

## Comentarios al artículo 2 de la Ley peruana de arbitraje Objeto del arbitraje

Raffo Velásquez\*

### Sumario:

(2) NORMA EN COMENTARIO. 2.1. Estructura de la norma. 2.2. Arbitrabilidad y nociones afines. 2.3. Arbitrabilidad y arbitraje nacional. 2.4. Arbitrabilidad en los arbitrajes internacionales y extranjeros. 2.4.1. La regulación aplicable a los arbitrajes internacionales y extranjeros. 2.4.2. La inarbitrabilidad en el Art. V, num 2, lit. a, de la CNY. 2.4.3. Inarbitrabilidad en el Art. V, num 2, lit. b, de la CNY. 2.5. Arbitrabilidad y poder de los árbitros. 2.6. El Estado como parte de arbitrajes internacionales. 2.6.1. Acercamiento a la inmunidad de jurisdicción de los Estados. 2.6.2. La experiencia francesa. 2.6.3. La experiencia estadounidense. 2.6.4. La regla aplicable en el Perú. 2.7. Bibliografía de referencia

Se precisa que en estas líneas se usarán las nociones de arbitraje nacional, nacional-mixto, internacional y extranjeros, así como otros conceptos que se desarrollaron al comentar el art. 1 de la Ley de Arbitraje (“LA”).

### (02) NORMA EN COMENTARIO

#### *Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.*

- 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*
- 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.*

### 2.1. ESTRUCTURA DE LA NORMA

§81. Esta norma regula la “arbitrabilidad” en su dimensión objetiva, que hace referencia a las materias que no puedan ser atendidas por la justicia arbitral, debido a la decisión estatal de excluirlas o reservarlas de modo exclusivo para los Jueces, invocando motivos de orden público, relevancia social, económica o cualquier otra razón de política pública.

§82. También regula la llamada “arbitrabilidad” subjetiva que hace referencia a la posibilidad de que ciertos sujetos sean parte de un arbitraje. Unas veces el Estado invocaba su condición soberana y otras alegaba su propia normativa para sostener que no podía ser demandado en la vía arbitral, a pesar de celebrar convenios arbitrales.

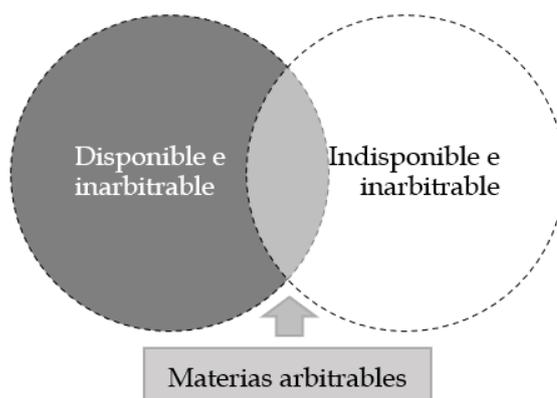
§83. Esto último debe diferenciarse de los supuestos de “inarbitrabilidad” mixta, es decir, de aquellas causas que no deben someterse a arbitraje porque el titular del derecho discutido nunca prestó su consentimiento, ya sea en el convenio arbitral y/o en el proceso. Allí, no puede disponerse de los derechos de un tercero en una causa arbitral que *ex ante* no pactó y que *ex post*, no consistió. Esa situación no ha sido tan extraña a nuestro sistema jurídico como podría pensarse, pues sería el método usado por ciertos

grupos -ahora denunciados penalmente- para tramitar arbitrajes y hacerse de los derechos de terceros mediante arbitrajes y laudos fraudulentos, respecto de los cuales nunca prestaron su consentimiento, ni pudieron conocer.

## 2.2. ARBITRABILIDAD Y NOCIONES AFINES

§84. Nótese que preferimos usar los términos “arbitrabilidad” o “inarbitrabilidad” frente a la frase “materia de libre disposición” que emplea la Ley. Y es que la primera parte del art. 2°, num. 1, LA podría inducir a error al establecer de manera general que toda materia de “libre disposición” puede ser sometida a arbitraje. Más precisa es la segunda parte de la misma disposición que establece que es arbitrable toda materia que establezca la ley o los acuerdos internacionales o, mejor, todo lo que legalmente es susceptible de arbitraje.

§85. Los posibles problemas del texto normativo se reducirían al interpretar que es arbitrable todo aquello que es libre disposición y se le añade la frase, “*salvo que la ley disponga lo contrario*”. Aunque eso aún sería insuficiente. Pues hay asuntos que no son de libre disposición y, a pesar de eso, son arbitrables por mandato de la ley. Por tanto, “libre disposición” y “materias arbitrables” son conceptos que pueden coincidir o no, pues el Estado puede establecer que una materia disponible sea inarbitrable o que una materia tradicionalmente indisponible, sea arbitrable. Esto podría graficarse con un básico diagrama de Venn:



§86. Un ejemplo de materias disponibles, pero no arbitrables, puede verse en el art. 339° del Código Procesal Civil peruano (“CPCivil”) que regula los casos en donde ya se dictó una sentencia con calidad de cosa juzgada y que, sin embargo, permite que las partes pueden convenir en condonar total o parcialmente las obligaciones, dilatar su cumplimiento o reemplazarlas. Aunque las partes tendrían libertad de disposición sobre la materia ya decidida, la modificación de ese asunto no será un asunto arbitrable, pues de lo contrario se estaría permitiendo que un laudo altere lo decidido por una sentencia.

§87. Y para un ejemplo sobre materia indisponible pero arbitrable, puede pensarse en los Contratos Ley de Concesión de Servicios Públicos en donde el Estado pacta arbitrajes por incumplimientos que suelen vincularse con asuntos de derecho público como la fijación de tarifas en servicios públicos, la alteración del régimen tributario, entre otros. Hay varias demandas contra el Estado por incumplimientos de esos contratos, vulneraciones que se materializan en actos administrativos o normas reglamentarias. En tales casos se considerará la ilicitud de la acción estatal, para determinar si hubo o no un incumplimiento contractual. Ese análisis de licitud del acto estatal que, usualmente, no se discute en arbitrajes, es habilitado por el Estado para ser arbitrable.

