



DOCTRINA PRÁCTICA

La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización

Roger Vidal Ramos*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

- 1. Definiciones doctrinarias. — 2. Principio *Kompetenz-kompetenz*. — 3. Precedentes jurisdiccionales. — 4. Entre la flexibilidad y la formalidad. — 5. Los costos de transacción. — 6. Propuestas de reforma. — 7. Conclusiones. — 8. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

Ciertos operadores se vienen valiendo del denominado convenio arbitral tácito para iniciar procesos fraudulentos en perjuicio de quienes no han prestado su consentimiento; por tal razón, el autor sugiere que la parte afectada debería contar con un mecanismo para discutir la existencia del convenio antes de la admisión de la causa.

Palabras clave: Arbitraje fraudulento / Convenio arbitral / Costos de transacción / *Kompetenz-kompetenz*

Recibido: 16-10-18

Aprobado: 05-12-18

Publicado en línea: 02-01-19



ABSTRACT

Certain operators have been using the so-called tacit arbitration agreement to initiate fraudulent processes to the detriment of those who have not given their consent; for this reason, the author suggests that the affected party should have a mechanism to discuss the existence of the agreement before the admission of the case.

Keywords: *Fraudulent arbitration / Arbitration agreement / Transaction costs / Kompetenz-kompetenz*

Title: *The formality of the arbitration agreement against the fraudulent incentives of its flexibilization*

Author: *Roger Vidal Ramos*

* Magíster en Derecho Civil y Comercial y candidato a doctor por la UNMSM, con postgrado en el Programa de Formación de Árbitros de la Universidad Esan y el OSCE. Docente de la Facultad de Derecho de la USMP y de la UNHV. Presidente del IPDC. Miembro de la AIDP. Socio fundador del Estudio Vidal Abogados. Árbitro.

1. Definiciones doctrinarias

A nuestro entender, como manifestación de voluntad, el convenio arbitral constituye un pacto que contiene dos características, ligada a los efectos procesales, por cuanto la naturaleza del convenio arbitral constituye una obligación de acudir a la vía arbitral en caso de controversia o incertidumbre; pues, de no existir un conflicto o posible litigio, el convenio arbitral sería una “cláusula” que quedaría en absoluto reposo, en tanto solo se activaría única y exclusivamente cuando cualquiera de las partes de una relación jurídica sienta que no existe equidad o justicia entre los derechos y obligaciones. En ese momento es cuando el convenio arbitral cobraría efecto jurídico y se encaminaría a erigir la llamada justicia arbitral. Es fundamental que las partes contratantes, o las personas a título individual, tengan el pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que este sea suscrito de forma correcta, completa, precisa, y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil, a la luz de la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los libros de Obligaciones y Contratos¹.

El convenio arbitral constituye la piedra fundamental del arbitraje comer-

cial. Representa el máximo ejercicio del principio de autonomía privada, al ser fijado por las partes su efecto contractual, posibilitando que los contratantes de común acuerdo diseñen un litigio arbitral acorde a sus necesidades, estilos, usos y costumbres.

IMPORTANTE

[E]n el ámbito de la buena fe dentro de la práctica arbitral resulta importante destacar que por conducta diligente debe entenderse un comportamiento de lealtad y colaboración desde el inicio del arbitraje hasta la ejecución del laudo, transitando por las diferentes audiencias.

En este acuerdo, se consta el consentimiento de las partes para someterse al arbitraje, indispensable para cualquier proceso de solución de controversias ajeno a los tribunales nacionales².

Por medio del convenio arbitral, una o más partes se obligan a someter a la decisión de uno o más particulares, llamados árbitros, todos o algunos de los litigios, presentes o futuros, que surjan en una determinada relación jurídica³.

1 Véase, al respecto, VIDAL RAMOS, Roger, “Alcances generales del convenio arbitral”, en AA. VV., *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012, p. 153.

2 Véase, al respecto, REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDE, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 219.

3 Véase, al respecto, LLOPIS-LLOMBART, Marco de Benito, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 37.

Finalmente, para Alejandro BORDA, la formalidad respecto a la extensión del convenio arbitral en una incorporación por referencia debería mantener siempre la regla de la formalidad del pacto arbitral. Ello constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato *conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato*, lo que fija sus recaudos en dos aspectos: que conste por escrito en algún contrato y que la referencia citada implique que la cláusula arbitral forme parte del contrato⁴.

Bajo la teoría procesalista del arbitraje, la jurisprudencia colombiana establece, sobre el pacto arbitral, lo siguiente:

Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial⁵.

El principio de autonomía constituye la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional. Por este principio el pacto arbitral es considerado independiente del contrato, de manera que, de existir vicios de nulidad en el contrato, el pacto arbitral no

se vería afectado de las consecuencias de esta nulidad, siendo, pues, el pacto arbitral un acto jurídico independiente por excelencia. Pues, cabe resaltar que, dentro del uso estricto de la autonomía privada de los sujetos de derecho, estos son quienes por delegación de Estado deciden a iniciativa de parte, renunciar a los fueros jurisdiccionales de la justicia tradicional para someterse a una justicia privada o justicia arbitral.

La autonomía de la voluntad no solo es fuente del arbitraje, sino que es también su medida. Una vez que las partes han acordado someter sus diferencias a arbitraje deben definir luego cómo será dicho arbitraje⁶.

Actualmente, una inmensa mayoría de países en Latinoamérica son miembros de la Convención de Nueva York y cuentan con legislación que, en mayor o menor medida, suplen el silencio de las partes cuando estas nada señalan respecto a cómo será el arbitraje. A ello debe agregarse que existe un sin número de reglamentos arbitrales que cumplen la misma función. Pero no siempre es suficiente⁷.

Cada relación contractual constituye una realidad particular, que muchas veces exige determinar con cuidado qué características ha de tener la cláusula arbitral, para contar luego

4 Véase, al respecto, BORDA, Alejandro, *Derecho civil y comercial: Contratos*, 2.ª ed., Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2018, p. 965.

5 PEÑA NOSSA, Lisandro, *Contratos empresariales nacionales e internacionales*, 6.ª ed., Bogotá: Universidad del Rosario-ECCO, 2007, p. 204.

6 Véase, al respecto, MACKINNON, Ari; IGNACIO ZAPIOLA; SANTIAGO BRAVO, "Redacción de cláusulas arbitrales internacionales", en *Themis*, n.º 70, Lima: 2017, p. 185.

7 *Ibid*, p. 185.

con un arbitraje. Las partes tienen la oportunidad —y el deber— de diseñar un proceso que lidie con las particularidades de su relación contractual⁸.

