

**ACTAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2020
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV**

Volumen 88 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del III Congreso
Nacional de Derecho Civil y
Arbitraje - 2020 Instituto de
Derecho Privado - Idepriv**

Marco Silva Santisteban Valdivia
Luis Ames Peralta
Coordinadores

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2020
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aidpp.com/
- © IDEPRIV
msilvasantistebanvaldivia@gmail.com
Telf. 969 971 884

Primera edición, marzo 2021

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-03626

ISBN: 978-612-4400-34-6

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Mesa n.º 1: La buena fe contractual	13
<i>Marco Silva Santisteban Valdivia</i> (moderador)	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Gustavo Ordoqui Castilla</i>	
<i>Milo Ruiz González</i>	
Mesa n.º 2: Los plenos casatorios civiles	45
<i>Marco Silva Santisteban Valdivia</i> (moderador)	
<i>Martín Mejorada Chauca</i>	
<i>Fort Ninamancco Chauca</i>	
<i>Jimmy Ronquillo Pascual</i>	
Mesa n.º 3: Análisis de los Libros V y VI del Código Civil a sus treinta y seis años de vigencia	73
<i>Mario Solís Córdova</i>	
<i>Juan Sologuren Álvarez</i>	
<i>Jorge Beltrán Pacheco</i>	
<i>José Aguado López</i>	
Mesa n.º 4: La responsabilidad civil en el Perú	117
<i>Eric Ayllón Ramírez</i> (moderador)	
<i>Carlos Agurto Gonzales</i>	
<i>Fiorella Vásquez Rebaza</i>	
<i>Carlos Valdivia Rodríguez</i>	

Mesa n.º 5: El derecho de familia a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República	139
<i>Eric Ayllón Ramírez</i> (moderador)	
<i>Álex Plácido Vilcachahua</i>	
<i>Miguel Ramos Miraval</i>	
<i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	
<i>Beatriz Franciskovic Ingúnza</i>	
<i>Marcos Castillo Chirinos</i>	
Mesa n.º 6: El <i>workshop</i> del arbitraje	177
<i>Leyli Aguilar Ventura</i> (moderadora)	
<i>Noelia Marcos</i>	
<i>Christian Collantes</i>	
<i>Jhon Jara Quiroz</i>	
<i>Roger Vidal Ramos</i>	
<i>Sergio Casassa Casanova</i>	
Mesa n.º 7: El <i>workshop</i> del arbitraje	205
<i>Nina Leguizamón Báez</i> (moderadora)	
<i>Andrea Vissani</i>	
<i>Yovana Flores Cayllahui</i>	
<i>Alonso Bedoya Denegri</i>	
Mesa n.º 8: El <i>workshop</i> del arbitraje	223
<i>José Luis Mandujano Rubín</i>	
<i>Adriana Vaamonde</i>	
<i>Eric Franco Regjo</i>	
Mesa n.º 9: El <i>workshop</i> del arbitraje	249
<i>Karen Vilcarromero</i> (moderadora)	
<i>Hugo Sologuren Calmet</i>	
<i>Ralph Montoya Vega</i>	
<i>Ángela Cristina Villate</i>	
<i>Giuseppe Vera</i>	

Mesa n.º 10: El <i>workshop</i> del arbitraje	283
<i>Augusto Durand Díaz</i> (moderador)	
<i>Gustavo Piedrahita Forero</i>	
<i>Leonardo Chang Valderas</i>	
<i>Alberto Molero Rentería</i>	
 Clausura	301
<i>Luis Enrique Ames</i> (moderador)	
<i>Laura Castro Zapata</i>	
<i>Cecilia Lau Buendía</i>	
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Marco Silva Santisteban Valdivia</i>	

NOTA DEL EDITOR

Es muy grato para la *Biblioteca de Arbitraje* el incorporar este volumen que compila las actas del Congreso de Derecho Civil y Arbitraje organizado a fines del año 2020 por el Instituto de Derecho Privado (Idepriv), que dirige mi muy buen amigo, el doctor Marco Silva Santisteban Valdivia. También fue coordinador del evento el doctor Luis Ames Peralta.

Soy testigo, desde hace años, del enorme esfuerzo que Marco y el Idepriv realizan en pro de la investigación y de la difusión del Derecho Civil y del Arbitraje, materias importantísimas en el ejercicio de la profesión en el Perú de hoy. La primera, desde siempre y la segunda, de notable presencia y trascendencia en los últimos veinte años.

En ese sentido, propuse a Marco y a Luis incorporar el texto del Congreso a nuestra colección.

Nos sentimos muy agradecidos con ellos y con el Instituto por habernos permitido difundir tan valiosas intervenciones que tuvieron lugar en el referido evento.

Esperamos que el lector, al igual que nosotros lo hemos hecho, disfrute del contenido de este libro.

Lima, febrero del 2021

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

**TERCER CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2020
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV**

MESA N.º 1 LA BUENA FE CONTRACTUAL

Marco Silva Santisteban Valdivia (moderador)

Mario Castillo Freyre

Gustavo Ordoqui Castilla

Milo Ruiz González

Marco Silva Santisteban Valdivia: Queridos profesores, disculpen que interrumpa su grata conversación, pero ya nos encontramos en vivo a través de las redes sociales. En primer lugar, saludar a todas las personas que nos siguen; a todos los seguidores del Instituto de Derecho Privado, a través de las plataformas de Instagram, Facebook Live, y a través del Zoom. Muy contentos de tener la participación de tan destacados profesionales.

El día de hoy nos acompañan grandes profesionales del derecho civil. En esta oportunidad nos encontramos reunidos, a fin de realizar una edición más del Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje que, de manera consecutiva, por tercer año consecutivo viene realizando el Instituto de Derecho Privado.

Así que estamos muy contentos de contar con los profesores que nos acompañan el día de hoy, y todas las personas que nos siguen.

Si bien es cierto, este congreso, en ediciones anteriores, en la normalidad que teníamos, se realizaba en el auditorio principal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, donde podíamos reunirnos y compartir, dado el tema de la pandemia y las medidas sanitarias, es lógico que no podamos

tener esta cercanía física; pero gracias a los medios tecnológicos que tenemos a la mano, podemos reunirnos, como hemos estado conversando hace en momento con los profesores, y esta situación nos ha motivado a llevar el congreso de esta manera.

Qué duda cabe también de que el covid no solamente ha generado esta situación de falta de reuniones físicas, falta de cercanía física, sino también ha tenido un impacto directo en diversas instituciones del derecho civil, y qué duda cabe de que en el tema del derecho civil patrimonial ha tenido un impacto bastante sustantivo.

Y, justamente, el tema que va a ser abordado el día de hoy, si bien es cierto, es un tema muy importante, es un pilar en la estructura del derecho civil patrimonial y en diversas aristas del derecho civil, la buena fe contractual ha tenido, a partir del tema de la pandemia, a partir del tema de covid, un mayor estudio o mayores estudios al respecto. Se ha vuelto a incidir en ese tema de la figura de la buena fe en el tema de la renegociación de la firma de los contratos, el principio de cooperación, el principio de solidaridad, el principio de colaboración para el cumplimiento de los contratos.

Y, por eso, el día de hoy nos acompañan profesores que van a enseñarnos muchas cosas respecto de la buena fe contractual. Nos acompañan y con cargo a desarrollar al momento de su intervención, las respectivas hojas de vida, un resumen porque es tan amplia, pero vamos a hacer un resumen de sus hojas de vida.

Nos acompaña el profesor Milo Ruiz, quien ya es un profesor que a tan corta edad ha realizado bastantes estudios al respecto en los últimos tiempos. Ha participado en diversas obras colectivas, en diferentes seminarios abordando el tema de la buena fe.

Seguidamente, también tenemos al profesor Gustavo Ordoqui y al profesor Mario Castillo, que tienen sendos artículos al respecto, y justamente, conversábamos hace un ratito con el profesor Gustavo Ordoqui respecto de un libro que, con la colaboración del profesor Mario Castillo, aborda el tema de la buena fe contractual.

Mi ánimo no es extenderme mucho porque acá los especialistas son los doctores que nos acompañan, los profesores que nos acompañan, y sólo con estas cortas palabras doy la bienvenida a todos y la inauguración de este Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje que en estos cuatro días, de aquí al viernes, se va a realizar.

Muchísimas gracias, y ahora sí, antes de empezar la conversación, solamente una pequeña salvedad, que el tiempo de intervención es uno no superior a quince minutos, una ronda, y solamente eso.

Entonces, dejo en el uso de la palabra al profesor Mario Castillo Freyre.

El profesor Mario Castillo Freyre es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es magíster en derecho civil y doctor en derecho en la misma casa de estudios. Es docente de derecho civil en las Facultades de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Unifé, San Martín de Porres, Universidad de Lima, profesor honorario en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

Dentro del amplio bagaje y datos importantes, es árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima desde el año 2001, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Peruana de la Construcción desde el año 2002, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, desde el año 2003, del Centro de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado desde el año 2003. Es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, académico de talla, es también académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina desde el 2014. Es autor de numerosos, innumerables artículos de investigación, libros; creo que no necesita mayor presentación el profesor Mario Castillo Freyre, y lo dejo en el uso de la palabra.

Está en el uso de la palabra, profesor Mario.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, Marco.

Un honor compartir este foro con el profesor Gustavo Ordoqui, con los profesores José Aguado, Milo Ruiz y con Marco. Personas tan apreciadas y queridas en la vida.

Justo minutos antes de comenzar esta breve exposición, comentaba que en la mañana de hoy empezó el pleno jurisdiccional en materia civil del Poder Judicial, y el tema que se trató, uno de los temas que se trató hoy en el cual tuvieron la enorme gentileza de invitarme, junto a otros profesores, fue el relativo a la doble venta. Es decir, qué tratamiento debe recibir el contrato en virtud del cual alguien que ya vendió un bien, lo vende por segunda vez.

Y éste es un tema, sin duda, directamente vinculado con la buena fe, desde muchos puntos de vista en muchos aspectos.

Voy a tratar de resumir un poco el tema. En realidad, la regla general en materia de contratación, es que las personas actúen de buena fe. No hay ninguna duda de que la buena fe es la regla y que la mala fe es la excepción.

La mala fe entra dentro de la patología del incumplimiento de obligaciones, del incumplimiento de las relaciones contractuales, etc. O sea, no podemos partir nosotros de que la regla es la mala fe.

Entonces, tampoco podemos partir nosotros de que, en materia de compraventa o en materia de contratación, la regla es que alguien venda un bien a más de una persona sucesivamente, ya no siendo propietario de ese bien.

Eso que entra, incluso, dentro del terreno de lo delictivo, son situaciones que por más que se presenten en la realidad, no dejan de constituir situaciones de excepción.

Y, ¿cuál es el principal problema que plantea esta situación en el Perú?

Lo que ocurre es que el Código regula el tema en materia de derecho de obligaciones, específicamente, en obligaciones de dar bienes ciertos, las normas relativas a concurrencia de acreedores.

La concurrencia de acreedores se presenta cuando nos encontramos en presencia de un deudor, de una persona que se ha obligado a entregar el mismo bien cierto a más de una persona, en virtud de títulos o contratos diferentes. No estamos hablando de un solo contrato, porque ahí estaríamos en presencia de obligaciones de sujeto plural o pluralidad de sujetos. Estamos hablando, tal vez, de que, al inicio de esta historia, de repente, quien era propietario del bien, se obligó a entregarlo a uno, luego se obligó a entregarlo a otro, y, finalmente, a un tercero, por decir.

Esta situación es una situación excepcional que, en principio, se agrava por una circunstancia específica, y es que, en materia de bienes inmuebles, la regla en lo que respecta a la transferencia de bienes inmuebles en el Perú, es el artículo 949, que establece que la transferencia se produce con la sola obligación de enajenar. Es decir, no se requiere ni siquiera la existencia de un documento escrito, no se requiere siquiera que el bien se haya entregado, que el precio se haya pagado. Basta que haya habido acuerdo, basta que haya habido contrato de compraventa para que se entienda transferida la propiedad al acreedor.

Esta situación, entonces, nos plantea lo siguiente. Decía que, naturalmente, cuando el vendedor ya vendió el bien por primera vez, ya no es propietario de él, y en la segunda venta está actuando como deudor de un bien que ya no le pertenece.

Entonces, podría parecer lógico que sólo la primera venta tenga validez. Y hasta cierto punto resulta tentador decir que la primera venta tenga validez, porque, al fin y al cabo, compró una persona de buena fe; fue el primero que compró; la persona que compró se hizo de la propiedad del bien; seguramente, pagó el precio, etc. Es decir, celebró un contrato con absoluta buena fe; y, por lo tanto, no habría ninguna objeción para protegerlo.

El problema es que, si sólo estuviera él, la figura no ofrecería obstáculo alguno porque sería un comprador común y corriente. El problema es que no sólo está él. Que haya una fila, si se quiere, de dos o tres personas que se encuentran en igual situación.

Entonces, el Código peruano, en los supuestos de concurrencia de acreedores de bien inmueble, establece que debería preferirse al acreedor que haya inscrito su derecho en Registros Públicos.

Lo curioso de esto es que la norma del Código peruano no está hecha solamente para cuando estemos en presencia de acreedores con el mismo título o con título similar, para decirlo con propiedad, porque el primer acreedor, para decirlo con propiedad, porque el primer acreedor, por ejemplo, podría ser una persona a la cual el deudor le ha arrendado el bien, pero todavía no se lo ha entregado.

El segundo, un acreedor a quien sí se lo vendió y no se lo entregó, y el tercero, otro al que le vendió y no se lo entregó.

Entonces, claro, los tres entrarían en esta concurrencia, pero el primero no entraría en la concurrencia para que se le entregue el bien a título de propiedad, porque el primero, precisamente, no compró y no lo quiere en propiedad, sólo lo quiere en uso, porque ha contratado sobre el bien para un arrendamiento, supongamos, por cinco años.

Esta situación de la concurrencia de acreedores, además, exige un requisito fundamental para ponerse en la «cola» de la concurrencia, y es que los acreedores concurrentes tienen que haber actuado con buena fe.

Y la buena fe, en este caso —yo siempre la grafico de esta manera— la buena fe podría graficarse como una fotografía que se toma al momento en que se celebra el contrato con el deudor del bien, y en esa fotografía, esa fotografía tiene que representar a un acreedor que celebre el contrato en desconocimiento de la existencia de alguna situación que pueda enervar su derecho o que pueda constituir el derecho o que pueda constituir

elementos que configuren una situación mayor que lo lleven a tener un conocimiento distinto.

Naturalmente, esta buena fe no implica el desconocimiento absoluto de la situación y el descuido absoluto en materia general o registral. Uno tiene que haber actuado con la debida diligencia. Si, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, uno desconoce la existencia de un contrato anterior, por ejemplo, con otro comprador o con otro contratante, en general, uno habrá actuado con buena fe.

Y acá hay un tema importante que, a veces, genera confusión, y es el siguiente. Si yo contraté y descubro que soy el segundo en haber contratado, voy donde un abogado, y el abogado me dice: «Inscribe. Inscribe el derecho en Registros Públicos. ¡Qué bueno que lo elevaste a escritura pública! Inscribe en Registros Públicos para que tenga ese derecho una prioridad en la concurrencia de acreedores, si la hubiere».

Inscribo, naturalmente, yo no dejo de ser un contratante con buena fe, porque como expliqué hace un momento, la buena fe es la fotografía que tomamos al momento en que contraté.

No se me podrá decir: «Ah, usted ha actuado con mala fe porque inscribió ya sabiendo que había otro que había comprado antes que usted». «No, señor, eso se llama instinto de conservación. Yo estoy salvando mi pellejo». ¿Por qué? Porque, al fin y al cabo, me encuentro en igual situación que el primero, y seguramente me encontraré en igual situación que el tercero frente a un pillo que es aquella persona que está contratando con varios y a ninguno le entrega, para ganar dinero, y, precisamente, sacar provecho de la situación.

Entonces, el que yo adopte las medidas del caso para resguardar mi derecho, habiendo tomado ulterior conocimiento de los actos celebrados por el deudor, no quita que yo sea un contratante de buena fe.

Ahora, todas estas situaciones, y es un poco para cerrar en estos breves minutos lo que se hablaba en la mañana, todas estas situaciones han

generado, pues, toda una discusión en la judicatura, en el sentido de si ese segundo contrato (vamos a asumir que son dos compraventas), si esa segunda compraventa debe ser considerada nula.

Creo yo que había consenso entre los expositores, en el sentido de que ésa no debe ser considerada la regla. ¿Por qué? Porque, efectivamente, la segunda compraventa podría ser nula, si se configurara, por ejemplo, un supuesto de fin ilícito.

Claro, si comprador y vendedor se coludieran para celebrar esa segunda compraventa, para perjudicar al segundo comprador, el propietario del bien podría tratarse de un contrato con fin ilícito y, naturalmente, como cualquier contrato con fin ilícito, puede ser susceptible de declararse nulo por los tribunales de justicia.

Pero, hay que advertir algo más o subrayarlo. Y es que si ésa fuera la situación, no nos encontraríamos en una concurrencia de acreedores, porque si ese segundo comprador actúa con mala fe, no se puede poner en la cola, pues. No puede ponerse en la cola.

Entonces, si el supuesto es concurrencia de acreedores, eso significa que el acto no es un acto ilícito porque los compradores sucesivos actuaron de buena fe, y para que exista acto ilícito, los dos contratantes tendrían que haber actuado de mala fe, ya que, dentro de la lógica del Código peruano, se reconoce la posibilidad de, finalmente, ser considerado aquel acreedor que se quede con el bien, a cualquiera de los que contrataron con ese contratante de mala fe.

Entonces, para que se trate, efectivamente, de un acto viciado de nulidad, con fin ilícito, tendrían que haber actuado de consumo, comprador y vendedor.

Entonces, cuál es el tema aquí y con esto voy acabando. El tema aquí es el siguiente. El Código nacional en materia de contratación sobre bienes ajenos (éste es un tema muy antiguo para mí, el primer tema que investigué en mi vida, hace treinta y cuatro años), en materia de contratación

sobre bienes ajenos, el Código peruano no parte de la idea de la nulidad, como tampoco parte, por ejemplo, el Código argentino del 2015.

El Código argentino del 2015 en esta materia parte de la idea de la validez, igual que el Código peruano. Y es que, por ejemplo, en el Perú tenemos una norma general, que es el 1409, inciso 2, que permite contratar sobre bienes ajenos, y es que, claro, cuando hablamos de bienes ajenos no sólo hablamos de la casa de nuestro ejemplo recurrente. Los bienes ajenos también pueden ser productos, tales como bienes inciertos, en cantidades de cosas o bienes fungibles.

Entonces, si yo te vendo una tonelada de trigo, qué importa si yo soy el propietario de la tonelada de trigo o no soy el propietario, porque es un producto que existe en grandes cantidades y que yo puedo cumplir con entregártelo por más de que no sea propietario al momento que celebré el contrato contigo, distinto régimen de aquél que reciben los bienes ciertos; y, específicamente, los bienes inmuebles ciertos.

Luego, en segundo lugar, ya en compraventa, el Código peruano regula específicamente la venta de bien ajeno, no sólo tratándola como promesa de la obligación o del hecho de un tercero, que la trata así en el artículo 1537, sino de lleno como venta de bien ajeno, como la trata en el artículo 1539. Y tan válida puede ser, que el Código dice en el 1539, «la venta de bien ajeno es rescindible si el comprador desconocía el carácter ajeno del bien», pero, si el vendedor adquiere el bien antes de la citación con la demanda, ya no es rescindible. Ah, entonces, ¿qué cosa es? Un contrato plenamente válido, pues. Porque si el vendedor adquiere el bien antes de la citación con la demanda, por las normas de transferencia de propiedad, con el solo consenso, ya podría, en ese momento en que se convierte en propietario, se activaría el mecanismo del 949 y se transferiría la propiedad a favor del comprador.

Es un tema muy bonito y muy complejo, pero lo que quiero decir es que, digamos, no podemos volver a levantar todos los fantasmas. No podemos volver a levantar todos los argumentos que se levantaron en Francia en el siglo XIX para calificar la contratación sobre bienes ajenos o la venta de

bien ajeno, ya que, digamos, toda la jurisprudencia posterior y la doctrina de ese país, prácticamente, dejaron la misma letra en el 1599, que dice que la venta de bien ajeno es nula. Sí, claro, pero hay tantas excepciones que la nulidad de la venta de bien ajeno termina siendo, precisamente, no la regla, sino la excepción y las excepciones terminan siendo la regla de validez.

Entonces, bueno, es un tema muy interesante. No pude por cuestiones de trabajo quedarme hasta el final del Pleno Casatorio, y escuchar ya la discusión de los señores jueces, no sé específicamente en lo que se concluyó, pero es un tema muy interesante y que mereció este debate en el pleno jurisdiccional que les estoy mencionando; y, sin duda, digamos, estaba totalmente presente como para conversar con ustedes estos breves quince minutos sobre un tema directamente relacionado con la buena fe.

Muchísimas gracias, amigos.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, doctor Mario, por su posición, por su exposición, y damos el uso de la palabra al profesor Gustavo Ordoqui, que desde la hermana República del Uruguay nos acompaña el día de hoy.

Voy a leer un pequeño resumen de los datos más importantes del profesor Ordoqui.

El profesor Ordoqui es profesor de derecho civil y director del programa de investigaciones de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay; es miembro de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina; miembro del grupo de investigación de derecho civil y comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; miembro de la Academia Iusprivatista de Pavía, Italia, Miembro Honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado; miembro de la Academia Provida del Vaticano, Italia; profesor de derecho médico de la Universidad de Montevideo; abogado adjunto a la Procuraduría del Estado en lo contencioso-administrativo y subdirector de la Revista Iberoamericana de

Derecho Privado. Autor de innumerables artículos, libros y tratados, como lo acabamos de señalar hace un momento.

Profesor Ordoqui, lo dejo en el uso de la palabra, profesor.

Gustavo Ordoqui Castilla: Bueno, buenas noches. Muchas gracias por la invitación. Felicitar a los organizadores la posibilidad de desarrollar este evento entre repúblicas hermanas con profesionales que nos queremos y nos vemos desde hace muchos años, y que juntos hemos madurado el conocimiento de varios temas, dentro de los cuales, sin lugar a dudas, el de la buena fe, marcó y marca un hito histórico. Es un tema que tiene vibración propia y que permanentemente se está actualizando, se está viendo cómo opera instrumentos a través de los cuales el contrato se va tratando de adaptar a la realidad del momento que le toca vivir.

En primer lugar, decirles que esta exposición tiene un poco el respaldo de un estudio hecho ya en Lima hace muchos años, el 2015, sobre la buena fe contractual que desarrollamos, precisamente, con el querido profesor Mario Castillo Freyre, donde está desarrollada la parte doctrinaria, la parte, digamos, más pesada, la que recomiendo leer, pero no escuchar, en el sentido de que pueda hacerse poco entretenida.

Por supuesto que esto se conoce, y la idea mía es concurrir en dos o tres aspectos del tema, que considero de actualidad y de interés para todos los que nos puedan estar escuchando, más allá del interés académico; busco una finalidad práctica. Y ¿por qué lo digo? Porque, desgraciadamente, este instrumento se está actualizando en su necesidad práctica de verlo todos los días funcionar en todos los países del mundo.

Ha operado un proceso que rompió la estabilidad del sistema social económico y jurídico en el mundo, y frente a eso, tenemos que ver con qué cuenta el sistema jurídico para poder enfrentarlo, solucionarlo o resolverlo de alguna manera.

Es así, entonces, que vamos, en primer lugar, a establecer como punto de partida una máxima que nos enseñó el profesor José Luis de los Mozos,

para nosotros, el mejor hombre que escribió en materia de buena fe; hombre español de mucho tiempo. Precisamente, lo recuerdo porque fue antes de un evento en Lima, sentados, se le preguntó... yo le pregunté personalmente, y en aquel momento, cuando le pregunté, tendría cincuenta años yo y él tendría setenta u ochenta, ahora ya él, lamentablemente, falleció y yo tengo setenta, pero, en aquel momento le pregunté algo que a todos nos intriga siempre. Preguntarle a un profesor después de mucho recorrido, ¿cuál fue para usted el tema que más interés le trajo en su vida académica, en su vida práctica?

Estábamos los dos sentados, me mira de costado y me dice: «Gustavo, si vas a organizar una investigación, no dejes de hacerlo con la buena fe contractual. La buena fe contractual es el alma, el sistema, la base de toda la relación contractual. Sin ella, nosotros no podríamos funcionar en ningún país del mundo».

Y cuando me dijo «en ningún país del mundo», yo dije, este hombre me está, de alguna forma, exagerando o tratándome de decir... «sin comentarios», dije. Lo vamos a poner a prueba.

Fue así que empezamos nosotros el estudio de la relación de la buena fe contractual y cuando empezamos este estudio, dijimos que lo primero para poder definirnos en este tema tan importante, es ponernos de acuerdo en lo que son las estructuras básicas fundamentales. O sea, cómo podemos nosotros hacer para avanzar en la mecánica a partir de qué conocimientos.

Y ahí recordamos a Fernández Sessarego que, a su vez, querido profesor peruano, nos decía «No podés empezar una conferencia sin ponerte de acuerdo en que el derecho es algo más que las normas».

La buena fe contractual es algo más que estudiar las normas que pueden hacer referencia a ella. Es ver cómo se aplican, en función de qué contenido y hacia dónde apuntan.

Entonces, frente a esa alternativa, se me decía puntualmente que el fenómeno jurídico no podemos estudiarlo solamente en normas, y eso es un primer presupuesto para estudiar la buena fe contractual.

Aquel que piense que todo lo va a encontrar en las normas, no va a llegar a buen puerto desde nuestro punto de vista. Hay que estudiar la norma, hay que estudiar la relación socioeconómica a la que responde esa norma y los valores. Y todavía, si estuviera el amigo Carlos Fernández Sesarego, le diría: «Don Carlos, falta un elemento nuevo del siglo XXI, que es la tecnología. Porque aquella tecnología con la que nosotros pensamos en la buena fe, hoy es otra».

Hoy el mundo ha cambiado desde todo punto de vista. Hay un verdadero cisma en el sistema jurídico. Entonces, la primera sensación es decirle al estudiante que lo tenemos al aula: «Muchachos, cuidado, el derecho no está sólo en las normas; está en las normas, en la realidad social, en los valores. Hay que buscar algo más».

Y no contento de eso, después le diría: «Querido amigo, tené cuidado porque el contrato tampoco está sólo en el acuerdo de voluntades; está en el acuerdo de voluntades; está en la realidad social a la que responde el contrato, y todo el cuadro de valores al que responde ese contrato».

No quedarnos sólo con una visión parcializada que nos puede llegar a limitar la verdad, el esquema que se pone a prueba, precisamente, en estas situaciones de pandemia; en estas situaciones donde vemos claramente —como lo conversábamos antes de esta exposición—, cómo se mueven los contratos, vibran los contratos.

Yo contaba el ejemplo que tuvimos nosotros como profesionales aquí en Uruguay, en un solo día, por primera vez, me caen cuatro clientes pidiéndome la rescisión de los contratos o la revisión de los contratos, con la peculiaridad de que no eran los deudores, sino los acreedores, los propietarios que estaban preocupados porque sus arrendatarios se le iban, y, por primera vez, el propietario dice: «No te me vayas, por favor, quédate porque vamos a renegociar; vamos a actuar de buena fe». Los propietarios

diciéndoles a los deudores: «vamos a actuar de buena fe». Yo, en setenta años, nunca lo había visto. Y todos preocupados para que sus contratos se preserven, a pesar de lo que estaba pasando.

En aquel momento todavía no se sabía muy bien, pero ellos sabían que actuando de buena fe iban a dar su primer paso. Y, de hecho, ¿qué fue lo que sucedió? Pues todos fueron concediendo en la realidad nuevos plazos; nuevas realidades. Con más temor iban caminando según los protocolos que se fueron dictando en nuestro país, que ponían demoras; que no podían abrir los negocios; cómo se van a cumplir los contratos si no se podían abrir los negocios. No se podía salir de las casas. Estaba evidente que había un factor ajeno a la voluntad de las partes que distorsionaba por completo, y las dos partes se daban cuenta de que tenían que rever, actuando de buena fe, más allá de los conceptos jurídicos.

Yo los escuchaba a mis propios clientes hablarme a mí de lo que era la buena fe en el proceder, porque la necesitaban. Estaban hablando con la flema de su propia médula. El ser humano, al margen de los libros y de las normas, sabe lo que es buena fe en su propio proceder, porque es un valor inherente a nuestro ser, que lo aplicamos al sistema jurídico. No es un invento de abogados; no es un invento de juristas lo que estamos en este momento tratando. Estamos haciendo referencia al valor sustancial prioritario, mundial y personal más relevante del sistema jurídico. Y el que me lo niegue, estoy en condiciones ahora, después de tiempo, de podérselo refutar. ¿Por qué? Porque como vamos a ver ahora, hemos hecho un relevamiento de todo el sistema jurídico latinoamericano para ver en qué país, y en cómo se trata en cada país la buena fe.

Hemos ido a Europa, país por país, a ver cómo se trata la buena fe. ¿Saben cuál es la sorpresa? Que la diferencia de regulaciones es casi milimétrica. Hay principios generales mundiales.

Cuando se dice «generales», que lo vamos a ver ahora el tema, ya no es solamente uno o dos; son mundiales, porque la buena fe, vuelvo a repetir, no es exclusiva de ningún país, de ninguna persona, y de ningún doctrina-

rio; es propia del ser humano. Y donde hay seres humanos interrelacionándose con sus intereses, tiene que haber buena fe contractual.

Estos movimientos sísmicos nos han llevado a nuevas necesidades. Y aquí hablamos de la buena fe como principio y ninguna palabra está de más: general, sustancial y fundamental.

¿Por qué decimos general? Y cuando hablo de general, se me ocurrió ir un poco al Código de ustedes, y me encuentro, con muy buen criterio, en el Título Preliminar, capítulo VIII, fíjense la primera norma que les voy a leer, por eso les estaba diciendo que con un poco de sorpresa, yo veo esta norma y realmente me entusiasma porque dice, repito lo que estoy leyendo: Título preliminar del Código de ustedes, la última versión, dice concretamente, «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

Entonces, la pregunta es, ¿cuáles son estos principios generales del derecho?

Tengo que ir al 1362, tengo que ir al 168, vamos a empezar por el Título Preliminar, quizás me está hablando de principios generales. Dentro de ese principio general, no está ya implícitamente referida la buena fe antes de tirarme a la piscina a medir la temperatura del agua, y me encuentro que ya el principio general lo tengo desde ese punto de vista totalmente reconocido en el propio Código Civil.

Claro, estamos pasando y dejando de lado viejas discusiones. Muchos me dirán: «Éste que habla es un hereje. ¿Dónde está la seguridad jurídica? ¿Dónde está la diferencia entre la moral y el derecho? ¿Verdad? Y ahí aparecen los positivistas lisos y llanos, que adoro y aprecio, porque esto es algo elaborado también para el sistema, pero dicen: «Usted, de lo único que me sabe hablar es de un derecho inseguro, ¿cómo vamos a hablar de seguridad jurídica cuando usted hace priorizar la moral o los principios generales?».

Cuidado, no soy yo el que los hago priorizar, en realidad, es su Código. Usted, que es positivista, léame lo que son los principios generales. Ah, pero para eso tengo que recurrir a la doctrina. Ah, pero para eso tengo... No lo hace porque usted quiere, sino porque el legislador le ordenó que usted lo haga. Y, si es positivista, yo voy a hablar en su idioma, y vamos a ponernos de acuerdo, pero respete lo que dice la norma, en ese caso.

Y en ese caso aparece esa idea de decir: «Bueno, principio general». Nosotros lo tenemos este principio general en el Código Civil, en la Constitución, si queremos hablar de derecho civil constitucional y la buena fe contractual, la buena fe en los contratos de administración también la tenemos.

Cuidado, la buena fe no es un principio que está en el Código Civil; está en el sistema jurídico, por eso me habré ido al Título Preliminar. Nosotros también lo tenemos en la Constitución, igual que ustedes nos remitimos a los principios; son los mismos principios generales. No hay principios generales en el Título preliminar diferentes a los de la Constitución.

Los principios generales del derecho son únicos; universales y tenemos que respetarlos. Es legal, miren la palabra que digo después: el principio general de la buena fe —hay que decirlo— es legal. No es una construcción arbitraria de la doctrina para flexibilizar el sistema. Alguien me dijo al final de una conversación: «Ordoqui, por favor, guarde esa fiera en la jaula». Refiriéndose a la buena fe. Esa fiera que, si usted la deja escapar, no sabe qué control va a tener y va a hacer un destrozo dentro del sistema.

Le contesté: «Cuarenta años de ejercicio profesional, nunca vi un caso en el que se pretenda el ejercicio abusivo del derecho conferido por actuar de buena fe. Nunca lo he visto todavía. Si alguien lo tiene, que me lo muestre. Lo que demuestra, precisamente, su carácter de importancia sublime. Es de orden público. No lo podemos manejar este principio. No podemos ponernos de acuerdo en que, para nosotros, estas conductas son acordes al sistema porque nosotros, más allá de nuestros acuerdos, lo importante es que no depende de nosotros su alcance. Es un estándar jurídico. Cuidado

con estos... agárrense bien, como les digo a veces en facultad, pónganse los sistemas de seguridad porque el avión va a empezar a moverse ahora.

Y ¿por qué se va a empezar a mover el avión? Porque les digo, es una remisión que, para ser aplicada, se le confieren al juez facultades para establecer qué es lo que es la buena fe del caso concreto. Ah, pero usted está diciendo que el juez carga derecho. Yo lo que estoy diciendo, es que esos jueces con una doctrina permanente crean más y más consolidadas que mejor conózcalas y respételas porque va a perder su causa.

Miren lo que les acabo de decir. Máximas consolidadas, a partir de la vigencia de la jurisprudencia sobre la base de principios. Fíjense un caso que les voy a decir. La obligación de seguridad o ahora que está en madurez, el deber de renegociar, están la obligación de seguridad en los contratos de transporte y en los sistemas de asistencia médica para casos de accidente o para casos de accidentes, la caída de los pacientes de las camas, etc., etc. Es obligación de seguridad; nadie la cuestiona, pero no tiene ningún fundamento legal en ningún lado, más que en los principios de la buena fe. Al principio de la buena fe como buena fe objetiva, deber de colaboración. Se crea judicialmente la obligación de seguridad; se acepta judicialmente, doctrinariamente, es máxima consolidada, y hoy nadie duda, por lo menos, en nuestro país, de que en las obligaciones de los contratos de transporte colectivo hay una obligación de seguridad respecto al pasajero, de llevarlo sano y salvo al final del destino, o que los pacientes no se pueden caer de las camas, podrán no curárselo porque es una obligación de medios, pero el resultado de la seguridad del paciente en los sanatorios es de resultado.

Bueno, esa obligación dónde está escrita. No está escrita en ningún lado; sin embargo, nadie duda de que existe. Y usted está inventando el derecho y no lo estoy inventando. Eso es a lo que me llevan las pautas normativas reguladas en nuestras propias disposiciones.

Y seguimos para adelante diciéndoles a ustedes concretamente que hay algunos conceptos que nos gustaron de sobremanera en la definición de la buena fe que, simplemente, se lo trasladamos. Díez Picazo la define como

un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante.

Estándar de conducta. ¿Qué es un estándar de conducta? Es algo a lo que el intérprete tiene que llegar; es una norma en blanco; es una autorización del legislador al intérprete y al juez. Cuando ellos actúan, no actúan con arbitrariedad actúan con discrecionalidad porque lo hacen en forma fundada. La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad la tenemos muy clara, ¿no es así? Si tú actúas en forma fundada y utilizas la buena fe como corresponde, no malamente, estás actuando con discrecionalidad, dentro de las facultades que el juez y el sistema jurídico te otorgaron. Si actúas al margen de eso, estás en la arbitrariedad y en la ilegalidad, para lo que hay que tener particular cuidado.

La buena fe está cumpliendo, entonces, una función, en primer lugar, interpretativa, integrativa; está marcando los límites en el ejercicio de los derechos.

Nosotros pasamos ahora rápidamente, porque el tiempo no lo permite, al análisis de dos disposiciones de ustedes que son muy interesantes, partiendo del Título Preliminar.

Vamos al artículo 168 y al artículo 1362. Y ahí debo de decirles que me llevo la sorpresa de considerarlas un poco reiterativas, un poco incompletas y me tomo después el atrevimiento de volver al año 1852, y me encuentro con la sorpresa de corazón decirles a ustedes con todo cariño, que la redacción del año 1852 la veo más completa, la veo más realista, más útil que el actual 1362. Y eso les digo con todo respeto para tratar de construirla, es decir, a dónde me puede llevar esto. ¿Cómo puedo actualmente integrar los valores que para mí, con todo respeto académico, se perdieron de la primera redacción en la segunda? ¿Qué pasó con la segunda y cómo interpretar la segunda de manera de no perder los beneficios de la primera?