§88. Usar la fórmula que equipara “derecho indisponible” = “materia indisponible”, también puede ser arriesgada y prestarse a confusiones. Por ejemplo, en un *reality show* en donde los artistas pactaron con

la televisora el acceso a partes de su vida privada, las partes pueden tener una controversia sobre la ejecución de ese contrato y, consecuentemente, resolver la disputa vía arbitraje. Desde luego, no se discutirá si los artistas perdieron o no la titularidad de su derecho fundamental a la intimidad (asunto indisponible, claro está), sino que la controversia versará sobre los alcances del ejercicio de ese derecho y los espacios que voluntariamente se permitieron difundir y que, antes del contrato, eran privados<sup>1</sup>.

§89. Tampoco es recomendable asimilar estos términos: “materia disponible” = “materia regulada por normas dispositivas”. Eso porque no es extraño que en los arbitrajes de derecho se discutan materias de libre disponibilidad que se deben resolver aplicando normas imperativas y dispositivas. Incluso los árbitros de conciencia deben respetar las normas imperativas. El hecho que deban aplicarse normas imperativas no afecta a la arbitrabilidad del asunto, lo único que pasará es que el árbitro, al igual que un Juez, deberá atenerse a aplicar o respetar tales normas.

§90. Finalmente, debe considerarse también la distinción entre “inarbitrabilidad” y limitaciones de los poderes arbitrales. Como señalan Poudret y Besson “*a diferencia de los órganos estatales, los árbitros no tienen imperium, y no pueden castigar a una parte o forzarla a comportarse de determinada manera*”. Por tanto, el que los árbitros carezcan de un poder directo para hacer eficaces o forzar el cumplimiento de sus mandatos, no significa que hayan atendido un asunto inarbitrable, sino que simplemente ratifica el hecho de que carecen del poder de *imperium*, para lo cual tienen el poder de pedir la colaboración de un Juez quien, finalmente, podría ordenar la ejecución forzosa de sus mandatos.

§91. Si bien cada caso merece un particular análisis, deben evitarse los simplismos de equiparar “materia disponible” con conceptos aparentemente afines e incluso con arbitrabilidad. En todo caso, debe quedar claro que la arbitrabilidad de un asunto la define cada Estado a través de sus leyes, tratados o acuerdos internacionales.

### 2.3. ARBITRABILIDAD Y ARBITRAJE NACIONAL

§92. Si estamos ante una materia de libre disposición, tenemos un buen indicio de que se trata de un asunto arbitrable, aunque eso es aún insuficiente, sino que además debe aplicarse el filtro del “*salvo que la ley diga lo contrario*”, que prevé el art. 2°, num. 24, literal a, de la Constitución Política del Perú (“CP”). En contrapartida, si una materia no es de libre disposición, tampoco debemos resignarnos *a priori* a su inarbitrabilidad, sino que debemos verificar si existe un mandato legal o contractual (en los términos del art. 2, num. 1, de la LA) que habilite un arbitraje.

§93. Por esa razón, la actualización del manual de Redfern y Hunter señala que “*cada Estado decide qué temas pueden ser resueltos o no mediante arbitrajes de acuerdo con su propia política social y económica*” y concluyen que “*es con relación a la normativa del lugar del arbitraje que se puede establecer si la controversia es «susceptible de ser resuelta a través del arbitraje (es decir, si es «arbitrable») o no» ...*”.

§94. Por tanto, para los arbitrajes nacionales, el derecho peruano definirá si una materia es susceptible o no de arbitraje. Las normas de nuestro país (lo que incluye a los tratados ratificados por el Perú y a la jurisprudencia nacional e internacional vinculante) definirán si es válido o no el convenio arbitral donde se pactó dirimir cierto asunto ante la justicia arbitral.

### 2.4. ARBITRABILIDAD EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES Y EXTRANJEROS

§95. Desde luego, no es generalizar la solución sobre arbitrabilidad que fija el derecho peruano para los *arbitrajes internacionales y extranjeros*. Y es que los convenios que dan lugar a *arbitrajes internacionales y extranjeros* pueden también estar sujetos a reglas distintas - como la Convención de Nueva York (“CNY”) - y muy probablemente no se regulen exclusivamente por el derecho peruano.

§96. Por lo pronto, no está demás decir que el acercamiento estatista del derecho peruano, calza con el criterio contenido lo establecido por el Art. V, num. 2, de la CNY, de donde se deriva que la inarbitrabilidad de un asunto supone dos hipótesis diferenciadas: (i) los casos en donde el legislador nacional decide qué materias no serán susceptibles de arbitraje; y, (ii) las situaciones en donde no hay exclusión expresa, pero se consideran inarbitrables porque contravienen el orden público del país donde se pretende la ejecución del laudo extranjero. Veamos:

#### 2.4.1. La regulación aplicable a los arbitrajes internacionales y extranjeros

§97. Para los convenios y consecuentes arbitrajes internacionales, el art. 13°, num. 7, LA, dispone que *“será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”*.

§98. Mientras que, para los arbitrajes extranjeros, que pretenden tener cierta eficacia en el Perú, existen dos grupos posibles. De un lado, si el lugar del arbitraje corresponde a un Estado suscriptor de la CNY, se aplicará su Art. V, num. 1, lit. a, que dispone que sólo se podrá denegar el reconocimiento del laudo si el acuerdo arbitral que lo sustenta *“no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”*. De otro lado, si el lugar del arbitraje corresponde a un Estado no suscriptor de aquel tratado y se pretende que el laudo sea reconocido en el Perú, se aplicará el art. 75, num. 2, LA, que establece la misma regla que la CNY.

§99. Puede pasar entonces que un convenio arbitral internacional o extranjero sea válido por contener un asunto arbitrable según la ley aplicable de otro país, pero que ese mismo convenio no pueda ser eficaz en el Perú por contener una materia inarbitrable según nuestra legislación. En efecto, en tal supuesto el convenio arbitral internacional (art. 13°, num. 7, LA) y el extranjero (Art. V, num. 1, lit. a de la CNY o el art. 75, num. 2, LA) deberán considerarse válidos, por ajustarse a la ley pactada entre las partes, pero no podrán ser ejecutados y reconocidos, respectivamente, en el Perú por pronunciarse sobre materias inarbitrables según el derecho nacional.

