

REFLEXIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO PERUANO

*Carlos Alberto Matheus López**

RESUMEN

El presente trabajo se inicia con la observación de la particular relevancia que tiene el convenio arbitral para el derecho de arbitraje, junto con la afirmación del carácter negocial de éste. Seguidamente, se analiza el tema de la libertad formal del convenio y los diversos tipos de formalización de este: por referencia, unidocumental y pluridocumental. Luego, se aborda el tema de la capacidad para la suscripción del convenio, principalmente fijada en aquélla de goce y de ejercicio, para a continuación tratar el requisito de la necesaria expresión en el convenio arbitral de la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia disponible, así como también aquél de la determinación de la propia controversia sometida a la resolución procesal del arbitraje. Posteriormente, se analizan los supuestos de convenio arbitral patológico, entre los cuales se observan principalmente al convenio inexistente, al nulo, el anulable y aquél caducado. Luego, se analiza el ámbito de extensión facultativa del convenio arbitral, el cual afecta, sobre todo, a la designación de los

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2004

* Catedrático ordinario de derecho de arbitraje y derecho procesal civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático del diploma de especialización en arbitraje de consumo de la Universidad del País Vasco. Catedrático de derecho procesal civil de la Universidad de Lima y Academia Nacional de la magistratura. Árbitro del Centro de Conciliación y arbitraje de la cámara de Comercio de Lima, de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Abogados de Lima y de Amcham Perú. Miembro del Consejo asesor de la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. cmatheu@pucp.edu.pe

árbitros y a la fijación de las reglas de procedimiento. Seguidamente, se estudian los efectos del convenio arbitral, tanto aquél llamado positivo que importa la obligación de las partes de someter a arbitraje la controversia y de cumplir la decisión de los árbitros, como también aquél denominado negativo consistente en la prohibición a la jurisdicción estática de conocer tales controversias. Finalmente, analizamos la renuncia al convenio arbitral en sus modalidades tanto de expresa como tácita.

Palabras clave: arbitraje, convenio arbitral, libertad formal, capacidad jurídica, controversia, convenio arbitral inexistente, convenio arbitral nulo, convenio arbitral caducado, efectos del convenio arbitral, renuncia al convenio arbitral.

SUMMARY

The present work begins with the observation of the particular relevance that has the arbitral agreement for the arbitration law, along with the affirmation of the negotiation character of this one. Next, one analyzes the subject of the formal freedom of the agreement and the diverse types of formalization of this: by reference, unidocumental and pluridocumental. Soon, the subject of the capacity for the subscription of the agreement is approached, mainly fixed to that of enjoyment and exercise, for next dealing with the requirement the necessary expression in the arbitral agreement of the manifestation it express and unequivocal of the parts to put under arbitration the controversy available, as well as that of the determination of the own controversy submissive the procedural resolution of the arbitration. Later, the assumptions of pathological arbitral agreement are analyzed, between which they are observed the non—existent arbitral agreement, the null arbitral agreement, revocable and that caducity. Soon, the scope of facultative extension of the arbitral agreement is analyzed, which affects, coverall, to the designation of the referees and the fixation of the procedure rules. Next, the effects of the arbitral agreement study, as much that positive call that it concerns the obligation of the parts to put under arbitration the controversy and to fulfill the decision of the referees, like also that denominated negative consisting of the prohibition to the static jurisdiction to know such controversies. Finally, we as much analyzed the

resignation to the arbitral agreement in its modalities of express as tacit.

Key words: *arbitration, arbitral agreement, formal freedom, legal standing, controversy, non—existent arbitral agreement, null arbitral agreement, caducity arbitral agreement, effects of the arbitral agreement, resignation to an arbitral agreement.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO
- III. FORMALIDAD
- IV. TIPOS DE FORMALIZACIÓN
- V. ELEMENTOS NEGOCIALES DE CAPACIDAD
- VI. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA INEQUÍVOCA VOLUNTAD DE SOMETERSE A ARBITRAJE
- VII. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA CONTROVERSI
- VIII. EL CONVENIO ARBITRAL PATOLÓGICO
 1. Convenio arbitral inexistente
 2. Convenio arbitral nulo
 3. Convenio arbitral caducado
- IX. CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL
- X. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL
- XI. LA RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

A efectos de observar la importancia de la figura en estudio dentro del campo del derecho de arbitraje¹, cabe señalar inicialmente y sin lugar a dudas que el origen del arbitraje se encuentra en el convenio arbitral —justificado en la autonomía de la voluntad— sin cuya presencia no será posible reconocer virtualidad alguna al arbitraje², o lo que es lo mismo, sin convenio arbitral no puede existir arbitraje³.

II. CONCEPTO

Si bien existen —en doctrina— diversas definiciones sobre el convenio arbitral⁴, podemos conceptuarlo como un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la *controversia*⁵. Siendo por ello un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato sino más bien aquéllas impropias de la resolución procesal de la *controversia* que constituye su objeto⁶. En nuestra actual Ley general de arbitraje⁷ es posible hallar

