

# MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre\*  
Rita Sabroso Minaya\*\*

## SUMARIO:

1. Introducción.— 2. Materia arbitrable.— 2.1. Libre disposición y patrimonialidad.— 2.2. Criterio positivo y criterio negativo.— 2.3. Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2).— 3. El Estado como parte en el arbitraje internacional.— 3.1. La doctrina del *Estoppel*.— 3.1.1. Características.— 3.1.2. Requisitos.— 3.1.3. Aplicación de la doctrina del *Estoppel* en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje peruana, Decreto Legislativo n.º 1071 tiene como novedad central en el ser una ley monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

La mayoría de los cambios contenidos en la nueva Ley, se deben al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de

la Ley, con ello se estandariza el tratamiento arbitral y se acerca el artículo nacional a los estándares internacionales.

Ahora bien, el artículo 2 de la referida Ley establece lo siguiente:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa con-

trolada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Como podemos apreciar, el inciso 1 del artículo 2 regula lo que se denomina «arbitrabilidad objetiva», es decir, las cuestiones que son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje<sup>1</sup> e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de la llamada «arbitrabilidad subjetiva», es decir, de quiénes pueden acudir al arbitraje. Ello, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo po-

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

\*\* Rita Sabroso Minaya. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de dicha universidad. Con estudios en la maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en diversos procesos *Ad-Hoc*.

<sup>1</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 44.

drán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*.<sup>2</sup>

Su antecedente inmediato lo encontramos en el artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, que regulaba también el concepto de arbitrabilidad, acogiendo la teoría de la libre disposición y un criterio negativo, al establecer lo siguiente:

Artículo 1. - «*Disposición general.* - Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquéllas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes

o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

2. Aquéllas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el criterio negativo pretendía definir, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos podían arbitrarse en el Perú en caso de conflicto, bajo el amparo de la antigua Ley General de Arbitraje.<sup>3</sup>

Por su parte, el inciso 2 del artículo segundo no tiene un antecedente inmediato en nuestro ordenamien-

to jurídico ni en la Ley Modelo UNCITRAL. Y la Exposición de Motivos tampoco nos brinda mayores alcances sobre este tema.

En donde sí encontramos un antecedente es en la Ley de Arbitraje Española del 2003, la cual —a decir de Mantilla-Serrano—<sup>4</sup> se inspiró en el Derecho suizo del arbitraje.

## 2. MATERIA ARBITRABLE

Materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta en el sentido de qué arbitrar y qué no.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, pp. 47 y 48.

<sup>3</sup> Cabe precisar que tras estas cuatro prohibiciones de lo que no se podía arbitrar en el Perú, había, implícito, un argumento de fondo. El de la equivocada idea de que existirían determinados derechos que son, por sí mismos, inarbitrables. Es decir, que la naturaleza misma, ya sea ésta humana o jurídica, impide su libre disposición y, por ende, su arbitrabilidad.

En nuestro criterio, no existen derechos que por sí mismos sean arbitrables o inarbitrables. En ambos casos, lo serán porque la ley sanciona que lo sean. Y esto no es un asunto que tenga que ver con la dogmática jurídica, pues ésta puede decir cualquier cosa sin que ello afecte lo que diga la ley. Así pues, es éste un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

<sup>4</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>5</sup> Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la antigua Ley de Arbitraje española de 1988, la profesora Silvia Gaspar dice que «[...] el termino 'materia' [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata». Asimismo, Gaspar señala que si bien la expresión «materia» no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida de que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la antigua Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1.b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen

Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional —y no de la doctrina jurídica— saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.<sup>6</sup>

En otras palabras, el concepto de qué es o no arbitrable varía de un país a otro, incluso de una época a otra.

En tal sentido, tenemos que comenzar estudiando los principales criterios que se han desarrollado

para efectos de la determinación de la materia arbitrable.

### 2.1. Libre disposición y patrimonialidad

Cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.<sup>7</sup>

Mantilla-Serrano<sup>8</sup> afirma que la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial.

A nuestro entender, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,<sup>9</sup> comentando el

artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988, que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho».

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

---

poder de disposición», en la medida de que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta. Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 90.

<sup>6</sup> Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es «[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 189 y 190.

<sup>7</sup> ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

<sup>8</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>9</sup> GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 89.

