuestionamientos a la competencia de los árbitros no impiden que sean éstos los primeros en evaluar y resolver dichos cuestionamientos³³. Solo a modo referencial, en el ámbito del Arbitraje de las Inversiones, el artículo 41 de las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI (en adelante, se denominará el “Convenio CIADI”) reconoce expresamente que el propio tribunal arbitral podrá considerar, incluso de oficio, si la disputa que se le ha sometido es de su propia competencia³⁴.

No obstante, el estudio de los diferentes enfoques otorgados en la legislación comparada muestra las discrepancias que existen en aspectos tales como el momento propicio para la revisión judicial de esas primeras decisiones arbitrales, la naturaleza y el alcance de dicha revisión o las situaciones en las que no debe admitirse el *competence-competence* de los árbitros. Esta situación dificulta la posibilidad de alcanzar una definición más precisa del *competence-competence*^{35 36}. En esta misma línea, a menudo se emplean denominaciones tales como “*competence-competence*”, “*kompetenz-kompetenz*” o simplemente “*the who decides question*” para hacer referencia a los distintos enfoques que existen sobre el mismo concepto³⁷. Originalmente, fue conocido con las palabras alemanas “*kompetenz-kompetenz*”, permitiéndose incluso que los árbitros fallen de forma definitiva sobre su propia competencia,

²⁶ LÉBOULANGER. p. 7.

²⁷ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* 388 U.S. 395 (1967). KENT, A. “The Separability Doctrine: The Continuing Impact of *Prima Paint* in Georgia, Alabama, and the Eleventh Circuit”. En: *Findlaw for Legal Professionals*. Marzo de 2004. Recobrado el 16 de Enero de 2010. <http://library.findlaw.com/2004/Mar/9/133330.html>.

²⁸ *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna*. 126 S.Ct. 1204 (2006)

²⁹ WARE, S. “Arbitration Law’s Separability Doctrine After *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*”. En: *Nevada Law Journal*, October 2007. Recobrado el 30 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018526. sec. I.

³⁰ Ley de Derecho Internacional Privado, del 18 de Diciembre de 1987, artículo 178(3).

³¹ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. p. 346.

³² BARCELÓ. p. 1118. Traducción libre del autor.

³³ GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International: La Haya. 1999. p. 400.

³⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, con las enmiendas aprobadas el 29 de setiembre de 2002.

³⁵ PARK, W. “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who decides what?”. En: *International Arbitration Law Review*. 2008. Recobrado el 28 de Julio de 2010. <http://www.williamwpark.com/documents/Arbitral%20Jurisdiction%20%20IALR.pdf>, pp. 37-40.

³⁶ BORN, pp. 851-855, 971, 988-1001.

³⁷ *Ibid.* pp. 852-854.

sin que haya lugar a revisión judicial. Sin embargo, este enfoque no es universalmente aceptado hoy en día; de ahí que parece mejor evitar el uso de dicha terminología³⁸. En este artículo se ha optado por emplear el término “*competence-competence*”.

El poder que tienen los árbitros para tomar decisiones sobre su propia competencia, como se ha mencionado anteriormente, es usualmente conocido como el efecto positivo del *competence-competence*. Born explica que la aceptación universal de este aspecto otorga al *competence-competence* el nivel de norma de derecho internacional³⁹. Por otro lado, el efecto negativo del *competence-competence* prohíbe que los jueces y cortes nacionales se inmiscuyan en estas disputas, al menos hasta un momento posterior⁴⁰. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, se denominará “Convención de Nueva York”) reconoce el efecto negativo en su artículo II(3): “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”⁴⁰. Como puede verse, el artículo citado no proporciona mayores detalles acerca del tipo de evaluación que debe ser llevada a cabo por el tribunal del Estado Contratante, lo cual guarda estrecha relación también con la oportunidad en que debe realizarse dicho pronunciamiento judicial. El reconocer plenamente el efecto negativo del *competence-competence* supone aceptar un principio de prioridad a favor de los árbitros. La denominada “*priority rule*” busca posponer la intervención judicial hasta una etapa posterior, e.g., la etapa de impugnación o de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁴². Aún así, el sistema francés parece ser el único que ha adoptado en su total dimensión esta “*priority*

rule”, consistente con su reconocimiento del principio de validez del convenio arbitral⁴³, tal como se verá más adelante.

C. Los principios analizados en conjunto

Frecuentemente la autonomía o independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* reciben un tratamiento conjunto en los diferentes sistemas legales. La razón para este tratamiento conjunto radica en la estrecha interrelación funcional de los dos conceptos al permitir a los árbitros continuar con el procedimiento arbitral, evitando cualquier intervención judicial temprana. En efecto, si la cláusula arbitral se considerara nula o inexistente como consecuencia de la nulidad o inexistencia del contrato subyacente, entonces desaparecería el sustento para que los árbitros asuman competencia y emitan pronunciamiento alguno. Como se ha explicado anteriormente, en virtud de la independencia del convenio arbitral, las defensas basadas en la invalidez del contrato principal no acarrear necesariamente la invalidez del convenio arbitral; en consecuencia, la interposición de dichas excepciones o defensas no perjudican la facultad del tribunal arbitral para resolver las mismas⁴⁴. Es importante recordar que “el convenio arbitral debe ser tratado como un acuerdo distinto y puede ser nulo o anulable únicamente por vicios que afecten directamente al convenio arbitral”⁴⁵. Por otro lado, las excepciones u objeciones relativas a la inexistencia o invalidez del propio convenio arbitral, o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, pueden ser resueltas en primer término por el propio tribunal arbitral (y no por los jueces o cortes nacionales) en virtud del *competence-competence*⁴⁶.

A menudo se afirma que el *competence-competence* necesita la independencia del convenio arbitral a efectos de ser una herramienta procedimental verdaderamente efectiva. De ahí que suele afirmarse que “sin

³⁸ GAILLARD y SAVAGE. p. 396.

