

## LA FIGURA DEL REENVIO EN LA LEY DE ARBITRAJE (Decreto Legislativo 1071)

El arbitraje internacional tiene este carácter cuando exista algún elemento extranjero relevante vinculado a más de un ordenamiento jurídico, señalando el artículo 5 de nuestra Ley de Arbitraje que esos elementos relevantes serán el domicilio de las partes, cuando al momento de la celebración del convenio arbitral estos tengan sus domicilios en Estados diferentes, o cuando el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral este situado fuera del territorio en el que las partes domicilian o cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha esta situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

Asimismo señala respecto a la ley aplicable a las diferentes etapas del arbitraje que el factor de conexión relativo al convenio y forma del convenio arbitral será válido y la materia será arbitrable si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regular el convenio arbitral o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano. En lo que respecta a las normas aplicables al fondo de la controversia el tribunal arbitral resolverá de acuerdo a las normas jurídicas elegidas voluntariamente por las partes.

Esta designación de la ley aplicable regulará no solo el fondo del conflicto sino supletoriamente la validez y la forma del convenio arbitral, es decir que todo lo relativo a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, tal como lo señala nuestra ley, así como los requisitos que deberá adoptar el convenio arbitral, si debe ser por escrito, o firmas

legalizadas o por escritura pública u otra formalidad al igual que será dicha norma la que regulará si la materia sometida a arbitraje está permitida o cualquier tema que afecte o impida entrar al fondo de la controversia se regulará por dicha ley, por lo que la importancia en la elección de la ley de fondo, es indudable

Pocos saben que en la moderna Ley de Arbitraje Peruana se permite el pacto de reenvío al establecer que, respecto a las normas aplicables al arbitraje internacional, en primer término será la autonomía de la voluntad la que regulará la ley que los árbitros deberán basarse para resolver sobre el fondo de la controversia indicando además que se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes<sup>1</sup>.

Sigue diciendo la norma que en caso las partes no hayan indicado la ley aplicable al fondo de la controversia le corresponde a los árbitros o al árbitro único elegir la que considere más apropiada tomando en consideración las estipulaciones del contrato y teniendo en

### 1 Artículo 5 Arbitraje Internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
  - a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
  - b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios
  - c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

cuenta los usos y practicas aplicables. Dentro del marco de la eleccion sobre la ley aplicable al fondo de la controversia y sobre la amplitud de eleccion que tienen las partes , poco se ha dicho sobre el segundo párrafo del inciso 2 del articulo 57<sup>2</sup> que señala que cuando las partes pactan una ley extranjera se están refiriendo al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de Derecho Internacional Privado, a menos que se exprese lo contrario.

Este planteamiento legislativo de preferir el derecho material y no sus normas de conflicto tiene concordancia con lo establecido en el articulo 2048 del Codigo Civil que señala que “Los jueces aplicaran únicamente el derecho interno declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado La idea de este articulo, legislado tanto a nivel jurisdiccional ordinario como arbitral es que quien resuelva, en base a una ley extranjera, considere su ley interna o material sin tomar en consideracion la teoría del Reenvio también llamada de remisión o de retorno o referencia, con la diferencia que en materia arbitral si cabe el pacto de las partes del sometimiento a las normas conflictuales de un Estado a cuya ley se han sometido.

### CASO FORGO

La teoría del Reenvio adquirio notoriedad con el caso Forgo, el mismo que es señalado

2 Artículo 57 Normas Aplicables al fondo de la controversia

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se

entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicara las que estime apropiadas.

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este articulo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, solo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo alas estipulaciones del contrato y tendrá en cuanta los usos y practicas aplicables

por gran numero de tratadistas como el antecedente de este criterio utilizado por la Corte de Casacion Francesa en el año 1878. Basicamente tenia como tema de fondo la sucesión de determinados bienes que se encontraban en Francia, lugar de su domicilio, siendo este señor de nacionalidad Alemana y teniendo parientes colaterales domiciliados en dicho Estado.

