

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

El principio *Kompetenz-Kompetenz* frente a la vulneración del principio de imparcialidad e independencia: A la luz del Exp. N° 02851-2010-PA/TC (Caso Ivesur S.A.)

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal.

Autor:

César Junior Espinoza Nuñez

Asesor:

Gino Elvio Rivas Caso

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, GINO ELVIO RIVAS CASO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “**El principio Kompetenz-Kompetenz frente a la vulneración del principio de imparcialidad e independencia: A la luz del Exp. N° 02851-2010-PA/TC (Caso Ivesur SA)**” del autor ESPINOZA NUÑEZ, CESAR JUNIOR, de constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05 de diciembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de febrero del 2024

| | |
|---|--|
| <u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RIVAS CASO, GINO ELVIO | |
| DNI: 07875443 |  |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2072-9064 | |
| Firma: | |

RESUMEN

El problema principal de la presente investigación, se circunscribe a dilucidar si el principio *Kompetenz-Kompetenz* resulta vulnerado, cuando en el interior de un proceso arbitral una de las partes no ha cuestionado la independencia e imparcialidad de un árbitro, mediante el procedimiento de recusación correspondiente. Vale decir, si dicha parte procesal, en lugar de accionar el mecanismo correspondiente, acude directamente al auxilio judicial (esto es, el Poder Judicial y luego al Tribunal Constitucional) para realizar un control *ex post* de una decisión que no ha sido puesta en conocimiento *ex ante*, dentro del fuero arbitral.

Por ello, el objetivo de la presente investigación se vincula a desarrollar detalladamente cuál es la definición, contenido y finalidad del principio *Kompetenz-Kompetenz*, en aras de aplicar ello al caso contenido en el Expediente N° 02851-2010-PA/TC (Caso Ivesur S.A.). A raíz del cual, se concluirá que principio *Kompetenz-Kompetenz* pretende garantizar que no se vulnere el principio de independencia funcional del fuero arbitral, mediante la intromisión del aparato jurisdiccional en cuestionamientos no postulados primeramente ante el Tribunal y, de ser el caso, ante las entidades cooperadoras en el arbitraje, como lo son los organismos de las Entidades Arbitrales. Ya que, caso contrario, las propias decisiones del fuero arbitral podrían resultar nulas, a pesar de que no tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre algún cuestionamiento y, de esta manera, sanear su decisión final, contenida en un laudo arbitral.

Palabras clave

Principio *Kompetenz-Kompetenz*; convenio arbitral; independencia de la función jurisdiccional; competencia arbitral e injerencia judicial.

ABSTRACT

The main problem of this investigation is limited to determining whether the Kompetenz-Kompetenz principle is violated when, within an arbitration process, one of the parties has not questioned the independence and impartiality of an arbitrator, through the corresponding challenge procedure. . That is, if said procedural party, instead of activating the corresponding mechanism, goes directly to judicial assistance (that is, the Judiciary and then to the Constitutional Court) to carry out an ex post control of a decision that has not been made known ex ante, within the arbitral forum.

Therefore, the objective of this investigation is linked to developing in detail the definition, content and purpose of the Kompetenz-Kompetenz principle, in order to apply it to the case contained in File No. 02851-2010-PA/TC (Case Ivesur S.A.). As a result of which, it will be concluded that the Kompetenz-Kompetenz principle aims to guarantee that the principle of functional independence of the arbitral forum is not violated, through the interference of the jurisdictional apparatus in questions not first submitted to the Court and, if applicable, before the cooperating entities in arbitration, such as the bodies of the Arbitration Entities. Since, otherwise, the decisions of the arbitration forum themselves could be null, even though they did not have the opportunity to rule on any question and, in this way, correct their final decision, contained in an arbitration award.

Keywords

Kompetenz-Kompetenz principle; arbitration agreement; independence of the jurisdictional function; Arbitration jurisdiction and judicial interference.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 0 |
| Sección I: Sobre el Principio Kompetenz-Kompetenz. | 0 |
| I.1. | 1 |
| I.1.1. | 1 |
| I.1.2. | 2 |
| I.1.2.1 | 2 |
| I.1.2.2 Contenido del Principio Kompetenz-Kompetenz. | 4 |
| I.1.2.3 Finalidad del Principio Kompetenz-Kompetenz. | 5 |
| Sección II: Sobre el caso Ivesur S.A. (Exp. N° 2851-2010-PA/TC). | 7 |
| II.1 Breve recuento del caso en cuestión. | 7 |
| II.2 Sobre el principio Kompetenz-Kompetenz en el caso Ivesur S.A. | 9 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 12 |
| BIBLIOGRAFÍA | 13 |



INTRODUCCIÓN

Dentro del mundo del proceso arbitral, resulta frecuente preguntarse sobre cuál es el alcance de la competencia de un Tribunal Arbitral, al momento de avocarse a una controversia sobre derechos disponibles de los ciudadanos. Y por ende, resulta también frecuente la duda sobre cuándo es jurídicamente posible y deseable que se acuda a la jurisdicción estatal y que por ende, esta última pueda intervenir en un proceso arbitral, con la última finalidad de que las partes procesales de una controversia, puedan ver en justicia tutelados sus derechos.

En este sentido, no es menos cierto que resulte frecuente que, en la práctica judicial, alguna de las partes procesales recurra directamente al auxilio judicial para tratar de sustraer una decisión eficaz dentro de un foro arbitral, para anularla y reenjuiciar una controversia ya definida.