³⁹ BORN. pp. 967-968.

⁴⁰ GAILLARD y SAVAGE. pp. 401-402.

⁴¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de Junio de 1958. artículo II(3).

⁴² GAILLARD y BANIFATEMI. p. 260.

⁴³ DIMOLITSA. p. 238.

⁴⁴ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. pp. 344-346.

⁴⁵ Premium Nafta. párrafo 17. Traducción libre del autor.

⁴⁶ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. pp. 346-347.

la doctrina de la separabilidad, un tribunal haciendo uso de su *competence-competence* estaría potencialmente obligado a declinar su competencia sobre el fondo dado que la existencia de la cláusula arbitral podría verse afectada por la invalidez del contrato subyacente⁴⁷. Ciertamente, obviando la idea de la separabilidad o independencia, un laudo que declare nulo el contrato subyacente pondría en riesgo su propia legitimidad, ya que siendo nulo el contrato principal, la cláusula arbitral devendría en nula también. Sin embargo, aunque se trata de instituciones estrechamente vinculadas, no se debe justificar la facultad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia sobre la base del carácter separable del convenio arbitral. Por ejemplo, el *competence-competence* no necesita la independencia del convenio arbitral cuando se alega que la controversia está fuera del ámbito de aplicación del convenio arbitral, o que por su propia naturaleza la controversia no es susceptible de ser sometida a arbitraje. En ciertas circunstancias, los cuestionamientos a la competencia de los árbitros surgen a raíz de cuestionamientos hechos contra la existencia o validez del contrato principal. Sin embargo, en estos casos, es la independencia del convenio arbitral la que permite a los árbitros emitir pronunciamientos sobre tales cuestionamientos, dado que no hay cuestionamientos contra el convenio arbitral en sí mismo, y en consecuencia, no hay lugar para el *competence-competence*⁴⁸.

Aun cuando las diferencias entre la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* son muchas veces erróneamente entendidas o aplicadas, se trata en efecto de conceptos distintos, con la particularidad de que comparten el objetivo de evitar las disrupciones que podría causar en el proceso arbitral una interferencia judicial prematura⁴⁹. El principio de independencia del convenio arbitral logra este objetivo al permitir que los árbitros resuelvan cuestiones vinculadas a la

formación del contrato principal, al margen del contenido de sus pronunciamientos. El *competence-competence* lo logra al permitir que los árbitros fallen sobre su propia competencia, lo cual incluye (pero no se limita a) los eventuales defectos en el propio convenio arbitral. En suma, la independencia del convenio arbitral se interseca con el *competence-competence* en la medida en que ambos contribuyen a la misma función, esto es, "...prevenir que una parte actuando de mala fe detenga el procedimiento arbitral antes de que éste se inicie"⁵⁰.

III. DIFICULTADES EN TORNO A LA INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

A. La independencia del convenio arbitral y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Probablemente la objeción más importante contra la independencia del convenio arbitral está en el hecho de que al aceptar que la cláusula arbitral no se vea afectada por los vicios del contrato principal, podría terminarse forzando a una de las partes a formar parte del arbitraje aún cuando nunca se haya celebrado un contrato válido (y en consecuencia, no exista en realidad una cláusula arbitral válida). Así, se dice que las partes deberían ser remitidas al arbitraje solo luego de que algún juez o corte nacional haya determinado que las partes efectivamente celebraron un contrato válido y eficaz que incluya una cláusula arbitral. Dado que el sometimiento al arbitraje supone una renuncia a la tutela jurisdiccional del Estado, el hecho de permitir que los árbitros fallen sobre la validez o la existencia misma del contrato "contenedor" podría acarrear que se afecte gravemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado, ya que la renuncia a dicho derecho sería evaluada con un estándar más bajo que el requerido por la ley aplicable al contrato⁵¹.

⁴⁷ LEW, JD. MISTELIS, LA. y SM KRÖLL. "Comparative International Commercial Arbitration" Kluwer Law International: La Haya. 2003. p. 334. Traducción libre del autor.

⁴⁸ BORN. pp. 873-875.

⁴⁹ BARCELÓ. p. 1116.

⁵⁰ PARK, W. "The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?": En: Arbitration International 12. 1996. pp. 153-154.

⁵¹ Ware. sec. IIIA.

En síntesis, según algunos autores, vale la pena sacrificar las ventajas de la independencia del convenio arbitral con tal de asegurar que el derecho a la tutela jurisdiccional reciba la protección que otorga la ley aplicable al contrato⁵². Sin embargo, este análisis puede no ser del todo preciso en el contexto internacional, donde las partes suelen preferir que sus disputas sean resueltas precisamente ante foros extra-judiciales, y en ocasiones, incluso sin remitirse a ninguna legislación en particular.

B. Inexistencia del contrato principal

En línea con la crítica anterior, frecuentemente se señala que mientras que el convenio arbitral no se ve afectado normalmente por la ineficacia sobreviniente del contrato principal, sí se ve afectado en cambio por la inexistencia de éste. En consecuencia, existe una corriente para la cual el convenio arbitral no puede considerarse independiente o autónomo en aquellos casos en que se alegue la inexistencia del contrato principal. Muchos autores ponen de relieve que la distinción entre cláusulas anulables y cláusulas *ab initio* ha quedado desfasada a decir de los más recientes pronunciamientos arbitrales⁵³. No obstante, todavía hay quienes consideran relevante la distinción entre contratos que nunca existieron y contratos que dejaron de existir, sobre la premisa de que, a diferencia de los últimos, “si el contrato nunca existió, entonces el convenio arbitral nunca existió”⁵⁴. Así, según este enfoque, la independencia del convenio arbitral sería de aplicación en la medida en que el contrato haya tenido existencia.

