

Comentarios al artículo 1 de la Ley peruana de arbitraje
El ámbito de aplicación de la ley

Raffo Velásquez*

Sumario:

(0) SENTIDO DEL ARBITRAJE. (1) NORMA EN COMENTARIO. 1.1. Arbitrajes nacionales, internacionales y extranjeros. 1.2. La deslocalización del arbitraje internacional. 1.3. Lugar no significa nacionalidad. 1.4. Leyes foráneas y nacionales en los arbitrajes. 1.5. La *lex causae* del arbitraje. 1.6. La *lex arbitri*. 1.7. La ley del convenio arbitral. 1.8. Arbitrajes internacionales de derecho público. 1.8.1. *Los arbitrajes de la Corte Permanente de la Haya*. 1.8.2. *Los arbitrajes administrados por el CIADI*. 1.9. La supletoriedad de la Ley de Arbitraje. 1.10. Bibliografía de referencia.

(0) SENTIDO DEL ARBITRAJE

§1. Todo comentario sobre leyes debe partir de una concepción general del instituto, de manera que se pueda advertir la línea interpretativa que se seguirá y la coherencia que deben tener las normas en cuestión. De ahí la necesidad de hacer, por lo menos una referencia general sobre el fundamento del arbitraje.

§2. Existe una convención general en que el arbitraje se sustenta en la libertad de contratación, conforme al cual los sujetos son libres para decidir con quiénes acordarán respecto de sus situaciones jurídicas disponibles y para definir cuál será el contenido de tales acuerdos. Desde una perspectiva civil, se puede decir que los sujetos tienen una situación jurídica de poder conocida como autonomía de la voluntad.

§3. Dentro de ese marco, no existen problemas en reconocer que las partes son libres para decidir cómo se resolverán sus eventuales desavenencias. Incluso, pueden acordar que sea un tercero quien decida tales situaciones, con el único límite de no contradecir el derecho imperativo de la sede del arbitraje, las reglas de orden público aplicable o de decidir sobre situaciones jurídicas indisponibles.

§4. Aunque el hecho que el constituyente peruano haya admitido la posibilidad de que el Estado someta sus controversias a esa misma vía, ha generado ciertas variables que exige incorporar ciertos matices al arbitraje, sin que llegue a perder su propósito.

§5. Surge así la idea del arbitraje, como un mecanismo de resolución de controversias independiente al litigio judicial. El carácter ejecutivo de los laudos, el interés por evitar intervenciones de las Cortes judiciales, la flexibilidad, la posibilidad de nombrar a los árbitros, la confidencialidad, la rapidez del trámite, los costos, entre otros; son los elementos que más incentivan a optar por esta vía.

§6. Pero si el arbitraje fuera sólo eso, la decisión del tercero designado para resolver la disputa, no sería nada más que una parte más del acuerdo. Una suerte de adenda del Contrato que, en cuanto tal, sería fácilmente objetable luego en las vías judiciales. Eso haría que la controversia se prolongue más de lo previsto originalmente por las partes, perdiendo utilidad la activación de cualquier arbitraje. Más aún, también perdería sentido pedirle a un árbitro que resuelva el conflicto, si, al final de cuentas, siempre serán los jueces quienes revisarán lo resuelto. Precisamente lo que se quería evitar.

§7. Para superar ese aspecto netamente contractual que caracteriza al arbitraje, el constituyente estableció que el arbitraje se eleva a la categoría de jurisdicción, cuestión que ha suscitado muchas dudas y confusiones sobre su naturaleza pública o privada.

§8. Creemos que la mejor explicación posible es reconocer que el constituyente buscó proteger la eficacia del arbitraje y, para eso, recurrió a una inusual -al menos en derecho el comparado- atribución de una naturaleza jurisdiccional al arbitraje.

§9. En suma, creemos que el constituyente calificó como jurisdicción al arbitraje, no porque efectivamente lo sea, sino porque busca asegurar que el fallo arbitral sea realmente eficaz y difícil de ser quebrantado. Y es que, reiteramos, si el laudo fuera sólo un asunto contractual, poco o nada impediría que sea revisado en la vía judicial, lo que eliminaría las virtudes que justifican la existencia misma del arbitraje.

§10. Consideramos que el arbitraje es una expresión directa de la autonomía de la voluntad, pues consiste en un pacto que sustrae los eventuales conflictos del ámbito judicial, para que sean resueltos en un proceso privado y cuyo fallo vinculará también en virtud de tal pacto. El hecho que al ejercicio de ese poder de decisión se le haya calificado como jurisdicción no convierte en un poder público al arbitraje, sino que resalta la necesidad de proteger tal decisión, de modo que la eficacia de lo decidido sea lo prioritario frente a eventuales intentos judiciales, legislativos o administrativos, o de cualquier naturaleza, que pretendan perturbar su eficacia.

§11. Ahora bien, el propósito de estas líneas es comentar el diseño actual que tiene nuestra Ley de Arbitraje ("LA"), a fin de comprender sus reales alcances y dimensiones.

(1) NORMA EN COMENTARIO

§12. La LA inicia su regulación con el siguiente texto:

Artículo 1.- Ámbito de aplicación.

- 1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.*
- 2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8, en los artículos 13, 14, 16, 45, numeral 4 del artículo 48, 74, 75, 76, 77 y 78 de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.*

1.1. ARBITRAJES NACIONALES, INTERNACIONALES Y EXTRANJEROS

§13. La norma transcrita regula el lugar del arbitraje, asunto que parece ser simple pero que genera una variedad de consecuencias y situaciones que permiten diferenciar entre los arbitrajes nacionales, internacionales y extranjeros. El lugar del arbitraje es un elemento esencial en esa tarea y en la definición del régimen jurídico que aplicable a esos arbitrajes.