Así las cosas, en la presente investigación se pondrá sobre la mesa la cuestión relativa al principio *Kompetenz-Kompetenz*, en relación al cuestionamiento de un árbitro, por la presunta infracción al principio de imparcialidad e independencia; tanto en su designación como árbitro, como en sus decisiones adoptadas dentro de un proceso arbitral.

En la Sección Primera, del presente artículo, se abordará la concepción del principio *Kompetenz-Kompetenz* en el ámbito del arbitraje, el cual se circunscribe, de manera general, a que todo árbitro único o tribunal arbitral (de ser el caso), presenta la facultad de emitir un primer pronunciamiento sobre el cuestionamiento de su propia competencia, en lo relativo a la existencia, validez o eficacia del convenio arbitral, así como el alcance del mismo.

Ello, toda vez que en virtud del convenio referido, las partes deciden someterse a un fuero privado para la resolución de sus controversias, siendo éste la fuente de la competencia de los árbitros, sin la cual no podrían avocarse a la emisión del correspondiente laudo que determine o no un derecho.

En consecuencia, el principio *Kompetenz-Kompetenz* se concibe como un mecanismo de protección frente a posibles injerencias del aparato judicial que podrían entorpecer o frustrar el proceso arbitral mismo, al sustraer la competencia de los árbitros, hacia la esfera pública. Vale decir, vela por la protección del principio de no interferencia del fuero arbitral. Asimismo, dicho principio resguarda la voluntad de las partes de someterse a un proceso arbitral, en virtud del convenio arbitral.

Por lo anterior, en la presente sección se abordará, sobre la definición, contenido y finalidad del principio *Kompetenz-Kompetenz*, con el propósito de presentar un marco teórico de aplicación a la Sección II del presente artículo.

Así, en la Sección II referida, se analizará el demonimado caso Ivesur S.A., correspondiente al Expediente N° 02851-2010-PA/TC, desde la perspectiva del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Sección I: Sobre el Principio Kompetenz-Kompetenz.

I.1. Definición, contenido y finalidad del Principio Kompetenz-Kompetenz.

I.1.1. Cuestión preliminar: Sobre el Convenio Arbitral.

Si bien es cierto que, en sede nacional, aún existe debate sobre la naturaleza del arbitraje, en cuanto a si su esencia es netamente contractual, jurisdiccional o mixta, no es menos cierto que el origen del arbitraje se circunscribe a la suscripción del convenio arbitral (como un negocio jurídico de carácter contractual) que acarrea posteriormente efectos procesales. Así, conforme al inciso 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, "DLA"), el convenio arbitral es un acuerdo en donde las partes someten a arbitraje sus diferencias que suscitan un conflicto de intereses.

Al respecto, mediante el convenio arbitral, los particulares deciden no someterse a la jurisdicción estatal como vía ordinaria (es decir, al Poder Judicial), para la resolución de su conflicto sobre un derecho disponible. Por el contrario, se someten al arbitraje, como justicia privada. De ahí que, y siguiendo a Ledesma, la noción jurídica del arbitraje - desde una óptica contractual - se vincula a la autonomía de la voluntad prevista en el literal a., inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, donde los particulares pueden regular sus propias relaciones jurídicas y, en consecuencia, el sistema jurídico les faculta para que puedan sustraerse de la jurisdicción ordinaria (2010, p.31).

Teniendo ello en consideración, se puede comprender entonces que – mediante el convenio arbitral – las partes contratantes presentan la obligación de acudir a un proceso arbitral para dirimir su conflicto jurídico, lo cual conlleva como contrapartida la obligación de no acudir a la justicia estatal, con la finalidad de resolver la misma controversia.

Sumado a ello, para Soto Coaguila – citado por Barchi – además de las dos obligaciones referidas, en virtud del convenio arbitral, las partes contratantes también se obligan a cumplir con los mandatos contenidos en el laudo que se emita al finalizar el proceso (2013, p. 92). Obligaciones a cargo de las partes que, en suma, además de nacer del convenio arbitral, permiten la concreción del arbitraje como una vía alternativa y eficaz de resolución de controversias.

Ahora bien, en tanto que es obligación de las partes contratantes respetar el convenio arbitral, su cumplimiento reviste de una particularidad esencial. A saber, como el convenio arbitral se constituye como el origen de la función arbitral, su protección reviste de carácter constitucional, pues el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución determina que puede establecerse jurisdicción independiente al Poder Judicial, como lo es el foro arbitral y el militar.

En este sentido, al ser el arbitraje una jurisdicción independiente o de excepción¹, le corresponde a este foro el principio de independencia funcional, según el cual ninguna otra autoridad puede avocarse a la resolución de sus controversias o interferir en sus funciones (como por ejemplo, el Poder Judicial), conforme al inciso 2 del artículo antes referido de la Constitución.

De ahí que, además de la obligación de las partes a acudir al proceso arbitral al haber pactado el convenio arbitral (en el sentido de un efecto positivo de dicho convenio), se desprende un efecto negativo, a cargo de la jurisdicción ordinaria y en aplicación de la independencia funcional. A saber, el deber de los jueces de no avocarse a una controversia encausada a un proceso arbitral y, por ende, derivar a este último foro cualquier incidencia que se suscite, en tanto se estableció un foro independiente, mediante la suscripción del convenio arbitral (Ríos, 2014, p. 319-320).