El profesor español Joan PICÓ JUNOY advierte que podría existir el abuso del arbitraje. En ese sentido, afirma que “solo ha de entenderse nulo el convenio arbitral en los supuestos que sea contrario a la buena fe, o que suponga un desequilibrio del justo equilibrio de las prestaciones de las partes”⁹.

Asimismo, en el ámbito de la buena fe dentro de la práctica arbitral, resulta importante destacar que por conducta diligente debe entenderse un comportamiento de lealtad y colaboración desde el inicio del arbitraje hasta la ejecución del laudo, transitando por las diferentes audiencias. La colaboración en pro del arbitraje se manifiesta, por ejemplo, con el cumplimiento de la presentación de medios probatorios exigidos por el tribunal arbitral, así como el no ocultamiento de la información que le sea requerida.

Es posible que, de vez en cuando, para dirimir una controversia, los árbitros deban basarse en lo que es “justo y razonable” más que en el derecho. Para conferirles esta facultad, se utilizan las denominadas “cláusulas de arbitraje en equidad”, que establecen, por ejemplo, que los árbitros “deberán decidir mediante una interpretación equitativa más

que estrictamente legal” o, simplemente, que decidirán la cuestión en carácter de *amiable compositeurs*¹⁰.

El convenio arbitral se encuentra regulado en el Perú por los alcances de los artículos 13 y 14 de Decreto Legislativo N.º 1071, que a nuestro criterio están agrupados en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos y b) convenios arbitrales tácitos.

El convenio arbitral genera indefectiblemente que los contratantes acepten obligaciones de índole contractual (pago de honorarios a los árbitros, reglas de confidencialidad), las que implican el acatamiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer, que se generan entre los árbitros, el secretario, las partes y terceros (órganos de apoyo y ajenos a la controversia), los cuales son de índole económico y procesal que generan responsabilidades, eventualmente estos incumplimientos podrían generar la posibilidad de acciones de daños y perjuicios por la parte perjudicada.

2. Principio *Kompetenz-kompetenz*

El principio tal vez más característico de la doctrina y práctica arbitral se encuentra representado por el principio *Kompetenz-kompetenz*, que permite a los árbitros proteger su jurisdicción arbitral, y, ante posibles amenazas de esta competencia, aplicar a las partes la amplia competencia arbitral. Este

8 *Ibid.*, p. 185.

9 PICÓ I JUNOY, Joan, “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, en *La Ley*, n.º 2, Madrid: febrero del 2005.

10 REDFERN, *et. al.*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, ob. cit., p. 202.

principio resulta una protección de la justicia arbitral.

Al respecto, Thomas CARBONNEAU señala lo siguiente:

[L]a doctrina *Kompetenz-Kompetenz*, también conocido como *compétence sur la compétence* o competente para pronunciarse sobre los problemas de competencia, dispone que el tribunal arbitral tenga la autoridad para decidir sobre cuestiones que guarden relación con el principio o el alcance de su jurisdicción. En otras palabras, la autoridad del árbitro para decidir acerca de los problemas de competencia se extiende a cuestiones relativas a la validez del acuerdo de arbitraje (el principio de su autoridad para juzgar) y de los asuntos relacionados con la interpretación de la cobertura o alcance del acuerdo de arbitraje (el alcance de autoridad jurisdiccional previstas en el acuerdo). El tribunal arbitral, por lo tanto, tiene la facultad de pronunciarse sobre las denuncias de que hay una falla en el contrato principal que afecta a la validez de la cláusula arbitral. El tribunal también puede decidir que las demandas de la controversia en cuestión no están cubiertas por la cláusula de arbitraje. Los fallos del tribunal sobre las cuestiones jurisdiccionales están sujetos a control judicial, ya sea en el momento de su pronunciamiento (dictada en la forma de un laudo provisional) o en la fase de ejecución del proceso (como parte del laudo definitivo)¹¹.

11 CARBONNEAU, Thomas E., “Cases and Materials on Commercial Arbitration”, vol. 1, Juris Publishing, 1997, p. 20, citado por CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*, tesis para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, pp. 81-82.

En virtud del principio *Kompetenz-kompetenz*, corresponderá al árbitro o al tribunal arbitral decidir acerca de su propia competencia para resolver el conflicto originado entre las partes. En este sentido, si bien es posible que el árbitro o el tribunal arbitral pueden decidir acerca de su competencia y alcance del convenio arbitral, también es cierto que el propio tribunal arbitral o el árbitro en su caso determinen su incompetencia para dirimir un caso en particular¹².

En la actualidad, el principio *Kompetenz-kompetenz* se encuentra universalmente reconocido, aunque de una manera dispar. Tal principio implica que debe ser el propio árbitro quien debe resolver todos los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible delegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia. Esta potestad se entiende como manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos. Así, en su vertiente positiva, será el árbitro quien indague su propia competencia sin que pueda oponerse el argumento consistente en que un órgano cuya competencia no está establecida no puede decidir sobre aquella; y desde la óptica negativa, los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a

12 Véase, al respecto, CÓRDOVA SCHAEFER, *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema*, ob. cit., p. 82.

la justicia arbitral, haya o no empezado el juicio respectivo¹³.

La razón de este principio se explica fácilmente si se comprende que el objetivo del convenio arbitral es, precisamente, brindar competencia a los árbitros para que resuelvan las controversias surgidas o por surgir entre las partes, y el efecto lógico de ello es que los tribunales estatales carezcan de competencia para pronunciarse sobre tales materias; de esta forma, solo tendrán jurisdicción cuando la cláusula arbitral sea inválida o nula, pero quien debe pronunciarse sobre ello es el propio árbitro¹⁴.

Sin embargo, es fundamental establecer que podríamos estar ante un uso temerario e ilegítimo del *Kompetenz-kompetenz* en supuestos cuanto no existe convenio arbitral y, un árbitro único o tribunal, aplican forzosamente su competencia con el ánimo de iniciar un arbitraje fraudulento o cuando por mandato de la ley (prohibición de ciertas materias arbitrables) se carece de competencia arbitral. Este incorrecto proceder es ejercido por algunos centros de arbitraje cuando no existe convenio arbitral institucional y, pese a la oposición de la parte interesada, genera la aplicación de *Kompetenz-kompetenz* del arbitraje institucional.

13 Véase, al respecto, VÁZQUES PALMA, María, *Tratado de arbitraje en Chile: Arbitraje interno e internacional*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, pp. 261-262.

