

## Aplicación y alcances del artículo 136 de la Constitución de 1979

Ulises Montoya Alberti

### INTRODUCCION

**E**L ARTICULO 136 de la Constitución tiene como antecedente el artículo 17 de la Constitución de 1933 (1), el que, a su vez, tiene como origen la denominada doctrina Calvo.

En el análisis del contenido y alcances de estos artículos que tratan de la ley y jurisdicción aplicable a los contratos que celebra el Estado con los extranjeros, así como la renuncia a toda reclamación diplomática, se presenta junto al aspecto jurídico, el político; el mismo que influye en el estudio y consideración de estas materias.

Por otra parte, la realidad y situación de los años en que se aprueba el artículo 17 ha cambiado con el transcurso del tiempo. En ese entonces, los contratos se celebraban en el Perú y las actividades materia del contrato se ejecutaban dentro del país. Sin embargo, a partir de la década de los años sesenta, el acceso de los países en vías de desarrollo a los mercados internacionales de capitales y la necesidad de la inversión extranjera determinan que empiece a distinguirse claramente cuándo el Estado actúa

---

(1) Artículo 17 de la Constitución de 1933: "Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

en su capacidad de "jus imperio" y cuándo de "jus comercio". Estos aspectos van a tener incidencia en la aplicación e interpretación del artículo 17, así como en la aprobación del artículo 136 de la actual Constitución.

En este sentido, el estudio de los antecedentes del artículo 17 y las situaciones que se suscitaron durante su vigencia, permitirá una mejor comprensión de las razones y alcances del artículo 136.

En lo que se refiere al campo de aplicación del artículo 136, éste abarca, en lo que respecta a su primer párrafo, los contratos que celebren con extranjeros el Estado y las personas de derecho público. El tercer párrafo de dicho artículo concierne al sometimiento de las disputas de estas mismas entidades a tribunales judiciales o arbitrales constituidos por convenios internacionales de los cuales forma parte el Perú. En cuanto al segundo párrafo, que trata de la excepción a la jurisdicción nacional en los contratos de carácter financiero: no se menciona quiénes pueden hacer uso de ella. En consecuencia, debe entenderse que es aplicable a cualquier entidad del Sector Público. Sobre este último caso, se plantea si para el sometimiento a la ley y la jurisdicción extranjera basta únicamente que se trate de un contrato financiero, aunque las partes y toda la relación se desarrollen dentro del país; o si es que se requiere que dentro de la relación contractual exista un elemento de carácter extranjero, atendiendo al origen histórico de esta norma y a los principios del Derecho Internacional. Entendemos que sólo sería aplicable en este último caso.

## I. ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION DE 1933

### 1.1. Antecedentes del artículo 17

Entre los antecedentes del referido artículo, se debe mencionar la doctrina Calvo; la misma que surge como una reacción frente a la aplicación abusiva de la doctrina de la protección diplomática por parte de las potencias europeas con los países de América Latina.

Calvo insistió en que los Estados europeos debían aplicar y cumplir, en sus relaciones con los Estados latinoamericanos, las mismas normas que aplicaban en sus relaciones entre sí, en oposición al principio de la protección diplomática invocada por los Estados europeos para sustraer de la jurisdicción interna de un Estado latinoamericano las reclamaciones planteadas por sus ciudadanos.

Postuló los principios de no intervención e igualdad entre extranjeros y nacionales (2). Sostuvo que el extranjero debe conformarse con los recursos puestos por el Estado a disposición de los particulares y no más y que sólo en el caso de encontrar una auténtica denegación de justicia podría legalmente su país intervenir impartiendo protección (3).

Por otra parte, se distingue entre la doctrina Calvo y la cláusula Calvo. Los principios de la doctrina dieron origen a la cláusula. A diferencia de la doctrina, que se limitaba a equiparar el extranjero al nacional y a negar al primero mejores derechos o una mayor protección legal y judicial, la cláusula se propone eliminar por completo la protección diplomática mediante la renuncia a esta última por parte del propio extranjero. La cláusula es un complemento y desarrollo de la doctrina, en el sentido que perfecciona el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros en lo referente a las relaciones contractuales entre los segundos y el Estado de la residencia.

## 1.2. Historia

En el Perú, esta doctrina, señala Roberto Mac Lean, se comienza a incluir en los contratos que celebra el Estado con compañías extranjeras, siendo el primer caso que se tiene de su aplicación el de la Compañía Michigan que construyó el ferrocarril Lima-Callao. Sin embargo, al declarar el Gobierno rescindido el contrato por diversos motivos, el mismo que incluía la cláusula de exclusividad de la competencia de los tribunales nacionales, las partes reclamantes sostuvieron que no podía aplicarse la cláusula de un contrato rescindido y, de esta manera, se sustrajo las causas de los tribunales peruanos. Esta situación se repite en los casos Dreyfus, Canevaro y el de la London Pacific (4). En vista de este impase se utilizó otra modalidad. En lugar de una cláusula contractual se incluyó en la Constitución de 1933 un artículo, que fue el 17, que estableció la jurisdicción exclusiva de los tribunales peruanos en materia de compañías que celebraban contratos con el Estado.

---

(2) CALVO, Carlos, *"Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América"*, París. D'Amyot, 1880. T. I. pág. 449.

(3) CALVO, Carlos. *Ibid.* pág. 434.

(4) MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. *"El Derecho Internacional Privado y la Constitución"*. Rev. de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 43. Nos. 1, 2 y 3. Enero-Diciembre, 1979, págs. 72 y 73.

### 1.3. *Ambito de aplicación*

Sobre el ámbito de aplicación de este artículo caben dos interpretaciones: a) una interpretación literal que obligaría al Estado a contratar, en todo caso, con sometimiento expreso a su propia jurisdicción; y b) otra racional que sí permitiría al Estado someterse a una jurisdicción extranjera, en ciertas circunstancias, sin que ello determine la nulidad del contrato. Se observa, en lo que respecta a la interpretación literal, que la Constitución sólo tiene imperio respecto de los bienes y personas existentes dentro de la frontera del país y sus alcances extraterritoriales se circunscriben a asuntos relativos a la nacionalidad, al estado y capacidad civil y a los derechos de familia y sucesiones.

La segunda interpretación se basa en la doctrina territorialista que sostiene que la Constitución tiene efectos circunscritos al territorio nacional. En consecuencia, ella se aplica sólo a las compañías que se formen o trabajen en el Perú y celebren contratos con el Estado para actuar dentro del territorio nacional, no siendo aplicable a una entidad que no está establecida en el país y que no contrata en el Perú y, por tanto, no puede imponerse la ley peruana en el extranjero, donde se tiene que respetar el derecho de los otros Estados a aplicar sus leyes dentro de sus propios territorios.

Un estudio del diario de los debates de la Asamblea Constituyente (5), referente a las discusiones que suscitó la aprobación de este artículo, muestra que la intención de los autores que redactaron el artículo 17 fue la de evitar la intervención diplomática en defensa de los derechos de las personas no peruanas, bajo el pretexto que acuerdos a realizarse dentro del país podrían llegar a ser asunto de discusión bajo las leyes extranjeras, o en tribunales extranjeros o sujetos a la intervención de embajadores extranjeros.

Lo que estuvo en mente de los constituyentes que intervinieron en el debate fue el caso concreto de los inversionistas extranjeros, así como de aquellos extranjeros que obtenían concesiones del Estado.

Las situaciones que surgen posteriormente, como la participación del Estado o sus entidades en el campo internacional, como el caso de la

---

(5) Sesión, 49, del 16 de Octubre de 1952.

concertación de préstamos y la comercialización de productos, no existían en ese entonces y, por lo tanto, no pudieron tomarse en cuenta.

En este sentido, se va a distinguir los contratos que se ejecutan de los que no se ejecutan dentro del país.

La determinación del alcance territorial del artículo 17 no se presenta sino hasta la década de los años sesenta, en que se tiene acceso a fuentes crediticias externas exigiéndose que los contratos se sometan a leyes y tribunales extranjeros.

Este criterio de la aplicación territorial del artículo 17 se observa en las opiniones legales que se emiten en relación con los contratos de préstamos bancarios, que generalmente requieren los acreedores antes de efectuar la entrega del dinero, las que deben declarar, para que dicha entrega proceda, que la celebración del contrato y las obligaciones que de él se deriven se han aprobado conforme a las leyes del país que no se viola ninguna ley o disposición de la República, y que las obligaciones que se contraen en virtud del contrato son válidas y exigibles. Por regla general, las opiniones emitidas son tres: una, que corresponde a una dependencia del Sector Público, la que cuando se trata de créditos a la República corresponde al Director General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas; y, las otras, a los abogados peruano y extranjero de los prestamistas.

En lo que se refiere a las opiniones legales de los abogados peruanos de los bancos extranjeros, éstos también fundamentaron los alcances territoriales de dicho artículo.

Esta interpretación del texto constitucional fue ratificada por los Decreto-Leyes Nos. 19988 y 20050, los mismos que se tratan más adelante.

Asimismo, las opiniones emitidas en diversas oportunidades por entidades del Sector Público sostuvieron en forma coherente, a través de los años, el carácter territorial del artículo 17 (6).

---

(6) Informe s/n de la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Comercio sobre el contrato de préstamo entre la República del Perú y el KFW por 80'000,000 de Marcos Alemanes para el proyecto Tinajones, de fecha 22 de Julio de 1964.  
- Informe No. 1147 de la misma Dirección General sobre el contrato entre el Ministerio de Marina y la firma AEG-Telefunken, de fecha 13 de Julio de 1970.  
- Memorandum del Banco Central de Reserva, de fecha 7 de Julio de 1970.

### 1.3.1. Aplicación del artículo 17 a partir de los años sesenta

El desenvolvimiento que alcanza el mercado del eurodólar en la segunda mitad de la década del sesenta y la necesidad de los bancos de colocar los recursos provenientes de dicho mercado determina que los países en vías de desarrollo tengan acceso a éstos. Por otra parte, en nuestro caso, en los primeros años de dicha década el Estado interviene en sectores que anteriormente correspondían exclusivamente al sector privado, realizando en el campo internacional actividades de importación, exportación y de comercialización de productos.