Por lo mencionado, se puede arribar hasta este punto que, si bien el arbitraje presenta como génesis el convenio arbitral y que, en consecuencia, se generan de este las obligaciones antes descritas entre las partes y a cargo de los jueces, para un correcto desenvolvimiento del proceso arbitral, dicho convenio requiere de algún mecanismo de protección. En este sentido, y como se desarrollará en adelante, el principio que protege al convenio al arbitral y a este tipo de procesos en general, es el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Ello se sustenta, en que en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (precedente Cantuarias), el Tribunal Constitucional reiteró que dicho principio coadyuba a que ninguna de las partes pretenda no cumplir con el pacto arbitral. Pues, mediante el auxilio judicial, se podría sustraer la controversia de la sede arbitral a la judicial, lo cual no sucede si el propio árbitro o Tribunal Arbitral tiene la facultad de decidir sobre los asuntos de su competencia (fundamento 13).

I.1.2. Definición, contenido y finalidad del Principio *Kompetenz-Kompetenz*.

I.1.2.1 Definición del Principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Conforme a la doctrina más autorizada, se define al principio *Kompetenz-Kompetenz* como “*el principio de que los árbitros tienen competencia para considerar y decidir la existencia y el alcance de su propia jurisdicción [...]*” (Born, 2022, §7.01). De la definición glosada por dicha doctrina, se puede comprender que el principio referido se circunscribe a que los árbitros se encuentran habilitados para pronunciarse sobre (i) el ámbito de la existencia del negocio jurídico habilitante de su jurisdicción arbitral y, de ser así su existencia, (ii) cuál

¹ Siguiendo a César Landa, “*la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (artículo 233 inciso 1). Esta disposición constitucional se ha reproducido, a su vez, en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución vigente*” (p. 30).

es el alcance del mismo, cuando la competencia arbitral se encuentra cuestionada por alguna de las partes del proceso mismo.

Como se pudo advertir en el apartado anterior, si la fuente que permite constituir el proceso arbitral es el convenio suscrito entre las partes, entonces aquello sobre lo cual deben pronunciarse los árbitros – en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz* – es sobre la existencia y/o alcance de dicho convenio arbitral que habilita su jurisdicción independiente.

En este sentido, en cuanto a la existencia del convenio arbitral se refiere, los árbitros están facultados para pronunciarse sobre si se constata que las partes han suscrito dicho convenio. No obstante, teniendo en cuenta que el convenio arbitral es un negocio jurídico y el mismo puede adolecer de alguna patología negocial que impida habilitar la jurisdicción arbitral, los árbitros entonces presentan la facultad de pronunciarse no solo sobre la existencia del mismo, sino también sobre la validez o eficacia del convenio arbitral. Vale decir, objeciones que impidan a los mismos avocarse a la resolución del fondo de la controversia, por ser patológica la fuente contractual que da origen a la jurisdicción arbitral.

Bajo este tenor, el inciso 1 del artículo 41 de la DLA, dispone que *“el Tribunal Arbitral es el único 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”*.

Ahora bien, en cuanto al alcance del convenio arbitral se refiere, este tópico se encuentra vinculado a que, después de identificar la existencia del mismo, los árbitros pueden pronunciarse (i) sobre la oponibilidad del convenio frente a las partes, (ii) si el objeto del convenio es un derecho disponible pasible de arbitraje y (iii) si la materia sometida a arbitraje se encuentra comprendida en el convenio arbitral (Caivano, 2020, p. 16).

Como se puede observar, en este segundo ámbito de análisis se faculta a los árbitros a que puedan decidir y pronunciarse, ya no sobre la fuente misma de la jurisdicción arbitral, sino sobre el objeto mismo de la controversia y su relación frente a las partes procesales, en base al convenio arbitral. Dicho de otro modo, los árbitros constatan una debida conformación de la relación jurídica procesal entre el objeto de la controversia, las partes y aquellos mismos con la finalidad de poder ser competentes para avocarse a la controversia.

En similar sintonía, el mismo inciso 1 del artículo 41 de la DLA antes referido, estipula que el Tribunal Arbitral es el exclusivo competente para decidir sobre su propia competencia *“[...] por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [...]”*. Añadiéndose, las excepciones procesales de prescripción, caducidad, cosa juzgada y *“[...] cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”*.

Si bien el artículo citado hace referencia al objeto de la controversia circunscrita al convenio arbitral, se puede entender que cuando se menciona cualquier otra circunstancia que impida pronunciarse sobre el fondo de la controversia, quedan implícitos los pronunciamientos por oponibilidad del convenio arbitral frente a las partes y si el objeto del litigio es un derecho disponible.

Ello se sustenta en que, si el derecho pretendido no es disponible, no se puede encausar la controversia a un proceso arbitral (inciso 1, artículo 2 DLA) y, si el convenio no es oponible a alguna de las partes, la decisión final no sería vinculante, razón por la cual, el Tribunal Arbitral evidentemente no podría pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Asimismo, las excepciones procesales tampoco permitirían a los árbitros pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ya que alguna de las partes carecería de interés para obrar.