§100. Pero ¿cómo opera esa fórmula? Es decir, ¿qué pasa si se solicita la ejecución de un laudo internacional o se pide el reconocimiento de un laudo extranjero que se pronuncian sobre asuntos inarbitrables en el Perú, pero arbitrables según el derecho pactado? El Art. V, num. 2, de la CNY, ratificada por el Perú, dispone que los Estados “podrán” denegar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros si: (i) los Jueces comprueban que versa sobre una materia inarbitrable en el Perú, o, (ii) si verifican que es contrario a su orden público nacional.

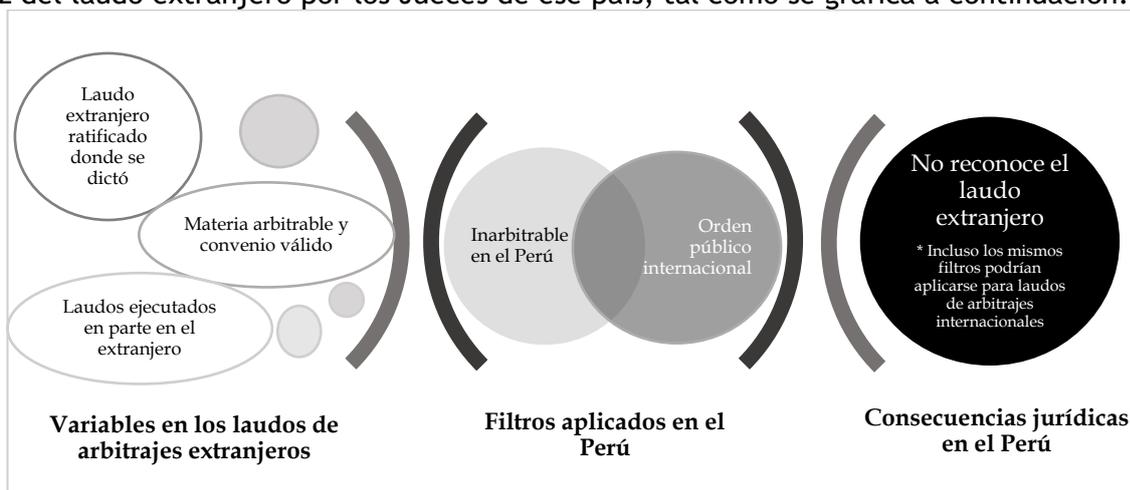
§101. El uso del verbo “podrá” en el tratado permite que cada Estado pueda desvincularse de dicha regla. Sin embargo, para los procedimientos judiciales de reconocimiento de laudos extranjeros (o exequátur), el art. 75, num. 3, lit. b, LA, reitera casi textualmente las dos reglas del tratado, con la única precisión de que la segunda causal (ii) se aplicará sólo cuando se contravenga el “orden público internacional”, lo que, en un mundo globalizado, usualmente, coincidirá con la noción de orden público nacional, aunque no siempre. En todo caso, solo si el laudo extranjero no supera esos filtros y se niega el exequátur, no podrá ser pasible de ejecución en el Perú.

§102. Para el caso de los arbitrajes internacionales, la respuesta es más compleja. La inarbitrabilidad de la materia en el Perú no impediría la ejecución forzosa del laudo internacional por los Jueces. Ese laudo, que tuvo lugar en el Perú, tendrá la condición de título de ejecución (art. 688, num. 2, CPC) y, como tal, se ejecutará si contiene una obligación cierta, expresa, exigible y líquida o liquidable (art. 689 CPC). El demandado no podrá contradecir la ejecución invocando la inarbitrabilidad de la

materia, pues eso no califica como una nulidad formal del título de ejecución (art. 690-D, num. 2, CPC), lo que, según la Corte Suprema solo se relaciona con el cumplimiento de requisitos legales para la emisión o celebración del título. La inarbitrabilidad, como es evidente, es un asunto que se vincularía con una posible nulidad material de lo resuelto.

**§103.** Eso no significa que la parte perdedora del arbitraje deba resignarse a ser ejecutada. Y es que, el art. 63, num. 1, lit. f, LA le permite demandar la anulación del laudo internacional pues ha replicado las causales (i) y (ii) de la Convención de Nueva York, aunque con la precisión de que la causal (ii) se refiere a la contravención del “orden público internacional”. De modo que, en paralelo al eventual proceso de ejecución de laudo iniciado por la parte vencedora del arbitraje, la otra parte podrá tramitar la anulación de laudo. Desde luego, debería existir una regla especial sobre este asunto para evitar el riesgo de ejecutar un laudo que después podría ser anulado.

**§104.** Ahora bien, un asunto inarbitrable en el Perú coincidirá a veces con la noción de orden público internacional, pero la verificación de cualquiera de esas dos nociones es suficiente para rechazar el pedido de reconocimiento de un laudo extranjero o para generar la anulación (e inejecución) de un laudo internacional. Eso ocurrirá en el Perú, aunque, según el derecho aplicable de otro país, la materia fuera arbitrable, o se hayan ejecutado parte de esos laudos en ese otro país, o incluso si se hubiera ratificado la validez del laudo extranjero por los Jueces de ese país, tal como se grafica a continuación:



#### 2.4.2. La inarbitrabilidad en el Art. V, num 2, lit. a, de la CNY

**§105.** Como nuestro propósito es comentar el art. 2°, LA, permítasenos un mayor desarrollo del enfoque internacional que existe sobre la noción de inarbitrabilidad y que recoge el Art. V. num. 2, literal a, de la CNY. Allí se prevé que serán inarbitrables los asuntos que según la ley del país en el que se pretende la ejecución del laudo considere que el objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje. Sin embargo, más allá del texto expreso, es importante distinguir entre la inarbitrabilidad nacional e internacional. Esto quiere decir que, si un asunto es inarbitrable en un Estado por sólo razones domésticas o de técnica nacional, quizás sí podría ser arbitrable según el enfoque internacional.