14 *Loc. cit.*

Acorde con nuestra posición del falso *Kompetenz-kompetenz*, la Sala Comercial de Lima estableció lo siguiente:

SÉTIMO. A tal efecto, debe tenerse presente que, conforme a su naturaleza jurídica, no es legalmente posible que exista arbitraje alguno si no hubiera un convenio arbitral entre las partes que habilite la competencia de los árbitros; convenio arbitral que puede asumir cualquiera de las formas previstas en el artículo 13 del D. Leg. 1071, pero que inexorablemente debe estar presente como fundamento de la competencia de los árbitros. *En ese sentido, constituye punto arcóntico del arbitraje el sometimiento de las partes a esta jurisdicción especial, pues sin ello cualquier pretendido ejercicio de competencia arbitral se revela como un acto fraudulento, arbitrario, y sin asidero ni cobertura jurídica.* Esto debe ser objeto de la calificación preliminar del pedido de colaboración judicial con el arbitraje, acto en el que el juzgador debe verificar la existencia del convenio arbitral, lo que no se advierte que se haya hecho en el caso concreto¹⁵. [El resaltado es nuestro].

3. Precedentes jurisdiccionales

Es primordial reconocer que el Poder Judicial por intermedio de los fallos emitidos las salas comerciales o civiles, y los de la Corte Suprema de la República, derivados de los recursos de anulación de laudos, vienen constantemente otorgando criterios y lineamientos sobre los

15 SEGUNDA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez Miguel RIVERA), *Expediente N.º 6762-2014*, Lima: 5 de enero del 2016. Caso: Universidad Peruana Los Andes vs. Richard Villalobos Meléndez. Materia: ejecución de medida cautelar. La universidad fue patrocinada por el autor.

principios del arbitraje, desde la óptica del derecho civil y del debido proceso arbitral. A continuación, expondremos literalmente aportes jurisdiccionales significativos, con comentarios muy puntuales.

3.1. Desde la teoría del acto jurídico

La Primera Sala Comercial de Lima en el Expediente N.º 46-2015, desde la teoría del acto jurídico, establece que es necesario interpretar el convenio arbitral bajo los elementos del acto jurídico y resalta la importancia de un consentimiento sin la presencia de vicios; entre los considerandos más resaltantes están los siguientes:

QUINTO. Conforme al inciso 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N.º 1071, el convenio arbitral 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 de otra naturaleza. De conformidad con esta definición, el arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes, que deciden someter determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares.

SEXTO. De otro lado, “el convenio arbitral —como cualquier contrato— debe cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general. Es decir, tiene que nacer de un consentimiento que no esté viciado, y que haya sido expresado válidamente. Asimismo, dicho consentimiento debe ser manifestado por personas con plena capacidad para obligarse, teniendo un objeto lícito y posible jurídica y físicamente”; así, la ausencia de manifestación de voluntad de las partes dirigida a someter el conflicto a la

competencia de un árbitro causa irremediablemente la nulidad absoluta de la decisión que se haya adoptado en el caso concreto¹⁶.

IMPORTANTE

Respecto a la posibilidad de generar procesos arbitrales vía correo electrónico, a nuestro criterio se debería efectuar con firma electrónica certificada o de un correo del cual exista certeza absoluta que fue emitido por el interesado.

La Segunda Sala Comercial de Lima, respecto a la libertad contractual (forma) del convenio arbitral, fija como pauta de interpretación los alcances del contenido del convenio arbitral: a) número de árbitros, b) plazo para laudo, c) tipo y sede del arbitraje, y otros diversos pactos. Los alcances de la Sala Comercial son los siguientes:

La norma invocada define al Convenio Arbitral como un acuerdo, para lo cual es necesario la conjunción de voluntades de las partes que lo celebran, son éstas quienes previendo un conflicto de intereses o encontrándose inmersas en un conflicto de derecho surgido entre ellas, deciden someter o confiar su controversia a la decisión de un Tribunal Arbitral o Árbitro Único¹⁷.

16 PRIMERA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez José Díaz), *Expediente N.º 46-2015*, Lima: 10 de mayo del 2016.

17 SEGUNDA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez Manuel ROSSELLI), *Expediente N.º 269-2014*, Lima: 26 de setiembre del 2016, considerando octavo.

Sobre la formalidad del convenio, precisa:

La consecuencia inmediata es que también prime la libertad de forma, pues son las partes las que establecen la forma, clase, plazos y desarrollo del proceso arbitral. Al convenio arbitral se le aplican los principios y requisitos de validez del contrato, así las partes en ejercicio de la autonomía privada libremente contratan y pactan los términos contractuales, y evidentemente solo genera efecto entre las partes celebrantes¹⁸.

3.2. Parte no signataria

Sin ánimos de ingresar a analizar la figura de parte no signataria, es importante tener en consideración lo establecido en la Casación N.º 288-2014-Lima, respecto al convenio arbitral en favor de un tercero:

4. Los contratos civiles son capaces de generar efectos entre sus partes, así lo entiende el artículo 1363 del Código Civil que reza “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]” por tanto, los acuerdos contenidos en las cláusulas de un contrato son vinculantes, necesariamente, para las partes que así lo convinieron, porque manifestaron su voluntad para cumplir determinada prestación. En este orden de ideas, todas las cláusulas del “contrato privado de desarrollo de proyecto y prestatario de dar suma de dinero”, entre ellas las del convenio arbitral, son exigibles única y exclusivamente a las partes que lo celebraron, esto, es a LDV Inversiones y Servicios SAC y Servicios SAC y la Cooperativa de Trabajo y Fomen-

to del Empleo Santo Domingo Limitada”. En otros términos, dichas cláusulas no son exigibles ni a la demandante Inversiones Lancaster SAC ni al Estudio Pacheco Torres Abogados, Asesores y Consultores SAC, por lo que, la excepción de convenio arbitral planteada carece de asidero, y, por ende, debe ser declarada infundada”.

5. Por otro lado, es cierto que nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de celebrar contratos a favor de terceros, según prescribe el artículo 1457 de nuestro código civil. Sin embargo, ello no convierte al tercero en estipulante, sino que únicamente es aquella persona sobre la que surtirán efecto las prestaciones establecidas, por otros, en un determinado contrato. Ello es así porque dicho tercero no presta su consentimiento con la elaboración de las cláusulas que forman parte del contrato, siendo que, conforme al artículo 1458 del Código Civil, se hace necesaria la comunicación de su voluntad de hacer uso del derecho que surge a su favor.

6. El análisis expuesto nos permite concluir claramente que el convenio arbitral suscrito entre terceros ajenos a esta relación procesal no es aplicable a las partes implicadas en este proceso [...]¹⁹.

