

Sin tocar fondo: el principio de “irrevisabilidad” de los laudos y su relación con el control judicial de la competencia del tribunal arbitral

Valeria Moreno Machin*

Resumen. - La causal del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje exige al juez verificar si el laudo resolvió una materia manifiestamente no arbitrable. Este artículo analiza si ese control colisiona con la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje y sostiene, desde el principio kompetenz-kompetenz, recogido en el artículo 41 de esta misma norma, que la respuesta es negativa.

Palabras clave. - Arbitraje – Anulación de laudo – Arbitrabilidad objetiva – Kompetenz-kompetenz – Irrevisabilidad del laudo.

Abstract. - The ground set out in Article 63.1(e) of the Arbitration Law requires the judge to verify whether the award ruled on a matter that is manifestly non-arbitrable. This article examines whether that review conflicts with the prohibition on reviewing the merits under Article 62.2 of the Arbitration Law, and argues, drawing on the kompetenz-kompetenz principle set out in Article 41 of the same statute, that the answer is no.

Keywords. - Arbitration – Annulment of award – Objective arbitrability – Kompetenz-kompetenz – Non-reviewability of the merits.

* Abogada por la Universidad del Pacífico, con especialización en Arbitraje Internacional y de Inversiones por la misma casa de estudios. Asociada del área de Solución de Controversias de Hernández & Cía. Abogados. Ha sido asistente arbitral de árbitros nacionales e internacionales. Miembro de Peruvian Young Arbitrators; fue integrante y luego entrenadora del equipo de la Universidad del Pacífico en competencias internacionales de arbitraje.

I. Introducción

En agosto de 2023 presenté mi informe jurídico para obtener el título de abogada por la Universidad del Pacífico. Dicho informe versó sobre un expediente de anulación de laudo¹.

Elegí ese expediente porque me resultaba bastante completo y, a la vez, retador. Completo, porque tenía un importante componente de arbitraje (inarbitrabilidad objetiva, anulación de laudo, *kompetenz-kompetenz*, prohibición de revisión del fondo, entre otros). Retador, porque el laudo cuya anulación se pretendía había resuelto una controversia entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones y la discusión giraba en torno a una cuestión técnica que obligaba a entender, necesariamente, el funcionamiento del sector de las telecomunicaciones. Un campo, sinceramente, inexplorado por mí hasta ese momento.

Evidentemente, este texto no es para contar las peripecias de mi proceso de titulación. Su objetivo es retomar un tema que traté en aquel informe y al que he tenido la oportunidad de volver, en diferentes ocasiones, a nivel profesional y académico en estos años.

El tema es la relación entre el control de competencia y la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje peruana.

Como sabemos, una de las causales de anulación de un laudo según nuestra norma es que este se haya pronunciado sobre una materia que es “manifiestamente no arbitrable de acuerdo con ley”. Esta causal está reconocida en el literal e) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje y configura lo que la doctrina denomina un problema de inarbitrabilidad objetiva (es decir, de controversias que no son arbitrables por razón de la materia u objeto).

A primera vista surge la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden las Salas Comerciales revisar un laudo y definir si este se pronunció (debida o indebidamente) sobre determinadas materias? ¿No se supone que todo laudo es irrevisable porque así lo dice el conocido artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje? ¿No se supone que el tribunal arbitral es el “único competente” para definir su propia competencia, según el artículo 41 de la Ley de Arbitraje que recoge el principio *kompetenz-kompetenz*?

El objeto de este artículo es responder a estas interrogantes. Dicho de otra manera, el propósito de este texto es analizar la relación (y determinar si existe alguna contraposición) entre el “principio” de “irrevisabilidad de los laudos” (como lo han llamado los jueces comerciales), establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje y la causal de anulación del literal e) del artículo 63.1 de la misma norma (el control de competencia por arbitrabilidad objetiva).

¹ Expediente judicial 00085-2020-0-1817-SP-CO-01.

Para ello, seguiré el siguiente esquema: (i) definiré el alcance del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje; (ii) definiré el alcance del literal e) del artículo 63.1 de esta misma ley; y, por último, (iii) abordaré la pregunta central de este artículo, esto es, si existe alguna relación de compatibilidad o incompatibilidad entre estas dos normas y, de ser el caso, cómo debe ser resuelta. Al finalizar este artículo veremos que la respuesta está en la misma pregunta: en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje (o, mejor dicho, en el principio *kompetenz-kompetenz*).

II. El principio de irrevisabilidad de los laudos en el marco de un recurso de anulación

El artículo 62 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

El primer párrafo, sobre el que volveremos más adelante, hace referencia a los alcances del recurso de anulación. Señala que este constituye la única vía de impugnación de un laudo y que solo procede por las causales establecidas en el artículo siguiente (el artículo 63).

El siguiente párrafo de este mismo artículo contiene una prohibición dirigida a quienes evalúan los recursos de anulación: los jueces (en particular, los jueces comerciales).

Esta prohibición comprende, a primera vista, toda forma de revisión del laudo, pues prohíbe a los jueces, bajo responsabilidad, a revisar (i) el “fondo”, (ii) el contenido de la decisión, y (iii) calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones del tribunal.

En efecto, el profesor Alfredo Bullard (2015) sostuvo en una entrevista que el numeral 2 del artículo 62 fue “intencionalmente redundante” en el uso de términos casi sinónimos precisamente para no dejar ninguna duda de que no se acepta revisión **alguna** de los laudos bajo responsabilidad².