Por lo mencionado, se puede colegir hasta este punto que el principio *Kompetenz-Kompetenz* habilita a los árbitros a pronunciarse y decidir sobre su propia competencia, en el sentido de que puedan avocarse o no a la resolución de un conflicto, cuando la misma es cuestionada por alguna de las partes procesales. Para ello, sustentan su competencia jurisdiccional en la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral y, posteriormente, en que no exista algún impedimento que les inhiba de emitir una decisión y, en consecuencia, que la misma sea efectiva.

Así las cosas, si bien de lo expuesto se ha precisado la facultad que presentan los árbitros para decidir sobre su propia competencia, a raíz del principio *Kompetenz-Kompetenz*, es necesario analizar el contenido de este principio, en aras de hallar, posteriormente, su punto de utilidad y eficacia.

I.1.2.2 Contenido del Principio Kompetenz-Kompetenz.

Como se pudo vislumbrar en el apartado anterior, el principio *Kompetenz-Kompetenz* se define como la atribución que tienen los árbitros para poder decidir sobre su propia competencia, en relación a la existencia y/o alcance del convenio arbitral que origina su jurisdicción.

En este sentido, para poder hallar el contenido específico de la atribución referida, se debe atender a las dos grandes tendencias que han concebido dicho principio. A saber, en primer lugar se encuentra la escuela alemana, según la cual su postura versa sobre que la atribución de los árbitros para decidir su propia competencia les corresponde de manera exclusiva a estos, no pudiendo la jurisdicción ordinaria decidir sobre este punto.

En sentido contrario, la escuela francesa atenuó la postura indicada, al concebir que la atribución de los árbitros para decidir sobre su propia competencia les corresponde a estos en un primer término, siendo el juez común un segundo filtro que determine dicha competencia, en caso se controvierta a nivel judicial (Freyre, 2014, p. 295).

Teniendo en consideración dichas tendencias sobre el principio bajo análisis, se puede comprender que el objeto del principio *Kompetenz-Kompetenz* gira entorno a la relación árbitro-juez, en aras de determinar a quién le corresponder determinar la competencia de un proceso arbitral en primer término. Vale decir, sobre la determinación de la existencia, validez o ineficacia del convenio arbitral y/o del alcance de su jurisdicción.

En este sentido y teniendo en consideración la normativa nacional, conforme al artículo 40 del DLA, el Tribunal Arbitral es competente – no solo para conocer el fondo de la controversia – sino también para decidir acerca de su propia competencia y cualquier cuestión conexa o accesorias del proceso arbitral. En consecuencia y en base al inciso 5 del artículo 41 de la DLA, solo se podrá cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral, mediante el recurso de anulación de laudo, luego de la correcta emisión del mismo.

Como se puede comprender, solo con posterioridad a la decisión del propio Tribunal sobre su propia competencia es que el Poder Judicial – mediante el recurso de anulación de laudo – puede intervenir para decidir en un último pronunciamiento sobre el cuestionamiento a la competencia de dicho Tribunal Arbitral; siendo ello así, se puede colegir que – en sede nacional – se ha adoptado la tendencia de la escuela francesa, sobre esta materia.

Por lo antes expuesto, el principio *Kompetenz-Kompetenz* presenta un efecto tanto positivo, como negativo. En cuanto al primero se refiere, dicho principio le brinda al Tribunal Arbitral la potestad de decidir sobre su propia competencia, como primer filtro sobre la materia. En cuanto al segundo, dicho principio proscribiera que los jueces que conforman el Poder Judicial decidan – en un primer pronunciamiento – sobre la competencia del Tribunal Arbitral (Córdova, 2015: 289). Es decir, el Poder Judicial presenta la facultad de intervenir, a pedido de parte, pero como foro de control *ex post* al proceso arbitral mismo, siempre y cuando se recurra al proceso de anulación de laudo arbitral.

De ahí que, durante todo el proceso arbitral y si es que el Tribunal mismo no se ha declarado incompetente, puede éste decidir sobre cualquier cuestión conexa y accesorias del mismo, así como sobre el fondo de la controversia; sin que interfiera el Poder Judicial en el mismo.

Caso contrario, el pronunciamiento a favor de su competencia devendría en inútil, puesto que – a pesar de ser capaz el Tribunal Arbitral de pronunciarse en un primer término sobre su propia competencia – no podría desplegar todos los efectos del mismo (decisión sobre el fondo, así como cuestiones conexas y accesorias), en caso el Poder Judicial interfiera en el cuestionamiento de sus diversas decisiones, en el interior del proceso arbitral.

Por lo anterior, en el presente apartado del artículo, nace la idea de que el principio *Kompetenz-Kompetenz* presenta como finalidad en su concepción, la protección de la independencia funcional del Tribunal Arbitral (como foro

independiente o de excepción), en tanto éste último se encuentra siendo competente para resolver una controversia en particular.

I.1.2.3 Finalidad del Principio Kompetenz-Kompetenz.

Conforme se ha podido desglosar en los apartados anteriores de la presente investigación, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, habilita a los árbitros a que decidan – en primer término – sobre si ellos son competentes para avocarse a la resolución de un conflicto, en base a la existencia y/o alcances del convenio arbitral, en caso una de las partes del proceso cuestione la referida competencia.

Ello, en virtud a que a raíz del convenio arbitral y el reconocimiento constitucional del arbitraje, un Tribunal Arbitral se constituye como jurisdicción; pudiendo pronunciarse éstos últimos sobre el fondo de la controversia, así como sobre cualquier cuestión conexa o accesoria de la misma, en caso se declaren competentes para dicha causa.

