

Materias susceptibles de arbitraje

Matters Subject to Legal Arbitration

Mario Castillo Freyre* <https://orcid.org/0000-0001-7619-3804>
Rita Sabroso Minaya** <https://orcid.org/0000-0002-5125-0080>
Jhoel Chipana Catalán*** <https://orcid.org/0000-0002-2336-4590>
Laura Castro Zapata**** <https://orcid.org/0000-0002-6969-7163>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1676>

- * Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com
Correo electrónico: estudio@castillofreyre.com
- ** Abogada del estudio Mario Castillo Freyre. Ha sido profesora de Arbitrajes Especiales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Correo electrónico: rsm@castillofreyre.com
- *** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos de maestría en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad de San Martín de Porres, abogado en el estudio Mario Castillo Freyre. También se desempeña como árbitro.
Correo electrónico: lcz@castillofreyre.com
- **** Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Empresarial, por la Universidad de Lima. Ha concluido sus estudios en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ejerce la profesión en Laura Castro Zapata Abogada Arbitrajes. También se desempeña como árbitro.
Correo electrónico: jcc@castillofreyre.com

Lex





Quinta Heren. Óleo 54 x 37 cm.
Agustín Aquino Mejías (pintor peruano).

RESUMEN

El presente artículo desarrolla las materias susceptibles de arbitraje en la legislación nacional vigente (Decreto Legislativo N° 1071), sin dejar de citar la doctrina y derecho comparado tanto desde un criterio positivo como desde el criterio negativo que la normatividad anterior destacaba. Cabe resaltar el análisis que el artículo desarrolla sobre la doctrina del estoppel y la teoría de los actos propios en materia del arbitraje, así como los conflictos que afectan a la familia tanto de naturaleza extrapatrimonial como patrimonial en el ámbito del matrimonio, la vejez y la sucesión.

Palabras clave: *arbitraje, materias arbitrables, estoppel, familia.*

ABSTRACT

This paper develops the matters subject to legal arbitration under the current legal national system (Legislative Decree N° 1071), without leaving aside the doctrine and the compared law from both a positive and negative criteria highlighted by the prior regulation. The analysis developed by this paper on the estoppel doctrine and own acts theory related to arbitration, as well as the conflicts affecting the family both of non-economic and economic nature regarding the marriage, old age and succession, should be emphasized.

Key words: *arbitration; arbitration matters; estoppel; family.*

El tema de las materias que son susceptibles de ser objeto de un proceso arbitral se encuentra regulado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje) con el siguiente texto:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. 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.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El antecedente inmediato de este numeral lo encontramos en el artículo 1 de la 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 aquellas 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. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que 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 hoy derogada Ley General de Arbitraje.¹

Por su parte, el inciso 2 del artículo 2 de la Ley peruana en vigencia, no tiene un antecedente inmediato en nuestro ordenamiento jurídico ni en la Ley Modelo Uncitral. La Exposición de Motivos de nuestra Ley no nos brinda mayores alcances sobre este tema.

En donde sí encontramos un antecedente es en la Ley de Arbitraje española del año 2003,² la cual —a decir de Mantilla-Serrano—³ se inspiró en el derecho suizo del arbitraje.

2. MATERIA ARBITRABLE⁴

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 e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de lo que se debería entender por “arbitrabilidad subjetiva”, es decir, quiénes pueden acudir al arbitraje. Esto último resulta importante de señalar, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que solo podrán 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 aquel que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*.⁵

¹ 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, inarbitrables, es decir, que la naturaleza misma, ya sea esta 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 este un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

² La Ley de Arbitraje española del año 2003 establece en su artículo 2 lo siguiente:

Artículo 2.- Materias objeto de arbitraje

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

³ Fernando Mantilla-Serrano, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional* (Madrid: Iustel, 2005), 48.

⁴ La parte introductoria sobre materia arbitrable se basa en Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya, “Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?”, *Actualidad Jurídica*, n.º 177 (2008).

⁵ Fernando Mantilla-Serrano, *Ley de...*, 47 y 48.