Surge, entonces, el aspecto referente a qué ley y tribunal se someterían esta clase de operaciones. Los prestamistas así como los compradores requerían el sometimiento a leyes y tribunales diferentes a los del Perú.

En el caso concreto de los contratos de préstamo, en un principio se establece la intención de las partes de someterse a leyes y tribunales extranjeros en la medida permitida por nuestra legislación. Por otro lado, se mencionaba que en la medida que lo requiriese el artículo 17 de la Constitución los prestamistas se sometían a las leyes y tribunales de la República del Perú.

### 1.3.2. Mención del artículo 5to. del Estatuto del Gobierno Revolucionario

Los contratos de financiamiento externo, de acuerdo a la normatividad vigente de ese entonces, artículo 79 de la ley 16360, debían ser aprobados por Decreto Supremo con el voto del Consejo de Ministros, previa visación de la Contraloría General de la República y opiniones favorables de las Direcciones Generales de Crédito Público y de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas.

Para solucionar el problema que se presentaba en los contratos, con el artículo 17 de la Constitución, al mencionarse el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros, los dispositivos legales aprobatorios de éstos en su parte considerativa mencionan como fundamento, a partir del año de 1971, el artículo 5to. del Estatuto del Gobierno Revolucionario de 1968, el mismo que no reconocía la vigencia de la Constitución y Leyes

del Estado, sino en la medida en que una y otras le fuesen compatibles (7).

El aspecto referente a la cita de dicho artículo 5to., fue el resultado de coordinaciones realizadas, a partir del 14 de Abril de 1971, con el Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República (COAP) para la concreción de las operaciones de crédito externo del Estado con extranjeros, en los cuales se consignaba cláusulas de arbitraje (8).

La mención al artículo 5to. fue contemplado por la Contraloría en la oportunidad de la visación que otorgó al Decreto Supremo No. 104-71-EF, de fecha 10 de Agosto de 1971, aprobatorio del Contrato celebrado entre el Gobierno Peruano y la firma Orvind Lorentzen de Oslo-Noruego, para la construcción de 2 buques graneleros, considerando la conveniencia y urgente necesidad de concertar tal operación, sugirió que la omisión del sometimiento del citado contrato a la jurisdicción y leyes peruanas, que contemplaba el artículo 17 de la Constitución, fuera superado citándose el artículo 5to. del Estatuto Revolucionario con carácter excepcional (9).

Posteriormente, la Contraloría manifestó su preocupación por la frecuencia con que se venía invocando, en los Decretos Supremos aprobatorios de contratos en los que era parte el Estado, el artículo 5to. como norma supletoria del artículo 17, concluyendo que solamente como excepción, y en casos debidamente fundamentados, procedería salvarse la omisión constitucional con lo que disponía el Estatuto (10).

Por otra parte, en el año 1972, asesores del Ministerio de Economía y Finanzas y de Petróleos del Perú (PETROPERU), manifestaron a la Contraloría que el COAP no era de opinión de que se citara el artículo

- 
- (7) Estatuto del Gobierno Revolucionario. Decreto-Ley No. 17605. Artículo 5to: "El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, leyes y demás disposiciones, en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario". (Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República. La Revolución Nacional Peruana: Manifiesto, Estatuto, Plan Lima, COAP, 1974, pág. 32).
- (8) Oficio No. 2769-084-CGR, de 27 de junio de 1972, del Contralor General de la República al Ministerio de Economía y Finanzas.
- (9) Citado en el Oficio No. 3615-CG/CAL, de 2 de Noviembre de 1971, del Contralor General de la República al Ministro de Economía y Finanzas.
- (10) *Ibíd.*

Sto., luego de analizar el espíritu —a través del Diario de los Debates— del artículo 17 de la Constitución (11).

Este planteamiento la Contraloría lo encontró procedente, pero recomendó como una de las formas de salvaguardar la unidad de criterio, la conveniencia que en el Acta de una Sesión del Consejo de Ministros se sentase una definición confirmando el espíritu que imperó al establecerse el artículo 17 de la Constitución y que se infería del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, consideraba que en los contratos que se realicen de Gobierno a Gobierno y los que se realicen visualizando financiaciones y refinanciaciones extranjeras con Organismos Internacionales y con Gobiernos Extranjeros debían tener un tratamiento especial (12).

### 1.3.3. Decreto—Leyes Nos. 19988 y 20050

Dentro del criterio político de ese entonces, donde el Estado no sólo debía limitarse al aspecto tutelar de las relaciones económicas de los gobernados, sino al aspecto promotor que le permitiese llevar a efecto las acciones que le fuesen más beneficiosas con el objeto, a su vez, que éstos fuesen aplicados mediante los mecanismos establecidos al desarrollo socioeconómico del país, la interpretación estricta del artículo 17 significaba limitaciones en las actividades que realizaba en el campo financiero y de comercialización de minerales y de harina y aceite de pescado.

Estas circunstancias dieron lugar a que en Octubre de 1972 se celebrasen reuniones con representantes de las diversas empresas públicas para estudiar las consecuencias de la aplicación del mencionado artículo en sus actividades. Resultado de dichas reuniones fue el planteamiento de un Decreto—Ley que interpretase los alcances del artículo 17.

En cuanto al aspecto financiero, la aparición en los últimos años de nuevas fuentes de financiamiento accesibles al país, canalizadas a través de bancos no habituados a celebrar Convenios sobre dichas bases, demandaron un pronunciamiento legal y claro que permitiese el sometimiento de los contratos a las leyes y tribunales extranjeros.

---

(11) Citado en el Oficio No. 2769-084-CGR, de 27 de Junio de 1972.

(12) *Ibid.*

En este sentido, si bien el espíritu del artículo 17 y de la cláusula Calvo fue el de evitar caer en una de las formas de dependencia hacia el capital extranjero, una interpretación estricta podía constituir, se sostenía, un lastre insuperable si se pensaba en los términos actuales de la política económica e internacional del país. Por ello, se sostenía, resultaba necesaria la dación de una norma que sin desnaturalizar el principio de la soberanía auténtica liberase las trabas que pusiesen a la actividad económica internacional del Estado en situación desventajosa de competitividad.

El Anteproyecto interpretativo mencionado dio lugar a opiniones divergentes de algunas entidades, como el Instituto Nacional de Planificación, para quien era un argumento débil señalar que las actividades que en ese entonces desplegaba el Estado no estaban previstas en la norma constitucional, además de indicar las connotaciones políticas que tenía una norma de esta naturaleza, y que los términos demasiado generales y vagos en que había sido redactado el Anteproyecto de Decreto-Ley impedía apreciar los casos concretos en que sería aplicable, así como que la letra del artículo 17 era determinante y no admitía interpretación alguna (13).

Por su parte, el Consejo Nacional de Justicia sostuvo, absolviendo una consulta formulada por el COAP, que el artículo 17 de la Constitución no se refería a las operaciones de carácter industrial o comercial que se desarrollaban en ese entonces a través de entidades especialmente constituidas por el Estado al efecto (14).

En cuanto al Anteproyecto de Decreto-Ley interpretativo, este Organismo opinó que el texto presentaba una amplitud excesiva; pues las excepciones parecerían anular el campo en que se aplicaría la regla general. Sin embargo, una de sus conclusiones fue que era necesario precisar los alcances del artículo 17, para lo cual el Gobierno Revolucionario podía hacer uso de las facultades de que estaba investido (15).

Por otra parte, en relación con dos Anteproyectos de Decreto-Ley interpretativos del artículo 17, remitidos posteriormente a dicho organismo, uno redactado por el Ministerio de Economía y Finanzas y, el otro,

---

(13) Oficios Nos. 052-73/07-INF, de 8 de Febrero de 1973, y 103-73/DT-INF, de 2 de Abril de 1973.

(14) Oficio No. 6868-CNJ, de 19 de Diciembre de 1972.

(15) Oficio No. 0294-CNJ, de 24 de Enero de 1973.

por el COAP, en opinión emitida a solicitud de este último (16), expresó que no era indispensable la expedición de un instrumento legal que interpretando el artículo 17 de la Constitución declarase que estaban exceptuados de las prescripciones contenidas en dicha norma los contratos que celebrasen las instituciones públicas descentralizadas y las empresas públicas, en razón de que éstas no sólo habían venido funcionando sin que se hubieran presentado problemas de naturaleza insalvable; añadiendo, además, que cualquier modificación de dicho artículo en tal sentido podría ser considerada por el sector oponente al Gobierno como una claudicación en la defensa de la soberanía nacional, que precisamente cautela dicha norma constitucional, estimando que la expedición de un dispositivo legal sobre esta materia importaba una decisión de carácter político más que jurídico. Sin embargo, ya que se consideraba imprescindible la expedición de dicho instrumento legal, introdujo algunas modificaciones en el Anteproyecto formulado por el COAP destinadas a perfeccionar su forma (17).

El Anteproyecto, con las modificaciones propuestas, fue materia de análisis por el Instituto Nacional de Planificación y la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas. El primero de los nombrados, a fin de encontrar una solución adecuada que conjugase los requisitos técnicos como políticos del problema, formuló una versión sustitutoria (18). El texto final fue aprobado mediante Decreto-Ley No. 19988, de 13 de Abril de 1973 (19), estableciendo que las actividades comercial, financiero o industrial desarrolladas por organismos empre-

---

(16) Oficio No. 0097-COAP, de 31 de Enero de 1973.

(17) Oficio No. 0970-CNJ, de 15 de Marzo de 1973, Parte Resolutiva del Anteproyecto con las modificaciones introducidas por el Consejo Nacional de Justicia. "Artículo único.— Las operaciones de carácter industrial o comercial que el Estado desarrolle a través de organismos públicos descentralizados de naturaleza empresarial, especialmente constituidos por el Estado para tal efecto, se regirán por sus propias leyes y estatutos y por las normas pertinentes del Derecho Internacional".