Luego, y solo en caso una de las partes considere que el referido Tribunal Arbitral no ha sido competente para la resolución de su controversia, se podría acudir al recurso de anulación de laudo, con la finalidad de que – en un segundo y definitivo término – el Poder Judicial declare o no la competencia de dicho Tribunal Arbitral que ha emitido el correspondiente laudo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede comprender que – la efectividad del principio *Kompetenz-Kompetenz* – recae en permitir que el Tribunal Arbitral pueda decidir *ex ante* que el Poder Judicial, sobre su propia competencia. La razón que sustenta ello, se encuentra vinculada a que – lo que plantea evitar el principio bajo comentario – es que una de las partes pretenda sustraerse de la jurisdicción arbitral, remitiéndose la controversia a la jurisdicción judicial, mediante el cuestionamiento del convenio arbitral (Caivano, 2020, p. 16-17). Y, de esta manera, la esencia misma del proceso arbitral se encontraría perjudicada, toda vez que igualmente se estaría dilucidando una parte de la causa en sede judicial, a pesar de la voluntad de las partes de haber convenido remitir la totalidad de la misma a un foro arbitral. Es decir, el principio *Kompetenz-Kompetenz* pretende que la jurisdicción arbitral no se vea entorpecida en su correcto funcionamiento.

Asimismo, y teniendo en cuenta que el arbitraje es un foro independiente o de excepción, le son aplicables los derechos y principios constitucionales del debido proceso, en cuanto le sean aplicables a su singular naturaleza. Así las cosas, uno de los principios aplicables al arbitraje se encuentra en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución sobre la independencia funcional.

Sobre el particular, la disposición constitucional establece que (i) ninguna autoridad puede avocarse a controversias que se encuentran en trámite ante otra jurisdicción, ni (ii) entorpecer el desarrollo de las funciones de dicha otra autoridad jurisdiccional, ni (iii) dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la

calidad de cosa juzgada. Si bien la disposición constitucional referida fue concebida para procesos judiciales, en lo sucesivo se aplicará conforme a la naturaleza del proceso arbitral.

En cuanto al foro arbitral se refiere, ninguna autoridad – como el Poder Judicial – puede avocarse a alguna controversia que haya sido encausada a un proceso arbitral, ni entorpecer la misma mediante la dilucidación de cuestiones conexas o accesorias a aquel de manera *ex ante*. Pues, en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz*, son los árbitros quien deben decidir sobre su propia competencia, en el sentido de si pueden o no avocarse a la misma. Y, en caso el referido Tribunal Arbitral declare que es competente para resolver la controversia, solo éste puede decidir sobre las cuestiones de fondo, conexas y accesorias del proceso arbitral; sin perjuicio que de manera *ex post*, se pueda recurrir al recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial.

Caso contrario, devendría en inútil el encausamiento arbitral, si alguna de las partes procesales controvierte la competencia del Tribunal Arbitral directamente frente al Poder Judicial, pues al fin y al cabo se recurriría a ésta última entidad para dilucidar una cuestión que perfectamente puede ser decidida por los árbitros. Por ello, hasta este punto de la investigación se puede colegir que – el principio *Kompetenz-Kompetenz* – también presenta como finalidad la protección de la independencia funcional de la jurisdicción arbitral.

De ahí que el inciso 1 del artículo 3 de la DLA establece que “[...] *no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga*”. En efecto, el principio *Kompetenz-Kompetenz* presenta como finalidad que la jurisdicción ordinaria no se avoque a una controversia o intervenga en la misma que ha sido encausada a un proceso arbitral, ya que de lo contrario, cualquiera de las partes que desee entorpecer dicho proceso arbitral podría solicitar el auxilio judicial, vulnerándose así la autonomía de la jurisdicción arbitral.

Finalmente, habida cuenta de que el principio *Kompetenz-Kompetenz* faculta al Tribunal Arbitral a decidir en primer término sobre su propia competencia, se puede comprender que – en caso aquella autoridad determine que sí presenta dicha competencia – dicho Tribunal presentaría todas las facultades para poder decidir sobre cuestiones conexas y accesorias, además de la de fondo, en virtud de dicho principio. Caso contrario, un Tribunal Arbitral que se declara competente y a pesar de ello, requiere de que el Poder Judicial decida *ex ante* sobre dichas cuestiones, no sería verdaderamente competente sobre la causa a la que se avoca, como jurisdicción independiente.

Sección II: Sobre el caso Ivesur S.A. (Exp. N° 2851-2010-PA/TC).

II.1 Breve recuento del caso en cuestión.

Conforme se desprende de la controversia recaída en el Exp. N° 2851-2010-PA/TC (en adelante, “Caso Ivesur”), el proceso frente al Tribunal Constitucional,

se circunscribió a determinar si – efectivamente – el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, “CSA”) incurrió en falta de imparcialidad e independencia, tanto (i) al momento de designar a uno de los árbitros, como (ii) al momento de resolver el pedido de nulidad de la designación indicada.

Sobre ello y a manera de un breve recuento de los hechos acontecidos, se debe tener en consideración que – con fecha 29 de marzo de 2005 – el CSA designó como árbitro del proceso, al señor Jorge Vega Velazco.