Dentro de tal orden de ideas, 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 estos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta relativa a qué arbitrar y qué no.⁶

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 —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.⁷

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.

⁶ 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: “[...] el término ‘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”.

Gaspar señala además 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 poder de disposición”, en la medida en 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 [Silvia Gaspar, *El ámbito de aplicación del arbitraje* (Navarra: Aranzandi, 1998), 90].

⁷ Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad de la materia arbitrable, señalan que este 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”. [Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras* (Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994), 189-190].

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.⁸

Mantilla-Serrano⁹ 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 esta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,¹⁰ 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*”. (La cursiva es nuestra.)

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.

Por su parte, Campos Medina¹¹ 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.

⁸ David Arias Lozano, coord., *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003* (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005), 31.

⁹ Fernando Mantilla-Serrano, *Ley de...*, 45.

¹⁰ Silvia Gaspar, *El ámbito...*, 89.

¹¹ Alexander Campos Medina, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 319.

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 Viscasillas,¹² la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en torno a 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 se encontraría 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 Sanciónena,¹³ 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.¹⁴

Merino Merchán y Chillón Medina¹⁵ señalan que solo 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, Sanciónena¹⁶ 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 sea inarbitrable por ser indisponible 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.

¹² María del Pilar Perales Viscasillas. *Arbitrabilidad y convenio arbitral* (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005), 131.

¹³ Camino Sanciónena Asurmendi, "Materias objeto de arbitraje", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Valladolid: Lex Nova, 2004), 66.

¹⁴ 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.

¹⁵ José F. Merino Merchán y José María Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral* (Navarra: Thomson Civitas, 2006), 165.

¹⁶ Camino Sanciónena Asurmendi, "Materias objeto de arbitraje", en *Comentarios...*, 66.

Yáñez Velasco¹⁷ 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-Serrano¹⁸ 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 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 Viscasillas¹⁹ 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 Velasco²⁰ nos dice que el hecho de que una materia sea patrimonial no presupone su disponibilidad sin más, como tampoco la indisponibilidad implica que una materia sea 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,²¹ 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.

¹⁷ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 189.

¹⁸ Fernando Mantilla-Serrano, *Ley de...*, 47.

¹⁹ María del Pilar Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad ...*139.

²⁰ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 165.

²¹ Alexander Campos Medina, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 320.

Por lo demás, creemos necesario recordar que la distinción que la doctrina establece respecto a patrimonialidad o no patrimonialidad, ha sido ya superada. Ello, debido a que un derecho siempre reviste caracteres de ambos tipos, en mayor o menor grado.

2.2. Criterio positivo y criterio negativo

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 este, como se verá en su momento, 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, Lohmann²² —refiriéndose a la regulación que sobre la materia contenía el Código Civil de 1984— 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 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 Velasco²³ señala que un índice de materias que pudieran ser objeto de arbitraje, incluso acordando la búsqueda de perspectivas lo más genéricas posibles,

²² Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, *El Arbitraje*. Volumen V. Biblioteca para leer el Código Civil (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987), 61-68.

²³ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios...*, 98.

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 nacional, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 de su artículo 2, precepto que establece que “(p)ueden 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 Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje.

En efecto, de manera novedosa,²⁴ la 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, en inglés, *Bilateral Investment Treaties* - 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 actual Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del por qué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco,²⁵ 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 de 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.

²⁴ Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificador 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.

²⁵ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios...*, 160.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, solo 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 ya derogada Ley General de Arbitraje,²⁶ 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 negativo, 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,²⁷ 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 tiene poca fluidez y es renuente al cambio, el criterio negativo tenía sentido; en el mundo volátil de la globalización, dicho criterio no tiene ninguno, pues si lo tuviera, este criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

Por lo tanto, es signo del paso del tiempo y cambio social que el criterio positivo, esto es, el que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

Y esto no se produce solo por el paso del tiempo ni por los cambios sociales 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 en esta materia puede exhibir. Porque, en efecto, ya hemos concluido 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 principio general de Derecho que así lo establece.

²⁶ Ver Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Volumen 1. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre (Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006), 73 y ss.

²⁷ Ver Autores varios, *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Tomos III y IV. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre (Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007).