Ésa es la sorpresa que yo trataba de servirles en un buen plato para que, realmente, la vayan pensando, por lo menos, la sigamos en otro momento porque esto da para mucho.

En primer lugar, son normas que considero reiterativas, pues el acto jurídico va a ser interpretado de acuerdo a como ustedes han expresado, en él se remite a lo que se dijo en el contrato y al principio de la buena fe. O sea, me está diciendo que son dos aspectos diferentes interpretar de buena fe.

Y el 1362: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas». ¿Qué reglas? De la buena fe y la común intención de las partes. Acá de vuelta viene la común intención en forma reiterada los aspectos de interpretaciones de buena fe del 168, pero, claro, yo tengo la picardía de ir un poco para atrás y leer qué decía el 1257 y el 1362, con la mejor de las intenciones. No ha definido la buena fe, se remitió a la buena fe. No nos aportó mucho de la buena fe.

Ven ustedes en comparación lo que decía, ustedes lo sabrán mejor. Lo que se decía en el 1257 del Código peruano de 1852. Decía: «Los contratos son obligatorios. No sólo lo que se ha expresado en ellos, sino también lo que sea de equidad según su naturaleza». Y cada vez que leo este párrafo que lo tenemos similar al 1291, inciso 2 del Código Civil uruguayo, hago silencio en facultad: ¿Ustedes escucharon lo que yo acabo de leer? Sí, profesor. ¿Ustedes escucharon que dice la ley que los contratos son obligatorios, no solamente en lo que en ellos se expresa? ¿Cómo? Son obligatorios aún en lo que no se expresa. Y no lo dice el intérprete, lo dice la norma. La norma es la que nos está diciendo: Muchachos, si están aplicando la buena fe, van a tener que impartir algo que no está en la norma expresamente, pero lo pueden hacer porque yo se los digo. Yo les deleo facultades, yo les abro la ventana para poder hacerlo. Y cuando lo hagan, lo tienen que hacer en forma discrecional y correcta, van a estar actuando conforme a derecho, no es que están quebrando la seguridad jurídica, lo están haciendo porque pueden hacerlo y porque la norma les faculta.

Esto —ahora viene un poco lo que más les quiero avisar a ustedes—, el valor supremo que tiene. Ustedes deben decir, pero esta norma de Ordoqui fue derogada, pero ¿no se da cuenta de que fue derogada?

Pero hoy sigue siendo doctrina más recibida. ¿Por qué? Tiene valor esta norma hoy derogada, pero este profesor debe estar dormido. No, una norma derogada pasa a formar parte de la doctrina más recibida cuando nos damos cuenta de que ese criterio fue el mismo que se siguió por todas las legislaciones de América y del mundo. Entonces, lo subimos y decimos ¿cuál es la doctrina más recibida en materia de buena fe contractual? ¿Cuál es el criterio que tenemos que seguir?

Si nosotros llegamos a descubrir que es el 1257, muy bien, fue derogado, pero resulta que, vuelve, salió por la puerta y entra por la ventana, pero vuelve a ser derecho jurídico, en la medida que es la doctrina, la declaro doctrina más recibida.

Y ¿cómo puedo probar eso? Pues, muy sencillo. Hay que tomarse el trabajo de recurrir a toda la legislación vigente. Ya no me refiero a la doctrina más recibida, desde el punto de vista doctrinario, propiamente tal, sino a aquella doctrina más recibida que ingresa al sistema jurídico por su reiteración a través de los sistemas jurídicos de distintos países del mundo.

Y ahí se reitera un poco lo que yo les estaba diciendo. Una vez que uno recorre el artículo chileno 1546; colombiano 1603; argentino 961, recientemente modificado; brasileño 42; Ecuador 1562; Salvador, Honduras, Paraguay, Costa Rica, Puerto Rico, Bolivia, Venezuela, resulta que en todos nos encontramos la huella de Bello, donde se nos dice claramente que en todos dice —háganlo ustedes el ejercicio— que los contratos no obligan sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. Ésa es la norma máxima, sea o no de mi sistema jurídico; la presento en mi facultad como norma del principio general internacional, y doy de fundamento todos estos regímenes jurídicos de los distintos países de América. También lo he hecho con los países —no los voy a aburrir, no tengan miedo, no se asusten—, pero también lo he hecho con los países europeos, y me da el mismo resultado.

Entonces, ¿cuál es la conclusión a la que llegarían ustedes si yo les pregunto? Si ustedes encuentran un principio general de derecho en todos

los sistemas jurídicos, ¿qué es lo primero que piensan? Éste es un principio que va y es inherente a la persona humana; forma parte de sus valores esenciales. Yo ya voy un poquito más a fondo; ninguna persona puede negar el proceder de buena fe; es decir, proceder de buena fe es de forma incorrecta. Este tipo está enfermo y voy a tener que internarlo porque nadie puede negar la buena fe en su proceder.

Lo tenemos en todos los países del mundo. Por eso, cuando decimos «general», lo decimos dentro del sistema jurídico, y decimos «mundial», cosa que no han oído por ahí, fundado en que está entre todos estos países consolidados y que ustedes lo tienen en la antigua norma que les acabo de referir, el 1257, en la actual presentación.

Pero, todavía, encima quieren darle una vuelta de tuerca a este argumento. Vamos al derecho transnacional. Yo al doctor Milo le mostraba recién un libro que sacamos nosotros sobre los principios internacionales del derecho contractual a nivel general, de la Editorial Javeriana, donde están los principios Unidroit; principios Lando, el Código de los Contratos, ordenados por tema. Tú vas a un tema particular, lo abrís y encuentras estos derechos que se fueron propiciando para la unificación de la Comunidad Europea, para la unificación del Mercosur. Fueron principios generales y éste de aquí, que nos vamos a encontrar también la sorpresa de que redactado de una forma o redactado, todos preservan de los distintos países de Europa, el principio de la buena fe como algo sustancial y básico en el relacionamiento que estamos hablando nosotros.

Pero, sin lugar a dudas, esta rama que es la buena fe, tiene muchos... este árbol tiene muchas ramas. Podemos hablar del principio de la lealtad, de la información, de la transparencia, del protectorismo, de la prevención, de la confianza, del equilibrio, y ahora empezamos a hablar del principio de la redistribución o la renegociación de los contratos, cuando los mismos no van a un destino equilibrado, marcado por las partes de su origen, como lo exigen las condiciones de colaboración y justicia y solidaridad en un momento y circunstancias debidas.

Es entonces que aquí también los invito porque el tiempo no nos da, leer simplemente como referencia de la aceptación del deber de renegociar, que, por cierto, no es un invento nuestro. Si van a la propuesta de anteproyecto de ley de la reorganización del Código Civil español de 2009, en el artículo 213.1, ya se dice que el contratante al que no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, que no le sea razonablemente exigible, que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, renegociación; si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir la resolución.

Se puede pedir la resolución según esta propuesta del 2009, española, después que intentaste una renegociación que no prosperó. O sea, hay una distancia de renegociación preceptiva. Y si nos vamos a Pierre Catala, a Francia, cambiamos de, nos vamos unos cuantos kilómetros más al norte y llegamos a Francia, vemos que el artículo 1135/1 dice —escuchen bien, estoy leyendo textual— en Francia, pueden estipular la renegociación del contrato cuando en virtud de las circunstancias sobrevinientes, se produce una alteración del equilibrio entre las prestaciones perturbando la relación al extremo de hacer desaparecer el interés de una de las partes en el contrato. A falta de cláusula expresa, la parte ha perdido interés en el contrato, puede solicitar al presidente del tribunal de primera instancia que ordene la renegociación de los términos del contrato.

Y hoy ¿qué nos quedó de aquella figura?, recuerdan ustedes, cuando hablábamos de la imprevisión, caso fortuito y fuerza mayor, ¿qué quedó de todas estas instituciones?

No ha funcionado. ¿Por qué no ha funcionado? Porque no responden a la realidad. Si me voy a la imprevisión, muy fácil probar que una pandemia es previsible si la tenemos ante nuestro país; ¿están legalizadas las consecuencias de qué ocurre en caso de pandemia?, ¿cómo se tiene que proceder?, ¿cómo me vas a decir a mí que es un hecho imprevisible?

El caso fortuito, ¿cómo me vas a decir que es fortuito donde la imposibilidad no es absoluta? Simplemente, lo que puedo constatar es no se sabe qué demora en el cumplimiento de tu contrato, no en el incumplimiento

definitivo. Para ir al caso fortuito, tendrías que ir a incumplimiento definitivo. Ahí cambiar de clip y vas al caso fortuito.

Pero no son los casos. Los casos que más estamos negociando son aquéllos que vivieron una situación difícil de desestabilización cinco meses, seis meses, ocho meses, con tendencia a la normalidad.

Toda esa figura no está en ningún libro. No tuvimos tiempo de estudiarla, de evaluarla porque son novedosas y no puedo aplicarle a ciencia cierta, lo pueden hacer desde el punto de vista académico. ¿Cuáles son las diferencias entre los hechos y la figura de la imprevisión? ¿Cuáles son las diferencias entre los hechos que están ocurriendo hoy y el caso fortuito?

No les va a encajar la pieza, la pelta les va a quedar grande o les va a quedar chica, y, entonces, tenemos que ir a una cosa tan simple como recurrir a la buena fe en una de sus proyecciones, que es el principio de la renegociación.

Y cuando hablamos del principio de la renegociación rápidamente decirles, no tengo mucha idea del tiempo, pero creo que me quedan cinco minutos, ¿no? ¿Vamos bien?

Marco Silva Santisteban Valdivia: Creo que ya está en el tiempo, profesor, pero lo escuchamos, no se preocupe. Nosotros encantados de oírlo.

Gustavo Ordoqui Castilla: Vamos bien. Bueno, perfecto. Entonces, concretamente, lo que tengo para decirles es esto. Si nosotros, de alguna manera, salimos de este sistema, vamos para adelante y decimos dentro de estas ramas está, precisamente, el de la renegociación.

Este principio de la renegociación, en algunos casos, se ha hecho tan popular que se acuerda por las partes las cláusulas *hardship*. Entre las partes se establece que si hay cambios de circunstancias importantes, el proceder de buena fe implica renegociar; se ponen de acuerdo.

¿Qué pasa si no se ponen, si no está en el contrato eso? Si no está en el contrato, hay que intentarlo. La práctica está exigiendo que tiene que ser en forma inmediata, no en forma diferida, plantearlo cuando a cada uno le venga bien.

La otra cosa importante es que se le clasifica ya por la doctrina como una obligación de medios. Intentar la renegociación conforme a la buena fe. No es una obligación de cambiar el contrato, sino que hay que intentar renegociarlo, intentar entre las partes ajustarlo para ver si es posible llegar a un acuerdo. Y es una obligación de medios, no es una obligación de resultados. Y renegociar es volver a ver el contrato. Tratar de renegociarlo o agregarle cosas o cambiarle algunas de las cosas, pero ajustándolo a la nueva realidad.

Y en función de todo lo que les vengo diciendo y a modo de conclusión, les redacté un párrafo que corresponde al pensamiento, básicamente, de lo que nos inculcó en su libro el maestro José Luis de los Mozos, que nos dijo:

Concluyendo con las enseñanzas de De los Mozos, decimos que al estudiar la buena fe contractual, estamos ante la regla de conducta general y fundamental inherente a la persona, sustancial para la convivencia humana, pacífica de alcance mundial. No conocemos un sistema jurídico contractual en el que se prescinda de este principio general básico. Es indispensable asumirlo en su verdadera dimensión, si lo que se quiere es contar con un sistema de contratación, no sólo seguro, sino justo para el bien común. Prueba de ello, la prueba más clara de lo que les estamos diciendo la vamos a tener cuando tengamos que participar en situaciones de renegociación a la luz de las disposiciones citadas.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, profesor Ordoqui por su exposición y dejemos en el uso de la palabra, en último término de esta mesa, al profesor Milo Ruiz González.

Es importante recordar que, dentro de los datos más resaltantes del profesor Ruiz, es abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio fundador del Estudio de Abogados Aguado Ruiz, profesor de derecho civil en la Universidad San Martín de Porres, miembro del Club Español de Arbitraje y miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Autor de diversos artículos y ponencias sobre derecho civil, procesal civil y arbitraje.

Milo, te quedas en uso de la palabra.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Marco, por la invitación.

Debo empezar diciéndole a Marco que yo no sé si es mi amigo o mi enemigo para ponerme en la mesa a hablar de buena fe con el profesor Ordoqui, con el profesor Castillo Freyre. No creo que tenga mucho para aportar, pero ensayaré algunas ideas. Es para mí un verdadero honor compartir mesa con ellos.

Saludo también al profesor Fort Ninamanco, al profesor Aguado López, al profesor Martín Mejorada, al profesor Ronquillo, que se están uniendo para la siguiente mesa.

Muchas gracias, Marco, por esta iniciativa y por la organización.

El profesor Ordoqui señalaba la definición de Díez Picazo para el concepto de buena fe y es una de las dos definiciones que a mí más me gustan. Un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante.

Es bien importante porque cada palabra parece que tiene un significado que va más allá y que podría requerir de estudio.

Dentro de estas definiciones también me gusta la de Planiol y Ripert, que señalan que es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente.

En buena cuenta, todas las definiciones de la buena fe nos van a llevar a concluir o se van a unir en un punto en común, que están vinculadas con los conceptos de lealtad y honestidad de las partes en sus relaciones jurídicas.

Qué interesante todo esto y yo acá me permito y les cuento un secreto que tengo, que es que cada conferencia que me toca exponer, porque me considero un afortunado de poder hablar al costado del doctor Castillo, del doctor Ordoqui. Hace poco nuestro querido amigo Roger organizó un evento y me tocó exponer al costado del profesor Ordoqui. Y él dijo una frase que yo apunté en esta libretita que tengo, que es: «No concibo el derecho y no concibo los contratos sin buena fe».

Entonces, a mí también me gustaría agregar esa definición del profesor Ordoqui al tema de la buena fe. Y es que, en verdad, el derecho, particularmente, el derecho civil, especialmente, la buena fe, están viviendo un punto de quiebre hoy con todo el tema del coronavirus y las relaciones contractuales.

Cuando nos encontrábamos en estos espacios del diálogo en marzo, abril, ensayábamos algunas ideas, pero hoy con la economía parcialmente reactivada, las relaciones jurídicas parcialmente reactivadas, y estando ocho meses después, encontramos un escenario totalmente diferente y vamos viendo cómo algunas teorías, algunos presagios se van implementando en la realidad y cómo, tal vez, algunas otras no tanto.

Y es que lo que pasa hoy en Perú, pasa en Bolivia, pasa en Uruguay, pasa en Argentina, también pasa en Italia, pasa en Francia; es decir, pasa en los distintos lugares que tienen esta fuente del derecho y que tienen a la buena fe como un principio elemental.

No podemos concebir una relación contractual, citando al profesor Ordoqui, sin una buena fe. Y es que ha cambiado tanto el derecho que tendremos que seguir esperando para ver cómo es que los jueces y los árbitros van a aplicar y van a sanar estas controversias que han surgido entre las

partes, porque lo ideal es que es una renegociación. Lo ideal es que las partes puedan arreglar sus diferencias, pero en muchos casos no se va a lograr.

Y eta generación, por lo menos, en este siglo, en los últimos cien años, no ha vivido nunca una pandemia. Entonces, no sabemos cómo van a aplicar nuestros jueces, nuestros árbitros, cómo van a zanjar estas controversias. Hay muchas especulaciones, hay muchas teorías; creemos que deberían salir o zanjar estas discusiones mediante la buena fe y los principios generales del derecho, como decía el doctor Ordoqui. Pero, esto no es más que una teoría; una hipótesis.

Tendremos que ver cómo se pronuncia la Corte Suprema; cómo se pronuncian las cortes superiores de cada distrito judicial y tenemos que estar expectantes. No tenemos duda de que lo harán de una manera justa y marcarán el camino.

Y es que es muy interesante porque en el Perú en el Código Civil peruano no existe un deber de renegociación, o no existe una obligación de renegociar propiamente, como sí existe en otros ordenamientos.

Pero, puede ser muy interesante tener en cuenta que no hay la renegociación expresamente regulada, pero sí hay un principio de buena fe, que el 1362 obliga a que todos los contratos se vinculen a ella.

Entonces, si yo me guío por la buena fe, ¿existe la obligación de renegociar? Yo creería que sí. Y acá les comento algo que conversamos con el profesor Ordoqui, antes de entrar al panel, y él señalaba que existe tal vez, o podría ser un criterio para los jueces, que la parte que no ha tenido intención de renegociar ya tenga un punto menos en esa controversia, porque el que invita a renegociar, el que asista a renegociar tiene voluntad de renegociar, probablemente, tenga una actitud o una posición diferente en el derecho por querer arreglar esto en aplicación estricta de la buena fe.

No estamos diciendo que la renegociación sea vinculante o que las partes estén obligadas a zanjar su discusión en renegociación, pero la voluntad de renegociar aplicando la buena fe, puede ser un criterio intere-

sante para que los jueces vayan marcando las directivas de cómo zanjar estas nuevas relaciones contractuales, porque hoy estamos ante un derecho completamente nuevo; un derecho civil totalmente nuevo.

Entonces, acá en el Perú, hace un par de años, se inició, hace un par de años se presentó el tema del anteproyecto de reforma del Código Civil peruano, y se planteaba incluir que los derechos y deberes se ejercen... se cumplen, perdón, conforme a la buena fe.

Sin duda, es una idea interesante, pero creemos que no es necesario agregarlo porque esto ya está; o sea, esto es implícito. La buena fe es un principio general del derecho que se une con el artículo que leyó el profesor Ordoqui. Entonces, no hay necesidad de una sobreregulación por aquello; un Código que diga más veces «buena fe», no va a ser mejor Código, o un Código que señale necesariamente la buena fe, no va a hacer que las partes obren de buena fe, porque es un principio general del derecho. Podría decirse una sola vez o podría no decirse y es igualmente aplicable.

Entonces, también es interesante cómo se plantea una modificación al ya comentado 1362 para regular la responsabilidad precontractual que el profesor Manuel de la Puente, en su libro ha tratado ampliamente. Y esta comisión —y esto con absoluto respeto—, creo que el debate jurídico es lo que enriquece y hace mejores productos, no estamos de acuerdo con estas ideas que plantea la comisión del anteproyecto, y cuando señala, por ejemplo, hacer una modificación al 1362, y señalar que, respecto a la responsabilidad precontractual, el incumplimiento imputable de un deber precontractual generará la obligación de la parte infractora a indemnizar los daños que se generen a su contraparte.

Me parece —en mi humilde opinión— que es una sobreregulación innecesaria porque ya tenemos un principio que regula la ejecución en cada una de las etapas del contrato. No es necesario este artículo. Sin este artículo, también sabemos que la etapa precontractual se guía por la buena fe. Tal vez una discusión un poco más interesante o relevante, en mi opinión, podría ser si la tratamos como responsabilidad extracontractual o la tratamos como una inejecución de obligaciones. En mi opinión es res-

ponsabilidad extracontractual, pero no hay necesidad de señalar y volver a señalar la buena fe.

Y acá yo cito a mi maestro, el profesor Castillo Freyre, cuando señala que el Código Civil no tiene que ser un libro, un manual de preguntas y respuestas. No tiene que tener qué pasa si es que el año 2020 hay una pandemia y que los contratos deben resolverse según la buena fe. No, no debe decir eso el Código Civil. Debe tener supuestos macro, debe tener puertas abiertas, normas abiertas, principios imperantes para que, en aplicación de ellos, y con la debida amplitud y posibilidad que tenga el encargado de impartir justicia, sea un juez o un árbitro, poder salir de ellos.

Y, precisamente, la buena fe es una herramienta muy interesante para poder zanjar discusiones, como en la que estamos.

La buena fe siempre fue importantísima, pero en las relaciones contractuales, durante el coronavirus o posterior al coronavirus, va a ser el principio fundamental.

Yo... no me gusta enumerar o darle mayor importancia a alguna categoría jurídica, pero yo creo que la buena fe para el derecho civil va a ser absolutamente trascendental.

Entonces, no todas las relaciones contractuales se van a poder arreglar. No todas las relaciones contractuales las vamos a poder sanar mediante la renegociación, pero es muy importante intentarlo. Es muy importante, tal vez, que los jueces comiencen a darnos señales de la importancia de la renegociación o de actos de señales que se den las partes entre sí, para que cuando llegue ese momento, sepan cómo un marco, más o menos delimitado, de cómo puede resolverse una controversia.

Y es que las relaciones contractuales hoy podrían hacer que suceda que las partes digan: «postergamos la ejecución de las obligaciones por acuerdo entre las partes».

Puede pasar que las partes resuelvan el contrato; puede pasar que las partes se desvinculen por mutuo disenso; puede pasar que las partes renegocien; puede pasar que las partes pierdan interés; pueden pasar muchos supuestos.

Y acá no quiero repetir lo que ya he dicho en algunas otras conferencias sobre la cantidad innumerable de supuestos que pueden pasar, pero si es que cada una de estas consecuencias jurídicas sucede al amparo de la buena fe, seguramente, será mucho más previsible de si es que las partes operan con temeridad y mala fe, porque la mala fe debe ser siempre una excepción y debe ser siempre señalada y castigada.

Y acá resulta muy importante resaltar un principio que debe ir de la mano con la buena fe para el tema contractual, que es el tema de la solidaridad; la solidaridad contractual, porque no se puede entender tampoco una buena fe en los contratos, sin una solidaridad contractual.

Y en esta libretita que yo les contaba que tengo, también tengo apuntada una frase del profesor Castillo, cuando señala que tal vez deberíamos resolver los contratos... no resolver en términos jurídicos, sino debemos interpretar los contratos actuales o las relaciones contractuales con un viejo dicho popular, por lo menos, acá en Perú, «no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti», porque en una relación contractual podemos ser deudores y en la otra podemos ser acreedores.

Entonces, comportémonos con solidaridad contractual y tratemos de, no siempre mantener la relación contractual, pero no hacerle daño a la otra parte, porque si buscamos hacerle daño o buscamos un beneficio desproporcionado, el típico ejemplo de no he tenido ningún perjuicio patrimonial durante la pandemia. Es más, mi actividad se ha potenciado. Soy dueño de una farmacia, pero a la persona que me arrienda la casa donde vivo, le digo: «por favor, disminúyeme la renta en 50%».

Ése es un abuso del derecho, es un ejercicio de mala fe, es romper la relación contractual de mala fe; es actuar con temeridad, y eso debe ser castigado. Entonces, la buena fe y la solidaridad contractual deben ir de

la mano con la acreditación y la probanza; un tema muy importante en el derecho procesal que debe estar muy vinculado al derecho material, en este caso, al derecho civil.

Con estas breves reflexiones me despido. Sé que estamos un poco acoyados de tiempo. Le agradezco nuevamente a Marco y a los profesores Castillo Freyre y Ordoqui por permitirme ensayar algunas ideas al costado de ellos.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, Milo y solamente me quedan palabras de agradecimiento para el profesor Mario Castillo, el profesor Gustavo Ordoqui y a Milo Ruiz por tan brillantes exposiciones, y solamente comprometerlos para en un futuro tratar de desarrollar los temas que estábamos conversando al inicio, y nada, muchísimas gracias, queridos profesores. Hasta una próxima oportunidad y damos inicio a la segunda mesa.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Marco, gracias, Gustavo, gracias, Milo. Chao, hasta luego.

Gustavo Ordoqui Castilla: Gracias, muy amable.

Milo Ruiz González: Gracias a todos. Gusto de verlos. Chao, cuídense.

MESA N.º 2 LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES

Marco Silva Santisteban Valdivia (moderador)

Martín Mejorada Chauca

Fort Ninamancco Chauca

Jimmy Ronquillo Pascual

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muy buenas. En verdad, muchísimas gracias por la paciencia; muchísimas gracias por la aceptación y por siempre colaborar con los eventos del Instituto de Derecho Privado, y para todo el público que se está conectando en este momento, el Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje va a desarrollar la segunda mesa, la cual abordará lo referente a los plenos casatorios civiles.

Podríamos hablar mucho de los plenos casatorios civiles que, sin duda, han tenido gran importancia, y en los últimos tiempos, a partir de la publicación del octavo pleno y poco distendido tiempo y el décimo ha cobrado vigencia, pero siempre los plenos casatorios no dejan muchos temas para el análisis, porque por encima de que existan posiciones, que traten, de alguna manera, de tomar distancia o divorcio de la importancia que tiene la jurisprudencia, y no estoy hablando sobre los temas que tengan carácter vinculante sino sus pronunciamientos en sentido lato de los órganos jurisdiccionales, no podemos negar la importancia que tienen en la construcción del derecho.

Seguramente, respecto de algunas modificaciones se han dado a partir de la *praxis* de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales. Por eso, Idepriv ha tenido a bien invitar a destacados profesores civilistas que, sin duda, saben muchísimo de pleno porque han participado en la parte organizativa o como los propios *amicus curiae* o desarrollando artículos al respecto.

El día de hoy nos acompaña el profesor Martín Mejorada, que al momento de su intervención desarrollaré su hoja de vida. Él nos hablará del octavo pleno casatorio.

También nos acompaña el profesor Jimmy Ronquillo, quien nos hablará del noveno pleno casatorio y nos acompaña el profesor Fort, que creo que va a hablar del octavo o del noveno pleno casatorio, porque el doctor Fort también va a hablar del séptimo, ya nos dirá en su momento, y, seguramente, en el interín se va a conectar Emilio, y Emilio me ha señalado que va a hablar de un análisis transversal de los plenos más importantes.

Así que, sin más demora, dejo en el uso de la palabra al profesor Martín Mejorada.

Voy a hacer un pequeño resumen del gran bagaje que tiene el profesor Martín Mejorada.

El profesor Martín Mejorada es un reconocido profesor de derecho civil con amplia experiencia. Es profesor de derechos reales y garantías. Se encuentra en la nómina de los principales centros de arbitraje del país; ha sido miembro del grupo de reforma del Código Civil; ha sido *amicus curiae* en los plenos casatorios, precisamente, de la Corte Suprema de Justicia de la República, y es autor de innumerables trabajos de investigación sobre el derecho patrimonial.

El profesor Martín queda en el uso de la palabra y muchísimas gracias.

Martín Mejorada: Muchas gracias, Marco, por la invitación y a los amigos que nos acompañan. También a Fort y a Jimmy, para esta mesa.

El tiempo está un poco acotado, de manera que voy a ocuparme muy brevemente de compartir unos comentarios, no sobre el contenido de los plenos casatorios en los que he participado o que más han llamado mi atención, que son, sin duda, todos importantes, y que en cada uno de ellos se pone en la mesa una serie de materias que son de relevancia jurídica y provocan, pues, una serie de comentarios y discusiones y dudas.

Yo quisiera más bien hacer una referencia en general para destacar de ellos el rol que cumplen en el ordenamiento. Ésta es una suerte de reflexión, hasta se diría filosófica del derecho o vinculada con la teoría general del derecho, para apreciar en estos plenos su condición de verdadera fuente legal en la construcción y en la puesta en funcionamiento de conceptos y categorías legales.

Esto es muy importante porque, como todos sabemos, el derecho no se reduce a las normas legales ciertamente. Están acompañando a ellas la interpretación que hacen los jueces de las mismas, por supuesto, la doctrina en la formulación de soluciones, muchas veces sofisticadas, la mayoría de las veces, importadas, y lo más importante, el resultado que de este juego permanente de dialéctica de normas, doctrinas, reflexiones y aplicación que, finalmente, hacen los jueces, da como resultado el pronunciamiento o la decisión vinculante en los casos concretos.

Es decir, el derecho debe ser entendido, desde mi punto de vista, como un movimiento permanente de estos componentes, sin que ninguno de estos elementos que participan en la producción final, que es la solución legal que dan los jueces, sea más importante que el otro.

Están, entonces, los hechos que son la realidad que producen y presentan los problemas de todo tipo en el ámbito contractual, en el ámbito familiar, en el ámbito de los derechos reales, los derechos de propiedad, etc. Ésos son los hechos que la sociedad nos presenta. Están las normas, que son las previsiones que el sistema legal positivo ha advertido para los casos más comunes que se dan en la realidad. Están las opiniones de los juristas, la doctrina nacional y extranjera que anticipa eventos de la realidad y comparte soluciones, a veces, déjenme decirles, en la mayoría de los casos, legislativas de otras realidades.

Y, finalmente, está que todo esto puesto en juego llega a un momento cumbre, que es el momento de la solución que un juez le da a la disputa que sobre ella se produce.

Yo creo que es el pronunciamiento judicial la síntesis del derecho, es cuando el juez dice que el contrato es válido, que es nulo o que es ineficaz, cuando dice el juez que el contrato se ha resuelto, o cuando dice el juez que el propietario es el demandante y no el demandado. Son esos momentos cruciales en los cuales el derecho encuentra su esencia. No son los elementos por separado; ninguno tiene más o menos importancia. La síntesis es la que hace al derecho, y esa síntesis se encuentra en el despacho del juez, cuando el juez genera este movimiento, aplica y resuelve.

Por eso se dice con acierto que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Poco importa en su comparación con los pronunciamientos judiciales la doctrina más sofisticada y fina. El juez dirá, finalmente, lo que resulta vinculante. De nada le sirve al demandante o al demandado el informe legal más hermoso, con el lenguaje más bello y con el desarrollo académico más nutrido, si, finalmente, el juez le dice que usted no tiene razón. El informe legal del jurista más encumbrado le dijo a este usuario del sistema legal, que su contrato era válido, pero el juez le dice que el contrato es nulo. La pregunta es ¿el contrato es válido o nulo? Pues, es nulo porque, finalmente, el perito, el jurista de juristas, es el juez.

Y eso es algo que debemos entender como parte de nuestra institucionalidad democrática, como parte de nuestra civilidad. El sistema legal no puede estar expuesto a la interpretación —como ya se ha podido apreciar especialmente en los últimos tiempos— de cientos o decenas, al menos, de juristas y especialistas, cada quien da una posición, y que en el mundo de la academia y de las opiniones que son todas, por lo menos, respetables.

Pero, quién, finalmente, dice lo que es en derecho, o es que acaso nuestra ciencia es una tal donde todo es válido, donde un contrato puede ser hora válido, hora inválido; a la luz de una visión o de otra.

Tiene que, si queremos y pretendemos del derecho la condición de una ciencia y de una disciplina predecible y que cumpla su rol, que es la de generar paz en las relaciones sociales, tiene que haber alguien que defina cómo son las cosas. Y esas definiciones, que son los jueces quienes

las formulan, las hacen, pues, afirmando conceptos; afirmando categorías; dándoles contenido.

En general, siempre lo he entendido así. Al final lo que importa es lo que dicen los jueces. Y de ahí en más, por supuesto, esto es aplicable al juez de paz, al juez de primera instancia, al de la Corte Superior y al de la Corte Suprema, pero todos hacen este mismo trabajo.

Lo que ocurre es que su impacto en la sociedad será mayor y será, entonces, generador de una verdadera condición vinculante y herramienta fundamental del derecho, cuando esas posiciones de los magistrados se van volviendo de especial relevancia en razón de la categoría de los jueces por la mayor instancia que estos ocupan o cuando gozan de un impacto que, por mandato de la ley los hace vinculantes, y es el caso de los plenos.

Y los plenos tienen esa relevancia porque, aun cuando fuera de los plenos toda decisión de jueces es fundamental en la creación de categorías, en la definición de instituciones, en la puesta en marcha de conceptos, cuando todas son importantes y a ellas debemos estar, pues, es evidente que, en nuestra realidad, esta autonomía, independencia de la que cuentan o con la que cuentan los jueces, determina que una misma situación sea resuelta de modo diverso por un juez que por otro, tanto a nivel de primera instancia, un despacho al lado del otro, pues, resuelven de manera diferente un mismo asunto de desalojo donde los hechos son muy parecidos o son exactamente iguales. Y lo mismo en las salas de las cortes superiores del país e, incluso, a nivel de las salas de la Corte Suprema.

O sea, no es extraño que haya ocurrido que una sala civil haya resuelto un asunto de un modo y la otra sala civil haya resuelto de un modo distinto, o que, con alguna variación en la composición de las salas, también haya variado la solución que para un mismo tema se le daba.

Todo eso no quita lo que estoy diciendo. Siguen siendo esas posiciones que ya no serán, pues, diez como ocurre en cada doctrina, sino que serán dos o tres que pronuncian los juzgados, las cortes y las salas, serán, sin em-

bargo, esto que venía señalando, la síntesis del derecho. El derecho, cuando llega al punto climático: la decisión del juez.

Pero, cuando ocurre que se produce un pleno, de los que ha habido diez, entiendo, en lo civil, pues ya esta decisión goza de un impacto definitivo y fundamental, de cara a lo que vengo señalando.

El Código Procesal Civil dice que lo resuelto por los plenos es vinculante. O sea, lo que los jueces hayan dicho; estos jueces supremos que se reúnen en esta sesión especial para resolver en un caso concreto, todos los jueces supremos en lo civil. Ahora, los plenos civiles, por ejemplo, se resuelven en una reunión en especial y, a propósito de un caso que es un caso recurrente, que suele presentarse mucho en el sistema de justicia, deciden fijar criterios.

Cuando uno dice fijar criterios, que lo hace, no es otra cosa que fijar conceptos, darle contenido a las categorías, definir instituciones. Y en el marco de ellas, resuelven. Y éstas son vinculantes. Todos los magistrados de la República están a lo resuelto por el pleno. Y esto tiene una enorme importancia, no sólo porque sintetiza lo que vengo diciendo, de que el derecho, finalmente, encuentra ahí su esencia. Y eso es el derecho. Ya lo demás serán opiniones; serán comentarios, y, por supuesto, podrán estar en contra, en desacuerdo con lo que ha resuelto la Corte. Y está muy bien porque es un derecho constitucional criticar las sentencias de la Corte, y el pleno y su decisión es una sentencia de la Corte, y hay derecho a criticarlas.

Pero, cuando uno se pregunta cómo es el concepto en el octavo pleno, por ejemplo, se ha dicho y, seguramente, con razón, desde el punto de vista de las categorías, que, pues, lo señalado por la Suprema en este pleno con relación a que el artículo 315 del Código Civil, que dice que para disponer de los bienes de la sociedad conyugal se requiere de la intervención de ambos cónyuges, y ha dicho la Corte Suprema que ésa es una norma imperativa de orden público. Se ha dicho desde la academia que eso no es una blasfemia, porque una norma imperativa puede no ser de orden público. Bueno, y eso desde el punto de vista de las categorías y en el universo de conceptos y clasificaciones, pues, sin duda, es verdad, y yo podría hacer de las normas imperativas, no sólo unas que son de orden público y otras que

no lo son, sino podría sumarle dieciocho mil otras formas de entender las normas imperativas.

Pero la Corte Suprema ha dicho que las normas imperativas son de orden público. Entonces, cuando uno me pregunta desde el punto de vista jurídico de la ciencia en el Perú, ¿las normas imperativas son de orden público? Porque tiene que haber una respuesta final; la respuesta es que sí, las normas imperativas son de orden público, porque la Corte lo ha dicho.

De repente, pues, su razonamiento no es el más fino, pero ha entendido que una norma imperativa, por ser imperativa, siempre importa a la sociedad, y, por tanto, no puede ser contrariada de ninguna manera; es de orden público. Es el parecer de la Corte, puede equivocarse, puede no haber sido su mejor producción, puede no tener tantas citas como las que seguramente se desearían, o quizás qué bueno que no las haya tenido, pero, finalmente, ése es el resultado.

Entonces, ése es el motivo de estos brevísimos comentarios que ya voy terminando.

¿Dónde está el derecho? En las páginas, en las toneladas de la doctrina nacional y de fuera, que por fina no la hace acertada, por cierto, o está en las páginas de las sentencias de la Corte.

Yo recuerdo mucho a mi profesora de derecho romano en la universidad, que me decía que estudiar derecho romano era, entre otras cosas, fantástico, porque la construcción de lo que los romanos entendían las figuras, no provenía de la legislación que, prácticamente, era inexistente, sino de los pronunciamientos de los jueces. Por eso las grandes discusiones y las entretenidas revelaciones de lo que sucedía en Roma, porque en todas ellas se ha tratado de decir cómo era la posesión, la propiedad, la hipoteca; no a partir de la descripción de las normas, sino a partir de los pronunciamientos de la Corte.

La Corte es, en definitiva, la fuente del derecho en aquello que resuelve. Nos guste o no. Y esto es importante en momentos como los actuales,

además, no sólo porque nuestra ciencia requiere certeza, sino porque es momento donde hay que prestarle especial atención a la institucionalidad y el derecho merece y requiere una institucionalidad.