Por su parte, Campos Medina<sup>10</sup> sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben —además— no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscosillas,<sup>11</sup> la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma

concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado estaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

A entender de Sancinena,<sup>12</sup> las materias tienen que ser disponibles para las partes, con disponibilidad de orden sustantivo y adjetivo, es decir, materias con disponibilidad civil y disponibilidad jurisdiccional.<sup>13</sup>

Merino Merchán y Chillón Medina<sup>14</sup> señalan que sólo son arbitrables aquellas materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.

Por su parte, Sancinena<sup>15</sup> sostiene que no se pueden confundir las materias que afectan al orden público, que son indisponibles y, por tanto, inarbitrables, de las materias reguladas por normas imperativas. Una materia sometida a normas imperativas, no es equivalente a materia de orden

público. Las normas imperativas o de derecho necesario no se pueden vulnerar; ni pactar lo contrario de lo que disponen, pero eso no implica que la materia sobre la que incidan sean inarbitrables por ser indisponibles para las partes. Así, el que una materia se rija por normas de carácter imperativo, no es suficiente para excluir el arbitraje. Las materias sometidas a normas imperativas pueden ser objeto de arbitraje.

Yáñez Velasco<sup>16</sup> afirma que la libre disposición no existe en materia de orden público y cualquier otra recogida por normativa de naturaleza imperativa que, además, impida disponer.

Sobre el particular, Mantilla-Serrano<sup>17</sup> también precisa que el hecho de que una controversia haga relación a normas imperativas no derogables por los particulares o requiera la aplicación de las mismas, no la hace *per se* inarbitrable. En esos casos, la cuestión sigue siendo objeto posible de arbitraje, pero corresponde a los árbitros decidir —bajo el control del juez que decidirá una posible acción de anulación del laudo— sobre la vocación de la norma invocada a

<sup>10</sup> CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos» En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 3, Lima: Grijley, 2006, p. 319.

<sup>11</sup> PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

<sup>12</sup> SANCIÑENA ASURMENDI, Camino. «Materias objeto de arbitraje». En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 66.

<sup>13</sup> El citado autor señala que no cabe el arbitraje cuando la materia sea indisponible jurisdiccionalmente, bien porque es necesario que esa controversia se someta al ámbito jurisdiccional, o bien porque ya ha sido resuelta en el orden jurisdiccional. Cabe someter a arbitraje las materias que estén pendientes en un procedimiento judicial, siempre que no haya recaído resolución judicial firme y definitiva sobre las mismas.

<sup>14</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, 3.ª Ed., p. 165.

<sup>15</sup> SANCIÑENA ASURMENDI, Camino. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>16</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 189.

<sup>17</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 47.

aplicarse al caso concreto y, de ser aplicable, sobre su carácter imperativo y, eventualmente, sobre la sanción que compete por la violación de la misma.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscosillas<sup>18</sup> señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina, establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por el contrario, Yáñez Velasco<sup>19</sup> nos dice que el hecho de que una materia sea patrimonial no presupone su disponibilidad sin más, como tampoco la indisponibilidad a ciegas en materias de naturaleza personal.

Para lo primero –según el citado autor– se llama la atención sobre obligaciones patrimoniales relativas al cumplimiento de deberes esenciales implícitos a relaciones paterno-filiales o conyugales, disponibles cuando exclusivamente se trate de resolver una distribución monetaria. Sobre lo segundo es claro el ámbito de los derechos de la personalidad, como la vida o la integridad psíquica y física, mientras que resulta clásica la concepción indisponible de la condición de las personas en cuanto a nacionalidad, filiación y su estado civil matrimonial en sede de

separación, divorcio o nulidad. La exclusión aparece con el régimen económico del matrimonio, convenios vinculados a la compensación económica tras separación o divorcio –incluso en nulidad matrimonial–.

