

# EL ARBITRAJE Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Gonzalo García Calderón Moreyra  
Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional  
Universidad de Lima  
Vocal de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

*El arbitraje es uno de los mecanismos que garantiza al inversionista la celeridad y correcta solución de los conflictos, siempre previsibles en las relaciones comerciales.*

*Ello reduce los costos de invertir en un determinado país, pues la incertidumbre acerca del plazo y la manera de resolver desacuerdos implica un costo muy elevado para los empresarios. Cuando una economía es abierta a los capitales foráneos -y más aún, busca expresamente atraerlos- debe prever la incidencia de conflictos de tipo internacional, razón por la cual los mecanismos arbitrales deben poder resolver este tipo de diferencias. En ello radica la principal importancia del arbitraje internacional, tema central del presente artículo. En él se hacen importantes precisiones e interesantes comentarios acerca de las diversas implicancias del arbitraje internacional.*

El arbitraje internacional tiene constante aplicación en las relaciones económicas. A diferencia del arbitraje nacional en donde todos los elementos de una relación jurídica tales como el domicilio de las partes y de los árbitros, el lugar del arbitraje, la ley aplicable y el fondo del asunto están vinculados a un estado en particular, en el arbitraje internacional algún o algunos de los elementos materiales o adjetivos de litigio tienen relación con un país distinto de aquel al que están conectados los demás. Situaciones de este tipo son muy frecuentes en el campo del comercio internacional.<sup>1</sup>

Es importante precisar que hablar de arbitraje internacional no supone admitir una auténtica internacionalidad que lo coloque al margen de todo sistema jurídico nacional, es por ello que algunos autores prefieren hablar de arbitraje extranjero en lugar de arbitraje internacional.<sup>2</sup>

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la expresión arbitraje internacional tiene plena vigencia tanto en el uso corriente como en el plano de la legislación nacional vigente.

<sup>1</sup> El criterio para considerar un arbitraje como internacional varía en los diversos tratados y legislaciones. A saber, véase Montoya Alberti, Ulises. *El Arbitraje Comercial*, pág. 139 y siguientes, Cultural Cuzco, 1988, Lima. La Ley General de Arbitraje (*Ley 26572*), señala en su artículo 91 que un arbitraje será internacional si: "1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o 2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral; b) El lugar del cumplimiento de una parte substancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha".

<sup>2</sup> Véase Revoredo, Delia. Selección de las leyes aplicables a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. Ante-Proyecto de Ponencia para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Págs. 1-32. Lima 1982.

Como sabemos la institución arbitral es un medio privado de solución de conflictos en virtud del cual, las partes de una determinada relación jurídica (sea contractual o extracontractual) acuerdan someter sus diferencias, ya vencidas o futuras, al juicio de terceros imparciales denominados árbitros y cuyo fallo puede ser irrecurrible.<sup>3</sup>

El principal problema del arbitraje, tanto nacional como internacional, consiste en que los árbitros carecen de dos facultades jurisdiccionales importantes como son la *Coertio* y la *Executio*, (poseen la *Notio*, la *Vocatio* y la *Juditium*) por lo que deben recurrir al Poder Judicial para que sea éste el que ordene a un tercero a comparecer ante el Tribunal o recurrir a los jueces comunes para que cumplan con la sentencia arbitral denominada laudo.

Creemos que estos inconvenientes prácticos del arbitraje deberán resolverse en un futuro no muy lejano otorgándoles, o delegando el Estado, facultades coercitivas a instituciones o centros arbitrales, para de este modo evitar que las partes recurran al juez común cuando su voluntad indubitable fue sustraerse de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, no sólo existe el problema de los atributos jurisdiccionales de los cuales carecen los árbitros, sino que también existe, en el derecho arbitral internacional, el problema del establecimiento de la Ley aplicable a diversas etapas del arbitraje, siendo éste el tema que desarrollaremos.

En todo arbitraje internacional deberán aplicarse necesariamente las reglas de conflicto nacionales que señale el derecho internacional privado interno de cada país, para cada categoría jurídica involucrada en un arbitraje de naturaleza extranacional.

