

¿CUANDO ESTAMOS FRENTE A UN ARBITRAJE INTERNACIONAL?

WHEN WE ARE FACING AN INTERNATIONAL ARBITRATION?

Mario Castillo Freyre¹

Rita Sabroso Minaya²

Laura Castro Zapata³

Jhoel Chipana Catalán⁴

Resumen

En el artículo los autores hacen una revisión crítica la actual Ley de Arbitraje, en lo referente a que ofrece una regulación conjunta del arbitraje nacional e internacional, producto de la positivización de la tesis monista por parte del legislador. Se busca conocer ¿Cuándo estamos frente a un arbitraje internacional?

Palabras claves: Arbitraje, Derecho internacional privado, Ley de Arbitraje peruana

Abstract

In the article the authors critically review the current Arbitration Act, regarding offering a joint regulation of national and international product positivization the monistic theory by the legislator arbitration. Wanted to know When we are dealing with an international arbitration?

Keywords: Arbitration, Private International Law, Peruvian Arbitration

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides (2006, p. 73), el término «internacional» se utiliza para señalar la diferencia existente entre arbitrajes puramente internos o nacionales y aquéllos que en alguna forma trascienden los límites nacionales y, por ende, devienen internacionales.

¹ Mario Castillo Freyre, 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. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

² Rita Sabroso Minaya, Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Obligaciones y de Arbitrajes Especiales en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima, respectivamente. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

³ Laura Castro Zapata, Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Empresarial, por la Universidad de Lima. Ha concluido sus estudios en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirige el área corporativa del Estudio Mario Castillo Freyre y también se desempeña como Árbitro.

⁴ Jhoel Chipana Catalán, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Adjunto en la misma casa de estudios, Abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre y Secretario Arbitral en procesos *Ad-hoc*.

A entender de los citados autores, algunas veces se dice que todo arbitraje es un arbitraje «nacional», en el sentido de que necesariamente debe celebrarse en un lugar determinado y, por ende, se encuentra sujeto al Derecho interno del lugar en cuestión. Si bien ello puede constituir un punto interesante de discusión, en la práctica se acostumbra a trazar una distinción entre los arbitrajes que son puramente «nacionales» y aquéllos que son «internacionales» (en razón de la naturaleza de la controversia, la nacionalidad de las partes o algún otro criterio pertinente).

Por su parte, Caivano (2000, p. 314) señala que cuando el arbitraje es internacional, la complejidad es mucho mayor, debido a la necesidad de recurrir al Derecho internacional privado con el fin de establecer la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes, la arbitrabilidad de la materia, la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral, el procedimiento a seguir, o para resolver el fondo de la controversia, así como también la legislación que se aplicará al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Al respecto, debemos recordar que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, regulaba tres tipos de arbitrajes: el arbitraje nacional, el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero.

A efectos de determinar qué normas se aplicaban, se debía tener en cuenta dónde era la sede. Así, si la sede era el Perú, podríamos estar frente a un arbitraje nacional o un arbitraje internacional.

Un arbitraje con la sede en el Perú era nacional cuando ambas partes domiciliaban en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutaba en el Perú.

Por su parte, un arbitraje con la sede en el Perú era internacional cuando se presentaba alguno de los supuestos regulados por el artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje.⁵

La actual Ley de Arbitraje ofrece una regulación conjunta del arbitraje nacional e internacional producto de la positivización de la tesis monista por parte del legislador.

Ahora bien, a entender de Carballo Piñeiro (2004, p. 86), la distinción

⁵ Artículo 91.- «Ámbito de aplicación

Un arbitraje es 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 sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. A los efectos de este Artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual».

prácticamente carece de relevancia y, por ello, antes de examinar cuándo nos hallamos ante un arbitraje internacional, es preciso preguntarse la utilidad de esta definición.

Según la citada autora, el objetivo confeso de una regulación monista es convertir al país en plaza del arbitraje internacional, haciendo atractiva su localización en dicho país. Y ello implica diseñar una «ley amiga» que multiplique las posibilidades de obtener un laudo válido y ejecutable.

Por otro lado, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides (2006, p. 75) señalan que para definir el término «internacional» en el contexto del arbitraje comercial 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 o cuando (como suele ocurrir) se trata de una sociedad, la sede central de dirección y control societario.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina (2006, p. 821) señalan que el arbitraje de Derecho internacional, en principio, ha de abordarse desde un punto de vista negativo, ya que contempla litigios sobrevenidos en relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único Derecho nacional. Semejante aproximación al concepto de arbitraje internacional nos introduce ya en una problemática específica. Teniendo en cuenta la complejidad de la operación arbitral y la diversidad de elementos que en él concurren, será necesario determinar cuáles de ellos han de considerarse preferentes sobre los demás para la calificación del arbitraje como internacional.

