

Mario Castillo Freyre*

Ricardo Vásquez Kunze**

La política internacional sobre legislación arbitral: La Ley Modelo Uncitral/Cnumudi

1. Introducción

Sólo en principio, bajo la ilusión cada vez más difusa aunque todavía reinante, del principio de la soberanía jurídica de los Estados, el arbitraje privado, en tanto jurisdicción, forma parte de los así llamados, órdenes jurídicos nacionales. Ya sea a través de la normativa constitucional que expresamente lo reconoce como una jurisdicción alternativa para ciertas materias de la jurisdicción pública del Estado, o ya sea a través de normas de menor rango a la constitucional, el arbitraje privado obtiene una relevancia jurídica en la medida en que forma parte de un orden jurídico nacional determinado (*determinado*, en realidad, por las reglas del Derecho internacional público).¹

No obstante, lo que parece todavía razonable para lo que comúnmente se conoce, en el Derecho, como arbitraje privado nacional; no lo es tanto cuando se trata del fenómeno jurídico conocido como arbitraje privado internacional, máxime si éste se refiere a materia comercial. Y esto, pese a todos los esfuerzos que los Estados nacionales hacen para cautelar el principio de la soberanía jurídica de los Estados, principio esencial de su existencia.

* Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de la Biblioteca de Arbitraje de su Estudio. www.castillofreyre.com

** Abogado del Estudio Mario Castillo Freyre.

1 Sobre el particular, recomendamos ver CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. "El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista". En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Lima: Palestra Editores S.A., 2008, pp. 2018-2030.

Que los Estados nacionales se esfuercen por hacer al arbitraje privado internacional parte integrante de sus ordenamientos jurídicos, se revela en el hecho formal de que éste se encuentra, por lo general, regulado por una ley nacional sobre la materia que señala las reglas aplicables a este tipo de arbitraje. Así, el Estado nacional cumple con una doble intención: la formalidad jurídica y la necesidad política de someter al arbitraje privado, por más “internacional” que sea, al imperio de sus leyes nacionales.

Sin embargo, es precisamente en el arbitraje privado internacional de índole comercial donde esta doble intención se revela en toda su magnitud como un espejismo jurídico; porque, como veremos sucintamente en las líneas que siguen, las normas jurídicas nacionales sobre arbitraje comercial internacional (y por “nacionales” nos referimos aquí a aquellas que cualquier Estado promulga para legislar esa materia) se inspiran por lo general en, o reproducen en parte, las normas de Derecho internacional público sobre arbitraje internacional.

En otras palabras, cuando la ley general de arbitraje de un Estado cualquiera, regula el arbitraje privado internacional, lo hace haciendo suyo el contenido de, por lo general, dos tipos de instrumentos internacionales que regulan esa clase de arbitrajes: las “leyes modelo” de arbitraje internacional, entre las que la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUMUDI de las Naciones Unidas de 1985 es la más recurrida; y los tratados internacionales, entre los que la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras es, de lejos, el más importante y reconocido.

Cabe resaltar que tanto las leyes modelo como los tratados internacionales sobre la materia se inspiran a su vez en muchos de sus contenidos en la así llamada *Lex Mercatoria*, que no es otra cosa que los usos y costumbres internacionales aplicados al comercio y a la solución de controversias que de éste se derivan. De este modo, lo que sucede con el sistema normativo que rige el arbitraje privado internacional es que, en términos generales para todos los efectos prácticos, éste es pautado por el orden jurídico internacional y por las normas de Derecho internacional público; dejándole a los Estados nacionales la ilusión de que aún ellos pueden regular mediante sus legislaciones domésticas este tipo de arbitrajes.

2. ¿Qué significa UNCITRAL y CNUMUDI?

Hemos señalado los instrumentos internacionales que inciden fundamentalmente en la regulación del arbitraje privado internacional. Pero llegados a este punto hay que hacer una precisión: existen instrumentos políticos, de un lado; y jurídicos, de otro. En la primera categoría, que es la que nos interesa en el presente trabajo, se encuentran las así llamadas “leyes modelo”, de la que la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI es, a nuestro modo de ver, la principal tanto por sus objetivos como por su impacto.²

Por lo general, la mayoría de los trabajos sobre la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI sobre arbitraje internacional cae en el error de asumir una premisa falsa, a saber que todo el mundo sabe, o al menos todo estudiante o profesional del Derecho, qué cosa significa UNCITRAL y CNUMUDI. De ahí que, dando por supuesto que “todo el mundo” tiene pleno conocimiento de esas siglas y su significado, empiezan por explicar sin más qué cosa es la Ley Modelo. Pero lo cierto es que, muchas veces, quienes consultan la bibliografía pertinente no pueden hacerse una idea del contexto histórico de la Ley Modelo porque no hay una explicación clara de lo que UNCITRAL y CNUMUDI significan.

UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMUDI por sus siglas en español). Dentro de la Organización de Naciones Unidas, es el órgano jurídico encargado de regular, armonizando y unificando, las normas del Derecho Mercantil Internacional vigentes. De esto se sigue que, no puede existir un Derecho Mercantil Internacional desarrollado y, por lo tanto, centralizado positivamente, siguiendo a Kelsen, si no existen normas jurídicas universales; esa universalidad es la misión de UNCITRAL, encargada de promover y producir las normas jurídicas que regulen el Derecho Mercantil Internacional.

En ese sentido, UNCITRAL se aboca a regular, a través de grupos de trabajo formalmente constituidos para el efecto, una serie de temas mercantiles como son la contratación pública; el régimen de transporte, el comercio electrónico, el régimen de insolvencia, el régimen de garantías reales y; finalmente, el arbitraje internacional³.