-
- 1 Para una mayor comprensión del tema, véanse LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003, pág. 69 y sigs.
 - 2 MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Tratamiento del arbitraje en el sistema jurídico peruano”, en *Rivista dell' arbitrato*, n° 4, Giuffrè editore, Milano, 2002, pág. 794; con igual parecer GASPAR LERA, SILVIA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Razandí editorial, Pamplona, 1998, pág. 61.
 - 3 MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Consideraciones fundamentales sobre el arbitraje”, en *Revista peruana de derecho procesal*, n° 5, Lima, 2003, pág. 385.
 - 4 Así para algunos, no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje (RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil*, vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 1122). Otros lo entienden como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto (MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 846). Mientras que para algunos es el acuerdo creador del arbitraje, esto es, el contrato de derecho privado que constituye la base de la institución (GASPAR, *op. cit.*, pág. 54).
 - 5 Nuestra ley general de arbitraje utiliza el término “controversia” para referirse a la patología jurídica disponible, empleando también —en menor medida— la expresión “cuestión controvertida”.
 - 6 Con distinto parecer REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO, *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1998)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 71. Define al convenio arbitral como “el contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales”, con similar parecer CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Arazadí editorial, Pamplona, 1995, pág. 57. Nos señala que “es preciso distinguir el convenio arbitral, que es un contrato, y el arbitraje como institución”...
 - 7 Cabe señalar que una incipiente definición ya existía en el artículo 4 de la derogada Ley general de arbitraje de 1992 (decreto ley 25935), norma la cual sin embargo, no aludía a la naturaleza negocial del convenio arbitral.

una definición de convenio arbitral⁸, la cual nos evidencia la indudable vocación negocial —no contractualista⁹— de éste¹⁰. Asimismo, resulta loable su propuesta de asumir al convenio arbitral como categoría conceptual autosuficiente técnicamente, para que la *controversia* pueda ser sometida a la resolución procesal del arbitraje¹¹.

III. FORMALIDAD

El convenio arbitral recogido en nuestra vigente Ley general de arbitraje viene caracterizado por su libertad formal, la cual supone la autonomía en la forma de dejar constancia por escrito de éste¹², pretiriendo la exigencia de escritura pública¹³. Asimismo, la libertad formal que adopta el convenio arbitral en la Ley general de arbitraje, supone no sólo la autonomía en la forma de suscripción de éste, sino que además permite tipificar las distintas formas de arbitraje aceptadas legalmente¹⁴. Cabe además precisar que nuestra Ley general de arbitraje establece

8 En tal forma, el artículo 9 de nuestra LGA señala que “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial...”.

Este artículo, al parecer resulta tributario del artículo 7 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, el cual no señala que “el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”.

9 Para una comprensión de las diversas concepciones sobre el convenio arbitral, las cuales inciden en la naturaleza del arbitraje, véase MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Compulsa crítica entre el proceso jurisdiccional y arbitral en el sistema jurídico peruano”, en *Revista de derecho internacional y del MERCOSUR*, n° 4, Buenos Aires, 2003, pág. 39.

10 En tal sentido, se observa claramente que el artículo 9 LGA no alude al *contrato* sino más bien al “*acuerdo por el que las partes...*” (bastardilla fuera de texto).

11 Habiéndose superado ya —a partir de la Ley general de arbitraje de 1992— la vieja y problemática dualidad conceptual entre *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral* recogida en el Código Civil de 1984, la cual generaba muchas veces la inoperatividad del arbitraje, dada la eficacia mediática que poseía la *cláusula compromisoria* para originar a este último, resultando sólo el *compromiso* arbitral idóneo para iniciar el proceso arbitral.

Cabe además indicar que esta doble realidad conceptual ya existía —de modo similar— en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual diferenciaba el *pacto de arbitraje* del *compromiso arbitral*.

12 Libertad que ya venía de algún modo recogida por el Código Civil de 1984 —cuyo artículo 1910 nos señalaba que “El compromiso arbitral debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad...”— y posteriormente por la Ley general de arbitraje de 1992, cuyo artículo 5 prescribía —igual que la LGA vigente— que “El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...”.

13 Exigencia que sí existía durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo artículo 552 —referido al compromiso arbitral— señalaba que “El compromiso ha de formalizarse, bajo pena de nulidad, en escritura pública...”.

14 Resulta evidente que las partes podrán libremente determinar —en el convenio arbitral— la tipología del arbitraje que desean utilizar. Decidiendo si aquél será de derecho o de conciencia, y a su vez, si éste será institucional o *ad hoc*.

como regla general que la forma que ha de revestir el convenio arbitral sea la escrita¹⁵, forma la cual viene requerida *ad solemnitatem*, pues su falta haría el convenio nulo¹⁶. Obsérvese que la formulación respecto a la formalización del convenio arbitral, prevista en la Ley general de arbitraje, es sumamente estática — en tanto escrita— pero a su vez extraordinariamente laxa y espiritualista, puesto que resuelve cualquier tipo de cuestión relativa a la forma escrita dentro del contexto de los nuevos medios de comunicación¹⁷. Surgiendo así un nuevo modo de entender y aplicar la libertad formal del convenio arbitral *ad probationem*¹⁸, mas no *ad solemnitatem*¹⁹.

15 Como lo prescribe el primer párrafo del artículo 10 de la LGA al señalarlos que “El convenio arbitral se celebra por escrito bajo sanción de nulidad...”.

16 Con tal parecer REGLERO *ob. cit.*, pág. 184; de modo similar, CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 69.

17 Como puede observarse del tenor del segundo párrafo del artículo 10 de la LGA al prescribir éste que, “...se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”.

18 Esta gran flexibilidad del requisito formal puede observarse en el derecho comparado, en normas tales como la Ley de arbitraje alemana del 22 de diciembre de 1997 —que modifica el libro X del Código Procesal civil alemán— cuya disposición §1031 nos señala que, “1. El convenio arbitral debe ser indicado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de télex, de telegramas, o de cualquier otro medio de telecomunicación susceptible de acreditar su existencia. 2. La forma prevista en el apartado anterior se considera cumplida si el convenio arbitral está consignado en un documento que ha sido transmitido por una parte a otra o por un tercero a las dos partes, y que, conforme a los usos admitidos en las relaciones comerciales, tiene el valor de acuerdo aplicable al caso si no se le plantea oposición en tiempo útil. 3. La referencia en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria se considera convenio arbitral, siempre que dicho contrato se haya llevado a cabo en la forma prevista en el par. 1 ó 2 y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...). 6. La ausencia de forma se garantiza con la defensa sobre el fondo”.