Por nuestra parte, coincidimos con Campos Medina<sup>20</sup> quien señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

## 2.2. Criterio positivo y criterio negativo

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no menos cierto es que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar, que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de

revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida de que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann<sup>21</sup> dice que respecto a los temas o controversias arbitrables –*criterio positivo*–, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas –*criterio negativo*–, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son

<sup>18</sup> PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>19</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>20</sup> CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

<sup>21</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, pp. 61-68.

susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

Sobre el particular, Yáñez Velasco<sup>22</sup> señala que un índice de materias que pudieran ser objeto de arbitraje, incluso acordando la búsqueda de perspectivas lo más genéricas posibles, plantearía el grave inconveniente del olvido o la omisión, algo que siempre acaba mostrándose inevitable. Sin embargo, establecer una vía de principio puede ser útil para acoger un gran número de posibilidades sin cerrarse a ningún tema en concreto, estableciendo luego exclusiones o limitaciones expresas dignas de mención, para eludir aspectos dudosos o discutibles desde el punto de vista práctico o doctrinal, o bien por intereses de la política legislativa del momento.

### 2.3. *Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2)*

En la Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho,

así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Como se puede apreciar, la nueva Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el citado artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje.

En efecto, de manera novedosa,<sup>23</sup> la nueva Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - APPRI; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión - TBI o BIT; así como los multilaterales en los que, por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del porqué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco,<sup>24</sup> desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las

materias incluidas y excluidas del arbitraje como libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no.

Como ya hemos demostrado en un trabajo anterior con relación a la Ley General de Arbitraje,<sup>25</sup> el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.

De ahí la necesidad de pensar seriamente sobre si el criterio ne-

<sup>22</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>23</sup> Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

<sup>24</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>25</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2006, vol. 1.

gativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar<sup>26</sup> y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la derogada Ley General de Arbitraje.

De ahí que, si bien en un mundo donde el *statu quo* de los conceptos y las realidades jurídicas tienen poca fluidez y son renuentes al cambio, el criterio negativo tenía sentido, en el mundo volátil de la globalización, el tal criterio no tiene ninguno. Pues si lo tuviera, el mismo criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

Por lo tanto, es signo de los tiempos que el criterio positivo, esto es, el de que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

Y no sólo por el signo de los tiempos a los que el Derecho, como cualquier otra disciplina, se debe adecuar, sino además porque este criterio está en plena sintonía con el positivismo jurídico que

nosotros avalamos como lo más avanzado que la ciencia jurídica puede exhibir. Porque, en efecto, ya hemos dicho que no creemos en los derechos inarbitrables por «naturaleza». Tal cosa no existe, en la medida de que todo derecho puede ser materia de arbitraje si la norma jurídica establece su carácter de libre disponibilidad. Y cuando la norma calla, pues se entiende que lo que no está prohibido está permitido, según el precepto constitucional que así lo establece.

En este sentido, la nueva Ley de Arbitraje ha dado el «Gran Salto Adelante» pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

### 3. EL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como ya hemos señalado, el inciso 2 del artículo 2 es una innovación, y una muy importante, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirecta-

mente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte.<sup>27</sup>

Asimismo, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 2 se aplica tanto para los arbitrajes que se desarrollan en el Perú como para aquellos que tengan lugar en el extranjero.

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de evitar acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro<sup>28</sup> sostiene que es un mandato dirigido a las autoridades judiciales para impedir la invalidez del convenio arbitral por causa de incapacidad del Estado para disponer sobre la materia controvertida. Este precepto entronca con la práctica jurisprudencial tendente a interpretar restrictivamente cualquier prohibición de someterse a arbitraje referida a cuestiones en las que intervenga un Estado o una sociedad, organización u empresa controlada por un Estado.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina<sup>29</sup> señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido recono-

<sup>26</sup> Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2007, tomos III y IV.

<sup>27</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Materias objeto de arbitraje». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 80.

<sup>29</sup> MERINO MERCHAN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 166-167.

cida en muchas ocasiones por los árbitros internacionales en relación a asuntos relativos a los denominados *State contracts*, que ha sido progresivamente diseñada por los tribunales judiciales, y ha sido asimilada por la práctica internacional del «estoppel», traducción inmanente del principio de la ilicitud de actuar contra los propios actos y que se ha incorporado al derecho convencional y finalmente a los diversos derechos nacionales.