**§106.** Al respecto, la jurisprudencia de EE. UU., Francia, Suiza e Inglaterra contienen provisiones distintas sobre la inarbitrabilidad internacional y local<sup>2</sup>. Por eso, Born concluye que: “el hecho de que un asunto particular o una disputa no sea arbitrable en un entorno nacional bajo una ley nacional específica no significa necesariamente que este asunto sea inarbitrable en un entorno internacional: más bien, las normas locales de inarbitrabilidad se interpretan a menudo como aplicables solo en los asuntos internos. El fundamento de esta conclusión es que, en casos internacionales, las concepciones nacionales de política pública y ley obligatoria deben moderarse, a la luz de la existencia de las políticas públicas

*contrapuestas de otros estados y de la política internacional compartida de alentar la resolución de disputas comerciales internacionales a través de arbitrajes”.*

**§107.** Se precisa también que si la inarbitrabilidad de una materia responde a las políticas fundamentales de un Estado (lo que seguro coincidirá con los criterios del resto de la comunidad internacional), no podrá ser reconocido o ejecutado por sus Jueces. Sin embargo, debe reconocerse que existe cierto grado de uniformidad sobre las materias inarbitrables, como la materia penal o ciertos asuntos del derecho de familia (adopción o patria potestad).

**§108.** Fouchard, Gaillard y Golden señalan que la distinción antes indicada genera a una aplicación restrictiva de la inarbitrabilidad en el caso de laudos internacionales y extranjeros, pues permite que una materia no sea sometida a arbitraje nacional, sin impedir necesariamente el reconocimiento y ejecución en ese país de un laudo internacional o extranjero que se ocupe de la misma materia y que sí es arbitrable según la legislación aplicable de otro país.

**§109.** En suma, consideramos que los Jueces peruanos a los que se solicite ejecutar laudos internacionales o extranjeros que tratan una materia inarbitrable para el derecho peruano pero arbitrable según el derecho extranjero pactado en el arbitraje, podrían aplicar un enfoque internacional a la idea de “inarbitrabilidad”. Incluso, si nos remitimos a la literalidad del Art. V. num. 2, literal a, de la CNY, se puede advertir que se trata la potestad de los Jueces para denegar el reconocimiento como una posibilidad. Por ello, resultaría razonable que las Cortes peruanas no decidan rechazar la ejecución de un laudo bajo criterio de arbitrabilidad internacional.

**§110.** Por ejemplo, según el art. 882 del CC peruano, sobre derechos reales, no se puede pactar una obligación que prohíba enajenar o gravar un bien y, por ende, no puede arbitrarse una obligación de esa naturaleza. Sin embargo, si según la *lex causae* y/o *arbitri* extranjera de un arbitraje, el mismo asunto sí fuera susceptible de arbitraje, los Jueces nacionales deberían reconocer y/o ejecutar tal laudo extranjero.

#### **2.4.3. Inarbitrabilidad en el Art. V, num 2, lit. b, de la CNY**

**§111.** Esta norma establece la posibilidad de que los Jueces de un Estado no reconozcan o ejecuten laudos extranjeros que se pronuncian sobre materias contrarias al orden público del país en el que se pretende la ejecución. Cierta sector de la doctrina y jurisprudencia advierte que no se trata de una disposición tan genérica que alcance incluso a los casos de inarbitrabilidad que prevé el Art. V, num. 2, lit. a, de la CNY. Resaltan que, si un asunto fuera inarbitrable en el país donde se solicita la ejecución, el Juez aplicará sólo el lit. a y no el lit. b, antes referido. Este último dispositivo, como causal por contravenir el orden público del país, solo se aplicaría para aquellos supuestos en donde existe una violación de las nociones más fundamentales de moralidad y justicia.

**§112.** Esto indicaría que el uso de esta causal no se relacionaría con agravios al orden público local o a la política pública nacional, sino en contravenciones de principios fundamentales del Estado y de la noción misma de justicia en el derecho global. Lo que exigiría hacer un esfuerzo en diferenciar entre nociones tan genéricas como política pública interna y política aplicable a asuntos internacionales. Gary Born, apoyándose en una decisión de la Corte de Luxemburgo, sostiene que la CNY no hace referencia a la política pública del Estado donde se invoca el laudo, sino a su política pública internacional, que se vincula con los principios esenciales de la administración de justicia y la eficacia de las obligaciones libremente pactadas.

**§113.** De modo que no basta con que el laudo o el arbitraje incurran en alguna ilegalidad prevista por el Estado en el que se busca la ejecución, sino que esa contravención jurídica tenga relevancia mayor.

En otras palabras, debe ser insoportable para los principios fundantes de ese Estado y de la comunidad internacional<sup>3</sup>.

§114. De hecho, en los trabajos iniciales de la CNY se utilizaba el término “principios fundamentales del Derecho”, pero por motivos lingüísticos (no todos los Estados coincidían en su significado) se usó el término general “orden público”. Sin embargo, nuestro legislador sí pudo evitar esa frase y acercarse más a los propósitos reales de la CNY. Eso explica por qué la LA refiere que los laudos extranjeros (art. 75°, num. 3, lit. b) no serán reconocidos si contravienen el “orden público internacional”<sup>4</sup>.

§115. Paulsson pone como ejemplos los casos de *Parsons & Whittemore* y *Ameropa AG*, a quienes se objetó el reconocimiento de sus laudos por tener vínculos comerciales con Egipto e Irán, a pesar de la política pública estadounidense de no contratar con esos Estados o con empresas de ahí. Los Tribunales de EE. UU. concedieron el reconocimiento de los laudos extranjeros, señalando que las limitaciones de la CNY no podían aplicarse para exigir el cumplimiento de la política gubernamental de ese país.

§116. Lo anterior nos permite arribar a dos conclusiones principales. La primera es que la arbitrabilidad de laudos extranjeros debe definirse caso por caso, pues debe verificarse si la limitación de arbitrabilidad (por la causal de asunto inarbitrable o por la de orden público) es compartida por los ideales de justicia de la comunidad internacional o si responde a una técnica legislativa o política pública local.

§117. Lo segundo, es que el tamiz de “justicia internacional” que subyace en los criterios antes desarrollados, evita el uso de arbitrajes fraudulentos. Por ejemplo, eso pasaría en el siguiente escenario: la regulación del país “A” estima inarbitrable o asunto contrario a su política pública local la atención de determinada materia. Para burlar esos controles, las partes idean un arbitraje y laudo extranjero bajo la regulación del país “B” que sí considera arbitrable el mismo asunto y, después vuelven al país “A” para intentar el reconocimiento y ejecución de aquel laudo que, bajo su regulación, hubiera sido directamente inarbitrable.