Sin embargo, luego de transcurrido aproximadamente tres meses – esto es, el 30 de junio de 2005 – Alonso Rey Bustamante, quien era vocal del Consejo Superior de Arbitraje referido, presentó un escrito de oposición total al arbitraje, como abogado de la contraparte de la empresa Ivesur S.A. (en estricto, Lidercon S.L.).

Siendo ello así, con fecha 11 de noviembre de 2005 – es decir, aproximadamente cinco meses después de tomar conocimiento del escrito de oposición total al arbitraje – la empresa Ivesur S.A. comunicó la presunta irregularidad al CSA. Luego de ello, acontecieron los siguientes hechos:

- 27 de enero de 2006: Ivesur S.A. solicitó al Consejo Superior la nulidad de su Resolución N° 33 que tuvo como efecto la designación del árbitro faltante.
- 02 de febrero de 2006: Ivesur S.A. solicitó al Tribunal Arbitral que se suspenda el proceso.
- 07 de febrero de 2006: El Tribunal Arbitral notificó a las partes el laudo, el cual había sido emitido el 01 de febrero de aquel año.
- 02 de marzo de 2006: El CSA declaró infundado el pedido de nulidad de Ivesur S.A., sobre la resolución que designó como árbitro al señor Jorge Vega Velazco.

Como se puede comprender de los hechos indicados, la empresa Ivesur S.A. – en atención a la presunta falta de imparcialidad e independencia por parte del CSA – no accionó dentro del proceso arbitral, el mecanismo de recusación correspondiente, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2004². Vale decir, no se cumplió con el procedimiento formal correspondiente para controvertir la indicada cuestión.

Por el contrario, la empresa Ivesur S.A. únicamente atendió a solicitar, a dicho Consejo Superior, la nulidad de la Resolución N° 33 en virtud de la cual se designó al árbitro Jorge Vega Velasco. Siendo ello así, la empresa Ivesur S.A. solo consideró pertinente pedir al Tribunal Arbitral la suspensión del proceso, un día después que ya había sido emitido el laudo de derecho; es decir, el 02 de

² En la controversia bajo análisis, se encontraba vigente y, por ello aplicable, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2004, hasta el año 2017 en el cual varió a otro reglamento procesal.

febrero de 2006. Fecha en la cual, evidentemente el proceso arbitral ya había finalizado, en cuanto a la tramitación de pedidos se refiere.

Ahora bien, continuando con los hechos de la controversia, se tiene que – luego de la conclusión del arbitraje – la empresa Ivesur S.A. interpuso una demanda de amparo el 30 de mayo de 2006 frente al Poder Judicial.

Sobre dicho proceso en específico, el CSA contestó la demanda de amparo, indicando – entre otros – que “*la empresa IVESUR se sometió a las reglas del arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por lo que debió presentar sus objeciones al Tribunal Arbitral atendiendo a la regla del Kompetenz- Kompetenz establecida en el artículo 36 del Reglamento [...]*” (STC N° 2851, 2010: 02).

Siendo ello así, el 18 de mayo de 2009, el Octavo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda, toda vez que no se había iniciado previamente el recurso de anulación de laudo, el mismo que constituía el cumplimiento del requisito del agotamiento de las vías previas. Luego, en segunda instancia, confirma dicha decisión en base a las mismas consideraciones.

Finalmente y a consecuencia de lo anterior, la empresa Ivesur S.A. recurrió al Tribunal Constitucional, mediante un recurso de agravio constitucional, en virtud de la cual el intérprete supremo de la Constitución declaró fundada la demanda de amparo y – en consecuencia – nula la designación del árbitro Jorge Vega Velasco y todos los actos en los que él participó; retrotrayendo – por lo tanto – el proceso arbitral a la etapa de la designación del árbitro faltante.

No obstante lo indicado, es preciso resaltar – a efectos de la presente investigación – que en el voto singular del magistrado Urviola Hani, él había sustentado que el agotamiento de la vía previa es “*una forma de garantizar el principio Kompetenz-Kompetenz y evitar una irrazonable judicialización total del arbitraje*” (STC N° 2851, 2010: 19).

Por los hechos expuestos, en el siguiente apartado se aplicará a ello la teoría sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*, con la finalidad de determinar si – en efecto – en dicha controversia se habría vulnerado el principio referido.

II.2 Sobre el principio Kompetenz-Kompetenz en el caso Ivesur S.A.

Conforme a los hechos de la controversia indicado *supra*, se sostiene en la presente investigación que en realidad sí se habría vulnerado el principio *Kompetenz-Kompetenz*, en el Caso Ivesur, en cuanto a la tramitación del procedimiento de recusación se refiere. Asimismo, se desarrollará a continuación que también se vio vulnerado el principio referido, al no haber agotado la empresa Ivesur S.A., tanto la recusación frente al CSA, como el recurso de anulación de laudo, frente al Poder Judicial.

Al respecto, se debe tener en consideración que – en el Caso Ivesur – en ningún momento alguna de las partes llegó a cuestionar la competencia del Tribunal

Arbitral; esto es, ninguna de las partes planteó que el convenio arbitral era inexistente, inválido, ineficaz o – en todo caso – que la controversia planteada no se encontraba circunscrita en los alcances de dicho convenio. Motivo por el cual, el Tribunal Arbitral de la causa era plenamente competente para resolver, tanto el fondo de la controversia, como cualquier cuestión conexa o accesorio de la misma.