2 “Shifman informa que la Ley Modelo de UNCITRAL ha sido adoptada, en todo o en parte, por Canadá (por el Parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Australia, Bulgaria, Chipre, Escocia, Hong Kong, Nigeria y por los estados de California, Connecticut y Maryland en los Estados Unidos de América. /Dawson, por su parte, aclara que la “Ley Modelo”... ha sido utilizada total o parcialmente por una variedad de jurisdicciones, incluyendo... Bahrein...Singapur, Ucrania, la Federación Rusa...”/ Hermann amplía la lista de Estados que han incorporado esta ley modelo en todo o en parte, identificando, entre otros, a las Bermudas, Egipto, Filipinas, México, Túnez y los estados de Oregón y Texas en los Estados Unidos de América./ Por último ..., además, las siguientes legislaciones: Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Belarús, Chile, China, Corea, Croacia, Dinamarca, España, Grecia, Guatemala, Hungría, Illinois (en los Estados Unidos de América), India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Louisiana (en los Estados Unidos de América), Macao (región administrativa especial de China, Madagascar, Malta, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sri Lanka, Tailandia, Turquía, Zambia y Zimbabue.” Ver: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. pp. 76-77.

3 Ver: www.uncitral.org

Como puede verse, el arbitraje privado internacional no es el único y exclusivo tema al que se aboca UNCITRAL; como muchas veces se puede creer cuando se habla sin ningún preámbulo, de Ley Modelo UNCITRAL para el arbitraje internacional. El arbitraje constituye un engranaje fundamental del comercio internacional en tanto, es el medio jurídico por excelencia para resolver las controversias de esa índole. Por esta razón es que UNCITRAL se encarga del arbitraje, para unificar y armonizar sus reglas.

3. Una aproximación a la Ley Modelo

Una vez claro lo que es UNCITRAL/CNUMUDI como marco jurídico del Derecho Mercantil Internacional, puede hacerse un mejor alcance de lo que es una Ley Modelo sobre arbitraje privado internacional.

Lo primero que habría que resaltar sobre la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI es que, en principio, si bien tiene como objeto unificar, homogeneizar o universalizar las reglas que rigen en los usos, las costumbres y las legislaciones nacionales del arbitraje internacional; este objeto no es consecuencia directa, como comúnmente se sostiene, del fenómeno de la globalización en tanto tecnológico, económico y cultural⁴. Por eso es importante identificar históricamente el proceso de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI.

Si la globalización es un fenómeno que podemos identificar claramente entre la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, es decir, entre la caída del Muro de Berlín hasta nuestros días; el proyecto de universalización de las reglas del arbitraje comercial internacional es muy anterior.

Para comenzar en 1958, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras es un primer gran hito universal de unificar criterios sobre la base de un tratado internacional sobre arbitraje. Es precisamente porque ese tratado, elaborado en el marco de las Naciones Unidas, resultaba claramente insuficiente en la medida de que no abordaba todos los temas

relativos al arbitraje internacional que exigían un tratamiento unificado, que en 1977, “diversas instituciones y organismos internacionales vinculados al quehacer arbitral, requieren a las Naciones Unidas para que proceda a modificar la Convención de Nueva York”.⁵ Sin embargo como señala Cantuarias, la ONU opta por elaborar una Ley Modelo en vez de recurrir al engorroso trámite de modificar un tratado internacional y las consecuencias que para los Estados miembros esto hubiera significado.

Así empieza el trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional UNCITRAL/CNUMUDI que, entre 1981 y 1985, desarrolló y terminó el proyecto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional⁶, modificada en algunos aspectos en 2006.⁷ Y esto, mucho antes de que el mundo oyera, hablara o comprendiera el significado cabal de lo que hoy es un término común: la globalización.

De esto se sigue que el fenómeno de la universalización de las normas jurídicas del arbitraje privado internacional, como parte del Derecho Mercantil Internacional, tiene una lógica propia de la naturaleza del comercio y de su medio de solución de controversias por excelencia, independiente de otros fenómenos como el de la globalización que conocemos, aunque sea éste el que mejor potencie esa lógica universalizadora.

Ahora bien, dicho esto, cuál es la naturaleza jurídica, si la tiene, de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI sobre arbitraje privado internacional. Desde un punto de vista jurídico formal en el marco de las Naciones Unidas, la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI es una “recomendación”.⁸ En efecto, la Ley Modelo fue aprobada en el 18° período de sesiones de Viena, en 1985, y la Asamblea General de la ONU, en su cuadragésimo período de sesiones, en la 112 sesión plenaria del 11 de septiembre de 1985, aprobó la resolución 40/72 que la “recomienda” a los Estados miembros⁹.

Pero *strictu sensu*, más allá de la formalidad jurídica en el marco de los instrumentos propios de la Organización de Naciones Unidas, la Ley Modelo es a nuestro modo de ver una declaración de principios.

4 El tratadista PRIETO CONCA dice, por ejemplo, que “El concepto de globalización jurídica es punto de encuentro de dos elementos confluentes, aunque de diverso signo: de un lado, el progresivo y acaso inexorable sometimiento de las legislaciones estatales a un ámbito supraestatal; de otro, la homogeneización de estrategias, recursos y saberes exigida o propiciada por la universalización de Internet y las “nuevas tecnologías” [...] Pero entiéndase bien que la globalización jurídica no es tanto una causa cuanto un efecto de la globalización cultural, ideológica y económica [...]” Ver: PRIETO CONCA, JAVIER. La Ley Modelo UNCITRAL y la recepción española de un paradigma legislativo supranacional. En: www.injef.com—Derecho-Arbitraje

5 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit. p. 73.

6 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit. p. 74.