Sin embargo, esta norma no está exenta de interrogantes: ¿qué debemos entender por “el fondo” de la decisión? ¿es acaso el “fondo de la decisión” su contenido? ¿el “fondo de la decisión” son los criterios, motivaciones o interpretaciones del

² BULLARD GONZÁLEZ, A. (2015). Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. *Advocatus*, (32), 199-203 pp., p. 203.

tribunal? ¿el “fondo de la decisión” es algo diferente a la decisión sobre la materia en controversia?

En mi opinión, tratando de hacer un símil a nivel procesal, podríamos echar mano del concepto de la *ratio decidendi*, que no es otra cosa que el proceso lógico jurídico que conduce a una sentencia (en este caso, al laudo)³.

Así, a mi juicio, este numeral contiene, en principio, una prohibición amplia dirigida a los jueces de pronunciarse sobre las razones que llevaron al tribunal arbitral a tomar la decisión que tomó, para bien o para mal.

A esta disposición nuestras cortes comerciales le han denominado “el principio de irrevisabilidad del laudo”, “irrevisabilidad de fondo” o “irrevisabilidad del criterio arbitral” y han concluido que este les prohíbe discutir los fundamentos del laudo o el acierto de sus disposiciones, a lo que los jueces comerciales denominan “fondo”⁴.

Considero que su razón de ser yace en los efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Como sabemos, el efecto positivo consiste en que, al someter una

³ El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado consistentemente en ese sentido al desarrollar el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por ejemplo, en Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda. (2026). Sentencia 94/2026, Expediente 02051-2024-PA/TC. Lima: 4 de marzo de 2026, la cual, al igual que otras ha tomado como base el desarrollo hecho en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda. (2013). Sentencia, Expediente 04302-2012-PA/TC. Lima: 4 de marzo de 2013.

⁴ Este principio se menciona a lo largo de la jurisprudencia de las Cortes Comerciales, solo por mencionar algunos ejemplos:

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Expediente 194-2016, seguido por Gobierno Regional de Piura contra Sindicato Energético S.A. Lima: 21 de febrero de 2017.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Expediente 000391-2016-0, seguido por Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES contra Iberico Ingeniería y Construcción S.A. Lima: 18 de abril de 2017.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00048-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por Cobra Construcciones y Servicios Perú S.A. contra Excavaciones y Movimientos S.A.C. Lima: 25 de agosto de 2021.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00338-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra Petramás S.A.C. Lima: 28 de marzo de 2022.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00193-2023-0-1817-SP-CO-02, seguido por Cencosud Retail Perú S.A. contra Inmobiliaria El Quinde S.A. Lima: 19 de setiembre de 2023.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2023). Expediente 00362-2020-0-1817-SP-CO-02, seguido por Pluspetrol Peru Corporation S.A. contra Comercio, Servicio e Inversiones. Lima: 3 de mayo de 2022.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 00369-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por Consorcio Salud Tocache contra Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo. Lima: 28 de marzo de 2025.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 00205-2022-0-1817-SP-CO-01, seguido por el Hospital Nacional Dos de Mayo contra Dirección de Salud y Centro Médico Naval Cirujano Mayor Santiago Távara de la Marina de Guerra del Perú. Lima: 22 de agosto de 2022.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 598-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por Jorge Guerra Raymundo y otros contra Immer Alvarado Huaylla. Lima: 18 de julio de 2025.

controversia a arbitraje, las partes acuerdan que sean los árbitros quienes la resolverán y, en consecuencia, como efecto negativo, que no sean los jueces (la jurisdicción ordinaria) quienes lo hagan.

En pocas palabras, mediante el convenio arbitral las partes apartan sus disputas del fuero ordinario (efecto negativo) y se las confían a los árbitros (efecto positivo). Siendo ello así, permitir un control amplio de los laudos vía los recursos de anulación no haría más que defraudar la voluntad de las partes al pactar un convenio arbitral, pues permitiría a los jueces a inmiscuirse en la controversia.

Por esa razón, la Corte Suprema ha establecido que el recurso de anulación no constituye una nueva demanda ni una apelación, pues su finalidad se limita al control de los aspectos formales o “externos” del laudo, sin que sea posible revisar el “fondo” de lo decidido por la prohibición del artículo 62.2 bajo comentario⁵.

De hecho, la propia Corte Suprema reconoce que, si se permitiese un amplio control de los laudos vía su anulación, “se propiciaría la intervención de un ente al que las propias partes renunciaron al suscribir el convenio arbitral”⁶.

Si hasta aquí tenemos que los jueces, al evaluar un recurso de anulación, están prohibidos de revisar el fondo, pronunciarse o calificar las razones que llevaron a los árbitros a adoptar el laudo, queda la pregunta de cómo ello sería compatible con el literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje que permite anular un laudo en razón de la materia allí decidida. ¿No es acaso la “materia” lo discutido en el arbitraje?

Sobre eso me pronunciaré a continuación.

III. El alcance del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje

El literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje contiene la siguiente causal de anulación de un laudo: “e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”⁷.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (2019). Casación 2055-2017-Lima. Lima: 11 de enero de 2019.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

⁷ Resulta interesante notar que la ley de arbitraje derogada (Ley 26572) contenía una redacción similar. Su artículo 73 disponía: “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: (...) 7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, *manifiestamente*, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo”.

Queda claro, entonces, que la causal bajo análisis versa sobre la arbitrabilidad objetiva, pues habla de “materias” no susceptibles de arbitraje. En efecto, arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta de *qué* materias pueden someterse a arbitraje. Sin embargo, la norma no queda allí, sino que añade dos elementos adicionales a la causal de anulación sobre los que me parece relevante detenerme: (i) “manifiestamente” y (ii) “de acuerdo a ley”.