Pretender, entonces, que la Corte no es legítima, o que no nos representa porque no compartimos sus pareceres, pues es una revuelta inaceptable para la ciencia. Hay que estar calmados a lo que resuelve la Corte y conservando nuestro derecho a la crítica, rescatar de ahí los conceptos con el valor que tienen. Los conceptos de la Corte son los más importantes que los de cualquier otra doctrina. ¿Por qué? No por finos, sino porque son vinculantes y son los que van a resolver la realidad; los problemas de las personas que acuden al despacho de los jueces, los abogados buscando un consejo o una solución.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, querido doctor Martín por su intervención.

Damos el uso de la palabra al profesor Fort Ninamanco. Amigo, estás en el uso de la palabra, Fort.

Fort Ninamanco: Muchas gracias, Marco.

Buenas noches con todos. Profesor Martín, Jimmy, Emilio, Milo, el buen amigo José Aguado, buenas noches con todos.

Gracias, Marco, por la nueva oportunidad.

Bien, como anunciaste, había un poco de indecisión sobre cuál de los plenos casatorios últimos, o el noveno o el octavo, tocar.

Yo quería referirme a un punto de intersección, digamos, de estos dos plenos, pero quería en un par de minutos nada más hacer, me permito muy breve y modestamente, hacer un par de ideas adicionales en continuidad

con lo que muy bien ha expresado, con lo que estoy enteramente de acuerdo con el profesor Mejorada.

Aparte de los plenos casatorios civiles, en la línea que él bien ha señalado, creo que es oportuno el espacio para recordar, doctoras, doctores que me escuchan, este nuevo reglamento de los plenos jurisdiccionales, la Resolución Administrativa n.º 285-2020 que establece, afortunadamente, en mi opinión, por vez primera, se ha tenido que esperar, creo, más de un cuarto de siglo para que, por fin, se haga honor al 116 de la Ley Orgánica, que los plenos jurisdiccionales tienen un grado de fuerza vinculante y no son productos, pues, ético-morales, productos académicos, como si se hicieran en la AMAG, como mal decía en mi opinión, como muy mal decía en mi opinión, el ya defenestrado reglamento o guía metodológica del 2008, y creo que las páginas 6 y 8 de esta nueva guía, que es como un reglamento porque está por una resolución administrativa, la mencionada del Consejo Ejecutivo, que establece dos cosas, creo yo, que son fundamentales.

Uno, que tienen un grado de fuerza vinculante y número dos que, si los abogados las invocan, los jueces no pueden descartarlas, alegando, simplemente, «Bueno, no vincula»; «Bueno, no es un pleno casatorio, así que no tengo por qué detenerme más en este tema».

No, el juez tiene que explicar las razones por las cuales no le parece o le parece inapropiado. Como si yo ante el juzgado del doctor Ronquillo, trajera en un pleno jurisdiccional, él no me va a poder decir: «No, como no vincula, pasemos al siguiente punto». No, ya no. Cosa que, lamentablemente, sí se podía, a lo que daba pie, lamentablemente, el ya defenestrado reglamento del 2008.

Entonces, yo quería resaltar eso, Marco, y número dos, en línea con lo que ha hecho el doctor Martín también, no sólo vinculan a mi juicio, y, bueno, creo que es una elemental aplicación de la interpretación sistemática y lo que Emilio Betti llamaba «canon de la totalidad en la interpretación», no sólo son vinculantes las reglas del pleno casatorio que están en la parte resolutiva, en realidad, hay que leer a la sentencia como un todo, de

tal manera que la *ratio decidendi* también es vinculante. No todos los considerandos del pleno casatorio, ciertamente. Hay considerandos que están, pues, de pasada, digamos, son circunstanciales. Los más chicos dirán, los más jóvenes dirán «de relleno», ¿no? Ésos, ciertamente, no tienen mayor peso, pero los argumentos que resultan decisivos, los argumentos que son vitales, que son claves para la toma de la decisión, ésos sí tienen una vinculación; y, es más, ni siquiera ya éste es un asunto de tipo doctrinario, sino que está en la regla vinculante 7 del noveno pleno casatorio civil, que señala claramente que hay que modificar, hay que cambiar un fundamento del primer pleno casatorio.

Si los fundamentos y los considerandos no vincularan, ¿por qué el noveno pleno se toma la molestia de cambiar un considerando? La única explicación razonable es que los fundamentos clave, los fundamentos principales de un pleno casatorio civil sean bonitos, no sean muy bonitos, tengan la mejor doctrina o tengan la peor doctrina, finalmente, eso ya lo decide cada quien en ejercicio del derecho constitucional a la crítica que bien se ha recordado, muy al margen de eso, también tienen una fuerza vinculante, pero ya enlazando con un punto del noveno pleno, Marco, aquí hay un asunto, creo yo, fundamental, vinculado a esto.

Si bien es cierto, los plenos son vinculantes, y nos guste o no nos guste, tienen la palabra de la judicatura, lo cierto también es que cabe apartarse de los mismos. Eso ya lo ha mencionado reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, y yo quiero recordar una en este momento, una reciente, una bastante fresca, que es la Casación n.º 1989-2018 del Santa, que ha salido publicada hace pocos días, y es una aplicación, un análisis simpático del noveno pleno.

Es verdad, eso lo adelanto, que es una decisión que declara una improcedencia. Sin embargo, me parece que es un contenido interesante porque más parece una, bueno, no es raro encontrar autos de improcedencia que más parecen decisión de fondo. Eso se encuentra también a nivel de cortes superiores.

En esencia, lo que yo quiero destacar aquí es, en este proceso, se analizó la validez de un contrato que había sido ya formalizado previamente en un proceso de otorgamiento de escritura pública, que ya había terminado, que ya tenía autoridad de cosa juzgada, entonces, los jueces de la Corte Superior del Santa, analizaron la validez de ese contrato contenido en una escritura pública judicialmente ordenada en un proceso ya concluido, ejecutado, oleado y sacramentado.

Entonces, la parte a la que no le convenía la nulidad, la parte que no quería que se analice el tema, decía: «Pero, si ya hay cosa juzgada sobre el tema de la escritura pública, por qué vamos a estar analizando la validez o invalidez. En todo caso, eso era cuando el proceso estaba abierto». Está en una interpretación, ahí un poquito creo, a mi juicio, forzada de una de las partes.

Podemos analizar la validez, la ineficacia del contrato, en tanto y en cuanto el proceso de otorgamiento de escritura pública esté abierto, pero si ya está cerrado, decía esta parte, ya no se puede.

La Corte del Santa le dijo que no a esa lectura. Le dijo que no porque, durante ese proceso, que era previo al noveno pleno, dicho sea de paso, sólo se habían analizado cuestiones de forma, y no cuestiones de validez o ineficacia; es más, la Corte del Santa señala que el noveno pleno debe ser entendido de tal manera que, si las discusiones sobre la validez o la ineficacia no surgen, aunque no surgieran, no sean materia de debate, si la demanda se declara fundada en otro proceso, podemos hablar de nulidades no manifiestas, de anulabilidad o de ineficacia. Entonces, el hecho de que exista un proceso de otorgamiento de escritura pública, fundada la demanda correspondiente, terminado, oleado y sacramentado como autoridad de cosa juzgada, eso no impide que haya un proceso de nulidad de negocio sobre ese tema. Y la Corte Suprema en la sentencia de casación que he citado, va en esa línea. Dice que, a pesar de que es un auto de improcedencia, hace un pequeño desarrollo, y señala que sí, pues, efectivamente, que el noveno pleno casatorio no impide que, luego de terminado el proceso de otorgamiento de escritura pública, se abran nuevos procesos para evaluar la invalidez o la ineficacia.

Y, segundo, señala expresamente, como ya lo ha hecho en otras decisiones, señala expresamente que sí es posible apartarse, pero motivando. Acá no ha habido un apartamiento, sino que ha habido una interpretación y, si la Corte interpreta a su manera, con tal de que se motive, está bien, dice la Corte Suprema.

Eso me recuerda bastante, Marco, y esto lo hemos conversado contigo más de una vez, a lo que han hecho las salas comerciales en el sexto pleno, en su regla primera. Claramente se dice que puede ser una cosa distinta al título, o sea, algo que no es título de ejecución, pero las salas comerciales dicen: «No, no, no. Yo estoy interpretando. No me estoy apartando porque uno dice apartamiento y es así como convocar al diablo», entonces, mejor se dice interpretar.

Entonces, la Corte Suprema desarrolla eso en esa línea. Entonces, sí, yo suscribo completamente que los plenos son importantes, son indispensables, me parece valioso este nuevo enfoque que le da la guía metodológica a los plenos jurisdiccionales, es una cosa que me parece sin precedentes, y que rompe, que es un giro, en buena hora, espero no haya sido accidental, espero que no lo vayan a cambiar, y que se quede bien plantado eso ahí por largo tiempo.

Porque, fíjense, uno más allá, lo que dijo el doctor Martín, más allá de estar de acuerdo con lo que dicen los altos tribunales, como el TC, una de las cosas que se ha criticado más allá de estar de acuerdo con esa decisión.

Que hay que precisar, hay que precisar. Ese problema que tanto se ha demandado sobre el tema de la incapacidad, lo sufrimos en el ámbito infra constitucional a diario, y, justamente, por eso son importantes los plenos jurisdiccionales y los plenos casatorios, y yo diría, de repente, Marco, un poquito más, los plenos jurisdiccionales, porque éstos dependen de las cortes superiores, sin tanta burocracia que implica la suprema, o para las reformas legislativas, que implica el congreso.

Ya, por último, Marco, para cerrar, ya no extenderme más, en relación al octavo pleno, me permito reiterar una idea que yo he procurado poner sobre el tapete. El octavo pleno ha recibido múltiples críticas, pero guste o no guste, está ahí. Aquí se abre otro, aparte del apartamiento, está otra figura que es la distinción, o el llamado *distinguishing*, que ha sido ampliamente aplicado en materia constitucional, a propósito del llamado caso Huatuco, así que no es una cosa extraña nuestra práctica legal.

Yo creo que habría que tomarse en serio, doctoras, doctores, la posibilidad de aplicar con pinzas el octavo, cuando el adquirente también tenga a su familia, porque si uno se fija en la *ratio decidendi* del octavo, ¿por qué se consagra la nulidad? Por dos razones: tutelar el interés familiar y la igualdad entre marido y mujer. «OK. ¿Y si el adquirente también tiene a su familia?». «No, pero ése es un tema muy abstracto, los intereses». Es que así lo resuelve el pleno. No es el intérprete, sino que es el propio pleno el que dice: «por el interés familiar». Bacán. ¿Y si hay interés familiar al otro lado? Tu lógica ya no aplica. Tu lógica ya no aplica.

Entonces, me pongo en el siguiente supuesto. Un señor casado, ya con hijos adultos, hijos realizados, vende un predio social como si fuera propio, a un joven padre de familia, que tiene a su esposa y bebés. De repente tiene algunas niñas o unos niños. Luego, viene la mujer del vendedor, diciendo nulidad del acto jurídico por el interés familiar. ¿Y el interés de la familia del adquirente? ¿No vale? O sea, dentro de la propia lógica del pleno, que es el interés de la familia, entonces, no aplica; no aplicaría. Que, entonces, creo que por ahí también, ¿no?

Entonces, la importancia de la fuerza vinculante de los plenos nos hace reflexionar también sobre el fenómeno del apartamiento, el fenómeno de la interpretación del pleno y de la distinción.

Muchísimas gracias, Marco, por la oportunidad y muchas gracias a todos y todas por la valiosa atención.

Buenas noches.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Buenas noches, Fort, muchísimas gracias por tu participación y tu constante ayuda con los eventos del Instituto de Derecho Privado, amigo.

Dejamos en el uso de la palabra al profesor Jimmy Ronquillo Pascual. El profesor Jimmy es magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, es profesor en derecho civil en pregrado y postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. También ha sido profesor de la misma materia en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y la Universidad Privada del Norte. El profesor Jimmy es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Jimmy, te quedas en el uso de la palabra.

Jimmy Ronquillo: Buenas noches. Gracias, Marco, por la presentación y, sobre todo por la invitación. Aparecer acá con destacados profesores a quienes también saludo, profesor Martín Mejorada, Fort Ninamanco, Emilio Balarezo, Juan Sologuren, también está conectado dentro de los que alcanzo a ver.

Bueno, coincido con lo que han señalado mis colegas que me han precedido. Ciertamente, los plenos casatorios y las reglas vinculantes que nos imponen los plenos casatorios son insumos determinantes en la administración de justicia.

La igualdad no debe darse solamente frente a la ley, sino también debe haber igualdad para los justiciables frente a las decisiones judiciales, y los plenos casatorios lo que buscan es eso, es generar predictibilidad, seguridad, certeza en la forma en que se van a resolver determinados casos y ahora es legítimo que uno pueda no estar de acuerdo con alguna o con varias reglas vinculantes de algún pleno casatorio y lo que nos corresponde, pues es buscar alternativa de solución frente a aquellas reglas con las cuales no estamos de acuerdo, pero, definitivamente, tienen fuerza vinculante los plenos casatorios.

Me ha dejado un tanto preocupado lo que ha comentado Fort, que siempre nos trae las novedades, con esto del reglamento y los plenos jurisdiccionales que estaría estableciendo que los plenos jurisdiccionales, no los plenos casatorios, sino los jurisdiccionales tendrían fuerza vinculante. Eso sí, no estaría de acuerdo con eso. Con que los plenos casatorios tengan fuerza vinculante, sí. Los plenos jurisdiccionales me generan serias dudas.

Por ejemplo, sólo por mencionar un caso, el pleno de Chiclayo, que fue el 2016-2017, en donde se acordó que en los desalojos por cláusula de allanamiento futuro no es necesario la conciliación extrajudicial antes de interponer la demanda. Entonces, ahí, pues, claramente, los jueces están tomando un rol de legisladores. O sea, la Ley de Conciliación en ninguna parte nos dice que en los desalojos por cláusula de allanamiento futuro, la conciliación extrajudicial no es exigible o es facultativa. Es una pretensión perfectamente conciliable, entonces, tendría que pasar por este filtro previo.

En Chiclayo también se dijo que en los desalojos, nuevamente por cláusula de allanamiento futuro, no es posible formular excepciones procesales o defensas previas. En qué parte de la ley se señala esto. Y sería un acuerdo, incluso, contra la Constitución porque estaría restringiendo el derecho de defensa, en este caso, del demandado. El demandado puede ejercer defensa previa, defensa de forma o defensa a través de las excepciones o defensa de fondo. Un acuerdo de pleno jurisdiccional no puede restringir de esa forma el derecho de la defensa.

Entonces, que los plenos jurisdiccionales tengan fuerza persuasiva, sí; fuerza vinculante, yo no estaría de acuerdo con que la tengan. Obviamente, no, si un justiciable invoca un acuerdo de un pleno jurisdiccional y el juez no está de acuerdo con ese pleno, pues, tiene que motivar las razones por las cuales se aparta del acuerdo que se tomó en su momento.

Eso sí. Obviamente, si de un pleno casatorio no se puede apartar, que debe ser algo altamente excepcional y no la regla, tanto más, pues, de un pleno jurisdiccional. Que, repito, yo no creo que sea conveniente que se entienda que deba tener fuerza vinculante.

Pero, bueno, yo el día de hoy tenía que hablar sobre un pleno en específico, que es el noveno pleno casatorio, y en los minutos que se me han concedido, espero, pues, mencionar los que, en mi opinión, son los diecisiete puntos clave sobre el noveno pleno casatorio y dejando para el final la mención de tres aspectos o tres temas que creo que quedaron pendientes o quedaron en el tintero.

En el noveno pleno casatorio, uno de los puntos clave es la extinción que se desarrolló entre un pleno, o, perdón, un proceso plenario rápido y un proceso sumario. Los procesos plenarios rápidos no tienen limitaciones a nivel de los argumentos de defensa que puedan plantear las partes, ni a nivel de los medios probatorios que las partes puedan aportar al proceso, entonces, hay una cognición amplia.

En cambio, en los procesos sumarios, hay o restricciones a nivel de los argumentos que se pueden utilizar o restricciones a nivel de los medios probatorios que se pueden ofrecer; y, entonces, la cognición es, pues, limitada.

En los procesos plenarios, incluso, en los procesos plenarios rápidos se genera cosa juzgada, no así en los procesos sumarios. Son procesos sumarios, por ejemplo, el desalojo por vencimiento de contrato, el desalojo por falta de pago, en donde el artículo 590, si mal no recuerdo, del Código Procesal Civil, establece que, en estos procesos, únicamente puedes ofrecer determinados medios probatorios, no todos los que te permite la ley.

Y, por ejemplo, también es un proceso sumario el desalojo por cláusula de allanamiento futuro, en donde el 594 establece qué argumentos puede utilizar el demandado en su defensa. No puede argumentar o no puede plantear cualquier argumento, sino solamente los que se señalan en ese 594.

Muy bien, entonces, es el proceso de otorgamiento de escritura pública, que es el que analizó el noveno pleno casatorio, pues no es un proceso sumario porque no hay restricciones legales ni el nivel de los argumentos

que se pueden plantear en el nivel de los medios probatorios que se puedan ofrecer.

Entonces, el proceso de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido y, como tal, se puede realizar dentro de este proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública, un control de legalidad respecto del acto que se pretende formalizar. Y ese control de legalidad puede ser de dos clases: un control de —y éste es el segundo punto clave— un control de validez, y un control de eficacia.

Se dejó de lado el control de relevancia o el control de existencia del contrato, porque, bueno, ya el quinto pleno había establecido que la categoría de la inexistencia, pues, no está vigente en nuestro sistema. Y, parece ser que, por ello, únicamente, en el noveno pleno casatorio se hizo referencia a los controles de validez y eficacia.

Como tercer punto tenemos que destacar que, dentro del control de validez, lo único que se puede analizar y discutir en un proceso de otorgamiento de escritura pública, es la nulidad manifiesta del contrato que se pretende formalizar. No se puede analizar ni discutir la nulidad encubierta o la anulabilidad.

Si el demandado considera que el contrato es nulo, o es anulable, lo que tendría que hacer es iniciar un proceso paralelo, y pedir en el proceso de otorgamiento de escritura pública que el juez suspenda la emisión de la sentencia hasta que se resuelva el proceso de nulidad o el proceso de anulabilidad.

Obviamente, y el noveno pleno casatorio así lo establece, no puede hacerse uso malintencionado de este mecanismo, que consiste en solicitar la suspensión de la emisión de la sentencia sobre escritura pública hasta que se resuelve el proceso de invalidez, porque si se hace uso malintencionado, pues, los abogados y las partes son susceptibles de las sanciones que prevé la norma procesal, copias al Ministerio Público, copias al Colegio de Abogados, copias a la presidencia de la Corte, multas, etc.

Entonces, éste es el cuarto punto que les comenté, que, si se quiere discutir la nulidad o la anulabilidad, dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública, no se puede hacer. Se tiene que hacer en vía de acción en un proceso paralelo.

El quinto punto relevante es que se define la nulidad manifiesta, que tiene que ser una nulidad evidente, patente, inmediatamente perceptible, que resulta fácil de detectar, sea que derive esa nulidad del contenido mismo del contrato, o de algún otro medio probatorio que se ha ofrecido dentro del proceso.

Y se señala, además, que la nulidad manifiesta, puede obedecer a cualquiera de las causales de nulidad que prevé el artículo 219 del Código Civil. No sólo hay nulidad manifiesta cuando no se observa la formalidad solemne.

Claro, definitivamente, es el caso más fácil de detectar de nulidad, cuando no observa la formalidad solemne, pero puede haber nulidad manifiesta también, por ejemplo, cuando el contrato aparece firmado por una sola de las partes, cuando en el contrato no se menciona uno de los bienes que son objeto del contrato, porque se celebra un contrato de compraventa y no se señala cuál es el precio del bien, o se celebra un contrato por una persona inexistente, o por una persona que al tiempo en que el contrato aparece celebrado, la persona ya había fallecido. Entonces, éstos son contratos nulos también.

Bueno, el sexto punto relevante del noveno pleno casatorio es que el juez podrá declarar en el fallo, en la parte resolutiva, la nulidad si es que ésta es manifiesta, si es que ésta es manifiesta y siempre que previamente haya promovido el contradictorio entre las partes.

La sexta o el sexto punto relevante, tiene que ver con el momento adecuado para promover este contradictorio en relación a la nulidad manifiesta. El noveno pleno casatorio establece que el momento ideal es antes de declarar el saneamiento del proceso.

Sin embargo, si ya se ha dado el saneamiento del proceso y la nulidad manifiesta se advierte con posterioridad, lo que podría hacerse de todas formas es promover el contradictorio, y si es necesario, la actuación de medios probatorios que ofrezcan las partes, en relación a este nuevo punto controvertido, se llevará adelante una audiencia complementaria. Es lo que ha señalado el noveno pleno.

El octavo punto relevante o punto clave, tiene que ver con que se ha precisado cuál es el objeto de un proceso de otorgamiento de escritura pública. El noveno pleno casatorio dice que el objeto es mutar la forma de un contrato de escritura privada a escritura pública; ése es su objeto. Con ello, tácitamente, se estaría descartando que sea objeto del proceso de otorgamiento de escritura pública la inscripción del acto formalizado. Lo que trae muchos problemas en los procesos judiciales. Los procesos se resuelven fácilmente, los de otorgamiento de escritura pública y en la etapa de ejecución es donde se demoran años porque hay problemas para inscribir el acto formalizado. Bueno, el noveno pleno ha dicho que la inscripción no es objeto del proceso de otorgamiento de escritura pública.

El noveno punto relevante es que, dentro del control de eficacia, habíamos dicho que pueden realizar control de validez y control de eficacia.

En lo que concierne al control de eficacia, lo que se puede analizar son distintas figuras; el plazo suspensivo, la condición suspensiva, la excepción de incumplimiento, la resolución del contrato, la rescisión del contrato y la excepción de incumplimiento.

Y el noveno pleno hace bien, pues, al mencionar que ésta es una relación enunciativa, es una relación enunciativa, no es una relación taxativa. Un juez podría analizar algún otro supuesto de ineficacia dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública, como, por ejemplo, la inoponibilidad que fue objeto de discusión en el octavo pleno casatorio.

Qué pasa si lo que se pretende formalizar es un contrato de venta de un bien social, que solamente ha sido firmado por uno de los cónyuges. Se pueden discutir ahí la inoponibilidad o no, aunque, bueno, ya el octavo

pleno casatorio ha dicho que este caso sería un caso de nulidad, ya no de inoponibilidad, sino de nulidad.

El décimo punto relevante es que, si el contrato está sujeto a un plazo suspensivo y, entonces, ninguno de los efectos del contrato, cobran vigencia o la específica obligación de formalizar el contrato está supeditada a un plazo, entonces, la demanda debe declararse improcedente.

El décimo primer punto clave tendría que ver con que el contrato está sujeto a una condición suspensiva, como, por ejemplo, las partes acuerdan que la escritura pública se va a otorgar una vez que se cancele determinada parte del precio o la totalidad del precio de venta, o sea, hay una condición suspensiva. Si ese caso se da, el demandante aún no termina de cancelar el precio y demanda el otorgamiento de escritura pública, la demanda tendrá que ser declarada improcedente porque hay una condición suspensiva que aún no se ha verificado.

El décimo segundo punto clave tiene que ver con que el demandado podrá suspender el cumplimiento de su obligación de otorgar la escritura pública vía excepción de incumplimiento. Se ha establecido con claridad en el noveno pleno casatorio que son obligaciones principales de un contrato de compraventa, la obligación de entregar el bien, la obligación de pagar el precio, y también la obligación de formalizar el contrato; la obligación de otorgar la escritura pública.

Si el demandante no ha terminado de pagar el precio, el demandado podría suspender el otorgamiento de escritura pública, invocando la excepción de incumplimiento: yo no te otorgo la escritura pública porque tú no has terminado de pagar o tú no me has pagado el precio.

Entonces, si se ampara la excepción de incumplimiento, se tendrá que declarar improcedente la demanda, dice el noveno pleno casatorio. Quizá debió haber dicho que se declare infundada la demanda.

El décimo tercer punto clave tiene que ver con que si existe un pronunciamiento judicial firme en torno a la resolución o a la rescisión en el contrato que se pretende formalizar, la demanda será infundada.

Décimo cuarto punto clave, la resolución extrajudicial del contrato también puede discutirse en el otorgamiento de escritura pública, pero, en este caso, el juez únicamente va a analizar las formalidades de la resolución extrajudicial en la parte considerativa de la resolución. No va a declarar si el contrato está resuelto o no. Solamente lo analiza en la parte considerativa, y dependiendo de su análisis va o no la demanda de otorgamiento de escritura pública.

Básicamente, la regla que también prevé el cuarto pleno casatorio civil.

El décimo quinto punto clave tiene que ver con que no se puede pedir el otorgamiento de escritura pública de un contrato que debe revestir dicha forma para que se considere válidamente celebrado. Es decir, si un contrato está sujeto a una formalidad solemne, como lo que sucede en la donación de inmuebles o en los contratos de anticresis, que tienen que celebrarse necesariamente por escritura pública bajo sanción de nulidad, no puede pretenderse el otorgamiento de escritura pública porque la demanda sería improcedente en esta oportunidad por falta o por un petitorio jurídicamente imposible. Un contrato que no tiene la formalidad solemne es nulo, no surge de él la obligación de formalizar el contrato.

El décimo sexto punto clave tiene que ver con la modificación del primer pleno casatorio civil, el noveno pleno casatorio aplica *overruling* respecto del primer pleno casatorio para decir que la nulidad manifiesta de un contrato se puede advertir, incluso, a nivel de la Corte Suprema, y aun cuando las instancias de mérito no hayan analizado dicha nulidad manifiesta y también, incluso, cuando en el recurso de casación no se invoca la nulidad manifiesta.

Algo distinto se había dicho en el primer pleno casatorio civil. En el noveno se está haciendo *overruling* y se dice que la Corte de Casación puede, en cualquier caso, advertir la nulidad manifiesta. Y, de ser así, pues, va

a retrotraer el proceso hasta la primera instancia para que las instancias de mérito emitan pronunciamientos respecto de la posible nulidad manifiesta.

Finalmente, la décimo séptima regla vinculante tiene que ver con la modificación del cuarto pleno casatorio. El cuarto pleno casatorio decía que en la nulidad manifiesta únicamente se analiza la parte considerativa de la sentencia. El noveno pleno casatorio señala que se puede declarar en el fallo de la sentencia la nulidad manifiesta, pero siempre que previamente se haya promovido el contradictorio.

Nos parece acertada esta regla, porque no había razón para que se resuelva de una forma en los procesos de desalojo y de otra forma en los procesos de otorgamiento de escritura pública. El *overruling* era necesario.

Finalmente, le señalaba que, en nuestra opinión, quedaron tres puntos pendientes de desarrollo en el noveno pleno casatorio civil y tienen que ver con el hecho de que no se llegó a determinar si la pretensión de otorgamiento de escritura pública prescribe o no. Algunos consideran que es una pretensión imprescriptible, otros consideramos que prescribe a los diez años, como cualquier otro derecho personal.

El segundo tema que quedó pendiente es si se puede o no mandar el otorgamiento de escritura pública de una minuta de hipoteca o de una minuta de *leasing*. Nosotros consideramos que sí. Quedó pendiente eso.

Y, el tercer punto tiene que ver con si es posible apreciar de oficio la inoponibilidad manifiesta del contrato que se pretende formalizar. Se ha dicho que la nulidad manifiesta se puede apreciar de oficio por el juez. ¿Qué pasa si lo manifiesto no es la nulidad sino la ineficacia o la inoponibilidad? ¿Se puede apreciar de oficio o no? Ese tema también quedó pendiente.

Bien, doctores, éas son algunas ideas que quería compartir el día de hoy con ustedes.

Muchas gracias, Marco. Gracias a todos por su atención.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, Jimmy, por tu intervención y por esos comentarios tan puntuales al noveno pleno.

Dejamos en último turno al profesor Emilio Balarezo, quien va a hacer un análisis transversal de diversos plenos casatorios civiles.

Te quedas en el uso de la palabra, Emilio.

Emilio Balarezo Reyes: Gracias, Marco.

En primer lugar, quiero agradecer la invitación de los señores organizadores del evento.

Voy a ser muy breve, porque todo lo que se tenía que hablar ya ha sido desarrollado por los señores que me antecedieron en el uso de la palabra.

Y, efectivamente, luego de escuchar de cada una de las posiciones de tan ilustres juristas, los temas han sido abordados de diferente óptica, de diferente punto de análisis en lo que respecta a la utilidad, la composición y la vigencia de lo que son plenos casatorios.

Recuerdo mucho que, tanto en la etapa de pregrado como en la de post, el tema de centrarnos en estudiar un solo pleno casatorio, ya era de por sí y se veía como un tema bastante problemático, difícil, lejano de manera previa.

De un tiempo a esta parte, si podemos decir así, la aparición de diez plenos casatorios nos habla de un proceso, de un proceso en el cual, pues, se ha tenido una relevancia por parte de la Corte Suprema en tratar, de acuerdo a lo que manifiesta el artículo 400 del Código Procesal Civil, de encaminar de manera apropiada lo que es el tema de la uniformidad, predictibilidad, situaciones o características que han sido debidamente ordenadas y también desarrolladas de manera anterior.

Pero, yo quisiera detenerme en algunos puntos como operador jurídico, no sólo de la cátedra, sino también desde lo que es el ámbito de la aplicación.

Todo abogado, todo magistrado, toda persona que está vinculada al ámbito de nuestro sistema jurídico, definitivamente, cuando tengo el primer acercamiento con la institución de la casación, es cuando maneja el Código Procesal Civil, cuando luego de haber analizado y no estar de acuerdo con las decisiones que toma nuestro órgano jurisdiccional, tanto en la primera como en la segunda instancia, pues, recurre a este curso extraordinario que le da origen.

Y, entonces, me acuerdo mucho de que en las principales objeciones u obstáculos que se presentaban de manera apropiada, pues, oye, mira el porcentaje de infundados, de recursos casatorios era, evidentemente, elevado. La gente no sabía proponer un recurso extraordinario. Comenzaba primero con ese problema. Y, segundo, en la medida que pasó el tiempo, y sobre todo, los operadores jurídicos comenzamos a familiarizarnos con este tipo de figura, instrumento de manera puntual, ese porcentaje comenzó a descender.

Me acuerdo mucho del primer pleno, ¿se acuerdan del tema de la transacción extrajudicial? Su equivalente desde el punto de vista procesal y del punto de vista sustantivo. Luego, el tema del derecho de familia en el tercer pleno casatorio, el cuarto de los plenos casatorios con respecto a la posesión y así, sucesivamente, este último octavo que ha despertado gran cantidad de polémica que a la fecha está presente.

Lo que podríamos decir es que la justificación de los considerandos, y, sobre todo su utilidad, muchas veces se ha venido distorsionando.

Cuando uno enseña estos temas desde el punto de vista del derecho sustantivo, el derecho procesal. Y cuando se comienza a analizar a nivel de pre o post los diferentes tipos de considerandos, muchas veces nosotros nos encontrábamos, como bien se decía, con noventa, ochenta, cuarenta, cincuenta páginas. Situación que muchas veces traía de acotación una justifi-

cación inadecuada de conceptos doctrinales que bien, de manera puntual, en un libro, y con esto no estoy diciendo que esté mal, sino lo que estoy diciendo es que la función que debe de cumplir un pleno casatorio, la forma de los razonamientos no debe estar únicamente en recoger la doctrina que se ha utilizado para la fundamentación del mismo. Yo lo que planteo es que la esencia misma debe estar en el tema de los considerandos. Un tema también polémico. Porque, como se ha mencionado, hay sentencias sumamente extensas, en las cuales hay, pues, cuarenta, cincuenta, treinta y cinco, treinta y ocho considerandos, donde, definitivamente, pues, ahí analizar uno por uno trae consigo al operador jurídico peruano, si podemos decir, una hazaña o una situación que muchas veces, pues, no queda asimilada en todo sentido de forma puntual.

La doctrina, de un tiempo a esta parte, ha tratado de, en cierta manera, encontrar ese puente o esa conexión para darle la utilidad de manera apropiada.

Pero, una primera pregunta hipotética, que voy a desarrollar dos, y sobre todo quiero reforzar la manera en la cual se ha venido tratando el tema, es ¿yo, como operador jurídico, al momento de sustentar mi posición frente a una sala, de manera proba, puedo alejarme de un pleno casatorio? La respuesta es sí. Yo puedo alejarme de un pleno casatorio, pero, definitivamente, tengo que sustentar el por qué lo hago. Es decir, el tema de la argumentación comienza otra vez a tener una relevancia sumamente importante para poder traer resultados de acuerdo al tipo de proceso o la causa que estoy defendiendo, la posición que tengo dentro de ella.

Un segundo punto. ¿Los considerandos, los razonamientos que se toman en los plenos casatorios son inmaculados, nunca van a cambiar? Creo que no.

Comenzamos, lógicamente, con ejemplos básicos. Se ha mencionado en las intervenciones anteriores lo que pasó con el noveno pleno casatorio que, lógicamente, el cuarto se vio sustancialmente cambiado, y así sucesivamente todo ese proceso.

Nos habla de un mensaje que está subliminalmente, si podemos decir así, escondido y que no puede dejarse de lado de manera apropiada. ¿Y a qué me estoy refiriendo? Que el derecho como instrumento de conocimiento es netamente dinámico. Entonces, por ende, la situación de analizarlo caso por caso, por un lado o declarar una línea de pensamiento en un razonamiento como tal, lógicamente, se podría decir, puede tener un espacio de vigencia adecuado, pero las exigencias, los casos, los desarrollos, van a traer consigo que esto pueda variar.

Y, entonces, por ende, decir o plantear que esto es un tema cerrado, es inmaculado, que ya no va a haber, pues, ningún cambio en el razonamiento que puede optar o la posición que tiene la Corte Suprema al momento de resolver un determinado tema, pues, eso no es así.

Entonces, qué es lo que nos trae, entonces, como punto de manejo de manera adecuada.

El uso que se tiene que hacer del pleno casatorio es uno responsable y eso es lo que quiero dejar bien en claro. Utilizar lógicamente el derecho de acuerdo a la posición que tenga en el proceso, muchas veces hace que yo lea una interpretación de acuerdo a mi conveniencia. Y, muchas veces, y lo hablo dentro de lo que es el ámbito de la *praxis* legal, no ha sido tan santa, si podemos decir así. Un primer punto.

Dos. ¿El tema de la uniformidad y el crear el clima de confianza por parte de la judicatura, se ha logrado? Yo creo que en cierta manera, de un tiempo a esta parte, ha pasado por un proceso evolutivo, donde muchas veces los operadores jurídicos han respondido de manera positiva o negativa, como también una parte de la cátedra y la doctrina ha sido muy fuerte en sus críticas.

Yo creo que estamos en un país libre, comentarios, pues, definitivamente, van a ir de la mano con el desarrollo de diferentes posturas. Entonces, tanto los jueces que tienen una preparación especial por la jurisdicción y el deber y facultades que éstos tienen y el Estado les ha encargado, tienen

una visión muy distinta de un operador jurídico como el abogado, por ejemplo, que interviene de parte dentro del proceso.

Y, por último, las repercusiones que han venido dándose de un tiempo a esta parte. ¿Creemos que con estos diez plenos casatorios la historia ha terminado? Yo pienso que no. Yo pienso que, sobre todo en este proceso evolutivo que ha venido dándose a través de los últimos veinticinco años en el manejo de estos temas de pronunciamientos. Definitivamente, traen exigencias mayores. La labor de los amigos *curiae*, ¿no?

Lógicamente, hay que tomarlo como si bien su naturaleza así lo expresa, ayuda a ventilar y a expresar, sobre todo de manera adecuada, una posición de una persona especializada en una determinada materia.

Lamentablemente, muchas veces se ha desnaturalizado porque se ve como una especie de medalla o protagonismo, que lógicamente lo que ha traído es que la repercusión que se dé sea todo lo contrario. O sea, porque tal persona lo dice, yo también tengo que seguir lo mismo que él ha planteado en su razonamiento como tal. Ojo, y eso también nosotros lo hemos hablado en su debido momento. Lo que plantea el *amicus curiae*, con el respeto que se merece, es una posición doctrinaria fundamentada por una persona de experiencia que tiene trayectoria y nadie tiene duda, pero, es una posición como tal, no quiere decir que todos tenemos que seguir la misma. Y, con mucha mayor razón, la Sala Civil de la Corte Suprema tiene también sus propios reparos.

Y, ¿por qué decimos eso? Porque en muchas intervenciones de los *amicus curiae*, y eso también hay que decirlo, no fueron tomados en cuenta al momento de la redacción del razonamiento que han tenido los plenos.