## 2.5. ARBITRABILIDAD Y PODER DE LOS ÁRBITROS

§118. Queda claro entonces que los asuntos que quebranten los principios esenciales de justicia y moralidad siguen siendo inarbitrables y contrarios al orden público, de modo que no cabe el absurdo de que un Juez peruano termine reconociendo u ordenando la ejecución de un laudo que determina la existencia de delitos, que autoriza la disposición de órganos, entre otros.

§119. En todo caso, esa posibilidad puede ser limitada desde un inicio por el poder que tienen los árbitros para pronunciarse sobre la inarbitrabilidad de las causas que conocen, ya sea en arbitrajes nacionales, internacionales o extranjeros. En efecto, la práctica, es usual que es casos contrarios al orden público una de las partes deduzca la inarbitrabilidad para truncar el arbitraje sin fallo sobre el fondo. Aunque puede ocurrir que ninguna parte lo haga o que incluso que ratifiquen su interés en el arbitraje. Por lo que cabe preguntarse si el árbitro puede declarar de oficio la inarbitrabilidad de la causa.

§120. En *Argentine Engineer v. British Company*, administrado por la Cámara de Comercio Internacional de París (caso 1110) el contrato se vinculaba con posibles actos ilícitos que investigaba la justicia penal argentina; sin embargo, las partes ratificaron su voluntad de que el árbitro resuelva el fondo del caso, señalando para ello que los supuestos ilícitos afectaban a la regulación pública argentina, pero no a la de Francia que fue el país señalado como lugar del arbitraje. El árbitro no opinó lo mismo, pues declaró de oficio su incompetencia al considerar que se trataba de una materia inarbitrable por contravenir la moral pública.

**§121.** Lew y Mistelis precisan que “*un tribunal de arbitraje debe denegar la competencia por propia iniciativa si la controversia no es arbitrable... Esto... no plantea una emisión fuera de la autoridad de los árbitros, sino que es el resultado de una aplicación de la ley a los hechos. Aunque las partes son en general libres de decidir qué disposiciones debe aplicar el tribunal, esta libertad no se extiende a evitar las normas imperativas que rigen la cuestión de la arbitrabilidad...*”.

**§122.** En efecto, la inarbitrabilidad se relaciona con la naturaleza de la norma y con las consecuencias jurídicas que genera sobre un caso. Un mismo hecho puede ser calificado por la norma penal como delito y por la norma civil como ilícito. Eso no hará que la situación sea inarbitrable, sino que limitará la competencia de los árbitros a aplicar la norma civil. Desde luego, si la *lex causae* aplicable al caso solo contuviera normas de orden público sobre la materia controvertida, se tratará de un asunto inarbitrable.

**§123.** Esto significa que los árbitros podrán valorar hechos contrarios al orden público como fundamento de sus decisiones, aunque no los juzgarán, por ejemplo, desde el derecho penal (norma que no compete a los árbitros), sino desde el derecho civil o comercial que rige al asunto arbitral. Esto no es nada nuevo, pues, como otro ejemplo, la Ley de Extinción de Dominio en Perú habilita el inicio de procesos *civiles* al Estado para hacerse de los derechos reales adquiridos con los posibles frutos de actividades ilícitas vinculadas a delitos o usados para facilitar la comisión de esos ilícitos. La extinción de la propiedad (derecho disponible) podrá sustentarse en hechos ilícitos vinculados a delitos, sin necesitar de proceso penal, condena penal, o incluso, con un fallo de inocencia del imputado y, a la vez, propietario.

**§124.** El que Jueces y árbitros valoren las mismas pruebas sobre determinados hechos, no significa que arribarán a lo mismo. Evidentemente, los primeros aplicarán la consecuencia que corresponda a la culpabilidad (prisión) o inocencia (liberación) del procesado, mientras que los segundos, aplicarán las consecuencias patrimoniales (indemnización, restitución...) o contractuales (nulidad, ineficacia...) que se relacionen con licitud o ilicitud que hayan determinado sobre esa misma conducta.

**§125.** Incluso, los juzgadores pueden concluir distintos hechos a partir de la valoración de las mismas pruebas, pues usan distintos estándares probatorios. Para los Jueces penales rige la presunción de inocencia, que les exige tener por probados los delitos *más allá de toda duda razonable*, y para los árbitros se exige que el pedido civil se acredite con criterios de preponderancia probatoria, es decir, que -al no regir la presunción de inocencia y exigirse paridad de trato entre las partes- bastará con que la parte acredite que es más probable la ocurrencia del evento alegado, que su inexistencia.

**§126.** Entonces, ante un mismo hecho, el Juez penal podría declarar inocente a una persona de la comisión de un delito, pero un Juez civil podría declarar la extinción de sus derechos reales al entender que su adquisición es fruto de actividades ilícitas. No existe una dependencia necesaria entre lo penal y civil. Solo si hay una condena penal firme, existirá una consecuente y necesaria consecuencia civil en el mismo sentido, pero eso no ocurrirá en los demás supuestos. Es decir, puede no existir una condena penal o incluso existir una sentencia absolutoria, y eso no obligará al Juez civil a exonerar de los ilícitos civiles imputados por los mismos hechos, pues la determinación de los hechos en la vía civil se rige por estándares de prueba menos exigentes<sup>5</sup>.

**§127.** De cualquier forma, debe quedar claro que el poder de los árbitros permitirá atender asuntos que, a pesar de ser contrarios al orden público o incluso ser calificados como delitos, están sujetos a la *lex causae* del arbitraje.

## 2.6. EL ESTADO COMO PARTE DE ARBITRAJES INTERNACIONALES

§128. Hasta aquí nos hemos limitado a analizar la noción de arbitrabilidad a que se refiere el art. 2, num. 1, LA, por lo que toca referirnos a la llamada arbitrabilidad internacional subjetiva del Estado que regula el art. 2, num. 2, LA.