En efecto, “La ley aplicable a la sucesión de tales bienes, conforme al sistema Frances de Derecho Internacional Privado, debía ser la ley bavara, por haber conservado en Baviera el causante su domicilio de origen. Por lo tanto, deberían ser las normas bavaras de derecho interno las aplicables para decidir sobre todo lo referente a la sucesión y a la distribución de la herencia. Sin embargo, como de acuerdo con la regla de conflicto del derecho bávaro, era la ley del domicilio efectivo o de hecho del DE CUJUS a la que estaba sometida la sucesión mobiliaria y habiendo sido Francia el lugar en donde había tenido su residencia habitual, era competente la ley francesa en virtud de la remisión efectuada por la norma de conflicto bavara.

Esta decisión estuvo motivada por el deseo de favorecer los intereses materiales del Estado Frances. En efecto, conforme al derecho sucesorio bávaro, la herencia deberia haber pasado a los parientes colaterales quienes, conforme a la ley francesa, estaban excluidos; quedando entonces vacante la herencia y beneficiario de ella al estado francés conforme a su Codigo Civil. Se trato, en este caso de un reenvio de primer grado admitido por el tribunal francés que condujo a la aplicación de su propia ley.”

### ¿En que consiste esta teoría?

Manuel Garcia Calderon K.<sup>3</sup> señala que consiste “en determinar si, en los casos en que debe apli carse una ley extranjera, dicha aplicación ha de ser exclusivamente referida a las normas de derecho material o interno de dicha legislación extranjera, o si también ha de tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero. En el caso

3 Garcia Calderon Koechklin Manuel, Derecho Internacional Privado, Lima 1969. Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pag 115

que la aplicación se refiera únicamente al derecho interno, el problema del reenvío no se producirá, pero si, además se toma en cuenta las normas de conflicto de la legislación extranjera, como parte integrante del ordenamiento jurídico que se trata de aplicar, puede suceder que conforme a esas normas de conflicto resulte competente la legislación el propio tribunal o la de un tercer Estado”

Los autores Dres Cesar Delgado Barreto Cesar Candela y Maria Antonieta Delgado<sup>4</sup> señalan que “Para resolver el conflicto negativo de conexión no hay sino dos soluciones; la primera consiste en que el juez solo tome en cuenta su regla de conflicto y proceda a aplicar el derecho material extranjero; la segunda sería que el juez, considerando que el derecho extranjero aplicado constituye una sola unidad de la que forman parte tanto la ley formal como la ley material, termine aplicando, por disposición de la ley conflictual extranjera, su propia ley material. En tal caso estaríamos ante un caso de reenvío de primer grado o una ley material de un tercer país, lo que daría lugar a un reenvío de segundo grado “

La problemática sobre la cual se desarrolla esta institución es relevante en la medida que luego de precisada la naturaleza jurídica de acuerdo a la calificación efectuada, se debe seleccionar el factor de conexión o localización que permita designar el ordenamiento cuyas leyes serán aplicables. Forman parte de esas normas, también, las referidas al Derecho Internacional Privado por lo que no deberían dejarse de lado En el caso de la autonomía de la voluntad en materia de elección de las partes sobre la norma que consideren pertinente para regular el fondo de la controversia, pueden incluso elegir que ese derecho aplicable contenga sus normas de Derecho internacional Privado, en cuyo caso los árbitros deberán aplicar el factor de conexión de la legislación elegida, la que podrá ser derivada a otro derecho.

<sup>4</sup> Delgado Barreto Cesar, Delgado Menendez Maria Antonieta, Candela Sanchez, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado, 2002 Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pag 248

Esto permitiría que la norma conflictual - del derecho pactado por las partes como competente-remita la solución de un determinado asunto a un ordenamiento extranjero y la regla conflictual o de Derecho Internacional Privado de ese Estado, vuelva a enviar el caso a la misma ley originaria o la remita a una tercera. Es decir se pueden dar dos hipótesis de trabajo.