Así, para que el laudo sea declarado nulo no basta con comprobar que este se pronunció sobre una materia no arbitrable. Se exige además (i) que la determinación de esa inarbitrabilidad sea “de acuerdo a ley” y (ii) que dicha calidad sea manifiesta. A continuación, veremos en qué consiste cada uno de estos elementos.

En relación con el requisito “de acuerdo a ley”, este significa, por más obvio que parezca, que es la ley la que debe disponer que determinada materia no es arbitrable.

¿Cuál es “la ley” que, por excelencia, determina lo que es arbitrable? Pues el propio artículo 2 de la Ley de Arbitraje que mencionamos antes, cuyo inciso 1 señala lo siguiente: “Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Comentando esta norma, María Teresa Quiñones (2012)⁸ destaca que el artículo 2 distingue dos vías de arbitrabilidad: la de las materias “tradicionalmente” arbitrables, por ser de libre disposición, y la de aquellas que lo son por habilitación legal (ley o tratado).

Bajo esta segunda vía se ubican, por ejemplo, las controversias derivadas de los contratos de concesión que no son *per se* de libre disposición, pero que la ley habilita a arbitrar⁹.

Las materias arbitrables no están listadas taxativamente en alguna norma. Como argumenta Avendaño (2011)¹⁰, hacer un listado de las materias disponibles y no disponibles a lo largo del derecho privado es imposible. De hecho, la Ley de Arbitraje evitó de forma consciente enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje¹¹.

⁸ QUIÑONES ALAYZA, M. (2012). Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, (2), 35-46 pp., p. 37.

⁹ Véase la reciente Ley 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, que en el artículo 60 indica que en los contratos de concesión se debe incorporar un convenio arbitral.

¹⁰ AVENDAÑO VALDEZ, J. (2011). Artículo 63. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 690-720). Instituto Peruano de Arbitraje.

¹¹ MANTILLA-SERRANO, F., pp. 45-46. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, F. (2011). Artículo 2. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 7-20), p. 9. Instituto Peruano de Arbitraje.

En ese sentido, interpretar que “de acuerdo a ley”, en el marco del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, se refiere a que debe existir una norma que declare que determinada materia es inarbitrable es —en mi opinión— una interpretación equivocada.

Considero entonces que “de acuerdo a ley” significa, en el artículo bajo comentario, que la inarbitrabilidad pueda ser deducida de la ley (por excelencia, del artículo 2 de la Ley de Arbitraje) o del pacto de las partes.

Veamos ahora el criterio de “manifiestamente” que también fija el artículo bajo comentario. Para ser honesta, al momento de desarrollar mi informe de titulación ubiqué muy pocas referencias bibliográficas que desarrollen este concepto desde la perspectiva arbitral a nivel nacional. A la fecha, el estado de la cuestión es el mismo.

Ante este panorama, considero útil remitirme (i) al concepto de *manifest disregard of the law* que, de acuerdo con las cortes de algunos Circuitos de los Estados Unidos, constituye una de las causales para anular un laudo¹² y (ii) al concepto de “nulidad manifiesta” del acto jurídico ubicado en el artículo 220 del Código Civil.

Empecemos por lo primero. Esta causal, como su nombre lo indica, permite anular un laudo cuando este ha resuelto la controversia ignorando de forma manifiesta la ley.

El Segundo Circuito ha establecido el siguiente estándar sobre el *manifest disregard of the law*: “El error debe haber sido obvio y capaz de ser percibido fácil e instantáneamente por la persona media cualificada para actuar como árbitro. Además, el término ‘disregard’ implica que el árbitro aprecia la existencia de un principio jurídico claramente rector, pero decide ignorarlo o no prestarle atención”¹³.

En segundo lugar, el artículo 220 del Código Civil peruano señala que la nulidad (del acto jurídico) puede ser declarada por el juez de oficio cuando sea manifiesta.

O’Neill y Nava (2015) señalan —refiriéndose al convenio arbitral— que este “será manifiestamente nulo cuando su nulidad sea clara y además cuando ya se encuentre descubierta, es decir, cuando no requiera de un trabajo adicional para averiguarlo”¹⁴.

Así, de estas referencias a nivel comparado y nacional se entiende que algo será manifiesto cuando no requiera de un análisis adicional para arribar a la referida

¹² POSER, N. (1998). Arbitration: Judicial review of arbitration awards: Manifest disregard of the law. *Brooklyn Law Review*, 64(2), 471-518 pp.

¹³ POSER (1998), p. 507. Texto original: “The error must have been obvious and capable of being readily and instantly perceived by the average person qualified to serve as an arbitrator. Moreover, the term ‘disregard’ implies that the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decides to ignore or pay no attention to it...”.

¹⁴ O’NEILL DE LA FUENTE, C., & NAVA, M. (2015). ¿Nacer para vivir muriendo?: la nulidad manifiesta del convenio arbitral. *Advocatus*, (32), 101-113 pp., p. 106.

conclusión. Dicho de otro modo, algo será manifiesto cuando sea “obvio y capaz de ser percibido fácil e instantáneamente por la persona media cualificada”¹⁵.

Ahora, uniendo ambos conceptos (“de acuerdo a ley” y “manifiestamente”) de cara a interpretar la causal de anulación del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, se puede concluir que el laudo será nulo cuando el órgano judicial corrobore que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre una materia que, conforme al artículo 2 de la Ley de Arbitraje o al pacto de las partes, no es susceptible de arbitraje, y que esta situación puede ser percibida fácilmente por una persona media cualificada, sin requerir un trabajo adicional para averiguarlo.

En efecto, a este mismo razonamiento arribó en su momento la Primera Sala Comercial en una de sus pocas sentencias ubicadas que analiza esta causal de anulación¹⁶:

dicha causal tiene una reserva de ley en virtud de la cual la no arbitrabilidad de una determinada materia o pretensión, debe sustentarse en norma legal; pero además exige que sea “manifiesta” lo que debe interpretarse en el sentido que debe estar expresamente establecida o, en todo caso, debe fluir de modo evidente de la norma.