### 2.6.1. Acercamiento a la inmunidad de jurisdicción de los Estados

§129. Debemos recordar la noción de soberanía que, según el art. 54 CP, implica el poder del Estado peruano para regir sobre la tierra, mar y aire del Perú. Esto aplica para cada Estado que ejerce su poder soberano sobre su propio territorio, sin que exista otro poder sobre él. Del poder soberano deriva la llamada *inmunidad de jurisdicción de los Estados*, conforme al cual un Estado no podría ser sometido al poder de una jurisdicción distinta de la que corresponde a sus Jueces, pues no hay jurisdicción entre iguales (*par in parem non habet imperium*).

§130. Algunas veces, sin embargo, los Estados han invocado sus propias normas para cuestionar los convenios arbitrales que suscribieron sus dependencias en contratos transnacionales, pero que, a su juicio, no cumplían con las exigencias de la legislación nacional. Es decir, los Estados establecen normativamente la incapacidad de sus representantes o de ellos mismos para celebrar convenios arbitrales y evitar así la competencia de los tribunales arbitrales. Sin embargo, capacidad y jurisdicción son asuntos distintos, aunque ambos son presupuestos procesales. El primero tiene que ver con la habilitación para suscribir ciertos actos jurídicos que vinculen al Estado y que lo hagan parte de una relación jurídica (convenio arbitral) con otros sujetos. El segundo se relaciona con el poder de un tribunal arbitral para someter al Estado, como parte procesal, a sus decisiones vinculantes.

§131. Aunque son asuntos distintos, la supuesta falta de capacidad del Estado (o de alguno de sus representantes) para suscribir convenios arbitrales, ha sido usada como excusa recurrente para alcanzar el mismo efecto práctico que aseguraría la llamada inmunidad de los Estados para ser sometidos a poderes jurisdiccionales distintos a la que tienen sus Jueces.

§132. Esta inmunidad, sin embargo, empezó a cambiar cuando los Estados empezaron a formar parte de acuerdos comerciales transfronterizos, en donde surge la necesidad de que las posibles controversias no sean sometidas a los Jueces que son parte de ese mismo Estado (para no quebrar criterios mínimos de imparcialidad e igualdad entre las partes), ni a los Jueces de otro Estado (debido a la inmunidad de jurisdicción de los Estados).

§133. En la década del cincuenta había muchos impedimentos para someter a entidades estatales a Jueces de otros Estados o a arbitrajes. Aunque existían acuerdos suscritos, los Estados levantaban su inmunidad jurisdiccional para no ser sometidos a arbitrajes, pues sus normas nacionales impedían que los asuntos con el Estado se resuelvan en ese tipo de procesos. Eso mermaba la confianza de quienes tenían acuerdos con los Estados y truncaba negocios transfronterizos, por lo que se empezaron a crear fórmulas que eviten que los Estados eludan acuerdos arbitrales invocando su propia regulación.

### 2.6.2. La experiencia francesa

§134. El derecho comparado coincide en que la jurisprudencia francesa dio los primeros pasos en fijar los criterios que se usan hasta ahora. En 1964 y 1966 (casos *Trésor Public v. Galakis* y *Office National Interprofessionnel des Céréales-ONIC v. SS San Carlo*) la Corte de Casación afirmaba su criterio de que la regla procesal francesa que impedía al Estado suscribir acuerdos arbitrales (y que, por ende, limitaba su capacidad para actuar) era un mandato de orden público interno, de modo que tal regulación no se debía aplicar cuando el Estado suscribía acuerdos de naturaleza internacional.

§135. En 1992 y 1994, ese criterio fue afinado por la Corte de Apelaciones de París (casos *Société Gatoil v. National Iranian Oil Co.-NIOC* y *Ministère tunisien de l'Équipement v. Société Bec*

*Frères*) que estableció que las reglas que prohibían los acuerdos arbitrales a los Estados no afectaban ni alteraban la política pública internacional que sí admitían esa posibilidad para las hipótesis de arbitrajes internacionales. Al respecto, se entiende que la política pública internacional es elevada a la condición de principio que garantiza el respeto de los acuerdos arbitrales en asuntos transfronterizos, de modo que todo intento de la regulación nacional por limitar la suscripción de acuerdos arbitrales, solo podría aplicarse a los arbitrajes nacionales.

**§136.** Estos criterios se han afianzado en la jurisprudencia comparada, ya sea en laudos internacionales o en fallos judiciales que reconocen y ejecutan esos laudos, y que son ampliamente comentados por la doctrina. Cuando existe una prohibición o limitación estatal de suscribir convenios estatales sobre asuntos comerciales, rara vez los tribunales arbitrales consideran que se trata de un problema de falta de capacidad estatal para celebrar actos jurídicos y más bien interpretan que se trata de una regla aplicable solo a los arbitrajes internos de cada Estado y que, en cuanto tal, no puede alterar el principio del derecho internacional privado que obliga a los Estados a respetar lo pactado con otros sujetos en operaciones transnacionales, tal como mandan los tratados (*pacta sunt servanda*).

**§137.** A nivel judicial, en los reconocimientos o ejecuciones de laudos internacionales, se sostiene una lectura similar, con el añadido de que se entiende que los convenios arbitrales implicarían renunciaciones voluntarias de los Estados a sus inmunidades de jurisdicción, lo que legitimaría la actuación de Jueces extranjeros en asuntos comerciales que vinculan a otros Estados.

**§138.** Mientras la renuncia a la inmunidad de jurisdicción supone la aceptación de los Estados de someterse a la competencia de cortes foráneas, eso no significa por sí solo una renuncia a su inmunidad de ejecución que tiene que ver con la aceptación del Estado de eventuales ejecuciones forzadas de sus bienes por aquellas cortes. El año 2000 (caso *Creighton Ltd. v. Qatar*) la Corte de Casación interpretó que el aceptar que el arbitraje se sujete a ciertas reglas arbitrales que obligan a cumplir el laudo “sin demoras” suponía una renuncia tácita a la inmunidad de ejecución.

**§139.** No obstante, esa presunción de doble renuncia a las inmunidades de jurisdicción y ejecución no es del todo aceptada aún. En todo caso, el mismo año, la Corte de Apelaciones de París (caso *Ambassade de Russie en France v. Compagnie Noga d'Importation*) precisó que incluso si la renuncia a la inmunidad de ejecución es expresa, debe ser inequívoca y específica cuando se trata de bienes diplomáticos. Es decir, la jurisprudencia francesa acepta la renuncia tácita a la inmunidad de ejecución, aunque tal medida no podrá aplicarse a los bienes diplomático (por ejemplo, al edificio de la embajada).