(18) Oficio No. 103-73/DT-INP, de 2 de Marzo de 1973, Texto adjunto: "Artículo único.— Las operaciones de carácter comercial, financiero o industrial que sean desarrolladas fuera del territorio de la República por organismos públicos de naturaleza empresarial podrán registrarse excepcionalmente por las prácticas de comercio internacional y por las normas del Derecho Internacional generalmente aceptadas para este tipo de operaciones, sin perjuicio del trámite de operación vigente".

(19) Decreto-Ley No. 19988.— "Artículo único.— Las operaciones de carácter comercial, financiero o industrial que sean desarrolladas fuera del territorio de la República por organismos públicos descentralizados o de naturaleza empresarial, podrán registrarse, excepcionalmente, por la práctica del Comercio Internacional y por las normas de Derecho Internacional generalmente aceptadas para ese tipo de operaciones sin perjuicio del trámite de aprobación vigente".

sariales del Estado fuera del territorio de la República pudiesen regirse excepcionalmente por las prácticas del Comercio Internacional y por las normas de Derecho Internacional aceptadas para este tipo de operaciones.

En cuanto a las causas de la dación del Decreto-Ley No. 20050, de fecha 5 de Junio de 1973, se puede mencionar la emisión de bonos que el Perú pensaba realizar en los mercados financieros del Japón y de la República Federal de Alemania, exigiendo la práctica que éstas fuesen concertadas o efectuadas a nombre de la República, así como el sometimiento por parte de ésta a leyes y tribunales extranjeros, se plantea entonces la manera en que se podía dar forma a dicha solicitud (20). El dispositivo legal mencionado faculta al Banco de la Nación y a la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) a actuar, en los casos que sean requeridos por cuenta y en representación del Estado, en operaciones de crédito externo y emisiones de Bonos en el Mercado Internacional de Capitales, de conformidad con el régimen legal de sus operaciones (21).

#### 1.3.4. Contrato del Oleoducto Nor-Peruano

Los dispositivos antes mencionados, así como la sumisión a las leyes y tribunales extranjeros, y al arbitraje que se habían pactado en diversos contratos de préstamo no dieron lugar a mayores comentarios, hasta la celebración de los contratos que permitieron la financiación del Oleoducto Nor-Peruano, los que consideraban cláusulas de sometimiento a las leyes y tribunales extranjeros así como al arbitraje. Dichas cláusulas dieron lugar a un debate a nivel nacional que permitieron clarificar conceptos y alcances que más tarde tendría en cuenta la Asamblea Constituyente al redactar el artículo 136 de la actual Constitución.

Como antecedente del Contrato del Oleoducto Nor-Peruano, se debe mencionar el denominado Acuerdo Básico suscrito, con fecha 24 de Mayo

---

(20) Memorándum de COFIDE a la Dirección General de Crédito Público, de fecha 29 de Mayo de 1973.

(21) Decreto-Ley No. 20050.— "Artículo único.— Facúltase al Banco de la Nación y a la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) para que en los casos que sean requeridos celebren en el Mercado Financiero Internacional operaciones de crédito y emisión y colocación de bonos por cuenta y en representación del Estado, de conformidad al régimen legal aplicable a sus operaciones y de acuerdo a las normas y prácticas de tales operaciones en el referido Mercado, sin perjuicio del trámite de aprobación vigente".

de 1974; entre PETROPERU y la COFIDE, por una parte, y la Japan Petroleum Development Corporation (JPDC) por la otra, en el cual JPDC convenía en financiar el capital requerido por PETROPERU para la exploración y explotación del área de la Selva Norte que operaba, así como la construcción del Oleoducto Nor-Perú hacia la Costa del Pacífico, acordándose, por otro lado, las condiciones en que se le suministraría petróleo crudo y productos refinados, las que fueron posteriormente incorporadas en el Convenio Básico y los Convenios de Préstamo y de Suministro. El repago del préstamo y de los intereses fue garantizado por COFIDE en representación de la República.

Es conveniente tener presente las circunstancias que motivaron el interés del Japón en realizar esta clase de compromisos. En Octubre de 1973, tuvo lugar una nueva guerra entre los árabes y los israelíes. El suministro de petróleo por parte de los árabes a los países occidentales fue utilizado como elemento de presión para que apoyasen la causa árabe. Este hecho dio lugar a que el Japón, país dependiente de ese petróleo, buscara fuentes alternativas en otros países a efectos de evitar futuras presiones.

En el Perú, hacía poco tiempo que se había descubierto yacimientos de petróleo en la Selva y se tenía la creencia que éstos eran de una gran magnitud, lo que dio lugar a que el Japón demostrara interés en su desarrollo, a fin de que dicho petróleo fuese una de sus fuentes alternativas de abastecimiento.

En este sentido, las primeras reuniones se realizaron en el mes de diciembre de 1973, ofreciéndose en ese momento mejores condiciones a las que posteriormente se pactaron en Mayo de 1974.

El Acuerdo de 24 de Mayo de 1974 establecía que una vez aprobado por los Gobiernos del Perú y de Japón, las partes se comprometían a iniciar inmediatamente y finalizar los Contratos de Préstamos y Venta de Petróleo Crudo y Productos Refinados.

Las negociaciones de los contratos tuvieron lugar en Lima hasta el mes de Julio de ese año, y en Tokio, durante el mes de Agosto, donde se concluyó y firmaron el 28 de dicho mes, aprobándose posteriormente mediante Decreto Supremo No. 234-74-EF, de 10 de Septiembre de 1974. Se convino en un Contrato Básico, con la denominación de Contrato Básico para Préstamos, Suministro de Petróleo Crudo y Productos Refinados, que establecía el vínculo de toda la operación, derivándose

de dicho Contrato la celebración de dos Contratos de Préstamo y un Contrato de Suministros y Productos Refinados.

Para el Japón, el aspecto esencial y razón de ser de la operación era el contrato de suministro, para el Perú fueron los préstamos. El contrato de suministro no se explicaba sin éstos.

El Contrato Básico fue suscrito por una parte, por PETROPERU y COFIDE. Este último como Garante en representación de la República y, por la otra, por JPDC, entidad pública del gobierno del Japón, y Japan Perú Oil Co. Ltd. (JAPECO), el mismo que establecía la celebración de dos Contratos de Préstamo y uno de Suministro.

El Contrato de Préstamo denominado No. I, hasta por un monto de Yenes Japoneses equivalente a Cien Millones de Dólares Americanos (US \$ 100'000,000), destinados a los programas de PETROPERU y exploración y explotación de la Selva Norte, fue suscrito por las partes arriba mencionadas.

El Contrato de Préstamo No. II lo celebraron PETROPERU y COFIDE, por una parte, y JAPECO, por la otra; siendo por un monto en Yenes Japoneses equivalente a Doscientos Treinta millones de dólares americanos (US \$ 230'000,000), destinado a financiar parte de la construcción del Oleoducto Nor-Peruano y las facilidades portuarias del puerto de Bayóvar.

Estos préstamos serían, en principio, pagados en especie, en un plazo de 14 años, que incluía un período de gracia de 4 años a un tipo de interés anual al rebatir del 6 o/o para el caso del Préstamo I, y de 6.5 o/o para el caso del Préstamo II. Por otra parte, los intereses que se devengaban durante el período de gracia se podían cancelar mediante préstamos adicionales a otorgarse por el prestamista en las mismas condiciones que el préstamo principal.

El Contrato de Suministro que lo suscribieron PETROPERU y JAPECO estableció la venta por el primero al segundo de una cantidad total de 153.3 millones de barriles de crudo y 102.2 millones de barriles de productos refinados; los que serían recibidos como pago en especie para el reembolso del capital e intereses del préstamo otorgado según los Contratos de Préstamo I y II.

En lo que se refería a la jurisdicción y a la ley aplicable, la cláusula 4.02 del Convenio Básico y las cláusulas 13.2 de los Convenios de Préstamo

mo I y II estipulaban que los contratos mencionados se regirían por las leyes del Japón y que serían interpretados de acuerdo a las mismas. En cuanto a las acciones legales que se promoviesen contra PETROPERU o el Garante, éstas serían resueltas por los tribunales del Japón, o por cualquier otro Tribunal fuera del Japón que tuviese jurisdicción, a elección de los prestamistas, renunciando PETROPERU a cualquier inmunidad de jurisdicción que pudiera invocar. Por su parte, el Garante se comprometía a no invocar la inmunidad de soberanía.

En lo que concernía al Contrato de Suministro, por la cláusula 17.2 se pactaba que las diferencias entre las partes serían resueltas mediante arbitraje que sería efectuado en Londres, Inglaterra, el mismo que aplicaría primeramente las disposiciones del Contrato y luego la legislación inglesa, renunciando ambas partes a cualquiera excepción de jurisdicción que pudiesen invocar, incluso la excepción fundada en la inmunidad de soberanía.

Durante la negociación, la parte japonesa propuso que la jurisdicción y la ley aplicable de dichos Contratos estuviesen regidos por sus leyes y que el organismo competente para resolver las controversias fuesen las cortes de su país.

Por su lado, la parte peruana por intermedio de PETROPERU (22), planteó que los Contratos fuesen firmados en el Perú y que todas y cada una de las obligaciones y derechos provenientes de dichos Contratos estuviesen regidas e interpretadas por las leyes del Perú y que JPDC y JAPECO se sometiesen a la jurisdicción de los Jueces y Tribunales de Lima, Perú, basándose para no aceptar lo planteado por la parte japonesa que en estos contratos participaban PETROPERU que era una empresa pública y COFIDE que representaba a la República.