Habida cuenta de ello, se tiene por los hechos del caso que – el centro del debate – se circunscribía a que la empresa Ivesur S.A. no había cumplido con desplegar el procedimiento de recusación (conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2004), con la finalidad de expulsar al árbitro Jorge Vega del Tribunal Arbitral, por presunta falta de imparcialidad e independencia en su designación como tal.

De ahí que, el CSA arguyó como defensa, en su contestación de demanda de amparo, que se habría vulnerado el principio *Kompetenz- Kompetenz*, por no haber puesto en conocimiento del Tribunal Arbitral el cuestionamiento de la falta de imparcialidad e independencia del árbitro Jorge Vega, por su irregular designación. Ello, toda vez que el artículo 36 del Reglamento de Arbitraje de la CCL del año 2004 indicaba que el Tribunal Arbitral es competente “*para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias e incidentales [...]*”.

Vale decir, se planteó la cuestión relativa a que se habría vulnerado el principio *Kompetenz- Kompetenz*, en tanto – si bien el Tribunal Arbitral era competente para avocarse a la causa y por ello, conocer y decidir sobre todo lo relativo a la controversia – aquel no fue puesto en conocimiento, ni pudo decidir sobre la falta de imparcialidad e independencia del árbitro en cuestión.

Bajo dicho contexto, en la Sección I de la presente investigación, se llegó a la conclusión de que la finalidad del principio *Kompetenz- Kompetenz* era que el Tribunal Arbitral decida sobre su propia competencia en primer término y, una vez la decisión al respecto sea positiva, aquel debería ser capaz de conocer y decidir sobre todo lo relativo al proceso; ya que, en caso contrario, resultaría inútil dicho principio, si a pesar de ser competente, se requeriría del auxilio judicial para conocer alguna cuestión controvertida de primer y definitivo término sobre el proceso arbitral. De esta manera, se pretende tutelar el principio de independencia funcional del foro arbitral.

Así las cosas, en el Caso Ivesur en realidad sí se vulneró el principio *Kompetenz- Kompetenz*, ya que – si bien dicho principio le faculta al Tribunal Arbitral decidir sobre todas las cuestiones del proceso arbitral, en tanto que competente era (ya sea si se controvertió o no su competencia) – las propias reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2004, estipulaban que la entidad correspondiente para decidir sobre dicha cuestión era el CSA (artículo 33 del Reglamento).

Por ello y en virtud del principio de especialidad, si bien la regla general es que el Tribunal Arbitral, en tanto que competente, decida sobre todas las cuestiones relativas al proceso arbitral, sobre la recusación se estipuló una regla especial como excepción a la regla general. Razón por la cual, la propia competencia del Tribunal Arbitral presentaba como límite la decisión sobre la recusación. Empero lo mencionado, el CSA era la entidad arbitral que cooperaba con el Tribunal para dicha cuestión controvertida sobre la recusación; es decir, tanto el Tribunal Arbitral como el CSA formaban parte del foro arbitral.

Lo mencionado resulta de especial relevancia, toda vez que se podría establecer que el Tribunal Arbitral – una vez se decida competente para avocarse a una causa o no se controvierta su competencia – únicamente dicha autoridad tendría facultad plena para poder decidir sobre todas las cuestiones del proceso arbitral.

Sin embargo, cabe mencionar que la razón detrás de que el CSA decida sobre si se ha vulnerado o no el principio de imparcialidad e independencia, radica en que – de un Tribunal de tres miembros, solo dos puedan decidir al respecto; cuestión que resultaría imposible en caso de empate. Más aún, si el proceso arbitral es bajo árbitro único y éste mismo es recusado, devendría en imposible que se tome una decisión sobre la falta de imparcialidad e independencia.

Ahora bien, en el Caso Ivesur, el magistrado Urviola Hani había sustentado en su voto singular que el agotamiento de la vía previa (es decir, el recurso de anulación de laudo), es “*una forma de garantizar el principio Kompetenz-Kompetenz y evitar una irrazonable judicialización total del arbitraje*” (STC N° 2851, 2010: 19).

Al respecto, se debe tener en consideración que bajo el principio *Kompetenz-Kompetenz*, lo que se pretende tutelar es que el aparato judicial no intervenga en un proceso arbitral *ex ante*, tanto para la decisión de la propia competencia del Tribunal Arbitral, así como sobre las otras cuestiones relativas al proceso en sí mismo. Vale decir, se pretende proteger el correcto y celer desarrollo del proceso arbitral.

Motivo por el cual, únicamente se podría cuestionar tanto la competencia del Tribunal Arbitral, como las cuestiones conexas o accesorias de la controversia arbitral, mediante el recurso de anulación de laudo; siempre y cuando lo que se desee controvertir se encuentre como causal. Es decir, mediante un recurso de control *ex post* a la emisión del laudo arbitral, protegiéndose así la independencia funcional del foro arbitral.

Bajo dicho contexto y conforme se ha mencionado en el presente análisis, en el caso en cuestión no le correspondía al Tribunal Arbitral que decida sobre la recusación del árbitro Jorge Vega, sino que dicha competencia le correspondía al Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Motivo por el cual, la empresa Ivesur S.A. debió accionar – en primer lugar – el procedimiento de recusación contemplado en el Reglamento de Arbitraje de la

CCL del año 2004 y, una vez habiendo agotado ello, debió accionar el recurso de anulación de laudo, para controvertir la falta de imparcialidad e independencia del árbitro en cuestión, frente al Poder Judicial.