7 El 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU ratificó las nuevas disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI sobre arbitraje comercial internacional, modificando en parte, la de 1985. La modificación más relevante es la que atañe al acuerdo arbitral y a su celebración. Ver: Documento A/61/17 Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones, n° 87-17 y anexos I y II. PP. 61 y ss.

8 Ver: Carta de las Naciones Unidas. Capítulo IV. La Asamblea General. Funciones y poderes. “Artículo 13. 1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:
a. Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación;...”

9 Ver: MONTAYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial internacional*. En: Derecho Internacional Económico. Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro (editores). Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. p. 160.

Esto es, un instrumento que no obliga como un tratado; porque no lo es, pero sí recomienda una política legal concreta a fin de que los Estados Nacionales adecuen sus normas jurídicas a lo que la ONU, a través de su organismo jurídico UNCITRAL/CNUMUDI, considera como normas idóneas para homogeneizar el tratamiento de los arbitrajes internacionales en el mundo.¹⁰

En este sentido, la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI no es propiamente un instrumento de naturaleza jurídica porque no crea ninguna obligación para con los países miembros de la Organización de Naciones Unidas en materia arbitral al no prever ninguna sanción en caso de incumplimiento; es más, ni siquiera prevé ya ningún tipo de obligación de cualquier otra índole. Esto significa que, paradójicamente, la “Ley Modelo” no es en realidad “ley” alguna, en el sentido normativo y jurídico que el positivismo le otorga a esa palabra.

De ahí que, en tanto declaración de principios, esto es, el señalamiento de reglas (fruto de los usos, costumbres, tratados, legislación y prácticas de los Estados) que deberían adoptar libremente los Estados para “la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”¹¹, la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI tiene una naturaleza estrictamente política. En otras palabras, es la política oficial que tiene la ONU en materia arbitral como máximo foro de la convivencia pacífica de los Estados.

Así pues, tal como señala Prieto Conca, “frente a un modelo puramente prescriptivo, que de todas maneras chocaría con su incapacidad de imponerse en determinadas situaciones, se ha optado por el modelo pedagógico o de convicción [...] dirigido de forma directa a los legisladores nacionales, quienes libremente pueden adoptarlo cuando hayan de dictar leyes internas sobre esta materia, y adecuarlo, en su caso, a las peculiaridades del correspondiente ordenamiento jurídico estatal”.¹²

No es nuestro interés hacer aquí una exégesis de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI a más de veinte años de su aprobación, pero sí resaltar las políticas centrales que la animan; en la medida de que, adoptadas ya por los ordenamientos jurídicos estatales,

constituyen el eje del orden jurídico internacional en materia arbitral.

La primera política que creemos relevante resaltar es lo que en la teoría positiva del Derecho se conoce como los dominios de validez territorial, temporal, personal y material de una norma, que en este caso, la Ley Modelo propone a los ordenamientos jurídicos.

En este sentido, el dominio de validez territorial de la Ley Modelo se sustenta en dos premisas. La primera consiste en que un Estado determinado la suscriba. Así se infiere de lo señalado el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Modelo que dice que “*La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de ningún tratado multilateral o bilateral vigente en el Estado*”.

La segunda premisa sobre la que se asienta el dominio de validez territorial de la Ley Modelo es que el lugar del arbitraje sea el del territorio del Estado que la suscribe; de tal forma que, con cuatro excepciones que señala la Ley y que no viene al caso señalar aquí, “*las disposiciones de la presente Ley [...] se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado*”, según lo expresa el párrafo 2 del citado artículo¹³.

En síntesis, la Ley Modelo se aplica en el territorio del Estado que la suscribe y que además debe ser el lugar donde se realiza el arbitraje. Sin embargo, la Ley señala una importante limitación a su propia validez territorial, a saber cuando sus disposiciones contravengan algún tratado multilateral o bilateral vigente para este Estado; de tal forma que, en ese caso, la Ley no será aplicable.

Lo cierto es que, en la medida de que el objetivo de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI sobre arbitraje comercial internacional es unificar y armonizar las reglas que regulan los acuerdos y procesos arbitrales internacionales, la mayoría de las cuales se encuentran en los tratados internacionales sobre la materia, es difícil que estos tratados sean un obstáculo insalvable para la aplicación de la Ley Modelo una vez adoptada por un Estado. Lo más probable es que la Ley Modelo complemente los tratados, muchas veces ya obsoletos; en todo caso,

10 “La pretensión explícita de esta Ley es la consecución del más alto índice de aceptación nacional, a fin de potenciar el anhelado efecto conciliador o armonizador en las leyes reguladoras del arbitraje, construyendo de esta forma un instrumento sólido y único de solución de conflictos tanto en el orden nacional como en el extranacional.” Ver: PRIETO CONCA, Javier. Op.cit.

11 MONTOYA ALBERTI, Ulises. Op.cit. p. 160.

12 MONTOYA ALBERTI, Ulises. Op.cit. p. 160.

13 En buena cuenta, esto no es otra cosa que lo que se conoce en doctrina como *Lex Arbitri* o el derecho del lugar o la sede del arbitraje. Se entiende pues que si un Estado determinado adopta la Ley Modelo en todo o en parte, la Ley Modelo será la *Lex Arbitri* si un arbitraje comercial es llevado en su territorio. Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides refieren sobre qué es la *Lex arbitri* que, “se trata de un conjunto de normas que definen, para la realización del arbitraje, un estándar ajeno al acuerdo arbitral y a los deseos de las partes. El derecho por el que se rige el arbitraje comprende las normas que rigen las medidas cautelares (por ejemplo, resoluciones del tribunal para la preservación o el depósito de bienes), las normas que permiten que los tribunales de justicia adopten medidas de respaldo destinadas a ayudar un arbitraje que ha tropezado con algún obstáculo (por ejemplo, al cubrir una vacante en la formación del tribunal arbitral cuando no existe para ello ningún otro mecanismo) y las normas que prevén el ejercicio de la autoridad de supervisión de los arbitrajes por parte de los tribunales de justicia (por ejemplo, la remoción de un árbitro por conducta indebida)”. Ver: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. 2006. p. 55.

si ocurriese una expresa contradicción, la misma Ley prevé su inobservancia.