Otro caso muy controvertido fue el iniciado por Langostinera Caleta Dorada SAC contra TSG Perú SAC y otros:

Por tanto, desde este horizonte conceptual normativo lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola

18 SEGUNDA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez Manuel ROSSELL), *Expediente N.º 269-2014*, Lima: 26 de setiembre del 2016, considerando octavo.

19 SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Diana RODRÍGUEZ), *Casación N.º 288-2014 Lima*, Lima: 14 de agosto del 2014.

voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.

Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso de derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral²⁰.

3.3. Arbitraje vía *e-mail*

Respecto a la posibilidad de generar procesos arbitrales vía correo electrónico, a nuestro criterio se debería efectuar con firma electrónica certificada o de un correo del cual exista certeza absoluta que fue emitido por el interesado. La Segunda Sala Comercial de Lima, en el Expediente N.º 269-2014, expone lo siguiente:

En el denominado “Contrato Arbitral que celebran Cerámicos Norte S.A.C.” no se aprecia que el mismo haya sido suscrito por la ahora demandante, y de otro lado los correos electrónicos enviados por la codemandada a la accionante, invitando a la demandante a someter a arbitraje el conflicto de intereses de naturaleza jurídica, solo constituye una oferta que no fue aceptada. De la conducta o renuencia a contestar la oferta realizada no se puede inferir que se está ante un comportamiento de la ahora demandante que representa una manifestación de voluntad tácita de someterse a la jurisdicción arbitral. En ese sentido se está ante un claro caso de inexistencia de convenio arbitral, debiendo declararse la nulidad del laudo arbitral al amparo de la causal prevista en el artículo

63, numeral 1, literal a) del Decreto Legislativo N.º 1071²¹.

En el presente caso, se vincula a una persona natural (Doris Del Pilar Lizana Adrianzen) —quien interpuso recurso de anulación de laudo— contra otra (Ruth Patricia Bernal Valdivia) y la empresa Cerámicos Norte SAC. Resulta fundamental, para entender el inicio del forzado arbitraje, el siguiente considerando de la resolución que fundamenta la anulación:

Por otro lado, del análisis y revisión de los alegados acuerdos y coordinaciones que se habrían llevado a cabo entre la code mandada Ruth Patricia Bernal Valdivia y la accionante a través de sus correos electrónicos personales: *paticita_bernal@hotmail.com*, *pat_bernal@hotmail.com* y *pilar174@hotmail.com*, que significarían la celebración de un convenio arbitral, tratativas y acuerdo que estarían representados en las impresiones, de los correos remitidos y alcanzados por las partes, se advierte que en ninguno de ellos consta una concertación de voluntades mediante la cual se convenga someterse a la vía arbitral, pues sólo se observa una oferta de parte de la codemandada Bernal Valdivia de someter su pretensión de indemnización por daños y perjuicios a arbitraje, sin que se haya obtenido alguna forma de respuesta o aceptación por parte de la demandante. De la conducta o renuencia a contestar la oferta realizada no se puede inferir que se está ante un comportamiento de la ahora demandante que representa una manifestación de voluntad tácita de someterse a la jurisdicción arbitral, por lo que dicha

20 PRIMERA SALA COMERCIAL DE LIMA, *Expediente N.º 451-2009*, Lima: 5 de marzo del 2013, considerando décimo octavo.

21 SEGUNDA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez Manuel ROSSELLI), *Expediente N.º 269-2014*, Lima: 26 de setiembre del 2016, sumilla.

alegación sobre la existencia de convenio arbitral debe ser rechazada²².

IMPORTANTE

El litigante perjudicado deberá de efectuar otra importante inversión, jugándose su última carta procesal, mediante la interposición del recurso de anulación de laudo planteado ante las Salas Comerciales y/o Civiles, a fin de alcanzar la anulación del laudo por la causal de inexistencia de convenio arbitral.

El árbitro único efectuó un embargo sobre la propiedad de la demandada y emitió un laudo, que, a toda luz implica un arbitraje fraudulento, por cuanto no existe convenio arbitral electrónico aceptado, ni existió acuerdo para la designación del árbitro único, y en todo momento se objetó las diversas actuaciones arbitrales.

Como consecuencia de un inexistente convenio arbitral electrónico, se generó vulneraciones al debido proceso a lo largo del fraudulento arbitraje con dos direcciones distintas de la sede arbitral, la prohibición de la lectura del expediente, al ser siempre inubicable el secretario y árbitro, así como la manipulación de las fechas de las resoluciones²³ y de las notificaciones.

22 SEGUNDA SALA COMERCIAL DE LIMA (ponente: Sr. juez Manuel ROSSELL), *Expediente N.º 269-2014*, Lima: 26 de setiembre del 2016, considerando noveno.

23 Es relevante acotar que la demandante expresó su reclamo oportunamente al procedimiento

Con acertado criterio y predictibilidad de sus lineamientos, la Sala Comercial resuelve atendiendo al siguiente tenor:

En ese orden de ideas, el Árbitro Único al avocarse al conocimiento de las pretensiones indemnizatorias peticionadas en las demandas arbitrales sin que exista convenio arbitral, ha vulnerado el derecho de la ahora demandante, desconociendo la normativa legal aplicable al caso. Por lo mismo, corresponde amparar el Recurso presentado bajo la causal de inexistencia de Convenio Arbitral y proceder con arreglo a lo dispuesto en el literal a) del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1071, declarando nulo el laudo arbitral, sin reenvío.

Es importante tener en consideración que la sala interpreta al pacto arbitral como un contrato y, bajo esta óptica, analiza si la oferta “justicia arbitral” fue aceptada o no, ante lo cual es primordial aplicar los alcances de la manifestación de voluntad tácita del acto jurídico. Para la Sala Comercial no cabe la regla *ad probationem*, y deja sin asidero legal al supuesto de convenio arbitral tácito.

Asimismo, los demandantes interpusieron un recurso que generó la Casación N.º 1194-2017-Lima; allí la

arbitral —señalando que no se sometió a ningún convenio arbitral—, a través del escrito presentado el 7 de setiembre del 2012 (aunque fue consignando con fecha el 31 de agosto del 2012). Si bien, por un lado, se afirma que fue ingresado de manera extemporánea, por otro, se tiene que lo objetivo es que el laudo le reconoce tal fecha de presentación en su página 2318. Por lo tanto, ello la habilita en su accionar para examinar el reclamo de anulación de laudo bajo la causal en estudio.