§14. De un lado, tenemos a los **arbitrajes nacionales** que tienen lugar en el Perú y que usualmente se derivan de: (a) acuerdos con prestaciones ejecutadas en el Perú, (b) entre partes peruanas, y/o (c) regidos por las normas de fondo y forma también peruanas.

§15. De otro lado, están los **arbitrajes internaciones** que también tienen lugar en el Perú, pero se sustentan en situaciones que tienen (a) ciertos elementos extranjeros en su objeto o prestaciones, o, (b) en la nacionalidad de los contratantes, y, (c) que pueden estar regidos por el derecho peruano o por otro sistema jurídico (ver art. 5° LA).

§16. Finalmente, están los **arbitrajes extranjeros** que tienen lugar fuera del Perú, aunque pueden aspirar a tener alguna eficacia cautelar, probatoria o de ejecución en el Perú, para lo cual necesitarán de un proceso de reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras, exequátur para algunos (ver las normas citadas en el art. 1°, num. 2 y, en especial, el art. 74°, num. 1, LA).

§17. En resumen, usualmente la principal diferencia entre uno y otro tipo de arbitraje se relaciona con el lugar del arbitraje. Serán arbitrajes nacionales e internacionales, los que consideren como sede el Perú y serán arbitrajes extranjeros los que tengan sede en otro país.

§18. Veremos que las reglas del país en donde tiene lugar el arbitraje son las que en principio se aplicarán para definir el marco jurídico en el que se desarrollará el proceso arbitral (aunque al arbitraje podrían aplicarse reglas procesales distintas a la de la LA, tales reglas deberán respetar los límites que fije el derecho peruano). En ese sentido, serán los jueces del lugar del arbitraje los que ejercerán el control extraordinario (y eventual nulidad) del laudo.

§19. Al respecto, es importante advertir que el “lugar” del arbitraje es una noción jurídica antes que física. Las partes tienen libertad para fijar dicho lugar y no están obligadas por sus circunstancias a que sea donde tienen sus domicilios o donde realizan el negocio. Incluso, puede ocurrir que las partes decidan celebrar las audiencias arbitrales en otro país, aun cuando el “lugar” acordado para el arbitraje sea en el Perú. Es decir, aunque las actuaciones se den en el extranjero, estaremos ante un arbitraje nacional o internacional porque se acordó que el lugar del arbitraje sea en el Perú.

§20. Lo antes indicado, junto a otros elementos que veremos más adelante, nos permitirá resumir la clasificación de los arbitrajes de la siguiente manera:

	Arbitraje Nacional	Arbitraje Internacional	Arbitraje Extranjero
Lugar del arbitraje	Perú	ciertos elementos extran	con ciertas medidas cuya se busca en el Perú)

§21. Insistimos en que se necesita de mayores precisiones y detalles en el recuadro, pero por lo pronto nos servirá para entenderse las referencias que hagamos a los arbitrajes nacionales, internacionales y extranjeros.

1.2. LA DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

§22. El desarrollo del comercio transfronterizo ha ido exigiendo ciertas garantías de neutralidad y seguridades en cuanto a los conflictos que surgen entre los contratantes, de ahí que las legislaciones nacionales han ido incorporando reglas que hagan de sus países foros atractivos para arbitrajes internacionales¹.

§23. Eso ha impulsado la uniformización mundial de ciertas reglas, incluso nuestra LA acoge la tendencia del comercio transnacional de exigir el respeto del *orden público internacional*. Aunque aún se mantienen muchas diferencias que hacen variar la elección de uno u otro lugar del arbitraje.

§24. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos son más abiertos a aceptar la arbitrabilidad de asuntos de interés público, otros tienen fuertes niveles de control de validez del laudo, o incluso algunos varían la exigencia de aplicar la ley nacional o la que pacten los contratantes a la eficacia del arbitraje. En nuestro caso, a algunos podría interesarles nuestro régimen de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias del convenio arbitral (algo poco usual en otros sistemas comparados) y otros preferirían evitar dicho régimen (ver art. 14° LA).

§25. Debido a esas circunstancias, un sector de la academia y jurisprudencia comparada invoca la llamada “deslocalización” de los arbitrajes internacionales. Se trata de la posibilidad de que un arbitraje no esté gobernado por las normas de un Estado en particular, ni siquiera por las normas del Estado del lugar del arbitraje. Sino solo por el convenio arbitral, el orden público internacional y normas convenidas entre las partes (nacionales o extraestatales como, por ejemplo, los principios UNIDROIT o las reglas Incoterms).

§26. Quienes plantean este nuevo empoderamiento de la autonomía privada invocan a su favor las enormes implicancias prácticas, pues se facilitaría el reconocimiento y ejecución de laudos en otros países, lo que resumen en una mayor protección de la eficacia de los arbitrajes.

§27. Un ejemplo de esto sería el caso *Salini Costruttori vs. Etiopía* (caso 10623), administrado por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (“CCI”). El Estado demandado obtuvo una cautelar que ordenó suspender el arbitraje, lo que generó una enérgica respuesta del Tribunal Arbitral sobre su competencia que señaló que el lugar del arbitraje no convertía al Tribunal en un órgano del Estado, como si fueran Jueces del lugar, sometidos al derecho estatal. Y concluyó que la fuente de los poderes del Tribunal proviene del acuerdo entre las partes y no del derecho estatal, por lo que permitir que los jueces intervengan en ese acuerdo, convertiría al arbitraje internacional en letra muerta. Por tanto, se decidió no cumplir la orden judicial.