C. ¿Completa autonomía o mera divisibilidad?

La idea de la autonomía completa, desarrollada en Francia, supone que el convenio arbitral no

está sujeto a ninguna legislación nacional. Casos como el de *Hecht v. Buisman's, Gatoil v. National Iranian Oil Co.* y el de *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergheb v. Dalico Contractors* (al que en adelante denominaremos “*Dalico*”) han dado lugar a una norma sustantiva recogida en el “principio de validez” del convenio arbitral internacional, sujeto solo a las normas imperativas del derecho francés y al orden público internacional (son las así llamadas “*Dalico rules*”), sin referencia a ninguna norma de derecho internacional privado en concreto^{55 56}. Sin embargo, este enfoque no ha sido aceptado universalmente, probablemente porque supone un reconocimiento de la discutida autonomía del sistema arbitral internacional.

Siendo esto así, hay quienes sostienen que la cláusula arbitral no puede existir sin el contrato subyacente. Para esta corriente, la naturaleza “procedimental” de la cláusula arbitral, en oposición a las restantes cláusulas “sustantivas” del contrato no podría justificar la independencia de la cláusula arbitral⁵⁷. Por ejemplo, Pierre Mayer sugiere que se debería más bien emplear el término “*severability*”, el cual supone que la cláusula arbitral puede ser “retirada” o “separada” del contrato principal, pero que en ciertas circunstancias la cláusula arbitral será inválida o inexistente como consecuencia de la invalidez o inexistencia del contrato principal⁵⁸. No obstante, incluso una cláusula arbitral susceptible de ser “retirada” o “separada”, será cedida conjuntamente con el contrato principal en casos de cesión de posición contractual⁵⁹. Sin embargo, esta es otra arista no resuelta. Mientras que la transmisión automática de la cláusula arbitral junto con el contrato principal, es defendida por los jueces y cortes de Suiza, Alemania y Francia, en Estados Unidos las autoridades judiciales han determinado que la cesión del convenio arbitral requiere el acuerdo expreso de las partes en ese sentido⁶⁰.

⁵² *Ibid.* sec. IV.

⁵³ LEBOULANGER. pp. 24-27.

⁵⁴ SUSLER. p. 123.

Ver también: GOLDSTEIN, D. “Arbitrator’s power to determine whether a contract is void *ab initio*”.

En: Australian Construction Law Newsletter. 1995. Recobrado el 28 de Julio de 2010. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUConstrLawNlr/1995/2.html>. pp. 7-8.

⁵⁵ DIMOLITSA. pp. 217-228.

⁵⁶ LEBOULANGER. pp. 19-21.

⁵⁷ *Ibid.* p. 14.

⁵⁸ MAYER, P. “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”. En: ICCA Congress series 9 Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International. La Haya, 1999. pp. 263-264.

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ LEBOULANGER. pp. 28-31.

D. Acerca de la ley aplicable

Tal como se señaló anteriormente, la independencia del convenio arbitral permite que un convenio arbitral esté sujeto a una legislación distinta que aquella que regula el contrato principal. No obstante, la realidad indica que las partes contratantes no suelen pactar la aplicación de leyes distintas para el convenio arbitral y para el contrato principal, de modo que resulta útil indagar en cada caso concreto cuál es la real intención de las partes respecto a la independencia del convenio arbitral⁶¹. Ante la falta de un pacto expreso acerca de la ley aplicable específicamente al convenio arbitral, suele recurrirse a la ley del lugar del arbitraje o a la *lex contractus* para determinar la validez del convenio arbitral. Es interesante recordar aquí la relevancia del caso *Dalico*, de acuerdo con el cual la validez del convenio arbitral internacional debe ser determinada únicamente con sujeción al orden público internacional (ciertamente un concepto impreciso) y a las normas imperativas del derecho francés⁶².

En virtud del artículo II(3) de la Convención de Nueva York, los jueces nacionales deben remitir las disputas a los árbitros, salvo que en un caso concreto, el convenio arbitral sea “nulo, ineficaz o inaplicable”. El texto en inglés del artículo II(3) de la Convención de Nueva York señala que la excepción consiste en que el acuerdo de arbitraje sea “*null, void, inoperative or incapable of being performed*”⁶³. El artículo no establece el tipo de análisis que deben realizar los jueces para evaluar si los convenios arbitrales son nulos, ineficaces o inaplicables, así como tampoco señala a qué ley deben remitirse los jueces al momento de hacer dicha evaluación. De ahí que algunos jueces tengan la tendencia a aplicar la ley del lugar del arbitraje, en virtud del artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, el cual literalmente remite a “la ley del país en que se haya dictado la sentencia” [arbitral]⁶⁴ ⁶⁵. Dimolitsa, por su

parte, puntualiza la estrategia firmemente adoptada en los Estados Unidos a favor del arbitraje, así como las “*régle matérielle*” aplicadas en Francia para dar prevalencia a la voluntad de las partes, pero siempre dentro de los límites del orden público internacional⁶⁶. Adicionalmente, aunque el artículo II(3) abre un espacio para la aplicación de la completa autonomía al no establecer ninguna ley aplicable, otras disposiciones, tales como los artículos II(2), V(1)(a) y V(2) (a) de la Convención de Nueva York podrían acabar por socavar la completa autonomía. De hecho, estas disposiciones podrían hacer que los árbitros observen con rigidez el requisito del convenio arbitral escrito, o que tomen en cuenta la ley del lugar del arbitraje o la *lex contractus* al momento de evaluar la validez de la cláusula arbitral, o que, al evaluar si se encuentran ante una materia arbitrable, apliquen la ley del lugar de ejecución del laudo. Así, aunque la Convención de Nueva York vincula a los jueces y cortes nacionales, y no a los árbitros, la ejecución del laudo arbitral puede verse afectada si los árbitros aplicaran la total autonomía del convenio arbitral y arribaran a soluciones distintas que aquellas que se derivarían de la aplicación estricta de la Convención de Nueva York⁶⁷.