Así por ejemplo, deberá recurrirse al derecho internacional privado para establecer entre otros: la ley aplicable para establecer la capacidad de las partes; la arbitrabilidad de una materia; la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral; si el objeto de la controversia es susceptible de solución arbitral; el procedimiento a seguir; la ley que se aplicará al fondo de la controversia; así como la legislación que regulará el reconocimiento y ejecución de un laudo expe-

dido en un país distinto al cual se quiere hacer valer.

Lo anteriormente expuesto, hace que el arbitraje internacional tenga una complejidad aún mayor que los conflictos internacionales que son derivados a un Poder Judicial nacional, en la medida que los árbitros privados deberán resolver en mérito a un derecho extranjero el cual luego será ejecutado por jueces de otra nacionalidad bajo un procedimiento nacional (*exequatur*).

Por otro lado, la existencia del Derecho Internacional Privado se explica por la diversidad de leyes nacionales, debido a las peculiares condiciones de cada país y a su independencia legislativa, así como al desplazamiento de las personas y al tráfico internacional que generan relaciones jurídicas en los más diversos campos de la actividad humana.

De allí que esta institución jurídica regule todo tipo de relaciones o actos personales en los que existan estos elementos que las vinculen a dos o más ordenamientos jurídicos, produciéndose una concurrencia de leyes o de jurisdicciones.

El sistema de Derecho Internacional Privado comprende, atendiendo a su naturaleza y al objeto que persigue, un conjunto de principios generales o normas rectoras que le son propios; de normas sobre competencia legislativa aplicables en caso de conflictos; de normas de competencia jurisdiccional para la determinación de los jueces o tribunales a los que corresponderá su conocimiento; de normas sobre el valor extraterritorial de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros; de la nacionalidad de las personas; de la condición de los extranjeros y de las personas jurídicas extranjeras.<sup>4</sup>

El Código Civil peruano de 1852 en materia de Derecho Internacional Privado sólo contenía algunas disposiciones dispersas a lo largo de su articulado. En el Título Preliminar se limitó a consignar que las leyes de policía y seguridad obligaban a todos los habitantes del Perú (principio de orden público) y que estaban sujetos a las leyes de la República los bienes inmuebles, cualesquiera que fuese la naturaleza y condición del poseedor (apli-

<sup>3</sup> García Calderón Moreyra, Gonzalo. Revista El Mercurio Peruano. El Arbitraje como medio alternativo de administración de justicia. Págs. 47-51. Ene-Dic 1992, Lima.

<sup>4</sup> Sobre la concepción y naturaleza del Derecho Internacional Privado puede leerse entre otros a Manuel García Calderón Koechlin, Derecho Internacional Privado, Ed. U.N.M.S.M. Lima 1969. Martín Wolff, Derecho Internacional Privado, Barcelona 1936. Adolfo Miaja de la Muela, Derecho Internacional Privado, Madrid 1962-63. Werner Goldschmidt, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, Barcelona 1948-49.

cación de la *Lex Rei Sitae* para los inmuebles). Otros artículos del Código se referían al goce de los derechos civiles por los extranjeros, al cumplimiento de contratos celebrados u obligaciones contraídas en país extranjero, a la comparecencia ante los tribunales peruanos, a los matrimonios celebrados en el extranjero y al derecho sucesorio (forma del testamento, derecho hereditario de los extranjeros y capacidad para otorgar testamentos).

El Código Civil de 1936, siguiendo el modelo de modernas leyes civiles extranjeras, agrupó las principales normas de Derecho Internacional Privado en el Título Preliminar. Declaraba que era aplicable la ley del domicilio para regular el estado y capacidad civil, los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de estos, y la ley peruana cuando se tratase de peruanos (artículo V); que los bienes, cualquiera que fuese su clase estarían regulados por la ley de su situación (artículo VI); que la naturaleza y efectos de la obligación, se regían por la ley del lugar donde fue contraída (artículo VII); que la sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento, se regía por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana que se aplicarían a los nacionales y a los extranjeros domiciliados (artículo VIII); que la existencia y capacidad civil de las personas jurídicas extranjeras de derecho privado se regían por la ley del país en el cual se habían constituido (artículo IX); que las leyes extranjeras no serían aplicables cuando fuesen contrarias al orden público o a las buenas costumbres (artículo X); y que la forma de los actos y de los instrumentos se regularían por la ley del lugar en que se otorgaran o por la ley que regulara la relación jurídica objeto del acto (artículo XX).