§28. No se trató de una respuesta usual, sino que fue favorecida porque el presidente de ese Tribunal Arbitral fue Emmanuel Gaillard quien postula la opción de deslocalización del arbitraje. Evidentemente, también hay autores que mantienen la idea de que los arbitrajes internacionales están inevitablemente vinculados/sometidos al derecho del lugar acordado, y también hay quienes sugieren que esa vinculación se da con el derecho del Estado en donde se ejecutará el laudo internacional, pues su eficacia estará condicionada a que el Laudo cumpla las normas imperativas de ese Estado.

§29. En el Perú parecería razonable la propuesta de Gaillard (pulida luego del caso *Salini*) quien sostiene que la fuente de legitimidad de un convenio arbitral internacional proviene del acuerdo de la comunidad internacional traducido en instrumentos como la Convención de Nueva York de 1958 ratificada por el Perú y, por ende, parte del derecho nacional, o la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), en la que se inspira nuestra LA y otras varias legislaciones estatales.

§30. No obstante, Paulsson aclara que es difícil sustentar la deslocalización de los arbitrajes en un orden jurídico internacional. Y es que, al final de cuentas, la ejecución de aquel laudo en el mismo lugar donde se realizó el arbitraje o su reconocimiento en otro país dependerá de los criterios de orden público que maneje cada Estado y que si bien podrían coincidir con las aspiraciones comunes de otros Estados, su eficacia no dependerá de esa coincidencia, sino de los criterios y normas que aplique cada Estado, de modo que antes de deslocalización debería hablarse de plurilocalización de laudos.

§31. De cualquier forma, el propósito de estas líneas no es involucrarse en esa discusión que sigue abierta, sino simplemente resaltar su existencia y presentarla como de las razones que explican por qué es importante determinar el lugar del arbitraje. Incluso podría darse la situación que un laudo pueda ser ejecutado en un país, pese a haber sido anulado por los jueces del lugar del arbitraje. Y es que, lo que es arbitrable bajo un sistema jurídico, puede no serlo bajo otro. Es decir, si un laudo es anulado en el lugar donde fue dictado por considerar que se pronunció sobre una materia no arbitrable, puede, a pesar de eso, ser reconocido y ejecutado en otro país en donde el mismo asunto sí es considerado arbitrable por el sistema jurídico.

1.3. LUGAR NO SIGNIFICA NACIONALIDAD

§32. No obstante, es recomendable quitarse la imagen mental de que los laudos tienen nacionalidad, por ejemplo, decir que un laudo es *peruano* porque el lugar del arbitraje comercial internacional fue en Perú. Y es que, las partes podrían pactar que el caso se resuelva según la ley sustancial española, que las reglas procedimentales disponibles sean las de la English Arbitration Act e incluso que la validez del convenio arbitral se rija por el derecho suizo. En cuyo caso, la incidencia del derecho peruano sobre ese arbitraje solo será por la *lex arbitri*, por ejemplo, cuando se requiera la intervención de los Jueces peruanos para colaborar en asuntos probatorios, cautelares, ejecución o proceso extraordinario de anulación del laudo. Este ejemplo *sui generis* podría generar una serie de dificultades entre las reglas procedimentales pactadas y la *lex arbitri*, pero en todo caso, siempre la LA primaría como norma piso ante eventuales conflictos normativos, como desarrollaremos más adelante.

§33. De ahí que, al menos en arbitrajes comerciales internaciones con lugar en Perú, es arriesgado decir que un laudo es *peruano*. Y viceversa, también es arriesgado (por inexacto) decir que un laudo es *peruano* porque a pesar de haber sido dictado en otro país, es finalmente ejecutado o surte sus efectos en el Perú. Por ventura, la Ley se cuida de tales términos que pueden llevar a confusión y solo hace referencia a los arbitrajes internacionales que, como hemos visto, sólo alcanza a los que tienen lugar en el Perú, aunque con los elementos de “internacionalidad” que regula el art. 5° LA.

§34. En todo caso, es necesario aclarar aún más esta relación entre el lugar de los arbitrajes y el derecho al que se encuentran sujetos.

1.4. LEYES FORÁNEAS Y NACIONALES EN LOS ARBITRAJES

§35. La elección de la sede puede hacer que las partes, si no pactan otro derecho aplicable al fondo, se vean sometidas al derecho peruano para resolver el fondo de la controversia. Eso dependerá del lugar del arbitraje o de la concurrencia de otros elementos extranjeros en la operación del negocio, lo que resumiremos brevemente para no desvincularnos del eje central de estas líneas.

§36. Muchos *arbitrajes nacionales* no presentan mayores problemas en la definición del derecho aplicable, pues, por ejemplo, si se trata de acuerdos celebrados en el Perú, para cumplir prestaciones aquí y entre partes peruanas, es bastante previsible que se deba aplicar el derecho sustancial nacional. Pero, a veces ocurre que incluso los *arbitrajes* - inicialmente - *nacionales* presentan ciertos elementos extranjeros en su composición que, si bien no logran cambiar esa naturaleza procesal, sí que pueden abrir la posibilidad de que se aplique un derecho extranjero en cuanto al fondo de la controversia o en cuanto a la cláusula arbitral.

§37. Asimismo, la concurrencia de los elementos foráneos que prevé el art. 5 LA haría que un arbitraje que se pensaba *nacional* deba ser recalificado como un *arbitraje internacional* en donde las partes podrían pactar que se aplique un derecho foráneo o peruano. De manera similar, un *arbitraje extranjero* que, no obstante, aspira a tener cierta eficacia en nuestro país (en cuanto a su ejecución, pruebas, entre otros), podría regirse por el derecho extranjero o por el peruano, según lo que hayan definido las partes.