De modo similar, la ley griega sobre arbitraje comercial internacional —2735/1999—, nos señala en su artículo 7 que, “...3. El convenio de arbitraje debe realizarse por escrito y puede consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de comunicaciones por télex, de telegramas o de cualquier otro medio de telecomunicaciones que confirme su existencia. El convenio tendrá igualmente forma escrita, cuando en el intercambio de una conclusión de la demanda y de una conclusión de réplica, se alegue por una parte la existencia de un convenio y no sea replicado por la otra. 4. Se considerará respetada la forma del convenio arbitral, cuando se consigne un convenio de arbitraje oral en un documento transmitido por una de las partes a la otra o por un tercero a todas las partes y cuando el contenido de este documento, contra el que no se haya elevado ninguna objeción en un plazo razonable, pueda considerarse, según los usos mercantiles, como un elemento del contrato. 5. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria equivale a un convenio de arbitraje, a condición de que dicho contrato sea escrito y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...). 7. La falta de forma se suplirá si las partes participan sin reserva en el procedimiento arbitral”.

Con similar sentido el artículo 9 de la nueva Ley de arbitraje española —Ley 60/2003— nos señala que, “...3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que

IV. TIPOS DE FORMALIZACIÓN

Podemos afirmar que no existe respecto a los tipos de formalización —siempre escrita— del convenio arbitral una concepción modal unívoca en nuestra Ley general de arbitraje, pudiéndose más bien observar las siguientes modalidades²⁰:

1. Convenio arbitral por referencia: es aquel que viene formalizado como cláusula —general de contratación o no— incorporada a un contrato de adhesión²¹.
2. Convenio arbitral unidocumental: es aquél formalizado en un único documento, sea como acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal²².
3. Convenio arbitral pluridocumental: resulta aquél formalizado a consecuencia de un intercambio de cartas o cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, el cual supone romper con la unidad del acto²³.

hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra...”.

19 Con similar parecer REGLERO *ob. cit.*, pág. 184. Nos señala que, “Aunque se ha dicho que lo que se persigue con el requisito de forma del convenio arbitral es asegurarse de que las partes sean concientes de que se han sometido a un arbitraje, en mi opinión, el papel fundamental de la forma escrita no deja de ser sino el medio de prueba de que se ha otorgado el convenio arbitral”; modo similar, GETE-ALONSO y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje”. *La ley*, 2 de mayo de 1990, pág. 1041. Nos señala que, “En relación a la manera en que se considera cumplimentada la exigencia de forma escrita, (...) se ha producido una liberalización de la misma (...). La ley se coloca en la línea de admitir los medios de comunicación que se utilizan en la sociedad actual en el mundo de los negocios. Lo que importa es, sólo, que la constancia de la voluntad contractual de sometimiento a arbitraje se produzca en un tipo de soporte documental, pero no elimina la necesidad de forma”.

20 MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Introducción al derecho de arbitraje peruano” en, *Vniversitas*, n° 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, pág. 162.

21 Modalidad regulada por el artículo 11 de la LGA, cuyo tenor nos señala que, “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria...”.

22 Recogido en el primer párrafo del artículo 10 LGA, al señalar éste que el convenio arbitral “...podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente...”.

23 Modalidad regulada por el segundo y tercer párrafo del artículo 10 LGA, cuyo tenor nos señala que, “...Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento...”.

Sobre la base de lo ya expuesto, cabe precisar que en los tres tipos de formalización regulados, el documento —o documentos— en que aparezca suscrito un convenio arbitral posee una función *ad probationem* —mas no *ad solemnitatem*—, lo cual supone que en el caso de la cesión del contrato originario, el cesionario no se hallaría vinculado por la sucesión en el convenio arbitral, cuando falte su voluntad inequívoca de aceptarlo. Por otro lado, si bien la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible, sin embargo la Ley general de arbitraje acoge plenamente el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que su formalización por escrito no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto²⁴. Y como se ha observado, cabe la posibilidad de formalizar el convenio arbitral sin que se lleve a cabo la materialidad de suscribirlo en un único documento escrito y siempre que se deje constancia, por cualquier otro medio de comunicación o intercambio de las partes, de la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

V. ELEMENTOS NEGOCIALES DE CAPACIDAD

Dado que la Ley general de arbitraje no realiza ninguna mención sobre la capacidad para formalizar un convenio arbitral, y teniendo en cuenta el carácter negocial de éste²⁵, podemos tipificar sus elementos de capacidad en la exigencia de la capacidad de goce²⁶ y de ejercicio²⁷ del Código Civil²⁸. Asimismo, la capacidad —de ejercicio— para suscribir un convenio arbitral posee una indiscutible funcionalidad justificante —someter a procedibilidad negocial la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas disponibles— que permite aludir a la legitimación de quien lo suscribe²⁹. Entendiéndose a esta última como la idoneidad de la

24 Como sí venía dada —como ya vimos— durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual, en su artículo 552, exigía la formalización del *compromiso arbitral* —ante notario— por escritura pública.

25 El cual como negocio jurídico —bilateral— requiere para su validez, acorde al artículo 140 inciso 1 del Código Civil, ser celebrado por agente capaz.