Al respecto, García-Calderón Moreyra (2004, p. 41) sostiene que en el arbitraje internacional algún o algunos de los elementos materiales o adjetivos de litigio tienen relación con un país distinto de aquél al que están conectados los demás. Situaciones de este tipo son muy frecuentes en el campo del comercio internacional y cada Estado —en su Derecho interno— calificará los elementos que estime relevantes en la relación jurídica para considerarlo nacional o internacional.

El elemento relevante para determinar si estamos frente a un arbitraje internacional puede ser la nacionalidad de las partes, el domicilio de las partes o de los árbitros, el lugar de celebración o ejecución del convenio arbitral, la ley aplicable al procedimiento, la ley aplicable al fondo de la controversia, la sede del tribunal arbitral, la obligación que da origen al conflicto, entre otros (García-Calderón Moreyra, 2004, p. 44).

Para Merino Merchán y Chillón Medina (2006, pp. 821-822) parece, a simple vista, que no todos los elementos han de intervenir en igual medida para convertir en internacional un determinado tipo de arbitraje. Algunos son ciertamente relevantes — la nacionalidad, domicilio o residencia de las partes, el derecho aplicable al fondo o al procedimiento, lugar de la sede arbitral, materia mercantil internacional de la que deriva la controversia—; otros, sin duda —nacionalidad de los árbitros o de las

mercancías, lugar de conclusión o ejecución del contrato—, lo serán menos. En todo caso, será preciso dilucidar quién o con arreglo a qué normas establecerá la nacionalidad o internacionalidad del arbitraje.

Respecto de los criterios de internacionalidad, Mantilla-Serrano (2005, p. 54) señala que la noción jurídica de «domicilio» —que es empleada por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje peruana— es mucho más apropiada técnicamente que la de «establecimiento», noción comercial utilizada por la Ley Modelo Uncitral.

Sin embargo, Merino Merchán y Chillón Medina (2006, p. 896) no comparten esta posición, al sostener que la noción de establecimiento es más precisa y más acorde con las circunstancias de la relación jurídica de que la que deriva la controversia, entendida según el criterio de la comercialidad en su sentido más amplio, según la propia Ley Modelo.⁶

Asimismo, cabe señalar que la actual Ley de Arbitraje (al igual que la derogada) al referirse al arbitraje internacional ha eliminado el término «comercial», que sí está contemplado por la Ley Modelo Uncitral.

En efecto, como señala Cantuarias (2007, 185), a fin de evitar malas interpretaciones del término «comercial», se optó por eliminarlo, evitando —de esta manera— una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas. Ello, en tanto ni la propia Ley Modelo Uncitral proporciona una definición precisa de lo que se entiende por «comercial».

Ahora bien, el arbitraje internacional se encuentra regulado por el artículo 5 de la vigente Ley de Arbitraje, el cual señala lo siguiente:

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 éste, 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.

⁶ En efecto, para los citados autores, el domicilio es un criterio subjetivo y personal. La superación del criterio de nacionalidad de las partes como elemento delimitador obedece a consideraciones de ampliación del ámbito de aplicación para favorecer los intercambios entre personas y empresas originarias de Estados diferentes. El criterio del domicilio adolece de la misma insuficiencia que el de la nacionalidad de las partes (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, p. 895).

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

El literal a) del inciso 1 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje regula el supuesto en el que las partes —al momento de la celebración del convenio arbitral— tienen domicilios en Estados diferentes.

A nuestro entender, no importa que una de las partes tenga su domicilio en el Perú, en tanto la otra no lo tiene, ya que ello implica la presencia de un elemento extranjero.

Asimismo, cabe resaltar que el momento determinante a efectos de evaluar si estamos o no frente a un arbitraje internacional, es —como expresamente se señala— el momento de la celebración del convenio. Ello implica que una vez celebrado el convenio arbitral, no resulta relevante el hecho de que, por ejemplo, luego ambas partes domicilien en el Perú.

Sobre el particular, Yáñez Velasco (2004, p. 219) señala que en este supuesto se observa con claridad que los interesados pactaron un arbitraje internacional y el mismo se mantendrá pese a vicisitudes posteriores, salvo que un nuevo pacto (es decir, de todos los contratantes) altere las circunstancias.

El literal b) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al lugar «determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste». Ello significa —a entender de Mantilla-Serrano (2005, p. 55)— que no se requiere que el lugar conste expresamente en el convenio arbitral. Basta que el convenio arbitral, de manera directa (por ejemplo, dando la facultad a los árbitros de seleccionar dicho lugar) o indirecta (por ejemplo, mediante la remisión a un reglamento de arbitraje), permita su determinación para que pueda ser tenido en cuenta como criterio de internacionalidad.

Al respecto, Cantuarias (2007, p. 190) sostiene que en este supuesto forzosamente tendremos que concluir que se aplicará cuando ambas partes tengan sus domicilios en un mismo Estado diferente al Perú (ya que si tienen sus domicilios en estados diferentes, estaremos en el primer supuesto analizado). De esta manera, por ejemplo, si ambas partes domicilian en Argentina y deciden arbitrar en el Perú, pues lo harán en base a nuestras disposiciones arbitrales internacionales.