§38. En suma, el lugar del arbitraje y/o la voluntad de las partes, no solo podrían definir el tipo de arbitraje frente al que estemos, sino también el régimen jurídico aplicable. En todo caso, la “internacionalidad” que presenta un arbitraje nacional, internacional o extranjero, constituirá un presupuesto necesario para que se admita la posibilidad de que se aplique un régimen estatal “no peruano” o incluso un régimen extraestatal, de normas que no emanan del ejercicio de la soberanía de otro Estado.

§39. En efecto, desde la perspectiva de nuestras normas civiles, un *arbitraje nacional* que atiende un *contrato nacional*, es decir, sin elementos foráneos en los sujetos o en el objeto del acuerdo, inevitablemente se regirá por el derecho peruano, es decir, las partes no tendrán libertad para pactar la aplicación de un régimen jurídico distinto, pues así lo prevén los art. 2047° y 2095° Código Civil peruano (“CC”)².

§40. Entonces, según nuestro Código Civil, sólo en los contratos que tienen elementos foráneos se podrá invocar la aplicación del derecho extranjero. Y su trámite como arbitraje nacional o como arbitraje internacional, dependerá de si el caso cumple o no con los elementos de internacionalidad que prevé el art. 5° LA. De modo que, pueden darse *arbitrajes nacionales* a los que se aplica el derecho peruano y *arbitrajes nacionales* “mixtos”, en donde es posible aplicar el derecho extranjero.

§41. No obstante, la práctica usual de nuestra LA ha permitido asumir un tipo de régimen sustancial en donde las partes han podido pactar, en las circunstancias antes indicadas (contratos sin existen elementos foráneos), la aplicación de un derecho foráneo a sus contratos. En todo caso, el propósito de este comentario no es desarrollar en extenso este aparente desencuentro, sino evidenciarlo y también la forma usual de su desarrollo.

§42. En los *arbitrajes nacionales* que se sustenten en actos jurídicos en donde concurren los elementos foráneos que menciona el 2095° CC, se podrá elegir el sistema jurídico que fuera aplicable. La misma posibilidad se abre cuando se trata de *arbitrajes internacionales* en donde concurren los elementos foráneos que prevé el referido art. 5° LA.

§43. Cuando decimos que los arbitrajes pueden someterse al derecho nacional o foráneo, nos referimos a que sus distintos elementos podrían estar sujetos a distintos regímenes jurídicos, por ejemplo, dentro de un mismo arbitraje, una discusión se podría sujetar al derecho francés, otra al derecho peruano, y otra a reglas comerciales UNIDROIT. Y es que, en los *arbitrajes nacionales*, *nacionales-mixtos* e *internacionales* (e incluso en los *arbitrajes extranjeros*, sí así lo permite la regulación a la que se somete), es posible diferenciar entre el régimen aplicable al fondo del caso, al convenio arbitral y al procedimiento arbitral.

1.5. LEX CAUSAE DEL ARBITRAJE

§44. La *lex causae* es la norma aplicable al fondo del caso, que en los *arbitrajes nacionales* será el derecho peruano, y en el caso de los *arbitrajes nacionales mixtos* e *internacionales*, podrá ser las leyes de la nacionalidad de una de las partes de un contrato o de ninguna de ellas si así lo eligen (por ejemplo, los comerciantes chinos en sus tratos con sus contrapartes de cualquier otra nacionalidad suelen acordar la aplicación del derecho inglés a sus contratos).

§45. En estos últimos casos, podría acordarse incluso que la *lex causae* sea un derecho no estatal, como tratados, también proyectos normativos, normas derogadas en un sistema, o incluso acuerdos internacionales ajenos al derecho de los nacionales contratantes, como un contrato de leasing entre una empresa peruana y española, regido por la Convención de Otawa, del cual el Perú no es parte.

§46. Aunque parece no haber límite en la elección de la “norma” (no necesariamente “ley”) aplicable, se debe tener presente una cosa: que se pacten normas distintas no significa que se puedan pactar normas al

margen del derecho imperativo y del orden público del país sede del arbitraje. Es decir, se puede pactar la aplicación de normas extranjeras o normas extraestatales, pero siempre que tales reglas se manejen dentro de lo lícito o dentro del orden público internacional. Desde luego, esto deberá ser precisado más adelante.

§47. De acuerdo con el art. 2049° CC, en un *arbitraje nacional mixto* o en uno *internacional* que, por ejemplo, tiene como *lex causae* el derecho colombiano, el asunto controvertido y la decisión tendrá como límite las disposiciones imperativas del derecho peruano. Y, conforme al art. 2096° C.C., también tendrá como límites las normas imperativas del mismo derecho colombiano.

1.6. LA LEX ARBITRI

§48. La *lex arbitri* o *lex fori* es la legislación estatal de arbitraje que se aplica para determinar la eficacia del proceso arbitral. El lugar pactado por las partes es el que define qué *lex arbitri* se aplica. Desde luego, la validez del proceso arbitral se relaciona solo con la regulación arbitral imperativa y no con aquellas normas dispositivas que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, en ese sentido, Park señala que “un árbitro debe inclinarse ante las normas obligatorias del país en el que se sienta”.