Además de las normas que determinaban la competencia legislativa, señaladas en el párrafo anterior, el Título Preliminar del Código Civil de 1936 contenía otras sobre prueba de la existencia de la ley extranjera y su sentido, (artículos XI y XIII); sobre sometimiento a las obligaciones contraídas en la República (artículo XIV); sobre igualdad de derechos civiles (artículo XVI); y sobre competencia jurisdiccional (artículos XVII, XVIII y XIX). Remitía a la Constitución la designación de quienes eran peruanos y quienes extranjeros.

Complementaban el sistema peruano de Derecho Internacional Privado las normas del Código de

Procedimientos Civiles de 1912 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones expedidas en el extranjero, contenidas en los artículos 1155 al 1168 y algunas normas aisladas sobre notificación a persona residente en el extranjero, sobre actuación de prueba confesional y testimonial en el extranjero y sobre instrumentos públicos otorgados en país extranjero.

El Código Civil de 1984 ha sistematizado en el Libro X, la normatividad propia del Derecho Internacional Privado. Nuestra legislación contiene, por primera vez, un conjunto coherente y orgánico de normas a las que corresponde un tratamiento legislativo propio y autónomo, distinto del que reciben las normas de derecho privado material o sustantivo.

La materia jusprivatista ha sido agrupada en cuatro títulos que corresponden: a las disposiciones generales, a la competencia jurisdiccional, a la ley aplicable (competencia legislativa) y al reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros respectivamente.<sup>5</sup>

Las fuentes nacionales que sirvieron al legislador fueron el Código Civil de 1936, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, los proyectos de la comisión reformadora de 1974 y 1981, la propuesta sustitutoria presentada ante la comisión reformadora en 1980 por la Dra. Delia Revoredo y el proyecto de la comisión revisora de 1984. Entre las fuentes internacionales que orientaron la labor reformadora o le sirvieron de sustento deben mencionarse, entre otras, los tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante de 1928 y las Convenciones aprobadas en las conferencias interamericanas especializadas sobre derecho internacional privado (CIDIP).

Entre las fuentes extranjeras cabe mencionar al Código Portugués de 1967, el proyecto de ley Venezolano de 1965, el proyecto Suizo de derecho internacional privado de 1978, el Código Civil Italiano de 1942 y el proyecto Brasileiro de Código Civil de aplicación de las normas jurídicas de 1971.

En cuanto a la evolución histórica del arbitraje en nuestro país debe señalarse la existencia de esta institución desde el siglo pasado, recogida por el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, promulgado durante el Gobierno del Presidente Echenique; trataba en títulos diferentes, en forma poco sistemática lo relativo a los jueces árbitros y la sustanciación

<sup>5</sup> La Ley General de Arbitraje en sus disposiciones modificatorias ha establecido que la ejecución de los laudos arbitrales provenientes del extranjero serán resueltos por la Ley General de Arbitraje y no por el Código Civil, el cual se aplicará sólo para las sentencias judiciales extranjeras.

del juicio arbitral. Reconocía la jurisdicción arbitral y la facultad de los particulares para nombrar árbitros al declarar en su artículo segundo "Ejercen también jurisdicción, las personas que los interesados nombren conforme a este Código, para que como árbitros, conozcan en algún negocio particular". En cuanto a las causas arbitrales, podían decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes que la ley no excluyera expresamente. (artículo 57)<sup>6,7</sup>

El Código de Procedimientos Civiles vigente desde el 28 de julio de 1912 regulaba el denominado juicio arbitral, en sus artículos 548 al 582, comprendidos en el Título V de la sección segunda, el cual unificó la materia arbitral al fundir en un sólo título los dos que el anterior contenía.

Este Código en su artículo 560 señalaba que "Si el compromiso no contiene estipulaciones sobre el procedimiento, los árbitros, al abrir el juicio, establecerán los términos y modo de proceder. En lo que no esté establecido, se observarán las reglas del juicio ordinario". Conceptualmente era muy claro y acertado; sin embargo en la práctica no tuvo el desarrollo esperado por los legisladores.