IV. DIFICULTADES EN TORNO AL *COMPETENCE-COMPETENCE*

A diferencia de la independencia del convenio arbitral, que ha sido aceptada con cierto grado de uniformidad, el *competence-competence* ha dado lugar a una amplia gama de enfoques por parte de los diferentes sistemas legales nacionales. Esto, a su vez, es consecuencia de las distintas maneras en que los sistemas legales han asignado competencias entre árbitros y jueces para resolver las objeciones a la competencia arbitral, y refleja claramente la necesidad de entender estas diferencias para un mejor estudio del tema. De hecho, difícilmente podría sostenerse que existe solo una aproximación correcta, ya que ello

⁶¹ MAYER. pp. 266-267.

⁶² LEW, MISTELIS y KRÖLL. pp. 107, 123-124.

⁶³ Convención de Nueva York, artículo II (3).

⁶⁴ *Ibid.* artículo V(1)(a).

⁶⁵ DIMOLITSA. p. 242.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 243-244.

⁶⁷ *Ibid.* pp. 246-248.

LEW, MISTELIS y KRÖLL. p. 119.

dependerá de los valores y objetivos que sean priorizados por cada sistema legal, los cuales determinarán en última instancia la regulación específica que se adopte en cuanto a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*. En esta sección se pondrá énfasis en las áreas más relevantes donde usualmente se presentan divergencias en la legislación comparada en torno al *competence-competence*.

A. La fuente del *competence-competence*

La fuente de la que emana la competencia de los árbitros para emitir pronunciamientos sobre su propia competencia es un área de frecuentes controversias. Mientras que la posición predominante parece ser que el *competence-competence* se fundamenta en el acuerdo de las partes⁶⁸, algunos consideran que esta justificación es frágil dado que la competencia de un tribunal arbitral para fallar sobre la validez de un convenio arbitral no podría provenir de un convenio arbitral inválido⁶⁹. Por otro lado, se sugiere también que la fuente del *competence-competence* se encuentra en la ley del lugar del arbitraje y también en la ley de los países que estén a cargo del reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales en materia de competencia⁷⁰.

B. Momento apropiado para la intervención judicial

Otro aspecto de profunda controversia es el referente al momento oportuno para que los jueces o cortes nacionales intervengan en el proceso arbitral. Mientras que una intervención judicial temprana incrementa las posibilidades para la disrupción del proceso arbitral, el hecho de posponer dicha intervención puede suponer que alguna de las partes termine viéndose sujeta a

un arbitraje que no fue pactado⁷¹. La Ley Modelo permite que los árbitros resuelvan las excepciones a la competencia arbitral “como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo”⁷². El Convenio CIADI, en lo que respecta al Arbitraje de las Inversiones, también señala que el tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre estas excepciones como una cuestión preliminar o conjuntamente con su pronunciamiento sobre el fondo⁷³. De manera similar, en Perú, el artículo 41.4 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje señala que el tribunal arbitral decidirá estas excepciones con carácter previo o junto con su pronunciamiento sobre el fondo⁷⁴.

La Ley Modelo añade, en su artículo 34, que este pronunciamiento arbitral está sujeto a una revisión temprana por parte de las autoridades judiciales⁷⁵. Sin embargo, la Ley Modelo también prevé la posibilidad de que sean los jueces y cortes nacionales los primeros en resolver cuestiones sobre competencia⁷⁶. En los Estados Unidos, las partes tienen en principio el derecho de objetar la competencia de los árbitros en cualquier etapa del proceso arbitral, para que sean las cortes las que resuelvan si las partes efectivamente acordaron someterse al arbitraje. Bajo este modelo, una parte que nunca manifestó su voluntad de recurrir al arbitraje no se ve forzada a proseguir con el arbitraje⁷⁷. No obstante, este esquema permite que haya lugar para tácticas dilatorias en contra del arbitraje.

Contrariamente a lo que ocurre en el caso de Estados Unidos, el sistema francés pospone la intervención judicial en materia de competencia hasta luego de que se expida el laudo arbitral. El artículo 1466 del Código de Procedimientos Civiles francés contempla expresamente el efecto positivo del *competence-competence*⁷⁸,

⁶⁸ Ver por ejemplo, GAILLARD y BANIFATEMI. p. 259.

⁶⁹ GAILLARD y SAVAGE. p. 400.

⁷⁰ BORN. p. 968.

⁷¹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 4-5.

⁷² Ley Modelo. Artículo 16(3).

⁷³ Convenio CIADI. Artículo 41(4).

⁷⁴ Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Artículo 41.4.

⁷⁵ Ley Modelo. Artículo 34.

⁷⁶ BORN. p. 880.

⁷⁷ PARK. “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who decides what?”. pp. 38-39.

⁷⁸ Código de Procedimientos Civiles francés, Decreto Legislativo del 14 de Mayo de 1981. artículo 1466.

mientras que el artículo 1458 establece que los jueces y cortes deben declinar jurisdicción en aquellas disputas que sean sometidas a arbitraje⁷⁹. Esta aproximación, similar a la del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (en adelante, se denominará “Convenio Europeo”)⁸⁰, recoge casi a plenitud la “*priority rule*”. Minimiza la posibilidad de que se empleen tácticas dilatorias, mientras que se maximiza la economía en el uso de los recursos judiciales⁸¹. “Para el legislador francés y los redactores del Convenio Europeo, el riesgo de que los árbitros asuman competencia erróneamente en algunos casos, y de que dicha decisión sea revocada por las cortes (...) parecía menos grave que el riesgo de que las partes, actuando de mala fe, puedan perturbar el proceso arbitral cuestionando sistemáticamente la competencia del tribunal arbitral...”⁸².