26 Regulada en el artículo 3 del Código Civil, el cual nos señala que, “*Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley*” (bastardilla fuera de texto).

27 Prevista en el artículo 42 del Código Civil, cuyo tenor nos prescribe que, “*Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 (incapacidad absoluta) y 44 (incapacidad relativa)*” (bastardilla fuera de texto).

28 Con similar criterio GASPAR *ob. cit.*, pág. 89.

29 Pudiéndose concluir de ello que el convenio arbitral es un negocio jurídico en el que el ámbito de capacidad del sujeto para suscribirlo se halla legitimado por la resolución de *cuestiones controvertidas* con un alcance sustantivo similar a los negocios jurídicos civiles pero con la particularidad que, el negocio jurídico que tipifica, se encuentra enderezado a la resolución de *controversias* que justifica la procedibilidad negocial del mismo.

persona capaz de suscribir un convenio arbitral en orden a obtener una solución procesal respecto de la relación jurídica y objeto litigioso del que afirma ser titular. Obsérvese pues que la capacidad de ejercicio del sujeto para suscribir un convenio arbitral le legitima, por tanto, para poder acceder a la resolución procesal de la *controversia*. Por otra parte, la proyección negocial —del convenio arbitral— no ha rehuído su ubicación en el ámbito de la negociación privada, insertándose normalmente como una cláusula contractual más al interior del contrato. La cual sin embargo, no será una cláusula negocial accesorias, dado que posee autonomía³⁰ conceptual y negocial distinta del contrato en que se contiene³¹. Siendo esto lo que justifica que el convenio arbitral no sea afectado por las causales de invalidez contractual y que, inclusive, se incorporen en su esfera de operatividad las *cuestiones controvertidas* que surjan tras la cesación del contrato³². Por otro lado, respecto a la posibilidad de que el representante pueda celebrar un convenio arbitral, debe distinguirse entre la representación legal y voluntaria, pues en la primera se requerirá de la autorización judicial correspondiente³³, en tanto en la segunda, se necesitará de un poder expreso, o bien de una posterior ratificación³⁴ por parte del representado³⁵. Finalmente, en relación con los sujetos que pueden suscribir el convenio arbitral, cabe señalar que son la persona natural y la persona jurídica³⁶, no pudiendo tampoco descartarse a los entes que no posean personalidad³⁷.

30 Con tal parecer CORDÓN, *ob. cit.*, págs. 59-60.

31 Como bien lo prescribe el artículo 14 de la LGA, al señalarnos que, “La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste...”.

32 Regla también recogida por el artículo 14 de la LGA, al indicarnos éste que, “...En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez el contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral...”.

33 Como lo señala el artículo 167 del Código Civil al prescribir que, “Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...). 3. Celebrar compromiso arbitral”. De igual forma, el artículo 448 al señalarnos que, “Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: (...). 3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje”. Con idéntico criterio, el artículo 532 al señalarnos que, “El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para: 1. Practicar los actos indicados en el artículo 448”. Y del mismo modo, nos indica el artículo 568 que, “Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo”.

34 De conformidad a lo prescrito por los artículos 155 y 162 del Código Civil.

35 Con tal parecer CORDÓN, *ob. cit.*, págs. 131-132.

36 Si bien el tenor del artículo 9 de la LGA, no se refiere directamente a *personas naturales o jurídicas*, sino más bien —de modo general— a *las partes*.

37 Con tal parecer CORDÓN, *ob. cit.*, págs. 63-64. Nos señala que, a su parecer, “no deben existir obstáculos para admitir que estos entes puedan acudir al arbitraje, por lo menos cuando actúen a través de una persona a la que se confirió representación expresa...”.

VI. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA INEQUÍVOCA VOLUNTAD DE SOMETERSE A ARBITRAJE

El convenio arbitral debe contener —además de las previsiones vistas— la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas³⁸. Se trata de una voluntad inequívoca³⁹ de indudable proyección *ad probationem* que excluye de su ámbito los supuestos de subrogación. Siendo evidente que ese carácter personalísimo también afecta a las obligaciones solidarias. La expresión de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje es una cuestión que atañe a la existencia misma de la voluntad de someterse a arbitraje y a su extensión, lo que supone conectarla con su real y positiva existencia y dimensionarla extensivamente respecto del resto de cláusulas en las que se incardina la suscripción del convenio arbitral, surgiendo así una apreciación más fáctica que jurídica acerca de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje. Pero al propio tiempo la expresión de la inequívoca voluntad posee una indudable relevancia jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos reveladora de la actitud de quien desea —a través de esa voluntad— suscribir un convenio arbitral, surgiendo así la vinculación de la doctrina de los actos propios con la prestación del consentimiento con el fin de que quede expresada en el convenio arbitral la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje⁴⁰. Se observa que la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva⁴¹. Por lo que en el caso de mandatario y de quienes actúen con representación, la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje exige un mandato expreso y específico. Si bien puede subsanarse su falta con una posterior ratificación del mandante. Respecto a la subrogación —en casos de cesión de posición contractual— el cesionario no se halla vinculado por el convenio

38 Con tal parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 83; de igual forma CORDÓN, *ob. cit.*, págs. 61-62.

39 Requisito el cual se puede observar de lo prescrito por el artículo 10 de la Ley general de arbitraje.

Artículo 10 “Forma del convenio arbitral. El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia *que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...*” (bastardilla fuera de texto).

40 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, págs. 85-86.

41 Dado que como bien señala CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 62 “...no me parece que sea posible una manifestación tácita del consentimiento en un ordenamiento como el nuestro que exige, como requisito de validez, la forma escrita para el convenio arbitral”.

arbitral incluido en las condiciones del contrato, mientras no exista constancia en el subrogado de la inequívoca aceptación del convenio arbitral.