En 2022, la misma Primera Sala Comercial reiteró que, a su entender, el supuesto de la causal e) bajo análisis la habilita a hacer “un estudio acerca de la competencia del tribunal arbitral para conocer las pretensiones sometidas a arbitraje” para que el juez “determine” y “evalúe” la labor desplegada por los árbitros:

Así mismo ésta causal e) constituye un mecanismo para controlar judicialmente los límites impuestos por nuestra ley a las facultades jurisdiccionales reconocidas a los árbitros. En efecto, cuando esta causal establece que un laudo expedido en un arbitraje nacional será declarado nulo si “el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje”, lo que hace es establecer un mecanismo procesal destinado a permitir que el juez determine si la labor desplegada por los árbitros ha respetado los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a su capacidad para juzgar o, dicho en otras palabras, evaluar si el árbitro se ha inmiscuido en materias en las que solo un juez puede pronunciarse, o en aquellas que no es posible emitir pronunciamiento por haber sido ya resueltas en otros procesos¹⁷.

Es claro entonces que, para las Salas Comerciales, que evalúan los recursos de anulación, estas tienen plena capacidad de “estudio”, “control” y “evaluación” de los laudos cuando se invoca la causal e).

¹⁵ POSER (1998), p. 507.

¹⁶ Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00048-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por Cobra Construcciones y Servicios Perú S.A. contra Excavaciones y Movimientos S.A.C. Lima: 25 de agosto de 2021.

¹⁷ Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00520-2021-0-1817-SP-CO-01, Resolución 9, fundamentos 3.13 y 3.14. Lima: 28 de abril de 2022.

Es más, la propia Corte Suprema ha considerado que en los casos de arbitrabilidad objetiva (cuestiones no susceptibles de arbitraje) la intervención del aparato judicial debe ser vigorosa para evitar fraudes a la ley o vulneración de derechos¹⁸.

IV. Uniendo los puntos: el principio de “irrevisabilidad de los laudos” y el control de competencia del tribunal arbitral

Hasta aquí, hemos desarrollado lo siguiente: (i) el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje contiene una prohibición amplia que impide a los jueces pronunciarse sobre el fondo o calificar las razones que llevaron al tribunal arbitral a adoptar su decisión; y (ii) el literal e) del artículo 63.1 exige, para anular un laudo, corroborar que este se pronunció sobre una materia manifiestamente no arbitrable de acuerdo a ley.

Resta entonces la siguiente pregunta: ¿La materia de un caso (por ejemplo, nulidad de contrato) no es intrínsecamente el “fondo”? ¿Cómo puede en una anulación evaluarse la “materia” del arbitraje sin entrar al “fondo” de este y caer en la prohibición del artículo 62.2?

Una posible respuesta a esta interrogante podría ser que el artículo 62.2 no sería aplicable porque el control *ex post* de la decisión sobre las excepciones u objeciones (como sería la de materia no arbitrable) constituye una causal de anulación independiente, ubicada en el propio artículo 41 de la Ley de Arbitraje. En efecto, algunos autores han sido de la idea de que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje contiene causales de anulación independientes a las del artículo 63¹⁹.

Discrepo respetuosamente de una conclusión como esa por dos razones. La primera es que el artículo 41, en mi opinión, no contiene una causal independiente de anulación; la segunda es que, incluso si la contuviese, el artículo 62.2 aun así sería aplicable.

La clave está en el propio artículo 62 de la Ley de Arbitraje que vimos previamente. En su primer inciso este señala que (i) contra un laudo solo procede un recurso de anulación y que (ii) ese mismo recurso de anulación solo procede por las causales taxativas (énfasis aquí) establecidas en el artículo 63²⁰. Dicho de otro modo, las

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

¹⁹ AVENDAÑO VALDEZ, J. (2011). Artículo 62. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 685-690), p. 686.
RIVAS CASO, G. (2020). La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral. *Foro Jurídico*, (18), 181-196 pp., pp. 189 y 194, para quien “si la respuesta del tribunal fuese que este no cuenta con competencia, la parte interesada podría iniciar una demanda de anulación al amparo de lo previsto en el artículo 41.5 de la Ley de Arbitraje” o “en realidad, habría que recurrir a lo establecido en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje”.

²⁰ Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. (...)

causales de anulación establecidas en el artículo 63 son las únicas que se pueden invocar contra un laudo. No existen otras causales de anulación contra un laudo.

No obstante, incluso si existiesen, lo cierto es que igual el proceso o recurso mediante el cual se conocerían estas causales sería uno de anulación, pues los incisos 4 y 5 del artículo 41 regulan que el tribunal, cuando tenga que resolver excepciones u objeciones, puede hacerlo ya sea como “cuestión previa” o en el laudo que resuelva definitivamente la controversia (laudo final). Al hacerlo, puede estimar o desestimar dichas objeciones o excepciones. En cualquier escenario, la norma es consistente en que la decisión es solo impugnabile vía recurso de anulación²¹.

Por lo tanto, en mi opinión, la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje es, en principio, aplicable a todas las causales de anulación listadas en el artículo 63, que son las únicas por las cuales se puede promover tal recurso.

Digo “en principio” porque justamente a continuación revisaré por qué, en mi opinión, no lo es en el caso del artículo 63.1.e). Antes, veamos cómo han resuelto esta cuestión los jueces peruanos.