En cuanto al derecho inglés, el artículo 30 de la English Arbitration Act⁸³ reconoce el efecto positivo del *competence-competence*. Adicionalmente, sólo una persona que no participa del proceso arbitral tiene el derecho de objetar la jurisdicción arbitral ante las cortes inglesas⁸⁴. La English Arbitration Act también prevé la posibilidad de solicitar la intervención judicial respecto de algún “aspecto preliminar de jurisdicción”⁸⁵. En Alemania, una corte o juez puede resolver sobre la competencia de un tribunal arbitral antes de que éste se constituya. Luego de que el tribunal arbitral se constituya, éste tiene competencia exclusiva respecto de su propia competencia⁸⁶.

C. Observancia de las decisiones arbitrales en materia de competencia

Los efectos que los jueces y cortes deben dar a las decisiones arbitrales en materia de su propia competencia es también un aspecto que ha recibido un tratamiento disímil. En efecto, “los sistemas legales difieren en cuanto a si la decisión de un árbitro sobre su propia autoridad debería imposibilitar, o cuándo debería imposibilitar, pronunciamientos judiciales sobre la materia”⁸⁷. Por ejemplo, mientras que el sistema alemán admitía en el pasado las cláusulas de *kompetenz-kompetenz*, hoy en día son los jueces quienes tienen siempre la última palabra respecto a la competencia de los árbitros. En consecuencia, a efectos de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el sistema alemán ha optado por sacrificar la libertad contractual⁸⁸. A diferencia del caso alemán, en los Estados Unidos las partes pueden decidir de mutuo acuerdo que la competencia de los árbitros sea determinada por los propios árbitros, adoptando así la vieja regla del *kompetenz-kompetenz*⁸⁹. De acuerdo con el razonamiento planteado en el caso *First Options of Chicago v. Manuel Kaplan and MK Investments*⁹⁰ (en adelante se le denominará “*First Options*”), los aspectos *ratione personae* del convenio arbitral deben ser decididos por las cortes nacionales, a menos que las partes hayan acordado lo contrario de manera indubitable⁹¹. Por el contrario, el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*⁹² (en adelante se le denominará “*Mitsubishi*”) estableció una

⁷⁹ Ibid. Artículo 1458.

BREKOULAKIS, SL. “The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative”. En: Australian Arbitration Yearbook. Junio de 2009, recobrado el 28 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325. sec. II.A.

⁸⁰ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra. 21 de Abril de 1961.

⁸¹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 43-44.

⁸² GAILLARD y SAVAGE. p. 411. Traducción libre del autor.

⁸³ English Arbitration Act. Artículo 30.

⁸⁴ Ibid. sec. 72.

⁸⁵ Ibid. sec. 32. Traducción libre del autor.

⁸⁶ PARK, “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 5. Traducción libre del autor.

⁸⁷ PARK, “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 5. Traducción libre del autor.

⁸⁸ Ibid. pp. 93-96.

⁸⁹ Ibid. pp. 112-113.

⁹⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Manuel Kaplan et uxor and MK Investments, Inc.* (94-560), 514 U.S. 938 (1995).

⁹¹ PARK. “The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of *Kompetenz-Kompetenz* Has Crossed the Atlantic?”. pp. 141-142.

⁹² *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985).

presunción pro-arbitraje en aquellos casos en que debe determinarse los alcances objetivos del convenio arbitral⁹³. En cualquier caso, la voluntad de las partes juega un rol decisivo al momento de determinar la competencia de los árbitros.

Por su parte, las decisiones arbitrales según las cuales los árbitros carecen de competencia constituyen otra área no resuelta. El problema aquí es si las partes conservan el derecho de impugnar el laudo. Las legislaciones suiza⁹⁴, inglesa⁹⁵ y francesa⁹⁶ sí prevén la posibilidad de plantear impugnaciones contra los laudos que declaren la falta de competencia de los árbitros. No obstante, el artículo 16(3) de la Ley Modelo únicamente contempla la posibilidad de impugnar aquellas decisiones en las que los árbitros acepten competencia⁹⁷.

D. El estándar de la revisión que deben aplicar las cortes y jueces nacionales

Otra dificultad viene relacionada con los estándares que deben aplicar los jueces al momento de evaluar la validez de los convenios arbitrales de conformidad con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York. Nuevamente nos encontramos en un área donde entran en conflicto diferentes principios y valores según el modelo que se adopte. Ya se ha explicado anteriormente que el sistema francés ha adoptado en buena medida la “*priority rule*” a favor de los árbitros; consecuentemente, las cortes pueden pronunciarse sobre la validez de un convenio arbitral solo mediante una

revisión *prima facie*⁹⁸ y únicamente en la medida en que no se haya constituido todavía el tribunal arbitral, esto es, las cortes remitirán siempre la disputa al arbitraje a menos que el convenio arbitral sea evidentemente inválido o inexistente. Los promotores de la revisión *prima facie* entienden que se trata del aspecto central del efecto negativo del *competence-competence*⁹⁹. En el sistema legal suizo por ejemplo, las cortes deben llevar a cabo un análisis *prima facie* cuando el lugar del arbitraje está dentro de Suiza¹⁰⁰.

No obstante, de acuerdo con algunos autores, se justifica una revisión completa por parte de los jueces en aquellas situaciones en las que se discute la existencia del consentimiento, particularmente por ejemplo en casos de grupos de empresas o de cesión del convenio arbitral¹⁰¹. La revisión completa está orientada a proteger la tarea jurisdiccional de las cortes nacionales, así como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de una parte en contra de otra parte que intenta comenzar un arbitraje sobre la base de una cláusula arbitral inexistente o inválida. Los jueces y cortes de los Estados Unidos de América pueden llevar a cabo un examen completo aún cuando el procedimiento arbitral se hubiera iniciado¹⁰². En el sistema alemán, si una parte plantea una demanda ante una corte nacional y el demandado se defiende alegando la existencia de un convenio arbitral, la corte puede llevar a cabo un análisis exhaustivo y completo de la validez del convenio arbitral, y no tiene la obligación de detener el proceso judicial¹⁰³.