VII. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA CONTROVERSIA

El objeto del convenio arbitral lo constituye una controversia presente o futura que pueda surgir entre las partes en materias de su libre disposición⁴², la cual viene caracterizada⁴³ por su naturaleza abierta⁴⁴, ser determinada o determinable⁴⁵, la libre disponibilidad, el carácter contractual o extracontractual⁴⁶ y su ubicación extra o intraprocesal. El convenio arbitral posee una indudable vocación objetiva —no de universalidad⁴⁷—, dado que sólo se comprenden en el mismo las controversias

42 Con tal parecer CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 66.

43 Requisitos que se observan de lo prescrito por los artículos 1 y 9 de la Ley general de arbitraje.

“Artículo 1. Disposición general. Pueden someterse a arbitraje las *controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...) pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse...*” (bastardilla fuera de texto).

“Artículo 9. Definición de convenio arbitral. El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las *controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial...*” (bastardilla fuera de texto).

44 Puesto que el término *controversia* nos permite indicar que la vocación objetiva del convenio arbitral no es sólo jurídica, siendo por ello —al poder ser también extrajurídica— posible el recurso a los árbitros para que resuelvan una controversia material o económica, interpreten unas determinadas lagunas o adapten un contrato las nuevas circunstancias; en contra CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 67 nos señala que la *controversia* entre las partes “debe entenderse en sentido técnico jurídico como discrepancia que debe ser resuelta a favor de una de ellas (...) y ha de ser una controversia jurídica —no meramente material o económica— y real, no ficticia”.

45 No es preciso que la controversia esté concreta y específicamente determinada, basta que sea determinable. Contemplándose así tanto a las controversias ya surgidas (que están determinadas *per se*) como aquellas dependientes de surgir, que sólo son determinables por la exigencia que se establece de fijar en el convenio arbitral —de modo expreso o mediante la aportación de datos que permitan inducir la— la relación jurídica de la que surgen (con igual criterio CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 67).

Queda evidenciada así la total factibilidad de un convenio arbitral sobre controversias futuras (con tal parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 87) como también la consecuente imposibilidad de un convenio por el que las partes decidan someter todas las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas futuras entre ellas (con igual parecer CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 67). Sin embargo, hay que excepcionar de esta última regla el supuesto en que la totalidad de las controversias se refieran a una relación jurídica singular y aquellas situaciones bastante frecuentes en el tráfico comercial, de relaciones periódicas y continuadas, sometidas muchas veces a las reglas del uso comercial o a una disciplina contractual uniforme (con tal parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 88).

46 Como ya vimos es indiferente que las relaciones jurídicas a incluir en el convenio arbitral sean o no contractuales. Lo cual significa que la controversia no ha de poseer, necesariamente, carácter jurídico.

47 Puesto que la obligación de que las partes delimiten la relación jurídica de la cual haya surgido o pueda surgir la controversia, tiene como uno de sus objetivos el evitar la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial (con tal parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 87; de igual modo CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 67.).

que determinen la expresa voluntad de las partes. Concurriendo por tanto dos elementos: el elemento volitivo del convenio arbitral que supone que es la expresa voluntad de las partes la que va a determinar las cuestiones litigiosas que se han de comprender en el convenio arbitral; y el elemento objetivo del convenio arbitral que supone que no todas las cuestiones litigiosas se van a poder comprender en el convenio arbitral, sino tan sólo las que, por un lado, determinen la expresa voluntad de las partes y, además, las que sean de la libre disposición de las partes conforme a derecho, descartándose la total y absoluta indeterminación, aunque una cierta laxitud en este punto no debe suponer obstáculo alguno, pues la Ley general de arbitraje sólo parece exigir que la relación jurídica, expuesta a arbitraje, pueda ser determinada partiendo de lo que se exprese en el propio convenio arbitral, aunque no sea necesaria una concreción absoluta, bastando que se pueda inferir razonablemente o complementariamente. Cabe afirmar que es posible una hermenéutica espiritualista en la vocación objetiva del convenio arbitral, dado que los árbitros no se hallan vinculados por una exégesis literal y restrictiva, que les aparte de la misión que se les confía, resolviendo no sólo las cuestiones consignadas en el convenio arbitral, sino también las que deben considerarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado. La ausencia de formalidades en la Ley general de arbitraje para el momento de redactar el convenio arbitral es proclive en la práctica a que, en el convenio arbitral si bien se parte de la necesaria fijación en el mismo de una relación jurídica determinada, su concreción en cambio no tiene porqué realizarse de modo absoluto en el mismo dada la ausencia de formalismo que preside su redacción, por lo que la concreción puede venir dada posteriormente con ocasión de la proyección procesal del ámbito negocial del convenio arbitral⁴⁸.

VIII. EL CONVENIO ARBITRAL PATOLÓGICO

Se denominan convenios arbitrales patológicos —*clauses pathologiques*⁴⁹— a aquéllos que por defectuosos, imperfectos o incompletos impiden un normal desarrollo del arbitraje. Éstos se dividen a su vez en convenios arbitrales inválidos y

48 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, ob. cit., págs. 91-92.

49 La expresión corresponde originalmente a FRÉDÉRIC EISMANN *La clause d'arbitrage pathologique* dans Association Italienne pour L'arbitrage, Arbitrage Commercial- Essais in memoriam EUGENIO MINOLI, Turín, UTEC, 1974, pág. 129.