JPDC y JAPECO, por comunicaciones dirigidas a PETROPERU, con fecha 15 de Agosto de 1974, de texto similar, no aceptaron la propuesta respecto a la ley aplicable, la jurisdicción y el lugar de firma, señalando que ellos estaban asumiendo compromisos en dichos contratos con la asistencia de The Export Import Bank of Japon, la cual es también una empresa pública y limitada a escoger la ley y jurisdicción; JAPECO mencionaba, además de esta última entidad, a JPDC (la cual también era

---

(22) Oficios LEG-189 y 190, de fecha 4 de Agosto de 1974, dirigidos por PETROPERU a JPDC y a JAPECO, respectivamente.

un organismo del Gobierno japonés), enfatizando que la costumbre en las transacciones internacionales de este tipo es que el prestamista escogiera la ley aplicable y la jurisdicción, y que siendo PETROPERU un organismo público descentralizado, como se expone en los Decreto—Leyes Nos. 19988 y 20050, los mencionados contratos podían firmarse en el Japón y estar regidos por las leyes de ese país. En consecuencia, solicitaban que la parte peruana reconsiderara su posición y retirase su requerimiento formulado a efectos que la transacción fuese concluida en forma exitosa.

Durante las negociaciones, se obtuvo que en el Contrato de Suministros, la referencia a la ley y jurisdicción del Japón se sustituyese por el arbitraje en Londres.

La importancia de estos recursos fue que se le consideraba como punto de partida para obtener otras financiaciones que permitiesen ejecutar la construcción del Oleoducto Nor-Peruano. Dicha construcción fue realizada por diversas compañías, las que en sus contratos estipularon el sometimiento a las leyes y tribunales del país.

Años más tarde, la Resolución Suprema No. 234-82 EM/VM, de 23 de Julio de 1982, que tuvo por finalidad regular un aspecto del transporte de los suministros, en su parte considerativa señalaba que los contratos de préstamos y, en especial, el contrato de suministro de petróleo crudo y productos refinados se estaba ejecutando en términos favorables para PETROPERU, y para el país, por las condiciones y precios que venía obteniendo esa empresa, como resultado de las negociaciones que, de acuerdo con este último, se realizaban periódicamente, considerándose de interés público facilitar su ejecución.

## II. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 136.— *ANTEPROYECTO Y PROYECTO ESTRUCTURADO POR LA COMISION PRINCIPAL DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE*

Como antecedente del artículo 136, se debe mencionar los documentos preparatorios que sirvieron de base para su elaboración. La Comisión Especial No. 4, sobre régimen económico y financiero presentó a consideración de la Comisión el artículo 25 (23), el mismo que aclaraba

---

(23) Artículo 25 del Proyecto de la Comisión Especial No. 8: "Las empresas nacionales o extranjeras que actúan en el territorio nacional, están sujetas sin restricciones a las leyes de la Repó-

la primera oración del artículo 17 de la Constitución de 1933, referente a la sumisión de las empresas a las leyes y tribunales de la República, mencionando que eran las que actuaban en el territorio nacional. De las discusiones en el seno de dicha Comisión (24), se cambió el término "que actúen en el territorio nacional" por el de "domiciliadas en el territorio nacional". Asimismo, en la segunda oración concerniente al sometimiento a las leyes y tribunales de República y la renuncia a toda reclamación diplomática en los contratos que los extranjeros celebren con el Estado, especificó que debía de tratarse de extranjeros domiciliados, incluyéndose en esta relación, además del Estado, a sus empresas. Dicho criterio se adoptó como fruto de los alcances que habían sido proporcionados por el Banco Central de Reserva, y basándose que la jurisdicción nacional corresponde a todos los que están actuando domiciliados en el país. En dichas discusiones se planteó, además, que en el artículo se mencionase la nulidad en el caso de la falta de sometimiento a las leyes y tribunales, criterio que no fue considerado en razón de que se sostuvo que faltándose a una condición sustantiva había una nulidad de hecho.

Este artículo, con los añadidos y modificaciones, va a corresponder al número 124 (25). El que incorpora la posibilidad de someter las controversias del Estado y las personas de Derecho Público, derivadas de contratos celebrados con extranjeros, a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales sea parte el Perú. En dicho proyecto se observa que no se menciona en su primera oración la referencia a las empresas nacionales. Sobre este punto, se vertieron opiniones, como la del Dr. Andrés A. Aramburú Menchaca que expresó que le parecía ocioso decir que "las empresas nacionales están sujetas a las leyes de la República" ya que es obvio que toda empresa

---

blica. En todo contrato del Estado celebrado con extranjeros o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

(24) Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, 1978-1979, Diario de los Debates, Publicación Oficial, Lima, Perú, Tomo II, Págs. 282 y sgts. Sesión 18va., de 17 de Enero de 1979 de la Comisión Especial No. 8.

(25) Artículo 124 del Anteproyecto de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente.- "Las Empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato celebrado en el Perú por el Estado y sus empresas o entes de Derecho Público, celebrados con extranjeros o en las concesiones que otorgue aquél a favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

"El Estado y las personas de jurídicas de Derecho Público interno pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales sea parte el Perú".

nacional está sujeta a las leyes de la República, y que es obvio, también, que todo extranjero o persona jurídica o natural está sujeta a las leyes de la República; habiendo sugerido que se eliminase del artículo 25 la primera parte, y que éste debía empezar de la siguiente manera "En todo contrato con el Estado . . ." (26)

En las discusiones habidas en torno al artículo 124, se propuso incluir la referencia a los "bienes situados en el territorio nacional". Dicho artículo, con las modificaciones y sugerencias, fue reenumerado con el 125 (27), el que prácticamente era igual al primero de los mencionados, conteniendo sólo algunas modificaciones mínimas de redacción. Dicho texto formó parte del primer Proyecto presentado por la Comisión Principal de Constitución a la Asamblea Constituyente, con fecha 27 de Marzo de 1979.

Estos artículos precisaban, en la primera oración de su primer párrafo, los alcances del artículo 17, al señalar que debía tratarse de empresas extranjeras domiciliadas en el Perú. Por otra parte, en lo que se refería a los contratos que celebre el Estado o sus entes con extranjeros, aspecto que trata la segunda oración de dicho párrafo, igualmente se especificaba que son aquéllos que se celebren en el Perú, el artículo 125 añadía la referencia a los contratos que tengan por objeto bienes situados en el territorio nacional.

Los proyectos mencionaban el "Estado y sus empresas o entes de Derecho Público, con lo que se incluían a todas las empresas del Estado, aun las constituidas bajo la forma de Derecho Privado.

El segundo párrafo de estos artículos permitía el sometimiento de las controversias a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales en los cuales fuese parte el Perú.

---

(26) Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial, Tomo II, pág. 288. Sesión 18va. de la Comisión Especial No. 8.

(27) Artículo 125 del Proyecto de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente.— "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que, en el Perú, el Estado y sus empresas o entes de Derecho Público celebren con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, y en los que tengan por objeto bienes situados en el territorio nacional, debe constar el sometimiento expreso de los extranjeros a las leyes y los tribunales de la República, y su renuncia a toda reclamación diplomática".  
"El Estado y las personas jurídicas de Derecho Público interno pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales en los cuales sea parte el Perú".  
Publicado en el Diario "El Peruano", de fecha 2 de Abril de 1979.

Luego de los debates, el texto del artículo 125 (proyecto sustitutorio) (28), aprobado por la Comisión Principal de Constitución fue sometido al Plenario de la Asamblea Constituyente, el 8 de Mayo de 1979, teniendo lugar algunas modificaciones importantes. En la segunda parte del primer párrafo, se suprimió el término "empresas", por lo que sólo quedaban sujetas a este mandato el Estado y los Entes de Derecho Público. Pero, lo más importante fue la eliminación de la referencia geográfica con respecto al lugar de celebración de los contratos.

La Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente en su Sesión No. 43 de 8 de mayo de 1979, al considerar las modificaciones propuestas al Capítulo IV De la Empresa, durante el debate habido en la Asamblea, acordó como constancia interpretativa, la siguiente declaración: "la norma del primer párrafo del artículo 125 no incluye a las empresas del Estado, públicas o privadas, que realizan actos de comercio internacional".

La redacción final correspondió al artículo 136 (29). Domingo García Belaunde, al comentar el artículo 136, expresó que: "la Asamblea trabajó el texto en medio de dos grandes presiones: la del Gobierno de facto saliente, y la de los electores de los grupos ahí instalados. Se trataba, pues, de complacer a ambos, aun cuando a veces no lo hicieron con ninguno".

"Las ponencias algo revelan sobre esto, . . . el artículo 125 al señalar la obligatoriedad de que todo contrato con extranjeros quede sujeto a las leyes y tribunales peruanos, se añade —con respecto a los contratos— que son los que realizan en el Perú. Esta frase, que era tan sintomática, fue eliminada dentro del juego de mutuas concesiones que hizo la Asam-

(28) Artículo 125 (proyecto sustitutorio) aprobado por la Comisión Principal de Constitución y sometido al Plenario de la Asamblea Constituyente.— "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que celebre el Estado o los entes de Derecho Público con extranjeros o en las concesiones que otorguen aquéllos a favor de éstos, deben constar el sometimiento expreso de los extranjeros a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

"Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero".

"El Estado y las personas jurídicas de Derecho Público interno pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales en los cuales es parte el Perú".

(29) Artículo 136 de la Constitución.— "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de Derecho Público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

"Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero".

"El Estado y las personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

blea. Quitada la referencia geográfica del Perú, el enunciado es genérico y, en consecuencia, absoluto. La solución que se encontró fue eliminar la parte referente a empresas de Derecho Público y Derecho Privado, sustituyéndola por la más precisa de personas de Derecho Público (parece ser que el concepto de Derecho Privado asustó a más de uno)". Continúa diciendo que "de la revisión antedicha se desprende que el constituyente introdujo una modificación a sabiendas, a fin de evitar un eventual "rechazo político" al texto" (30).

### III. ALCANCES DEL ARTICULO 136

#### III.1. Primer párrafo del artículo 136

El primer párrafo del artículo 136 comprende, en su primera oración, lo referente a la sujeción a las leyes de la República por parte de las empresas extranjeras; y, en la segunda oración, la necesidad de que figure en los contratos que celebran el Estado o las personas de Derecho Público o en las concesiones que otorgue el sometimiento a las leyes y tribunales de la República, así como la renuncia a la reclamación diplomática.