Sin embargo, la empresa Ivesur S.A. – al haber iniciado una acción de amparo de manera directa frente al Poder Judicial (en primer término) y luego frente al Tribunal Constitucional, mediante un recurso de agravio constitucional – lo que en realidad ha ocasionado es que la jurisdicción arbitral no haya decidido en el plazo ni bajo la institución correspondiente, sobre la imparcialidad e independencia del árbitro Jorge Vega. Es decir, la jurisdicción arbitral no pudo realizar – en tanto que competente – un primer control sobre la imparcialidad e independencia referida. Sino que, en caso contrario, se le sustrajo sobre dicho pronunciamiento de manera eficaz, mediante el auxilio judicial directo y no *ex post*.

Motivo por el cual, en la presente investigación se puede concluir sobre este punto que se vió vulnerado el principio *Kompetenz-Kompetenz*. Por lo tanto, la decisión del Tribunal Constitucional, consistente en declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar que se retrotraiga todo el proceso arbitral a la etapa de designación del árbitro restante, fue errónea.

Vale decir, mediante dicha Sentencia el Tribunal Constitucional ha permitido que aquella parte procesal de un arbitraje que no se encuentre satisfecha con la decisión contenida en el laudo, pueda recurrir al auxilio judicial para declarar la nulidad de todo lo actuado en el arbitraje, sin que para ello sea necesario que la jurisdicción arbitral tenga la primera oportunidad de pronunciarse al respecto, como una manera de respetar el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Pues, si un Tribunal Arbitral se ha decidido como competente – ya sea después de haberse controvertido su competencia o al haberse consentido la misma – es éste y las otras entidades arbitrales que cooperan (como el CSA) quienes se encuentran facultadas para decidir en primer término sobre todo lo concerniente al proceso arbitral, en cuanto les corresponda a cada una de ellas en sus facultades.

Caso contrario, deviene en inútil la consagración del principio *Kompetenz-Kompetenz* que pretende tutelar el correcto funcionamiento del proceso arbitral, mediante solo el control *ex post* ante el aparato estatal, de una decisión tomada *ex ante* por el foro arbitral; pues en realidad – a pesar de que una autoridad sea competente – se acude al auxilio judicial para decidir sobre una cuestión no controvertida en el foro arbitral previamente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En primer lugar, se puede concluir que el principio *Kompetenz-Kompetenz* presenta como función la protección del cumplimiento del convenio arbitral, en tanto este es el origen que sustenta la existencia del foro arbitral, para el caso

en concreto. Cuestión de vital importancia para el arbitraje, ya que permite el cumplimiento del principio de su función jurisdiccional.

En segundo lugar, se arriba a la idea de que el principio referido – para poder cumplir con la protección del cumplimiento del convenio arbitral – faculta a los árbitros a que puedan analizar y pronunciarse sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral y/o sobre el alcance del mismo, en cuanto a si se ha conformado una adecuada relación jurídica procesal entre el objeto de la controversia, las partes y el Tribunal Arbitral.

En tercer lugar, se puede concluir que – el principio *Kompetenz-Kompetenz* – presenta como última finalidad que una vez el Tribunal Arbitral resulte competente para avocarse a una causa, éste debe ser capaz de pronunciarse sobre todos los extremos de la controversia; ya que, en caso contrario, dicho principio devendría en inútil si – a pesar de ser competente dicho Tribunal – se requiera del auxilio judicial para decidir sobre un extremo del proceso. Tutelándose así el principio de independencia funcional de la jurisdicción arbitral.

Por último, se concluye que mediante dicha Sentencia el Tribunal Constitucional ha permitido que aquella parte procesal de un arbitraje que no se encuentre satisfecha con la decisión contenida en el laudo, pueda recurrir al auxilio judicial para declarar la nulidad de todo lo actuado en el arbitraje, sin que para ello sea necesario que la jurisdicción arbitral tenga la primera oportunidad de pronunciarse al respecto, como una manera de respetar el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

BIBLIOGRAFÍA

BARCHI VELAUCHAGA, L. (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. En *Ius Et Praxis*, Núm. 44, pp. 81-124.

BORN, G. (2022). “*Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence*”. En *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

CASTILLO FREYRE, M., SABROSO MINAYA, R., CASTRO ZAPATA, L., & CHIPANA CATALÁN, J. (2014). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. En *Advocatus*, Núm. 030, pp. 293-305.

CAIVANO, R. J., & CEBALLOS RÍOS, N. M. (2020). El principio *Kompetenz-Kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. En *Themis Revista De Derecho*, Núm. 77, pp. 15-34.

CÓRDOVA, SCHAEFER, J. (2015). El principio *Kompetenz-Kompetenz*: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia. En *Actualidad Civil*, Vol. 16, Año N° 02, pp. 282-292.

LANDA ARROYO, C. (2007). El arbitraje en la consitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Themis Revista De Derecho*, Núm. 53, p. 29-42.

LEDESMA NARVÁEZ, M. (2010). Jurisdicción y Arbitraje (2a ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RIOS PIZARRO, C. (2014). La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral : un caso de excepciones. En *Ius Et Veritas*, Núm. 48, pp. 318-325.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Precedente Cantuarias).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010). Sentencia recaída en el Expediente N° 2851-2010-PA/TC (Caso Ivesur S.A.).