Ilustrando estas figuras podemos señalar lo siguiente:

En el primer caso, es decir que de Derecho Internacional Privado del país cuya norma se debe aplicar reenvie o remita al mismo Estado cuyo Derecho Internacional Privado lo derivo inicialmente como por ejemplo la norma conflictual de derecho Peruano remite la solución del problema al Derecho Frances y la norma conflictual francesa regresa o reenvía al derecho peruano la solución de la controversia.

Esta fórmula del “ping pong” o de la raqueta es parte de la crítica que la doctrina realiza a esta institución del Derecho Internacional Privado

#### **Ley Peruana - Ley Francesa - Ley peruana**

En el segundo caso la norma conflictual peruana remite la solución del problema (mediante su factor de conexión) al ordenamiento Frances y siendo parte del ordenamiento Frances sus normas de Derecho Internacional Privado, el árbitro deberá tomar en cuenta las normas de conflicto de dicho Estado, las cuales remiten a otro ordenamiento jurídico, que puede ser un tercer Estado.

#### **Ley Peruana - Ley Francesa - Ley Costa Rica**

Graficando este tema con un ejemplo práctico podremos señalar que en un contrato de compra venta celebrado en una feria de productos llevada a cabo en Costa Rica entre una empresa domiciliada en el Perú y una empresa domiciliada en Francia nuestra legislación arbitral permite que cualquier controversia sea resuelta por arbitraje de derecho por la ley Peruana como ley aplicable al fondo de la controversia y permite que

pacten que se aplicara el reenvio a dicho convenio, por lo que bastara ese acuerdo para que el tribunal arbitral deba recurrir a las normas de Derecho Internacional Privado la misma que puede señalar que para la categoría jurídica "Obligaciones" corresponde aplicar la ley del lugar de ejecución, es decir la ley francesa, sin embargo deberá tomarse en consideración las normas de conflicto francesa la misma que señala como factor de conexión la ley del lugar de celebración lo que nos va a remitir al derecho de Costa Rica. La doctrina y la legislación comparada establece reenvio de primer, segundo y hasta de tercer grado, por lo que en caso se pacte en un arbitraje este tema será conveniente fijar el número de remisiones.

La mayoría de los Códigos que admiten el Reenvio lo hacen limitando el mismo al Reenvio de primer grado, sin embargo no conozco ninguna norma en materia arbitral que lo haga, es decir que en caso se pacte el Reenvio este quede limitado a uno de primer grado.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) establece dentro del Capítulo VI referido al pronunciamiento del Laudo y terminación de las actuaciones un párrafo que ha servido como antecedente legislativo de nuestra Ley de Arbitraje al establecer que el derecho elegido por las partes se refiere al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto, salvo que las partes expresen lo contrario.

Es claro que el Reenvio no afecta principios de Orden Público Internacional, por lo que es legítimo aquel pacto que sobre el se haga en un contrato, incluso entre partes cuya legislación prohíba esta institución, en la medida, que la ley reguladora al fondo del contrato, libremente elegida por las partes así lo permita. Así por ejemplo si una empresa Chilena celebra un contrato con una sociedad Ecuatoriana sometiéndose ambas a la ley arbitral peruana será posible el pacto de reenvio así las leyes de sus respectivos Estados no la admitan. No será posible tampoco el aducir por alguna de las partes, violación al orden público internacional al no

tratarse de un concepto que afecte principios jurídicos que sustenten su ordenamiento jurídico y se vea socavado los fundamentos del mismo.

Es importante aclarar, que tanto los árbitros como los jueces están obligados a aplicar la ley extranjera elegida por las partes, así sea esta contraria al ordenamiento jurídico de la sede del tribunal arbitral o a la ley de nacionalidad o del domicilio de las partes o de los árbitros..