Se observa, en este párrafo, que se emplea el término "empresa" en lugar de "compañía" como decía el artículo 17 de la Constitución de 1933; por tanto, la referencia es a una actividad prescindándose de la persona jurídica que la realiza y de la forma de carácter societario.

A diferencia del artículo 17, el cual se refería a que las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, estaban sujetas a las leyes de la República, el artículo 136 precisa que son las empresas domiciliadas. Sí, bien, el artículo 17 no precisaba este aspecto, se interpretó que el mismo se refería a las compañías domiciliadas, sean nacionales o extranjeras, en virtud del principio de la territorialidad de la ley.

Por otra parte es a través del domicilio, el cual es uno de los requisitos para poder ejercer actividades comerciales o mercantiles en el país que las empresas extranjeras quedan sujetas, sin restricción, a las leyes de la República. Sobre este aspecto, el artículo 15 del Código de Comercio señala que los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en el Perú, con sujeción a las disposiciones del Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio peruano, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación. En lo que respecta a las sociedades

(30) GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Empresas Públicas y Constitución", Suplemento Dominical del diario "El Comercio". No. 40-80, 2 de Noviembre de 1980, pág. 5.

mercantiles constituidas en el extranjero, la ley General de Sociedades las considera domiciliadas en el Perú si el asiento principal de sus negocios se encuentra en territorio peruano.

En cuanto a la segunda oración de dicho párrafo, al aludir a los contratos "que con extranjeros celebran el Estado . . .", no se determina con certeza si se entiende referido a los celebrados en el Perú, o también están incluidos los celebrados en el extranjero; tampoco es claro a qué extranjeros se refiere en cuanto a su domicilio.

Este artículo ha reproducido algunas imprecisiones que tenía el artículo 17. El problema que se plantea, tal como fue con dicho artículo, es el alcance de la norma; si se aplica a todo contrato que el Estado o las personas de Derecho público celebran, o se trata únicamente de contratos que se celebran con empresas o personas extranjeras en el país o que operan dentro del país, aspecto que tiene relación con el alcance territorial o extraterritorial de la norma.

Según el Dr. José Pareja y Paz Soldán, "El Dr. Andrés Aramburú Menchaca uno de los constituyentes que redactó dicho artículo, ha aclarado que solo es aplicable para las empresas domiciliadas en el Perú, pese a que no lo dice explícitamente el texto constitucional" (31).

Para algunos, esta premisa, referida a la primera oración de dicho párrafo, no puede desvincularse de la segunda oración, sino más bien, esta última debe subordinarse al principio sentado sobre el tratamiento diferente para las empresas extranjeras que domicilian en el país, en comparación con aquéllas que domicilian en el extranjero. Es por esta razón que en lugar de haberse ubicado la segunda oración, en un párrafo aparte, integra el mismo párrafo, encontrándose separado del primero sólo por un punto seguido, lo que importa necesaria correlación.

Otros consideran que ambas oraciones tratan de dos supuestos distintos y, por lo tanto, mal podrían tener una correlación al estar incorrectamente redactados en un solo párrafo y que la no referencia al lugar de celebración de los contratos es expresa y, por tanto, debería aplicarse a

---

(31) PAREJA Y PAZ SOLDAN, José. "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979", Editorial Stal Perú S.A. 1980. T. II, pág. 523.

todos los contratos que celebre el Estado o las personas de Derecho Público en el Perú y en el extranjero (32).

Para Chirinos Soto, el artículo 136 de la nueva Constitución, como el artículo 17 de la de 1933, se sigue refiriendo, en su primera oración, a las compañías extranjeras domiciliadas. En la segunda oración del primer párrafo, se refiere también a su juicio a los extranjeros domiciliados, puesto que no puede obligarse legislativamente a los no domiciliados (33).

En cuanto a la relación entre acto de comercio y domicilio, si se realiza un acto aislado dentro del país por parte de una persona física o jurídica, no podría reputarse por ese solo hecho que dichas personas están establecidas o domiciliadas en el Perú. Siguiendo en este punto la opinión de Roberto Mac Lean (34), consideramos que sólo puede ser calificada como tal aquella empresa que esté ejerciendo comercio en el Perú permanentemente. Serán éstas las empresas que deben someterse a las leyes y tribunales nacionales. No sucede lo mismo en el caso de las empresas que comercian con el Perú o que eventualmente comercian en el Perú, es decir, realizando actos aislados.

En consecuencia, cuando el Estado o las empresas de Derecho Público contratan con extranjeros deberán exigir el cumplimiento del primer párrafo del artículo 136 de la Constitución si se trata de una empresa privada que comercia permanentemente en el Perú.

Si, en cambio, realiza contratos con extranjeros sujetos al Derecho Internacional Privado, que sólo realizan actos comerciales con el Perú, o actos aislados en el Perú, no podrá exigirse el sometimiento a las leyes y tribunales de la República. Por otra parte, habría que determinar cuándo una compañía está ejerciendo el comercio "en" el Perú. Para Roberto Mac Lean, el factor es la presencia de una persona con facultades para obligar a la compañía. Continúa diciendo que si la persona que con su firma puede obligar a la compañía está en el Perú entonces la compañía también está "en" el Perú.

---

(32) SCHULZ ALVAREZ, Mónica M. *"Las Empresas Extranjeras y sus Contratos con el Estado"*. Editorial Desarrollo S.A. Lima-Perú. 1983, págs. 93.

(33) CHIRINOS SOTO, Enrique. *"La Nueva Constitución al alcance de todos"*. Editorial Andina 1979. Lima-Perú, pág. 141.

(34) MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. *"Derecho de Comercio Internacional"*. Centro de Investigación y Capacitación. Editorial Ital Perú S.A. 1980, pág. 46 y siguientes.

En cuanto a las otras clases de empresas, como las estatales de Derecho Privado o las Mixtas, su situación sería similar al caso de las empresas privadas, donde la existencia de algún elemento extranjero en la relación determinaría, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado que contiene el Código Civil, que pueda pactarse el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros de acuerdo a la voluntad de las partes. De no existir dicho elemento el contrato tendrá que someterse a la ley y jurisdicción peruana.

### III.1.1. Alcance del término Estado y persona de Derecho Público

La referencia, en este artículo, al Estado y a las personas de Derecho Público debe entenderse a los Poderes del Estado y todas sus dependencias administrativas, así como a los gobiernos locales y regionales (35).

En cuanto a la definición de empresas de Derecho Público, ésta se encuentra en la Ley No. 24948 (Ley de la Actividad Empresarial del Estado), siendo aquéllas cuyo capital pertenece íntegramente al Estado y gozan, además, de los atributos propios de la administración pública, entre las que se encuentra el poder de imperio. Es conveniente tener presente que hasta el año de 1981, la gran mayoría de las empresas del Estado estaban constituidas bajo la forma de empresas de Derecho Público. Esta situación cambia a partir de dicho año, con el Decreto—Legislativo No. 216 que establece las empresas del Estado de Derecho Privado, las que van a estar constituidas por aquellas empresas que antes eran públicas, manteniéndose como empresas públicas sólo al Banco de la Nación, la Banca de Fomento Estatal y las entidades relacionadas con el Servicio de Agua Potable.

En cuanto a las empresas del Estado, bajo la forma de Derecho Privado, no estarían comprendidas dentro de los alcances de la segunda sentencia del primer párrafo del artículo 136, ni dentro de los alcances de su último párrafo.

En consecuencia, sobre estos aspectos se regirían por las normas

---

(35) El Título IV de la Constitución de 1979. "De la Estructura del Estado", hace referencia a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como a los gobiernos locales y regionales".

de Derecho Internacional Privado contenidas en el Código Civil, que reconoce, en cuanto a la ley aplicable, aquella expresamente elegida por las partes según el artículo 2095, y, en cuanto a la jurisdicción, permite el sometimiento a la jurisdicción extranjera, según sus artículos 2060 y 2067.

### III.1.2. Referencia a la empresa extranjera

La referencia al término empresa extranjera en el artículo 136 de la Constitución, trae como consecuencia determinar cuándo una empresa se considera como tal, aspecto relacionado con la nacionalidad de las personas jurídicas. En este sentido, el artículo 95 de la Constitución de 1979 reconoce la nacionalidad de las personas jurídicas, al señalar que éstas se rigen por la ley y los tratados, especialmente los de integración. Concordante con este punto, el artículo 2073 del Código Civil señala que la existencia y capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado se rige por la ley del país en que fueron constituidas, siendo las personas jurídicas de Derecho Privado constituidas en el extranjero reconocidas de pleno derecho en el Perú, y reputadas hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan.

Desde un punto de vista económico, una definición de lo que es empresa extranjera se encuentra en la Decisión 220 del Acuerdo de Cartagena, considerándose como tal la constituida en el país receptor, perteneciendo a inversionistas extranjeros un porcentaje superior al cincuenta y uno por ciento del capital social. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, las pautas definitorias de empresa extranjera corresponden a los artículos mencionados en el párrafo anterior y, como tal, debe entenderse la referencia a dicho término en el artículo 136 de la Constitución.

### III.1.3. Personería jurídica surgida del Derecho Internacional

El concepto de extranjero no debe comprender a los Estados extranjeros ni Organismos Internacionales por ser personas de Derecho Internacional Público.

En un contrato entre dos Estados, en base a la igualdad jurídica que debe existir entre ambos y la inexistencia de subordinación a las normas

de derecho de ninguno de ellos, no se podrá pretender imponer esta norma constitucional. Igual situación se presenta cuando se trata de personas de Derecho Público de un Estado extranjero que actúen en representación de éste, excepto en los casos que estas personas no estén sometidas al Derecho Público, tal como sería empresas de Estados extranjeros que no formen parte de su estructura administrativa o estén regidas por normas de Derecho Privado, procediendo que se le aplique en este caso el artículo 136.