En este sentido, la Ley de Arbitraje en actual vigencia ha dado un “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 de nuestra Ley de Arbitraje es una innovación, y una muy importante, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cubija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente 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.²⁸

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 no acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro²⁹ 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 de manera restrictiva cualquier prohibición de someterse a arbitraje referida a cuestiones en las que intervenga un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina³⁰ señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido reconocida 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.

²⁸ Fernando Mantilla-Serrano, *Ley de...*, 48.

²⁹ Laura Carballo Piñeiro, “Materias objeto de arbitraje”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Valladolid: Lex Nova, 2004), 80.

³⁰ José F. Merino Merchán y José María Chillón Medina, *Tratado de...*, 166-167.

En efecto, como bien señala Yáñez Velasco,³¹ 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 *international* 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 2 no tiene un antecedente inmediato y se basa en la doctrina del *estoppel* anglosajón,³² 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.³³

En torno a las raíces históricas del *estoppel*, Borda³⁴ 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. Tan es así, que la palabra *estoppel* tiene la misma raíz que el término español “estopa”.

Por su parte, Riezler³⁵ cree posible encontrar algún supuesto de *estoppel* en los juristas anglosajones del siglo XII. Recordemos que en el medioevo, los juristas ingleses fueron fuertemente influidos 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 es sinónima de *acto propio*.

³¹ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios...*, 201.

³² Para mayor ilustración, ver Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya, *La teoría de los actos propios* (Lima: Palestra editores S.A.C., 2006).

³³ Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona: Bosch, 1962), 63.

³⁴ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 28.

³⁵ Citado por Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de...*, 63.

Al respecto, Díez-Picazo³⁶ 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,³⁷ 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; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con 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 Brutau³⁸ 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,³⁹ 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 ciertos 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 in-

³⁶ Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de...*, 61-62.

³⁷ Citado por José Puig Brutau, “La doctrina de los actos propios”, en *Estudio de derecho comparado* (Barcelona: Ariel, 1951), 104.

³⁸ José Puig Brutau. *La doctrina de...*, 105.

³⁹ Alejandro Borda, *La teoría de...*, 25-26.

coherente, 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.⁴⁰

3.1.1. Características

El *estoppel* tiene cuatro características fundamentales;⁴¹ a saber: apariencia jurídica, eficacia procesal, medio de defensa y reciprocidad.

– *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 Brutau⁴² 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.

– *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 inadmisibile. El *estoppel* nunca llega más allá de las partes que actúan en el proceso, ni del proceso en que se actúa.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Citado por Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de...*, 65-70.

⁴² José Puig Brutau, *La doctrina de...*, 112-114.

– *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 solo 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, solo puede ser empleado por la parte a quien favorezca y no puede ser aplicado de oficio por el juzgador.

– *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.⁴³ 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*⁴⁴ 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.

⁴³ Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de...*, 70-71.

⁴⁴ 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) *Patentes*
 - (iv) *Estoppel by representation*
 - (v) *Estoppel by acquiescence*, y
 - (vi) *Laches*.

Sobre el particular recomendamos ver José Puig Brutau, *La doctrina de...*, 108-111; Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de...*, 71-85; Alejandro Borda, *La teoría de...*, 32-40.

La idea fundamental del *estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, esta 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 podrá desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o alguna otra característica de su soberanía estatal.

4. EL ARBITRAJE Y LA FAMILIA⁴⁵

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad⁴⁶ y del Estado, razón por la cual, resulta evidente que ella debe merecer protección legal suficiente, además de que el Estado y la sociedad deben fomentar la paz y unión familiar.

Es claro que una familia desunida y con problemas internos, podría representar el fracaso de esa célula fundamental sobre la que se construye la sociedad en su conjunto.

De ahí que, en la eventualidad de que existieran problemas internos, la sociedad y el Estado deben fomentar que los mismos se solucionen de la manera más armoniosa posible.

⁴⁵ Este acápite tiene como base un trabajo inédito elaborado por Mario Castillo Freyre que será objeto de publicación en la obra *Entre el derecho civil y el arbitraje. Tercera parte*.