La única excepción, a la inaplicabilidad de la ley elegida por las partes incluido el reenvio, es que esta ley violente principios de orden público internacional, concepto abstracto y mutable en el tiempo lo que hace difícil su precisión. Sin embargo podemos indicar que esta institución está constituida por todos aquellos elementos jurídicos que sustenten un grupo de ordenamientos jurídicos. No basta que se de en un país sino que sea una institución que sea admitida o reconocida por un grupo de Estados. Es por ello que la frase que toda norma de orden público internacional forma parte del orden público nacional pero no toda norma de orden público nacional forma parte del orden público internacional es la que considero apropiada para tratar de explicar este concepto. Ejemplos de violación de orden público internacional y su consecuencia de la no aplicación de una norma extranjera sería aquella legislación que permite la poligamia o la muerte civil, la desigualdad en el tratamiento sucesorio para hijos matrimoniales y extramatrimoniales entre otros.

Lo que se protege son principios de carácter internacional no local. Lo cierto es que una norma extranjera debe ser aplicada incluso cuando colisione con una norma interna del país del arbitraje.

En caso los árbitros no inapliquen una norma que viole el Orden Público Internacional, a criterio de una de las partes, podrá ser objeto de anulación de laudo según el artículo 63 de la ley de Arbitraje al señalar que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación invoque y pruebe que según las leyes de la República el objeto de

la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al Orden Público Internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

Dice la Dra Revoredo que “Debe tenerse en consideración, además la distinción entre la ley extranjera y los efectos o consecuencias de la ley extranjera. En palabras de BAR, una ley extranjera opuesta al Orden Público local puede ser no obstante, el sostén de derechos que no afecten al Orden Público local...Si un país extranjero proscribe el divorcio por razón de Orden Público, impedirá que ante sus tribunales se demande el divorcio al amparo de tal o cual ley extranjera...pero no desconocerá el estado civil de quien se divorcio en otra parte, ni impedirá que contraiga nuevas nupcias, no desconocerá la validez del segundo matrimonio que haya contraído en el exterior... lo que afecta el orden público local no es , pues, la ley extranjera, sino su repercusión en nuestro territorio<sup>5</sup>”

También podrá invocarse esta causal (Orden Público Internacional) al momento de la solicitud de EXEQUATUR, es decir al momento del reconocimiento del laudo en un país diferente al que se dictó el mismo, según lo señalado por la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. Ambos tratados han sido ratificados por nuestro País.

En efecto, ambos tratados al igual que la ley de arbitraje señalan que podrá denegarse el reconocimiento de un laudo extranjero cuando la autoridad judicial compruebe que el laudo es contrario al orden público internacional.

Otro concepto a tener en consideración para limitar este alto grado de autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a un convenio de arbitraje es una figura, también del Derecho internacional Privado, conocida como FRAUDE A LA LEY, la misma que podría permitir a los árbitros –al igual que con la violación del Orden Público Internacional- inaplicar el derecho extranjero

5 Revoredo Delia, Antecedentes Legislativos, Tomo III, Pagina 904, Lima 1985

La Dra Delia Revoredo nos relata en la Exposición de motivos y comentarios de la comisión reformadora del Código Civil vigente que en los trabajos preparatorios en el año 1989 ella sugirió en su proyecto se permita el reenvío de primer grado “pero siempre que su aplicación no conlleve la invalidez o ineficacia de un acto jurídico que de otro modo sería válido o eficaz o la ilegitimidad de un estado civil que sin el reenvío sería legítimo<sup>6</sup>.

Posteriormente la comisión optó por suprimir el reenvío, el cual fue aceptado por la comisión revisora del Código Civil

## CONCLUSIONES

- 1) La elección de la ley aplicable al fondo de la controversia permite el pacto de la institución conocida como Reenvío.
- 2) El Reenvío, como el Fraude a la Ley y el Orden Público Internacional son figuras del Derecho Internacional Privado que se pueden y deben aplicar en el arbitraje internacional
- 3) En caso se pacte el reenvío será conveniente limitar la remisión a un número determinado de normas de conflicto

6 Revoredo Delia, OP CIT, Pag 900