En mi opinión, el arbitraje adquiere relevancia jurídica a partir de su incorporación en la Constitución de 1979 y su tratamiento legislativo en el Código Civil de 1984.<sup>8,9</sup> El despegue de la institución arbitral en el Perú empieza con esas normas, incorporándose incluso al currículo de estudios de las universidades.<sup>10</sup> Es en ese contexto de desarrollo que se promulga la Ley General de Arbitraje, (Decreto Ley 25936 de 10 de diciembre de 1992) y la

actual Ley General de Arbitraje, (Ley 26572, promulgada el 5 de enero de 1996) que procura adecuar la institución arbitral a las tendencias más modernas sobre la materia.

Creemos importante señalar que las etapas en la estructura y desarrollo del arbitraje nacional son similares a las del arbitraje internacional, es decir, se requiere necesariamente para la existencia de un proceso arbitral, de un acuerdo de voluntades denominado Convenio Arbitral que permita a las partes sustraerse de la jurisdicción ordinaria cuando el conflicto surja. Este pacto puede darse, no sólo en forma anticipada al problema, (cláusula compromisoria) sino cuando ya surgió este, lo que nuestra legislación designaba como Compromiso Arbitral.

El arbitraje pactado mediante el Convenio Arbitral puede ser resuelto mediante un Tribunal *Ad Hoc*, designado por las partes específicamente para resolver ese caso en particular o puede derivarse a una institución de reconocido prestigio para que sea ésta la que resuelva la controversia de acuerdo al proceso establecido en el reglamento de la institución arbitral, y/o a la legislación acordada por las partes, o en su defecto por las normas de Derecho Internacional Privado del país sede del Tribunal Arbitral.

En todo acto de pactar un arbitraje internacional es necesario tener en cuenta que el tribunal arbitral (arbitraje *ad Hoc* o institucional) debe aplicar una ley determinada para solucionar el conflicto, al igual que deberán regularse por una ley para determinar el procedimiento a seguir, así como será una ley la que regirá la ejecución del laudo o sentencia que puso fin al proceso.

<sup>6</sup> El Artículo 57 del Código de Enjuiciamientos Civiles señalaba que no podían someterse a juicio de árbitros los pleitos de menores; de las personas sujetas a interdicción y de los incapaces, sino con autorización judicial expedida con conocimiento de causa, y con audiencia del consejo de familia; las causas pertenecientes a la hacienda nacional; las de la beneficencia y establecimientos públicos; las de matrimonio; las causas sobre capellanías eclesiásticas; las que tenían por objeto la libertad y esclavitud; y las demás en que se tratase del estado de las personas.

<sup>7</sup> Francisco García Calderón Landa, en su Diccionario de la Legislación Peruana editado en Lima en 1860 definía:  
Arbitrable: Lo que puede ponerse en manos de árbitros.  
Arbitraje: La acción o facultad de arbitrar.  
Arbitral: Lo que pertenece a los árbitros y arbitadores, o a sus juicios y sentencias.  
Se designa con el nombre general de arbitración, la sentencia expedida en juicio de compromiso; pero si proviene de arbitadores, se llama arbitramiento, más comunmente laudo; y si ha sido expedido por árbitros juris, suele llamarse arbitrio.

<sup>8</sup> Constitución de 1979. "Artículo 233: Son garantías de la administración de justicia:  
1) La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar".

<sup>9</sup> Libro VII, Sección Segunda, Título XI del Código Civil. Arts. 1906 - 1908 (Contrato de Cláusula Compromisoria) Arts. 1909 - 1922 (Contrato de Compromiso Arbitral). Hoy derogados por la Ley General de Arbitraje.

<sup>10</sup> En el año de 1986, la facultad de Derecho de la Universidad Católica (teniendo como Decano al Dr. Fernando de Trazagnies) incluye como curso electivo el denominado arbitraje comercial internacional, convirtiéndose en la pionera en este tema. Hoy en día el arbitraje se incluye en casi todas las facultades de Derecho, en algunas universidades como curso obligatorio.

La importancia de pactar un arbitraje en un contrato de carácter internacional y obtener resultados positivos está basada fundamentalmente, en el conocimiento que de esta técnica moderna de solución de conflictos se tenga, en armonía con el derecho internacional del contratante.