Frente a esta aparente dicotomía las Cortes Comerciales han planteado la siguiente solución: el artículo 41, que recoge el principio *kompetenz-kompetenz*, confirma que las excepciones u objeciones (como la de materia no arbitrable, cosa juzgada, prescripción, caducidad, inexistencia o nulidad del convenio) no son “fondo” de la controversia porque la norma indica precisamente que estas “impiden entrar al fondo de la controversia”. Así, al no ser estas excepciones u objeciones “fondo”, su análisis no está cubierto por la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje²². En sus propias palabras:

²¹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, **su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.**

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. **Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación.** Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la **decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.**

²² Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2015). Expediente 225-2013-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Ministerio de Agricultura contra Consorcio Caral. Lima: 8 de mayo de 2015.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2015). Expediente 00126-2014-0, seguido por Millenium Trading S.A.C. contra Apurimac Ferrum S.A. Lima: 3 de agosto de 2015.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 357-2016, seguido por Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. contra Consorcio Supervisor SEPI. Lima: 5 de enero de 2018.

De la lectura del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, se desprende que no pueden considerarse “fondo de la controversia”, las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la existencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales, tales como la prescripción, caducidad, cosa juzgada; respecto de las cuales, al no ser fondo de la controversia, **el órgano de control judicial no está sujeto a limitación para desplegar su propio criterio jurisdiccional**.²³ (énfasis añadido)

La Corte Suprema ha confirmado esa interpretación²⁴.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 450-2017-0, seguido por el Programa Nacional de Saneamiento Rural contra Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú. Lima: 20 de abril de 2018.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 446-2017, seguido por PROVIAS Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra Consorcio Huallaga. Lima: 21 de mayo de 2018.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Expediente 00084-2019-0-1817-SP-CO-01, seguido por Consorcio Ximesa contra el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Ministerio de Educación. Lima: 17 de setiembre de 2019. Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente 0215-2019-0, seguido por Enel Distribución Perú S.A.A. contra Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Lima: 24 de agosto de 2020.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00085-2020-0-1817-SP-CO-01. Lima: 12 de mayo de 2021.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00192-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional contra Consorcio San Miguel. Lima: 18 de octubre de 2024.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00478-2017-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Gobierno Regional San Martín contra Consorcio GARCAM. Lima: 3 de junio de 2024.

²³ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00478-2017-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Gobierno Regional San Martín contra Consorcio GARCAM. Lima: 3 de junio de 2024.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2023). Casación 3815-2019-Lima, fundamento décimo. Lima: 10 de enero de 2023. (“DÉCIMO.- (...) Si bien el referido artículo [62.2] prohíbe al ente judicial pronunciarse sobre el fondo de la controversia expuestas por el Tribunal Arbitral, puesto que, señala la prohibición a la verificación del carácter acertado del laudo materia de nulidad, es decir, si las razones expuestas son correctas o erradas, pues ello supondría un nuevo juzgamiento y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio, convirtiéndose dicho colegiado en instancia de grado; sin embargo, de la revisión de la sentencia impugnada no se aprecia que el Ad quem haya pronunciado sobre el contenido del laudo cuestionado, sino que, su decisión se basó sobre la defensa de excepción de caducidad, y ello a mérito de lo previsto en el artículo 41, numeral 4 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje, que señala: ‘Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser IMPUGNADA mediante recurso de anulación contra dicho laudo.’. Por consiguiente, **del precitado artículo 41, numeral 4 del Decreto Legislativo N° 1071, se colige que no puede considerarse fondo de la controversia las excepciones u objeciones al arbitraje, y por ende, al no ser fondo de la controversia habilita al ente judicial a verificar la decisión adoptada con respecto a la excepción desestimada, así como desplegar su propio criterio jurisdiccional, sin limitación alguna, motivo por los cuales, de la sentencia impugnada no se verifica infracción del artículo denunciando, debiendo desestimarse el mismo (...)**”).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2016). Casación 3207-2015-Lima. Lima: 22 de marzo de 2016.

Así, la relación que la jurisprudencia peruana le ha dado a ambos artículos (62.2 y 41) es una de compatibilidad total, donde el artículo 41 definiría qué es “fondo” y qué no lo es y, por ende, lo que no es “fondo” no estaría cubierto por la prohibición del artículo 62.2.

Así, el *quid* parecería estar en definir qué es, exactamente, el “fondo” cuya revisión prohíbe el artículo 62.2. Sobre ello existe un debate abierto en doctrina y jurisprudencia.

Mientras que, para la jurisprudencia, el “fondo” es la adjudicación de derechos entre las partes (algo distinto a las excepciones u objeciones que pueden resolverse de forma preliminar)²⁵, existen opiniones diversas en la doctrina.

Por un lado, Lourdes Luna (2024) sostiene que, por ejemplo, una defensa de caducidad, pese a ser preliminar, no sería “forma” sino “fondo”, pues su efecto es extinguir el derecho sustantivo que se pretende exigir, de modo equivalente al pago, por ejemplo. De esa manera, una discusión como esa, a pesar de tratarse formalmente de una excepción, sí estaría cubierta por la prohibición del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje²⁶.

Por su parte, Roger Rubio (2011) sostiene que, en realidad, estarían cubiertas por la prohibición y, por lo tanto, no serían revisables las cuestiones de admisibilidad del reclamo (esto es, defensas que implican que la controversia no puede discutirse en ningún foro así sea momentáneamente). Por el contrario, en su opinión, sí serían revisables las cuestiones de jurisdicción del tribunal arbitral (esto es, si la controversia puede ser conocida por el tribunal arbitral en particular)²⁷.

Es más, en una posición crítica, el profesor Monroy (2007, como se cita en Luna, 2024) advierte que la bipartición forma/fondo no solo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento²⁸.