Otra limitación que, aunque no expresa, se infiere de la propia Ley Modelo es que ésta no conmina a ningún Estado a que sea suscrita en su integridad. De tal forma que los Estados tienen plena libertad para suscribir los aspectos que mejor convengan al desarrollo del Derecho Arbitral de sus respectivas legislaciones; en este sentido, el mensaje de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI a la comunidad internacional de Estados es: no hay pretextos técnico-jurídicos para que los Estados no puedan adoptar los principios políticos de la ley.

En lo que respecta al dominio de validez temporal de la Ley Modelo, una vez adoptada por un Estado determinado, éste es, obviamente, el que señale ese Estado expresamente o en concordancia con su ordenamiento jurídico. En la medida de que la misma Ley Modelo se inaplica cuando existan tratados vigentes que colisionen con sus postulados; se entiende que, en principio, no tiene efectos retroactivos.

El dominio de validez personal de la Ley Modelo corresponde a todas aquellas personas naturales o jurídicas que están involucradas en un arbitraje comercial internacional desde el acuerdo del mismo, pasando por el proceso arbitral propiamente dicho, hasta la consecución de este proceso con el pronunciamiento o expedición del laudo, su reconocimiento y ejecución. De este modo, estamos hablando de las partes del acuerdo y del proceso arbitral, de los árbitros, de los abogados, de los peritos, de los testigos y de los jueces mismos del ordenamiento legal del lugar donde se realiza el arbitraje.

Finalmente, para concluir con el tema de los dominios de validez de la Ley Modelo, una vez adoptada en todo o en parte por un Estado determinado, está el tema del dominio de validez material; es decir, la materia que regula la Ley Modelo (artículo 1, párrafo 1). Aquí, más allá de lo obvio que es que la Ley Modelo regula el arbitraje comercial internacional, hay que incidir en qué entiende la Ley por comercial e internacional. En otras palabras, cuáles son las pautas por las que la Ley distingue que un arbitraje es comercial e internacional y que, por lo tanto, está sujeto a su normatividad.

En lo que respecta a la materia comercial, la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI ha adoptado el criterio de la generalidad, evitando proponer una definición

del concepto comercial y mucho menos un límite a lo que puede entenderse, concebirse o practicarse como operaciones comerciales¹⁴. Paradójicamente, si alguna calificación existe en la Ley Modelo sobre el concepto comercial, ésta se procura para ilimitarlo más; en tanto se sostiene que es independiente de las categorías contractuales o no contractuales de una relación comercial. En este sentido, una relación comercial puede adaptarse al continuo cambio de los tiempos.

La pregunta es si está bien esta dogmática protojurídica que propone la Ley Modelo con relación a la materia comercial que pretende regular; creemos que sí. Primero, porque la Historia enseña cuán rápido, sobre todo en estos tiempos, la realidad tecnológica, económica, política, social, entre otras; hace evolucionar los conceptos jurídicos, de tal forma que si la pretensión de la Ley Modelo es, precisamente, ser un modelo de duración en el tiempo, hubiera sido absurdo que limite formalmente una materia cuya evolución es, de lejos, la más constante y vertiginosa de nuestros tiempos.

En segundo término, creemos que está bien la ilimitación del concepto comercial por parte de la Ley Modelo porque deja a los Estados nacionales la libertad de definirlo según sus intereses en sus ordenamientos jurídicos. Así pues, la Ley Modelo cumple con su fin de no crear anticuerpos para su adopción por parte de los ordenamientos jurídicos estatales¹⁵.

Pero, finalmente, lo más importante es que deja a las partes la libertad de calificar sus transacciones; de tal modo que, comercial será, en primera instancia, lo que las partes digan que es, dejando con esto abierta la posibilidad de un arbitraje comercial internacional, siempre que tal controversia comercial tiene el carácter de internacional.¹⁶

Esto nos lleva a la segunda materia que pretende regular la Ley Modelo, a saber: que el arbitraje comercial sea internacional, tal como lo estipula el párrafo 3 del artículo 1.

En esta materia la Ley Modelo sí es clara. Define sin ambigüedades posibles los criterios por los cuales un arbitraje comercial debe ser considerado internacional.

Cabe resaltar que el criterio fundamental es el de la territorialidad, ya sea referido a las partes (con relación al domicilio, sede arbitral o cumplimiento de la

14 Así por lo pronto lo estipula específicamente una nota a pie de página que, en la misma Ley Modelo (artículo 1, párrafo 1) pretende dejar en claro la latitud de lo que debe entenderse por “comercial”. En efecto, “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: [...]”.

15 “En algunos casos puede resultar importante saber si la relación jurídica que dio origen al arbitraje era o no una relación de índole comercial. El interrogante surge, por ejemplo, cuando resulta necesario pedir el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero en un Estado [...] En este caso, es preciso recurrir al derecho del Estado en cuestión y ver qué definición del término “comercial” adopta”. Ver: REDFERN; HUNTER, BLACKBAY y PARTASIDES. *Op. cit.* p. 80

16 En este caso, por supuesto, las partes deberán elegir una *lex arbitri* amigable con los criterios amplios sobre la calificación del comercio. En otras palabras, un Estado que coincida con o haya hecho suyos los principios de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional..

obligación) o ya sea al carácter de la controversia en la medida de la cantidad de países que intervienen¹⁷.