⁴⁶ "Artículo 4.- *Protección a la familia. Promoción del matrimonio*

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".

Como en todas las relaciones humanas, son frecuentes las desavenencias en el seno de la familia; y ellas pueden provenir de las más diversas causas, como ocurre en cualquier grupo de personas.

En primer lugar, tenemos a los conflictos de naturaleza extrapatrimonial, basados, fundamentalmente, en cuestiones de orden afectivo, sobre los cuales, realmente, el Derecho poco puede hacer, dado que los mecanismos que éste contempla para la solución de conflictos, pasan, fundamentalmente, por cuestiones de orden patrimonial y no extrapatrimonial.

En ese sentido, para los conflictos de orden extrapatrimonial, siempre será recomendable que la familia cuente con la participación de los más cercanos, a efectos de poder emitir el consejo adecuado y la mediación oportuna, fundamentalmente, de orden espiritual.

Aquí también podríamos decir que si la familia profesara alguna religión, sería importante sugerir la intermediación de miembros o autoridades de la respectiva iglesia, para que puedan ayudar a solucionar estos problemas.

Resulta evidente también que cuando se trate de conflictos de orden patrimonial, intermedios de esta naturaleza también resultarían muy útiles, pues muchas veces estas fricciones se solucionan de manera más fácil cuando primero llegan el entendimiento afectivo y la armonía familiar.

En segundo lugar, tenemos a los conflictos familiares de orden patrimonial, que son, precisamente, aquellos que en la mayoría de casos conducen a las situaciones más encarnizadas y de más prolongada duración.

Los conflictos familiares de orden patrimonial, tienen por origen, en la mayoría de los casos, problemas de orden sucesorio.

Es claro que cuando cualquier persona en el seno de una familia ha trabajado a lo largo de la vida y, fruto de su trabajo, ha obtenido determinado patrimonio, o cuando nos encontramos, al fin y al cabo, frente al patrimonio estrictamente personal de alguien, tal situación no tiene por qué generar conflicto alguno.

Ello, en la medida de que la titularidad de tal patrimonio no se halla en discusión. El mismo tiene un único y exclusivo titular, quien —como tal— puede disponer del mismo de la manera que considere conveniente.

Entonces, ¿cuándo surgen los problemas familiares de orden patrimonial?

Hagamos un repaso de las principales situaciones.

4.1. La vejez

Cuando con el paso de los años y cuando una persona haya atesorado algún patrimonio, sea este escaso, mediano o cuantioso, existirán familiares cercanos que tendrán derechos hereditarios expectaticios sobre tal patrimonio, ya que gozan de la condición de herederos forzosos de esa persona.

En tal sentido, una de las situaciones que ocurren con frecuencia es que tales potenciales herederos, traten de preservar esos derechos expectaticios, de modo tal que suelen intentar adoptar medidas para limitar los actos de disposición del potencial futuro causante, intentando, incluso, declararlo interdicto, a pesar de ser una persona con plenas capacidades mentales.

En la práctica se ven no pocos casos como este, que deterioran notablemente las relaciones familiares; y, sin duda, degradan a quienes optan por transitar por este camino.

En situaciones de esta naturaleza es común que, o se logre el cometido, abusando de los derechos de la persona mayor en edad, o se fracase en el intento, caso en el cual, seguramente, el tema se volverá de naturaleza contenciosa, y unos y otros terminarán litigando en el poder judicial.

En muchos de estos casos constatamos que la ambición no tiene límites.

4.2. El matrimonio

Creemos que el régimen patrimonial aconsejable para las relaciones de pareja, es el de la separación de patrimonios y no el de sociedad de gananciales. Esto, porque con la separación de patrimonios, cada uno de los miembros de la pareja será titular exclusivo de su propio patrimonio, y el otro cónyuge o concubino (si hubiesen iniciado la relación de convivencia habiendo pactado previamente una separación de patrimonios), no tendrá nada que ver con el patrimonio del otro.