§49. Es importante resaltar que la *lex arbitri* es distinta de las reglas procesales o del Reglamento Arbitral que hubieran pactado las partes para el trámite arbitral, como cuando se pacta que un arbitraje tenga lugar en el Perú (de modo que la *lex arbitri* es la ley peruana) pero se acuerda que el trámite procesal se sujete al Reglamento de Arbitraje de una Institución Arbitral nacional (como la Cámara de Comercio de Lima-CCL) o extranjera (como la Cámara de Comercio Internacional con sede en París- CCI). Mientras la *lex arbitri* es la regulación estatal imperativa a la que se sujeta el proceso arbitral, el Reglamento Arbitral será la regulación acordada para el trámite procesal, aunque sin salirse de los límites imperativos fijados por la *lex arbitri*.

§50. Ciertamente, la *lex arbitri* no impedirá que las partes pacten que su proceso arbitral se rija por ciertas reglas especiales distintas a las que prevé la LA y que incluso convivan con otras normas procesales especiales como: la aplicación de ciertas reglas específicas para la etapa probatoria (producción de documentos arbitral), o reglas IBA para determinar el conflicto de intereses de los árbitros o, los criterios del Reglamento UNCITRAL para el nombramiento de los árbitros, entre otras.

§51. Por ejemplo, en un *arbitraje nacional mixto* (aunque inicialmente se pretendió que fuera internacional) sobre contratos marítimos, las partes pactaron usar como reglamento la *English Arbitration Act*. Este régimen prevé la posibilidad de que el Tribunal Arbitral esté compuesto por solo dos árbitros y que, solo si hay desencuentros entre ellos, se llame a un tercer árbitro (*umpire*) que defina la situación³. Si bien nuestra LA (arts. 19° y 23°) refiere que el Tribunal esté integrado por tres, otorga amplia libertad a las partes para definir el nombramiento de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. Por ende, incluso la figura del *umpire* de la *English Arbitration Act* en principio podría aplicarse en un arbitraje nacional. Sin embargo, en ese caso, el Tribunal entendió que se trataba de una regla procesal que lesionaba la igualdad entre las partes, por lo que no convalidó su uso y decidió que era invalidada por la *lex arbitri* o por la ley de la sede, en este caso por las reglas de nuestra LA.

§52. En todo caso, debe quedar claro que una vez que las partes han definido el lugar del arbitraje no podrán pactar para que se aplique una *lex arbitri* distinta, sino que se aplicará la del lugar elegido para el arbitraje. Tendrán libertad *ex ante* para elegir o evitar una *lex arbitri*, al decidir el lugar del arbitraje, pero *ex post*, desaparecerá esa libertad de elección, salvo que se pongan de acuerdo en cambiar el lugar del arbitraje.

§53. La *lex arbitri* es importante porque define las reglas imperativas aplicables al proceso arbitral, que no pueden ser modificadas por acuerdo entre las partes, ni superadas en aplicación del Reglamento Arbitral

elegido. En efecto, si en un arbitraje con lugar en el Perú se pacta que el procedimiento se rija por la Ley Arbitral de Bélgica, no se podrá luego alegar que no cabe recurso de anulación de laudo porque la ley belga permite pactar la renuncia a esa revisión judicial. Y es que la LA, *lex arbitri* del caso, sí prevé con carácter imperativo la posibilidad de formular la anulación de laudo.

§54. Además, la *lex arbitri* también servirá para identificar la regla supletoria procesal que se aplicará en caso de vacíos en el Reglamento Arbitral acordado, o si no existe acuerdo entre las partes. Y, evidentemente, definirá los mecanismos de revisión judicial aplicables a los arbitrajes nacionales e internacionales.

§55. De cualquier forma, si las partes quisieran asegurar la aplicación de una específica *lex arbitri* que, sin embargo, no corresponde a la zona del negocio que llevan o a donde suelen actuar las partes, sí tendrán libertad para “declarar” como “lugar” del arbitraje al país de la *lex arbitri* de su preferencia, y llevar adelante la mayor o todas las actuaciones arbitrales en el país que más les acomode. Desde luego eso generará que estemos ante un arbitraje extranjero pues tiene lugar fuera del país, por lo que necesitaría de un proceso de ejecución y reconocimiento de laudo extranjero si pretendiera ser eficaz aquí.

1.7. LA LEY DEL CONVENIO ARBITRAL

§56. Según el art. 13°, num. 7, LA, en los *arbitrajes internacionales* puede pactarse una ley aplicable exclusivamente al convenio arbitral y que puede ser distinta de la *lex causae* o de la *lex arbitri*. Aunque, si no se ha pactado ninguna ley específica para ese convenio, se entiende que este se regirá por la *lex causae* aplicable al caso.

§57. Esto es muy importante, pues, sobre todo en *arbitrajes internacionales*, pueden darse casos en donde la materia controvertida no sea arbitrable según el derecho peruano (que es lugar del arbitraje), pero pasible de arbitraje según el derecho que rige el convenio arbitral, en cuyo caso, no podrá impedirse el arbitraje. Eso quiere decir que el laudo no podrá anularse en el Perú por tratar una materia no arbitrable bajo el derecho peruano, aunque si se tratara de un *arbitraje extranjero*, los jueces nacionales sí podrán negar su ejecución aquí al amparo del Art. V de la Convención de Nueva York que habilita esa negativa cuando, según las leyes del país receptor, el asunto sea inarbitrable o contrario al orden público del lugar donde se pretende su ejecución.