En lo que concierne a los organismos internacionales, éstos no estarían tampoco incluidos dentro del concepto de extranjero. A estas entidades se les reconoce una personalidad jurídica internacional, habiendo, por otra parte, sido creadas por voluntad de los Estados.

Comentando este punto, los doctores Enrique Bernales y Marcial Rubio expresan que: "No queda igualmente clarificado quién debe entenderse por extranjero. De hecho, ello no es equivalente a "no nacional"."

"Si a esto añadimos elementos conceptuales propios del Derecho Internacional Público, debemos concluir que no están sometidos a esta obligación los contratos del Estado u organismos públicos peruanos con gobiernos extranjeros, con sus empresas u organismos públicos y con organismos internacionales surgidos de convenios interestatales. Ninguno de ellos es propiamente "extranjero", porque su personería jurídica proviene de la sociedad internacional y no de una ciudadanía asignada por el Estado extranjero. Por otro lado, el Estado peruano no puede obligarlos a someterse a nuestras leyes, en la misma medida que no puede ser obligado por ellos a lo propio" (36).

En los contratos celebrados con esta clase de entidades o no se menciona nada al respecto o se considera el arbitraje a realizarse en un tercer país.

El problema se presentaría si el extranjero domiciliado en el Perú goza de una personería surgida del Derecho Internacional, ya que de encontrarse domiciliado en el extranjero, por el principio territorial no le alcanzaría lo dispuesto en el artículo 136. Sobre este aspecto existe un vacío legal, por lo que habrá que tenerse en cuenta cada caso para darle una solución específica.

---

(36) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. "Constitución y Sociedad Política". Editorial Mesa Redonda. Lima, Perú, pág. 492.

Esta situación, referente a las entidades oficiales y organismos internacionales, se planteó en la celebración de algunos contratos de préstamo, durante la vigencia del artículo 17 de la Constitución de 1933.

Así, en los Convenios referente a préstamos otorgados por el Gobierno del Japón, a través del Eximbak y otros bancos privados japoneses, para los proyectos "Planta de Fertilizantes de Talara" y "Red de Microondas", otorgados en el año de 1972, cuando se discutía las condiciones de los contratos, surgió un inconveniente respecto a la cláusula de la ley sobre la que se interpretarían y regirían estos contratos. El Eximbak del Japón, entidad oficial del Gobierno japonés, para conceder estos préstamos basándose en su status oficial, exigía el sometimiento del país prestatario a las leyes del Japón. Al final, se aceptó que dicho Contrato estaría sujeto a las leyes y reglamento japoneses aplicables a los créditos extendidos por el Export—Import Bank del Japón, remitiendo la parte peruana una comunicación en tal sentido al momento de firmarse el Convenio (37).

En lo que se refiere a los alcances del artículo 17, en relación con lo que constituyen Agencias Oficiales de Gobiernos, se puede mencionar la opinión emitida por el Fiscal de la Corte Suprema en lo Administrativo, con fecha 8 de Agosto de 1972 (Vista No.—6.—E.— dirigido al Ministerio de Energía y Minas) concerniente a los contratos de préstamo destinados a financiar el Proyecto Cerro Verde que debía suscribir Minero Perú con entidades que en algunos casos eran oficiales y, en otros, privadas.

La opinión distingue, para efectos de la aplicación del artículo 17, la naturaleza de la entidad prestamista. Así, en el caso del Convenio de Préstamo con el Export Development Corporation de Canadá (EDC), donde las controversias debían someterse en primera instancia a la Cámara de Comercio de París o a la de Nueva York, se justificaba que el EDC no se sometiese a la jurisdicción de los tribunales nacionales ni renunciase a la reclamación por la vía diplomática, por tratarse de una entidad colectiva establecida por ley especial del Parlamento de Canadá; y que, en consecuencia, se trataba de una entidad paraestatal extranjera. Continúa el informe diciendo que lo dispuesto no contraría el artículo 17 de la Constitución en razón de que esta disposición constitucional se

---

(37) Oficio No. 276-72-EF/75-DGCP, de la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas, de 16 de Marzo de 1972, y Oficio de la Cancillería No. (Ha).— 2-5-N/78 de la misma fecha.

refería a entidades extranjeras de carácter privado, mas no a las entidades estatales o paraestatales extranjeras, ni a otros ex-Estado; no existiendo, en consecuencia, incompatibilidad entre ese acuerdo del Convenio y la norma constitucional.

Incluso, esta opinión dentro de una interpretación extensiva consideró, en el caso de otro Convenio Préstamo celebrado para dicho proyecto con dos bancos privados el Williams & Glyn's Bank y el Royal Bank of Scotland Limited, se justificase la cláusula de arbitraje a celebrarse en París, Zurich o Nueva York, según el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en razón que los recursos del primero de los bancos nombrados estaban asegurados en el caso de que Minero Perú no pagase, por la División de Crédito a la Exportación (ECGD) que, a su vez, estaban garantizados por el Gobierno Inglés y, como consecuencia, se consideraba entidad paraestatal del Reino Unido, justificándose, por tanto, la cláusula de arbitraje.

#### III.1.4. La renuncia a toda reclamación diplomática

En relación con la renuncia a este derecho, algunos niegan su validez en virtud de que consideran que el derecho de protección de nacionales en el exterior es una prerrogativa del Estado, no siendo susceptible de derogación por acto "inter-alios". Para Chirinos Soto, esta renuncia a toda reclamación diplomática que se exige a los extranjeros no puede imponerse al Estado extranjero que interpone reclamación a nombre de sus connacionales (38).

Para que proceda un reclamo diplomático, se señala que debe reunir los siguientes requisitos: a), la existencia del vínculo de nacionalidad de la persona respecto del país que ejerce la protección; b), el agotamiento de los recursos y acciones locales, o denegación de justicia; c), las llamadas "manos limpias", o sea, la honestidad, buena conducta y buena causa del que solicite la protección. Expresándose que la protección diplomática es un derecho del Estado y no de los individuos, por lo que la renuncia por los extranjeros está fuera de toda competencia (39).

(38) CHIRINOS SOTO, Enrique. Ob. cit., pág. 136.

(39) SCHULZ ALVAREZ, Mónica. Ob. cit., pág. 100 y 101.

En cuanto al principio de la nacionalidad de las personas jurídicas, ésta es reconocida por el artículo 95 de la Constitución.

Puede presentarse la situación que en un contrato que se celebre con una empresa extranjera domiciliada no se mencione el sometimiento a las leyes y tribunales de la República, o que se mencione el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros. En este último caso, la cláusula sería nula por no poder pactarse contra las leyes de orden público. Sin embargo, su nulidad no invalidaría el contrato al ser separable ésta de las demás, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil (40).

Si todo el contrato se declara nulo, o se rescindiera, ello afectaría la validez de la cláusula; sin embargo, al ser una cláusula establecida en la Constitución, la jurisdicción de los tribunales y leyes peruanas subsistiría.

Por otro lado, de omitirse en el contrato, ésta se consideraría implícita, ya que la norma constitucional constituye una cláusula tácita aplicable a todo contrato que celebra el Estado o personas de Derecho Público con extranjeros domiciliados.

### III.1.5. Referencia al término concesión

En lo que respecta al término concesión, a que se alude en la segunda oración del primer párrafo, las actividades que se relacionan con ésta necesariamente tienen que efectuarse dentro del territorio nacional. Según la definición de Cabanellas, "En Derecho Público, esta palabra se aplica a los actos de la autoridad soberana por los cuales se otorga a un particular (llamado concesionario) o a una empresa (entonces concesionaria), determinado derecho o privilegio para la explotación de un territorio o de una fuente de riqueza, la prestación de un servicio o la ejecución de las de las obras convenidas (41).

---

(40) Artículo 224 del C.C. "La nulidad de uno o más disposiciones de un acto jurídico no perjudican a las otras, siempre que sean separables".  
"La nulidad de las disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas".  
"La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal".

(41) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasa S.R.L. Bs. As., Argentina. Dic. 1982, pág. 61.

La tesis moderna interpreta la concesión como un acto mixto, por el que se transfiere el poder jurídico de la administración para gestionar un servicio público. El Estado, se señala, determina las condiciones para que el servicio sea prestado y el particular las acepta o rechaza. En cuanto a la concesión minera, la misma se utiliza para determinar los actos del Estado que confieren derechos a terceros para explorar y aprovechar los yacimientos de propiedad de la Nación.

### III.1.6. Suscripción de los contratos en el extranjero

Durante la vigencia del artículo 17 de la Constitución de 1933, se aconsejaba suscribir el contrato en el extranjero en razón que, como elemento adicional, en el caso de cualquier duda, se pudiese aplicar el principio del "loci celebrationis", que contenía el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, el que señalaba que la naturaleza de la obligación se rige por la ley del lugar donde fue contraída. Los prestamistas extranjeros se sentían de esta manera más protegidos en sus relaciones jurídicas en caso que se pretendiera aplicar literalmente dicho artículo 17, basándose en que el Estado Peruano no podría aplicar en el extranjero las disposiciones del artículo 17 debido al alcance territorial de la norma.

No obstante que la opinión que prevalecía en la doctrina peruana que ésta era una norma subsidiaria que se aplicaba a falta de declaración expresa de las partes (42), los fallos más recientes en ese entonces, de la Corte Suprema, se orientaban en el sentido de otorgar a dicho numeral el carácter de norma de orden público, contra la cual no cabe pacto en contrario. Dicha opinión se fundamentaba en que todo contrato está normalmente sujeto a una ley determinada, que es la que señala con carácter compulsivo la norma de conflicto, de tal manera que las partes no puedan evadir esta ley mediante el convenio de que sea otra ley libremente elegidas por ellas la que gobierne el contrato (43).