Cabe señalar que la doctrina francófona sigue utilizando mayoritariamente el término (véase ERIC LOQUIN, “*De la pathologie des clauses compromissoires*”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, París, 1963, pág. 301; *Des dangers des clauses d'arbitrage pathologiques*, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, París, 1963, pág. 398 ; *Clauses compromissoires pathologiques (...) degré zéro.com* », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, París, 1963, pág. 57).

convenios arbitrales susceptibles de validación. Entre los primeros se hallan aquellos que no serían tales por cuanto no se encontrarían dirigidos a iniciar un arbitraje. En cambio los segundos, serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo de arbitraje o indican erróneamente una institución arbitral o aluden equivocadamente y, a la vez, al arbitraje y al proceso judicial (convenios arbitrales contradictorios) o son convenios que tienen por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje (convenios arbitrales ambiguos). En consecuencia, el convenio arbitral patológico sería el redactado de modo ambiguo, contradictorio, deficiente, omisivamente o de manera imperfecta. Cabe además señalar que la propuesta de la Ley general de arbitraje no es listada ni cerrada, permitiendo más bien el paso a otras hipótesis diferentes de patologías. Pudiendo observarse dentro de aquellos supuestos expresamente regulados a los siguientes:

1. Convenio arbitral inexistente

Es —en su acepción semántica más inequívoca— el convenio arbitral que no existe, es decir, que no se celebró⁵⁰. Más en una acepción amplia se supone que el convenio arbitral no existe porque no posee algunos de los elementos que haría que existiera como realidad jurídica negocial, como por ejemplo, la inexistencia de voluntad inequívoca haría que el convenio sea inexistente. También es inexistente el convenio arbitral cuando —en una cesión contractual— no es asumido por el cesionario de modo inequívoco y formalmente por escrito. E igualmente es inexistente aquel convenio arbitral que debe ubicarse en las cláusulas generales de contratación, mas no posee esa concreta ubicación⁵¹.

2. Convenio arbitral nulo

Este convenio arbitral —a diferencia del inexistente— sí existe, pero concurren en él ciertas infracciones que en la Ley general de arbitraje o fuera de ella originan

50 Recogido en el artículo 39, segundo párrafo, de nuestra Ley general de arbitraje, el cual nos señala que, “La oposición total o parcial al arbitraje por *inexistencia*, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales...” (bastardilla fuera de texto).

Obsérvese además que se desprende claramente del tenor de la norma, que no es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral ineficaz, ni tampoco es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral inválido.

51 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003, págs. 99-100.

que carezca de eficacia⁵². La nulidad implica invalidez negocial que puede provenir de la falta de capacidad de quienes han suscrito el convenio arbitral, de la indisponibilidad del objeto sobre el cual recae el convenio⁵³, de la no suscripción del convenio en la forma que prevé la Ley general de arbitraje —por escrito⁵⁴— o cuando su contenido sea tan exiguo o insuficiente que no facilite la realización del arbitraje, de la no composición impar del colegio arbitral⁵⁵, o cuando el convenio coloque en situación de privilegio a una de las partes⁵⁶. Por otra parte, junto al convenio arbitral nulo está el anulable⁵⁷, en el cual concurren también ciertas infracciones que originan una apariencia de validez que sólo se denuncia cuando se solicita su anulación, por lo que el convenio arbitral será válido siempre y cuando no se anule. Obsérvese que tanto el convenio arbitral nulo como anulable crean una apariencia de validez negocial *ex origine*, lo único que sucede es que la invalidación en el anulable es opuesta por quien la anulabilidad le favorece y, en cambio, en el acto nulo, la invalidación es establecida por la propia Ley general de arbitraje, por lo que el convenio arbitral nulo es un caso de invalidez negocial y el anulable una hipótesis de amenaza de invalidación negocial. Por ello, el laudo que admita la anulabilidad del convenio arbitral es constitutivo mientras que el que admite la nulidad es declarativo⁵⁸.

52 Con similar parecer REGLERO, *ob. cit.*, págs. 235-236 nos señala que, “*Las causas que pueden dar lugar a la nulidad del convenio arbitral son, en sustancia, las mismas que hacen nulo cualquier contrato (falta de capacidad de obrar de algunas de las partes, existencia de algún vicio del consentimiento, convenio celebrado por persona que carece de poder expreso para ello, etc.), a las que se añaden determinadas especificidades, tales como que el convenio tenga por objeto una materia que no sea de la libre disposición de las partes (...) que no conste de manera inequívoca la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje (...), que no se exprese la relación jurídica determinada sobre la que gravita el convenio arbitral (...), que el convenio no se haya otorgado bajo la forma legalmente exigida (...), que una de las partes se halle en situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros...*” (bastardilla fuera de texto).

53 De conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley general de arbitraje, el cual no señala que “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición...”.

54 De conformidad a lo prescrito por el artículo 10 de la Ley general de arbitraje, el cual no señala que “El convenio arbitral se celebra por escrito bajo sanción de nulidad...”.

55 De conformidad a lo prescrito por el artículo 24 de la Ley general de arbitraje, el cual no señala que “Los árbitros son designados en número impar...”.

56 De conformidad a lo prescrito por el artículo 14, tercer párrafo de la Ley general de arbitraje, el cual no señala que “Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento...”.

57 Con similar parecer CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 127 nos señala que “La ley no distingue entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, por lo que entiendo que tanto unas como otras son denunciabiles (...). La nulidad se producirá cuando falle alguno de los requisitos esenciales que determinan el nacimiento del convenio y la anulabilidad cuando se dé un vicio que sólo determinará la anulación cuando sea alegado por la parte interesada (por ejemplo, cuando el consentimiento prestado por alguno de los contratantes esté viciado o sea insuficiente)”.