Corte Suprema declaró improcedente atendiendo a los siguientes fundamentos:

NOVENO. Que, en efecto, este “convenio arbitral”, no fue celebrado ni suscrito por la demandante, por lo que no puede serle opuesto, pues el convenio arbitral es un producto de la autonomía privada y como tal solo puede generar efecto entre las partes que lo han celebrado. Y evidentemente el denominado “convenio arbitral” en examen, no es un caso de extensión de convenio arbitral a que se refiere el artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 1071.

DÉCIMO. Que, la Sala Superior analizó los alegados acuerdos y coordinaciones que se habrían llevado entre la recurrente Ruth Patricia Bernal Valdivia y la demandante Doris Del Pilar Lizana Adrianzen a través de sus correos electrónicos personales (particita_bernal@hotmail.com, pat-bernal@hotmail.com y pilar74@hotmail.com, fojas 2 a 5, y 373 a 381), y verificó que en ninguno de ellos consta una concertación de voluntades mediante la cual se convenga someterse a la vía arbitral, pues sólo hay una oferta de parte de la recurrente Ruth Patricia Bernal Valdivia de someter su pretensión a arbitraje, sin que haya obtenido alguna forma de respuesta o aceptación de la demandante. De la conducta o renuencia a contestar la oferta realizada no se puede inferir que se está ante un comportamiento de la demandante que representa una manifestación de voluntad tácita de someterse a la jurisdicción arbitral.

UNDÉCIMO. Que, se debe acotar: la demandante expresó su reclamo oportuno —señaló que no se sometió a convenio arbitral— (fojas 188 a 190 del expediente arbitral), que el laudo lo reconoció —en su página 23- (fojas 100). Por tanto, ello habilita para examinar el reclamo de anulación de laudo. En ese orden de ideas, el Árbitro Único al avocarse al conocimiento de las pretensiones sin que exista convenio

arbitral, ha vulnerado el derecho de la demandante, desconociendo la normativa legal aplicable al caso. Por ello, el órgano jurisdiccional no ha incurrido en infracción normativa de las normas que la recurrente esgrime, las mismas que resultan imperitinentes.

DUODÉCIMO. Que, en conclusión, la casacionista no ha cumplido con los concurrentes requisitos de procedencia dispuestos en el numeral 5) del artículo 64 del Decreto Legislativo número 1071 y los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil. En tal contexto fáctico y jurídico, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 del Código Procesal Civil reformado por la mencionada Ley, corresponde desestimar el recurso de casación en todos sus extremos²⁴.

3.4. Universidad vs. alumno

Dentro de nuestro ejercicio profesional, asumimos la defensa de este caso, cuyos hechos relevantes comentaremos brevemente:

La Universidad Peruana Los Andes fue notificada con una petición de arbitraje²⁵, tramitada ante el Centro de Arbitraje del Colegio de Conciliadores del Perú (en adelante, el Centro), la cual resultó totalmente inaceptable por tres supuestos:

- Inexistencia de cualquier forma de acuerdo o contrato por el servicio educativo.

24 SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Evangelina HUAMANÍ), *Casación N.º 1194-2017 Lima*, Lima: 26 de setiembre del 2017.

25 Caso: Universidad Peruana Los Andes vs. Richard AVillalobos Melendez. Materia: ejecución de medida cautelar.

- Inexistencia de convenio arbitral.
- La competencia de la justicia administrativa del consumidor educativo vía Indecopi y su posible proceso contencioso administrativo.

Conforme lo establece la Ley de Arbitraje, y habiendo ejercido su derecho de objeción contra la petición de arbitraje (a fin de no recaer en la posible renuncia a objetar²⁶), de forma complementaria la Universidad interpuso excepción de inexistencia de convenio arbitral acorde con los alcances al artículo 16²⁷, habiendo cumplido con la diligencia exigida por la ley arbitral para hacer frente a un convenio inexistente e inmerso en la nulidad y el fraude.

Con colmada vulneración del derecho de designación y conocimiento de los árbitros, el Centro dejó de notificar a la Universidad con las cartas de las

designaciones, aceptaciones y renunciaciones, tanto del primer y segundo árbitro único, quienes compartieron funciones arbitrales (de árbitro único), pese a ser *intuitu personae*.

Luego de efectuada la audiencia de instalación (pese a nuestra objeción), el primer árbitro admite la demanda con el petitorio del pago de la suma de S/150 000 por daño moral, en razón a los perjuicios sufridos por la pérdida de sus estudios universitarios del demandante. Transcurrido 11 meses, un segundo árbitro (sin que notificaran la renuncia del primero, ni la designación del segundo) emite una orden de embargo de cuentas bancarias a una entidad financiera por la suma de S/150 000. La entidad bancaria de forma preliminar rechaza la orden de embargo, con lo cual el alumno no tiene otro camino que requerir la colaboración de un juez, por lo que presenta su pedido de medida cautelar ante un juzgado comercial. La causa recayó en el Décimo Séptimo Juzgado Comercial de Lima, cuyo juzgador ejecuta el embargo con total desparpajo y sin dominio de la legislación arbitral y procesal, omitiendo todo análisis de los alcances de la inexistencia del convenio arbitral. La Universidad, en resguardo de su derecho, interpuso un recurso de nulidad procesal contra la resolución que establecía el embargo, la cual se elevó ante la Sala Comercial de Lima vía apelación.

La Sala Comercial estableció el siguiente criterio:

26 DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 11.- Renuncia a objetar.

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias”.

27 DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.

[...]

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

Los Jueces al brindar colaboración judicial con el arbitraje, para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, deben ejercer sus atribuciones y responsabilidades con ponderación y razonabilidad, a fin de —por un lado— respetar la legalidad que blindo al arbitraje frente a la intervención judicial, y —por el otro— impedir que dicho blindaje legal se constituye en cobertura para la ilegalidad arbitral. Para tal efecto debe verificar la existencia del convenio arbitral que sustente la competencia del árbitro.

Asimismo, en su décimo segundo considerando expresó lo siguiente:

Lo anterior acreditaría, por un lado, que la Universidad Peruana Los Andes no habría adoptado una conducta que pudiera asimilarse a una aceptación tácita de la existencia del convenio y; por otra parte, que en el arbitraje no se habría emitido pronunciamiento de fondo sobre dicha reiterada negativa de la existencia del convenio arbitral. Todo esto merece ser analizado por el juzgador a efecto de determinar si corresponde conceder la colaboración judicial que le ha sido solicitada, para ejecutar una medida cautelar arbitral cuestionada desde su raíz en cuanto a la competencia del árbitro único, por inexistencia de convenio arbitral.