No es propósito de este artículo zanjar el debate en torno a qué se debe entender por “fondo” y “forma” de la controversia. Considero que no es necesario para atender a la interrogante central de este artículo.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2022). Casación 725-2018-Lima. Lima: 11 de julio de 2022. En sentido similar, la ya citada Casación 3815-2019-Lima.

²⁶ LUNA VALDEZ, L. (2024). El ser y el deber ser: la excepción de caducidad y su tratamiento en el proceso de anulación de laudo. En A. Soria Aguilar (Coord.), *Arbitraje en contrataciones con el Estado* (pp. 109-133), pp. 127-131. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

²⁷ RUBIO GUERRERO, R. (2011). Artículo 41: Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 470-485), p. 479. Instituto Peruano de Arbitraje.

²⁸ MONROY PALACIOS, J. J. (2007). Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, p. 296. Citado por LUNA VALDEZ, L. (2024). El ser y el deber ser: la excepción de caducidad y su tratamiento en el proceso de anulación de laudo. En A. Soria Aguilar (Coord.), *Arbitraje en contrataciones con el Estado* (pp. 109-133), pp. 127-131. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

A diferencia de las Cortes Comerciales, que recurren al artículo 41 para determinar qué es y qué no es “fondo” de la controversia, mi hipótesis no depende de esa calificación. En realidad, la respuesta está también en el artículo 41, pero en el principio *kompetenz-kompetenz*, que opera con independencia de cómo se resuelva dicho debate.

Vayamos a él en lo que resulta relevante:

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

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

(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia. (énfasis añadido)

El inciso 1 de dicho artículo consagra la regla de la “competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral”, más conocida como principio *kompetenz-kompetenz* o competencia de la competencia.

Así, precisa que el tribunal es el único competente para decidir sobre su propia competencia incluso sobre las excepciones u objeciones **por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida**.

Llama la atención en él una palabra: “**único**”. Esta parecería indicar que las Salas no tienen facultades para pronunciarse sobre la *ratio decidendi* del tribunal arbitral relativa a la determinación de su competencia, pues se establece que es el propio tribunal el único llamado a decidir sobre dicha cuestión. En esa línea, si el tribunal es el único competente para determinar su competencia en razón de la materia,

podría pensarse que nada tienen que decir las cortes comerciales al respecto en una anulación por la causal del artículo 63.1.e).

Sin embargo, líneas más abajo, los incisos 4 y 5 señalan que las decisiones estimatorias o desestimatorias respecto de las excepciones u objeciones pueden ser impugnadas únicamente a través de un recurso de anulación (lo que podría dar la idea de que estos incisos contienen causales de anulación independientes, como ya vimos).

Existen entonces dos posibles interpretaciones para conciliar estos tres incisos del mismo artículo con el “principio de irrevisabilidad del fondo”:

- a. **Interpretación N° 1:** El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su competencia y, si bien su decisión puede impugnarse vía recurso de anulación, dicha impugnación queda sometida a los límites del artículo 62.2, precisamente porque esa norma regula dicho recurso.

En doctrina nacional, Ana María Arrarte (2015) ha sostenido que el artículo 62.2 constituye, justamente, el límite que tienen los jueces al analizar si una materia es o no manifiestamente inarbitrable²⁹.

- b. **Interpretación N° 2:** La exclusividad del tribunal en la determinación de su competencia opera únicamente en primer término; una vez emitida su decisión, esta queda sujeta a control judicial, de modo que los jueces pueden revisar el criterio del tribunal sin las ataduras del artículo 62.2.

En mi opinión, la segunda interpretación es la correcta cuando del análisis de la causal 63.1.e) se trata, puesto que cuando el tribunal arbitral se pronuncia sobre una materia que es “manifiestamente no arbitrable conforme a ley” está defraudando o excediendo su competencia y, en aquellos casos, el principio *kompetenz-kompetenz* recogido en nuestra Ley de Arbitraje permite el control judicial de competencia *ex post* pleno³⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje respecto de este principio señala lo siguiente:

El artículo 41 tiene una redacción más completa acorde con la legislación comparada más reciente y calificada sobre el principio *kompetenz-kompetenz*, es decir sobre la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, evitando así que las partes puedan frenar el arbitraje con acciones o recursos en la vía judicial y sin perjuicio de la facultad de las Cortes para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación del laudo³¹.

²⁹ ARRARTE ARISNABARRETA, A. M. (2015). Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio. *Ius et Veritas*, 24(50), 240-255 pp., p. 253.

³⁰ Las demás excepciones del artículo 41 (cosa juzgada, caducidad, etc.) quedan fuera del alcance de este artículo y ameritan un estudio aparte.

³¹ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Se dice que nuestra Ley de Arbitraje “es” Ley Modelo; sin embargo, también tomó como fuentes de inspiración otras legislaciones, como la Ley de Arbitraje Española de 2003 y la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado³².

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su artículo 16 dispone lo siguiente:

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. (...)

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Conforme a este artículo, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia al abordar las excepciones relativas al convenio arbitral. La decisión del tribunal de declararse competente puede ser objeto de **revisión** por el órgano previsto en el artículo 6, esto es, la autoridad nacional que cada Estado designe para ejercer funciones de asistencia y supervisión del arbitraje. En consecuencia, la determinación que adopte el tribunal respecto de su jurisdicción está sujeta a control y revisión.

Las leyes española y suiza siguen esta misma lógica. En el caso español, el artículo 22 de la Ley 60/2003 faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, resolver las excepciones con carácter previo o junto con las cuestiones relativas al fondo y dispone que “la decisión de los árbitros solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado”³³.

³² MANTILLA-SERRANO, F. (2010). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 37-52 pp., p. 39.