En efecto, como bien señala Yáñez Velasco,<sup>30</sup> desde hace años viene apreciándose como práctica común que un Estado o un organismo que le sea dependiente, alegue incapacidad para asumir los efectos de un convenio arbitral inicialmente pactado, sirviéndose para ello de la denominada inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal. En este campo de estudio han existido normativas que impiden ese tipo de oposición, justificada en el Derecho interno pese a la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

Según el citado autor, primordialmente se alude a la buena fe internacional y la doctrina del *Estoppel*, pues ese Estado u organismo dependiente actuaría contra los propios actos si alegase con éxito la mencionada inmunidad.

Dentro de tal orden de ideas, y dado que el inciso 2 del artículo segundo no tiene un antecedente inmediato y se basa en la doctrina del *Estoppel* anglosajón, consideramos pertinente desarrollar los principales aspectos de esta doctrina, a efectos de entender mejor su incorporación en la actual Ley de Arbitraje.

### 3.1. La doctrina del *Estoppel*

Del origen y de la evolución histórica del *estoppel* muy poco puede decirse, porque es un problema que permanece en la oscuridad. La formación de la doctrina es obra lenta de una jurisprudencia secular que se ha ido introduciendo poco a poco a través de los diversos casos decididos por los tribunales.<sup>31</sup>

En relación a las raíces históricas del *Estoppel*, Alejandro Borda<sup>32</sup> sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet* sirve de fundamento tanto en la doctrina de los actos propios como en el *Estoppel* anglosajón. Es así, que la palabra *Estoppel* tiene la misma raíz que el término español «estopa».

Por su parte, Riezler<sup>33</sup> cree posible encontrar algún supuesto de *Estoppel* en los juristas anglosajones el siglo XII. Recordemos que en el medioevo, los juristas ingleses fueron fuertemente in-

fluidos por el Derecho Romano-canónico.

Asimismo, también debemos tener presente que en la doctrina del *Estoppel* es frecuente la expresión *own act* u *own deed*, que son sinónimos de *acto propio*.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>34</sup> nos dice que en la doctrina del *Estoppel* encontramos una idea semejante a la que se expresa bajo la rúbrica de que «nadie puede venir contra sus propios actos».

Sin embargo, algunos autores sostienen que el *Estoppel* es una institución jurídica exclusiva del sistema angloamericano de Derecho, que no se encuentra en ninguno de los regímenes jurídicos derivados del Derecho Romano.

Entre dichos autores, encontramos a Rabasa,<sup>35</sup> quien señala que el *Estoppel* constituye la regla del Derecho Anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado antes un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; ya que conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con

<sup>30</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>31</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 63.

<sup>32</sup> BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 28.

<sup>33</sup> Citado por Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>34</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>35</sup> Citado por PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En *Estudio de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951, p. 104.

perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio.

Al respecto, Puig Brutau<sup>36</sup> sostiene que no hace falta mucho esfuerzo para demostrar que la descripción de la doctrina del *Estoppel*, a la cual tratan de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la Teoría de los Actos Propios.

Para el citado autor, la regla del *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de la Teoría de los Actos Propios y del *Estoppel*.

Borda,<sup>37</sup> al analizar las distintas definiciones existentes sobre el *Estoppel*, prefiere aquellas en donde aplican el *Estoppel* en un plano de generalidad. Así, por ejemplo, V. A. Griffith, en su obra *Outlines of the law*, sostiene que el *Estoppel* es la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en otro la creencia racional de que determinados hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de

tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha «representado» con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona.

Nosotros coincidimos con Borda, cuando señala que las definiciones dadas por Puig Brutau y V. A. Griffith son las más adecuadas, en tanto tienden a sancionar toda conducta incoherente, incluso las realizadas fuera del pleito. Si lo sancionable es la contradicción, no vemos el motivo de limitarla a la cuestión meramente procesal; su aplicación debería abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles.<sup>38</sup>

### 3.1.1. Características

El *Estoppel* tiene cuatro características fundamentales;<sup>39</sup> a saber: apariencia jurídica, eficacia procesal, medio de defensa y reciprocidad.

#### (a) Apariencia jurídica

La primera de las características del *Estoppel* es su relación con el principio de protección de la apariencia jurídica, ya

que el *Estoppel* consiste en la imposibilidad de que una parte alegue y pruebe hechos que están en contraste con la apariencia que ella misma ha creado o suscitado.