**§140.** En resumen, en aquellos casos en donde los Estados han suscrito acuerdos comerciales transnacionales con otros sujetos, los principios del derecho internacional privado establecen que la capacidad de los Estados para suscribir convenios arbitrales no puede ser limitada a pesar de lo que digan sus normas internas. Si bien la suscripción de convenios arbitrales supone una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, se deberá identificar manifestaciones de voluntad específicas para entender que los Estados también han renunciado a su inmunidad de jurisdicción.

### 2.6.3. La experiencia estadounidense

**§141.** En EE. UU. hubo una sostenida postura en favor de la inmunidad absoluta de los otros Estados. En 1987, en el caso *Underhill v. Hernández* (168 U.S. 250) un ciudadano de ese país demandó por los daños y perjuicios (asaltos y confinamientos) padecidos durante una revolución en Venezuela, sin embargo, la Corte Suprema declaró que no podía enjuiciar los “actos estatales” de otros. Luego, en 1964, en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398), la Corte permitió la eficacia de la expropiación cubana sobre azúcar que provenía de ese país y que era vendida a Marruecos. Se sostuvo que los tribunales no podían analizar la validez de los “actos estatales” extranjeros, a fin de no perturbar la política exterior que compete al Poder Ejecutivo frente a otros Estados.

§142. Actualmente rige la Ley de Inmунidades Soberanas Extranjeras (“FSIA”, por sus siglas en inglés) de 1976 que regula las protecciones a favor de otros Estados frente a la posibilidad de ser sometidos a los tribunales de EE. UU. Sin embargo, allí se establece algunas excepciones a ese régimen, como la renuncia expresa o tácita a la inmunidad de jurisdicción, o las controversias vinculadas con actividades de contenido o naturaleza comercial en las que decidió intervenir el Estado y que tienen algún efecto en EE. UU<sup>6</sup>. Esta excepción engloba muchas hipótesis, pues se aplica incluso si el propósito final de los actos comerciales se relaciona con medidas propiamente estatales, tal como sería una operación de compra venta internacional de botas para el ejército de otro Estado.

§143. La regla anterior se usaba para cubrir a los arbitrajes contra otros Estados, y que tenían lugar en EE. UU. o tener eficacia ahí. Sin embargo, con la modificación de 1988 de la FSIA, se estableció una suerte de “excepción general” a la inmunidad de jurisdicción para los arbitrajes, lo que sería posible siempre que el convenio o el laudo regule una materia arbitrable según el derecho estadounidense o los tratados de los que es parte. Es decir, la existencia de un convenio que cumpla esos requisitos debe ser interpretada siempre como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

§144. En cuanto a la inmunidad de ejecución, la FSIA limita sus alcances solo a los bienes de los Estados que son utilizados para actividades comerciales. Pero entiende que la existencia de un convenio arbitral y un consecuente laudo a ser ejecutado, supondría una suerte de “renuncia tácita de ejecución” que permitiría dirigirse contra los bienes comerciales del Estado extranjero, siempre que eso no sea incompatible con lo previsto en el convenio arbitral. Es decir, se invierten las reglas, pues en el supuesto descrito, la presunción de renuncia se aplicará, salvo que se acredite que el ejecutado no convino en renunciar a su inmunidad de ejecución.

§145. No obstante, sea en Francia, EE. UU. u otro país, el hecho de que un Estado no pueda desconocer el convenio de arbitraje que suscribió o que un tribunal arbitral tenga jurisdicción para dictar decisiones vinculantes sobre ellos, no asegura que dicho Estado deba ser condenado en el arbitraje. Pues bien puede ocurrir que, en cuanto al fondo del asunto, la materia sea inarbitrable por tratarse de “actos de Estado” o “ejercicio de potestades públicas”, según la *lex causae* del caso o según el derecho del país en donde se pretendería ejecutar el eventual laudo. Aquí solo nos hemos referido a los arbitrajes internacionales y extranjeros relacionados con contratos transfronterizos comerciales, no a los contratos estatales de donde se derivan controversias vinculadas a asuntos de derecho público y su arbitrabilidad, lo que evaluaremos al comentar el art. 4 LA.

#### 2.6.4. La regla aplicable en el Perú

§146. Los desarrollos anteriores han sido seguidos por muchos países, lo que pudo haber inspirado al constituyente peruano cuando adoptó un sistema similar, e incluso mucho más amplio, a fin de brindar mayor confianza a quienes suscribían acuerdos con el Estado peruano que salía de una terrible crisis económica. Así, el art. 63 CP dispone que: “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

§147. Por tanto, sea en un arbitraje nacional o internacional, es claro que el Perú estará renunciando a su inmunidad de jurisdicción cuando suscribe convenios arbitrales. E incluso el art. 2, num. 2, LA eleva esa garantía para cuando se trata de arbitrajes internacionales, pues no solo admite la posibilidad de que el Estado sea incluido como parte de un arbitraje, sino que va más allá. Y es que se dispone que el Estado

no podrá liberarse de las obligaciones que pactó, es decir, que además de poder ser demandado, no tendrá poder para impedir el trámite y la decisión arbitral.

§148. Más aún, parecería que el art. 2, num. 2, LA, supondría una renuncia general a la inmunidad de ejecución cuando dispone que el Estado no podrá eludir sus obligaciones derivadas del convenio arbitral. Sin embargo, estimamos que la autonomía de la voluntad que gobierna los arbitrajes obliga a pensar que tal renuncia solo es admisible allí donde pueda detectarse alguna manifestación de voluntad (expresa o tácita) que apunte en esa dirección. Además, en nuestra opinión, el hecho de que los Estados no renuncien a la inmunidad de ejecución no necesariamente debe interpretarse como un intento por eludir las obligaciones derivadas de los convenios que haya suscrito, sino que solo exige que su cumplimiento sea exigido a través de Jueces peruanos.

§149. Lo que sí es claro es que, gracias a la amplitud con la que está redactada el art. 2, num. 2, LA, el Estado peruano o sus dependencias, tienen escasas posibilidades de invocar inmunidad de jurisdicción en los arbitrajes internacionales que convengan. El que los asuntos que son materia de controversias con el Estado peruano sean arbitrables o no, es harina de otro costal.