El exalumno, bajo evidente mala fe procesal y en persistencia de su ilegalidad, interpuso recurso de casación (signado con el N.º 854-2016) ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, que fue declarado improcedente, por cuanto dicho recurso es procedente exclusivamente contra lo resuelto por la Corte Superior respecto al pedido de anulación de laudo, mas no si lo que se pretende es anular lo actuado en un cuadernillo cautelar. Con acertado criterio,

la Corte Suprema desestima cualquier pretendido cuestionamiento al fallo de la Sala Comercial de Lima.

3.5. Inexistencia de voluntad

La tendencia de las salas comerciales, ante la presencia de supuestos de anulación por falsificación y carencia de voluntad arbitral, se encuentra enfocada a otorgar fundamental probanza a la pericia grafotécnica, lo cual se puede apreciar en el Expediente N.º 154-2014²⁸, donde se establecen los siguientes considerandos:

Habiéndose determinado que las firmas consignadas en el documento que contiene el convenio arbitral son falsificadas. La causal a) del numeral 01 del artículo 63 de la ley general de arbitraje debe ser amparada, en consecuencia, declararse nulo el laudo arbitral.

[...]

VIGÉSIMO SEGUNDO. En los documentos que se presenta para iniciar el proceso arbitral, aparece una firma de doña CLEMENTINA LUIS EVANGELISTA DE MONDARGO, quien como fluye del Certificado de inscripción emitido por RENIEC: NO FIRMA. Ello se repite en el expediente arbitral y en todos aparece autorizando el abogado GONZALO CHAVARRÍA JIMÉNEZ con Registro CAL N.º 11917. 22.1: Todo ello colisiona con lo determinado en las pericias grafotécnicas que indican que la firma atribuida a doña CLEMENTINA LUIS EVANGELISTA DE MONDARGO es falsificada y lo informado por RENIEC. VIGÉSIMO TERCERO. En virtud de los fundamentos expuestos éste Colegiado considera que existen indicios razonables

28 PRIMERA SALA CIVIL COMERCIAL, *Expediente N.º 154-2014*, Lima: 24 de mayo del 2015.

que harían suponer que el Arbitro Único ALFREDO GRIMALDO BARROSO y el Secretario Arbitral ELEAZAR BUSTAMANTE CASQUI; así como el abogado GONZALO CHAVARRI JIMÉNEZ habrían cometido un delito perseguible de oficio, por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 03 del Código de Procedimientos Penales, cabe remitir copias al Ministerio Público de las principales actuaciones judiciales y arbitrales a fin de que procedan conforme sus atribuciones.

Suele darse como ejemplo de falta de manifestación de voluntad aquellos casos en los que se falsifica la firma del supuesto agente; sin embargo, la comprobación de una falsificación requiere de actividad probatoria adicional a la de una revisión superficial del documento²⁹.

4. Entre la flexibilidad y la formalidad

Los estándares internacionales de las prácticas arbitrales y legislaciones acorde a las disposiciones de la Uncitral permiten que, bajo la buena fe y una práctica lícita, los convenios arbitrales tácitos puedan ser entendidos como válidos, lo cual implica ejercer una interpretación con flexibilidad que tenga en cuenta la formalidad del convenio arbitral y represente a las formas eficaces que se hayan considerado en las diversas legislaciones.

Al respecto, Jesús CÓRDOVA SCHAEFER indica lo siguiente:

Como es de apreciarse, no sólo es necesaria la firma de la parte, sino que el convenio

29 PRIMERA SALA CIVIL COMERCIAL, *Expediente N.º 154-2014*, Lima: 24 de mayo del 2015.

debe encontrarse por escrito. No obstante, esta formalidad del acuerdo arbitral ha tomado un giro a raíz de la modificación que recomienda la Ley Modelo de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* sobre arbitraje comercial internacional

[...]

Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York siguen planteando la interrogante acerca de lo que puede entenderse “por escrito” y también sobre los intercambios de documentos, los cuales resultan anacrónicos en los tiempos del comercio electrónico.

[...]

En general, las legislaciones de los países, requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito, debido a que las partes excluyen a la Administración de Justicia Estatal de la resolución de sus conflictos. Por ello, el Estado tiene que estar seguro que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas.

[...]

Ciertamente, a raíz del crecimiento de la tecnología a mediados de los años 80, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se elevaran a niveles exponenciales, y que la negociación de las mismas pueda llevarse a cabo entre partes que se ubiquen en latitudes diferentes una de la otra. De ahí que era impensable que en el año 1958 cuando fue aprobada la Convención de Nueva York, se tome en cuenta a los contratos celebrados electrónicamente.

Es recién con La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que incorporó en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, en la cual permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático.

Por su parte la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en dicho escenario planteó un

criterio de interpretación llamado “equivalente funcional” para entender que los requisitos de escritura y firma se encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio, ha sido útil y seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente³⁰.

Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999 en la que no tomó en cuenta los correos electrónicos que contenía un convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, desestimó la ejecución de un laudo dictado en Londres³¹.

Antonio LORCA NAVARRETE, quien comenta la ley de arbitraje de España, estima lo siguiente:

Pero, de otro lado es preciso indicar que, aunque la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible (lo es *ad validitatem*), la LA, en cambio, 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 acto³².

Cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimien-

to tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), ya que este último el “comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje”³³.

IMPORTANTE

Es primordial la urgente modificatoria del artículo 13 de la Ley Arbitral, en el extremo que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos en las contrataciones privadas (salvo firma electrónica certificada), y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos obligaciones del convenio arbitral resulten exigibles a los contratantes.

Sin embargo, en España se estaría revistiendo de protección al convenio arbitral tácito, tal como se expresa a continuación:

[E]n un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del “intercambio de escritos de demanda y contestación (en los términos del art. 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por

30 CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, “Yo no firme nada: Los no signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana”, en *Themis*, n.º 71, Lima: 2017, p. 71.

31 *Loc. cit.*

32 LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 230.

33 CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en *Lima arbitration* n.º 1, citado por CÓRDOVA SCHAEFER, “Yo no firme nada: Los no signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana”, p. 79.

otra”, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultando un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. *En concreto, la voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que este asuma*³⁴. [El resaltado es nuestro].

Respecto a la formalidad, se sostiene en sede nacional que la única formalidad que la Ley Arbitral exige es que el convenio arbitral conste por escrito, cuando:

[Q]uede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Así, solo en ese caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría decirse que carece de la referida formalidad y que por tanto el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como esta es fácil predecir que se suscitara una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró³⁵.