Hay un ejemplo que grafica claramente lo que estamos tratando de explicar.<sup>11</sup>

"Una firma japonesa vende determinado producto a una firma peruana. Por descuido, excesiva confianza, por prisa, por recargo de trabajo, las especificaciones en el contrato no contenían todo el detalle técnico que era necesario para el tipo de producto de que se trataba. Sin embargo, la firma vendedora japonesa, que era de reconocida autoridad mundial en el ramo, sabía perfectamente para qué se requería el producto que vendía y cuál era el uso al que el industrial peruano lo iba a dedicar. Pero ocurrió que, al quinto o al sexto embarque, el producto vino de una calidad que no contrariaba el contrato, pero que era ostensiblemente inadecuado para el fin industrial que se perseguía.

Entonces, el industrial peruano se encontró con un producto que era inadecuado, era inservible para tal fin, pero reconoció que, con sus técnicos y sus ingenieros, había cometido un error, quizás, al no ser lo suficientemente específico.

Bueno, ésta es una situación en la cual ninguna de las legislaciones latinoamericanas tiene remedio para el comprador peruano. Sin embargo, las principales legislaciones mundiales relativas a la compra-venta internacional, por ejemplo, el Convenio de Uncitral, el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, la Ley de Compra-Venta de Mercaderías de Inglaterra, todas tienen un dispositivo que dice que, cuando el vendedor tiene autoridad suficiente para saber qué clase de producto es bueno para el destino específico que se vende, así no esté estipulado en el contrato, existe la obligación implícita del vendedor de suministrar la mercadería adecuada para el fin de que se trata y, por consiguiente, la responsabilidad legal de indemnizar o suministrar un material adecuado, es decir, que se ha producido una unificación en la práctica o hay la tendencia hacia una marcada unificación en la práctica del comercio, y

se llega a logros tan importantes como los *Incoterms* o Usos y Prácticas de Créditos Documentarios."

El desnivel existente en las legislaciones nacionales es tan grande, que produce resultados como el que se acaba de citar. De acuerdo al Derecho Peruano, el comprador peruano no tiene absolutamente esperanza alguna, mientras que las legislaciones representativas del comercio internacional le dan una solución a su reclamo.

Existen diversas categorías jurídicas, en donde interviene el derecho internacional privado dentro de un convenio arbitral, éstas van desde la capacidad que tienen las partes para sustraerse de la jurisdicción ordinaria y pactar la arbitral, hasta la forma en que debe adoptar el convenio de arbitraje, la arbitrabilidad de la materia en disputa o la nulidad del acuerdo, o qué legislación regulará el proceso arbitral. Sin embargo dada la complejidad de cada uno de estos temas, no nos es posible desarrollarlos en este trabajo, por lo que nos detendremos en lo relativo a la ley aplicable al fondo de la controversia, haciendo un breve comentario sobre el acuerdo arbitral.

En efecto, " La importancia de precisar con acierto el régimen jurídico regulador de la validez del acuerdo arbitral es obvia: si conforme a dicho régimen jurídico resulta válida y eficaz, queda excluida la competencia jurisdiccional estatal, procede el funcionamiento del mecanismo arbitral (...), la ley aplicable al fondo de la controversia "condiciona" en buena medida el resultado de la decisión arbitral".<sup>12</sup>

Habiendo pactado las partes un convenio arbitral, en un conflicto de naturaleza internacional, éstas se han sustraído de la jurisdicción ordinaria de los estados involucrados en la disputa, por lo que sólo cabe definir la ley aplicable a las diversas categorías jurídicas (validez del acuerdo, fondo del asunto etc.) de tres maneras o métodos:

" a) Basándolo exclusivamente en la voluntad de las partes y en la confianza que éstas depositen en los árbitros, con prescindencia de todo sistema legal determinado.

<sup>11</sup> Mac Lean Ugarteche, Roberto. Arbitraje Comercial Internacional, Revista de la Cámara de Comercio de Lima, N° 540, Diciembre 1983, Págs 21-26.