Dentro de tal orden de ideas, de producirse una situación de conflicto en la pareja, la misma que desencadene en la ruptura de la relación matrimonial (divorcio) o de la relación concubinaria, ella no determinará que la pareja tenga que dividir bien alguno, ya que todos los bienes que se hubieren adquirido durante el matrimonio o la unión de hecho, revestirán la calidad de bienes propios.

Se puede decir, en sentido figurado, que luego de producida la separación, “cada quien se irá con lo suyo”⁴⁷ y no tendrá nada que reclamar al otro.

⁴⁷ A estos efectos, recomendamos al lector la consulta de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, “Pasión de gavilanes”, en *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudio Mario Castillo Freyre, 2004); Mario Castillo Freyre, *Repensando los*

No obstante, esta regla no enerva la posibilidad de que se produzcan reclamos entre los cónyuges o miembros de la unión de hecho, razón por la cual resultaría aconsejable que en el convenio de separación de patrimonios que hubieren celebrado, incluyan un convenio arbitral, el mismo que establezca que todas las controversias de orden patrimonial derivadas de la relación matrimonial o unión de hecho, si fuese el caso, serán resueltas por un tribunal arbitral.

Esto, sin duda, si bien no evitaría la existencia de tales conflictos, sí lograría que la solución de los mismos resulte más expeditiva, de tal manera que los problemas familiares tengan una duración más corta y una solución que pudiera resultar más satisfactoria.

Ahora bien, cabría formularnos la pregunta de si se podría proceder de igual manera en caso nos encontremos en presencia de un matrimonio sometido a la regla general de la sociedad de gananciales, o de una pareja que conviva en unión de hecho, régimen que, también por defecto, se regulará por la sociedad de gananciales.

Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

Ello, en la medida de que, si bien lo lógico sería suponer que el convenio arbitral se incluya en un pacto de separación de patrimonios, en ausencia de este pacto, los futuros cónyuges o concubinos podrían, igualmente, celebrar un convenio arbitral como contrato independiente, a efectos de normar a través del mismo, la solución de sus eventuales futuras controversias.

Dejamos sentado, para evitar cualquier interpretación equivocada al respecto, que la materia arbitrable en cualquiera de los casos sobre los que venimos tratando, se circunscribirá a las diferencias de orden patrimonial, ya que ellas son, por naturaleza, disponibles.

En ese sentido, si existiera en el convenio arbitral alguna materia señalada como arbitrable, pero que comprenda aspectos extrapatrimoniales, como los relativos a la tenencia de los hijos, tal disposición resultaría cuestionable.

Sin embargo, no estamos convencidos de que un pacto de esta naturaleza resulte nulo por naturaleza, pues no olvidemos que una pareja sí puede conciliar sobre estas y otras materias relativas a sus hijos menores de edad.

En otras palabras, si ellos pueden disponer directamente sobre tales aspectos familiares, resultaría posible que un tribunal arbitral (un tercero) resuelva sobre el particular.

efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo, 2017), 161-178.

4.3. La sucesión

No cabe duda de que junto con los problemas patrimoniales derivados del divorcio o de la ruptura de la unión de hecho, los más encarnizados suelen ser las disputas derivadas de la sucesión de una persona.

La ruptura de las buenas relaciones familiares, los pleitos entre hermanos, entre padres e hijos, y entre miembros de familias que hasta hacía poco se mostraban afecto, son muy comunes cuando existen divergencias fruto de la repartición del patrimonio del causante.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario establecer determinadas pautas para evitar tales conflictos o disminuir su intensidad y duración.

4.3.1. La sucesión intestada

Nos encontraremos frente a una sucesión intestada cuando el causante haya fallecido sin otorgar testamento, o cuando, a pesar de haberlo hecho, hubiere revocado el otorgado.

Esta situación, de por sí, no tiene nada de malo; y, es más, en la inmensa mayoría de casos, las personas fallecen intestadas, dado que no consideran necesario el otorgamiento de un testamento.

En efecto, ello bien puede ser así, como cuando una persona tenga un solo familiar cercano, quien, ante su muerte, resultaría el único heredero (heredero universal).