En este sentido, el primer criterio que adopta la Ley Modelo es el del domicilio o establecimiento de las partes a la hora de la celebración del acuerdo arbitral. Si en ese momento las partes tienen domicilios o establecimientos en dos Estados diferentes, entonces el arbitraje será internacional.

El segundo criterio corresponde al del lugar del arbitraje. Si el arbitraje se realiza fuera del Estado en que cualquiera de las partes tiene su domicilio o establecimiento, entonces el arbitraje es internacional.

El tercer criterio tiene como hipótesis el lugar del cumplimiento de la obligación. Aquí, si la obligación principal o el grueso del cumplimiento de la obligación se realiza fuera del Estado en que una de las partes tiene su domicilio o establecimiento, entonces el arbitraje es internacional.

Finalmente, el cuarto criterio es de la cantidad de Estados que intervienen en el arbitraje por acuerdo expreso de las partes¹⁸.

Como puede apreciarse, el segundo, el tercero y el cuarto criterio son irrelevantes para efectos de la internacionalidad del arbitraje si se cumple el primer criterio; lo que quiere decir que el segundo, el tercero y el cuarto criterio tienen como premisa para su razón de ser que al momento de celebrar el acuerdo arbitral las partes domicilien en un mismo Estado.

Vistos los dominios de validez que propone la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI, nos parece interesante resaltar lo referente al acuerdo de arbitraje; esto es, el contrato por el que las partes se someten a la jurisdicción arbitral, regulado en el capítulo 2. Lo importante aquí es cuál es el alcance de los acuerdos arbitrales, la Ley Modelo adopta el criterio de que el objeto de cualquier acuerdo arbitral entre las partes es la solución de una controversia que existe o que pueda existir con relación a una relación jurídica contractual o no contractual (artículo 7, párrafo 1).

Esto que parece hoy una regla común en la mayoría de las legislaciones arbitrales es, sin embargo, muy importante porque los alcances del acuerdo arbitral para con las controversias constituía una de las principales fuentes de heterogeneidad en los órdenes jurídicos de los Estados. En efecto, era regla común que pudiera haber un acuerdo arbitral sobre contro-

versias presentes, consecuencia de una relación jurídica preexistente. Sin embargo, no existía el mismo consenso cuando el acuerdo de arbitraje pretendía regular ya no controversias presentes sino cualquier controversia futura, descalificando así por anticipado el fuero común de los Estados.

De ahí que, tal como lo señala Prieto Conca, hay que “valorar como esencial la asunción y acogida de este capítulo en las legislaciones nacionales”, puesto que el que ya no se rechace la posibilidad de sumisión previa al conflicto, es un avance inmenso en el poder de alcance de los acuerdos arbitrales.

Otro de los aspectos medulares en cuanto al acuerdo arbitral es el de la relativización de la solemnidad como calidad esencial de ese acto jurídico, que es una de las innovaciones más importantes de la modificación en 2006 de la Ley Modelo. En efecto, si bien la Ley Modelo opta por la formalidad escrita del acuerdo arbitral (artículo 7, párrafo 2), una vez sancionada ésta, la Ley Modelo dilata la formalidad a los medios tecnológicos existentes o por existir; de tal modo que hace que esa formalidad *ad solemnitatem* no pueda usarse contra el arbitraje sino, por el contrario, a su favor. En ese sentido, prácticamente vaciando de contenido la solemnidad, promueve nuevas formas de acuerdos y arbitrajes como los virtuales u *on line*, que son básicamente aquellos sustanciados con comunicaciones electrónicas (artículo 7, párrafo 4), y que no serían posibles si el criterio de formalidad escrita se atuviera a los parámetros tradicionales¹⁹.

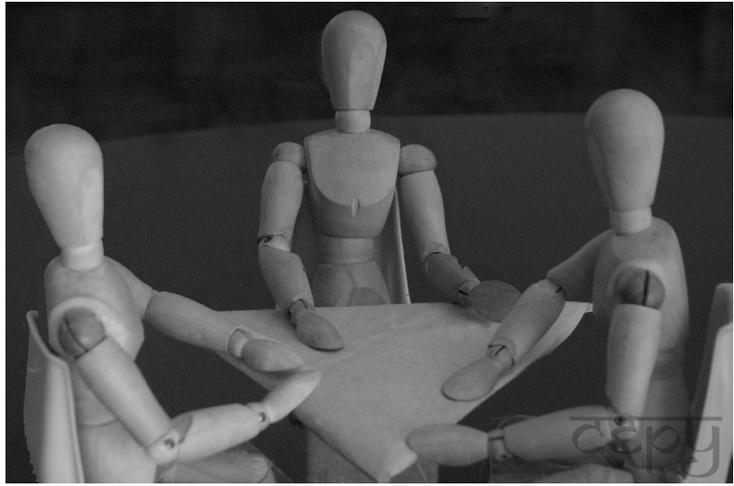
Pero hay más. En su afán por promover el arbitraje internacional y derribar las barreras formales para su acceso, la Ley Modelo llega a los límites del paroxismo equiparando a través de una ficción, lo escrito con lo oral cuando estipula que: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 7, párrafo 3). Obviamente, esto ya no tiene ningún sentido y constituye una contradicción en los términos; pues, si es así, no se entiende el porqué la Ley Modelo no adopta de una vez el acuerdo oral, dejando lo escrito como un simple medio de prueba. En otras palabras, quien puede probar de alguna forma escrita (tradicional u electrónica) que el convenio oral se ha producido,

17 “Para definir el término “internacional” en el contexto del arbitraje internacional se emplean dos criterios principales, ya sea en forma independiente o combinada. El primero de ellos exige analizar el carácter de la controversia, de modo tal que se considera que el arbitraje reviste carácter internacional cuando “afecta a intereses del comercio internacional”. El segundo se centra en las partes. Toma en consideración su nacionalidad o lugar de residencia habitual [...] Algunos ordenamientos jurídicos nacionales han adoptado el primer criterio. Algunos optaron por el segundo. Otros se basaron en la Ley Modelo para adoptar una combinación de ambos.” (Ver: REDFERN; HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. Op. cit. p. 75.