Entonces, por ende, esto también hay que tenerlo bien en cuenta, que pueden participar, pero, definitivamente, su vinculación no quiere decir obligación de tenerlos en forma adecuada.

Y con esto concluyo. ¿Qué podemos esperar de aquí más adelante? Los plenos no van a terminar aquí; la realidad supera al derecho.

Nosotros creemos que, en lo sucesivo, el ámbito tanto procesal como sustantivo, va a dar mucha mayor óptica a situaciones que tienen que ser profundizadas de manera apropiada.

La polémica va a seguir. ¿La doctrina va a estar, lógicamente, de la mano llevada hacia ciertas circunstancias que van a tener un grado de exigencia mayor del que actualmente tienen? Nosotros pensamos que sí, y eso va a denotar, sobre todo, primero en el manejo de la cantidad de recursos que son declarados fundados; y segundo, sobre todo en la manera de la fundamentación que en los considerandos se expresa en la Corte Suprema de manera apropiada.

Si se logra esa conexión de forma muy puntual, pues los resultados van a ser más que positivos, sobre todo en la repercusión de la sociedad y en los operadores jurídicos de manera concreta.

Muchas gracias, Marco. Ha sido nuevamente un placer poder disertar con cada uno de ustedes, y ya será hasta otra oportunidad.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, Emilio, por tu participación y lo único que me queda es acabar esta mesa, no sin antes agradecer a los profesores; al profesor Martín Mejorada y Fort, ya tuvieron que retirarse porque tenían compromisos académicos anteriores, y esto se ha extendido, como suele pasar en el fragor de las conversaciones académicas. Agradecer a Jimmy y a Emilio por siempre estar a la colaboración y atentos, y comprometerlos para, en el futuro, seguir desarrollando estos conversatorios que tanto nos gustan.

Muchísimas gracias y doy por terminada esta segunda mesa referida a los plenos casatorios.

Hasta una próxima oportunidad.

Todos: Gracias.

MESA N.º 3 ANÁLISIS LIBROS V Y VI DEL CÓDIGO CIVIL

*Mario Solís Córdova
Juan Sologuren Álvarez
Jorge Beltrán Pacheco
José Aguado López*

Marco Silva Santisteban Valdivia: Seguidamente, vamos a esperar que se conecten los profesores.

Hola, José.

José Aguado López: Hola, Marco, ¿qué tal? Buenas noches. Buenas noches a todos. ¿Cómo les va?

Marco Silva Santisteban Valdivia: Doctor Jorge Beltrán, ¿cómo le va?

Jorge Beltrán Pacheco: Buenas noches, Marco, ¿cómo estás? Mario. José, ¿cómo están todos?

Mario Solís Córdova: ¿Qué tal? ¿Cómo están? Se ve que están bien.

Marco Silva Santisteban Valdivia: El profesor Juan Enrique Sologuren, seguramente, ya se irá integrando en este momento.

A las personas que se encuentran conectadas a través de las redes sociales, nos toca desarrollar la última mesa. Agradecerles por la paciencia, como dije hace un momento, a veces en el calor de las conversaciones, esto se ha extendido un poco más, pero ya vamos a dar inicio a esta última mesa referida al análisis respecto del quinto y sexto libro de nuestro Código Civil, que ya hace un tiempo ha cumplido treinta y seis años de vigencia,

y siempre es bueno darle algunas visiones atendiendo a las problemáticas que suelen darse en la aplicación de las normas que contiene el Código.

Hemos visto que de un tiempo a esta parte, siempre vemos comentarios muy bien informados que plantean la modificación quizás del Código Civil. Otras personas señalan que esto no debe ser así y, seguramente, los profesores con la gran experiencia que tienen en el dominio sobre estos libros del Código Civil, que son tan importantes, nos van a dar algunos importantes puntos de vista que los dejo en el uso de la palabra.

Como primer invitado, como primer panelista expositor va a hacer el uso de la palabra el profesor Jorge Beltrán Pacheco. El profesor Jorge Beltrán Pacheco, además de ser mi profesor en la maestría de derecho civil, es bachiller y magíster en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado por la misma casa de estudios. Cuenta con estudios concluidos en licenciatura en la educación con mención en educación para el desarrollo de la facultad de educación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es especialista en educación virtual por la Universidad de Alicante, España. Diplomado en el primer programa de acreditación y docente en la enseñanza del derecho y argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, también de España. Es profesor ordinario de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; profesor principal de la Academia de la Magistratura; profesor de la Escuela Nacional de la Contraloría General de la República, también profesor y consultor de la Universidad de ESAN y es profesor de diversas universidades de postgrado. Es colaborador en el diario oficial *El Peruano* y en la revista *Gaceta Jurídica*.

Profesor Jorge Beltrán, lo dejo en el uso de la palabra y muchísimas gracias por haber participado y aceptar estar en este evento. Muchas gracias.

Jorge Beltrán Pacheco: Muchísimas gracias, Marco.

Por su intermedio, gracias a la institución que me ha gentilmente invitado el día de hoy a participar de este evento. Del mismo modo, también

agradezco participar con amigos, quienes me acompañan en esta mesa; y lo que yo voy a hacer es plantear una serie de situaciones, básicamente, a los treinta y seis años del Código Civil peruano voy a plantear unas situaciones de obligaciones y de contratos que yo sé que van a meditar; siempre van a generar un diálogo, un intercambio de puntos de vista, con el fin de poder proponer algún enfoque que puede ser tomado o no y allí está la diversidad del lenguaje jurídico.

Permíteme compartir unas diapositivas, por favor, Marco, si me puedes dar la condición de coanfitrión para poder compartir rápidamente para tener un orden y también en el tiempo más breve presentar las mismas.

Se me comentó, me comentaron que esta mesa era para efectos de hablar, tanto de obligaciones como de contratos, por tanto, voy a plantear lo siguiente.

Son cuatro puntos, rápidamente. ¿Puede producir efectos reales inmediatos el contrato en el Perú? Es un tema que siempre está en la palestra. Hoy día hemos estado en un pleno nacional de derecho civil y procesal civil que continuará el día de mañana, y uno de los puntos que se ha tratado es a propósito del 1135, pero que también tiene relación con el primer punto que estamos tratando.

Entonces, el primer punto es, ¿puede producir efectos reales e inmediatos el contrato en el Perú, en base a los artículos 1351, 1402, 949 del Código Civil?

El segundo tópico es ¿qué sucede con el artículo 1135 del Código Civil peruano? ¿Se puede plantear la ineficacia de la segunda venta o la invalidez de la misma? ¿Qué relación guarda ello con la compraventa de bien ajeno? Ése es el tema, casualmente, que hoy día fue disertado por valiosos profesores como el maestro Leysser León, como el doctor Mario Castillo Freyre, como el doctor Del Mastro, que el día de hoy compartieron mesa con Renzo Saavedra, también en este pleno nacional de derecho civil y procesal civil.

El tercer punto es ¿qué sucede con las cargas del acreedor? El artículo 1338 del Código Civil. ¿Qué sucede con la mora del acreedor, la conducta imputable al acreedor? Es decir, no se ha profundizado tanto con el comportamiento del acreedor en el desarrollo o en el desenvolvimiento de las obligaciones.

Y el cuarto y último punto, prometo ser breve, a pesar de que los tópicos parecen extensos, ¿qué sucede con el pago mediante títulos-valores? Un artículo que siempre está en la palestra, pero parece que nadie quiere dar el paso hacia adelante y proponer ya su separación o precisión en el Código Civil peruano.

¿Puede producir efectos reales inmediatos el contrato en el Perú? Y allí viene la evaluación.

El artículo 1351 del Código Civil peruano define el contrato como el acuerdo de dos o más partes con el propósito de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Y he subrayado con rojo, casualmente, algunas frases que me parecen importantes.

Entonces, la relación jurídica patrimonial no es únicamente la relación jurídica obligatoria; no obstante, hay toda una polémica y algunos sostienen que sí, que la relación jurídica patrimonial es la obligación.

Entonces, particularmente, se ha centrado una interpretación de carácter temático por ubicación, diciendo: «El contrato está regulado en el libro “Fuentes de las obligaciones”». Por tanto, entendemos que la relación jurídica patrimonial establecía en el artículo 1351, es la obligación, y para mayor acreditación, el contrato está regulado dentro del libro «Fuentes de las obligaciones».

Por otro lado, el artículo 1402 parece zanjar este tema cuando dice que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Entonces, mayor abundamiento para lo que primero habíamos señalado. En la relación jurídica patrimonial, prevista en el artículo 1351, este artículo dentro del libro de «Fuentes de las obligaciones», y el

artículo 1402 del Código Civil dice que el objeto del contrato, y justo utilizan los mismos verbos: crear, regular, modificar o extinguir, se refiere a la obligación.

En tal sentido, debemos entender que la obligación es la relación jurídica patrimonial.

Pero, yo particularmente no termino de conciliar con la posición que afirma que la relación jurídica patrimonial únicamente es la relación obligatoria, porque la relación jurídica patrimonial es una vinculación entre situaciones jurídicas subjetivas u objetivas. La relación jurídica es un vínculo entre situaciones jurídicas que pueden ser subjetivas u objetivas y donde el objeto, el bien es posible de ser intercambiado económicoamente.

Por tanto, dentro de la concepción o el concepto relación jurídica patrimonial —para mí— podemos encontrar no solamente a la relación jurídica obligatoria, situación jurídica subjetiva del titular del derecho de crédito o acreedor, y el titular del deber jurídico o situación de desventaja, que es el deudor y, de manera esencial, porque la obligación es mucho más compleja que ello, y en torno a bienes que pueden ser intercambiados económicoamente. Pero también considero que la relación jurídica real puede coincidir con la relación jurídica obligatoria, o perdón, la relación jurídica patrimonial; la relación jurídica real puede coincidir, corrijo, con la relación jurídica patrimonial. ¿Por qué? Porque tenemos situaciones jurídicas que están vinculadas; la situación jurídica del, por ejemplo, propietario titular del derecho real de propiedad, por citar un ejemplo, y el objeto de propiedad que vendría a ser la situación jurídica objetiva relativa al bien, y este bien para ser objeto de derechos reales, tiene que ser de libre disposición. Lo mismo podría acontecer cuando hablamos de otros derechos reales involucrados: posesión, usufructo.

Bueno, y para otros la lectura podría ser la relación entre el titular del derecho de propiedad con el pasivo universal, el sujeto a quien le opones el derecho de propiedad.

Entonces, para el primer punto, la relación jurídica patrimonial no considero que es únicamente la relación jurídica obligatoria, para mí, también puede ser la relación jurídica real, pero el artículo 1402 parece colo-carnos un candado y considerar que en el ámbito de los contratos en el Perú, son las obligaciones las que están previstas en el 1351.

Pero, luego viene el artículo 949 del Código Civil peruano, y cuando hablamos nosotros del artículo 949 del Código Civil peruano, estamos refiriéndonos a la sola obligación de enajenar.

Les decía que el 949 nos dice: «la sola obligación de enajenar hace propietario al acreedor del bien inmueble».

Entonces, aquí tenemos un tema. El 949 del Código Civil peruano ¿podría reconocer que el contrato tiene un efecto real inmediato?, porque se alude a la tesis del solo consenso. Por tanto, el solo nacimiento del contrato puede generar el efecto real inmediato. Y cuando el artículo 949 refiere a la sola obligación de enajenar, no hay que entender que es necesariamente un contrato que ha creado una obligación, y a partir de la creación de la obligación, recién te puedes convertir tú en propietario, que es una de las lecturas del 949.

El 949 ha tenido varias lecturas, una de ellas es casualmente la de considerar que, desde el surgimiento del contrato del consenso formado, ya te conviertes en propietario por el solo consenso.

La segunda lectura es considerar que el contrato, como está previsto en el Código Civil peruano, crea una obligación. Esta obligación creada es la obligación de enajenar; y, por tanto, el efecto real se produce luego de que se ha creado la obligación de enajenar.

Entonces, aún no hemos cerrado ese capítulo sobre el 949. El séptimo pleno casatorio civil, casualmente, ha tenido todo un debate sobre la importancia o no del registro. Y, en el 1135, nuevamente ingresa el debate sobre cuál es la trascendencia de la inscripción registral para efectos de constituirte en la calidad de propietario.

¿Es obligatorio en el Perú registrar para ser propietario? ¿Por qué el artículo 1135 privilegia a quien primero inscribe? Es porque está dándole al registro una fuerza para constituirte como propietario o es que es suficiente el solo consenso para ser propietario, y, por tanto, no es en el Perú, repito, obligatorio registrar.

Entonces, el 949 no ha sido un capítulo cerrado todavía en nuestro país, y lo mismo sucede con estos artículos 1351 y 1402. Por tanto, es importante ya tomar ciertos puntos de cierre. Si vamos a reformar, por ejemplo, el 1351, lo cambiamos y ponemos el efecto obligatorio; punto, ya no damos tantas vueltas. Y el 1402 lo dejamos tal como está, y el 949 lo precisamos. Y, si queremos constituir el registro como un modo de adquisición de propiedad, lo colocamos. Sin darle tanta vuelta.

Claro, yo creo en mi humilde parecer, que todavía no estamos preparados para poder convertirnos en propietarios con el solo, con el acto de registro, porque todavía hay un vacío respecto del catastro que, en nuestro país, con el propósito de identificar los bienes adecuadamente, y a partir de ello, poder considerar que quien inscribe se convierte en propietario.

Pero esto es un tema programático; podemos considerar hacer las reformas con el propósito de poder instalarlo.

Ahora, la pregunta es si nuestra realidad, mayoritariamente agraria, está preparada para este cambio, pero no podemos seguir generando diversas lecturas por el 949 que, finalmente, determinen un desorden en lo que concierne a la aplicación de los artículos.

Algo que he estado repitiendo últimamente en distintas conferencias, es que los artículos tienen que ser eficaces, eficientes y efectivos. Eficaces, que produzcan los efectos esperados; eficientes, que se generan los menores costos, a través de la aplicación de los mismos; y efectivos, que el lenguaje sea tan claro que su aplicación sea puntual y todos entiendan cómo tiene que cumplirse; pero todavía nosotros no hemos cerrado, insisto, este punto.

¿Qué sucede con el artículo 1135 del Código Civil peruano? ¿Es un tema de ineeficacia, invalidez? ¿Qué relación guarda con la compraventa de bien ajeno?

Casualmente, ése es el tema que se está discutiendo en el pleno nacional de derecho civil y procesal civil que se está llevando a cabo entre hoy y mañana en el Poder Judicial.

El artículo 1135 nos abre la posibilidad de que un mismo sujeto deudor pueda disponer ante diversos acreedores un segundo, un tercero, un cuarto, incluso, acreedor, respecto del mismo objeto.

En ese caso, entra el debate sobre quién debe ser privilegiado; a quién debemos preferir. Entonces, el día de hoy se discutió. Cuando se hace una segunda venta, incluso una tercera o cuarta venta, esa segunda, tercera o cuarta venta, ¿son válidas o son ineeficaces, son inválidas?

Entonces, qué pasa. Este artículo 1135 no solamente ha sido utilizado para el derecho de las obligaciones, sino también ha sido utilizado en el denominado proceso de mejor derecho de propiedad. Del cual yo discrepo el nombre «mejor derecho de propiedad» porque considero que no hay un derecho de propiedad mejor que otro, sino que hay que determinar quién, en el caso del debate de la propiedad, es el legítimo titular del derecho de propiedad en ese proceso.

Entonces, acá se da un orden de preferencia. Se prefiere al que primero inscribió, a falta de inscripción, al que tenga el documento de fecha cierta más antigua, y, a falta de los dos, el que tenga el documento más antiguo.

Entonces, qué es lo que pasa. El día de hoy, por ejemplo, se había planteado que éste es un escenario de invalidez y todavía los jueces no terminan de resolverlo. Es un escenario de invalidez porque nadie puede disponer más allá del derecho que le corresponde; es decir, luego de haber dispuesto la primera transferencia, y basados en el 949, donde sólo el consenso te hace propietario, entonces, tú ya no eres el propietario.

Por tanto, en la segunda, tercera transferencia, tú ya no tienes esa condición de propietario, y como tú no puedes disponer más allá del derecho que te corresponde, estarías yendo, incluso, contra la Constitución, artículo 70, la inviolabilidad de la propiedad o habrías generado un supuesto de imposibilidad jurídica. Nadie puede disponer de aquello que no le corresponde por derecho o un fin ilícito, si es que tú has ido contra el sistema legal, propiciando un delito de estafa.

Éstos son los que postulan la tesis de la invalidez de las segundas y las terceras transferencias. Quedamos en la lectura de las segundas y terceras transferencias que, de esa manera, como inválidas, entonces, no guardarían ningún sentido. No tendría ninguna razón de ser el 1135 del Código Civil, porque 1135 del Código Civil —y retrocedo— parte de la premisa de que sí es posible disponer en más de una oportunidad de un mismo bien de diversos acreedores, porque, finalmente, es un tema de obligaciones; es un tema de creación de derechos a partir de la voluntad y el consenso.

Como no se está viendo con ojos de derechos reales, no se está viendo con el ojo de los propietarios, sino con el ojo del derecho de obligaciones. Entonces, se puede constituir más de una expectativa en base a esta voluntad con la cual los sujetos se relacionan. Entonces, en base a ello, aquí se está discutiendo quién debe ser privilegiado en la tutela de su crédito, quién tiene la mejor protección de su derecho de crédito para ser preferido.

En tal sentido, se parte de que el artículo 75 es posible siempre que los contratos sean válidos. Casualmente, se podría discutir que los contratos son válidos, pero dada la preferencia, hay una ineffectuación relativa. Esto quiere decir que si a mí me van a dar el bien, en desmedro del segundo o tercero, en el orden de prelación o de preferencia, significa que para el segundo y el tercero el acto es ineffectuado, respecto de uno de los efectos de la obligación que es la entrega del bien, pero no respecto de las indemnizaciones que tendrían que pagarse, porque ahí hay un escenario de responsabilidad civil.

Entonces, aquí salió a la palestra el hecho de que sí es posible la compraventa de bien ajeno en el Perú. En nuestro país tenemos el artículo 1537

regulado. La pregunta es si realmente el artículo 1537 es un contrato de bien ajeno, de compraventa de bien ajeno, porque podríamos diferenciar compraventa de bien ajeno o compraventa sobre bienes ajenos, como que la compraventa de bien ajeno fuese que yo puedo vender un bien que no me pertenece, mientras que la compraventa sobre bienes ajenos significaría que yo me estoy comprometiendo respecto de un bien que la otra persona sabe que no me pertenece, entonces, mi compromiso es realizar los actos necesarios para obtenerlo, y una vez obtenido el bien, yo podré disponerlo.

Entonces, por eso es que el artículo 1537 nos conduce a la promesa del hecho de un tercero, donde tampoco me parece —mi humilde posición— que se pueda referir a que yo estoy prometiendo que el propietario va a transferir la propiedad, porque ese sujeto en ningún momento se ha comprometido, sino que yo estoy asumiendo una posición de garante, de satisfacción de la posición creada. Yo me comprometo a realizar los actos necesarios para obtener el bien y transferirlo, pero sucede que aquí hay todo un problema en tanto todavía no se define el primer aspecto. Hay casos de jurisprudencia en el Perú donde se considera que esos contratos son inválidos.

Obviamente, si el propósito del contrato es estafar, cometer un delito, se va a entender que este contrato sí tiene una finalidad ilícita y, por tanto, es nulo. Si el propósito del contrato es simular, apparentar con el fin de perjudicar a un tercero, se puede decir que acá, dada la simulación absoluta, el contrato es nulo, pero por determinados escenarios específicos, pero *per se*, este contrato no es nulo; es plenamente válido. Más bien, yo lo que haría y lo he dicho muchas veces a mis queridos estudiantes en las aulas universitarias. Yo lo que haría es eliminar el 1135, pero para eliminar el 1135, he propuesto en varias oportunidades, y lo incido en esta reunión, la transferencia unida al DNI electrónico.

Significa que cuando una persona quiere disponer de un predio, de un inmueble, en una interrelación entre Reniec, la información que yace en el DNI electrónico y Registros Públicos, en tanto el bien esté registrado, si yo dispuse del bien, el bien ya no está en el DNI asociado; y cuando yo quiera volver a disponer, no se va a poder realizar nuevamente, porque estará blo-

queado, ya no tendré ese bien en mi DNI electrónico o en la información que yace en mi DNI electrónico, por tanto, no podría haber una segunda ni tercera ni cuarta. Pero, eso invitaría a eliminar el 1135 del Código Civil peruano. Creo yo que es un camino hacia el futuro.

Para acelerar en este punto, miren el artículo 1409, ven que la prestación materia de la obligación, puede versar sobre bienes ajenos. O sea, si nosotros considerásemos que la segunda transferencia es nula, o la tercera también es nula, entonces, no tendría sentido tampoco entender que el artículo 1409 refiera que el contrato puede referirse a bienes ajenos, ojo, no sería un contrato de bien ajeno, sino un contrato sobre bienes ajenos, en cuyo caso, reitero, el compromiso del sujeto es el realizar todos los actos impensables o necesarios para obtener el bien y luego transferirlo.

¿Qué sucede con las cargas del acreedor, con la mora del acreedor, con la culpa imputable del acreedor en la pérdida del objeto y el resarcimiento?

Sucede, estimados señores, que normalmente, en nuestro país, la conducta del deudor es la que tiene la principal atención, y cuando se habla de incumplimientos, se focaliza en el deudor y las consecuencias resarcitorias derivadas de la conducta del deudor.

Pero también el acreedor, como parte de la relación jurídica obligatoria, es titular de situaciones jurídicas subjetivas, como son las cargas, y el artículo 1338 que todos ustedes lo están vinculando con el tema de la mora del acreedor, regula lo concerniente a las cargas. Dice: «Cuando el acreedor no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

Entonces, esa idea «actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación», se refiere a las cargas del sujeto acreedor, todas aquellas conductas indispensables para que el deudor pueda cumplir su prestación y el acreedor pueda satisfacer su interés. Entonces, es posible que si el acreedor no cumple con las cargas, y, por tanto, no coopera, no colabora con la conducta del deudor, el deudor no termine cumpliendo la prestación a su cargo.

Y, en tal sentido, el incumplimiento no se deberá a una conducta imputable al deudor, sino a una conducta atribuible al deudor. Y por eso es que el artículo 1339 hace referencia a una indemnización que puede pagarle el sujeto acreedor al deudor por estos daños generados.

Ahora, el 1326 y el 1327 con claridad nos hacen referencia a comportamientos dolosos o culposos atribuibles al acreedor. Cuando el acreedor hubiera concurrido en el daño que se le ha generado.

O sea, podemos hablar nosotros en inejecución de obligaciones, en el juicio de causalidad previo al juicio de imputabilidad o imputación, o podemos entender que el sujeto acreedor puede haber realizado comportamientos concurrentes con el deudor que han determinado la situación del incumplimiento.

En el 1327 se dice que el acreedor podría haber evitado la conducta dañosa, es decir, el daño generado que vendría a ser, en este caso, el incumplimiento, si éste hubiera actuado de manera cuidadosa o diligente. Fíjense que la buena fe del artículo 1362 es una conducta que tanto se le pide al deudor como al acreedor en la relación jurídica obligatoria, porque el artículo 1362 dice que el contrato debe negociarse, celebrarse y ejecutarse, según la buena fe y la común intención de las partes; y la buena fe, entonces, está para ambos contratantes, y los contratantes son los que van a formar parte de la relación jurídica obligatoria.

En ese caso, tanto el deudor como el acreedor tienen que actuar de buena fe, conducirse de buena fe, y, en tal sentido, deben conducirse conforme a la diligencia ordinaria esperada, no es un tema únicamente de interés del sujeto deudor; y, por tanto, no solamente debemos focalizarla en el sujeto deudor, y esto también está relacionado, no sólo con el deber de prestación, sino con todos los demás deberes que se agregan a la relación jurídica obligatoria por imperio de la ley.

Y, miren, por ejemplo, el artículo 1165 y el artículo 1166, que son artículos que están relacionados con las obligaciones alternativas, no sé hay como un miedo, como un temor, como si fuese irreverencia hablar con el

acreedor. Fíjense que tanto el literal a), el literal b), el literal c) del 1165, y los literales a) al d) del 1166 no hacen referencia al acreedor, no dicen en ningún momento qué sucede si una de las prestaciones en la obligación alternativa se pierde por causa imputable al acreedor, que con mis alumnos en las clases universitarias hemos identificado que, cuando el acreedor pierde una de las prestaciones y la elección le corresponde al deudor, el deudor podría dar por elegida aquella perdida por el sujeto acreedor.

Pero eso ha sido como objeto de una interpretación, resultado de una interpretación. Pero, tanto en los artículos 1165 como 1166 y muchos otros artículos del Código Civil peruano, no refieren la conducta atribuible al acreedor en situaciones como las que estamos hablando de obligaciones alternativas, entre otras.

Y, para cerrar, porque no quiero extenderme más en el tiempo, creo que ya he hablado más de lo permisible, ¿qué sucede con el pago mediante títulos valores?, artículo 1233 del Código Civil peruano. Otro artículo que ha sido materia de debate y de análisis. Dice: «La entrega de títulos-valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario».

Primer punto. Si yo entrego un cheque, un pagaré o una letra de cambio como deudor, yo como deudor, emito una letra de cambio, un cheque o un pagaré a favor del acreedor, ¿he cancelado una deuda?

Y ahí es donde se habla de *pro solutio* y *pro solvendo*. *Pro solutio* cancela la deuda, según las partes lo hayan pactado o *pro solvendo* en respaldo del sujeto deudor. Pero, el hecho de que el acreedor tenga en su poder el título-valor y lo haya perjudicado, que normalmente ha habido dos lecturas sobre el perjuicio. El perjuicio físico, pérdida del bien, del título valor o el perjuicio jurídico, el no protesto.

Si lo ha perjudicado el acreedor en sus manos, ¿se debe entender que ya se cumplió la obligación? Se debe entender, entonces, porque acá la tesis que normalmente suele utilizarse, es la de la novación, donde dice que la

obligación primigenia o primitiva del derecho civil, es sustituida por la obligación cambiaria o la obligación mercantil propia de los títulos-valores, por tanto, si se pierde el título-valor, se extingue la obligación.

Yo, particularmente, no concilio con esa tesis. Considero que las obligaciones, tanto mercantil como la civil, coexisten, y si se pierde el título-valor, se tendría que iniciar un proceso de ineeficacia del título-valor, para luego requerir un segundo ejemplar, y de esa manera, poder ir al proceso único de ejecución, porque la única sanción, desde mi punto de vista, que genera el no tener el título-valor en tu poder, es perder el proceso único de ejecución; tendrías que irte al proceso regular.

Pero yo no termino de entender que la sola pérdida del valor cambiario o del título-valor determine la pérdida o la extinción de la obligación. Y, más aún, esa última parte del artículo 1233, que dice que la acción derivada de la obligación primitiva, queda en suspenso, porque si estamos diciendo que ha quedado extinguida, entonces, cómo puede quedar en suspenso; suspenso de qué. Si se extinguió, ya no está la obligación.

Entonces, mis estimados señores, de esta mesa y señores que participan de este evento, y agradeciendo al Instituto de Derecho Privado, éstas han sido algunas pinceladas que yo vengo repitiendo en muchos escenarios, en clases universitarias —mis alumnos no me van a dejar mentir—, algunos están en esta conferencia conectados, otros lo verán por el Facebook. Yo, particularmente, estoy siempre preocupado de que algunos cambios tenemos que hacer, pero no cambios con ánimos, simplemente, de tentaciones académicas, como dice mi estimado amigo Mario Castillo, sino cambios que también vayan vinculados a la realidad, a la jurisprudencia nacional.

Por eso es que hay que ver si algunas ideas que he lanzado, de repente, terminan en eliminar el artículo para evitarnos el problema, y ver qué es lo que realmente es necesario en nuestro país, porque queremos reglas eficaces, eficientes y efectivas, con el propósito de tener un sistema mucho más adecuado y acorde con nuestra realidad.

Yo agradezco sinceramente el tiempo que se me ha otorgado. Disculpen si me he extendido un poco más a mis estimados señores de la mesa, y hasta aquí llega mi exposición.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, profesor Jorge Beltrán por su intervención, y ahora le cedemos el uso de la palabra al profesor Mario Solís Córdova.

El profesor Mario Solís Córdova es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta con estudios de especialización en la Universidad de Salamanca, España; la Universidad de Alcalá de Henares, España. Profesor de derecho civil en la Universidad de Ciencias Aplicadas y San Martín de Porres y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fundador del suplemento legal *Jurídica* del diario oficial *El Peruano*; ha sido miembro de la Comisión de Derechos Reales del Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Estudios de Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres. Es autor de múltiples trabajos en materia de derecho civil para diversas publicaciones nacionales y extranjeras.

Sin más extensión, le doy el uso de la palabra a Mario Solís.

Mario, te quedas en el uso de la palabra por quince minutos.

Mario Solís Córdova: Muchas gracias, Marco.

Siempre es un placer compartir con los amigos profesores. Nunca es corta la exposición de mi amigo Jorge Beltrán, además, siempre tiene que ser tan apasionada, y además tocando tantos puntos en los que tiene razón, lo que me ha picado la lengua de hablar, de tocar, aunque sea de manera tangencial.

Un saludo al doctor José Aguado, a Milo Ruiz y al doctor Juan Enrique Sologuren de la heroica ciudad de Tacna, a quien estimo tanto. Ojalá se levanten pronto las prohibiciones para visitar. Y gracias a la gente del

instituto y en la persona de Marco Silva Santisteban, que ha tenido a bien invitarme a este evento.

Bien, quiero tocar algunos puntos muy cortamente, también porque sé que ya la hora siempre nos hace falta tiempo para hablar sobre derecho civil y, más aún, cuando ha habido plenos como los que estaba comentando Jorge.

Voy a tocar yo el tema de la posesión, que es un tema que últimamente me está apasionando un poco, pero no puedo dejar de comentar un par de cosas a las que se ha referido con tanta sapiencia Jorge.

Yo creo que hay una debilidad por la nulidad en Perú, y eso se debe ciertamente a un desconocimiento.

Yo no hablo, pues, de ignorancia, ni de un sentido peyorativo porque los profesores de derecho estamos, en cierta manera, comprometidos en mejorar la capacidad de los operadores jurídicos, desde los abogados hasta los magistrados.

Pero, sin duda, hay ciertas debilidades, ciertos, yo diría, gustos por algunos dulces en nuestra costumbre jurídica. Y uno de ellos es una debilidad tremenda por la nulidad.

Y eso se debe a que no hemos, tal vez, diseñado o enseñado correctamente algunas otras categorías de derecho civil, que son muy importantes. No hemos tocado, y que yo recuerde, la enseñanza clásica del derecho, un tema como la ineeficacia que hoy día es tan importante puesta en debate en los plenos, por ejemplo.

Este tema de la compraventa o de los negocios relativos a las sociedades conyugales, cuando solamente participa una persona.

Pues, bien, este tema expresamente muestra que no tenemos una formación suficiente en todo el espectro de situaciones jurídicas subjetivas que puede generar el derecho civil. Y esto, tal vez, porque en nuestro CÓ-

digo Civil no se han hecho mención en su momento. Tal vez el legislador de 1984 trabajó con categorías bastante tradicionales.

Hubo un cambio, evidentemente, en los años noventa, con la introducción de la dogmática italiana, que se ha hecho muy popular ahora. En los noventa eran muy pocas las personas que la seguían. Estaba Jorge en sus pininos en aquel momento y se le vio, fue uno de los más entusiastas al momento de adherirse a esa escuela que nos ha nutrido tanto. No es la única, evidentemente, pero ha enriquecido mucho el derecho civil peruano. Ahora ya es mucho más difundida y las jóvenes generaciones, sobre todo de sanmarquinos, que es una universidad que ha crecido tanto en este ámbito, también ha adoptado el estudio de la dogmática.

A partir, precisamente, de personas como Jorge, como Rómulo Morales o Leysser León, que difundieron el pensamiento de grandes juristas italianos.

El antecedente en el Perú, tal vez, de la generación de los noventa; los profesores de los noventa, el profesor Lizardo Taboada, Gastón Fernández, obviamente, también es impulsor de esta corriente.

Entonces, el derecho civil peruano, dogmáticamente se ha enriquecido, doctrinariamente se ha enriquecido.

Los debates son mucho más ricos. Ahora no son los debates como antes, que era cómo se aplica este artículo, sino qué cosa es esta institución. Ésa es la sustancia de los debates ahora. Y no ha habido, digamos, un contrapeso, una norma. Nuestra norma no está tan desarrollada al respecto.

Yo diría que, en la propuesta de reforma del Código Civil, por ejemplo, se habla, se utiliza por primera vez el término «situaciones jurídicas subjetivas» en la reforma propuesta por el equipo que lideró el profesor Gastón Fernández.

Pues, evidentemente, esto va a llevar a replantear los sílabos de las facultades de derecho a los cursos de introducción al derecho civil. Habrá

que enseñar, pues, qué cosa es una expectativa, qué es una situación jurídica subjetiva de ventaja, de desventaja; qué es un derecho subjetivo; qué es el estatuto; o sea, hay tantas situaciones jurídicas subjetivas que se pueden estudiar con detenimiento y que, de una lectura exegética del Código, no la vamos a obtener.

Siempre he pensado que nuestro Código debería tener una definición, a veces, tal vez un poquito cercana de lo que es la ineficacia. Nos serviría mucho una diferenciación entre lo que es la invalidez o la nulidad. La gran teoría de la ineficacia, obviamente, es otra cosa, pero la ineficacia en sentido estricto y aclarar el término de qué cosa es oponibilidad.

Sin embargo, como dije al comienzo, tenemos una debilidad por la nulidad. Mi propio padre, que tiene como cincuenta años de abogado, es una persona que dice: «Acá no se puede vender algo que no es de tu propiedad»; no se puede firmar un contrato porque tiene una aversión moral.

Como me contó mi amigo José Gabriel en Francia, respecto a la nulidad, es una especie de pestilencia moral, que se haga algo que no está bien. Entonces, ése es el fundamento de las nulidades. Nos falta, tal vez, precisar eso, y precisar en las magistraturas que hay otras opciones aparte de la nulidad. No todo es nulo. Y acá analizamos hace un momento, nuestros amigos Emilio Balarezo, mi querido amigo Fort Ninamancco, creo que estaba el doctor Jimmy Ronquillo también analizando los plenos.

Pero, los problemas no se dan en los plenos, se dan en los juzgados de primera instancia, porque si los juicios duran un montón es porque luego vienen las apelaciones, y luego vienen casaciones.

En los juzgados de primera instancia tenemos los más crasos errores. Yo he tenido la oportunidad de ver en los exámenes de grado, a veces, expedientes que venían, en donde se referían a la nulidad como un supuesto de incumplimiento contractual. O sea, ni siquiera temporalmente la nulidad estaba ahí, que es originaria, que se da al momento de la constitución del negocio, del acto jurídico, no aparecía ya a las finales de la operación económica, que es el contrato.

Entonces, todos esos problemas vienen por una falta de claridad en los conceptos, y esto es lo que se discute ahora, que no se puede vender un bien ajeno, que no se puede disponer de otra cosa que no se especifica y que sería necesario. Es que los negocios jurídicos en materia de derechos reales, pues, dispone de derechos, no de bienes. Entonces, esa confusión también de no saber diferenciar derechos y bienes, tal vez a veces alentado por una dinámica, hay que preocuparnos de problemas un poco más materiales, pero al final, siempre hay que volver al génesis para entender la Biblia. Y sería bueno que la magistratura, y, en general, la comunidad jurídica y en las universidades, sobre todo en la facultad de derecho, se estudiara estos conceptos que muchos de nosotros —yo particularmente— los he terminado de entender luego de terminar la carrera.

Hoy, bueno, los alumnos de muchas universidades ya tienen otras facilidades en eso.

Y, precisamente, la confusión de conceptos es el motivo por el cual yo voy a hablar un ratito del tema de la posesión, porque la posesión es, precisamente, creo, uno de los lugares más confusos en donde navega la judicatura nacional. No se trata también, obviamente, de hacer leña de los jueces peruanos, de las limitaciones con las que trabajan son evidentes, y son tremendas, pero ya en las equivocaciones a nivel de las instancias superiores, pues ya tienen otra dimensión.

Y en el caso de la posesión, de la figura jurídica de la posesión, propia de los derechos reales, estos fenómenos se han venido dando permanentemente.

Voy a compartir, no más, dos diapositivas.

Yo creo que hay un tema importante en la posesión, que parte de su entendimiento. Y creo que el principal problema en las decisiones judiciales sobre la posesión, es seguir pensando en ella como un espejo de la propiedad.

Si bien es cierto, la posesión es una situación jurídica que permite presumir la propiedad y realmente es un primer paso que nos muestra los indicios de la existencia de un derecho de propiedad y la ligazón entre la propiedad y la posesión es indudable.