§58. Cabe preguntarse si podría pasar lo mismo en los *arbitrajes nacionales mixtos* donde se pudo pactar la aplicación del derecho extranjero porque el contrato cumple con los elementos del 2095° CC. De forma preliminar podemos decir que no hay ninguna norma imperativa en el derecho peruano que prohíba expresamente que un arbitraje nacional cuya *lex causae* sea el derecho extranjero, pueda tener un régimen jurídico diferente para su convenio arbitral. Lo que indica que se trataría de una opción viable. Sin embargo, es un asunto que dependerá del caso concreto.

§59. Lo desarrollado hasta aquí podría ser resumido de la siguiente manera:

	Arbitraje Nacional	Arbitraje Nacional Mixto	Arbitraje Internacional
<i>Lex causae</i>	Peruana	Peruana o extranjera	Peruana, extranjera o extraestatal
<i>Lex arbitri</i>	Peruana	Peruana	Peruana
Ley del convenio	Peruana	Peruana o extranjera	Peruana o extranjera

§60. Estas nociones generales sobre el arbitraje, sus elementos y la posibilidad de que los distintos regímenes jurídicos puedan ser aplicables a sus componentes (procedimiento, fondo o convenio), nos permitirán hacer más accesible la comprensión del ámbito de aplicación que regula el art. 1° LA.

1.8. ARBITRAJES INTERNACIONALES DE DERECHO PÚBLICO

§61. Para comprender la LA, evidentemente, también debemos comprender qué asuntos no regula o escapan al ámbito a que se refiere el art. 1° LA, como es el caso de los arbitrajes de derecho internacional público.

1.8.1. Los Arbitrajes de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya

§62. Se trata de un organismo internacional creado como el tribunal más antiguo de solución de controversias y surgió como consecuencia de las Convenciones de 1899 y 1907, suscrita y ratificada por más de un centenar de Estados. Allí se acuerda que antes de recurrir a la fuerza, las partes sometan a arbitraje sus diferencias, incluyendo la interpretación de tratados.

§63. Los arbitrajes son administrados por la Corte Permanente de Arbitraje y se rigen por el derecho público internacional. Por ejemplo, la reciente controversia sobre soberanía y límites entre *Filipinas vs. China* (caso 2013-19), que se relacionó con la cadena de arrecifes y rocas que son parte de la isla filipina de Luzón y en donde China fue condenada por que construyó instalaciones artificiales sobre ellas.

§64. Aunque parece una práctica que se ha abandonado, un Estado podría acudir a esta Corte para activar arbitrajes en defensa de nacionales de un Estado agraviados por otro Estado. Tal como pasó en la antigua causa de *Italia contra Perú* (caso 1910-01), referida al pago pendiente del Perú a la empresa *Canevaro e Hijos*, de titularidad de ciudadanos de ascendencia italiana. Pero actualmente, es frecuente que las preocupaciones o reclamos de un Estado sobre los tratos que reciben sus ciudadanos por los poderes de otros Estado sean atendidas por la vía diplomática antes que por esta modalidad de arbitrajes.

§65. Otro tipo de casos que atiende esta Corte se relaciona con la interpretación de tratados. Un caso relevante fue el de *EEUU contra Gran Bretaña* (caso 1909-01) en donde se discutió sobre la interpretación de un tratado relacionado con derechos de pesca en altamar, la identificación del Estado que contaba con la potestad para regular ese asunto y la definición del término "bahía"⁴.

§66. Como es evidente, incluso si en ese tipo de arbitrajes el Estado peruano tuviera la calidad de parte, no se aplicará nuestra LA. No solo porque se trata de arbitrajes extranjeros, sino porque se trata de controversias sobre derecho internacional público, ajenas al ámbito de aplicación de nuestra LA.

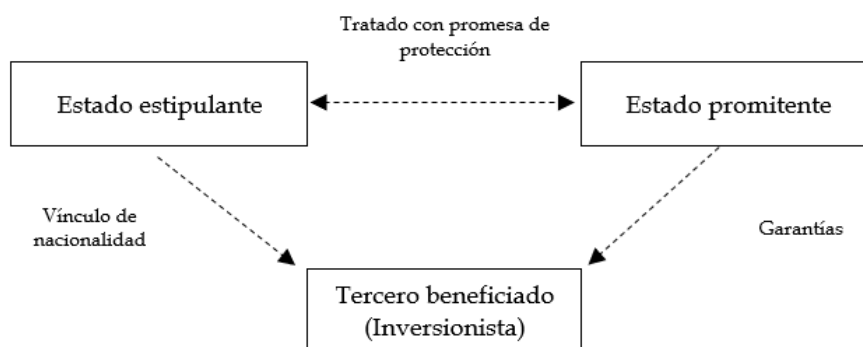
§67. Cabe precisar que, desde 1996 se establecieron Reglamentos Optativos para que la Corte pueda administrar también arbitrajes entre Estados y organismos internacionales⁵, o entre estado y particulares, usualmente inversionistas afectados⁶. Pero tales arbitrajes no se sustentan en las Convenciones de 1899 y 1907, sino en los acuerdos entre las partes para someterse a arbitrajes administrados por la Corte Permanente. Es decir, no se trata de arbitrajes regidos por el derecho internacional público.

1.8.2. Los Arbitrajes de Inversión administrados por el CIADI

§68. Existe la posibilidad de que los particulares demanden directamente a los Estados por lesión de sus inversiones en un arbitraje, sin siquiera contar con convenio arbitral para esos efectos. Se trata de casos en donde ciudadanos extranjeros o empresas de capitales extranjeros han realizado *inversiones* o han suscrito contratos con el Estado (y que también pueden ser calificados como *inversiones*) que reúnen ciertas características de temporalidad, magnitud económica, riesgos y cualidades, que las hacen merecedoras de la protección arbitral que se prevé en tratados de inversión o de libre comercio.