³³ Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. 1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral. 2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en

Por su parte, la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado establece que el tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia³⁴, mientras que su artículo 190 tipifica, como una de las causales para recurrir el laudo, que el tribunal se haya declarado competente o incompetente de forma **errónea**³⁵.

En la doctrina, Caivano y Ceballos (2020), interpretando la palabra “único” en el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje peruana, han explicado que ese adjetivo busca enfatizar la regla, mas no consagrar una facultad excluyente, pues la propia ley habilita expresamente la revisión judicial:

El alcance que atribuimos al principio es también predicable en el Perú, aun cuando la Ley de Arbitraje, en su artículo 41.1, dispone literalmente que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esta expresión parece estar más destinada a enfatizar la regla, que a dar a los árbitros facultades exclusivas para decidir sobre su competencia. Porque, de cualquier forma, la ley consagra expresamente la revisión judicial de la decisión, cualquiera sea el sentido de ella y el momento en que se adopta. Por su parte, el artículo 41.4 habilita el recurso al Poder Judicial cuando el tribunal arbitral se declara competente, y el numeral siguiente regula la revisión judicial de la decisión mediante la cual el tribunal arbitral se declara incompetente³⁶.

De esta manera, es claro que, conforme a nuestra legislación, están garantizados tanto el efecto negativo como el positivo del *kompetenz-kompetenz*. Eso significa que son los árbitros los que deciden primero sobre su competencia (mientras tanto, la justicia ordinaria no puede hacerlo), pero la última palabra queda reservada al control judicial *ex post*.

que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada. 3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

³⁴ Art. 186: “1 Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. 1bis Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure. 2 L’exception d’incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. 3 En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente”.

³⁵ Art. 190: “1 La sentence est définitive dès sa communication. 2 Elle ne peut être attaquée que: a. lorsque l’arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé; b. lorsque le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent ou incompétent; c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu’il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande; d. lorsque l’égalité des parties ou leur droit d’être entendues en procédure contradictoire n’a pas été respecté; e. lorsque la sentence est incompatible avec l’ordre public. 3 En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l’al. 2, let. a et b, est ouvert; le délai court dès la communication de la décision. 4 Le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence”.

³⁶ CAIVANO, R., & CEBALLOS RÍOS, N. (2020). El principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THÊMIS-Revista de Derecho*, (77), 15-34 pp., pp. 17-18.

Lo mismo han concluido los jueces comerciales, quienes, interpretando el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, han señalado que el principio de *kompetenz-kompetenz* faculta a los árbitros a pronunciarse, con carácter exclusivo y prioritario, sobre su propia competencia y sobre la existencia, validez y alcances del convenio arbitral, de modo que su efecto positivo impide a los jueces resolver dicha cuestión de manera anticipada, mientras que su efecto negativo reserva a estos únicamente una función de control posterior al laudo³⁷.

El principio *kompetenz-kompetenz* es vital para mantener la efectividad del arbitraje por la sencilla razón de que, sin él, una parte podría paralizar un arbitraje en cualquier momento simplemente deduciendo una objeción jurisdiccional que solo podría ser resuelta en un proceso judicial³⁸.

Dicho de otra manera, en un mundo en el que no existieran el principio *kompetenz-kompetenz* ni el de separabilidad, frente a una objeción jurisdiccional, las partes se verían obligadas a litigar ante la jurisdicción ordinaria (los tribunales estatales) para determinar si el tribunal arbitral tiene o no competencia. Y solo después de atravesar ese proceso judicial sería posible iniciar el arbitraje, si es que finalmente se concluyera que el tribunal sí es competente.

Dado que uno de los motivos por los que las partes suelen pactar arbitraje es precisamente para escapar de la congestión de los sistemas nacionales de justicia y solucionar de una forma más rápida y efectiva sus controversias, en un mundo sin el principio *kompetenz-kompetenz* dicha finalidad sería absolutamente defraudada y anulada³⁹.

³⁷ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente 0215-2019-0, seguido por Enel Distribución Perú S.A.A. contra Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Lima: 24 de agosto de 2020.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2014). Expediente 257-2013-0, seguido por la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo contra Goal Inversiones S.A.C. Lima: 17 de setiembre de 2014.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 357-2016, seguido por Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. contra Consorcio Supervisor SEPI. Lima: 5 de enero de 2018.

Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 450-2017-0, seguido por el Programa Nacional de Saneamiento Rural contra Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú. Lima: 20 de abril de 2018.

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00192-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional contra Consorcio San Miguel. Lima: 18 de octubre de 2024.

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Expediente 00084-2019-0-1817-SP-CO-01, seguido por Consorcio Ximesa contra el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Ministerio de Educación. Lima: 17 de setiembre de 2019.

³⁸ HOLTZMANN, H., & NEUHAUS, J. Citado por ERK-KUBAT, N. (2014). *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*. Kluwer Law International. Texto original: “In the words of two learned scholars, competence-competence benefits arbitration in the following way: ‘The concept is important in practice because without it a party could stall the arbitration at any time merely by raising a jurisdictional objection that could then only be resolved in possibly lengthy court proceedings’”.

³⁹ REGGIARDO SAAVEDRA, M. (2014). Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú. *Forseti. Revista de Derecho*, 2(2), 145-178 pp.

Ahora bien, así como es importante que sea el propio tribunal quien decida primero sobre su competencia, es igual de importante que las cortes nacionales puedan revisar después esa decisión.

La razón es muy sencilla: la competencia del tribunal arbitral nace de la voluntad de las partes y, por eso mismo, esa voluntad debe poder ser verificada. Esto es así porque el sometimiento al arbitraje tiene un costo significativo para las partes. Por ejemplo, el laudo que obtengan será inapelable.