Ambas figuras son distintas, ciertamente, pero utilizamos un paradigma que es la propiedad como derecho para tratar de entender algo que es absolutamente distinto.

Algunas confusiones, y esta experiencia que lesuento, más allá de la experiencia profesional, viene de la lectura de expedientes judiciales de grado, en donde he podido, incluso, sacar algunas sentencias de las copias de los expedientes que me alcanzaban, y encontraba algunas cosas sobre lo que entendían los jueces por posesión.

Por ejemplo, una de las cosas más notorias o, mejor dicho, comunes de los jueces y, bueno, también de muchos abogados, es entender la posesión como una relación física permanente con el bien. Que el poseedor es una especie de parásito que está pegado al bien, una especie de costra que está unida permanentemente al bien. Que un poseedor es poseedor cuando habita, por ejemplo, una casa cuando no se mueve de ella. Parece que ser el poseedor es estar condenado para ser poseedor, a tener una relación física directa con el bien; permanente con el bien.

Y esto, obviamente, es así porque conocemos que la estructura de la posesión en el Perú, a diferencia de la Argentina y no me va a dejar mentir nuestro querido amigo el doctor Sologuren, es diferente en el sentido de que nosotros hemos asumido las teorías de Ihering y no las de Savigny, por ejemplo. Y las teorías del derecho alemán propias de la posesión mediata e inmediata, es posible que existan poseedores que no tengan una relación física con el bien.

Qué pasa también con aquellos poseedores que, por ejemplo, tienen una guardianía en el terreno en el que no paren eventualmente. Son poseedores, evidentemente, porque ahí hay un servidor de la posesión.

Qué pasa también con aquellos poseedores que posean racionalmente un bien. Cómo se posee, pues, una casa de playa, yo no creo que, salvo algunas personas a quienes les encanta el frío, van a estar en sus casas de playa en los meses de junio, julio o agosto, cuando es más intenso el frío en Lima. Salvo alguien, pues, que tenga un gusto, pues, bastante friolento, un gusto por la neblina. Una cosa así. Bueno, pues, cuál tiene un sentido particular en la vida, pero lo normal es que no se posea durante ese tiempo.

O como hace algunos meses, conversaba con el profesor González Barrón, cómo se posee un anillo de diamantes. ¿Tengo que andar luciéndolo? Si yo hago eso en una ciudad como Lima, sería una propaganda a una mutilación, porque si ando con un diamante, con un reloj de oro. Ya hemos visto que hay gente que se dedica, incluso, a asesinar personas para robarle relojes de oro.

Entonces, la posesión, pues, no es eso. No es necesariamente una relación física, permanente con el bien. No estás tocando una relación tangencial.

Otra idea que se tiene, y en relación a la primera, por ejemplo, una de las cosas que más he visto en dos o tres expedientes judiciales de los que les digo, es que los jueces, por ejemplo, desechan una demanda de posesión, de prescripción adquisitiva, al negar la condición de poseedor a aquél que no tiene DNI con la dirección del bien que reclama.

Por ejemplo, en un caso de un señor que pedía la prescripción después de cuarenta años, que había él dado varios indicios de ser poseedor continuo de cuarenta años, de unos terrenos agrícolas en Huaral. Muy bien. Pues, este señor que, digamos, estaba, tenía una posesión normal, que iba los fines de semana como cualquiera. Era un terreno agrícola, pero no tenía por qué estar cambiando su DNI, que estaba en Lima, y todos los fines de semana, pues iba a Huaral y estaba ahí contento. Pero, el juez dice: «No, usted tiene el DNI en otro lugar. No vive acá. No es poseedor». Otro error también en este tema.

Luego, hay una idea también de que la posesión es usar o utilizar materialmente el bien.

Entonces, si yo, por ejemplo, quiero ser el poseedor de un vehículo, tengo que estar manejándolo todo el día. O si quiero ser poseedor de una mesa, tengo que estar sentado ahí. Bueno, el ejemplo es un poco ridículo, pero, básicamente, en el caso de bienes inmuebles, yo tengo que habitar el lugar. Y, como dije anteriormente, no es cierto.

Hay una confusión, además, sobre el término «usar». Usar es utilizar un bien. O sea, servirse de él para los fines normales del bien o extraordinarios, de acuerdo a los deseos de quien es titular de él. Pero, yo puedo utilizar una camisa en una exhibición de arte, no para ponérmela. Bueno, son casos excepcionales.

Pero, hay una confusión. Una cosa es usar, que es utilizar el bien, obviamente, otra cosa es la facultad de usar, que la tiene toda aquella persona que tiene un derecho real, que le permite acceder a la posesión y a la utilización del bien, y otra cosa es el derecho real de un uso, que se confunde también mucho.

He visto en algunas oportunidades que se iguala a la posesión con el derecho real de uso cuando es otra situación. Para empezar, es un derecho que otorga normalmente el propietario en favor de otra persona Para que use, para que utilice y sirva de un bien, en el caso de un bien inmueble, de una morada, una casa; es el derecho de habitación.

No es igual, pues, a la posesión, porque ahorita, y con esto y la segunda diapositiva voy a terminar, la posesión no es, pues, un derecho real. Entonces, yo no puedo igualar un derecho a una situación fáctica, como es la posesión.

Entonces, ahí ha habido una confusión. La posesión es igual al derecho de uso; y la tercera es que la posesión representa un comportamiento, únicamente, como propietario. Y ahí, pues, efectivamente, como decía hace un momento, nuestros operadores jurídicos se han trasladado a otras

dimensiones, entre éas, la Argentina que ni siquiera es así totalmente, que adoptaban las tesis de Savigny o, bueno, habrán leído mal un manual o una cosa así, pero en equiparar el ánimo del propietario para poseer con la posesión, es asumir que toda aquella persona que posee, como dicen los españoles, sin ánimo de dueño, no es poseedor. Y eso, pues, elimina como poseedor al inquilino, al usufructuario, al comodatario, hay un montón de situaciones jurídicas que provienen de contratos que me ayudan a acceder a la posesión.

Entonces, la posesión es una especie de, digamos, de una figura acuosa, gaseosa, mientras que no se entiende qué cosa es por mucho. Y, ciertamente, la posesión es así porque no puede ser de otra forma.

La posesión no puede ser definida en absoluto. Creo que la palabra más cercana para definir la posesión es la utilizada por un sector de la doctrina nacional, que se refiere a ella como el control que ejerce una persona sobre un bien, y el control que ejerce una persona sobre un bien no exige legitimidad o legalidad. No exige que esta posesión sea acorde a derecho, como decía Jorge Avendaño, o contraria a derecho. Exige, simplemente, una situación real, una situación de la vida, absolutamente visible y tangible.

Entonces, yo creo que ir definiendo o ir aclarando a la posesión como una situación jurídica subjetiva o un hecho jurídico, en realidad, un hecho jurídico por el cual una persona controla un bien. Un hecho jurídico tiene un control sobre el bien, sobre el destino del bien sobre el desarrollo de las características del bien, nos haría; haría que se aclarasen las ideas sobre eso.

Y a esto viene la segunda diapositiva, con la que pretendo terminar esta pequeña disertación.

La posesión no es un derecho real. Algunos dicen, bueno, es, a veces, un derecho y, a veces, no. O comienza como un hecho y luego termina como un derecho. Muy respetables posiciones que humildemente no comparto. En ningún momento la posesión es un derecho, porque un derecho

implica una situación *a priori*. O sea, tengo una titularidad que luego empiezo a ejercer.

O sea, tener un derecho, tener reconocimiento del sistema jurídico; el sistema jurídico como que me pone la espada en el hombro y dice: «Bueno, a partir de hoy usted es acreedor, usted es propietario»; me otorga un derecho subjetivo y empiezo a ejercer las facultades que me otorga ese derecho.

Pero, en cambio, la posesión es simple y llanamente un hecho jurídico; una situación fáctica que tiene efectos jurídicos, obviamente, como todo hecho jurídico tiene efectos jurídicos, pero que no es un derecho real.

Se dice que es un derecho, porque luego me otorga una especie de protección por el Estado. Ése es el contenido del derecho.

Sin embargo, si uno, digamos, precisa un poco más en qué consiste esto, puede, digamos, dejar sin piso esa posición.

Vamos a ver. Normalmente se dice que quien posee tiene que permanecer en la posesión. Ésa es la protección del Estado; el Estado garantiza que un poseedor, así sea un usurpador, permanezca en posesión del bien, hasta que un mandato judicial, por ejemplo, determine su retiro del bien. Un desalojo, por ejemplo, una sentencia judicial de desalojo.

Entonces, si yo soy poseedor legítimo o ilegítimo, nadie tiene el derecho de despojarme del bien, si no es mediante un mandato judicial firme. Es más, si es que fuese despojado, lo puedo recuperar en aplicación de la defensa posesoria judicial con los interdictos, o extrajudicial con el discutible 920, que sería materia de un evento especial por esta deformidad, en donde se ha convertido la mitad del 920 en una nueva forma de reivindicación del propietario; reivindicación extrajudicial. Ahora el propietario también es poderoso.

Entonces, el derecho que me otorga, o mejor dicho, la protección que me otorga el Estado o el sistema jurídico cuando yo soy poseedor, esa protección es así como cubrir con una burbuja al poseedor encima, no es un

derecho subjetivo, no es un derecho real. El derecho real me otorga facultades determinadas sobre el bien.

¿Acá cuál es la facultad que tengo? ¿Seguir poseyendo es mi facultad? Yo creo que lo que me otorga es una situación de inmunidad. ¿Ante los actos de quién? Del propietario, por ejemplo, o de quien tiene un legítimo derecho de acceder a la posesión.

Ése es el famoso derecho de poseer, el de continuar con la posesión que, a mi entender, ese efecto jurídico es, en realidad, una situación jurídica favorable que constituye una inmunidad frente a los actos de quienes, pese a tener derecho, por ejemplo, despojan de la posesión a quien actualmente posee.

Y, por el otro lado, el derecho de poseer no es más que un atributo, una facultad ¿de quiénes? De los que tienen una titularidad, precisamente, de los que tienen un derecho. El usufructuario tiene primero el derecho y, por lo tanto, en el derecho a acceder a la posesión. Pero, no es que el usufructuario sea poseedor por el hecho de que sea usufructuario, claro que no. Primero es usufructuario y luego nace en él esta situación jurídica favorable de poder acceder a la posesión como una facultad, como un atributo de su derecho de usufructo.

Por lo tanto, la protección que otorga el Estado en favor del poseedor, el famoso derecho de poseer, de continuar poseyendo, no es para mí un derecho subjetivo, como el derecho de crédito o el derecho real. Eso es, simplemente, una situación jurídica favorable o una nueva desventaja que habría que analizar un poco más al detalle bajo los conceptos que hace un momento estaba exponiéndonos tan bien Jorge Beltrán.

Entonces, entender a la posesión como un hecho jurídico, con un efecto determinado, que es una inmunidad en favor del poseedor, ahorraría una serie de cosas, y, básicamente, las conclusiones que tenemos en los procesos judiciales de desalojo o una barbaridad. Jorge tú que estabas hablando de mejor derecho de propiedad. Imagínate al mejor derecho de posesión. Si ya es una barbaridad hablar de mejor derecho de propiedad,

yo comparto esa idea contigo, porque hay un único derecho, no hay otros derechos. Imagínate pretender que existe un mejor derecho de posesión.

La judicatura peruana, incluso, le ha dado valor a una constancia de posesión de dudosa procedencia, también de una municipalidad por encima del hecho mismo de poseer, y le saca en cara al poseedor y le dice: «Oiga, usted cómo pretende ser poseedor si el señor tiene un reconocimiento con esta constancia.— Pero, yo estoy acá. Entonces, si yo estoy acá, cómo usted me va a decir que el papel pesa más cuando esto es un hecho jurídico».

Entonces, esas contradicciones vienen, creo yo, humildemente, de entender a la posesión como un derecho real.

El hecho de que esté catalogado como un derecho real, no le da contenido a la figura. ¿Es una situación jurídica propia de los derechos reales? Sí. Entendidos los derechos reales como aquella rama del derecho que estudia las situaciones que se crean entre un sujeto y un bien.

Eso sí, obviamente, como otras cosas que no están necesariamente en el Código Civil, como las restricciones a la propiedad de carácter municipal o de carácter estatal, y verla como reflejo, pues, genera esto, lo que acabo de decirles, que existan acciones como mejor derecho de posesión que, en realidad, no es el mejor derecho de posesión, simplemente, es el derecho; si alguien tiene derecho a poseer, tiene que exigirlo.

Obviamente, pero no es porque tenga un derecho de posesión, sino porque su titularidad le permite acceder a esa situación posesoria en contra de quien, de repente, prácticamente y de manera ilegítima, lo está haciendo.

Me quería referir a otra pesadilla más, que es el precario, pero ya lo dejamos para una próxima oportunidad; y nuevamente agradecerte, Marco, la posibilidad de compartir con gente tan brillante como los doctores que nos han antecedido, y qué mejor que sean tan buenos amigos.

Gracias, Marco.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias a ti, Mario, por la exposición y gracias por siempre colaborar con los congresos del Instituto de Derecho Privado.

Seguidamente, damos el uso de la palabra al profesor Juan Enrique Sologuren y darle la bienvenida a este congreso y a la organización de él.

El profesor Juan Enrique Sologuren es abogado, magíster en derecho con mención en derecho civil y comercial por la Universidad Privada de Tacna. Actualmente, es profesor de derecho civil y derecho ambiental en el pregrado de la facultad de derecho de la Universidad Privada de Tacna. Profesor de postgrado de la maestría en derecho de la Universidad Nacional Jorge Basadre y en la Universidad José Carlos Mariátegui. Asimismo, es coordinador de la unidad de investigación de la facultad de derecho de la Universidad Privada de Tacna. Comisionado en la Comisión de Defensa y Protección del Consumidor de la Oficina Regional del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi filial Tacna.

Anteriormente, fue asesor jurídico de la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua. Asimismo, especialista del programa de actualización y perfeccionamiento de magistrados de la Academia de la Magistratura de Lima.

Así que, sin más demora, le damos el uso de la palabra al profesor Juan Enrique Sologuren por el tiempo de quince minutos.

Muchísimas gracias, profesor.

Juan Enrique Sologuren: Muy buenas noches, muchas gracias por la presentación.

Esta noche me siento muy contento de poder compartir este espacio virtual para dirigirme a los colegas y estudiantes que siguen este interesante y prestigioso congreso.

Antes de empezar, también quiero testimoniar mi agradecimiento al doctor Marco Silva Santisteban por la gentileza que ha tenido, pues, a través del Instituto de Derecho Privado, en invitar a mi modesta persona, participar en este importante evento junto a ponentes, pues, tan destacados y prestigiosos como los que nos han precedido, y los que integran esta mesa, con algunos de los cuales también tengo una gratísima amistad.

A todos ellos quiero extenderles mi más cordial y respetuoso saludo y felicitarlos por sus brillantes intervenciones.

En esta oportunidad y dentro del tiempo que generosamente se me ha concedido, voy a compartir algunas ideas y reflexiones en torno al libro de obligaciones con motivo de los treinta y seis años del Código Civil de 1984.

Para ello, voy a dividir mi exposición muy brevemente en tres partes. En la primera voy a hacer un breve panorama sobre el *iter* que ha seguido el derecho de obligaciones en la codificación peruana para sostener, pues, que la constante ha sido su optimización.

Como segundo punto, voy a hacer un breve y puntual balance sobre el derecho de obligaciones en estos treinta y seis años de vigencia, y voy a concluir haciendo una breve referencia sobre el contexto en el cual está operando y se justifican las últimas reformas en materia civil y, particularmente, en materia de derecho de obligaciones.

Resulta evidente, pues, que el derecho de obligaciones ha ido de menos a más en la codificación peruana. Basta revisar, por ejemplo, el Código Civil de 1852, en su Libro III, que se refería a las obligaciones y los contratos, donde se consideraban cinco fuentes de obligaciones: el contrato, el quasi contrato, el delito, el quasi delito y la ley. Cosa que algunos Códigos latinoamericanos todavía, curiosamente, se mantienen, pero que en nuestra codificación del país ya se ha superado.

La regulación del derecho de obligaciones en este primer Código republicano fue una estructura muy simple y, sobre todo incompleta. Voy a la

parte más débil y pobre de este libro, donde hay un tratamiento muy elemental sobre la extinción de las obligaciones y omitiendo todo lo relativo a la prueba de las obligaciones.

De manera que no es difícil, pues, inferir que este libro estaba más enfocado en los contratos que en las obligaciones, al punto que, en el tratamiento de las obligaciones, en general, estaba apenas reducido a siete artículos, que iban del 1219 al 1225. El resto se encontraba confundido dentro de las disposiciones sobre efectos de los contratos.

Esta regulación, claramente insuficiente e inexacta, especialmente en cuanto a los efectos de las obligaciones, que es un tema fundamental, convivió en ese tiempo a que el foro y la judicatura, pues, tuvieran que recurrir por entonces a la legislación comparada.

Durante, aproximadamente, los ochenta y cuatro años de vigencia que tuvo este Código, motivó fuertemente a juristas como Manuel Augusto Olaechea, a pensar y elaborar una propuesta de reforma, que tomó cuerpo en nuestro siguiente Código Civil, que es el Código Civil de 1936, recogiendo los aportes del Código Civil francés de 1804, los avances que representaba el BGB, que no lo tomamos como fuente directamente, sino a través del ZGB, que es el Código Civil suizo, el Código brasileño y el Código argentino de Vélez-Sarsfield. Y esta fuerte influencia, en algunos aspectos, que son reflejo del derecho francés, por ejemplo.

Ahora, el tratamiento de las obligaciones en este Código, fue plasmado en el Libro V, y además comprendía otras materias, como los contratos, el acto jurídico y la prescripción.

A diferencia del Código precedente, este Código de 1936 se caracterizó por un tratamiento más exhaustivo y moderno de la teoría de las obligaciones, sobre la base de las ponencias de Manuel Augusto Olaechea, quien propuso como fuente solamente el contrato y la ley, y propuso, además, la actual clasificación de las obligaciones que nosotros hemos reproducido de este Código, resaltando la nota característica de la obligatoriedad de la obligación y dejó de incluir las obligaciones naturales en esta parte, si-

guiendo las enseñanzas del gran maestro Giorgi, pues, sobre la naturaleza moral de esta clase de obligaciones.

La mención de los avances que representó el libro de obligaciones del Código de 1936 es muy relevante, pues, en gran medida ha sido base para la regulación actual en materia de obligaciones en el Código Civil de 1984, que sus principales aportes, en gran medida, son obra de dos distinguidos juristas en este Código actual que tenemos.

Yo quiero destacar la figura de Jorge Vega García y, por supuesto, de los gestores de lo que actualmente tenemos en materia de obligaciones. Es así que este Libro VI de derecho de obligaciones, que toma como base, en gran medida, de la regulación que esta materia tuvo en el Código Civil de 1936, ahora constituye un libro independiente, a diferencia de su antecesor.

Y, entonces, vamos a ver que el tema de acto jurídico, prescripción y caducidad, ha sido tratado aparte, lo mismo que el tema de un libro que se llama ahora «Fuentes de las obligaciones».

Este Código, esta parte de las obligaciones, como decía, tiene una fuerte influencia del derecho civil francés, que, a través de la influencia del derecho argentino, español y, en materia de contratos, sigue la doctrina y la legislación italiana, que es una síntesis de la legislación francesa y alemana.

Éste es un grave problema porque le resta coherencia al tratamiento de lo que deberían ser las obligaciones como efecto de los contratos.

Ahora, no me voy a extender, básicamente, en lo que es el contenido de este libro, porque todos lo conocemos. En todo caso, lo que quiero recalcar, ya pasando al segundo punto, fundamentalmente también por respeto al tiempo que se me ha otorgado, es señalar cuáles son las reformas que ha sufrido el libro de obligaciones en este período de treinta y seis años de vigencia.

Si hacemos un balance, vamos a ver, pues, que han sido muy pocas. Básicamente, se derogaron dos artículos que, curiosamente, nuevamente, se han vuelto a poner en vigencia uno, que es el artículo 1217, que fue derogado por la Ley de Garantía Mobiliaria, y que ha sido, de alguna manera, restituido por el Decreto Legislativo n.º 1400, que ha sustituido a la ley anterior de garantía mobiliaria. Y el otro caso es el del artículo 1236 que ha retornado curiosamente a su redacción original, que es una cosa bastante curiosa.

De todas las modificaciones que ha habido, la más positiva fue la del artículo 1237 para cumplir con el pago en moneda nacional de obligaciones que habían sido contraídas en moneda extranjera, salvo pacto en contrario. Esto ha permitido, pues, dinamizar los intercambios, y haciendo un balance, creo que ha sido la única modificación que tiene este signo positivo.

No así lo que ha sucedido, por ejemplo, en materia del pago por consignación, donde, carambas, las modificaciones que se han operado han sido, pues, cuestionables. Modificaciones que fueron introducidas por el Código Procesal Civil en su momento, respecto a lo que es el pago por consignación de una actividad claramente inferior a las disposiciones originales, especialmente, en lo que se refiere al artículo 1252, que introdujo formalidades innecesarias, ilógicas, y que, prácticamente, fue una modificación totalmente desacertada.

A pesar de esta inconsistencia, que manifestaba de la parte de lo que son contratos y lo que son obligaciones, es notorio apreciar que las modificaciones que ha sufrido el Código son escasas, pero también ha sido muy puntual la doctrina, los estudios, las investigaciones que se han efectuado respecto a esta materia tan importante, que son las obligaciones.

Con mucho agrado veo que en los últimos tiempos se han incrementado un poco los estudios, quizás bien por todo este influjo que se está suscitando en otras latitudes y que también, de alguna manera, nos ha llevado en el Perú a iniciar también una reforma muy seria del Código Civil, también del libro de las obligaciones.

Entre los principales aspectos que se está proponiendo reformar, ya pasando a un tercer punto, es, por ejemplo, a algunas precisiones tecnológicas muy importantes en cuanto a las modalidades de las obligaciones.

Lamentablemente, no se ha acogido todas las propuestas que, en su momento, se realizaron a través de un estudio muy importante por parte del doctor Carlos Cárdenas Quirós. A mí me hubiera gustado, particularmente, que, aprovechando estas circunstancias, se optimizara, se corrigiera todo lo que se pudiera en esta parte por razones que luego ya viene a ser...

Marco Silva Santisteban Valdivia: Creo que el profesor Juan Enrique ha tenido un problema de conexión y rápidamente ya se ha superado.

Juan Enrique Sologuren: Sí, ¿me escuchan? Listo.

Perdón, cosas de la tecnología que, a veces, nos sobrepasa.

Bueno, decía que en las facultativas una es principal y la otra es accesoria, y cuando hay esta duda, pues, no se puede determinar realmente, salvo que pensemos que la primera...

El otro tema importante es el tema de concurrencia de acreedores, que el doctor Jorge Beltrán, con mucho dominio y propiedad nos explicó este tema. Sin embargo, yo, respetuosamente, discrepo con él respecto a eliminar esto, porque cuando pensamos en la concurrencia de acreedores, que no estamos pensando solamente en el propietario que sería una categoría, más bien, que responde a los derechos reales. Cuando hablamos de concurrencia de acreedores estamos hablando de múltiples hipótesis que no necesariamente se agotan en un tema de propiedad. Por ejemplo, podríamos tener un acreedor que reclama la entrega del bien como consecuencia de un contrato de arrendamiento, y ahí hay una norma también específica, que es el 1670, que podríamos estar pensando en otro acreedor, a quien se le ha cedido gratuitamente vía comodato, el uso de un bien por un espacio de tiempo determinado que en otro caso podría haber, de repente, una donación, una permuta; diferentes hipótesis que no necesariamente van a ser excluyentes.

Es por esa razón que la comisión está variando un poco el contenido de este artículo; está fusionando el artículo 1135 y el artículo 1136, el que tenía reglas distintas; está incluyendo lo que se preveía para el tema de los arrendamientos de una manera un poco similar a lo que ha hecho el Código Civil argentino, para tener un solo juego de reglas en materia de concurrencia, pero ya no de acreedores.

Por ejemplo, cuando hablamos de propiedad, no estamos hablando de acreedores; y, por ejemplo, pensamos en el 949, que es un artículo que originalmente estaba en el libro de obligaciones, y que ha sido trasvasado al libro de derechos reales, de ahí la confusión del Código del 1936 al Código del 1984, vamos a ver, pues, de que ahí por la parte del vendedor no hay ninguna obligación, pero sí hay una obligación por parte del comprador, una obligación de dar una suma de dinero.

Entonces, qué queda pendiente, simplemente, la entrega de la posesión, que tan brillantemente ha sido expuesta por el doctor Solís Córdova.

Entonces, éste es un tema en el cual ha habido, efectivamente, mucha confusión, como señala el doctor Beltrán Pacheco, pero no estamos hablando, pues, de un tema de propiedad. Porque si hablamos de propiedad, tendría que haber en el Código Procesal Civil normas para el proceso único de ejecución para reclamar la entrega del bien inmueble, y eso no existe, lo que existe es para el proceso único de ejecución, respecto de obligaciones de dar bienes muebles.

¿Por qué? Porque estamos hablando de un tema de derechos reales. Si la propiedad ya se transmitió, lo que tenemos que reclamar, de repente, es una reivindicación o la declaración de dominio, pero no un tema de acreedores, porque ahí ya no hay acreedores.

Ahora también no hay que olvidarse de que en el tema de concurrencia de acreedores, las reglas de transmisión de la propiedad no son las mismas para bienes muebles como bienes inmuebles. Tratándose de bienes muebles, todo calza perfectamente, el 1351, el 947, porque acá la propiedad y la posesión se transmiten con la *traditio*, el sistema romano, pero

tratándose de bienes inmuebles, la regla general es que es por el solo consentimiento, salvo que las partes acuerden otra cosa o la ley establezca otra cosa en ciertos supuestos. O sea, es una norma dispositiva que nos permitiría, por ejemplo, si las partes quieren, acordar que la propiedad se transmitiera en registros. Cosa que no es muy práctica en un país donde, de cada diez personas, solamente tres personas cuentan con títulos de propiedad. Pongámonos a pensar, de esos tres, ¿cuántos tienen su derecho y titularidad inscrita en los Registros Públicos? Entonces, muy complicado este tema.

Otro tema es el tema de la solidaridad. Actualmente, como regla general es el que la solidaridad debe pactarse expresamente, no se presume. En materia comercial, la regla es al revés. Entonces, se está pretendiendo unificar esto.

Otro tema importante es la reforma de lo que se refiere a la cesión de derechos. Toda esta parte se está reformando para que, más bien, se denomine cesión de créditos con un enfoque mucho más moderno, más apropiado; otras reformas se refieren al pago, precisiones respecto a lo que es el interés compensatorio, moratorio, la posibilidad de capitalización de intereses, pago por consignación que, lamentablemente, como nos comentaba, no tuvo, pues, una modificación muy afortunada, el tema de la dación en pago y, sobre todo disposiciones generales por inejecución de obligaciones y la introducción de la mora automática. Y olvidamos lo que es el tema de la cláusula penal.

El tiempo no nos permite entrar en mayores detalles. Solamente quiero esbozar algunas razones en pro de la reforma, que yo creo que no debemos pensar en un nuevo Código Civil, lo que debemos hacer es mejorar lo que ya tenemos.

En ese orden de ideas, sin olvidar que en materia de obligaciones prevalece la autonomía privada y, en gran medida, las disposiciones normativas sobre obligaciones son supletorias de la voluntad de las partes, no se puede ignorar la capacidad vivificadora, uniformizadora que tiene esta legislación, que también comprende disposiciones normativas imperativas que limitan el marco de actuación de los sujetos de derecho privado.

En ese orden de ideas, algunas razones que creo yo justifican hoy esta reforma, serían, básicamente, tres.

La primera, la necesidad de mantener una correspondencia que debe existir siempre entre los cambios que se van operando en la realidad que, muchas veces, por la rapidez que vivimos actualmente, sobre todo por la inmediatez, presentan cada vez más supuestos atípicos que ni remotamente fueron previstos o pensados por el legislador, y la pertinencia que debe guardar la ley, la legislación, para ofrecer soluciones acordes a los nuevos tiempos, a los nuevos desafíos.

En segundo lugar, una actualización legislativa que recoja los aportes de la jurisprudencia, los avances jurídicos, que brinda el derecho comparado, y los avances extrajurídicos propios de este siglo, a partir de importantes investigaciones que se han llevado adelante, en diferentes partes del mundo, bajo el ideal de una armonización del derecho de las obligaciones y los contratos.

Y la corriente reformadora que se ha manifestado en este siglo, primero con la reforma del BGB en el año 2002, la dación del Código Civil y Comercial argentino, en el 2015, el Código Civil de Brasil del 2002, la reforma de las obligaciones en el Código Civil francés, en el año 2016, el actual proyecto de Código Civil colombiano, que también acoge una propuesta interesante en materia de obligaciones, y por qué no, la reforma propuesta por la comisión presidida por el doctor Gastón Fernández Cruz.

Finalmente, una tercera razón sería, pues, una mayor precisión técnica terminológica y sistemática. No es tampoco desdeñable, pues, por el contrario, éstos son aspectos que, como lo ha dicho el doctor Solís Córdova, coadyuvan a una mayor calidad normativa, que se traduce en una mejor interpretación y aplicación del derecho.

Entre los retos, entonces, que presenta el actual derecho de obligaciones, está ofrecerles las más claras y simples que faciliten los intercambios, reduzcan la posibilidad de conflictos, que simplifiquen la determinación de responsabilidades por incumplimiento; y, en este punto, creo que la

apuesta por la responsabilidad objetiva frente a la actual responsabilidad, que es subjetiva en materia de incumplimiento de obligaciones, contribuiría en gran medida a esta filosofía, pero, personalmente, comparto la preocupación por la forma en que quedaría el tenor del artículo 1138, que acoge la teoría del riesgo de origen, como sabemos, francés, pero que está basada claramente en criterios de imputación de responsabilidad subjetiva, como es el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, que no calzaría con esta responsabilidad objetiva.

Finalmente, quiero concluir mi modesta exposición señalando mi adhesión a la idea de mejorar, de optimizar y perfeccionar nuestra legislación civil, particularmente, en lo que se refiere al derecho de obligaciones.

Creo que haciendo un balance, el saldo resultante es positivo, y la oportunidad que representa el proyecto de reforma elaborado por la comisión que acertadamente ha presidido el doctor Gastón Fernández Cruz, es valiosa y acuciosa, aunque confieso que me hubiera gustado que se aprovechara la circunstancia para mejorar toda la parte terminológica, la cual ha sido atendida en lo más importante, pero han quedado algunas cuestiones pendientes que, en su oportunidad, fueron precisadas, como decía el doctor Carlos Cárdenas Quirós, quien entre otros prestigiosos juristas ha tenido, pues, un aporte muy acucioso y destacable.

Bien, muchísimas gracias por la oportunidad de poder compartir con ustedes estos breves análisis y reflexiones.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias, profesor Juan Enrique Sologuren por su exposición, y en último término, damos el uso de la palabra al profesor José Aguado López.

El profesor José Aguado López es abogado por la Universidad de Lima, cuenta con más de quince años de experiencia en el campo del derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho civil y en arbitrajes nacionales e internacionales.

Culminó sus estudios de maestría en regulación de servicios públicos, derecho y regulación en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asimismo, es autor de diversos trabajos de investigación en revistas especializadas. También ha sido profesor adjunto de diversos cursos de derecho procesal en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue socio del Estudio Simmons y Abogados, y, asimismo, asociado senior en el Estudio Payet Rey Cauvi Pérez Abogados, y en la actualidad, es el socio fundador del Estudio Aguado y Ruiz Abogados.

Sin más demora, le damos pase a nuestro amigo José Aguado.

José, estás en el uso de la palabra, amigo.

José Aguado López: Muchas gracias, Marco.

Antes que nada, agradecer a todos por su paciencia y agradecerles por la dedicación y las grandes explicaciones que han dado.

Me queda creo que poco por decir. Intentaré ser tan fino como han sido todos los profesores que me han antecedido, y espero poder trasladar algunas ideas respecto al tema que he escogido y que se pueda entender de la mejor manera, que es el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, en buena cuenta, la regulación del artículo 949 y el proyecto de modificación.

No puedo empezar sin agradecer a Marco, al Instituto de Derecho Privado por la invitación y por promover siempre estos enriquecedores eventos en los cuales tenemos el lujo de compartir con tantos y tan ilustres profesores.

A ver, dentro del término que se me ha concedido gentilmente, abordaré el tema ya comentado.

Para ello es preciso recordar de manera breve y concisa los sistemas tradicionales y contemporáneos de la transferencia de propiedad para poder, creo yo, centrarme en el tema material.

En cuanto a sistemas tradicionales de la propiedad, el primero es el sistema romano. Como saben, para este sistema, la transferencia de propiedad, era necesario el consentimiento y también la tradición, esto es, la entrega física del bien a efectos de debida publicidad.

El sistema francés, por su lado, meramente consensual. El derecho real nacía directamente del consentimiento de las partes que contrataban, de tal manera que, para la transmisión de la propiedad, sólo bastaba un consentimiento sin necesidad de la tradición.

La entrega que surge, luego del consentimiento, es el acto que no transfiere el dominio, sino sólo se pone al adquirente en actitud de servirse del bien.

Respecto a estos sistemas, el sistema alemán sostiene que para la transferencia de inmuebles, ése se realiza en dos fases, el negocio jurídico y el acto traslativo de dominio, debido a que sólo el consentimiento, decían, no era suficiente para la traslación de la propiedad.

Ahora bien, respecto a los sistemas contemporáneos, que van de la mano de los sistemas tradicionales, se ha podido identificar, en primer lugar, el sistema de unidad de contrato, que tiene al sistema transmisor de causa única. Súper puntual, establecer el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad y que no requiere que se haga pública la adquisición de la propiedad. Se puede llegar a firmar a través de este medio el contrato. Además de producir efectos obligatorios, puede producir efectos reales.

Éste lleva un subsistema, que es el sistema consensuado espiritualista. Quiere decir: basta el simple consentimiento de las partes para hacer propietario al comprador.

En un segundo lugar el sistema transmisor de doble causa, en el cual se considera que el contrato no es suficiente para generar la transferencia. Que es necesario publicitar a los terceros la adquisición del derecho de propiedad. Éste lleva a dos subsistemas: el sistema real o de tradición, reco-

nocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles, en el artículo 947; y el sistema registral constitutivo no convalidante. ¿Qué quiere decir? Que en este sistema el registro no es convalidante, ya que en caso haya un defecto de la validez del acto o del contrato o de la causa, el acto del registro también resultaría ineficaz, estructural o inválido. El término que deseen utilizar para este efecto. Este sistema es adoptado para inmuebles por la legislación brasilera.

El sistema de separación de contrato, finalmente, para terminar con esta breve introducción. Éste postula la separación de los contratos, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad.

Ahora bien, centrándonos en materia. Quizás el artículo más famoso del libro de derechos reales: el artículo 949, que establece y ha sido claramente explicado por los profesores que me han precedido, la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

A nuestro modo de ver, la parte final hace referencia al pacto en contrario, a los artículos 1583, referido a la compraventa con reserva de propiedad, y al 1585, la relación al pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta.

El sistema peruano de transferencia es claro que adopta, en el sistema francés o declarativo, tal como lo hemos descrito anteriormente, en el cual únicamente basta el consentimiento.

El antecedente de este sistema o, mejor dicho, de esta legislación regulada en el Código Civil de 1984, se ubica en el artículo 1162 del libro de obligaciones del Código de 1936, que señalaba que la obligación o la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hacía al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

Y esta norma, por lo demás, ya se encontraba vigente en dos artículos del Código de 1852, en el 574 y en el 1306, que regulaban el simple consentimiento para la transferencia de propiedad de bienes inmuebles.

Ya está dicho algo que todos lo saben, nuestro sistema abandona el sistema romano que requería el título y el modo, adoptando el sistema francés.

¿Qué dice ahora respecto a una posible modificación el proyecto de reforma del Código Civil; en anteproyecto de reforma del Código Civil respecto a este artículo famoso? Señala:

«Transferencias de propiedad de bien inmueble —me permito leerlo— El consentimiento libremente manifestado transfiere la propiedad de un bien inmueble determinado, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Diremos cuál es la diferencia, qué lo llevó al legislador a buscar tratar de dar mayor explicación a la ya establecida en la regulación vigente. ¿Qué dice la exposición de motivos?

Dice: «El artículo vigente hace referencia al término “obligación” que supuestamente sería la que produce la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Sin embargo, dicha obligación no contiene una prestación, no requiere una conducta del deudor para su cumplimiento. Y, además, no admite la posibilidad de incumplimiento, por lo que, desde el punto de vista técnico-jurídico no puede calificarse propiamente como una obligación.