§69. En tales casos, no se necesita convenio arbitral entre el inversionista particular y extranjero con el Estado que afectó las inversiones y que es demandado en la vía arbitral de inversiones por ese motivo. Eso debido a que ese Estado anfitrión de las inversiones (*promitente*) suscribió un tratado internacional con el Estado del inversionista extranjero (*estipulante*), en donde ha asegurado que se someterá a la competencia de un Tribunal Arbitral internacional de inversiones, si agravia los proyectos de los inversionistas que provengan del Estado *estipulante*.

§70. Esto quiere decir que, a pesar de no ser suscriptor del tratado, ni de tener convenio arbitral suscrito con el Estado anfitrión, el inversionista extranjero se beneficiará del tratado suscrito entre los Estados *promitente* y *estipulante*, de modo que podrá demandar directamente al primero, ante fueros internacionales, si considera que se han agraviado sus inversiones, tal como se aprecia en este gráfico:



Fuente: Linares Cantillo

§71. Estos casos suelen tener esta estructura que se sustenta en tratados que permiten al inversionista la posibilidad de acceder a arbitrajes contra los Estados anfitriones o promitentes, y que serán administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (“CIADI”) que es una institución del Banco Mundial⁷.

§72. Aquí la *lex causae* no será el contrato con el Estado que se incumplió o las normas internas del país demandado. Lo serán aquellas normas que regulen la responsabilidad internacional del Estado, es decir, los tratados que incorporan las garantías de las inversiones. La *lex causae* serán las garantías o estándares fijados por los tratados de inversión y la costumbre del derecho de inversiones que se invocan y que regulan, por ejemplo, el trato justo y equitativo, protección contra las medidas estatales con efectos expropiatorios o los tratos diferenciados contra la inversión extranjera u otras garantías y estándares⁸.

§73. Con relación a la *lex arbitri* aplicable a este tipo de arbitrajes extranjeros, se aplicarán las normas de los organismos supranacionales que administren el arbitraje. Por ejemplo, si es un arbitraje CIADI, se aplicarán sus reglas procesales y los extremos procedimentales del Convenio CIADI, y, si no lo es, se aplicarán las reglas procesales que fije el tratado o que hayan acordado las partes (por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Corte Permanente de La Haya). De modo que, allí tampoco tiene aplicación el régimen procesal que establece nuestra LA, incluso si una de las partes fuera un inversionista peruano o el mismo Estado peruano.

§74. Esto de ningún modo significa que el derecho nacional será totalmente ajeno a los arbitrajes contra el Estado peruano. Al menos en los arbitrajes de inversión donde nuestro país es demandado, el derecho peruano e incluso eventuales incumplimientos contractuales del Estado, serán considerados y analizados para evaluar el fondo del caso y la manera cómo fue o debieron ser aplicado al inversionista extranjero. Y será en función de esos elementos, que el Tribunal Arbitral evaluará si la actuación del Estado generó o no un agravio contra las inversiones según los estándares del derecho internacional aplicables.

§75. Incluso existe la posibilidad de que la misma LA pueda ser usada como un elemento que dé cuenta de agravios contra el derecho de las inversiones. Por ejemplo, en el caso de la italiana *Saipem SPA contra Bangladesh*, un Tribunal del CIADI (*caso ARB/05/07*) sostuvo que la anulación judicial de un laudo CCI por el Tribunal Supremo de Bangladesh (lugar del arbitraje) constituía una arbitraria denegación de la justicia arbitral. El Tribunal CIADI aplicó la regulación arbitral nacional (art. 5° del Acta de Arbitraje de Bangladesh de 1940) para determinar que el Tribunal Arbitral sí había tenido competencia para resolver la causa, de modo que resultaba arbitraria la revocación de los poderes arbitrales y el consecuente impedimento estatal de acceso a esa vía alternativa de tutela.

§76. En todo caso, nuestra LA será relevante al final del arbitraje de inversiones, ante la eventualidad de que el laudo CIADI necesite ser ejecutados en el Perú y que según la LA, deberá ser tramitado como si fuera una sentencia firme dictada en el Perú (ver 14^{ta} Disposición Complementaria de la LA y artículo 54 del Convenio CIADI).

§77. En suma, el derecho nacional interno, o el respeto de las cláusulas contractuales por el Estado frente al inversionista no serán las *lex causae* aplicable a los arbitrajes CIADI, pero la forma interpretativa o de respetar esa regulación, sí serán elementos que determinan la existencia de responsabilidad internacional contra las inversiones.

§78. Finalmente, debe tenerse en cuenta que no todos los arbitrajes de inversión son administrados por el CIADI, pues algunos países que no son parte del Convenio CIADI, no pueden acceder a dicha jurisdicción. Tal es el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador, que en la última década decidieron denunciar el Convenio CIADI y, en consecuencia, dejar de ser pasibles de eventuales demandas de inversionistas.

§79. También podría tomarse como ejemplo el caso de Cuba que, para sus arbitrajes de inversión, se somete a arbitrajes administrados por la CCI. Es decir, puede ocurrir que, con o sin tratado, el Estado directamente suscriba una cláusula arbitral en donde, para un contrato específico de inversiones, haya decidido someterse a la eventual competencia de un tribunal arbitral según las reglas y garantías del derecho internacional de inversiones.

1.9. SUPLETORIEDAD DE LA LEY DE ARBITRAJE

§80. La última parte del art. 1°, num. 1, LA dispone que cuando existan “*leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje*” sólo se aplicará de manera supletoria las reglas de la LA. Es decir, para aquellos arbitrajes con sede en el Perú que estén sujetos a un régimen procesal especial, la LA tendrá una función supletoria frente a los vacíos o deficiencias que tuviera aquel régimen.