Sería el caso, por ejemplo, de un padre que hubiere enviudado y tuviera un solo hijo, supuesto en el cual, otorgar testamento resultaría ocioso, pues, de acuerdo a las normas en materia sucesoria, al morir dicho padre, su hijo se convertiría en heredero universal.

También sería el caso en el cual una persona carezca de herederos forzosos y estime que, al morir, su patrimonio se terminará repartiendo entre familiares cercanos, con quienes no tiene relación o afecto, no interesándole aquello que ocurra después de su muerte.

Y, por último, tenemos aquellos casos en que la persona carezca de patrimonio, razón por la cual el otorgar testamento, no solo resultaría ocioso, sino representaría un gasto inútil.

En todas estas situaciones el otorgamiento de testamento no sería algo aconsejable. Podría resultar siendo una demasía.

4.3.2. La sucesión testamentaria

Nos encontraremos frente a un supuesto de sucesión testamentaria, cuando el causante haya fallecido habiendo otorgado un testamento que se mantenga vigente al momento de su muerte.

En ese sentido, debemos señalar que resultará conveniente o aconsejable el otorgamiento de testamento, cuando la muerte pueda determinar que se conviertan en herederos del patrimonio hereditario dos o más personas y resultase necesario hacer una división de tal patrimonio, a efectos de que los bienes que lo conforman, no permanezcan en estado indiviso, con los consiguientes problemas que ello acarrea; así como tampoco ofrezcan dificultades a los herederos, para que se pueda proceder a una adecuada división y partición de los mismos.

Es importante en estos casos que se otorgue testamento, y que el testamento no se limite a describir los bienes materia de la sucesión y a enumerar a los herederos de los mismos y sus respectivos porcentajes hereditarios.

Esto, en la medida de que, otorgar un testamento en tales términos, equivaldría a no haberlo otorgado, pues resulta evidente que la consecuencia sería idéntica si nos encontrásemos frente a una sucesión intestada, dado que la participación de los herederos en dicha sucesión será aquella que determine la ley, en los porcentajes por ella establecidos.

Si no se va a dividir y partir los bienes de la masa en el propio testamento, el único sentido de otorgar testamento sería el de establecer en él una relación de bienes que incluya la adecuada consignación y descripción de algunos bienes, cuya existencia, ubicación o destino sea desconocida por los futuros herederos o por parte de algunos de ellos. Claro está, también tendría razón de ser cuando no resultaren de público conocimiento los futuros herederos.

En base a lo expuesto, somos de la idea de que el testamento ideal es aquel en el que, existiendo diversos herederos forzosos, se procede a efectuar una adecuada descripción, al igual que una oportuna división y partición de los bienes hereditarios; ello, pues de esta forma se eliminará una buena fuente de conflictos familiares, derivados, tanto de conocer la magnitud del patrimonio hereditario, como de tener que efectuar la división y partición del mismo, lo que muchas veces genera ingentes conflictos, pues es común que cada uno de los herederos quiera convertirse en titular de los más valiosos bienes de la herencia.

De ahí que resulte aconsejable el otorgamiento del testamento en los términos y características antes señalados.

Pero, el testador podría ir incluso más allá, estableciendo en su testamento una cláusula arbitral, materia regulada en la séptima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje que será objeto de análisis más adelante.

Es evidente que el arbitraje sucesorio resulta bastante escaso en nuestro país.

Como podrá intuir el lector, el arbitraje sucesorio no testamentario, fruto de un convenio

arbitral entre herederos y/o legatarios, deviene en una figura bastante inusual, pues es de suponer que el mismo sería fruto de un pacto entre todos ellos, celebrado luego de generada la controversia, lo que determinaría que todos tengan la voluntad de recurrir a arbitraje para facilitar la solución del problema, lo que será poco probable.

4.4. Las empresas

En adición a todas las causas de conflictos antes señaladas, no cabe duda de que el manejo de las empresas familiares constituye parte importante de los mismos.

Vamos a partir del entendido de que los herederos puedan, incluso, tener una situación hereditaria clara en materia de los derechos hereditarios que corresponde a cada uno y que exista más de un heredero en la sucesión.