Por ello, en lugar de la obligación, es el consentimiento de las partes el que produce la transferencia del derecho de propiedad. Y, a mi modo, la comisión establece y deja claramente sentada la posición del profesor Carlos Cárdenas, el cual no comparte esta modificación, considerando que, respecto a la clasificación de los bienes, que debe distinguir entre registrados y no registrados, por lo cual, la transferencia de propiedad de los

primeros, debe efectuarse con la inscripción en registro; y de los segundos, con la entrega.

Nosotros, en esta humilde opinión, queremos tomar prestadas las palabras del profesor Castillo Freyre respecto a la crítica que hace de esta posible modificación o reforma, cuando dice que es bizantino lo que se propone hacer con este artículo 949, con el afán de precisar que la propiedad se transfiere con el consentimiento y no con la sola obligación de enajenar.

Sobre esto nosotros consideramos que se está perdiendo la posibilidad de legislar o, mejor dicho, en este afán de legislar, algunos egos académicos y definiciones en exceso determinan que discusiones teóricas entre quienes sostienen que el contrato tiene efectos reales y otros que sostienen la obligación que tiene la capacidad de transferir la propiedad, se pierde la posibilidad de realmente arreglar un posible problema, si es que no existiera respecto a esta regulación.

Creo que el profesor Beltrán ha sido extremadamente claro sobre esta vinculación y yo me allano básicamente a lo que él ha dicho es ¿estamos o no preparados para esta modificación? Coincido con él, creería que no estamos preparados.

A ver, si bien la propuesta que pretende zanjar un tema que ha tenido diversos debates académicos, nosotros estimamos que esto, al final del día, no ha tenido mayor relevancia en las decisiones judiciales, donde los jueces claramente entienden dónde se aplica el 949, que legitima el solo consenso entre vendedor y acreedor.

Las casaciones que he podido revisar en este tema y a lo largo del tiempo, en verdad, son expresas al señalar que el artículo 949 del Código material dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario de él. Y esto lo sobrepone respecto a lo demás.

Por ahí nos atrevemos a sostener que la propuesta no tiene más que una función o intenta tener una función esclarecedora. Intenta corregir términos quizás empleados del vigente artículo, perdiéndose —como ya

dijo— la oportunidad de brindar una alternativa o solución para contrarrestar lo que el todo el mundo señala ya existe, la supuesta o la inseguridad jurídica que es propia —yo creo— de nuestra idiosincrasia en nuestro país.

Como en la propuesta hay una aplicación progresiva del sistema de registrabilidad constitutiva en las zonas urbanas donde es frecuente el empleo de los Registros Públicos, mientras en las zonas rurales se debe mantener el sistema consensual, basado en la tradición.

Todo esto considero nos lleva a un debate sin fin y seguimos yendo dentro del mismo círculo vicioso, teniendo en claro cuáles son las decisiones alternativas de los sistemas de transferencia de la propiedad inmueble, conociendo cuál es la nuestra.

Es evidente que uno de los más grandes problemas que se ha criticado, ha sido que el solo consentimiento para la transferencia de propiedad no brinda, en absoluto, supuesta seguridad jurídica, debido a que es muy difícil que sea conocido por todos. Y al tener esta falta de publicidad, no puede excluir esa propiedad a terceros.

De ahí que se reconoce en la comisión redactora del Código del 1936 que nuestro sistema constituye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no es un valor, es un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto.

Respecto a esto, voy a tocar el tema de dos autores en particular, que se han ocupado respecto a este artículo. El profesor Alfredo Bullard; él ha postulado la idea de que el sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, debido a la publicidad, según él se eliminaría los costos de incertidumbre que genera el sistema consensualista.

Para el profesor Bullard, la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible; todo, visto sin ninguna duda de una perspectiva económica. Es una posición con la que concordamos parcialmente, pero creo que la posición más real y más acorde es la del profesor Gastón Fernández Cruz, que reconoce la imposibilidad de extender el registro mo-

biliario a todos los confines del país, pese a que existe un gran avance en el tema registral, quedan zonas grises donde no se han realizado los catastros determinados, por lo que no es posible aceptar este sistema.

Lo cierto es que este sistema consensualista permite una máxima circulación de riqueza, reduce los costos de transacción, y si bien no brinda una seguridad jurídica para los adquirentes, es como funciona hoy y de la mejor manera —creo yo— en nuestro país.

Los supuestos que se nos vienen a la mente por problemas de consensualismo, van de la doble venta hasta el vendedor que persevera el contrato, pretende no anular el inmueble. Lo ejemplos pueden ser miles y consideramos que la solución a estos problemas generados, están en la propia aplicación sistemática de las normas que regula el Código Civil y, por qué no, en los propios plenos, que claramente se han detallado y se han tocado, que en el cual estos temas siempre están en debate y siempre existe una solución del legislador para el efecto.

En conclusión y con esto termino para no excederme, sé que estamos todos cansados, a mi modo de ver, el tema de la propiedad en base a la teoría consensual, nos puede traer problemas, muchos y varios, sin duda, pero, dentro de la idiosincrasia que vivimos y esperando que pronto se supere, muchas veces, ese afán de protagonismo de muchos legisladores, hay que legislar con responsabilidad, y hoy considero respetuosamente, que el artículo 949 es una norma hoy útil, y respecto del cual los tribunales no tienen mayores posiciones contradictorias y, si quiere verse desde una visión extrema, éste es un artículo o es una regulación que sería uno de los menores males dentro del libro de los derechos reales. Creo que hay otra regulación y otras controversias en qué ocuparnos y legislar con responsabilidad.

Eso es todo lo que tengo que decir por mi lado. Les agradezco la paciencia y la posibilidad de compartir esta exposición con ustedes.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Bueno, solamente me queda a ustedes agradecerles por la participación por la ayuda, y ha sido una gran jornada académica que empezó a las seis. Son las diez y cuarto y seguimos aquí.

Gracias a las personas que se encuentran conectadas a través de la plataforma Zoom y a través del Facebook Live, que son muchas personas aún.

Y nada, damos por cerrada esta primera jornada del Congreso Nacional de Derecho Civil, agradeciendo al profesor Jorge Beltrán, al profesor Juan Enrique Sologuren, al profesor José Aguado López, y también al profesor Mario Solís, que por un tema académico tuvo que dejarnos.

Nada más eso, muchísimas gracias y hasta una próxima oportunidad.

MESA N.º 4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ

Eric Ayllón Ramírez (moderador)

Carlos Agurto Gonzales

Fiorella Vásquez Rebaza

Carlos Valdivia Rodríguez

Eric Ayllón Ramírez: Buenas noches a todas las personas conectadas.

Mi nombre es Eric Ayllón y soy cocoordinador del área de derecho civil del Instituto de Derecho Privado.

Continuando con este Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje, el día de hoy habrá dos mesas que tocarán temas trascendentales y que será de valioso aporte para la comunidad jurídica.

Comenzaremos con la primera mesa, la cual abordará como tema la responsabilidad civil en el Perú.

Antes de dar inicio al evento, resulta de importancia explicar la metodología de cada uno de los participantes, la cual es una primera intervención no mayor a quince minutos.

Entonces, dando inicio a las ponencias de esta mesa, procedamos a dar el uso de la palabra al profesor Carlos Antonio Agurto Gonzales, quien es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor de la facultad de derecho y ciencias políticas de la misma casa de estudios, así como profesor de la maestría en derecho civil y comercial de la Universidad de Huánuco.

Ha sido cosecretario técnico del grupo de trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil peruano, magíster por la Universidad de Bolonia y doctorando en derecho en la Universidad de Turín, Italia.

Le damos el uso de la palabra, doctor Agurto.

Carlos Agurto Gonzales: Muy buenas noches a todos ustedes. Quiero agradecer particularmente al instituto por esta invitación, a mi querido amigo el doctor Marco Silva, el poder permitirme dirigirme a ustedes en esta tarde, en esta noche.

Asimismo, participar en un evento con tan distinguidos colegas y profesores universitarios.

Yo quería, más que una exposición, hacer algunas reflexiones respecto al tema que nos convoca en esta primera mesa, que es la responsabilidad civil, y a raíz de, pues, de todas las situaciones que ha conllevado esta crisis mundial de la pandemia. Y la cual nos ha hecho ver la fragilidad de la existencia humana.

Yo les hablo desde Italia, y desde acá, pues, estamos en una segunda ola que, probablemente, llegue, lamentablemente, a nuestro país dentro de poco.

Y esto nos ha llevado a reflexionar a nivel general de la existencialidad, el orden de hecho, el fin del derecho, la llamada responsabilidad civil porque, evidentemente, quizás no sería prudente llamarla responsabilidad civil, sino derecho de daños para poner el acento a las tipologías de afectación a la persona, al sujeto de derecho en su conjunto.

Entonces, a raíz de esta circunstancia, uno se pregunta, si verdaderamente el derecho está cumpliendo su rol, si es derecho civil, en particular, pero, en realidad, el derecho en su conjunto está realizando su labor.

Hace poco hemos estado en una crisis política muy fuerte en el Perú. Todavía la estamos manejando un poco. De eso todavía no hemos salido

del todo, pero ha sido un rechazo no solamente a la coyuntura política, sino también a la forma en que estamos estableciendo o lo que está establecido; el conjunto de cosas, y también en esto está el derecho. Y el derecho está respondiendo a una necesidad de las personas; el derecho civil, en particular, está respondiendo o está anquilosado en categorías que, en verdad, ya no responden a nuestro tiempo.

¿Y cuál es el rol de los juristas? ¿Cuál es el rol de los profesores? ¿Cuál es el rol de los doctrinarios, de los formantes, como gusta decir a la comparación jurídica? Y quizás la respuesta sea no. ¿Por qué? Porque las categorías que siempre se han utilizado o en los últimos doscientos años se han utilizado, ya no responden a la forma en que debe tutelarse a la persona.

Y el daño moral, así como se venía sosteniendo del antiguo cuño, ya no cumple su función. Ya no se puede considerar a la altura de este siglo XXI, que el daño moral sea una categoría general dentro de las voces del daño, y por eso que hizo bien la última comisión de reforma del Código Civil, de la cual tuve el inmenso honor de ser uno de los que fue secretario de dicha comisión, de fortalecer la categoría de daño a la persona, tanto en sede extracontractual, que ya se encontraba, como es en la llamada sede contractual.

Y, además, porque reflexionando más estas categorías, se tienen que ver nuevamente; revivir, darle un nuevo sentido, un nuevo espíritu, una nueva luz.

Ya no podemos establecer, ya no podemos ver al derecho como siempre lo hemos visto. Esta pandemia, esta crisis, esta crisis del derecho, para decirlo en palabras del maestro, mi maestro Fernández Sessarego, o también ya lo decía Rodotá, en su momento, esta crisis del derecho debe empujar a los juristas o a los estudiosos del derecho a ver si exactamente lo que están realizando es correcto o no, o es un derecho para las naciones, para nuestro país, para Sudamérica o es un derecho solamente para Europa. Es un derecho desde lo alto a lo bajo.

Entonces, creo que, a partir de eso, es necesario repensar también la responsabilidad civil. Y lo bueno de ello es que nos hace ver que ciertas labores a nivel jurisprudencial nos dan atisbos de que se está partiendo hacia una visión más amplia, moderna y tutelar de la persona.

Hemos visto algunas sentencias muy notables a nivel de la Corte Suprema, pero no solamente la Corte Suprema, que han empezado ya a ver esta visión integral de protección a la persona. Una visión en la cual el ser humano es visto en sus múltiples formas de ser dañado en estas dos grandes categorías, que son el daño psicosomático o el daño a la libertad fenoménica: daño al proyecto de vida. Daño psicosomático, que también innova las diversas formas de dañar a la persona o lo que en la doctrina y la jurisprudencia comparada identificaron como daño biológico, daño a la salud, daño al bienestar, el daño moral, el antiguo daño moral que, evidentemente, ya no cumple su labor. Y la categoría del daño psíquico; esta categoría, en el mundo actual, pues, está, merece ser repensada, máxime en un mundo de pandemia, en un mundo post pandemia, en que, a través de la pandemia, la cual ha afectado enormemente a grandes masas, a grandes sectores de la población; lo hacemos las personas que están encerradas; lo hacemos cómo ha afectado el psiquismo de las personas, los seres humanos de las comunidades.

Es un tema del cual merece una reflexión profunda de los juristas. Y en unas recientes sentencias peruanas veíamos cómo esta concepción amplia de la tutela de la persona ya viene siendo sumillada. Por ejemplo, en una reciente, que tuve la oportunidad de estudiar; una de casación laboral, no sé bien una laboral, pero de la Corte Suprema, se esgrimía estas dos grandes categorías del daño psíquico y del daño a la libertad fenoménica reconociendo, entre otros, a la voz del daño del proyecto de vida, que viene siendo tutelada a nivel, tanto de la Corte Interamericana desde el año 1998, como en diversas sentencias, incluso, del Tribunal Constitucional. Y también a nivel de tutela del derecho de las personas.

Este año, si recordarán los oyentes, hubo, dentro de las medidas de urgencia dadas por contención al corona virus, una que fue muy criticada en su momento, ya con tantos hechos que han pasado en este año, este año

terrible que ha sido el 2020, según la disposición sobre la salida de las personas en función a su sexo, pero desde una visión de un sexo estático, no dinámico porque, como ustedes recordarán, en la Constitución peruana, en el artículo 2, inciso 1, tenemos el derecho a la identidad como derecho fundamental, pero no tenemos hasta ahora una ley de género.

Qué sucede, pues, al salir las personas trans, por ejemplo, no se le reconocía en función al sexo de vida y sentido, sino a lo que decía un documento, identidad que era, básicamente, de un elemento de identificación; es decir, de identidad estática. Y esto fue, pues, criticado en su momento. Y esto conlleva una reflexión sobre los derechos de las personas.

Una sentencia muy reciente porque, más o menos, tiene dos años del Segundo Juzgado de Paucarpata de Arequipa y el juez tutelaba un tema de una persona trans, reconociéndole su identidad, reconociéndole que se le había afectado y vulnerado al nivel de la comunidad y el ordenamiento jurídico. No se le había prestado una tutela a esta persona.

Y es interesante cómo el juez de Paucarpata de Arequipa, en el año 2018 dice lo siguiente. Voy a leer los párrafos que me parecen muy valiosos respecto al tema de la protección de la persona y del proyecto de vida en particular.

Dice el juez de Paucarpata: «La vida a través de sus actos y conductas se constituye en la manifestación de la libertad, está en un constante proyectar, presentar y actuante en la realidad del mundo, la persona en tanto libre decide sobre la vida, construye su propio destino y realiza su proyecto de vida».

Y, además, dice: «El amparo de los derechos fundamentales a la identidad de la persona y el sexo, totalmente dinámica en ambos casos, en concordancia con el derecho fundamental a la libertad, desarrollo y bienestar de la persona, protegiendo el proyecto de vida, en este caso, una persona transexual, es pertinente tener la protección adecuada».

Entonces, vemos esta relación que no se había estudiado entre identidad personal, identidad de género y proyecto de vida.

Sí es cierto que el maestro Fernández Sessarego fue el primero en Perú en tener atención a los derechos de las personas trans, pero esta relación que el proyecto de vida de la identidad de género, de la identidad sexual o entidad en su sentido más amplio, entendiendo sexo, ya lo decía Harry Benjamín, en los años sesenta. Harry Benjamín fue este gran médico que estudió el fenómeno transexual. Ya lo decía Benjamín que no existen dos sexos; existe una pluralidad de sexos.

Entonces, en este sentido, tutelar el derecho a la identidad, implicaría también tutelar un aspecto del proyecto de vida o el proyecto de vida de las personas o parte del proyecto de vida de los sujetos de derecho.

Entonces, nos trae una nueva visión; una tutela más amplia de la persona, de sus derechos. Un derecho que no debe ser positivista; debemos dejar la visión normativista del derecho; pasar a una visión tridimensional, como de hecho está ocurriendo en varios países sudamericanos.

En primera portada está Brasil. Evidentemente, por la figura que fue el gran jurista Miguel Reale, y también a una visión personalista del derecho.

Ya sabemos bien —y con esto estoy por concluir para dejar pase a mis colegas que, evidentemente, van a ilustrarnos con mucho detalle las otras formaciones actuales de responsabilidad civil—, pero ya sabemos bien que el derecho civil se ha construido a partir de una idea patrimonialista. Y esto nos lo dijo muy bien Fernández Sessarego, pero no solamente él, sino los grandes estudiosos de la actividad general del derecho.

Por ejemplo, en un reciente libro publicado en Italia, Guido Alpa ha puesto la tesis en eso. El derecho civil es recogido a partir de una idea bien patrimonialista. Utilicemos teorías y expresiones como daño moral de hace doscientos años o como llamaban persona moral a la persona jurídica, y es una cosa bien interesante, porque el reciente el Código Civil chino, en una edición que acaba de salir el año pasado o este año, perdón, este año en Italia,

denominan a la persona jurídica como una organización. Y, entonces, esto rompe la tradición de nuestro derecho, que consideraba a la persona jurídica como una entelequia, como una ideación, siguiendo todavía la actividad de la ficción de Savigni, cuando, en realidad, cuando ya implica organización, implica a seres humanos.

Entonces, nuevamente, ahí habría que girar la vista 180° respecto a la forma en que nosotros estamos acostumbrados a ver el derecho. Una nueva conciencia jurídica decía Monateri para, en relación a la necesidad de ver nuevamente con nuevos ojos lo que sucede en el derecho.

Sí, ya termino.

Entonces, éstas son las pocas reflexiones que yo quería llevar a ustedes hoy y ver que, evidentemente, el mundo de la pandemia, post pandemia, nos debe llevar a reflexionar, evidentemente, hacia qué tipo de derecho estamos haciendo. Particularmente, creo que no lo hemos conseguido. Esto nos exige repensar todo y volver la vista hacia aquello, lo fundamental, y esto lo fundamental, básicamente, como decía la Constitución del 1979, la tutela de la persona.

El rechazo de las formas políticas, no solamente es un rechazo a las formas políticas, sino a la forma de hacer el estado de cosas que se ha planteado. Y en eso también hay un rechazo del derecho y hay un rechazo de los juristas en la forma tradicional que lo ha construido como un derecho alejado de las poblaciones; en un derecho alejado de las grandes necesidades públicas, y en las cuales, por ejemplo, todavía siguen como personajes que nos llaman a una preocupación, la tutela y la protección entre los más débiles como las comunidades campesinas, personas trans, personas con discapacidad, así que el rol del privatista en este siglo xxi, del privatista peruano es, fundamentalmente, tener una apertura más abierta.

Los conceptos sirven en función a las personas, no al revés. Los conceptos, la dogmática, si existe dogmática también, tienen que estar en función a las personas de las comunidades, así que, si no se cumple esta labor, evidentemente, para qué estamos aquí.

Así que termino con una frase, no mía, sino de una profesora italiana, a quien respeto mucho, Patricia Celis, que decía lo siguiente: «Los juristas, el abogado, el operador del derecho antes llamado a afrontar al ser humano en expediente, en Código, en papeles que, evidentemente, papeles no reflejan la vida, está convocado actualmente a preguntarse, en primer lugar, qué es el hombre».

Agradezco nuevamente al instituto por esta invitación, a mi querido amigo el doctor Marco Silva por la oportunidad de dirigir estas palabras. Creo que muy pobres, evidentemente, pero que, en cierta medida, reflejan una reflexión, ya sea la preocupación de cambiar la forma en que hemos estado viendo el derecho, y, especialmente, el derecho civil, el derecho privado en general y la responsabilidad civil, en particular, a nivel del ordenamiento jurídico peruano.

Nuevamente, muchísimas gracias a todos ustedes.

Muy buenas noches.

Eric Ayllón Ramírez: Agradeciendo la participación del doctor Agurto, quien muy amablemente, a pesar de la diferencia horaria, ha tenido el gesto de acompañarnos. Muchas gracias, doctor Agurto por su intervención.

Pasamos ahora con la doctora Fiorella Vásquez Rebaza. La doctora Vásquez es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y es profesora de derecho civil en la misma casa de estudios. Es jueza especializada en lo civil de la Corte Superior de Justicia del Callao y magíster en gestión y desarrollo inmobiliario por la Escuela de Postgrado de ESAN.

La escuchamos, doctora Vásquez.

Fiorella Vásquez Rebaza: ¿Qué tal? ¿Cómo están? Buenas noches. En primer lugar, agradecer al instituto por la invitación y, especialmente, a Marco y saludar a los copanelistas.

Bien, como se me ha pedido evaluar alguna jurisprudencia en responsabilidad civil, he tenido a bien escoger un caso que se ve en la práctica judicial, bueno, lo veo tanto en el Callao como lo he visto en Lima, que es la mala *praxis*.

Entonces, me he permitido preparar alguna presentación respecto a este tipo de responsabilidad, que se encuentra dentro del capítulo de prestación de servicios de los contratos típicos, y un poco desarrollar los conceptos a través de la evaluación del presente caso, en el tiempo que me han asignado de quince minutos.

Entonces, empiezamos.

Bueno, en primer lugar, como bien escribía el doctor De Trazegnies, la actividad profesional, y estamos refiriéndonos a ello porque vamos a ver el régimen de la actividad profesional; la responsabilidad profesional que —les repito— que es bastante usual analizarse dentro de la casuística judicial, en específico, cuando se trata de servicios médicos: «La actividad profesional es aquella que requiere de particulares conocimientos o habilidades y cuya conformidad puede ser controlada según las normas técnicas inherentes de una cierta regulación». Eso es lo que decía Cataneo.

El artículo 1762, que regula este régimen de responsabilidad específica, refiere que, digamos, se aleja el régimen de responsabilidad civil general y le otorga, digamos, una salvaguarda a estos profesionales que implican que han seguido, por ejemplo, unos estudios universitarios que crean conocimientos o aquellos técnicos que realizan una labor de especial dificultad, a efectos de que no respondan por su alcance por culpa leve.

Efectivamente, el artículo 1762 de nuestro Código Civil implica que los asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador no responde por los daños y perjuicios, sino en el caso de dolo o culpa inexcusable.

Entonces, tenemos, en primer lugar, que existe un componente técnico, evidentemente, estamos hablando de un profesional o una actividad técnica

de especial dificultad, una prevalencia intelectual, en el caso del profesional que en tanto crea un conocimiento, evidentemente, también están agremiados la gran mayoría de profesionales, tenemos a los abogados, los médicos, los ingenieros, entre otros, y hay una distribución de los riesgos.

Como se ha indicado, este régimen de responsabilidad es así, en tanto se busca, pues, incentivar, estas actividades que, finalmente, se dan en beneficio de la sociedad, que no respondan, se exoneren de responder sobre la culpa leve. Si no, no habría, pues, algún incentivo necesario para estas actividades.

Entonces, si nosotros disgregamos el alcance de la norma que se regula en el artículo 1762, podemos tener una hipótesis y una consecuencia. Entonces, hay dos hipótesis: si el contrato de prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales y, por ende, el prestador incumple el contrato con culpa leve, entonces, se encuentra exonerado de responsabilidad el prestador; y la hipótesis dos es si el contrato de prestación de servicios implica la resolución de problemas técnicos de especial dificultad y el prestador incumple el contrato con culpa leve, también se encuentra exonerado de responsabilidad.

Tal cual, hay dos supuestos de hecho y la consecuencia jurídica es la exoneración por la culpa leve.

Bueno, en el régimen, como sabemos, de responsabilidad general, no aplica esta, digamos, exoneración para la responsabilidad por culpa leve. Incluso, hay una presunción que regula el artículo 1320, y, bueno, también el 1319 habla sobre la culpa inexcusable y el 1318 sobre el dolo en cuanto a la relación de las culpas.

También hay que tener en cuenta que el artículo 1328 establece también que es nula toda esta estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quienes éste se valga. Entonces, se puede excluir también el mismo contrato por responsabilidad por culpa leve.

Entonces, analizando ello en un caso que, por ejemplo, he podido examinar en la práctica judicial, les cuento el caso. El día 19 de diciembre de 2009, el señor Núñez se dirigió al Instituto Nacional de Oftalmología (INO) y fue atendido por el doctor Ricardo Velasco Quiroga, director general del instituto.

En todo momento tuvo conocimiento del estado de salud del señor Núñez, dado que fue tratado por tres años en el INO y la historia clínica era conocida por él.

Se le indicó que había asistido a la oficina privada de Oftalmosalud; o sea, a otra entidad médica, sede en la ciudad de Bagua, siendo atendido por el doctor Luis Derecho, quien le recomendó que se le implantaran células límbicas alrededor de la córnea del ojo izquierdo. Es decir, acudió primero al INO, a efectos de que le hagan un diagnóstico respecto a su tema visual; a su daño visual, y, pues, se le contó que ya había ido previamente a otra clínica en donde le habían diagnosticado, habían recomendado que, simplemente, se implantara estas células límbicas alrededor de la córnea, y se le recomendó, a su vez, que no se practicara la cirugía de *pseudo pterigión*, por el alto riesgo que conlleva una operación de esta naturaleza. Y esto se lo hizo saber al médico que también fue amigo de este demandante, a efectos de que supiera, pues, el diagnóstico que tenía previamente antes de asistir a este instituto.

Sin embargo, el 22 de diciembre de 2009, el doctor Ricardo, a pesar de haber tenido conocimiento del diagnóstico brindado por el doctor Luis Derecho, realizó la cirugía de *pterigion* en el ojo izquierdo. Asimismo, esta operación no fue la que se había pactado, pues se había coordinado que únicamente se practicaría el implante de células límbicas en el ojo izquierdo. Es decir, que se pactó en el alcance claramente, al menos, al momento... antes de hacer la operación, que iba a ser, en realidad, y de hecho se ha firmado así en la historia clínica, que la intervención iba a ser, pues, simplemente, el implante de las células límbicas.

Sin embargo, lo ejecutado era la cirugía de *pterigion*. El caso es que el señor, en este caso, Núñez, ha perdido a través de esta cirugía una agudeza visual de un 20%, luego de la operación.

No obstante, se sabe que luego de la intervención quirúrgica, no acudió al postoperatorio al INO, donde se operó, sino lo hizo con el doctor Derecho, o sea, con el primero que diagnosticó en Bagua. Y ahora ha recuperado el 10% de la agudeza visual.

Evidentemente, lo que se hace acá es pretender una indemnización, una reparación por los daños y perjuicios que le ha causado a este señor por la disminución, no pérdida, pero sí disminución de la agudeza visual.

Entonces, bueno, un poco para resumir el proceso, siempre se ha tenido problemas dentro de la práctica judicial, al momento de hacer una pericia. Porque para determinar si hubo o no negligencia médica, es decir, si ha ocurrido, como digo, el que tiene que probar acá es la culpa grave o dolo, pues, se tiene que probar que, por ejemplo, no ha cumplido con seguir de manera estricta los protocolos que se exigen para esa operación.

Por ejemplo, los exámenes previos, los exámenes posteriores al momento; también el consentimiento informado. Son una serie de protocolos que se exigen antes de operarse. Entonces, eso se puede ir verificando a través, justamente, de los protocolos de atención que deben de tener en la clínica.

El caso es que, para hacer todo este diagnóstico de si se ha seguido o no el proceso, se necesita de un especialista, de un técnico que tenga, pues, el *expertise* y que pueda explicar si se ha seguido o no ese procedimiento.

Entonces, pasa mucho en estos casos, que los médicos, cuando se pide, pues, hacer una pericia, y se le oficia al Colegio Médico para que nombre, normalmente, no aceptan el cargo, porque entre ellos tratan de cuidarse. Es la verdad, son un gremio, son profesionales.

Entonces, pasa que, a veces, pues, ahí se dilata el proceso porque no aceptan, se vuelve a nombrar, se vuelve a nombrar; estamos en esta jugada y, pues, es muy difícil tener, digamos, una pericia respecto a un asunto médico.

Y esto es importante, pues, que el juez no es el especialista, él tiene que entender ese tratamiento, justamente, con el informe pericial, con las preguntas que se vayan a hacer en la audiencia.

Entonces, es importante esta etapa. De no tenerse, pues, ahí se dilata el proceso. Sería interesante, en todo caso, que la parte, obviamente, que es parcializada, presente una pericia de parte, un informe o una auditoría médica también, es importante tener ello antes de acudir a este proceso e, incluso, también algunos inician un proceso penal paralelo.

Y ahí hay una investigación previa también que se hace y que sirve también en procesos.

Entonces, son esas todas las pruebas que, finalmente, coadyuvan a determinar si en ese caso ocurrió o no un supuesto de culpa grave o dolo, que es lo que se tiene que probar, porque se exonera para la culpa leve.

Bien, entonces, en este caso, evidentemente, se cambió el alcance de, digamos, de la prestación, de la locación de servicios, que era la operación *pterigion*. Pero también hay que tener en cuenta, para la graduación de la reparación, que acá el señor Núñez no acudió a los postoperatorios.

Entonces, eso también es una conducta negligente de su parte, en tanto, evidentemente, para la recuperación o para tener una operación exitosa, en especial, para la vista, es necesario acudir al postoperatorio. Eso es lo que siempre indican los médicos, con la operación no se acaba todo.

Entonces, eso es un criterio que se va a tener en cuenta también para el tema de la graduación, en este caso, de la reparación.

Evidentemente, se analiza en las sentencias de cumplimiento todos los requisitos de la responsabilidad civil, pero en consonancia, pues, con este especial artículo, con este régimen de responsabilidad para el caso de los prestadores de servicio.

No puedo ir más allá porque el tiempo me ganó.

Les agradezco por su atención. Muchas gracias al instituto y muchas gracias a Marco.

Eric Ayllón Ramírez: Muchas gracias, doctora Vásquez. Esperamos tenerla en otra oportunidad.

Agradeciendo la participación de la doctora Vásquez y terminando ya con la presente mesa, le toca el turno al doctor Carlos Valdivia Rodríguez, quien es abogado y maestro en derecho constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con maestría en derecho procesal en la Universidad Nacional del Rosario, Argentina y maestría en derecho civil y comercial y doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Conferencista a nivel nacional e internacional, autor de diversos artículos en revistas especializadas, profesor de postgrado en derecho civil y procesal civil, y además es juez especializado en lo civil de carrera de Ayacucho.

Le damos el uso de la palabra, doctor Valdivia.

Carlos Valdivia Rodríguez: Muchas gracias, muchas gracias por la gentil invitación.

Quiero expresar mi saludo a los colegas presentes también en esta sala virtual, y por cuestión de tiempo me limitaré a referir el tema que quiero compartir con ustedes el día de hoy, de manera breve.

Muy bien, un problema que se da, por lo general, en la judicatura es el relativo a lo que es el daño moral. Daño moral lo vamos a encontrar identificado en cualquier tipo de pretensión de naturaleza contractual o extracontractual. Y es un factor común. No vamos a encontrar ninguna

pretensión relativa a responsabilidad civil que no contenga una petición de daño moral.

Pero la pregunta que me formulo con ustedes y que estas reflexiones que estamos haciendo en este importante evento académico conlleva, ¿existe predictibilidad en sede judicial en cuanto al establecimiento del daño moral? Evidentemente que la respuesta es que no.

Pero ¿qué entendemos por daño moral? Daño moral lo entendemos como aquel menoscabo a los sentimientos de las personas, ya sea causándoles dolor, angustia, aflicción física o espiritual.

Y nos vamos un poco al concepto desarrollado por los autores argentinos, tales como desde la óptica de Isabela de González o desde la óptica del profesor argentino también que aborda este tema, el profesor Pizarro, se considera como aquellos estados de espíritu; se refiere a aquellos estados de espíritu. Que son aquellas consecuencias descritas, las cuales, en cada caso, en cada situación, generan algún tipo de modificación que es valiosa. Que en todos los casos no va a tener la misma connotación, no va a tener el mismo contexto, pero que, sin embargo, es el padecimiento, es el modo diferente de estar, aquél en que se encontraba la persona antes del evento dañoso, va a generar un aspecto anímicamente perjudicial que es difícil describirlo. Podremos hablar, de repente, de una madre cómo queda después de la muerte violenta de su hijo producto de un accidente de tránsito; o una persona que ha sido públicamente calumniada a través de los medios de prensa, atacada en su vida privada, que van a generar reacciones distintas.

Y así podemos identificar que el daño moral apunta hacia aspectos relativos a la depresión, ansiedad, fobias, estrés, angustia, decaimiento general y produce una modificación lesiva.

Y esa modificación lesiva que produce el daño moral, principalmente, no tiene un correlato en cuanto a lo que es asignado en sede judicial. ¿Por qué? Porque no se ha hecho ese esfuerzo, por parte de la Corte Suprema, de querer dar parámetros determinados para ello.

Hay posiciones también discordantes en cuanto al daño moral, que se dice que genera una ampliación completa a otros aspectos, que va hasta aspectos relativos a incomodidades, a desplaceres, como señala en un comentario de su libro *El escándalo del daño moral* por el profesor Díez-Picazo.

En este contexto es que el daño moral, principalmente, se encuentra dirigido a que aquellas personas que lo padecen, puedan reclamarlo. Pero, sin embargo, no podemos pretender reclamar el daño moral de otra persona como propio, porque para eso existe lo que se denomina la personalidad del daño.

¿Qué conlleva esta personalidad del daño? Conlleva a que la persona que padezca el daño, sea quien directamente lo reclame.

Porque, para esto, a estas personas, a las cuales se les puede producir un daño producto de un evento que se ha producido a su pariente, existe lo que se llama el daño reflejo, que ellos lo pueden reclamar de manera directa.

Y es en ese contexto que se genera una situación. Y es la dificultad de la probanza del daño moral. ¿Y qué genera la dificultad de la probanza del daño moral? Que, simplemente, no podamos demostrarlo en la real magnitud de este daño, porque el daño que se me ha producido a mí puede ser diferente al que se pueda producir a cualquiera de ustedes. Y es en ese contexto, en el cual este daño moral, pese a esas dificultades probatorias, tiene que ser indemnizado, tiene que ser reparado por parte del juzgador.

Pero ¿qué genera esto? Genera que se den situaciones en las cuales hay disparidad en cuanto a los montos que se puedan asignar en cuanto al daño moral.

Bueno, si hablamos últimamente de diversos acontecimientos que se han dado en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema. Puedo hacer referencia al caso Brunito, en el cual se dio una reparación a modo de daño moral por la muerte del pariente de este menor con autismo, ascendente a 800,000 soles, pero, sin embargo, frente a otras situaciones en las cuales

han generado otro tipo de consecuencias, se han asignado montos dispares, montos diversos, pero sin especificarse o indicarse las razones por las cuales se ha asignado en sede judicial este monto.

Y es en este contexto que no se dan o no existen reglas básicas, puntos de referencia que permitan brindar la certeza o referencia para tomar en cuenta frente a posibilidades e indagaciones de cómo se puede reparar este tipo de daño.

Y es así que este aspecto relativo a la diversidad de criterios para la valoración y la cuantificación del daño moral, va a generar siempre este tipo de dificultades y este tipo de problemas, porque, principalmente, estamos hablando de lesiones sufridas por una persona. Lesiones, las cuales conlleven evaluar el impacto que ha tenido ese daño, evaluar el aspecto en el cual o las circunstancias en las cuales se ha podido generar este daño.

Y me serviré, en estos minutos que me quedan, para hablar de los criterios que se han empleado, principalmente, en la doctrina argentina para poder aplicar criterios predictibles para cuantificar el daño moral.

Y es en este contexto que tenemos que evaluar las circunstancias en nuestro acto, para que no quede al libre albedrío o a la discrecionalidad del juzgador, la asignación de un monto por el tema relativo al daño moral.

Puedo hablar de la posición del profesor Mosset Iturraspe, el cual habla de que no debería indemnizarse con indemnizaciones simbólicas, tampoco indemnizaciones que tengan un piso o un techo; no darse un porcentaje como compensación para cada uno de los daños; no a cualquier tipo de determinación sobre la base de la mera prudencia; diferenciar el tipo de daño; dar atención a las particularidades del caso de la víctima o del victimario; el procurar la armonización de las reparaciones en casos semejantes. También en la Argentina se busca compensar los placeres que, en este caso, los placeres compensatorios, a través de la asignación de un monto determinado.

Y, en ese contexto, las sumas que puedan pagar o asignárseles en este contexto económico, tienen que ir a la par del contexto económico del país y el estándar de vida que se tiene en ese país.

Y propone también un catálogo de daños relativos a este aspecto de daños morales, como, por ejemplo, los que se generan como disvaliosas, de los estados de ánimo, angustia, tristeza y similares; las originadas en una disminución de la salud, de la integridad psicofísica por la pérdida de un órgano, de un sentido o de un miembro, entre otras, por la tragedia ocurrida, de repente, por la muerte de un familiar, un cónyuge, un padre o un hijo; las nacidas del avance de la intimidad o la reserva, también se refiere por la pérdida de la armonía, la evidencia en el rostro o de las partes del cuerpo que se muestra, por la frustración de proyectos de vida, por la limitación de la vida en relación, por el ataque a la identidad personal, el bagaje cultural propio, entre otras diversas posibilidades que puedan darse.