<sup>12</sup> Cremades, Bernardo María. Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional. Pág. 18, Centros de Estudios Comerciales, Madrid 1978, citado por Dra. Revoredo, Delia. Op cit. Pág. 2.

b) Asignando la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico nacional para que lo regule.

c) Asignando la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico internacional o extranacional que ofrezca dispositivos concretos de solución”.<sup>13</sup>

Como vemos resulta esencial definir en casos de naturaleza internacional, si la materia es arbitrable o no, ya que dependiendo de la ley aplicable al acuerdo o convenio contractual, se definirá si cabe someter dicha controversia a arbitraje. Muchos países que han ratificado la Convención de Nueva York de 1958, relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, han efectuado reservas a la Convención, manifestando que se aplicará sólo a cuestiones de naturaleza comercial y no de otra índole. Beatriz Boza,<sup>14</sup> se pregunta “pero, ¿qué ley gobierna la arbitrabilidad de la disputa, la noción de orden público, la capacidad de las partes, y en general, la validez del acuerdo arbitral? ¿Será la ley escogida por las partes, la ley del lugar de celebración del acuerdo o la ley del foro ante el cual se pretende litigar la controversia?”

En nuestro país la limitación para pactar un arbitraje está dada por la propia Ley General de Arbitraje, en su artículo primero,<sup>15</sup> por lo que cabe concluir con respecto a la materia arbitrable que será posible someter a proceso arbitral cualquier cuestión de naturaleza patrimonial que no vulnere el orden público, o como lo dice el Dr. Lohmann “procede afirmar en líneas generales que sí son arbitrables todos los asuntos de derecho privado sobre los cuales tienen las partes derecho de libre disposición, reconocido por el ordenamiento, en tanto no han sido excluidos de la autonomía de su voluntad o sobre lo que pueden transferir”.<sup>16</sup>

En lo que se refiere a la ley aplicable por los árbitros al fondo de la controversia, cabe que las partes, de acuerdo al Código Civil Peruano, Libro X relativo al derecho internacional Privado pacten una ley extranjera, aún cuando no exista ningún factor de conexión entre ésta, las partes y la materia a resolver. Los artículos 2095 y 2096 del Código Civil aluden a la ley aplicable en las obligaciones contractuales, asignando gran amplitud a la autonomía de la voluntad de las partes.

Manifiesta la normatividad nacional que “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración”.

El Código de 1936 hablaba de la ley del lugar de la celebración, mientras que el artículo 33 del tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 37 del tratado de 1940 someten a la ley del lugar del cumplimiento, su existencia, validez, efectos, ejecución y todo cuanto concierna a los contratos.<sup>17</sup>

El Código Civil permite pactar en un contrato, (compra-venta; transporte; mutuo; societario; alquiler etc) una ley extranjera sin limitación alguna, salvo la derivada del orden público y las buenas costumbres, en los casos que surja una controversia entre las partes suscribientes del convenio arbitral. Esto es, que un tribunal arbitral deberá resolver la disputa, de conformidad con la ley libremente convenida por las partes, aún cuando no exista ninguna vinculación o conexión entre las partes o el contenido del contrato y la legislación extranjera.<sup>18</sup>

Si una empresa peruana y una panameña celebran un contrato en la feria de Guayaquil con relación a

<sup>13</sup> Revoredo Delia. Op cit. Pág. 2.

<sup>14</sup> Ver Boza Dibós, Beatriz. Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros. Pág. 61-68. En: THĒMIS Revista de Derecho, Segunda época, 1990. N° 16.

<sup>15</sup> No pueden someterse a arbitraje: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesen al orden público o que versan sobre delitos o faltas. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

<sup>16</sup> Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. En: Para leer el Código Civil V. El arbitraje. Fondo Editorial PUCP 1987 Lima.

<sup>17</sup> Sobre los tratados de Montevideo. Véase Berta Kaller de Orchansky. Manual de Derecho Internacional Privado. Pág 24-28. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires 1979.

<sup>18</sup> Ver Fraude a la ley. En: Manuel García Calderón Koechlin. Derecho Internacional Privado. Editorial San Marcos. Págs. 110-114. Lima 1969.

la compra-venta de arroz proveniente de China, las partes podrán pactar (de acuerdo a la ley peruana) que cualquier controversia que surja entre ellas será resuelta por arbitraje de conformidad a las leyes del Estado de California de los Estados Unidos, aún cuando no exista ninguna relación entre las partes vinculantes del contrato, o el conflicto, con la ley extranjera pactada.