Por su parte, García-Calderón (2004, p. 48) coincide con Cantuarias, al afirmar que el lugar o sede del tribunal hace que un arbitraje sea internacional, incluso, si las partes de una relación jurídica están vinculadas a un solo ordenamiento.

De esta manera, García-Calderón señala que si ambas partes domicilian en el Perú, y la obligación principal se ejecuta en el Perú y el contrato se celebró en el Perú, pero la sede es en el extranjero, será un arbitraje internacional.

Se trata, según nos dice el citado autor, de una opción legislativa, pues se ha considerado relevante que la sede donde se lleve el arbitraje va a impregnar de un elemento internacional importante a todo el procedimiento, ya que el laudo arbitral, al haber sido emitido en un país distinto a aquél en el cual se quiere ejecutar, va a requerir de un procedimiento de reconocimiento y posterior ejecución de un laudo pronunciado en el extranjero.

Por otro lado, el literal c) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al «lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica» o al «lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha».

Merino Merchán y Chillón Medina (2006, p. 915) sostienen que «la relación más estrecha» es objeto de interpretación como concepto jurídico indeterminado y deberá ser realizado por los aplicadores.

Como bien señala Cantuarias (2007, 190), este supuesto resulta un tanto más complicado de precisar, ya que a diferencia de los dos criterios anteriores en los que basta apelar al elemento «domicilio» para confirmar o descartar la aplicación de las disposiciones arbitrales internacionales peruanas, aquí deberá probarse que la relación jurídica está vinculada con terceros Estados.

De esta manera, aun cuando ambas partes domicilien en el Perú, si acuerdan arbitrar en nuestro país, dicho arbitraje se desarrollará al amparo de las disposiciones sobre arbitraje internacional, siempre y cuando «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» se encuentre fuera del Perú (Cantuarias, 2007, p. 190).

Cabe señalar que la actual Ley de Arbitraje precisa que este supuesto se refiere a aquellos casos en que las partes domicilian en el Perú, a diferencia del literal b) del inciso 2 del artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje.⁷

Como bien señala García-Calderón (2004, p. 49), no será internacional si se dan otros elementos de conexión distintos a los señalados taxativamente. Así, si las partes domicilian en el Perú y celebran un contrato en el Perú para ser ejecutado en

⁷ Artículo 91.- «Ámbito de aplicación

Un arbitraje es internacional si:

[...]

2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

[...]

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

[...].».

Como se puede apreciar, si bien la derogada Ley General de Arbitraje no señalaba expresamente que este supuesto versaba para los domiciliados en el Perú, se podía entender que era así, habida cuenta de que si ambas o una de las partes domiciliaba fuera del Perú se aplicaba los criterios establecidos en el inciso 1 o en el literal a) del inciso 2 del citado artículo 91. Sin embargo, creemos adecuada la precisión contenida en la actual Ley de Arbitraje.

nuestro país, pero señalan que la ley aplicable será la ley colombiana, ese arbitraje seguirá siendo nacional, porque para el legislador peruano no es un elemento relevante la ley que regulará a los árbitros en la solución del fondo del conflicto.

Asimismo, cabe señalar que la Ley de Arbitraje —a diferencia del literal c) inciso 3 del artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral— no ha contemplado la posibilidad de que estemos frente a un arbitraje internacional cuando «las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado».

Sanders, Fouchard y otros (como se los citó en Cabaño Piñero, 2004, p. 90) critican este criterio consagrado en la Ley Modelo Uncitral, que permite a las partes acordar la internacionalización del arbitraje, sobre la base del fraude al Derecho interno a que puede dar lugar.

Por su parte, Mantilla-Serrano (2005, p. 55) sostiene que la no inclusión de una norma como la contenida en la Ley Modelo Uncitral, evita el riesgo de arbitrajes «internacionalizados» de manera artificial, ya que su inclusión hubiera permitido que el mero juego de la voluntad de las partes bastara para volver un arbitraje internacional.

Finalmente, conviene precisar que los criterios contemplados por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje son excluyentes. Es decir, bastará cumplir con uno de ellos para que podamos afirmar que nos encontramos frente a un arbitraje internacional.

Referencias

- Caivano, Roque J. (2000). *Arbitraje*. (2ª ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Cantuarias Salaverry, F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC.
- Carballo Piñero, L. (2004). Arbitraje internacional. En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- García-Calderón Moreyra, G. (2004). *El arbitraje internacional*. Lima: CECOSAMI S.A.
- Mantilla-Serrano, F. (2005) *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel.
- Merino Merchán, J. F. & Chillón Medina, J.M. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición .Navarra: Thomson Civitas.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N. & Partasides, C. (2006). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- Yáñez Velasco, R. (2004). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Correspondencia: Estudio Mario Castillo Freyre. Av. Arequipa 2327, Lince, Lima – Perú.

Recibido: 15/07/2014

Aprobado: 15/11/2014