Puig Brutau<sup>40</sup> precisa que en la doctrina del *Estoppel*, la importancia radica en la *apariencia*. La *apariencia* es expresada, en la doctrina anglosajona, como *representation*.

El citado autor señala que la palabra *representation* debe ser entendida en su sentido corriente, como cuando se habla de una *representación teatral* y no debe pensarse en el acto de *representación a través de un poder*.

En consecuencia, de lo que se trata es de proteger a aquel sujeto que confió en la apariencia de determinada situación, y de impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie. Es decir, el *Estoppel* sería una especie de sanción a aquel sujeto que pretende contradecir su primera conducta, la cual ya suscitó en otro una determinada apariencia.

<sup>36</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>37</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>38</sup> Para algunos autores, el *estoppel* se refiere, más que nada, a una cuestión procesal. Así, Luis Moisset de Espanés lo define como la barrera o freno erigido a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado.

Por su parte, Vallet de Goytisolo señala que el *estoppel* impide la alegación dentro de un proceso —aunque sea cierta— que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. La ubica como un arma estrictamente defensiva.

Dobson lo ha definido como el instituto que tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengán a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado.

<sup>39</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 65-70.

<sup>40</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 112-114.

## (b) Eficacia procesal

La segunda característica del *Estoppel* es su eficacia procesal. Recordemos que *Estoppel* significa que dentro de un proceso, una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta.

En el Derecho Anglosajón, el *Estoppel* no crea, ni modifica, ni extingue un acto jurídico; simplemente, imposibilita determinada alegación y hace que sea declarada inadmisibles. El *Estoppel* nunca llega más allá de las partes que actúan en el proceso, ni del proceso en que se actúa.

## (c) Medio de defensa

Como tercera característica, constituye un medio de defensa, en el sentido amplio de la palabra y no sólo como excepción. Ello, en virtud de que el *Estoppel* no sólo puede ser usado por el demandante frente a la demanda, sino también por el propio demandante frente a la excepción del demandado.

Asimismo, en tanto el *Estoppel* es un medio de defensa, sólo puede ser empleado por la parte a quien favorezca y no puede ser aplicado de oficio por el juzgador.

## (d) Reciprocidad

Y como cuarta característica, tenemos a la reciprocidad, en el sentido de que el *Estoppel* puede ser invocado, tanto por el demandado (al contestar la acción) como por el actor (frente a los alegatos del demandado), es decir, por ambas partes del proceso.

También, debemos precisar que el *Estoppel* nunca puede ser invocado por terceros ni puede ser opuesto a ellos.

## 3.1.2. Requisitos

Los requisitos del *Estoppel* también son cuatro.<sup>41</sup>

El primero de ellos consiste en que un sujeto debe dar por cierto un determinado estado de cosas.

El segundo, es que ese estado de cosas debe ser claro, es decir, que

no sea ambiguo. La afirmación debe ser unívoca, a fin de que no sea susceptible de diversas interpretaciones.

En tercer lugar, ese estado de cosas afirmado debe presentarse como existente en el presente o en el pasado, pero nunca en el futuro.

Como cuarto requisito, el *Estoppel* se produce en favor del sujeto que ha confiado en ese estado de cosas afirmado.

3.1.3. Aplicación de la doctrina del *Estoppel* en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje

La doctrina anglosajona establece una amplia clasificación del *Estoppel*<sup>42</sup> y en dicha clasificación encontramos el *Estoppel by representation*, que es un subtipo del *Estoppel by fact in pais*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la in-

<sup>41</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>42</sup> Tenemos las siguientes clases:

*Estoppel by record*

*Estoppel by deed*

*Estoppel by fact in pais*: los casos más significativos de esta clase son:

(i) *Tenancy*

(ii) *Bailment*

(iii) *Patents*

(iv) *Estoppel by representation*

(v) *Estoppel by acquiescence* y

(vi) *Laches*.

Sobre el particular recomendamos ver PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 108-111; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 71-85; y BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 32-40.

tención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir

que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modificando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

Por ello, en el caso del arbitraje internacional, si una de las partes es un Estado (o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado), no puede invocar válidamente las prerrogativas de

su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral, ya que ha quedado vinculado por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en la otra parte.

En otras palabras, si el Estado (o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado) suscribió un convenio arbitral, no podría desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal.

Lima, junio del 2010.