18 Aquí hay que recalcar que, si bien este criterio puede asimilarse al que corresponde al “carácter de la controversia”, este carácter se produce por la cantidad de los Estados que intervienen de acuerdo a la voluntad de las partes y no por la naturaleza de la controversia en sí, esto es, cuando “afecta a intereses del comercio internacional”. Como se ve, el carácter de la controversia también puede asimilarse, en última instancia, al criterio de territorialidad que hemos enunciado como el criterio fundamental para definir el carácter internacional de este tipo de arbitrajes.

19 Estas nuevas pautas relativas a la forma escrita electrónica tienen su origen en la Convención de UNCITRAL/CNUMUDI sobre utilización de las comunicaciones electrónicas de 2005 (artículos 4. b y c; y 9.2). También en la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI sobre Comercio Electrónico de 1996 (artículos 2.a; y 6).

“Sin embargo, y esto es realmente lo discutible aquí, la Ley Modelo expone tres excepciones a favor de los tribunales; a saber, que el acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. De esto se sigue, en buena cuenta, la relatividad del principio de *kompetenz-kompetenz*; es decir, cuando los árbitros deciden su propia competencia cuando ésta tenga relación con la nulidad, ineficacia o ejecutabilidad imposible del acuerdo”



pues puede probar que existe el acuerdo de arbitraje. Como cualquiera puede apreciar, las implicancias de esta ficción son mayúsculas para la seguridad jurídica del arbitraje internacional y creemos, en vez apun-talarlo, le hace un flaco favor.

Una de las cuestiones fundamentales en el arbitraje y su viabilidad, en tanto medio de solución de controversias, es la relación que pueda existir entre el acuerdo que las partes suscriben para tal fin y los tribunales de justicia de los que el acuerdo se sus-trae (artículo 8, párrafo 1); en este sentido, la Ley Modelo es clara y rotunda a favor del arbitraje y su institucionalidad cuando existe una contienda de competencia por el objeto del litigio de una contro-versia que las partes sometieron a arbitraje. De ahí que, la Ley prevé que antes de presentarse cualquier escrito sobre el fondo de la controversia ante un tribunal de justicia, cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal que la controversia sea derivada a arbitraje.

Sin embargo, y esto es realmente lo discutible aquí, la Ley Modelo expone tres excepciones a favor de los tribunales; a saber, que el acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. De esto se sigue, en buena cuenta, la relatividad del principio de *kompetenz-kompetenz*; es decir, cuando los árbitros deciden su propia competencia cuando ésta tenga relación con la nulidad, ineficacia o ejecutabilidad imposible del acuerdo (artículo 16, párrafo 1). Y, de hecho, no sólo para estos tres casos mencionados porque la misma Ley Modelo señala, sin restricciones, la su-pervisión de este principio por una instancia judicial en caso ésta sea requerida para el efecto (artículo 16, párrafo 3).

Sobre estas tres excepciones, la misma Ley prevé in-mediatamente que el arbitraje prosiga hasta que el tribunal de justicia público determine si alguna de ellas tiene validez (artículo 8, párrafo 2). De ahí también se sigue la lógica sobre las medidas caute-lares que cualquiera de las partes pueda interponer ante un tribunal estatal; esto es, que ninguna medida cautelar, interpuesta en ningún tribunal de Justicia

y concedida por éste, afecte el acuerdo o el proce-so arbitral en curso (artículo 9). En otras palabras, las medidas cautelares provisionales concedidas por el Poder Judicial no son excepciones válidas ni al acuerdo arbitral ni a su proceso.

Un comentario de rigor es que la Ley Modelo, ob-viamente por cuestiones prácticas, ha querido dejar incólume la tutela jurisdiccional del Estado sobre el principio de la propia competencia de los árbitros para discernir sobre su competencia en los casos se-ñalados. Y esto hace que el principio, tal cual está expuesto en la Ley, no deje de ser absurdo porque, obviamente, si los tribunales ordinarios de justicia tienen la última palabra sobre la competencia de los árbitros, no existe en la práctica el principio de *kompetenz-kompetenz*; y esto significa no un espal-darazo al arbitraje sino, una puerta abierta para ma-niobrar en su contra.

En lo referente a la regulación procesal, que es otro de los hitos importantes de una ley de arbitraje, la Ley Modelo opta por la libertad de las partes para regular su propio proceso (artículo 19, párrafo 1); dejando la previsión de un procedimiento estándar si las partes no llegan a un acuerdo o no les inte-resa regularlo. En este sentido, quedan regulados supletoriamente el número de árbitros y su nombra-miento (artículos 10 y 11), la recusación y sus mo-tivos (artículos 12 y 13); así como, la imposibilidad sobreviniente de hecho o de derecho de un árbitro para ejercer sus funciones (artículos 14 y 15). Cabe destacar que la Ley Modelo siempre deja abierta la posibilidad de que, en última instancia, sea el Poder Judicial competente el que decida sobre estas mate-rias; lo que, de hecho, es otra concesión a la tutela jurisdiccional del Estado que, como es obvio, no fa-vorece la jurisdicción arbitral.