§81. Esto es indicativo, pues el reconocimiento de supletoriedad de la LA significaría que sus reglas podrían ser consideradas como principios generales de los arbitrajes⁹. Esta interpretación se afianza si se toma en cuenta que el art. 34°, num 3, LA también dispone que, si las reglas procesales pactadas por las partes no regulan cierta situación, se aplicará supletoriamente la LA y, en defecto de esta, “*los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral*”.

§82. En el caso de la LA, su contenido tiene un amplio desarrollo y aceptación en el derecho internacional comparado del arbitraje, pues, la mayor parte de sus reglas se inspiran en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial del UNCITRAL, lo que facilita la comprensión de sus disposiciones y permite predicar su calidad de normas supletorias de los arbitrajes en tanto contienen los principios generales del derecho arbitral.

1.10. BIBLIOGRAFÍA

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª edición. Kluwer Law International, 2014.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. I. 13ª edición. Madrid, Tecnos, 2019.

GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (editores). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010

HARRIS, Bruce, PLANTEROSE, Rowan y TECKS, Jonathan. *The Arbitration Act 1996*. Commentary. 4ª edición. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

HANOTIAU, Bernard. "The Law Applicable to Arbitrability", en *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 2014.

LEW, Julian D. M. y MISTELIS, Loukas A. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003,

LEW, Julian D. M. y MISTELIS, Loukas A (editores). *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2006.

LINARES CANTILLO, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión*. Bogotá, Universidad Externado, 2020.

MOSES, Margaret. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University press, 2012.

OTTO, Dirk y ELWAN, Omaia. “Article V(2)”. En Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto y Nicola Christine Port (editores). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. New York, Kluwer Law International, 2010.

PARK, William. *Arbitration of international business disputes*. 2a edición. Oxford University Press, 2012.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford University Press, 2013.

PAULSSON, Jan. *Denial of justice in international law*. Cambridge University Press, 2005.

PAULSSON, Jan. "Chapter 7: Refusal of the Enforcement of Awards Ex Officio". En: Marike Paulsson. *The 1858 New York Convention in action*. Kluwer Law International, 2016.

PROUDET, Jean-François y BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2ª edición. Londres: Thomson, 2007.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON & WHITE & CASE. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018.

SHEPPARD, Audley. "English Arbitration Act (Chapter 23)". En Loukas A. Mistelis (editor): *Concise International Arbitration*. 2ª Edición. New York: Kluwer Law International, 2015.

Notas

* Socio de Baxel Consultores, Perú. Mag. Universidad de Alicante y Mag. Universidad Castilla La Mancha.

¹ Algo similar al llamado fenómeno *Delaware*, un pequeño estado que tenía pocas opciones para competir con otros lugares de EEUU y atraer inversiones. Por eso decidió potenciar su sistema de justicia, de modo que las seguridades que ofrecían sus tribunales atrajeron a muchas empresas e inversiones.

² El art. 2047° C.C. establece que el derecho aplicable a las "relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros" se regulan por los tratados ratificados por el Perú y por las disposiciones del Libro de Derecho Internacional Privado (arts. 2046 hasta 2011° C.C.). Es decir, los casos regulados por ese Libro tienen como presupuesto esencial que se trata de "relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros".

Dentro de ese marco debe leerse el art. 2095° C.C., esta norma otorga libertad a las partes para elegir la ley (nacional o extranjera) aplicable a sus relaciones, pero tal libertad se da en el marco de "relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros".

En consecuencia, el C.C. no ha habilitado tal libertad para aquellas relaciones jurídicas nacionales que no tienen ningún elemento foráneo.

³ A pesar de lo que establece la *English Arbitration Act*, se debe tener en cuenta que, en la práctica arbitral inglesa, los casos suelen ser atendidos por tribunales arbitrales compuestos por tres integrantes.

⁴ Debe tenerse en cuenta que la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya es un ente distinto a la Corte Internacional de Justicia de La Haya que es el órgano judicial de las Naciones Unidas a las que pueden someter sus diferencias los países miembros de ese organismo. Tal como pasó con el caso entre Perú y Chile sobre los límites marítimos aplicables en las líneas de sus fronteras.

⁵ Cfr. *UNOPS contra Perú* (caso 2014-38) por el incumplimiento del Estado de lo acordado en una obra en el balneario en el distrito de la Punta-Lima. El caso concluyó antes del laudo, por acuerdo entre las partes.

⁶ Cfr. *Grupo Iberdrola contra Bolivia* (caso 2015-05), por la nacionalización de los negocios de comercialización eléctrica de la empresa española. El caso concluyó antes del laudo, por acuerdo entre las partes.

⁷ Creada en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), ratificado por más de 140 países.

⁸ Perú tiene buenos resultados en los arbitrajes CIADI, pues en los casi veinte casos resueltos, solo fue condenado en tres por agravar inversiones y por montos indemnizatorios mucho menores de los demandados (caso ARB/03/28 de *Duke Energy International*; caso ARB/14/21 de *Bear Creek Mining Corporation* y caso ARB/07/6 de *Tza Yap Shum*).

⁹ Como indican Diez-Picazo y Gullón, la función supletoria de normas para superar así deficiencias o lagunas en la regulación, suele ser asignada a los principios generales del derecho que forman parte de un sistema de creencias y convicciones en la conciencia social, condición que precisamente les permite informar todo el ordenamiento jurídico y suplir sus defectos.