Si se tratara de la división y partición de bienes muebles o inmuebles, y ella hubiese sido dispuesta en el testamento, tal situación no hubiese derivado necesariamente en conflicto, pues cada uno de los herederos podrá ejercer sus derechos de manera individual, sobre los bienes que le hubieren correspondido.

En otras palabras, cada quien manejará sus propios bienes a exclusiva voluntad, al ser propietario de ellos y no tener tales bienes relación con el manejo que los demás herederos hagan de sus propios bienes.

Pero, no necesariamente ocurrirá lo propio con las empresas.

Decimos esto, pues en la eventualidad de que más de un heredero adquiera por tal circunstancia la titularidad de acciones de una sociedad, ello determinará que el manejo de la misma haya pasado de las manos de quien era, probablemente, su dueño absoluto, y probablemente hasta fundador de la empresa (el causante), a manos de varios herederos, los que deberán tomar el manejo de la sociedad, teniendo como base sus respectivos porcentajes hereditarios, o la materialización de la división y partición de las acciones de la compañía, efectuada por el causante.

En uno u otro caso, los problemas en el manejo de la empresa, probablemente, no serán pocos, en la medida de que donde una sola cabeza tomaba antes todas las decisiones, ellas tendrán que ser adoptadas a partir de ahora, por varias personas.

En muchos supuestos, la asunción de la propiedad y control de las sociedades por parte de varios herederos es fuente de inagotables problemas, en la medida de que varios de ellos se sentirán con la respectiva autoridad, tanto en materia de conocimientos, como en relación a antiguas situaciones laborales o directivas en la empresa, para conducirla, lo que determinará, al fin y al cabo, no pocas fricciones entre tales herederos.

En ese sentido, es aconsejable que cuando nos encontremos frente a sociedades, los estatutos de las mismas, contemplen el arbitraje societario como medio de solución de controversias entre sus socios, antiguos socios y directivos, a efectos de que los problemas puedan ser solucionados de una manera más viable.

Resulta paradójico que la figura del arbitraje societario se aprecie como de mayor necesidad en aquellos casos en los cuales nos encontramos en presencia de sociedades con capitales de origen variado; es decir, aquellas en las cuales existen diversas personas naturales o jurídicas, en condición de socios capitalistas. Y esto está bien, pues ello ayudará a la solución de eventuales conflictos; pero, ocurre que en aquellas sociedades en donde hay, prácticamente, un único dueño, la inclusión de una cláusula estatutaria sobre el arbitraje societario resulta aún de mayor utilidad.

Lo expresado resulta importante porque es necesario prever aquella situación en la cual el dueño de la empresa fallezca y deje varios herederos.

Ante la inexistencia de un convenio arbitral estatutario, los conflictos entre los nuevos socios-herederos se tendrán que ventilar en el poder judicial.

En cambio, si se hubiese establecido el arbitraje estatutario, tales controversias serán resueltas en sede arbitral.

Como se puede apreciar, si los convenios arbitrales en materia societaria son muy útiles en términos generales, lo serán aún más en el seno de empresas familiares.