A efecto de aclarar que, en los créditos externos con sometimiento

---

(42) Opinión emitida por el Dr. José León Barandiarán, de fecha 17 de Junio de 1974, en la consulta solicitada en relación al contrato de préstamo a celebrarse entre el Banco de la Nación del Perú y un sindicato de Bancos, representado por la Compagnie Luxembourgeoise de Banque S.A.

(43) Citado en la opinión del Dr. Mamiel de la Fuente y Lavalle a COFIDE, de fecha 9 de Julio de 1982. Publicada en el Diario "El Peruano", el 15 de Octubre de 1982.

a leyes y tribunales extranjeros, lo que importaba era la voluntad de las partes y no el lugar de su celebración; la Primera disposición complementaria del Decreto Legislativo No. 5, expedido el 30 de Diciembre de 1980, establece que las operaciones de crédito externo que celebren las entidades del Sector Público Nacional se encuentran sujetas a lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución, con prescindencia del lugar donde se celebren (44).

Posteriormente, el Código Civil de 1984 va a considerar, en forma determinante, el principio de la voluntad de las partes, tanto en lo que se refiere a la prórroga de jurisdicción, artículo 2060, como en la determinación de la ley aplicable, artículo 2095.

### *III.2. Segundo párrafo del artículo 136. Contratos de carácter financiero*

La segunda parte del artículo 136 permite que pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. Sin embargo, no menciona si es posible el sometimiento a las leyes extranjeras.

La liberalidad de este párrafo, según Aramburú Menchaca, tuvo por finalidad regular la situación de diversos contratos de índole financiera celebrados por el Gobierno Militar y que se consideraban contrarios al artículo 17 de la Constitución derogada (45).

#### **III.2.1. Alcance de los términos: contratos de carácter financiero y jurisdicción**

En lo que se refiere a qué se entiende por contrato de carácter financiero, éste comprendería a los contratos de préstamo, de crédito bancario, de mutuo, de refinanciación de deudas, de pago de

(44) Decreto Legislativo No. 5.- Primera disposición complementaria.

"Todas las operaciones de crédito externo que celebren las entidades del Sector Público Nacional se encuentran sujetas a lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución, con prescindencia del lugar donde se celebren".

(45) ARAMBURU MENCHACA, Andrés A. "El Arbitraje Comercial". Diario "El Comercio", Lima, 30 de Octubre de 1984.

deudas con productos; igualmente, las cláusulas referentes a pago diferido en los contratos de suministros o de obras.

Una definición legal de lo que se entiende por contrato de carácter financiero fue dada en algunas leyes anuales de endeudamiento público, a partir del año de 1986 (46).

Respecto a la situación de que el contrato sólo contenga aspectos financieros, donde exista un elemento extranjero, en la cláusula de pago al establecerse que la retribución se hará en un período con posterioridad a la terminación de las obras o entrega de los suministros, en este caso, dicha cláusula podrá exceptuarse de la jurisdicción nacional de acuerdo con la segunda parte del artículo 136, debiendo las demás, según el caso, someterse a las leyes y tribunales de la República. En la práctica, en estos contratos no se hace la distinción que se menciona anteriormente, pactándose, por regla general, el sometimiento de todo el contrato a las leyes y tribunales de la República.

En cuanto al término jurisdicción nacional, puede entenderse únicamente desde un punto de vista estricto como referido al Tribunal o, en un sentido amplio, al Tribunal y a la ley aplicable. Este párrafo señala que la excepción corresponde a la jurisdicción nacional. En este sentido, no se menciona si es posible el sometimiento a las leyes extranjeras.

La doctrina considera el término jurisdicción, en un sentido amplio comprendiendo a la ley, "qui elegit iudices elegit ius", dice un aforismo latino.

Dicho criterio fue sostenido mayoritariamente desde un principio, ya que el propósito fue de facilitar la contratación financiera internacional, situación que se contradiría si se tratase de obligar a los jueces extranjeros de aplicar la ley nacional limitándose, en consecuencia, las relaciones crediticias con bancos e instituciones financieras del exterior (47).

---

(46) Ley No. 24894. Ley Anual de Endeudamiento Público, para el año de 1986. Artículo 3o.— "Considérase operación de endeudamiento, toda modalidad de préstamo, emisión de bonos, descuentos, garantías y avales, subrogación de deudas y aquellas operaciones que tengan por objeto la adquisición de bienes y servicios que impliquen endeudamiento a plazos mayores de un año".

(47) Ver: Memorandum suscrito por el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, el 8 de Agosto de 1980, con referencia al "Artículo 136 de la Nueva Constitución Política del Perú". Págs. 17 y 18 (texto no publicado). Citado por Mónica Schulz. Ob. cit. pág. 80, MENESES DIAZ, Arnaldo. "Los Contratos financieros y la Constitución". Diario "El Comercio", 26 de Agosto de 1980, pág. 2.

Este aspecto fue materia de aclaración legal por la segunda disposición complementaria del Decreto Legislativo No. 5, que consideró que el término jurisdicción comprende a las leyes y tribunales extranjeros (48).

### III.2.2. Carácter facultativo de la excepción

En lo que se refiere a la autorización para que proceda este sometimiento, al utilizar el párrafo la expresión "pueden", la que es facultativa, da lugar a que se plantee quién otorgaría dicha autorización, si se entiende que es expresa, o que bastaría únicamente que en el contrato de carácter financiero, que celebre el Estado o las personas de Derecho Público, se pacte la ley y la jurisdicción extranjera para que automáticamente se produzca la excepción. En lo que respecta a la primera posición, habría que determinar quién debería autorizarla y a qué nivel. Al no existir indicación expresa, correspondería al Poder Ejecutivo, mediante una norma administrativa, autorizar los casos en que procedería dicha excepción.

En cuanto para aquéllos que sostienen que debería haber aprobación mediante una norma administrativa, es conveniente tener presente que, hasta el año de 1985, los contratos de endeudamiento externo eran aprobados mediante Decreto Supremo, dentro de cuyas cláusulas se mencionaba el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros. A partir de 1986, se modifica este trámite, aprobándose la operación de endeudamiento, mas no los contratos. Sin embargo, por otra parte, el artículo 6to., inciso e), del Decreto Legislativo No. 5 establece que antes de concluir la negociación el proyecto del respectivo contrato financiero éste debe ser puesto en conocimiento de la Dirección General de Crédito Público. Además, este mismo artículo en su inciso g) señala, en su segundo párrafo, que deberá presentarse, una vez suscrito, una copia autenticada del contrato a la Dirección General de Crédito Público, la que constatará la coincidencia del texto del contrato con los términos de la aprobación.

---

(48) Decreto Legislativo No. 5.— Segunda disposición complementaria.

"De conformidad con el artículo 136 de la Constitución, cuando las condiciones del mercado financiero lo haga aconsejable, las entidades del Sector Público Nacional podrán acordar que los contratos de carácter financiero queden exceptuados de la jurisdicción nacional y, por tanto, podrán someterse a las leyes y tribunales extranjeros, así como a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales el Perú sea parte".

De encontrarlo conforme, dicha Dirección procederá a registrar la operación, remitiendo copia del contrato, de la aprobación y registro del mismo, a la Contraloría General de la República. Este trámite, sin formular observaciones a las cláusulas de sometimiento a leyes y tribunales extranjeros, constituiría la aprobación de carácter administrativo que algunos requieren.

El planteamiento de que esta excepción no necesita autorización expresa se basa en que su finalidad es facilitar la contratación en el campo financiero y, por tanto, no debería requerir ninguna autorización. Como sustento legal, además, se puede mencionar la segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo No. 5, que menciona que este sometimiento puede hacerse cuando las condiciones financieras lo hagan aconsejable, por lo que se entendería que se deja a criterio de la entidad que negocia esta clase de contratos determinar cuándo es aconsejable, facultándosele a una toma de decisión. Además, se debe añadir que, en la práctica, el prestamista extranjero no celebraría un contrato si es que no se pacta el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros. En cuanto al supuesto que se menciona, que las condiciones financieras lo hagan aconsejable, se debe indicar que el factor riesgo es el más importante para fijarlas. En consecuencia, a un riesgo menor las condiciones serán mejores, considerando los prestamistas que estarán más protegidos y con mejores posibilidades de recuperar sumas impagas si someten el contrato a leyes y tribunales extranjeros.

Por otro lado, se ha planteado el caso de que si los bancos nacionales pueden ser exceptuados de la ley y jurisdicción nacional, en los contratos de financiamiento que intervengan conjuntamente con bancos extranjeros, otorgando préstamos a personas de Derecho Público o a personas de Derecho Privado, garantizadas por personas de Derecho Público, tal como ha ocurrido en la práctica en las ocasiones en que han participado en los llamados créditos sindicados.

En este sentido, hay que tener presente que el artículo 136 se refiere exclusivamente a los contratos que celebre el Estado o personas de Derecho Público con extranjeros, no resultaría, por tanto, aplicable a los contratos que celebren el Estado o personas de Derecho Público con nacionales.

En los contratos de crédito sindicados, siempre existe algún elemento de carácter extranjero, como es su celebración fuera del país, o que el crédito se desembolsa y paga en el extranjero. En el caso que se preten-

diese aplicar, por analogía, el artículo 136 a los contratos que celebra el Estado o personas de Derecho Público con los nacionales, se tendría que aplicar también a estos contratos la excepción prevista en el mismo artículo, por ser de naturaleza financiera.

Considerar en sentido distinto lo expuesto daría lugar que un mismo contrato quede sometido alternativamente a dos leyes y jurisdicciones distintas, según se trate de las relaciones del Estado o de personas de Derecho Público con uno u otro banco prestamista, dando lugar a que la regulación de las obligaciones de un banco serían distintas a las de otro (49).