Otro de los criterios centrales que la Ley Modelo propone a las legislaciones estatales es el de lo que comúnmente se conoce como “la ley aplicable” al fondo del asunto sometido a arbitraje con el fin de dictaminar el laudo. El principio que propone la Ley Modelo es aquí el de la libertad de las partes;

en efecto, son las partes las que deciden cuál es la “ley aplicable” a su controversia y, en su defecto, los árbitros²⁰. Pero aquí hay que precisar lo siguiente: la Ley Modelo no es lo suficientemente clara sobre qué entiende por “ley aplicable”²¹; y esto, en la medida de que propone que las partes pueden elegir “normas de derecho” que, a nuestro entender, no hacen necesaria referencia a un *corpus* ni a un ordenamiento jurídico estatal o reconocido por éste (artículo 28, párrafo 1).²² Y esto sí, como se ve, es un problema práctico serio porque muchos Estados no están dispuestos a compartir su derecho sustantivo con el de otros Estados u organizaciones internacionales cuando un arbitraje se haga formalmente bajo el amparo de sus leyes (*Lex arbitri*). En todo caso, la Ley Modelo ha seguido fiel al principio de libertad de las partes para regular el proceso aun contra los inconvenientes prácticos que ello pueda suscitar para la adopción de este ítem en las legislaciones estatales.

Un acierto, sin embargo, ha sido consagrar el principio del arbitraje de conciencia/equidad o *ex aequo et bono*; es decir, el reconocimiento de que el tribunal arbitral puede laudar según la “ley de su conciencia” (artículo 28, párrafo 3). En este caso, los límites son, por supuesto, el propio acuerdo arbitral y la legislación que ampara la sede arbitral (artículo 28, párrafo 4). Es un acierto porque, siempre fiel al principio de libertad de las partes para regular su propio proceso, amplía y no limita las posibilidades del arbitraje como institución. Y aquí, sí no se ve una razón de fondo para que los Estados no adopten este tipo de arbitrajes.

En lo que respecta a la formalidad del laudo en sí misma, la Ley Modelo expresa lo que es práctica común de las decisiones judiciales; esto es, que los laudos deben ser motivados (artículo 31, párrafo 2) y su pronunciamiento por mayoría, salvo en cuestiones de mero procedimiento donde basta la resolución del

Presidente del Tribunal arbitral (artículo 29). La Ley Modelo también quiere que el principio de la mayoría se aplique para la firma del laudo (artículo 31, párrafo 1), la que se presume hecha en el lugar y fecha donde fue realizado el arbitraje (artículo 31, párrafo 3) independientemente de que el laudo se haya venido realizando (conversaciones, deliberaciones y decisiones) en distintos lugares.

Finalmente, están los temas de la impugnación del laudo y los de su reconocimiento y ejecución (Capítulos VII y VIII).

En cuanto al primer tema, la Ley Modelo propone la política de un solo recurso de impugnación para laudos que, como señala Prieto Conca²³ muchas veces, al ser equiparados con sentencias judiciales por las legislaciones estatales, son objeto, como éstas, de múltiples recursos impugnatorios y variedad de motivos que varían de una legislación a otra; de esta manera, la Ley Modelo no sólo deja claro que los laudos tienen una naturaleza distinta a las sentencias judiciales sino que además, no hay una facilidad de recursos impugnatorios, creemos nosotros, en la medida de que las partes mismas son las que han dirigido su proceso.

Así pues, el único recurso impugnatorio que la Ley Modelo prevé es la nulidad del laudo (artículo 34, párrafo 1). Este recurso procede ante un tribunal indicado por el Estado (artículo 34, párrafo 2) que, dejando los eufemismos del artículo 6 de la Ley Modelo (“Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje”), corresponde a los tribunales ordinarios. Del mismo modo, la Ley Modelo es taxativa en cuanto a los motivos de nulidad, que coinciden con los señalados por la Convención de Nueva York. De este modo, Convención y Ley Modelo, que son los instrumentos jurídico-políticos más importantes del sistema

20 Esto es lo que se conoce como la ley del foro. En efecto, “ningún contrato destinado a crear relaciones jurídicas funciona en un vacío legal. Cuenta con el sostén de un ordenamiento jurídico que generalmente se conoce con el nombre de “derecho de fondo”, “derecho aplicable” o “ley aplicable” al contrato —o a la relación jurídica—. Todas estas expresiones hacen referencia al ordenamiento jurídico específico por el que se rigen la interpretación y validez del contrato —o de la relación jurídica—, los derechos y obligaciones de las partes, la modalidad de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento contractual”. Ver: REFERN; HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. *Op.cit.* p. 172.

21 Al parecer, según la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL, “cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley (es decir la ley nacional), que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. Ésta es la opinión de algunos tratadistas como Refern, Hunter, Blackaby y Partasides, quienes creen que la Ley Modelo sí los distingue con consecuencias distintas en cada caso. Dicen: “La Ley Modelo permite que las partes elijan las “normas de derecho” aplicables al contrato (que puede incluir, por ejemplo, la *lex mercatoria*) pero establece que ante la falta de elección de dichas normas por las partes, el tribunal arbitral aplicará “la ley” aplicable a la controversia (que no incluye la *lex mercatoria*)”. (Ver: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Op.cit.*, p. 173). Nosotros no vemos ninguna razón lógica para que las partes puedan elegir A y en su defecto los árbitros no puedan elegir lo mismo.