Por otro lado, comprobar si existe manifestación de voluntad del agente en la suscripción del convenio arbitral, es un asunto que escapa de la mera revisión de un documento, dado que el consentimiento de las partes puede

darse de diversas maneras; aún más si nos atenemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley Arbitral. De allí que resulte difícil de imaginar un supuesto en el que nulidad sea manifiesta por aquella causa³⁶.

La regulación del convenio arbitral de la ley peruana, a nuestro criterio, esta agrupado en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos y b) convenios arbitrales tácitos.

El artículo 13 de la Ley Arbitral peruana, en el inciso 1, parte del supuesto que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligadas a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2 expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem (por escrito) y bajo una aplicación sistematizada* conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa, implicará la aceptación a la justicia arbitral; y el inciso 6 establece que se podrá extender

34 CERVANTES-BRAVO, Irina Graciela, “Comentarios a la Ley de Arbitraje española”, en *Vniversitas*, n.º 115, Bogotá: enero-junio del 2008, p. 30.

35 O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y Mariem NAVA ZEGARRA, “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”, en *Advocatus* n.º 32, Lima: 2016, p. 108.

36 *Ibid.*, p. 107.

el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el artículo 13.³⁷ de la Ley Arbitral, y son inspirados en el modelo Uncitral, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta admite una regulación *ad probationem*, la cual podría ser interpretada en el sentido de que no deba ceñirse a formalidades, y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de las formalidades impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría generar una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*, como ocurrió con las prácticas al estilo de la mafia Orellana, en las cuales pseudosárbitros iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia de un convenio arbitral.

Este tipo de regulación, según los casos judiciales que hemos expuesto, está generando incentivos económicos (maliciosos) para los agentes contratantes, árbitros, secretarios y centros de arbitraje, quienes, con su fraudulenta práctica arbitral, conllevan a la sociedad a sufrir de los siguientes problemas:

- Imposición de la justicia arbitral.
- Imposición de árbitros.
- Imposición del pago de honorarios arbitrales e institucionales.
- Vulneraciones a la autonomía privada y derecho al debido proceso.

5. Los costos de transacción

Desde la óptica de Análisis Económico del Derecho, la flexibilidad del convenio arbitral está generando incentivos económicos para que ilegítimos árbitros y algunos centros de arbitraje (sin prestigio, ni reconocimiento) fuercen el inicio de diversos procesos arbitrales, en claro perjuicio de los intereses y derechos de diferentes personas naturales y jurídicas. El hecho de ser notificado con la citación a una audiencia de instalación de arbitraje o con la resolución que establece una medida cautelar (un embargo en forma de inscripción o de cuentas bancarias, por ejemplo), va a implicar que el sujeto dañado invierta altos recursos económicos³⁸ en contratar abogados expertos para realizar una defensa de oposición desde el inicio del arbitraje fraudulento, e incluso, pese a contar con una defensa idónea, podría obtener un laudo desfavorable, con vicios procesales y una clara vulneración a

37 DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 13.- Contenido y forma del convenio.

[...]

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. [El resaltado es nuestro].

38 El honorario de un abogado experto en arbitraje comercial nacional o en contrataciones estatales se encuentra entre US\$300 a US\$1000 la hora, lo cual incrementa de forma enorme el presupuesto para una persona natural que tenga la firmeza de defender su propiedad o su dinero frente a los arbitrajes fraudulentos.

los principios del arbitraje, que tan solo persiga ratificar un proceso fraudulento.

El litigante perjudicado deberá de efectuar otra importante inversión, jugándose su última carta procesal, mediante la interposición del recurso de anulación de laudo planteado ante las Salas Comerciales y/o Civiles, a fin de alcanzar la anulación del laudo por la causal de inexistencia de convenio arbitral.

IMPORTANTE

Estas prácticas de arbitrajes forzosos (fraudulentos) perjudican los principios arbitrales de buena fe, designación de árbitro, ética, especialidad, *pacta sunt servanda* y el de seguridad jurídica, por cuanto se aprovechan de una regulación excesivamente flexible alrededor del convenio o pacto arbitral.

¿Cuánto tiempo se prolongó la litis arbitral? Desde la petición de arbitraje hasta la resolución que establece la anulación del laudo, estimamos un largo camino de dos a tres años, sin tener en cuenta que, si correspondiere, se podría interponer un recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de la República.

La especializada práctica arbitral ha generado que los honorarios de abogados resulten ser siempre muy onerosos, si a ello le sumamos el pago de aranceles judiciales, más la puesta en inercia del derecho de propiedad (una

compraventa frustrada) o la iliquidez (cuentas bancarias embargadas). Todo esto representa el elevado costo de transacción de mantener vigente un convenio arbitral flexible o tácito, lo que implica un gasto de tiempo y de oportunidad para los litigantes y los magistrados de las Sala Superiores, quienes deben invertir recursos y horas-hombre en resolver los procesos de anulación de laudo por la inexistencia de pacto arbitral.

6. Propuestas de reforma

Bajo el criterio de buena fe y flexibilidad de los efectos del convenio arbitral, cualquier árbitro, abogado o contratante diligente deberá optar siempre por aceptar la formalidad por escrito o alguno de sus diversos supuestos de aceptaciones; pero donde se presenta la incertidumbre y se abre la puerta del abismo para el perjudicado es con la presencia nociva del convenio arbitral tácito u aceptar por formalidad “ciertas conductas del contenido en su forma”³⁹, las que indefectiblemente requieren la confirmación y respuesta de la voluntad arbitral. Sin embargo, atendiendo a los diversos casos narrados precedentemente, de forma fraudulenta se iniciaron procesos arbitrales bajo una inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito y flexible, supuestos que demuestran una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de personas

39 Véase, al respecto, el artículo 13.3 de la Ley Arbitral peruana.

naturales, y hasta incluso jurídicas. Por esta razón, con el ánimo de fortalecer el arbitraje y proteger a la sociedad, es necesario complementar la protección del convenio arbitral en la regulación, con un pertinente y célere trámite de la excepción de inexistencia de convenio arbitral.

Si bien preferimos la forma tradicional (por escrito) del convenio arbitral, que en buena cuenta es una interpretación del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, es necesario prohibir la eficacia jurídica a los convenios arbitrales tácitos, los cuales deberían de ser protegidos con la excepción del convenio arbitral del artículo 16, que regula estos supuestos:

- Inciso 3: La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
- Inciso 5: Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite *la excepción de convenio arbitral*.

Es importante que la Ley Arbitral regule un mecanismo célere para que se resuelvan las excepciones de inexistencia de convenio arbitral (antes de la emisión del laudo u otorgamiento de una medida cautelar). En buena cuenta, resulta muy beneficiosa la regla de rechazo de

la demanda sin prueba de existencia de convenio arbitral contenida en el quinto párrafo del artículo 20 de la Ley Arbitral de Colombia (Ley N.º 1563, del 2012):

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. *El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral*, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el párrafo del artículo 3. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el Centro de arbitraje. [El resaltado es nuestro].