⁹³ DIMOLITSA. p. 230.

⁹⁴ Ley de Derecho Internacional Privado. Artículo 190(2)(b).

⁹⁵ English Arbitration Act. Artículo 67.

⁹⁶ Código de Procedimientos Civiles francés. Artículo 1502(3).

⁹⁷ DIMOLITSA. p. 232.
Ley Modelo, artículo 16(3).

⁹⁸ GAILLARD y SAVAGE. p. 411.

⁹⁹ GAILLARD, E. “The urgency of not revising the New York Convention”. En: ICCA Congress series 14, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference. AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International: La Haya. 2009. p. 694.

¹⁰⁰ VON SEGESSER, G. “Possible reinforcement of the negative effect of the “competence-competence” principle in Swiss legislation”. En: Kluwer Arbitration. Febrero de 2010. Recuperado el 5 de Febrero de 2010, http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/02/05/possible-reinforcement-of-the-negative-effect-of-the-%e2%80%9ccompetence-competence%e2%80%9d-principle-in-swiss-legislation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogExcerpt+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Excerpts%29.

¹⁰¹ BREKOULAKIS. sec. III.B.

¹⁰² PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 11.

¹⁰³ Zivilprozessordnung. Artículo 1032(1).
BREKOULAKIS. sec. II.C.

La Ley Modelo no establece expresamente un estándar particular de revisión. Además, algunos de los sistemas legales que han adoptado la Ley Modelo permiten un examen judicial exhaustivo y completo de la invalidez, inexistencia o ilegalidad del convenio arbitral, pero solo una revisión *prima facie* del objeto del convenio. Por el contrario, la Corte Suprema de la India ha admitido aparentemente un estándar *prima facie* para la revisión de las objeciones basadas tanto en la validez como en el objeto del convenio arbitral¹⁰⁴.

E. Medidas de los árbitros para resguardar el proceso arbitral contra medidas cautelares dictadas por las autoridades judiciales

Es práctica común para un litigante recalcitrante causar disrupción en los procedimientos arbitrales¹⁰⁵, ya sea comenzando un proceso judicial paralelo o incluso buscando la expedición de medidas cautelares por parte de las cortes nacionales. En este contexto, adquiere gran relevancia el poder de los árbitros para expedir "*anti-suit injunctions*", esto es, medidas para resguardar el proceso arbitral en contra de las maniobras obstructivas. Frente a esto, se han planteado críticas en el sentido de que las medidas cautelares de cualquier naturaleza están reservadas para los jueces nacionales o que ellas entran en conflicto con la propia *competence-competence* de los jueces. Sin embargo, Gaillard afirma que las "*anti-suit injunctions*" están dentro de las facultades de los tribunales arbitrales dado que el *competence-competence* implica la competencia de los árbitros para ordenar el cumplimiento de los convenios arbitrales¹⁰⁶, pero también porque los árbitros tienen

las facultades necesarias para adoptar las medidas que se requieran "a efectos de evitar que se agrave la disputa o a efectos de proteger la efectividad del laudo"¹⁰⁷. Este tema, sin embargo, permanece abierto a debate.

V. OPOSICIONES U OBJECIONES A LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

Uno de los ámbitos donde se presentan más divergencias se relaciona con los eventuales límites con que debe entenderse la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence*. Otra manera de observar esta problemática es revisar y entender cuáles son las oposiciones u objeciones que frecuentemente se plantean a la competencia de los árbitros. En esencia, dos son las categorías más comunes de objeciones contra la competencia de los árbitros. Una de ellas se vincula con la existencia, validez y legalidad del convenio arbitral, mientras que la otra se relaciona con el objeto del convenio¹⁰⁸. Por otro lado, las objeciones a la competencia basadas en normas de orden público se clasifican algunas veces bajo una categoría diferente.

A. Oposiciones relativas a la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral

Como ya se ha mencionado, de acuerdo con la Convención de Nueva York, la presunción de validez del convenio arbitral está sujeta a la excepción de que el convenio sea "nulo, ineficaz o inaplicable"¹⁰⁹. Excepciones similares se encuentran en el artículo V(1) del Convenio Europeo¹¹⁰ y en el artículo 8(2) de la Ley Modelo¹¹¹. En el Arbitraje Comercial

¹⁰⁴ BORN. pp. 885-890.

¹⁰⁵ HOLTZMANN, HM. "How to prevent delay and disruption of arbitration: Lessons of the 1990 ICCA Stockholm Congress". En: ICCA Congress series N° 5 Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction cases. AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International. La Haya. 1991. pp. 21-22.

¹⁰⁶ GAILLARD, E. "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators". En: ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics? AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International. La Haya. 2007. pp. 235-243.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 239. Traducción libre del autor.

Ver también TT Landau, "Arbitral Lifelines": The Protection of Jurisdiction by arbitrators". En: ICCA Congress series N° 13 International Arbitration 2006: Back to Basics? AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 2007. pp. 293-294.

¹⁰⁸ BORN. pp. 877-986.

¹⁰⁹ Convención de Nueva York. artículo II(3).

¹¹⁰ Convenio Europeo. Artículo V(1).

¹¹¹ Ley Modelo. Artículo 8(2).

Internacional existe cierto consenso en el sentido de que las excepciones recogidas en la Convención de Nueva York incluyen, entre otras, aquellas situaciones en las que el convenio arbitral no ha sido válidamente celebrado por las partes, como por ejemplo en aquellos casos en que media engaño o error, o también aquellos convenios o cláusulas válidamente celebrados pero que posteriormente dejan de surtir los efectos buscados por las partes. Aunque el texto de la Convención de Nueva York no recoge expresamente los casos de inexistencia del convenio arbitral, se entiende que dichos supuestos se encuentran también incluidos entre las excepciones.