En caso también en relación a esto, acota en relación a este daño, que debe considerarse un aspecto que es relevante, que es que la junta hacia la tarifación judicial de este daño.

Para efectos de predictibilidad, para efectos de criterios comunes, tomando en cuenta la jurisprudencia que se ha emitido el año anterior para establecerse una suerte de estándar y una suerte de tarifación que puedan tomar en este caso los juzgadores.

Pero, yo me voy a quedar con un aspecto relativo para ir cerrando este tema, que me ha tocado abordar el día de hoy, que es en este aspecto de la tarifación del daño moral.

Se podría tarifar *a priori* que es en este aspecto de la tarifación del daño moral. ¿Se podría tarifar *a priori*? Yo considero que no necesariamente. Hay que considerar caso por caso, pero hay que tomar aspectos comunes, y para esto me voy a remitir a lo que se ha ido haciendo en algunos casos como, por ejemplo, dentro de la Escuela de Córdoba en Argentina, los tribunales de Córdoba, los cuales han tomado criterios impulsados por Ghersi, que señala que se tendría que tomar, en ese caso, para la tarifación

del daño moral o para asignar un monto por daño moral, la edad de la persona, tomar la esperanza de vida de esa persona para asignar un monto determinado.

Por otro lado, que esto consiga alegrar y satisfacer el placer humano dañado, porque no vamos a pretender con el daño moral, devolver a una persona cuánto es el elemento dañoso, generar una mayor tranquilidad, generar algún tipo de satisfacción con la asignación de un monto dinerario determinado.

Y es en este contexto que el tribunal argentino de Córdoba plantea una suerte de fórmula a través de la doctrina de Marshal, la cual busca individualizar el daño, encontrando parámetros objetivos que considere de modo particular aquellos valores indemnizatorios para pagar en casos próximos o similares.

¿Y cuáles son los criterios que emplea ese tribunal? Tomar en cuenta la determinación del ingreso mensual de la víctima, el establecimiento de la ganancia anual que ha podido tener la víctima más una tasa de interés que se paga en ese gobierno, en ese año determinado, determinar el probable término de vida útil de esa persona, de acuerdo a la escala de lo que para nosotros es el INEI, establecer la reparación teórica que debe armonizar con los períodos calculados para crear una suerte de predictibilidad, principalmente, en cuanto al monto que se pueda asignar, dando una explicación a este justiciable de por qué se le está asignando este monto.

También hay aspectos que, principalmente, no han sido acogidos porque los montos que se han dado, que, principalmente, esto se emplea a través de otro tipo de solución de conflictos, como son, en ese caso, la mediación, han preferido acudir a la vía judicial.

Muy bien, finalmente, qué debo referir en relación a este punto. Si buscamos jurisprudencia que ha emitido la Corte Suprema en nuestro país, no vamos a encontrar, como dije inicialmente, un criterio uniforme, un criterio armónico en cuanto a cómo se ha venido asignando los daños morales.

Sin ir muy lejos, podemos revisar las diversas sentencias, y vamos a encontrar el mismo problema.

Yo puedo mencionarles, por ejemplo, una casación que es la 4040-2016-Lima, la cual asigna un monto por daño moral, pero ¿cuál es la principal dificultad que se encuentra en relación a ello? Desde que se acude para justificar el daño moral hacia la visión de una casación, que es la 449-95, imagínense, una casación del año 1995, para tomar el concepto de lo que es el daño moral, que señala que es un daño patrimonial, que es un daño impedido a la personalidad o en valores que pertenecen al más amplio ámbito de la afectividad, que, en realidad, implica algún tipo de dolor, algún tipo de pena, una cosa que entre otros aspectos que se consideran dentro de esta casación.

Pero, de modo alguno, hace una explicación porque incrementó, en este caso, el monto para la cuantificación del monto indemnizatorio por daño moral, que creo que es algo a lo que deberemos ir apuntando en cuanto a las judicaturas en la asignación de este daño.

¿Por qué? Porque, como lo referí, no existe en ese caso una explicación clara; no existe un criterio uniforme que la judicatura explique, de por qué asigna tal o cual motivo. Es una cosa común que se da que, dentro del daño moral se incluya otro tipo de daños, principalmente, se toman aspectos relativos al daño al proyecto de vida para cuantificarse el daño moral, el daño a la persona para cuantificarse el daño moral, o daño psicológico, entre otros múltiples aspectos, que calzan dentro de lo que es el daño moral.

Pero, no se hace la explicación porque se asigna un monto determinado. Y yo pienso que para eso, como ya se ha pronunciado en sede judicial, no es necesario el aprobar si se acepta el daño moral, pero sí es necesario que la Corte Suprema tenga razones de las explicaciones o incluso los mismos órganos jurisdiccionales de segunda y primera instancia, por qué asignan tal o cual o determinado monto, y para qué fines, lo que es un problema que seguirá subsistiendo hasta que no se haga el esfuerzo, como lo que les he comentado el día de hoy, que en otras latitudes se ha hecho

el esfuerzo siquiera de explicar parámetros normales dentro de parámetros comunes, por qué se asigna tal o cual monto por daño moral.

Es en ese contexto que debemos ir apuntando hacia generar una predictibilidad y dar parámetros o, en este caso, establecer reglamentos comunes para que la máxima instancia vaya sentando las pautas para que las instancias superiores puedan formar criterios comunes para cuantificar el daño moral.

Es algo que debemos cambiar y es algo que va a generar un mejor resarcimiento de daños y no en estos casos, o también la reflexión de la judicatura no generar la arbitrariedad judicial en cuanto a la asignación de un monto que se pueda dar por el tema relativo al daño moral.

Creo que con eso me ajusté un poco al tiempo, porque yo tengo colegas que están esperando.

Muchas gracias al amigo Marco Silva por la gentil invitación y un fuerte abrazo a todos los colegas que esperan en la sala para su ponencia.

Muy buenas noches. Muchas gracias.

Eric Ayllón Ramírez: Gracias, doctor Valdivia.

Comenzamos con la mesa n.º 2 y damos por finalizada la mesa de responsabilidad civil en el Perú.

MESA N.º 5 EL DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Eric Ayllón Ramírez (moderador)
Álex Plácido Vilcachahua
Miguel Ramos Miraval
Manuel Bermúdez Tapia
Beatriz Franciskovic Ingúnza
Marcos Castillo Chirinos

Eric Ayllón: Comenzamos con la mesa n.º 2. Ahora tenemos ya a los ponentes en conexión y que nos acompañarán en esta segunda mesa denominada «El derecho de familia a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República».

Iniciando esta mesa con grandes expositores, toca el turno de presentar al profesor Álex Plácido Vilcachahua. El doctor Plácido es abogado por la Universidad de Lima, profesor de derecho civil en la Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Academia de la Magistratura, así como autor de importantes obras jurídicas.

Por lo tanto y, sin más, quedamos con su intervención, estimado doctor.

Álex Plácido Vilcachahua: Muy buenas noches.

Eric Ayllón: Buenas noches, doctor. Queda en el uso de la palabra.

Álex Plácido Vilcachahua: Muy bien. En esta oportunidad, nosotros nos vamos a referir a diferentes criterios que observamos en la jurisprudencia a nivel del tema de la violencia y, en particular, con la Ley n.º 30364.

Yo he hecho una pequeña presentación en Prezi Video y lo he hecho en función de preguntas porque, definitivamente, esta ley nos trae diferentes cuestionamientos que merecen ser analizados con detenimiento, y encontramos pronunciamientos que no se ajustan realmente a la situación.

Comencemos, entonces, con la primera gran interrogante: ¿Todo conflicto familiar es violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar?

Éste es un tema fundamental porque, definitivamente, en la vida de familia como en cualquier relación interpersonal en que todos compartamos, siempre se van a presentar situaciones de conflicto, y hay que apreciar que el conflicto es una oportunidad de mejora. Por lo tanto, tenemos que observar que ésta es una cuestión propia de la vida social.

Bajo esa premisa, hay que quedar claros de que no todo conflicto familiar es violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Lo que se está observando es que todo tipo de conflicto ya está siendo calificado de hecho como tal; y, por lo tanto, se activa toda la previsión que está contenida en la Ley n.º 30364, sus modificatorias y reglamentos.

Se exige ahora de la judicatura la necesidad de hacer la distinción, y es que, como veremos en las preguntas que vienen, se establecen determinados contextos dentro de los cuales debe desarrollarse el tema de la violencia contra la mujer, y, a su vez, también el tema de la violencia contra los integrantes del grupo familiar.

Por lo tanto, ante la pregunta ¿cómo puedo distinguir un conflicto de un tema de violencia?, parte justamente de advertir si concurre o no en el caso el tema de ese contexto que la ley exige. De no concurrir, estamos ante un conflicto, y ante ello, lo que se observa en aquellos juzgados que sí hacen esta distinción, es que debemos dictar —y en eso comproto— medidas preventivas.

¿Cuál es la idea? Que este conflicto no se convierta en situaciones de violencia. Y, evidentemente, las medidas preventivas apuntan a ello.

Uno revisa la normatividad y no encuentra el tema de las medidas preventivas porque está pensado en temas de violencia, para los cuales se dictan medidas de protección. Cuál es el sustento del tema de las medidas preventivas. Efectivamente, el sustento lo encontramos en una obligación internacional que el Perú aceptó cuando ratificó la Convención Belém do Pará, y es que ésta dispone que todo Estado —y entre ellos, Perú— tiene que adoptar medidas preventivas, precisamente, para erradicar la violencia, y esto es lo que se propone como primer tema.

Una segunda pregunta, que ya viene del lado de lo que estamos mencionando, es si todo hecho de violencia entre parientes puede ser considerado un supuesto de violencia contra los integrantes del grupo familiar.

De acuerdo a la legislación anterior, la idea era una respuesta positiva. Bastaba la existencia del vínculo, parentesco, el vínculo familiar para que, si ocurrió la violencia entre ellos, calificarlo como violencia familiar. Sin embargo, bajo la Ley n.º 30364, el tema no resulta así. Se exige un contexto dentro del cual debe ocurrir el hecho de violencia. Y ese contexto es de un contexto de responsabilidad, confianza o poder. Esta situación determina claramente tener que apreciar la existencia del contexto, porque, de no existir, esta situación determina no aplicar la Ley n.º 30364.

Si ha habido alguna situación de conflicto, actuaremos preventivamente. Si el tema tiene que ver con situaciones propias de alimentos, tenencia, visitas para entender el conflicto, esa situación tendrá que resolverse en la vía ordinaria prevista en la legislación, pero no corresponde traerla a ésta. Y esto es lo que se está necesitando de apreciar en esta clara distinción. No se trata solamente de la concurrencia de situaciones de violencia física, psicológica, económica, patrimonial o sexual, sino que tiene que concurrir este elemento que, por cierto, lo marca el artículo sexto de nuestra ley.

Lo mismo sucede con esta otra gran pregunta: ¿Todo hecho de violencia contra las mujeres, puede ser considerado un supuesto de violencia de género? Y, es que cuando surgió la ley, ésta estableció que la violencia contra la mujer era, por su condición de tal y a renglón seguido, el artículo séptimo, en cuanto a los sujetos objeto de protección, el literal a) nos está

precisando claramente que éstos tienen que ver con la mujer en cualquier etapa de su vida.

Por lo tanto, se comenzó a interpretar que, entonces, la respuesta era en el sentido de que todo hecho de violencia contra una mujer es violencia de género.

Pues, la respuesta es no. El tema fue aclarado por el artículo cuarto, numeral 3 del Reglamento. Por cierto, fue a nivel de reglamento. Éste precisó que el concepto de violencia contra la mujer por su condición de tal, está referida, precisamente, a la violencia de género, que se produce como consecuencia de estas relaciones asimétricas en las que, entonces, se exige un contexto; un contexto de subordinación, dependencia y poder. Y, por lo tanto, los hechos deben producirse dentro de ello.

De concurrir este contexto, entonces, califica como violencia contra la mujer, de acuerdo a nuestra legislación. De no concurrir este contexto, no califica como tal. Y no es un tema que va a quedar liberado del sistema jurídico, no, para eso está el derecho penal ordinario. Por ahí veremos el asunto, pero todo el mecanismo previsto en nuestro ordenamiento, exige la concurrencia de este contexto para hablar correctamente de violencia contra la mujer por su condición de tal, que no es otra cosa que violencia basada en su género.

Un tema importante también es éste, porque el diseño original de la ley ha previsto la idea de que todo supuesto de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, era, precisamente, un delito bien calificara como falta o bien calificara como delito.

Esas etapas en el diseño original: la etapa tutelar de protección y la etapa de sanción, que es penal, determinaba una clara vinculación, de tal manera que dictaba una medida de protección por el juez de familia, si el fiscal, por temas que, principalmente, tenían que ver con la falta de tipicidad de esas conductas como delitos, lo que ordenaba, entonces, era el archivo definitivo, porque no cumplíamos un requisito de tipicidad.

Esto provocaba, entonces, que la medida de protección caiga y con esto se generaba desprotección.

El Decreto Legislativo n.º 1386 modificó claramente este diseño y ha establecido que estas dos etapas son autónomas, ya no están vinculadas, son independientes, y la medida de protección ya no depende de lo que ocurra en la etapa de sanción penal. La medida de protección va a subsistir en tanto subsista también el tema del riesgo, el tema de la violencia, y además se ha precisado claramente que las medidas de protección pueden modificarse, si es que se incrementa o se modifica las condiciones de riesgo.

Por tanto, la respuesta a esto que hoy ya no todo hecho de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, constituye un delito; un tema que tiene que ser sancionado penalmente. La cuestión tiene ahora autonomía en este proceso especial que se lleva a cabo en los juzgados de familia y la misma autonomía se presenta con la medida de protección, la cual puede ser modificada, si las condiciones de riesgo también se presentan.

Y una última gran pregunta, que tiene que ver con esto, es ésta que hoy se está discutiendo mucho: ¿Puede una mujer cometer violencia de género en contra de otra mujer? Y yo agregaría aquí, independientemente del género, ¿puede una persona, hombre o mujer, cometer violencia de género en contra de otra, hombre o mujer?

El tema hay que entenderlo bien, y es que esta normatividad lo que busca es erradicar la visión patriarcal que ha provocado justamente estas relaciones asimétricas. La idea hoy es implicar a toda persona, hombre o mujer, en la perspectiva de género, y esta implicancia supone, entonces, que las personas vayan asumiendo que esta nueva visión de la realidad en las relaciones de hombres y mujeres. Por lo tanto, para entendernos todos pares, y siendo así, en esta implicación no cabe duda de que cualquiera, independientemente de su género, puede ser víctima de violencia basada en el género; y, por lo tanto, lo mismo, también una mujer puede provocar esa consecuencia.

Por eso la respuesta a esto es positiva. Importante destacar, como hemos venido haciendo, en el tema de la normatividad, el fundamento de la respuesta lo encontramos en el artículo quinto de la ley, cuando hace la referencia de los diferentes tipos de violencia que puede sufrir una mujer. Ahí se precisa, en el literal b), que la violencia también puede ser cometida por cualquier persona, y, por lo tanto, también puede ser una mujer en contra de otra mujer basada en su género.

Por lo tanto, esta cuestión también exige atención por parte de la judicatura, porque la respuesta que observamos a todas las preguntas planteadas, no se ajusta realmente a nuestra normatividad.

Felizmente, comienza a verse una luz. Se hacen convocatorias a plenos distritales para analizar todas estas preguntas y creemos que ahora nuestra jurisprudencia tendrá una clara visión en el tema.

Con esto hemos concluido nuestra intervención. Agradezco a nuestro amigo Marco Silva Santisteban por esta invitación, y, por supuesto, un saludo a los colegas que nos acompañan en esta mesa, un abrazo virtual.

Les agradezco su tiempo y paciencia por haberme escuchado. Hasta otra oportunidad.

Eric Ayllón: Muchas gracias, doctor Plácido por esta importante disertación brindada por usted.

A continuación, no sé si está en línea el doctor Miguel Ramos Miraval.

Miguel Ramos Miraval: Sí, buenas noches. ¿Qué tal? Un gusto saludarlo.

Eric Ayllón: Qué tal, doctor. Voy a pasar a presentarlo.

El doctor Ramos Miraval es abogado, maestro en derecho civil y comercial, y doctor en derecho por la Universidad de San Martín de Porres, postgrado de especialización en responsabilidad civil en la Universidad Castilla La Mancha, España; responsable académico de la maestría en dere-

cho civil y en la maestría en derecho registral y notarial por la Universidad San Martín de Porres, así como docente en las maestrías en derecho civil de la Universidad San Martín de Porres y Unifé.

Doctor Ramos, tiene el uso de la palabra.

Miguel Ramos Miraval: Muy agradecido a usted. Agradeciendo también al doctor Silva Santisteban por la oportunidad que nos da para dirigirnos al público que se encuentra presente en esta aula virtual. Agradeciendo también al doctor Álex Plácido con quien tengo el gusto de ser su amigo. Siempre, doctor Plácido, es un honor tenerlo en un evento como el que ahora nos une y, sobre todo esa instrucción que nos permite a todos acceder con su participación. Al igual que saludo a la doctora Francisco, al doctor Marcos Castillo y al doctor Manuel Bermúdez.

Vean, el tema que hemos querido nosotros tocar el día de hoy, es el referido a la unión de hecho. OK, vamos a hacer algunas referencias legales; algunos criterios jurisprudenciales y culminaremos con la propuesta que se está lanzando en el anteproyecto de reforma del Código Civil y algunas que nosotros consideramos que deberían también considerarse.

Cuando hablamos de la unión de hecho, encontramos que en la Constitución, en el artículo quinto, se refiere, pues, a esta unión entre varón y mujer que no tienen impedimento matrimonial, y que tienen esta intención de llevar adelante una comunidad de vida, cumpliendo, como indica el Código Civil, deberes semejantes sobre el matrimonio.

Y es el Código Civil el que desarrolla, digamos, con mayor detalle la unión de hecho y nos permite diferenciar dos tipos de unión de hecho: la unión de hecho propia y la impropia, precisando, pues, que, en el caso de la unión de hecho propia, reitera, pues, nuevamente, que es la unión entre varón y mujer libre de impedimento matrimonial, van a cumplir dice, deberes semejantes a los del matrimonio; da origen no a una sociedad de gananciales, como muchas veces erróneamente se menciona, indica en este caso el Código, que lo que surge es una sociedad de bienes, a la cual le va a ser aplicable las normas de la sociedad de gananciales, y precisa, pues, un

plazo dentro del cual debería mantenerse este concubinato para alcanzar los efectos patrimoniales que reconoce la ley.

En el caso del concubinato impropio, lo que nos dice el Código es que, si es que este concubinato; esta convivencia entre esas dos personas no cumple con los requisitos que establece la ley, lo único que se le va a reconocer es la posibilidad de reclamar una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Pero, ¿serán éstas las únicas definiciones que encontramos en el Código respecto a la unión de hecho? Tendríamos que decir que no.

Encontramos una más en el inciso tercero del artículo 402, cuando refiriéndose a la posibilidad de declarar la filiación paterna extramatrimonial, nos dice que uno de los supuestos en los cuales se facilita esta declaración, es cuando ha habido concubinato.

Y, para este caso, la ley indica que debe entenderse como concubinato aquella unión entre varón y mujer que, sin estar casados, hacen vida de tales.

Y con eso encontramos una tercera referencia a la unión de hecho, que no es la que indica el 326, pero que en el caso que mencionamos, facilita la declaración de la filiación extramatrimonial.

A partir del reconocimiento constitucional que se efectúa a las uniones de hecho, ¿qué requisitos podemos advertir de ellas?

Uno, la cohabitación; tiene que haber esta comunidad de vida entre la pareja que pretende cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como indica el Código Civil.

En segundo lugar, habría que indicar como requisito que esta convivencia, a su vez, sea una convivencia que goce de autoridad; es decir, que no sea oculta; que no sea a escondidas; que todos podamos advertir cómo Juan y María se comportan como si fueran marido y mujer sin estar ca-

sados. Si no existiera la autoridad y si existiera, digamos, una convivencia oculta, no se cumpliría, entonces, no se cumpliría esta condición que establece la ley para que se reconozca a la unión de hecho.

Tercero, la singularidad. Este requisito lo que exige en la norma porque lo que exige la norma es que la convivencia se lleve a cabo entre varón y mujer. Pero, hoy en día, inclusive, digamos, un poco difícil, creo yo, el concebir a quién se debe llamar varón o a quién mujer. Ustedes dirán, bueno, pero ¿cómo va a ser difícil?

Bueno, es difícil, señores, porque el Tribunal Constitucional, en la sentencia n.º 6040 del año 2015, ha establecido que es posible que a un ser humano que haya nacido con el sexo que le ha atribuido la naturaleza, es decir, un sexo biológico, es posible que esta persona pueda ser reconocida con un sexo distinto, en razón al factor psicológico. Entonces, tendríamos que no necesariamente varón será aquella persona que tiene testículos; puede ser hoy en día varón aquella persona que, habiendo nacido con pene y testículos, posteriormente, reclama que se le reconozca la identidad que manifiesta, la identidad que expresa a través de su personalidad, y que se le reconozca como mujer.

Y, si es que se llegara a reconocer como mujer, como el Tribunal Constitucional ya ha determinado que es la justicia ordinaria quien va a tener que ver este tipo de casos de disforia de género, tendríamos que esta persona podría mantener un concubinato habiendo nacido como varón y siendo reconocido judicialmente como mujer, podría mantener una convivencia con otro varón.

Diríamos que se cumpliría aquí la heterosexualidad registral, pero biológicamente se trata de una unión de hecho entre dos personas del mismo sexo.

Dentro de las posibilidades que da el artículo 326, surge, de repente, la pregunta, independientemente de lo que hemos conversado, de lo indicado por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 6040 del año 2015,

proceso de amparo, si es que hay alguna posibilidad de que se reconozca efectos a la unión homosexual.

Yo creo que sí. Yo creo que sí, pero no bajo la figura del concubinato propio, del primer párrafo del 326, sino bajo la figura del concubinato impropio. Claro, alguien dirá: «Pero, cómo es que en la figura del concubinato impropio estaría la relación homosexual si es una característica la heterosexualidad en la unión de hecho». OK; pero, de acuerdo al 326, el actual penúltimo párrafo, indica que aquellas uniones que no cumplen con las condiciones anteriormente establecidas, y una de las condiciones que establece la norma, es justamente la heterosexualidad. Interpretando yo la norma, si es que no se cumple con esta condición de la heterosexualidad, nada impide, entonces, que uno de los convivientes pueda reclamar el pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Entonces, yo creo que la unión homosexual tiene la posibilidad, digamos, de ejercer alguna acción que reconoce la ley bajo la figura del concubinato impropio.

Discutible mi posición, posiblemente. Es una que sostengo a partir de la interpretación de la norma.

Ahora, este requisito de la singularidad que establece también el Código, permite preguntarnos, entonces, qué ocurre cuando hay una persona que mantiene una convivencia paralela. Mantiene dos convivencias. ¿Es posible reconocerle algún tipo de efecto?

Vean, la casación n.º 1925, del año 2012, de Arequipa, determinó que, si es que había una convivencia paralela, no es posible reconocer ningún efecto a ninguno de dichos concubinatos. ¿Son impropios?

Sin embargo, llama la atención el criterio que han tenido los jueces en el pleno jurisdiccional visitante de familia del año 2013, en el que, bajo esa misma pregunta, por mayoría, se determinó lo siguiente. Que el pleno por mayoría asumió la siguiente ponencia: «Tratándose de uniones de hecho simultáneas o paralelas con una persona de sexo opuesto, si bien en aquellos

casos se encuentra ausente el elemento de la singularidad, sin embargo, se debe reconocer la unión de hecho del accionante que actuó de buena fe».

Entonces, indican aquí los jueces, bueno, si hay una convivencia paralela, vamos a favorecer a aquel concubino que actuó de buena fe.

Pregunto yo: ¿y si los dos actuaron de buena fe, van a reconocer a los dos? Yo no creo que la buena fe nos pueda ayudar aquí a solucionar este problema. Yo creo que si estamos frente a una unión de hecho impropia, y que, en todo caso, la ley sólo lo que le reconoce es la posibilidad de accionar, de reclamar el pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa.

En el caso del requisito de la estabilidad, efectivamente, la ley establece, pues, que esta convivencia debe que tener una permanencia de dos años. Entiéndase, como indicamos hace un momento, que estos dos años son para que se puedan alcanzar los efectos patrimoniales que surgen de la unión de hecho.

Ahora, preguntaremos cuál será el plazo, entonces, requerido en la unión de hecho para efectos de reclamar la filiación extramatrimonial y, reiteramos, que, de acuerdo al inciso tercero del artículo 402, no existe plazo, porque la ley entiende que, en el caso de concubinato de ese artículo 402 es aquél llevado entre varón y mujer que, sin estar casados, hacen vida de tales, y no se va a requerir ningún plazo.

Bien. También indica el 326, entonces, que tiene que haber ausencia de impedimentos matrimoniales. Sin embargo, no habría que considerar este requisito en dos casos: uno, en el concubinato impropio porque, justamente, falta una de las condiciones que señala la ley; y, en segundo lugar, para determinar la filiación extramatrimonial que, como hemos indicado, sólo exige que se trate de un concubinato entre varón y mujer que, sin estar casados, hacen vida de tales.

Ahora, este concubinato va a generar efectos. Entre ellos, por ejemplo, a partir del deber de asistencia que existe entre los convivientes, va a generar la posibilidad de reclamar alimentos.

Pero, surge una duda. ¿Es posible reclamar alimentos estando vigente la unión de hecho o, como indica la norma, este derecho alimentario surge recién como consecuencia de la terminación de la convivencia?

Hay algunos autores que mencionan que, expresamente, la norma ha reconocido tan sólo el derecho alimentario una vez que culmina la convivencia.

Sin embargo, consideramos que ello es equivocado, por cuanto el propio artículo 326, cuando hace referencia a esta convivencia, indica que se van a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, y un deber de dicha convivencia va a tener que ser el deber alimentario, el deber de asistencia. Por lo tanto, desde que esta pareja decide convivir, ellos asumen la obligación recíproca de prodigarse la asistencia que corresponde.

Y ello, señores, ha sido reconocido en la sentencia n.º 6572 del año 2006, proceso de amparo; es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en la cual se reconoce que existen obligaciones de cooperación o de tipo alimentario entre los convivientes.

Y, además, la Corte Suprema, en la casación n.º 2228, del año 2013, de Ucayali, precisa que este derecho alimentario puede solicitarse, manteniéndose una relación convivencial actual o vigente, o cuando se acredita la condición de abandonado que indica el 326.

Entonces, durante la convivencia existe el deber alimentario. Lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y también lo reconoce la Corte Suprema en la casación que les acabo de mencionar.

En todo caso, qué va a ocurrir con la obligación entre los concubinos cuando el alimentista contraiga matrimonio. Entonces, si es que tenemos un concubino favorecido con una pensión de alimentos y contrae matrimonio, el primer llamado a satisfacer esta necesidad alimentaria va a tener que ser la nueva pareja, el nuevo marido o la nueva mujer; ya no el anterior concubino.

Si el alimentista constituye una nueva unión de hecho, también. El primer llamado a satisfacer las necesidades va a tener que ser la nueva pareja; es decir, el nuevo concubino. ¿Por qué? Porque de acuerdo al 326, estas dos personas se juntan para cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

¿Y qué ocurre si es que el deudor alimentario contrae matrimonio? ¿Quién paga esos alimentos? Los va a tener que seguir pagando él, pero hay que tener en cuenta, señores, que de acuerdo al inciso segundo del artículo 316, son de cargo de la sociedad de gananciales que puede existir en este nuevo matrimonio, los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado a dar a otras personas.

Entonces, será esta sociedad de gananciales, la que asume la obligación de pagar los alimentos que deba este cónyuge a su anterior pareja.

Si a partir de lo que estamos conversando ha habido una propuesta que se ha formulado en el anteproyecto de reforma del Código Civil, y este anteproyecto ha recogido cinco modificaciones al Código, cinco novedades en el Código.

La primera, por ejemplo, para que, en la nueva redacción del 326, para la constitución de una unión de hecho, se va a requerir que no exista otra unión de hecho inscrita, de tal forma que quien llegue a un concubinato y pretenda que la ley le reconozca efectos, no puede estar conviviendo o tener registrada otra unión de hecho. Nos parece lógico.

Segundo. A diferencia de lo que dispone el artículo 326 actual, la prueba de la posesión constante de estado ya no va a estar sometida al principio de prueba escrita. Tan sólo se indica que se pueda probar, digamos, esta condición bajo cualquiera de los medios probatorios que reconoce el Código Procesal Civil.

Tercero. Para el caso de la unión de hecho impropia, se corrige el error del artículo 326 y ya no se hace referencia al enriquecimiento indebido. Ahora, con una redacción adecuada, se indica que lo que se va a ejercitar

es una acción indemnizatoria por enriquecimiento sin causa, tal como lo prevé el artículo 1954 del Código.

Cuarto. Se reconoce la posibilidad de que los concubinos puedan acceder a una separación de patrimonios, sea al momento en que se constituya la unión de hecho o cuando ésta se desarrolle y durante su vigencia deciden sustituir el régimen patrimonial que escogieron en un inicio.

Quinto. Algo interesante. Vean, se estaría extendiendo el parentesco de la afinidad para las uniones de hecho.

Recordemos que de acuerdo al artículo 237, el parentesco de afinidad sólo surge en mérito a un matrimonio. Con la propuesta en el anteproyecto de reforma del Código, tendríamos que también el parentesco de afinidad se va a extender en aquellos casos en los cuales se constituya una unión de hecho.

Sexto. Se reconoce como un supuesto por el cual termina la unión de hecho, el que uno de los concubinos contraiga matrimonio con tercera persona. Entonces, si Juan convive con María, y Juan decide casarse con Teresa, entonces, esta decisión de contraer matrimonio con Teresa, le pone fin a la unión de hecho.

¿Qué consideramos que le ha faltado a este anteproyecto? Dos cosas.

Uno. Que se extienda la presunción de paternidad para los hijos habidos dentro de la unión de hecho. Es decir, que no sólo tenga como padre de una criatura al marido, sino también que en esta presunción se establezca que todos los hijos habidos en una unión de hecho inscrita, tengan como padre al concubino.

Con eso, señores, ahorraríamos muchos procesos judiciales. Sin embargo, en la propuesta del Código no encontramos ello.

En segundo lugar, si es que se está proponiendo que el parentesco de afinidad surja también a partir de la constitución de una unión de hecho,

entonces, por qué es que no podemos prever como un impedimento matrimonial absoluto, la condición de concubino del contrayente. Es decir, que el 241, inciso quinto, no sólo no permite el matrimonio del casado, sino también de aquella persona que mantiene una unión de hecho inscrita.

Con ello, señores, culminamos nuestra participación, agradeciendo la oportunidad que nos ha brindado el Instituto de Derecho Privado, que también nos la ha facilitado el doctor Silva Santisteban, y encontrándonos siempre dispuestos a podernos apoyar.

Gracias.

Eric Ayllón: Extendemos nuestro agradecimiento al doctor Ramos y, continuando con las ponencias, toca ahora el turno del doctor Manuel Bermúdez Tapia.

El doctor Manuel Bermúdez Tapia es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor e investigador por la Universidad Privada San Juan Bautista.

Adelante, doctor Bermúdez.

Manuel Bermúdez Tapia: Muchísimas gracias, en primer lugar, al Instituto de Derecho Privado por la presentación. Muy agradecido, en particular, con los profesores que me han precedido. Luego viene la doctora Beatriz, un cordial saludo, y, eventualmente, continuamos.

Se me pidió plantear un análisis sobre los plenos de la Corte Suprema, y, en realidad, vinculándolos al contexto de derecho de familia. Pero hay un gran detalle, éste es un elemento bastante interesante que voy a desarrollar y me van a disculpar si se ve un poco oscuro. En la actualidad estoy en el Congreso de la República; yo soy asesor acá en el Congreso y he tenido que salir, por eso es que estoy en un ambiente que, de repente, no se ve muy bien.

Pero, acaba de aprobarse un dictamen en el Congreso de la República que va a ser declarado inconstitucional dentro de muy breve plazo, porque se ha modificado la Ley Orgánica de Municipalidades.

Y uno dice: ¿qué tiene que ver eso con familia?, ¿qué tiene que ver eso con la evaluación de los plenos de la Corte Suprema en un contexto de derecho de familia?

Bueno, hay algunas referencias que, en una visión general, en el ámbito del derecho y en el ámbito de la evaluación de la realidad social, me permite indicar, y con esto comienzo la exposición.

Primero. El Estado no tiene diferentes entidades. El Estado es uno solo. Y tiene Poder Ejecutivo, tiene Poder Legislativo y tiene Poder Judicial, y tiene órganos constitucionales autónomos que, en esencia, no dividen el poder, porque el poder no se divide. Lo que ejecutan son servicios públicos en función de determinadas condiciones y determinados servicios bajo determinadas prerrogativas.

Por lo tanto, todas las entidades tienen que comulgar en un sentido objetivo, que es el de brindar a favor de la población porque le cedieron legitimidad en el uso del poder. ¿Qué cosa? La atención de sus necesidades.

Y hay un gran detalle en el segundo punto: todas las entidades del Estado, lamentablemente, no toman en cuenta el impacto de sus acciones en la realidad social, y, por ende, viene el gran inconveniente con el ámbito tutelar, con el ámbito del derecho de familia, con el ámbito del derecho privado en su esencia más pura, que esto es, como decía Napoleón Bonaparte, el núcleo básico de la sociedad. Porque ese concepto recién es de 1804, no es de antes. Inclusive, Jean Domat analizaba estas premisas en una evaluación de la vinculación del sistema normativo, porque ya se ha hablado del sistema normativo en ese momento, antes del Código Civil de 1804 para poder detallar el por qué el Estado necesita atender primero a la sociedad, y luego recién a su propia institucionalidad para poder evitar inconvenientes en el ámbito de la fractura social, porque esto deslegitima al Estado.

Y eso sucede si el Ejecutivo y el Congreso de la República no generan normas proactivas, eficientes a la sociedad, van a terminar afectando incidentalmente a la familia. Y esto se observa con mayor claridad ya en el ámbito de la Corte Suprema, no por una cuestión negativa ni por una cuestión, eventualmente, directa o por dolo. No, no, no. Estamos indicando, señores, si uno analiza la lista de las diez casaciones que han generado plenos jurisdiccionales, lamentablemente, va a tener una referencia directa. Solamente se han analizado conflictos en el ámbito del derecho civil, en el ámbito del proceso civil puro. Esto es, en la evaluación del título preliminar del Código Procesal Civil, respecto de los intereses y respecto de los derechos.

Nadie podría cuestionarlo. Es más, también estoy de acuerdo con ello. Pero, hay un gran detalle: en forma indirecta, cada uno de estos plenos casatorios han analizado temas de derecho de familia, y permítanme indicar cómo es que vamos a relacionar estos elementos y dónde es que la Corte Suprema ha fallado negativamente, porque pudo haber desarrollado un poco más para poder entender así una viabilidad del derecho de familia en un contexto de cambios sociales, en un contexto de necesidad, en un contexto de urgencia social.

Por ejemplo, señores, si analizamos la casación 1465 del año 2007, vamos a poder observar que se trata del caso de una demandante que es una madre de familia con tres hijos y, esto, en función del análisis de una responsabilidad extracontractual, en base a una contaminación ambiental generada por una mina en Cajamarca. Y viene un gran detalle: ¿y cómo vinculamos, entonces, el contexto de derecho de familia con un tema de responsabilidad civil?

Primer gran detalle, señores, estamos hablando de una condición degenerativa que ha generado cáncer y el ámbito de la responsabilidad civil se ha analizado, eventualmente, sobre la base de una evaluación legal, no sólo de la base de una evaluación social, porque estamos hablando, en este caso, de una familia monoparental, y una familia en particular, donde tiene tres hijos menores de edad, los cuales, eventualmente, en un próximo tiempo,

van a tener. ¿Qué cosa? La pérdida de su madre. Y peor aún, esos tres niños ya tienen una condición degenerativa en la propia vida.

Y viene el gran detalle, ¿y esto se tomó en cuenta en la Corte Suprema?

Lamentablemente, faltó ese análisis, que pudo haber sido sumamente interesante porque hubiera reconfigurado el modo en el cual se dé el análisis de la responsabilidad, que hoy por hoy se denomina daños.

Una visión social, una visión progresiva, una visión vinculada al ámbito programático en el tiempo, pero también con un fundamento constitucional y que hubiera sido sumamente interesante porque se derivaba exactamente de la interpretación del artículo 4 de la Constitución.