58 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, pág. 102.

3. Convenio arbitral caducado

La caducidad implica un ámbito temporal de aplicación objetiva del convenio arbitral, el cual posee como regla general el plazo de veinte días de vencida la etapa de pruebas⁵⁹, mas ello obviamente no descarta otro cómputo *ad hoc* o institucional. La caducidad, así entendida, no es técnicamente una caducidad adjetiva de la instancia arbitral sino de los efectos del convenio arbitral —negocial— en el que se ha de expresar la voluntad inequívoca de que el arbitraje se tramite en un determinado plazo. Tornándose, a la vez, el convenio arbitral caducado en ineficaz dado que el ámbito negocial que lo justificaba ha dejado de tener vigencia temporal⁶⁰.

IX. CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

En el contenido del convenio arbitral, se establece una extensión facultativa⁶¹ y que afecta a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento⁶². La posibilidad de designar a los árbitros y determinar las reglas de procedimiento en el convenio arbitral se sustenta en el principio de autonomía de la

59 De conformidad a lo prescrito por el artículo 48 de la Ley general de arbitraje, el cual no señala que “*Salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio, en las reglas del proceso, o que las partes autoricen una extensión, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del artículo 34, si no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional , que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días...*” (bastardilla fuera de texto).

60 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, pág. 105.

61 Con similar parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 95 y sigs.

62 Como se desprende del tenor —principalmente— de los artículos 8, 9, 14 y 33 de la Ley general de arbitraje. En ese sentido, el artículo 8 de la Ley general de arbitraje, nos señala que, “...serán válidas las notificaciones por cable, télex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral...” (bastardilla fuera de texto). De igual modo el artículo 9 de la Ley general de arbitraje, nos señala que, “...El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. *El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada...*” (bastardilla fuera de texto). Asimismo el artículo 14 de la Ley general de arbitraje, nos señala que, “...*Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la obra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos de materia controvertida o de las reglas de procedimiento*” (bastardilla fuera de texto). E igualmente el artículo 14 de la Ley general de arbitraje, nos señala que, “...*Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización*” (bastardilla fuera de texto).

voluntad de las partes, el cual gobierna en la Ley general de arbitraje, así como en el principio de libertad formal en que se apoya la suscripción del convenio arbitral por las partes interesadas en acudir al arbitraje. Con base a la ausencia de formalismo que preside la redacción del convenio arbitral, lo normal será que tanto la designación de los árbitros como la determinación de las reglas de procedimiento no sean aludidas en éste y que, incluso, esa determinación quede supeditada al tipo de arbitraje que se utiliza. Esto es, si se está ante un arbitraje *ad hoc*, lo normal será que sean las propias partes quienes, inicialmente en el propio convenio arbitral o después, determinen ambos extremos mediante acuerdos complementarios. En cambio, si el arbitraje es institucional, ambos extremos referidos a la designación de los árbitros y a la fijación de las reglas de procedimiento, no se incluirán normalmente en el convenio arbitral, quedando, en cambio, su fijación a lo que se establezca sobre ellos en los reglamentos de arbitraje de esas instituciones. Por su parte, en el arbitraje deferido lo normal será que el tercero proceda a la designación de los árbitros y que éstos establezcan las reglas de procedimiento. Por tanto ambos extremos no se van a hallar en el convenio arbitral⁶³.

X. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones⁶⁴. Según nuestra Ley general de arbitraje el contenido del convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado (efecto positivo) y al mismo tiempo impide a juzgados y salas conocer de las controversias sometidas a arbitraje⁶⁵ siempre que la parte a quien interese invoque la existencia del convenio

63 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA Y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, pág. 113.

64 Con tal parecer FOUCHARD, PHILIPPE; GAILLARD, EMMANUEL; GOLDMAN, BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, París, 1996, pág. 395 y sigs.; de igual modo CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 71, nos señala que "Distingue la ley una doble eficacia del convenio arbitral: la eficacia positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros y la eficacia negativa, consecuencia de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales".

65 Con igual parecer GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS, *La excepción de arbitraje*, La ley, 2 de mayo de 1990, pág. 1160, nos señala que "En términos generales puede decirse que el efecto negativo que se sigue del convenio arbitral supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo y, desde ese punto de vista, he de convenir con un sector doctrinal, que se trata de una excepción que se relaciona con el objeto del proceso".

arbitral mediante excepción (efecto negativo)⁶⁶. Con la invocación del convenio arbitral como excepción se reafirma la competencia de los árbitros y se acoge el “principio de competencia de la competencia” —*Kompetenz kompetenz*— dirigido a evitar que las controversias sometidas a su *competencia* —la del árbitro se entiende— puedan ser sustanciadas a través de la competencia que pueda atribuirse a la jurisdicción estática con base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad y caducidad del convenio arbitral. El resultado final que se logra es el propio de un efecto puramente cronológico, positivo y no jerárquico en orden a evitar que juzgados y salas asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales tramitados ante los órganos jurisdiccionales la nulidad de todos ellos⁶⁷.

XI. LA RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL

Podemos observar que la renuncia al convenio arbitral es posible conceptuarla de modo diverso, tanto negocial como procesal, distinguiéndose consecuentemente de ello una renuncia expresa de otra denominada tácita⁶⁸. Cabe primero llevar a cabo un tratamiento exclusivamente negocial de la renuncia, dado que la Ley general de arbitraje señala que mediante *convenio* las partes pueden dejar sin efecto el convenio arbitral suscrito o, lo que es lo mismo, renunciar al convenio arbitral⁶⁹. Obser-

66 Como se observa de lo dispuesto en los artículos 9 y 16 de la Ley general de arbitraje. En tal forma el artículo 9 nos señala que, “...*El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral...*”, (bastardilla fuera de texto). Por su parte, prescribe el artículo 9 que, “*Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso...*”, (bastardilla fuera de texto).