Para un mejor entendimiento de las excepciones, conviene tener en cuenta también el texto en inglés de la Convención de Nueva York, según el cual, la presunción de validez está sujeta a la excepción de que el convenio sea “*null, void, inoperative or incapable of being performed*”. La revisión de la doctrina y el estudio de casos en el Arbitraje Comercial Internacional nos permiten darnos cuenta que bajo los términos “*inoperative*” e “*incapable of being performed*” se incluyen aquellos convenios arbitrales que no pueden ser ejecutados, por ejemplo, porque el árbitro se rehúsa a actuar como tal o porque las disposiciones procedimentales del acuerdo de arbitraje son ambiguas o contradictorias¹¹².

La independencia del convenio arbitral juega un papel importante cuando se cuestiona la validez del convenio arbitral sobre la base de vicios del contrato principal¹¹³. Por ejemplo, en virtud de la independencia del convenio arbitral, las excepciones o defensas basadas en la invalidez del contrato subyacente por fraude no suponen necesariamente la invalidez de la cláusula arbitral. Este criterio resulta de aplicación casi invariablemente

a los casos de contratos celebrados sobre la base del error (como se reconoce en la práctica jurisprudencial de Alemania, Estados Unidos y Suiza) o a los casos de contratos contrarios a la ley (como se reconoce en la práctica jurisprudencial de Estados Unidos e Inglaterra). No obstante, la independencia del convenio arbitral no entra en juego cuando se alega la existencia de convenios arbitrales asimétricos o unilaterales, ya que en estos casos se ataca directamente algún defecto en el convenio arbitral en sí mismo. A propósito, es interesante destacar que en Inglaterra, Estados Unidos y Francia no se exige que el convenio arbitral sea simétrico o recíproco, mientras que en Alemania se considera inválido al convenio asimétrico¹¹⁴. De acuerdo con Mayer, “el escenario donde más claramente la cláusula arbitral no sería separada, y en consecuencia sería inválida, es aquel en el que falta el consentimiento de una de las partes”¹¹⁵ esto es, casos de falsificación de la firma de una de las partes¹¹⁶. El mismo resultado sería de aplicación en aquellos casos de ausencia de facultades de representación¹¹⁷ o de firmas no autorizadas¹¹⁸. En estas situaciones el vicio afecta casi invariablemente tanto a la cláusula arbitral como al contrato subyacente¹¹⁹. Por su parte, la jurisprudencia marcada por los jueces de los Estados Unidos en los casos *First Options* y *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* ha establecido que la “*separability*” no es aplicable a las defensas basadas en la invalidez del contrato por falta de manifestación de voluntad del agente, aspecto que debe ser decidido por el órgano judicial¹²⁰.

El *competence-competence* está directamente relacionado a las excepciones o defensas basadas en los defectos de la cláusula arbitral en sí misma. La asignación de las competencias necesarias para resolver este tipo de controversias depende del enfoque

¹¹² BORN. pp. 708-713.

¹¹³ BORN. pp. 708-713.

¹¹⁴ BORN. pp. 579-580.

¹¹⁵ *Ibid.* pp. 705-759.

¹¹⁶ MAYER. p. 264. Traducción libre del autor.

¹¹⁷ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 114.

¹¹⁸ MAYER. p. 265.

¹¹⁹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 114.

¹²⁰ Premium Nafta. Párrafo 17.

¹²¹ WARE. sec. IIA.

que tenga cada sistema legal en relación al *competence-competence*. Por ejemplo, frente a alegaciones de que el convenio arbitral fue celebrado por medio de violencia o intimidación, algunas jurisdicciones han optado por remitir la controversia al arbitraje. Lo mismo ha ocurrido frente a excepciones o defensas basadas en la renuncia al arbitraje. Por lo demás, el objeto preciso y los alcances de estas renunciaciones han resultado ser un aspecto extremadamente controversial, incluso entre los sistemas legales que han adoptado la Ley Modelo. Del mismo modo, no hay consenso acerca de si los jueces o los propios árbitros deben resolver las alegaciones de que la ejecución del convenio arbitral ha devenido en imposible¹²¹. Para algunos autores, cuando un convenio arbitral defectuoso impide que se constituya el tribunal arbitral, resulta necesario recurrir a los jueces nacionales. La Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza¹²² reconoce una situación similar cuando la imposibilidad de constituir el tribunal arbitral es atribuible al demandado. Las cortes de Francia y Estados Unidos tienen la tendencia de entender que ambas partes han renunciado al convenio arbitral¹²³.

B. Objeciones contra el objeto del convenio arbitral

Dentro de esta categoría podemos incluir aquellas controversias referidas a la identificación de las partes en disputa, las atribuciones procedimentales otorgadas al tribunal y asimismo la determinación de la controversia sometida al arbitraje. La identificación de las partes en disputa puede ser una tarea particularmente difícil en aquellos casos en que se busca someter a arbitraje a partes no signatarias del convenio o en casos de grupos de empresas. Las atribuciones procedimentales del tribunal pueden ser un área fértil para cuestionar

su competencia cuando el tribunal ha sido constituido indebidamente o por ejemplo cuando intenta consolidar dos o más procesos arbitrales. Por lo demás, la determinación de la controversia usualmente requiere una profunda investigación de la voluntad de las partes¹²⁴. Al respecto, Born resalta que el artículo II(3) de la Convención de Nueva York no incluye aquellas situaciones en las que la disputa está fuera del ámbito del convenio arbitral, como uno de los casos excepcionales en los que los propios jueces deben asumir competencia. En consecuencia, en estos casos, los jueces y tribunales deben remitir automáticamente la disputa al arbitraje, fortaleciéndose así la institución del *competence-competence*. No hay consenso en este punto, lo cual contribuye a la ausencia de uniformidad en este terreno. No obstante, razones de política legislativa pueden justificar que “las cortes nacionales enfrentando objeciones jurisdiccionales basadas solamente en el objeto de un convenio arbitral que se admite como existente y válido, deberían remitir a las partes a arbitraje para una primera determinación del objeto del convenio arbitral”¹²⁵.