El doctor Manuel de la Puente señala que "La autonomía importa dos clases de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual (...) la libertad contractual sólo existe dentro del contrato, pues se refiere a la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato".<sup>19</sup>

El artículo 117 de la Ley General de Arbitraje<sup>20</sup> mantiene el principio doctrinario nacional, señalado en el Derecho Internacional Privado, de la autonomía de la voluntad como el eje rector de la ley aplicable, sin embargo comete un error al establecer que en caso las partes no hayan pactado la ley aplicable, será el propio tribunal arbitral el que decidirá la más conveniente, debiendo tener en cuenta -si se trata de un asunto de naturaleza comercial- los usos mercantiles aplicables al caso.

Sostengo que se han cometido dos errores en lo que respecta al contenido de este artículo. El primero consiste en no haber indicado que los árbitros deberán elegir una ley con fuerza vinculante con el contrato y las partes en conflicto, es decir, que deberían elegir una legislación que tenga relevancia jurídica con el asunto materia de la controversia y no cualquier ley, como es la letra y el espíritu de la ley arbitral. El antecedente legislativo del artículo 117 lo encontramos en la ley francesa (artículo 1496 del Código de Procedimientos Civiles. Decreto Ley 81-500 de mayo de 1981), el cual señala que en caso

las partes no hayan acordado las leyes, los árbitros elegirán la que consideren apropiada.

El razonamiento de este criterio lo dan Alan Redfern y Martín Hunter<sup>21</sup> cuando señalan que si las partes confiaron en un tribunal arbitral para que resuelva su controversia, presumiblemente también confiarán en la determinación que aquéllos realicen de la ley aplicable, la cual guiará su decisión. Sin embargo existen otros autores que discrepan con esta posición<sup>22</sup> prefiriendo la aplicación de la ley que tenga relevancia con el contrato, de acuerdo a las circunstancias especiales del caso, criterio que compartimos.

La segunda dificultad se da en el sentido de exigirle a los árbitros que elijan una ley determinada y que además apliquen los usos, (la ley señala la palabra "tendrá", con lo cual le da un carácter imperativo y obligatorio) mercantiles aplicables al caso. No hay coincidencia entre ambos conceptos jurídicos, es decir en la aplicación de una ley y de los usos aceptados comercialmente en esa plaza.

Esta exigencia se presta a que la parte vencida en el procedimiento arbitral pueda deducir la nulidad del laudo, manifestando que los árbitros, no han aplicado la normatividad vigente (ley sustantiva del país) cuando se basaron en los usos comerciales reconocidos en esa plaza, o viceversa, pedir la nulidad cuando los árbitros laudaron en base a la ley sustantiva y no en base a los usos comerciales de esa plaza.

Creemos que la propia normatividad, en esta materia de elección de la ley aplicable al caso arbitral genera, innecesariamente, conflictos que debería evitar, al permitir a la parte vencida interponer el recurso de anulación, dilatando el proceso y permitiendo el conocimiento de dicho conflicto al Poder Judicial; perdiendo las ventajas originales de todo arbitraje como son la celeridad, confidencialidad, privacidad y especialización.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> De la Puente, Manuel. Estudios del Contrato Privado, Tomo I, Pág. 52 y 53, Cultural Cuzco, Lima 1983.

<sup>20</sup> "Artículo 117: El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. 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 la Ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso".

<sup>21</sup> Alan Redfern and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Pág. 128. Second Edition. Sweet and Maxwell, London 1991. "If an arbitral tribunal can be trusted to decide a dispute, it can be presumably be trusted to determine the set of legal rules by which it will be guided in reaching its decision".

<sup>22</sup> Dicey and Morris, *The conflict of laws* (11th ed. 1987) y Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (1978) citados ambos por Alan Redfern and Martin Hunter. Op cit.

<sup>23</sup> Con respecto al recurso de anulación en los arbitrajes internacionales véase F. Cantuarias y M. Aramburú, "El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras". Pág. 387-393. Fundación Bustamante. Lima 1994.