Asimismo, debemos concordar estas normas con los artículos 446 inciso 13 y 451 inciso 5 del Código Procesal Civil, los cuales nos señalan, respectivamente que, “El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...). 13. Convenio arbitral...” y que “Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega el principal y produce los efectos siguientes: (...). 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso si se trata de las excepciones de (...) convenio arbitral”.

67 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, págs. 114-115.

68 Como se puede observar del tenor del artículo 15 de la Ley general de arbitraje, el cual señala que, “...Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso”.

69 Si bien señalan algunos autores que en este caso el término renuncia es técnicamente incorrecto, puesto que *técnicamente*, “cuando las partes, mediante convenio, deciden dejar sin efecto lo acordado, no están renunciando a nada, ya que la renuncia es, siempre, un acto jurídico unilateral. En verdad a lo que se está refiriendo aquí es al mutuo disenso (...) mediante el que se extingue, por voluntad de las partes, el contrato anterior”, GETE-ALONSO y CALERA, *ob. cit.*, pág. 1037.

vándose que el legislador no oculta su intención de equiparar convenio arbitral con negocio jurídico, pues lo que indica a fin de cuentas es que las partes podrán renunciar *por negocio* de modo que la equiparación convenio-negocio resulta evidente⁷⁰. Asimismo, la renuncia al convenio arbitral es posible conceptuarla como una sumisión tácita a la jurisdicción estatal de indudable proyección procesal⁷¹, en la medida en que a través de ella se puede acceder al *debido proceso sustantivo* de la función jurisdiccional civil, siendo el resultado final básicamente procesal a través de la conexión arbitraje-proceso, y más concretamente con una institución esencialmente procesal como es la sumisión tácita regulada en el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley general de arbitraje⁷². No es posible acceder a la conceptualización procesal de la renuncia al convenio arbitral tal y como la regula la Ley general de arbitraje, si no se parte de la premisa según la cual el convenio arbitral ha de ser conceptualizado como negocio jurídico bilateral. Mas, a diferencia de este último, la renuncia al convenio arbitral se hace depender de la sola voluntad de una de las partes que encuentra a su paso la respuesta bilateral —no sustantiva, sino procesal— del demandado. Por lo tanto, la vertiente procesal de la renuncia implica que uno de los sujetos que suscribieron el convenio arbitral actúa como actor al llevar a cabo una actividad consistente en el mero hecho de acudir a los órganos de la jurisdicción estática interponiendo demanda⁷³. Finalmente, debe entenderse que la renuncia expresa al convenio arbitral —al igual que el desistimiento y la suspensión— es posible de llevarse a cabo en cualquier momento del proceso arbitral, si bien ha de hacerse antes que se notifique el laudo⁷⁴.

70 Como se observa en el artículo 15, primer párrafo de la Ley general de arbitraje, al señalarnos que, “...*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...*”, (bastardilla fuera de texto).

71 En tal sentido el artículo 15, segundo párrafo de la Ley general de arbitraje, nos señala que, “...*Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso...*”, (bastardilla fuera de texto).

72 Resulta loable el tenor del artículo 15, segundo párrafo de nuestra Ley general de arbitraje, al señalar como requisito —de tipo negativo— de la renuncia tácita, la no invocación, por el demandado, de la excepción de convenio arbitral, puesto que en otras regulaciones (como la anterior Ley de arbitraje española – Ley 36/1988) se solicita como requisito, —de tipo positivo— que el demandado realice otra actividad procesal que no sea la de proponer la excepción, con lo cual surge la discusión —inexistente en nuestro ordenamiento— sobre si la acumulación por el demandado a la excepción de convenio arbitral de otros medios de defensa —procesales o de fondo— supone la sumisión de los tribunales. Con similar parecer CORDÓN, *ob. cit.*, pág. 75.

73 LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de...*, *ob. cit.*, pág. 123.

74 Con tal parecer REGLERO, *ob. cit.*, pág. 221; asimismo cabe señalar que tal interpretación —dado que la norma que regula la renuncia no establece plazo— se desprende, principalmente, del tenor de los artículos 15 y 43 de la Ley general de arbitraje, los cuales no señalan, respectivamente, que “*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...*” y que “*En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje. Pueden también suspender el proceso por el plazo que de común acuerdo establezcan...*”, (bastardilla fuera de texto).

BIBLIOGRAFÍA

- CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1995.
- FOUCHARD, PHILIPPE; GAILLARD, EMMANUEL; GOLDMAN, BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.
- FRÉDÉRIC EISMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, dans Association italienne pour L'arbitrage, Arbitrage Commercial – Essais in memoriam EUGENIO MINOLI, Turían, utec, 1974.
- GASPAR LERA, SILVIA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1998.
- GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS, *La excepción de arbitraje*, La ley, 2 de mayo de 1990.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA y MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Tratado de derecho de arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003
- MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Compulsas críticas entre el proceso jurisdiccional y arbitral en el sistema jurídico peruano”, en *Revista de derecho internacional y del MERCOSUR*, n° 4, Buenos Aires, 2003
- MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, “Consideraciones fundamentales sobre el arbitraje”, en *Revista peruana de derecho procesal*, n° 5, Lima, 2003
- MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil*, vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO, *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1998)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