### *III.3. Tercer párrafo del artículo 136*

Este párrafo que, según Chirinos Soto, es interesante iniciativa del Dr. Andrés A. Aramburú Menchaca (50), permite someter las controversias del Estado y de las empresas de Derecho Público a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

Esta norma reviste el carácter de excepción; sin embargo, no se menciona a las empresas estatales de Derecho Privado. Se ha sostenido que la falta de mención se debe a que, en ese entonces, la estructura de la actividad empresarial del Estado no las contemplaba; teniendo presente que la finalidad de esta forma empresarial es permitir la actuación de esas empresas sin mayores trabas de carácter burocrático, en forma similar a las empresas del sector privado, no requeriría de ninguna norma de excepción, ya que como igual que a estas últimas les estaría permitido hacerlo.

En cuanto al nivel de la norma que facultaría este sometimiento, la misma no se encuentra definida.

Por otra parte, dicho sometimiento sólo procede en el caso de tribunales internacionales constituidos por Convenios de los cuales es parte el Perú. Sobre este aspecto, no debe confundirse el concepto de jurisdicción internacional con el de extranjera, situación que es conveniente distinguir,

---

(49) Ver consulta absuelta por el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle a COFIDE, de fecha 9 de Julio de 1982. Publicada en "El Peruano" el 15 de octubre de 1982.

(50) CHIRINOS SOTO, Enrique, Ob. cit., pág. 142.

ya que puede traer ciertas confusiones en el campo del arbitraje, donde existen centros arbitrales que por su origen son internacionales y gozan de una personalidad internacional; y otros, cuya personalidad es de Derecho Interno y tienen la nacionalidad del país conforme a cuyo derecho han sido creados. Así, los centros de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional de París, con sede en París, o la American Arbitration Association que son internacionales sólo en atención de su actividad, pero no en el sentido de nuestra Constitución. La personalidad internacional sólo puede ser producto de un convenio interestatal.

Aramburú considera únicamente como arbitraje internacional "el que se dicte por un Tribunal que tenga auténticamente un "status" internacional, como sería el caso de un Tribunal del Centro para la Solución de Controversias Derivadas de Inversiones (ISCID) dentro del marco del Banco Mundial creado, en 1965, para casos en que una de las partes sea un Estado y la otra una persona o empresa particular que sea nacional de otro Estado. Estaría en la misma condición cualquier arbitraje que se llevara a cabo por un Tribunal de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, con estricta aplicación de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de 1975".

Considera, en cambio, como "arbitrajes extranjeros prácticamente todos los que actualmente se vienen calificando con el nombre genérico de arbitraje comercial internacional, por cuanto todos estos arbitrajes están sujetos a una determinada ley nacional, y cuando los administra algún centro de arbitraje, se trata siempre de una persona jurídica constituida en un determinado país, y que, por tanto, tiene a su vez su propia nacionalidad" (51).

Un punto importante que limitaba la adhesión a esta clase de Centros Internacionales ha sido removido recientemente al haberse sustituido la Decisión 24, en cuyo artículo 51 señalaba que no se admitirían cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacional del país receptor, o que permita la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus inversionistas nacionales, por la Decisión 220, de fecha 11 de mayo de 1987, la que en su artículo 37 considera que en la solución de las controversias o conflictos derivados

---

(51) ARAMBURU MENCHACA, Andrés A. "Trabajo presentado al Seminario Arbitraje Comercial Internacional". Octubre de 1976, Madrid. Publicado en "Arbitraje Comercial en Iberoamérica", pág. 145.

de las inversiones extranjeras directas o de la transferencia de tecnología extranjera, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas.

Otra consideración que se suscita en relación con la competencia de los tribunales internacionales es establecer si se necesita previamente agotar la jurisdicción interna y recurrir en última instancia al tribunal internacional, o si podrían someterse las controversias directamente, sin recurrir antes a los tribunales. En lo que se refiere a este aspecto procesal, se estará a lo que señale el correspondiente Tratado, cuyas disposiciones prevalecen sobre nuestras normas de Derecho Interno (52), o a las normas que establezca la legislación interna para el funcionamiento de dichos tribunales.

#### IV. EL ARBITRAJE EN RELACION CON EL ESTADO Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO

En cuanto a la posibilidad que el Estado y sus empresas puedan someter sus controversias a arbitraje, habrá que distinguir si se trata de arbitraje nacional o extranjero.

La referencia a la jurisdicción nacional que considera la Constitución comprende no solamente al tribunal común sino también a la jurisdicción arbitral, de la cual forma parte de acuerdo a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, la mención a la jurisdicción nacional implica al arbitraje.

Sobre este punto, analizando los alcances del artículo 17, aspecto que es de aplicación al artículo 136, el Dr. Andrés Aramburú comenta: "Lo que el artículo prohíbe es el sometimiento a una jurisdicción extranjera y, por tanto, no prohíbe el sometimiento de los litigios en que sea parte el Estado a tribunales arbitrales que funcionen en el Perú y conforme a la ley peruana y sobre los cuales ejerce una función tuitiva el Poder Judicial, salvo en los casos expresamente prohibidos por el Código de Procedimientos Civiles que es la ley que regula esta materia" (53).

---

(52) Artículo 101 de la Constitución: "Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del Derecho Nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalece el primero".

(53) ARAMBURU MENCHACA, Andrés A. "La Constitución de la República y el Derecho Internacional". Tipografía y offset peruana S.A. Lima, 1977, pág. 20. (Separata de la Revista Academia Diplomática del Perú. No. 18-Julio-Diciembre, 1977).

En este sentido, es conveniente aclarar si el sujeto de arbitraje es el Estado o sus empresas, así como sobre la materia objeto de controversia. Actualmente, la regulación de estos aspectos se encuentra en el artículo 1913 del Código Civil, el que distingue cuándo se trata de asuntos referentes al Estado o a sus bienes y cuándo se trata de las empresas del Estado, en lo que concierne a sus bienes y a las diferencias surgidas en el cumplimiento de su objeto social.

En cuanto al Estado o a sus bienes, el artículo 1913 no admite el arbitraje.

En lo que se refiere a la mención al Estado o a sus bienes, habrá que considerar, en primer lugar, qué se entiende por Estado. Dentro de este concepto se incluye al Gobierno Central, Instituciones Públicas, Organismos Públicos Descentralizados, Gobiernos locales, Sociedades de Beneficencia Pública o Instituciones Autónomas. En cuanto al término "bienes del Estado" debe entenderse tanto a los bienes públicos como privados, distinción que no aparece en el Código Civil de 1984, pero que sí se encontraba en el artículo 822 del Código Civil de 1936. La Constitución actual, en sus artículos 36, 128, 98, 99, 118, 119 y 157 in fine, se refiere a los bienes del Estado o a los que están bajo su amparo.

Estas materias no son susceptibles de arbitraje.

En lo que respecta a los bienes de las empresas de Derecho Público, a las Estatales de Derecho Privado o de Economía Mixta, el inciso 2o. del artículo 1913 permite que sean objeto de compromiso los bienes de dichas empresas, siempre que el contrato materia del compromiso arbitral sea aprobado por Resolución Suprema.

En este sentido, es necesario distinguir entre el patrimonio de la empresa y el patrimonio del Estado, procediendo el arbitraje cuando se compromete el patrimonio de la empresa. El Decreto Supremo No. 375-82 EF, reglamentario de la anterior Ley Empresarial del Estado, Decreto-Legislativo No. 216, establecía que en el caso de las empresas de Derecho Público su patrimonio pertenece al Estado, y en lo que se refería a las empresas de Derecho Privado disponía que los recursos que integraban su patrimonio no se consideraban fondos públicos y que sus actividades no comprometían la actividad del Estado.

El segundo párrafo del inciso segundo del artículo 1913 establece que las diferencias surgidas de la ejecución de los contratos derivados del

cumplimiento del objeto social de las empresas de Derecho Público o de las Estatales de Derecho Privado o de Economía Mixta podrían ser objeto de compromiso arbitral con conocimiento previo de la Contraloría General de la República.

En relación con la aplicación del primer y segundo párrafo del inciso 2o. de este artículo, la Contraloría, mediante Resolución No. 12-89-CG, de 9 de Enero de 1989, puntualiza la clase de empresas que comprende las que incluye, además de las mencionadas en el Código, cualquier otra forma empresarial en la cual el Estado sea accionista mayoritario, según lo precisa en la Directiva No. 001-89-CG/PL, que regula la aplicación de la Resolución.

Por otra parte, el artículo 4to. de la Resolución dispone la remisión del proyecto del compromiso arbitral, sobre el cual recaerá un informe de la Dirección Técnica de dicha Institución, debiendo el Contralor General, en el término de diez días hábiles, emitir la opinión institucional correspondiente. La mencionada Resolución y el procedimiento establecido exceden lo dispuesto en el artículo 1913 del Código, que sólo requiere un conocimiento y no una acción aprobatoria.

En lo que concierne al sometimiento del Estado y las empresas del Estado a tribunales arbitrales extranjeros cuando se trata de actividades internacionales, habrá que considerar si la controversia concierne a un contrato de carácter financiero. En este caso, el segundo párrafo del artículo 136 y la segunda disposición complementaria del Decreto Legislativo No. 5 lo permiten. Aunque este segundo párrafo no menciona quiénes pueden acogerse a esta excepción, debe entenderse que comprende al Estado y a las empresas de Derecho Público.

En cuanto a las demás empresas del Estado, las mismas tendrían libertad para someter sus asuntos a arbitraje, con las limitaciones establecidas en el artículo 1913 del Código Civil, y observando los procedimientos establecidos, se trate de asuntos financieros o no financieros. Se debe tener presente que el artículo 136, en su primer párrafo, al referirse al sometimiento expreso de los contratos a las leyes y tribunales de la República, menciona al Estado o las personas de Derecho Público mas no a las otras formas empresariales del Estado. En consecuencia, estas entidades pueden someter sus asuntos al arbitraje extranjero, siempre y cuando la relación contractual contenga elementos de carácter extranjero.

En lo que respecta a actividades internacionales, además, el Decreto Ley 19988 permite el sometimiento de estas empresas a tribunales arbitrales extranjeros, al indicar que los contratos podrán someterse a los usos y costumbres del mercado y a las normas de Derecho Internacional.

Lima, Agosto de 1989