22 “Entonces, dada la libertad de elección, surge el interrogante de qué sistema conviene elegir como derecho aplicable a la controversia. ¿La elección queda limitada a un ordenamiento jurídico nacional o puede extenderse más allá, tal vez a normas jurídicas como las de la *lex mercatoria*? De hecho, ¿las partes están limitadas a elegir un determinado derecho o determinadas normas jurídicas? ¿No pueden, por ejemplo, acordar que la controversia deberá decidirse con arreglo a los principios de la equidad y justicia? Entre las alternativas de que pueden disponer las partes se encuentran las siguientes:

- Un ordenamiento jurídico nacional;
 - El derecho internacional público (incluidos los principios generales del derecho);
 - Derechos concurrentes (y derechos combinados, la teoría del *trunc commun*);
 - El derecho transnacional (incluido el derecho internacional del desarrollo, la *lex mercatoria*, cláusulas y prácticas codificadas, y usos y costumbres);
 - La equidad y la justicia”.
- Ver: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Op.cit.*, p. 203.

23 PIETRO CONCA, Javier. *Op.cit.*

normativo del arbitraje privado internacional, quedan sobre esta materia, homologados²⁴.

Ahora bien, la Ley Modelo establece que los motivos propuestos para la nulidad son casi los mismos que los motivos propuestos para la denegación de reconocimiento y ejecución del laudo. Decimos casi porque hay uno más y, a diferencia de los de la nulidad del laudo que son seis, los de denegación de reconocimiento o ejecución son siete²⁵. Sin embargo, la gran diferencia radica aquí en una cuestión netamente práctica; a saber, que mientras la nulidad del laudo imposibilita su reconocimiento y ejecución en cualquier Estado, los motivos concedidos para la denegación de reconocimiento y ejecución sólo afectan al Estado que los concedió.

Lo más importante de destacar en lo que se refiere a los requisitos procesales para el reconocimiento de un laudo arbitral es la superación del principio de reciprocidad teniendo en cuenta que, en los arbitrajes internacionales, el lugar del arbitraje propiamente dicho es meramente referencial pues, la mayoría de las veces, éste obedece a criterios de comodidad para con las partes en la consecución del proceso (artículo 35, párrafo 1). En este caso, la soberanía de los Estados que funda el principio de reciprocidad no tiene mucho sentido.

A esto se debe también el tratamiento uniforme que la Ley Modelo da a los laudos internacionales, sean éstos los expedidos en donde la sede arbitral es el mismo lugar donde deben ser reconocidos y ejecutados²⁶ o “extranjeros” (cuya sede arbitral es un lugar

distinto al lugar donde deben ser reconocidos y ejecutados) a efectos de su reconocimiento como vinculantes (artículo 1, párrafo 1).

En este sentido, cabe resaltar que los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos se aplican a cualquier laudo internacional que verse sobre materia comercial. Así también, queda superada la Convención de Nueva York que sólo concedía estos motivos para los así llamados “laudos extranjeros” en una terminología que a estas alturas de la historia presente va quedando sin sentido²⁷.

En síntesis, podemos concluir que la política de arbitraje internacional propuesta a la comunidad jurídica de los Estados a través de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI es, como dice Cantuarias: “(cubrir) todas las áreas no reguladas por la Convención de Nueva York, como son: el ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional (capítulo I), el convenio arbitral (capítulo II), el tribunal arbitral (capítulo III), la competencia del tribunal arbitral (capítulo IV), el procedimiento arbitral (capítulo V), el laudo arbitral (capítulo VI), los recursos contra los laudos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (capítulo VII)”²⁸.

De este modo, la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI cumple con proponer una política de legislación internacional que complementa y unifica las más importantes normas de Derecho Internacional sobre la materia.

24 “En lo que se refiere al tema de los recursos contra los laudos arbitrales internacionales dictados en el foro, la Ley Modelo UNCITRAL dispone en su artículo 34 que sólo podrá deducirse un recurso de anulación a base de siete causales taxativas, las que son prácticamente una copia de las causales establecidas en la Convención de Nueva York de 1958.” Ver: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op.cit.* p. 75.

Sin embargo, nosotros sólo hemos detectado seis causales y no de anulación sino de nulidad en la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI. En efecto, el artículo 34 tiene por título “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”. Y en lo referente a las causales, según el párrafo 2, la parte que interpone la petición tiene que probar a) i) ii) iii) y iv); mientras que b) el tribunal puede comprobar i) y ii). El resaltado es nuestro.

25 Posiblemente aquí esté el error de Cantuarias que había contado siete causales de nulidad. La causal que no figura en las de nulidad de laudo y que sí es un motivo para denegar el reconocimiento o ejecución del mismo es: “Artículo 36. 1) a) v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo”. Ver nota anterior.

26 Aquí paradójicamente, esos laudos internacionales vendrían a ser, según este criterio, “nacionales”, lo que es una contradicción en los términos.

27 “De esta manera, tanto contra los laudos arbitrales dictados fuera del foro (llamados “extranjeros” y regulados por la Convención de Nueva York) como contra los laudos arbitrales emitidos dentro del foro (denominados “internacionales” y sometidos a la ley del lugar del arbitraje), sólo procederá deducir siete supuestos taxativos para evitar su eficacia”. (Por eficacia nosotros entendemos nulidad, reconocimiento y ejecución). Ver: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op.cit.* p. 75.

28 SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.* p. 75.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

10 AÑOS

ARBITRAJE
CIVIL
CONTRATACIÓN PÚBLICA

CORPORATIVO
PROPIEDAD INTELECTUAL
SEGUROS

Avenida Arequipa 2327 / Lince, Lima 14 - Perú
Teléfono y facsímil: (00-51-1) 422-6152 / (00-51-1) 441-4166
e-mail: estudio@castillofreyre.com / web site: <http://www.castillofreyre.com>