C. Excepciones o defensas vinculadas a razones de orden público

La terminología “orden público” hace referencia a aquellas normas imperativas que prohíben que las partes sometan a arbitraje determinadas materias¹²⁶. En consecuencia, el denominado orden público a veces limita la capacidad de los árbitros, y en tal medida el orden público se relaciona con la idea de arbitrabilidad¹²⁷. Es necesario ser cuidadosos con el término “arbitrabilidad”, que hace referencia a si determinadas materias caen dentro de la competencia exclusiva de las cortes nacionales o si un laudo pudiera terminar convalidando actos ilegales. En los Estados Unidos, sin embargo, el término

¹²¹ BORN. pp. 724-753.

¹²² Ley de Derecho Internacional Privado. Artículo 7.

¹²³ GAILLARD y SAVAGE. p. 386.

¹²⁴ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 68-73.

¹²⁵ BORN. pp. 860-861. Traducción libre del autor.

¹²⁶ BARCELÓ. p. 1119.

¹²⁷ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 66.

POUDRET, JF; BESSON, S; BERTI, S; y, A. PONTI. Comparative Law of International Arbitration. Segunda edición. Sweet & Maxwell: Londres. 2007. pp. 281-283, 292-293.

“*arbitrability*” incluye adicionalmente la discusión de quién debe decidir si una disputa en particular ha sido sometida a arbitraje¹²⁸. Entonces, el contenido preciso del concepto de “*arbitrabilidad*” o “*arbitrability*” representa otro ámbito que exige cautela.

La dificultad con el denominado “orden público” es que es una noción más bien vaga e imprecisa, y en consecuencia, las materias que se reservan para sí las autoridades judiciales pueden variar de un sistema legal a otro. Adicionalmente, existen divergencias en cuanto al tratamiento de esta área. A manera de ejemplo, mientras que muchos sistemas legales impiden que determinados tipos de controversias sean arbitradas, la denominada “*Second Look Doctrine*” planteada en los Estados Unidos en el caso Mitsubishi estableció una aproximación particular, de acuerdo con la cual no se debería impedir a los árbitros conocer un caso en el cual se plantean objeciones de orden público, dado que las cortes nacionales tendrán la oportunidad de revisar este aspecto en la etapa de ejecución del laudo¹²⁹.

VI. CONCLUSIONES

A pesar de los diferentes (y a veces contradictorios) enfoques, particularmente en relación al efecto negativo del *competence-competence*, existe cierto consenso en cuanto a los elementos mínimos que son esenciales en la independencia del convenio arbitral y en el *competence-competence*. Lo relevante es que tanto la independencia del convenio arbitral como el *competence-competence* comparten una función significativa, esto es, evitar interferencias judiciales en las etapas iniciales del arbitraje. Sin embargo, estas instituciones no están libres de incertidumbres y dificultades. Una fuente importante de dificultades radica precisamente en los diferentes significados asociados a estos conceptos. De allí que, cuando se analiza y estudia estos conceptos, uno no debería partir

de premisas absolutas acerca del grado de autonomía del convenio arbitral, o acerca del momento exacto y facultades que tienen los tribunales arbitrales para adoptar decisiones sobre su propia competencia¹³⁰.

Al momento de dotar de contenido a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*, cada sistema legal responde a objetivos específicos que pretende promover. Por ejemplo, al permitir la intervención judicial durante el proceso arbitral (o incluso antes de que éste se inicie) se evita que tenga lugar un arbitraje inválido, pero al mismo tiempo se favorece la actuación de partes recalcitrantes que pudieran oponerse ilegítimamente al arbitraje. Por otro lado, al posponer la revisión judicial puede salvaguardarse la economía de los recursos judiciales y favorecerse el curso normal del proceso arbitral, pero asimismo podría significar que una parte que no consintió con el arbitraje, se vea forzada a formar parte del mismo. Dentro de este amplio rango de posibilidades, algunos países han optado por sistemas híbridos¹³¹.

Parece justificado pensar que no existe una única y perfecta aproximación a las instituciones que son objeto del presente artículo¹³². Los esfuerzos deben dirigirse a entender y evaluar las razones y objetivos que subyacen a cada modelo, y también a determinar el grado en que determinado sistema legal alcanza sus propósitos mediante la distribución de competencias entre las cortes nacionales y los árbitros para resolver las oposiciones a la competencia arbitral. Por ejemplo, en el caso peruano, el Decreto Legislativo que norma el arbitraje se inclina principalmente por reforzar el sistema arbitral, reconociendo la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* de los árbitros, y procurando minimizar las posibilidades de tácticas dilatorias en contra del arbitraje. Desde luego, hace falta analizar otros factores, tal como la visión de los jueces y tribunales frente a las decisiones de los

¹²⁸ SHORE, L. “Part I Fundamental observations and Applicable Law, Chapter 4 – The United States’ perspective on Arbitrability”. En: *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Mistelis y Brekoulakis (eds.). Kluwer Law International: Países Bajos. 2009. p. 70.

¹²⁹ Mitsubishi. pie de página 19.

¹³⁰ BORN. p. 855.

¹³¹ BORN. pp. 860-861. Traducción libre del autor.

¹³² BARCELÓ. p. 1119.

árbitros respecto a su propia competencia. Pero dicho análisis excede los alcances del presente artículo.

Un entendimiento superficial y limitado de los diferentes enfoques que existen acerca de la independencia del convenio arbitral y del *competence-competence* bien puede

conducirnos a errores sustanciales. Se requiere un conocimiento profundo de estos conceptos y un estudio crítico de sus aspectos controversiales para poder homogeneizar su aplicación, lo cual, en última instancia, favorecerá al Arbitraje Comercial Internacional como un sistema de resolución de conflictos coherente y completo en sí mismo.