## 2.7. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

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

CHENG, Tai-heng y ENTCHEV, Ivo. "State Incapacity and sovereign immunity in international arbitration", en *Singapore Academy of Law Journal*, N° 26, 2014.

DELAUME, Georges R. "Public debt and sovereign immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", en *American Journal of International Law*, N° 71, 1977.

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

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

LALIVE, Pierre. "Ordre public transnational (ou réellement nternational) et arbitrage international", en *Revue de l'Arbitrage*, 1986.

LALIVE, Pierre. "L'ordre public transnational et l'arbitre international", en *Liber Amicorum Fausto Pocar*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 2009.

LEACOCK, Stephen J. "The commercial activity exception to the Act of State Doctrine Revisited: Evolution of a concept", en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, N° 13, 1988.

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.

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

PAULSSON, Jan. "May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Reflections on the *Benteler v. Belgium Preliminary Award*", en *Arbitration International*, Vol. 2, 1986.

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

## Notas

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

<sup>1</sup> Ferrajoli resalta que la indisponibilidad de los derechos fundamentales se refiere a su titularidad, aunque su ejercicio sí que puede ser alterado por el sujeto según los límites del ordenamiento jurídico. El ejercicio de aquel derecho no hace que el sujeto pierda su titularidad, que seguirá existiendo con independencia de lo que haga o quiera el sujeto.

<sup>2</sup> El criterio fue incentivado en gran medida por el Tribunal Supremo de los EE. UU. desde el caso *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth* (473 U.S. 614). El demandante había solicitado el reconocimiento de un laudo extranjero que se pronunciaba sobre un asunto de libre competencia y que, según el derecho de los EE. UU., era inarbitrable. Sin embargo, el Tribunal Supremo reconoció su ejecución al considerar que corresponde a la cortesía internacional de los tribunales extranjeros y a la sensibilidad del sistema comercial internacional, el favorecer la ejecución de sus decisiones. Por lo que concluyó que: "Una negativa localista de los tribunales de un país para ejecutar un acuerdo arbitral internacional no solo frustraría sus propósitos, sino que también provocaría maniobras indecorosas y mutuamente destructivas de las partes para asegurarse ventajas tácticas en el litigio... dañaría la estructura del comercio internacional, y pondría en peligro la voluntad y la capacidad de los empresarios para celebrar acuerdos comerciales internacionales". En paralelo, la C.Casation de Francia (Caso *Société Labinal*) y la Court.Apel (Caso *Société Ganz*), desarrollaron postulados similares al caso *Mitsubishi*, y fueron la referencia inicial del este enfoque en Europa.

<sup>3</sup> En *Chrome Resources S.A. v. Leopold Lazarus Ltd.*, el Tribunal Supremo Federal de Suiza estableció que: "... en lo que respecta al procedimiento, no toda irregularidad implicará automáticamente la denegación de la ejecución de un laudo extranjero, incluso si dicha irregularidad implicaría la anulación de un laudo dictado en Suiza. En realidad, debería implicar una violación de los principios fundamentales del orden jurídico suizo que hiere de manera intolerable la noción de justicia". En *Adviso NV v. Korea Overseas Constr. Corp.*, la Corte Suprema de Corea estableció que: "Cuando las normas legales extranjeras aplicadas en un laudo arbitral violan las disposiciones obligatorias de la legislación coreana, dicha violación no constituye necesariamente un motivo de rechazo. Solo cuando el resultado concreto de reconocer tal premio sea contrario a la buena moral y a otro orden social de Corea, se negará su reconocimiento y aplicación". En *Fritz Scherk v. Alberto Culver Co.*, se demandó daños por un contrato internacional que incumpliría la Ley de Mercado de Valores de EE. UU. Aunque se reconoció que había una cláusula para un arbitraje en París ante la CCI, se resaltó que los asuntos sobre mercado de valores no eran arbitrables, por lo que se había acudido al Poder Judicial. Pero la Corte Suprema de EE. UU. estableció que el acuerdo arbitral era válido y la materia arbitrable, pues no contravenía el orden público global, de modo que el arbitraje ante la CCI era lo correcto.

<sup>4</sup> Incluso, hay una provisión parecida para los arbitrajes internacionales (art. 63°, num. 1, lit. f, de la LA), en la que se establece que el laudo podrá ser anulado si contraviene el "orden público internacional".

<sup>5</sup> Pero son casos con alta dificultad probatoria, pues la existencia de acuerdos de colaboración eficaz o similares en donde se reconoce la comisión de ilícitos, es inusual contar con documentos que certifiquen la existencia de actos ilícitos. Por lo que,

los árbitros usualmente determinarán la existencia de actos ilícitos en virtud de indicios, de documentos acreditan cierto evento, del cual se puede presumir razonablemente otro. Por ejemplo, si el familiar del funcionario encargado de una licitación fue contratado después, y por primera vez, por la empresa adjudicataria o por una vinculada a ella, para prestar servicios de los que no hay evidencias, podrá decirse que hay fuertes indicios de que hubo actos ilícitos y, de un posible caso de nulidad de contrato. Debido a esa dificultad probatoria, Partisides y Mourre proponen crear reglas de presunción en contra de la parte que sea renuente a ofrecer el instrumental probatorio, mientras que Born aboga por un mayor estándar de prueba cuando se pretenda destruir la presunción de validez de contratos por motivos de corrupción y Gaillard por un razonamiento indiciario que dependa de las “banderas rojas” o señalizadores de corrupción. Desde luego que, nos inclinamos más a favor de la primera postura, pues en asuntos contractuales no rige la presunción de inocencia que exige un alto estándar de prueba y a que compete a los árbitros fijar el peso de las pruebas.

<sup>6</sup> Leacock comenta que esta excepción requiere un análisis tripartito que identifique el acto que dio lugar al reclamo, la actividad comercial y el nexo entre el acto y la actividad comercial. De modo que podrían surgir tres hipótesis: una en donde el Estado extranjero realiza actividad comercial en los EE. UU., otra cuando ocurre en EE. UU. vinculado con una actividad comercial acaecida en el Estado extranjero o, cuando el acto comercial ocurre en el extranjero, pero genera efectos en EE. UU.