En el caso concreto de la causal 63.1.e) de la Ley de Arbitraje que nos compete, si el tribunal se ha pronunciado sobre una materia que no es arbitrable entonces el consentimiento a arbitrar respecto de dicha materia no existió (o no pudo existir) y, por lo tanto, las partes no tienen por qué, por ejemplo, “perder” su derecho a la doble instancia.

Esta idea no es distinta de la que protege al convenio arbitral inválido o inexistente. El convenio arbitral protege que las partes hayan consentido, efectivamente, en someterse a arbitraje. La arbitrabilidad objetiva, por su parte, protege algo distinto, pero igualmente relevante: que la materia sobre la que recayó ese consentimiento sea una que el ordenamiento permite resolver mediante arbitraje o que las partes no hayan decidido excluir de la competencia del tribunal.

En mi opinión, es igual de relevante garantizar que una parte no quede vinculada por un convenio arbitral que no consintió, como proteger que dicho consentimiento recaiga sobre una materia arbitrable.

Por más válido y comprensivo que sea un convenio arbitral, este no puede convertir en arbitrable una materia que, por disposición legal o por acuerdo de las partes, no lo es.

Dado que el sometimiento a arbitrar genera efectos tan relevantes en las esferas jurídicas de las partes, el ordenamiento debe minimizar el riesgo de que estas queden vinculadas por un tribunal arbitral sin competencia. Y ello se logra, justamente, estableciendo un control judicial *ex post* para las cuestiones de competencia objetiva del tribunal arbitral.

La competencia del tribunal arbitral puede ser objetada desde el punto de vista “objetivo”, es decir, en razón de la materia (porque esta no es susceptible de arbitraje). Frente a este tipo de objeciones, el principio *kompetenz-kompetenz* establece una regla de prioridad para que el tribunal decida sobre su propia competencia, no una de exclusividad; es decir, esta decisión es revisable en sede judicial. Como se explicó previamente, el control de competencia que están habilitados a realizar los jueces es uno amplio (*ex novo*) dado que dicho principio fija una regla de prioridad, no de exclusividad.

Cuando de decidir la controversia se trata, los árbitros tienen la última palabra, pues no existe apelación. Sin embargo, se debe tener la seguridad de que efectivamente cuentan con el poder (competencia) para tenerla. Eso es lo que busca

garantizar dicho principio a través del control y revisión de la decisión que haga esa determinación.

Por lo tanto, respondiendo a la pregunta central de este artículo, en mi opinión el control judicial *ex post* respecto de la arbitrabilidad objetiva (es decir, que la materia sobre la que se laudó sea susceptible de arbitraje) no está sujeto a los límites del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje. La razón está en el principio *kompetenz-kompetenz* y no en qué se debe entender por “fondo” o “forma” de la controversia.

Si el tribunal se pronuncia sobre una materia que no es arbitrable, simplemente carece de competencia y dicha situación puede ser controlada por los jueces nacionales en virtud de dicho principio pues ese control es, precisamente, el mecanismo procesal mediante el cual el juez de la anulación verifica si los árbitros respetaron los límites que el ordenamiento impone a su capacidad de juzgar, esto es, si se pronunciaron sobre materias reservadas a la jurisdicción ordinaria o excluidas intencionalmente por las partes⁴⁰.

V. Conclusiones

- a. El artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje recoge el principio de irrevisabilidad de los laudos: en el recurso de anulación está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sobre el contenido de la decisión, o calificar los criterios, motivaciones e interpretaciones del tribunal arbitral.
- b. Por su parte, la causal del literal e) del artículo 63.1 exige, para anular un laudo, que este se haya pronunciado sobre una materia no arbitrable “de acuerdo a ley” y que dicha inarbitrabilidad sea “manifiesta”.
- c. La clave para resolver la tensión entre ambas disposiciones está en el principio *kompetenz-kompetenz* recogido en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje: dicho principio consagra una regla de prioridad, no de exclusividad, a favor del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia (control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del

⁴⁰ De cierta manera, esta lógica ha sido plasmada por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 236-2017-1817-SP-CO-01. Lima: 5 de enero de 2018 (“3.12. Ahora bien, la referida causal e) constituye un mecanismo para controlar judicialmente los límites impuestos por nuestra ley a las facultades jurisdiccionales reconocidas a los árbitros. En efecto, cuando esta causal establece que un laudo expedido en un arbitraje nacional será declarado nulo si ‘el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje’, lo que hace es establecer un mecanismo procesal destinado a permitir que el juez determine si la labor desplegada por los árbitros ha respetado los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a su capacidad para juzgar o, dicho en otras palabras, evaluar si el árbitro se ha inmiscuido en materias en las que solo un juez puede pronunciarse, o en aquellas que no es posible emitir pronunciamiento por haber sido ya resueltas en otros procesos”).

recurso de anulación), incluida la relativa a la arbitrabilidad objetiva de la materia (causal 63.1.e)).

- d. Ese control *ex post* se justifica en proteger que el consentimiento de las partes a arbitrar haya recaído sobre una materia que no esté prohibida de ser arbitrada o excluida por las partes, protegiendo así la competencia del tribunal y los efectos del convenio arbitral.
- e. Por ello, cuando el juez de la anulación revisa el criterio del tribunal arbitral sobre su propia competencia al amparo de la causal 63.1.e), no infringe el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje, sino que es una manifestación del control *ex post* propio del principio *kompetenz-kompetenz*, en tanto dicha causal constituye el mecanismo procesal mediante el cual el juez verifica si el tribunal respetó los límites de su capacidad de juzgar, ello con independencia de qué se entienda por “fondo” o “forma” de la controversia.