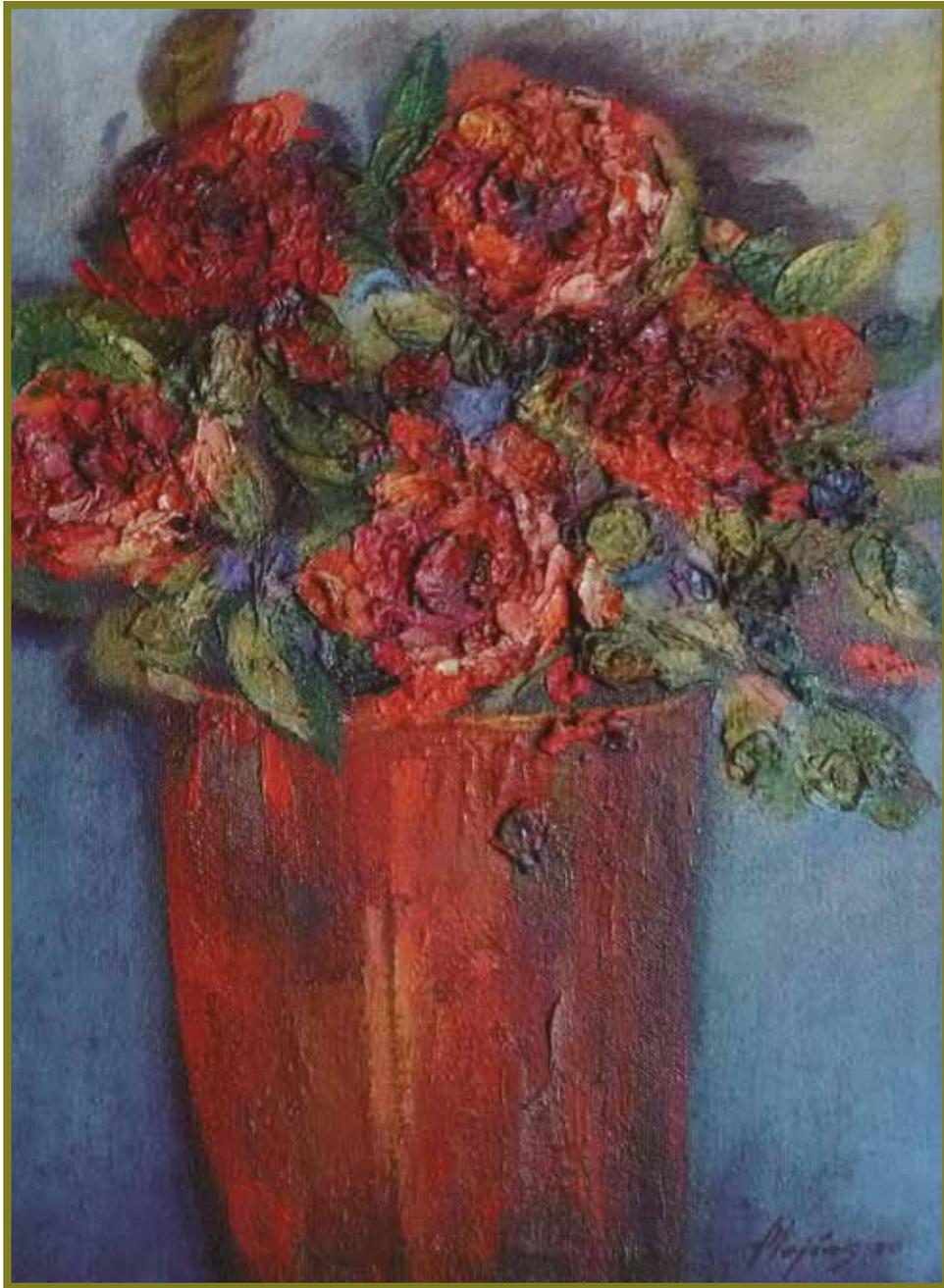
REFERENCIAS

- Autores varios. *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Tomos III y IV. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
- Arias Lozano, David, coord. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.
- Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Campos Medina, Alexander. "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos". *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006).

- 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.
- Carballo Piñeiro, Laura. “Materias objeto de arbitraje”. En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. “Pasión de gavilanes”. En *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.
- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Volumen 1. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006.
- Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2006.
- Castillo Freyre, Mario, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. “Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?”. *Actualidad Jurídica*, n.º 177 (2008): 31-35.
- Castillo Freyre, Mario. *Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo, 2017.
- Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch, 1962.
- Gaspar, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzandi, 1998.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Volumen V. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.
- Mantilla-Serrano, Fernando. *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005.
- Merino Merchán, José F. y José María Chillón Medina. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
- Perales Viscasillas, María del Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.
- Puig Brutau, José. “La doctrina de los actos propios”. En *Estudio de derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1951.

- Sanciónena Asurmendi, Camino. “Materias objeto de arbitraje”. En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- Yáñez Velasco, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RECIBIDO: 13/11/2018
APROBADO: 28/05/2019



Florero rojo. Óleo.
Agustín Aquino Mejías (pintor peruano).