Es primordial la urgente modificatoria del artículo 13 de la Ley Arbitral, en el extremo que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos en las contrataciones privadas (salvo firma electrónica certificada), y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos obligaciones del convenio arbitral resulten exigibles a los contratantes y se genere para los árbitros su *Kompetenz-kompetenz*.

En la tendencia de la formalidad, concordamos plenamente con la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, cuyo artículo

1650 expresa que el contrato de arbitraje debe constar por escrito:

Artículo 1650. El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje *siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.* [El resaltado es nuestro].

La modificatoria planteada brindará una regla legal de prevención ante la promoción de arbitrajes fraudulentos que, pese a las tempranas oposiciones, objeciones y cuestionamientos, son iniciados actualmente por árbitros y centros de arbitraje bajo una incorrecta y abusiva aplicación del principio de *Kompetenz-kompetenz*, tanto en el arbitraje en contrataciones estatales como en los privados.

Es necesario incorporar a la Ley de Arbitraje que los cuestionamientos a la inexistencia de convenio arbitral u análogos (*ad hoc* o institucionales) se puedan efectuar mediante excepción, y puedan ser resueltos en audiencia especial como requisito previo a la interposición de la demanda y posteriores actos procesales, dejando siempre la posibilidad de una verificación preliminar y acuciosa por parte de los árbitros y los centros de arbitraje, a fin de verificar la falta, o no, de preexistencia de convenio arbitral, y prevenir así la aplicación de un falso *Kompetenz-kompetenz*, y, de

esta forma, evitar el inicio de diversos procesos arbitrales fraudulentos.

La regla procesal propuesta sería la siguiente:

Artículo 16

6. Ante el primer recurso de objeción y/o presentación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el Tribunal Arbitral u Arbitro Único, deberá convocar en el plazo de 10 días útiles a una audiencia especial a fin de resolver la objeción y/o excepción contra el convenio arbitral, y de establecer el Tribunal Arbitral u Arbitro Único, la ratificación y/o validez del convenio arbitral, la parte interesada deberá en el plazo de 10 días útiles interponer el recurso de anulación de Laudo, conforme al artículo 63 inciso a) y del artículo 64 de la Ley de Arbitraje.

Durante la etapa de la objeción y/o presentación de la excepción, se suspenden las facultades de los árbitros, del otorgamiento de medidas cautelares y únicamente será de aplicación lo establecido inciso 4) del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.


7. Conclusiones

Los importantes logros y la buena reputación del arbitraje en el sistema jurídico peruano vienen siendo perjudicados por la presencia de perversos árbitros, abogados, centros de arbitraje y litigantes, quienes, con evidente voluntad fraudulenta y pese la inexistencia de convenios arbitrales, arriban a interpretaciones equívocas y sesgadas, generándole efectos arbitrales a convenios nulos en los procesos arbitrales que versan sobre contratación privada e incluso pública.

Estas prácticas de arbitrajes forzosos (fraudulentos) perjudican los principios arbitrales de buena fe, designación de árbitro, ética, especialidad, *pacta sunt servanda* y el de seguridad jurídica, por cuanto se aprovechan de una regulación excesivamente flexible alrededor del convenio o pacto arbitral.

La incorrecta aplicación de la regulación *ad probationem* y otras formas del convenio arbitral (medios electrónicos), según el modelo Uncitral, está generando incentivos perversos para que negativos agentes del sistema económico, arbitral y judicial puedan generar procesos arbitrales fraudulentos bajo los denominados convenios arbitrales patológicos.

La flexibilidad del convenio arbitral, regulada en el artículo 13 de la Ley Arbitral peruana, estaría generando que personas naturales o jurídicas fueren el inicio de procesos arbitrales fraudulentos⁴⁰ en ejercicio de mala fe contractual. Por tal razón, es fundamental incorporar nuestra propuesta de reforma en la Ley de Arbitraje, respecto a que los cuestionamientos a la inexistencia de convenio arbitral u análogos (*ad hoc* o institucionales), reclamados mediante

el recurso de excepción, puedan ser resueltos en audiencia especial y como requisito previo a la interposición de la demanda y posteriores actos procesales, dejando siempre la posibilidad de una verificación preliminar y acuciosa por parte de los árbitros y los centros de arbitraje, a fin de verificar la falta, o no, de preexistencia de convenio arbitral y no permitir la aplicación de un falso *Kompetenz-kompetenz*, y de esta forma evitar el inicio de diversos procesos arbitrales fraudulentos. 

8. Referencias bibliográficas

BORDA, Alejandro, *Derecho civil y comercial: Contratos*, 2.ª ed., Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2018.

CERVANTES-BRAVO, Irina Graciela, “Comentarios a la Ley de Arbitraje española”, en *Vniversitas*, n.º 115, Bogotá: enero-junio del 2008.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*, tesis para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, “Yo no firme nada: Los no signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana”, en *Themis*, n.º 71, Lima: 2017.

LLOPIS-LLOMBART, Marco de Benito, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

MACKINNON, Ari; Ignacio ZAPIOLA; Santiago BRAVO, “Redacción de cláusulas arbitrales internacionales”, en *Themis*, n.º 70, Lima: 2017.

40 Nuestro trabajo se justifica debido a que en, ejercicio de la libertad de regulación y flexibilidad del convenio arbitral (a través de medios electrónicos o convenios tácitos), se estarían generando incentivos económicos negativos para que agentes contratantes, pseudoárbitros y centros de arbitraje impongan una justicia privada sin la preexistencia literal del convenio arbitral, lo cual genera arbitrajes fraudulentos, como ocurrió con la mafia Orellana.

- O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y Mariem NAVA ZEGARRA, “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”, en *Advocatus* n.º 32, Lima: 2016.
- PEÑA NOSSA, Lisandro, *Contratos empresariales nacionales e internacionales*, 6.ª ed., Bogotá: Universidad del Rosario–ECCO, 2007.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, en *La Ley*, n.º 2, Madrid: febrero del 2005.
- REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKBAY y Constantine PARTASIDE, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4.ª ed., Navarra: Thomson–Aranzadi, 2006.
- VÁZQUES PALMA, María, *Tratado de arbitraje en Chile: Arbitraje interno e internacional*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.
- VIDAL RAMOS, Roger, “Alcances generales del convenio arbitral”, en Aa. Vv., *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012.