Veamos, entonces, dos plenos casatorios siguientes.

El segundo pleno casatorio, casación n.º 2229-2008 de Lambayeque, y el cuarto pleno casatorio, casación a nivel de desalojo por precario, casación n.º 2195-2011 de Ucayali. Estos dos, el segundo y el cuarto pleno se vinculan esencialmente. ¿Qué cosa? Con familias que tienen problemas vinculados a derechos reales.

¿La Corte Suprema analizó el contexto? No. Sencillamente analizó responsabilidades, derechos y condiciones de cada parte procesal y no tomó en cuenta el impacto que iba a generar su decisión con efectos. ¿Qué cosa? En el ámbito de las familias, tanto de la parte demandante como de la parte demandada. Y, si bien es cierto puede haber sonado exagerado que la Corte Suprema se pronuncie sobre estos elementos, viene un gran detalle: si estamos hablando de una prescripción adquisitiva y si estamos hablando de un desalojo por precario, ¿y de cuándo acá las personas en el Perú viven solas? El efecto que hubiera generado una de estas sentencias no es lo que normalmente se ve en el ámbito de desalojos y en el ámbito de prescripción de dominio, en la cual se observan problemas de naturaleza social, porque normalmente los grandes afectados son personas de tercera edad o, eventualmente, familias con niños menores de edad.

Entonces, la evaluación fría del derecho, la evaluación pulcra de una posición de demandante-demandado sobre la base de los petitorios, resulta incongruente con una visión social de la Corte Suprema. Y, ojo, estamos indicando, pudo haber desarrollado más. Tenía la obligación moral, al menos, de desarrollarla. Sí, pero no lo hicieron.

Y, sin embargo, hay otro antecedente en el cual sí trabajó correctamente, a tal nivel, que reconfiguró un poco el derecho de familia positivamente, porque ya el Tribunal Constitucional para esto había avanzado mucho más.

En el ámbito de la constitucionalización del derecho de familia, antes que el Tribunal Constitucional con los casos de Reynaldo Schulz, con los casos, por ejemplo, de Rosa Domínguez Yataco, en el caso de conviviente respecto del derecho de sucesión, la Corte Suprema ya para el año 2002-2003 ya había defendido a la familia real frente a los gastos de familias nominales o que, eventualmente, figuraban en el ámbito de un registro civil, pero que no tenían la formalidad como para poder haber defendido todo lo que indica el Código Civil.

En el tercer pleno casatorio se analiza una separación de causal con la casación n.º 4664 del año 2010 en Puno. ¿Y por qué es importante esta casación? Porque ratifica lo que ya inicialmente la Corte Suprema había detallado, pero, además, desarrolla algunos valores que son sumamente importantes, no solamente desde el punto de vista civil, sino también desde el punto de vista constitucional.

El primero de ellos expone un contexto del principio de flexibilización o el principio de la necesidad constitucional para poder exigir a los demás jueces de su propia institución flexibilizar el contexto interpretativo de las condiciones en las cuales las partes están en conflicto para efectos de poder apoyar o eventualmente tutelar los derechos de la parte afectada.

Sobre esta base, entonces, téngase en cuenta que la parte afectada, en este caso, en esa casación, en el tercer pleno, fue la parte demandada; no fue la parte demandante. Fue quien generó la separación de hecho, quien

provocó el divorcio sobre la base de una reciente reforma en la cual tenía la facultad de poder plantear el divorcio, pese a haber provocado la separación, y encima de haber actuado de mala fe.

En este sentido, la Corte Suprema tuteló a quien realmente tenía las condiciones legales y morales para defender un derecho y estableció algunos criterios que, además, son sumamente importantes, como, por ejemplo, todas las condiciones derivadas de la separación de hecho provocadas por una persona que actúa de mala fe. Y que luego fue complementada por una sentencia del Tribunal Constitucional, para efectos de generar una evaluación en la indemnización en caso de separación de hecho.

Un criterio muy importante y también interesante porque, de alguna manera, va a generar dos consecuencias que no están expuestas literalmente en la casación, pero que sí se desarrolla.

La primera de ellas, que determina que no toda parte demandante siempre va a tener el derecho; y va a determinar, en segundo nivel, que las partes van a tener no sólo que exponer sus derechos, sino también van a tener que actuar conforme, no sólo a ley, sino también conforme al principio pro familia para efectuarse y poder determinar un derecho derivado, eventualmente, de una situación o de separación o de divorcio. Porque esto es absolutamente necesario de poder garantizar, para efectos de evitar situaciones de malicia y temeridad procesal que, aunque parezcan increíbles, son lo más común en el ámbito de los procesos judiciales de familia.

Porque normalmente, en este contexto donde se asumen conflictos privados e íntimos, no se toma en cuenta el alcance público que tiene este conflicto. Donde se genera violencia familiar, donde se evalúa un conflicto familiar que muchas veces no llega a las instancias administrativas del Estado, porque esencialmente las partes no conocen sus derechos o porque, eventualmente, ponderan otros elementos que pueden resultar perjudiciales para sus derechos, pero que, eventualmente, salvaguardan la integridad de su familia porque ése es el criterio con el que actúan algunas personas.

Y sobre esta base, por ejemplo, podríamos analizar la impugnación de los acuerdos societarios en la casación n.º 3189, donde en este escenario, en esta casación se evalúan los criterios de organización de una persona jurídica, pero téngase en cuenta que estamos hablando de una asociación, y esa asociación no está compuesta por individuos, está compuesta por familias, porque se trata de una asociación de vivienda, por lo tanto, había implicados, aproximadamente, más de setecientos individuos en la parte demandante. Claro, con litis consorcio, eventualmente, las partes procesales son muy determinadas, pero, en esencia, el impacto social era sumamente elevado.

Y esto también se observa con el sexto pleno casatorio, casación n.º 2402-2012-Lambayeque, con el séptimo pleno, en el cual se analiza el embargo inscribible o no inscribible en la casación n.º 3671-2014-Lima, como también en el noveno pleno casatorio y en el décimo pleno casatorio, y dejamos el octavo al final.

¿Y por qué dejamos el octavo pleno al final en nuestra evaluación? Por un criterio esencial. El conflicto familiar literalmente sólo está visto en dos párrafos de un total de noventa y cuatro hojas. Dos párrafos, página dos, y página tres; literalmente, dos párrafos hacen referencia al conflicto familiar. ¿Y conflicto familiar de quiénes? Señores, la parte demandante es la hermana, ¿de quién?, de una señora que vendió un terreno de 73 m², muy pequeño a la pareja de su hijo; del primer compromiso.

Entonces, uno puede decir: «Bueno, se están peleando dos hermanos». Sí, pero en ningún momento analizaron el conflicto familiar entre dos medio hermanos. Peor aún, nunca se analizó el contexto, a pesar de que hacía referencia a los fallos de primera instancia y de segunda instancia, en los cuales se admitía y se validaba la compraventa en estas transferencias, a pesar de que la conviviente no figuraba como conviviente, sino como persona soltera. Y esto es, luego cuando esta persona trasladaba el bien a una tercera persona, con quien había residido previamente. En este sentido, la parte demandada, evidentemente, tenía una relación con la parte demandante, por una cuestión de contexto familiar, y esto permitió generar el proceso. Se llevó al 2012 el proceso; al 2015 se evaluó en la Corte Suprema

esta evaluación de este proceso judicial, pero nótese, del 2015, recién en el 2020, hasta hace muy pocas semanas la Corte Suprema se pronunció y, lamentablemente, se dividió el contexto del derecho civil, literalmente, en dos posiciones. Nadie quedó contento con esta actuación de la Corte Suprema, pero nos permite detallar de todas las opiniones doctrinarias, casi nadie ha hablado de que esto se trata de un conflicto familiar.

Y pregunto, entonces, ante esa cuestión abierta, generada por la Corte Suprema. Si estamos hablando del 2015, en el que se inició la audiencia en la Corte Suprema, donde intervinieron cinco profesores a los cuales, literalmente, les faltaron un poquito el respeto porque si los convocaron, era porque tenían que aportar un elemento, y luego después de cinco años, recién se pronunciaron y no todos esos profesores que participaron en este pleno quedaron satisfechos por la demora, donde se quebró el principio de inmediación, donde se quebró el principio de tutela judicial efectiva, donde se pulverizó el criterio de plazo razonable.

Terminamos por plantear tres simples cuestiones: ¿qué hubiera pasado si parte demandante y parte demandada hubieran dicho: «Bueno, somos familiares, somos hermanos; solucionamos este problema y no importa lo que diga la Corte Suprema»? ¿Qué hubiera pasado? ¿Es posible acordar una conciliación en estas circunstancias? Claro que sí.

¿Qué hubiera pasado si, eventualmente, la parte demandante hubiera fallecido? ¿Se hubiera llegado a pronunciar la Corte Suprema en estas circunstancias? Difícil.

En tercer nivel, ¿y qué hubiera pasado si, eventualmente, vean en este caso las situaciones de malicia y temeridad procesal que pueden generarse y que ocurren, señores, en el ámbito judicial, muy frecuentemente en la especialidad de familia.

Qué hubiera pasado si la que inicialmente adquirió el bien, que es la pareja, la conviviente de la parte demandante, hubiera dicho con la persona que le terminó adquiriendo el bien: «Bueno, sabes qué, ya estamos involucradas en un conflicto bastante amplio, nos va a salir muy caro el

tema de una defensa legal. Bueno, entre tú y yo, dejando de lado a la pareja, al conviviente, que es el hijo del primer matrimonio de la parte que transfirió, esto es, la madre de los dos, de las dos partes procesales, hubieran dicho: Busquemos a la parte demandante y acordemos. Negociamos. Mira, ¿sabes qué? Hicimos esto, bueno, ya no quiero tener más problemas, te vendo esta propiedad, de repente a cien soles, un valor simbólico y finalizamos esta decisión».

¿Qué hubiera pasado si la Corte Suprema, antes de pronunciarse, hubiera evidenciado que el conflicto familiar que terminó por provocar muchísimo debate académico, no pudo ser solucionado?

Y, señores, esto ocurre en situaciones de muerte o en situaciones de separación y divorcio. Con situaciones en las cuales se generan nuevas familias, porque la familia matrimonial que defiende el Código Civil o que defiende a la familia nuclear. Literalmente, esto está pulverizado, porque en el contexto temporal después de casi treinta y siete años, ya no podemos hablar de esos dos únicos tipos de familia. Hoy por hoy tenemos múltiples situaciones familiares que necesitan protección y, peor aún, nótese cómo el Tribunal Constitucional no ha querido validar una situación que, inclusive, tiene un antecedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el caso *Duque vs. Colombia* del año 2016.

Entonces, viene el gran detalle. Cómo es que, entonces, logramos interpretar a la Corte Suprema, y con esto finalizo, cómo logramos interpretar a la Corte Suprema en un efecto dinamizador de la realidad social en forma complementaria a lo que hace el Ejecutivo, lo que hace el Congreso de la República para poder definir las normas que necesitan estar adaptadas, y necesitan estar acorde a las exigencias sociales.

Viene un gran desfase. La legitimidad institucional, no sólo de la Corte Suprema, sino de todas las instituciones del Estado, está de capa caída y necesitan optimizar sus trabajos, a efectos de poder generar, ahora sí, un verdadero ámbito de acción de los conflictos familiares para resolverlos. Porque ése es el objetivo. Para eso tenemos un Estado, para eso Hobbes, para eso Locke en una forma primaria, desde hace muchos siglos, habían

detallado que la sociedad busca crear un Estado para poder establecer el concepto de bien común.

Y, si no tenemos esos elementos, Hobbes jamás hubiera dicho que el hombre saldría de su estado natural para crear un leviatán, ni Locke hubiera generado la teoría contractualista sobre la cual nosotros argumentamos nuestra Constitución. Mucho menos, Kant hubiera detallado que el hombre y la mujer deben comportarse con imperativo categórico para ser siempre leales, antes que, a sus intereses y derechos, a la ley.

Pero, un momento, si la ley no está evaluada correctamente por las entidades del Estado, viene un nivel de disfuncionalidad.

¿Y esto tiene consecuencias con las relaciones familiares? Claro que sí, porque estas condiciones familiares siempre han sido tratadas de forma mínima; siempre han sido tratadas en forma secundaria, y, en realidad, en el ámbito del derecho de familia, se conjugan todos los elementos necesarios como para poder indicar que ésta es una disciplina sumamente compleja donde se ve derecho penal, donde se ve derecho constitucional, donde se ve derecho civil, donde se ve, inclusive, derecho patrimonial, cuando las familias se pelean por cuestiones derivadas de temas económicos.

Entonces, cómo decir que la Corte Suprema no actuó correctamente, cuando en realidad en un caso, aunque parezca muy sencillo, se pueden analizar muchos elementos. Viene, entonces, una necesidad de poder decir para los próximos plenos, por favor, presten mucha atención al manejo de los conflictos familiares porque, en realidad, la sentencia puede ser pulcra, la sentencia puede ser académicamente intachable, pero si no va a tener efecto social, si las partes mismas no le van a hacer caso, va a ocurrir lo que ocurre actualmente en cualquier juzgado especializado o en cualquier juzgado de paz, donde se dan sentencias judiciales de alimentos, y nadie cumple. ¿Y, por qué? Porque esperan que se genere un proceso judicial en el ámbito penal, para que, inclusive, tampoco ese proceso sirva. ¿Y, por qué? Porque gracias al Decreto de Urgencia n.º 08-2020 y al decreto legislativo que commuta penas, hoy, literalmente, el condenado por el delito de omisión de asistencia familiar puede quedar liberado si es que abona el dinero.

Y viene la gran pregunta: ¿Para evitar cárcel sí puede pagar el dinero que es, inclusive, muy elevado, pero para poder pagar una obligación que es un derecho natural humano, fundamental, progresivo y además constitucional, no lo hace?

Viene, entonces, la gran necesidad de reformar el sistema jurisdiccional de familia, porque se necesita ser proactivo. No basta ser literal ni tampoco basta ser decimonónico. Se necesita ejecutar y para esto se necesita ampliar las competencias, no solamente del derecho de familia, sino también del ámbito jurisdiccional en esta disciplina, porque hace rato los conflictos familiares abruman al Poder Judicial.

Y, si el Poder Judicial no puede brindar la atención a estas necesidades, interviene el Tribunal Constitucional, pero la presión, la sobrecarga procesal, en estos ámbitos, está siendo sumamente elevada y mal manejada.

Muchísimas gracias por la oportunidad brindada. Quedo muy agradecido, eventualmente, para lo que consideren.

Eric Ayllón: Muchas gracias, doctor Bermúdez. Agradecido por su disertación.

Ahora damos el pase a la doctora Beatriz Franciskovic Ingunza, quien es abogada y magíster en derecho civil por la Universidad San Martín de Porres, así como doctoranda en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con estudios de maestría en derecho procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; conciliadora extrajudicial y árbitro adscrita a la Cámara de Comercio de Lima, Cearc Latinoamérica, como del Centro Arbitra Perú del Ministerio de Justicia.

Es, a su vez, docente universitaria de la Universidad Científica del Sur, Unifé y ESAN. Autora de varios artículos jurídicos y cuatro libros de su especialidad.

Le damos el pase a la doctora Beatriz Franciskovic.

Beatriz Franciskovic Ingunza: OK. Muchísimas gracias por la presentación. Muchísimas gracias y agradecer todo al doctor Marco Silva Santisteban, como al Instituto de Derecho Privado, por invitarme a este curso, a este diplomado.

En verdad, el tema a tratar en estos breves minutos como me dijeron cuando me invitaron a exponer, está referido al derecho de familia a partir del pronunciamiento de la Corte Suprema; es en virtud de ese título, que me dijeron: derecho de familia a partir del pronunciamiento de la Corte Suprema, es que voy a hacer referencia a dos casaciones referentes a familia, y casaciones de la Corte Suprema.

La primera casación es la casación n.º 1207-2017-Lima, cuando la prueba escrita resulta excesiva para el reconocimiento de una unión de hecho, y para entender toda casación vamos a partir por los hechos que dieron lugar a esta casación.

La demandante solicita el reconocimiento de una unión de hecho después de la muerte de su conviviente, y los hechos fueron éstos:

Laura contrajo matrimonio religioso con el demandado Virgilio, el día 22 de mayo de 1955. Desde esa época convivieron y procrearon ocho hijos. De las actas de nacimiento se advierte que el demandado reconoció a cada uno de sus hijos y durante la época de la convivencia adquirieron distintos bienes inmuebles. El demandado siempre se identificaba como casado con la demandante, pero es el caso que Virgilio fallece y Laura solicita ante el Poder Judicial el reconocimiento de esta unión de hecho.

El juez de primera instancia, para mejor resolver, solicita un informe a la Reniec sobre el estado civil del demandado. Es así que la Reniec informa que, en el año 1973 el demandado había declarado estar casado, pero en Reniec no obraba documento que sustente dicha condición. Bueno, en base a eso, el juez de primera instancia, el 24 de noviembre del año 2015, declaró fundada la demanda teniendo en cuenta otros medios probatorios que obraban en el expediente.

Como es obvio, dada la demanda, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, pero, sin embargo, esta sentencia es elevada en consulta a la Corte Superior, y aquí viene la pregunta.

El 10 de octubre del año 2016 los jueces de segunda instancia desaprobaron la sentencia y la declararon improcedente. ¿Qué señalaron los jueces de la Corte Superior? Señalaron que existe incertidumbre respecto al estado civil del fallecido, por la contradicción existente en la ficha de Reniec, en la que figura como casado con la constancia negativa de inscripción de matrimonio emitida por la misma entidad.

No conforme con esto, lógico, Laura interpone recurso de casación y los jueces de la Corte Suprema casaron la resolución de vista y resolvieron aprobar la sentencia apelada en todos sus extremos, señalando que los jueces, la Corte Superior, perdón, no ha tenido en cuenta elementos probatorios que sirvieron de sustento al juez de primera instancia, como, por ejemplo, la constancia negativa de inscripción de matrimonio, así como la no existencia alguna de oposición por parte de alguna posible sucesión del demandado, las partidas de nacimiento de los hijos, las partidas registrales de diversos inmuebles adquiridos por los convivientes, así como tampoco tuvieron en cuenta la declaración de los ocho hijos, y como la constancia de matrimonio religioso en el año 1955.

Definitivamente, Laura y Virgilio contrajeron matrimonio religioso en el año 1955. En esa época se encontraba vigente el Código Civil de 1936 que, a diferencia del 1852, el Código Civil del 1936 sí exigía matrimonio civil.

Sin embargo, lo ha dicho el doctor Miraval, la unión de hecho está reconocida desde la Constitución de 1979 y de la Constitución de 1993.

Posteriormente, mediante una ley que amplía las competencias notariales de asuntos no contenciosos, se determinó que los interesados, los convivientes, podrían recurrir indistintamente al Poder Judicial o a la notaría para tramitar el reconocimiento de una unión de hecho.

¿Y por qué es importante este reconocimiento de la unión de hecho? Pues, este reconocimiento de la unión de hecho, no solamente va a determinar que regule entre los convivientes la sociedad de gananciales, sino también el otorgamiento de derechos sucesorios para el conviviente, el goce de derecho a la salud, el goce de derecho a la viudez, y la posibilidad de los convivientes de poder adoptar. Por eso es importante el reconocimiento de la unión de hecho.

El Código Civil también señala que una forma de probar la unión de hecho es con la posesión constante de estado, a partir de una fecha aproximada, debe probarse con cualquiera de medios probatorios que señala la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. Es en ese artículo que la Corte Superior, como no existía una prueba escrita, revocó la sentencia de primera instancia.

Entonces, aquí hay que tener en cuenta que esta posesión constante de estado, es una situación aparente, es una situación que se encuentra determinada por conductas, por comportamientos de hecho y que no sólo necesariamente debe existir una prueba escrita. Y ahora vamos a ver por qué sustentamos esto.

Es cierto, en este caso, se había advertido, según los autos, que el demandado pernoctaba en el domicilio desde hace más de tanto tiempo con la demandante, que continuamente permanece y el domicilio en espacios y lugares de manera pública, ellos tenían ocho hijos, compraron bienes a nombre de los dos, y entraban, salían del domicilio y celebraban fechas especiales.

Es importante que este artículo, el 326 del Código Civil, tenga que leerse o interpretarse en concordancia con los artículos referentes a los medios probatorios del Código Procesal Civil, porque, si bien es cierto, se pide una prueba escrita, hay que tener en cuenta que, a mi parecer, y así lo determina la Corte Suprema, es demasiado incongruente; me parece un poco desproporcionado que en las uniones de hecho solamente prime o se dé mucha más importancia a la prueba escrita, cuando el Código Procesal Civil reconoce otras pruebas típicas, atípicas y también es importante que

el juez, al valorar las pruebas, debe hacerlo de manera conjunta y razonada, teniendo en cuenta todos los medios probatorios.

Entonces, también aquí es importante señalar una cita de Javier Peralta Andía, que señala que en las uniones de hecho existen dos criterios para determinar o probar la unión de hecho. Y aquí se advierten dos tipos de criterios, un criterio amplio, según el cual, para probar la existencia de una unión de hecho puede recurrirse a cualquier medio probatorio, inclusive, una prueba testimonial; una declaración de testigo. Y la otra postura, un poco restringida, que según esta postura sí se debe tener un principio de prueba escrita.

Y lo raro es que la Corte Superior, en este caso, no tuvo en cuenta otras casaciones también donde ya la Corte Suprema había señalado que no es necesariamente la prueba escrita, porque también, por ejemplo, se pudo tener en cuenta fotografías, la consignación del mismo domicilio de los convivientes en las escrituras públicas habían adquirido ocho inmuebles, la prueba de la relación sentimental por ambos, y también varios indicios que llevaron a determinar que ellos venían bastante tiempo conviviendo.

Y, entonces, también no se tuvo en cuenta, por ejemplo, la casación de 605-2016, la casación n.º 007-2014, que proviene de Cajamarca, y la casación n.º 3620-2016, de Lambayeque. Esto es en cuanto a la unión de hecho referente a la prueba escrita. Esa casación es la que les he traído ahora, y otra casación —en breve tiempo, porque me dijo el doctor Marco, que tengo que hablar quince minutos—.

Otra casación es respecto a la casación 2634 del año 2015, proveniente de Tacna. Y aquí vamos a ver, supuestamente, la importancia de los alimentos en armonía con el interés superior del niño. Y esta sentencia también nos causa un poco de sorpresa.

Los hechos relevantes son estos. Noemí y Efraín mantuvieron una relación de convivencia durante cinco años y en el año 2002 ellos deciden separarse y se ponen de acuerdo en que Efraín, el demandado, le iba a pasar alimentos a la menor hija, y una que estaba en gestación.

Sin embargo, éste no cumplió con pasarle los alimentos, así que Noemí, en otro proceso, le inicia un proceso de alimentos, fijándose un monto por alimentos más los intereses devengados. Y en ese proceso de alimentos, Noemí, la demandante, logra, en el proceso de alimentos, que se le dicte una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre el inmueble del demandado. Logra una medida cautelar por la suma de S/ 15,000.00, y ésta obra inscrita en Registros Públicos desde el 19 de octubre de 2017.

Posteriormente, Efraín, mediante escritura pública celebra un contrato de compraventa donde transfiere dicho inmueble a su sobrino de diecinueve años de edad, por una suma irrisoria de S/ 4,000.00, quedando, de esta manera, sin respaldo ni garantía la acreencia alimentaria de sus hijos. No obstante que el comprador tenía conocimiento de las obligaciones alimenticias que tenía como demandado.

Frente a esta disposición patrimonial del demandado que, definitivamente, es un fraude a los acreedores, fraude al acto jurídico, Noemí interpone una demanda solicitando la ineficacia por fraude a los acreedores y solicita que se deje sin efecto, que se cancele dicha inscripción de la compraventa en los Registros Públicos.

Lo raro es que, tanto el juez de primera instancia como la Corte Superior, señalaron que esa disposición patrimonial que había realizado el demandado de manera onerosa, no constituye un fraude al acto jurídico. ¿Por qué? Y lo voy a leer textualmente. Dice que no se cumple lo que dispone el artículo 195 de fraude al acto jurídico y señalan que para que proceda el fraude al acto jurídico, debe identificarse que el acto cuya ineficacia se solicita, imposibilite el pago íntegro de la prestación debida o que se dificulte la posibilidad de cobro.

Dicen los jueces, hecho que, en el caso de autos, no se presenta, ya que sobre ese bien inmueble corre inscrita una medida cautelar de fecha anterior a dicha transferencia. Según los jueces, dicha medida cautelar no impide la enajenación del bien, además que el sucesor es quien asumirá la carga hasta el monto inscrito.

Consideraron que de esa forma no se afectaba el derecho de la demandante alimentista con dos menores hijos, pues señalaron textualmente que la demandante tenía expedito su derecho de recurrir en la vía de ejecución de sentencia a la ejecución forzada del embargo.

Y mi pregunta es ¿dónde queda el interés superior del niño? Los jueces, y como lo ratifica, menos mal, la Corte Suprema, es que, al parecer, los jueces no han tenido en cuenta que dicha medida cautelar sí proviene de una obligación de alimentos en favor de dos menores.

Entonces, descuidaron el interés superior del niño, el principio de interés superior del niño, que no lo voy a tratar acá, pero también señalan esto. Dicen: los jueces no han tenido en cuenta la primordial importancia que tiene la provisión de los alimentos a los hijos menores de edad en atención a la trascendencia que tiene el derecho alimentario en la formación y desarrollo de la persona y en la estabilidad y futuro de la sociedad misma.

Y precisa la Corte Suprema que es necesario dotar de tutela, de amplios instrumentos jurídicos de protección, y opta por señalar que se declare la ineficacia de la compraventa aun existiendo el embargo ordenado.

Pero, debiendo la Corte Suprema declarar no solamente revocar la resolución, declarar nula, casando la resolución de vista declararla nula, debieron haber pronunciado, la Corte Suprema solamente declara nula la resolución de vista y considero que no le da mucha ayuda a la demandante, pues le está encargando que de nuevo ella recurra a un proceso para que de nuevo la Corte Superior resuelva y solamente me parece que debió resolver declarando improcedente la demanda y me parece que la Corte Suprema, en este caso, se olvidó del interés superior del niño.

Con estas dos casaciones he dado mis minutos. He cumplido mi exposición de derecho de familia respecto a dos casaciones de la Corte Suprema.

Eric Ayllón: Muchas gracias, doctora.

Agradecemos su ponencia y esperamos tenerla en otro evento más adelante.

Ahora, por último, damos el pase al doctor Marcos Castillo Chirinos.

El doctor Marcos Castillo Chirinos es abogado por la Universidad de San Martín de Porres, es egresado en la maestría en derecho civil y comercial de la misma casa de estudios y es egresado del doctorado en derecho de la Universidad San Martín de Porres también.

Le damos el uso de la palabra, doctor Castillo.

Beatriz Franciskovic Ingunza: Perdón, una cosita me olvidé. Me olvidé de saludarlo a Marcos. Nos hemos encontrado aquí. Somos de la promoción. No nos vemos hace años. Qué alegría verte por acá; un gusto encontrarte por acá. Saludos, Marcos.

Marcos Castillo Chirinos: Así es mi querida Danitza, después de tiempo. Quiero agradecerle al Instituto de Derecho Privado y a Marco por la invitación y la verdad aprovecho en decirle, sí, pues, con la doctora Franciskovic teníamos un estudio juntos y nos venimos a ver después de años luz, y justo en un evento académico.

Creo que el Señor es generoso conmigo y me pone a esta buena amiga después de años, y escucharla también ha sido un placer.

Y como ella decía hace un momento, pues, el tema que nos reúne esta noche es el tema de los análisis jurisprudenciales de la Corte de Familia en temas de derecho. La Corte Suprema en temas de derecho de familia.

Y analizando, pues, cómo ha venido resolviendo la Corte Suprema en estos temas, básicamente, en familia, yo creo que hay un avance, sí. Si podemos ser críticos, podríamos decir que sí hay un avance. Pero es necesario ir mejorando.

Si bien es cierto, el tercer pleno casatorio señaló, entre otras cosas, y definió el tema indemnizatorio en cuanto a los divorcios por separación de hecho. Yo creo que habría una puerta adicional.

Y yo lo escuchaba hace un momento al doctor Valdivia, muy atento porque su tema se refiere, básicamente, a lo que yo quiero conversar esta noche con ustedes.

Yo voy a dar una serie de ideas muy personales, de repente muy conflictivas, pero esperemos que lleguen con ustedes. Y éste es el tema del daño. El daño en el derecho de familia, el daño específicamente en los temas de divorcio, que es lo que hoy día quiero ver.

Y cuando hablamos de daño en los temas de divorcio, pues, básicamente, tenemos que considerar dos artículos. El famoso 345-A del Código Civil, aquél que señala que la parte o tiene un tema, una indemnización monetaria o, en su defecto, una adjudicación preferente.

Y tenemos otro artículo, el 351 del mismo Código Civil, que también habla de las indemnizaciones.

Estos artículos, básicamente, tendríamos que decir que el 345-A hace referencia al daño personal y el 351 al daño moral.

Para algunos autores son contradictorios. Yo les diría que no. Yo considero que ellos no son contradictorios, sino por el contrario, son netamente complementarios.

Y vamos a dar una explicación por cuál es mi base, en qué sustento por qué se pueden complementar.

Como les comentaba hace un momento, el tercer pleno casatorio decía que, para las demandas de divorcio o separación de hecho, por la causal —valga la redundancia— de separación, sólo se aplica cuando el tema es indemnizatorio el 345-A, que habla de un daño personal. Y yo en esta

tarde o esta noche ya quiero decirlo; no, también podríamos aplicar el 351, que habla del daño moral.

¿Y de dónde puedo sacar esta distinción? Si bien es cierto, la doctrina frente a los temas de daño personal y daño moral hace tres posiciones clásimas.

La primera, cuando dice que el daño a la persona es la especie y el daño moral es el género.

Una segunda posición, que dice que es lo mismo; los toma como sinónimos.

Y una tercera posición señala que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie.

Pero, dónde encontramos el origen de todos estos temas para poder distinguirlos. Lo encontramos en el artículo 1985 del Código Civil. Y este artículo se olvida del tema doctrinario y lo menciona sólo en forma directa y precisa.

Y este artículo, y si se me permite leer, dice: La indemnización qué es lo que comprende. La indemnización, pues, comprende, en primer lugar, el daño propiamente dicho, es aquel daño netamente de índole patrimonial.

Y cuando hablamos de patrimonio, pues, tendremos que mencionar, pues, el daño emergente y el lucro cesante.

Pero ese artículo 1985, entre los elementos del daño, también hace referencia a los daños extrapatrimoniales y habla del daño moral y el daño a la persona. Es más, si queremos seguir avanzando y queremos seguir cuestionando, podemos decir ¿qué abarca el daño moral? Pues, abarca, como decía el doctor Valdivia hace un momento, aquellas fricciones, aquel dolor, aquel sufrimiento que no puede ser cuantificado en dinero.

¿Y el daño a la persona? Abarca otros aspectos, como la integridad psicosomática o aquello que ya nos enseñaba hace un buen tiempo el doctor Fernández Sessarego, el daño al proyecto de vida, regulado en el Libro I del Código Civil y ahí desarrollaba este tema el maestro Fernández Sessarego. Y, en todo caso, lo desarrollaba como ya todos, de una u otra manera, hemos podido escucharlo.

Pero, en estos daños, en estos daños, sea daño moral o daño a la persona, la Corte Suprema, aparte del tercer pleno casatorio, existe una casación, la 1784-2008, en la que claramente menciona y dice que la indemnización prevista en el 345-A del Código Civil, se refiere sólo para aquellos casos de divorcios por separación de hecho, y el 351 se hace aplicable a los demás casos de divorcio que están regulados en el 333 del Código Civil, con excepción del inciso 2.

Yo discrepo. ¿Por qué? Porque yo considero que en un divorcio por la causal de separación de hecho, pues, sí puede aplicarse y correr en forma concurrente el 345-A, cuando solicitamos la indemnización, no pedimos la adjudicación preferente, porque ya sabemos que es uno o es otro, por existir un daño netamente patrimonial. Y también podemos invocar el 351 del Código Civil, cuando hacemos referencia a aquel daño que está referido al daño moral, esa aflicción porque se me va el amor de mi vida; ese dolor en la persona que ya era el gran amor que yo tenía con ella, me abandonó, se fue y me causó un daño netamente personal. Sólo a mí, distinto a las demás personas.

Situación que me lleva a hablar y determinar cómo pruebo este daño. ¿Cómo voy a probar el daño?

Un colega hace poco me decía: «Marcos, un daño, el daño a la persona, el daño moral, lo podemos acreditar, pues, con una evaluación psicológica».

Yo le decía: «¿Sí? Pero, si el hecho pasó hace... supongamos, hay hijos menores, cuatro años. Si el hecho pasó hace cinco años, el hecho pasó hace

seis años, ¿a través de una evaluación psicológica, una pericia, puedo determinar esta aflicción o este dolor que me causó?».

Y comenzamos a entrar al tema netamente probatorio, pues si la pericia psicológica puede determinar que hace cinco o seis años atrás, me causó un daño, pues, será netamente viable para acreditar el daño.

Y, digamos, el tema que me llamaba y que yo también comparto con el doctor Valdivia, el tema de la cuantificación del daño. ¿Cómo lo cuantifico? Porque se han dado casos y creo que todos ustedes de una u otra manera han podido determinar y han podido observar que no hay un criterio uniforme.

Yo, una vez cuando estaba trabajando en la sala de familia, llegaron dos separaciones de hecho, recuerdo con montos indemnizatorios, cada una de ellas para una señora que vivía en Villa El Salvador, y que fue abandonada, y que se le dañó su proyecto de vida, y por el cual tuvo que dejar de estudiar, por el cual tuvo que poner su puesto en la puerta de su casa para poder, a través de ello, subvencionar sus ingresos, y otra señora que vivía en el distrito de La Molina, en el cual ella no trabajaba y no estudiaba.

¿A cuál de los dos piensan ustedes que la Corte le puso un monto indemnizatorio mayor? Definitivamente, fue a la persona que domiciliaba en La Molina. Criterios no hubo. No hubo un criterio. No hubo un motivo suficiente como para poder determinar cuál sería. ¿Por qué frente a unos hechos exactamente iguales, con el mismo tiempo de abandono, con el mismo tiempo de separación, la Corte se pronunció de manera diferente?

Esto nos lleva a decir, nos lleva a pensar que el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias ya no ha venido diciendo qué es la debida motivación. Y ése es uno de los defectos que encuentro yo, de una u otra manera, en las sentencias que se emiten, tanto en la Corte Superior como en la Suprema. No encuentro una debida motivación.

Por eso decía que era necesaria una especie de tabla de valores, muy parecido a lo que existe en Estados Unidos cuando te lesionas un brazo, una pierna, y te dicen en más o menos cuánto se cuantifica.

Yo creo que es necesario que el país se modernice y nos pongamos de acuerdo en cuanto a la exposición de los motivos de estos temas netamente indemnizatorios.

No podemos dejar el albedrio de los jueces diciendo, a veces, en forma errada, en forma injusta un monto. Un monto que la mayoría de situaciones, la mayoría de veces, como bien se comentó hace unos instantes, no va, ni siquiera, va a determinar o va a poder resarcir el daño, el daño que se ha hecho.

Por eso decía y por eso manifestaba el tema de las indemnizaciones en temas de familia. Las indemnizaciones en temas de familia son completamente muy *sui generis*. Los que tenemos, que hemos vivido de alguna manera, y llevamos procesos de familia, vemos que es una especialidad verdaderamente con una carga social muy alta; muy alta y en estos momentos es necesario que ya la Corte Suprema, así como hizo un tercer pleno casatorio para los efectos de determinar cómo era el tema indemnizatorio en estos procesos de separación de hecho, también ya es necesario que se determine y que se pronuncie sobre cómo van a ser estos efectos cuantificatorios en los temas de los daños.

Es muy importante el tema de las tablas. Es muy importante determinar, por lo menos, si no le damos el 100% del valor, nos acerquemos porque, como vuelvo a decir, dejarlo al libre albedrío de los integrantes de la Corte Suprema, inclusive, entre las salas. Bueno, ahora ya hay una sola sala civil permanente. Anteriormente, había las salas civiles: la permanente y la transitoria.

Pues, entre estas salas no había un criterio uniforme en cuanto al tema éste de la cuantificación del daño.

Éste es el tema que esta noche yo he querido exponerles, yo he querido mencionarles con respecto a las sentencias de la Corte Suprema.

Muy agradecido con el Instituto de Derecho Privado; muy agradecido con Marcos Silva y con la doctora Danitza, que me ha dado un gusto verla después de mucho tiempo.

Muy agradecido por su atención y nos estamos viendo, en una próxima oportunidad.

Eric Ayllón: Doctor, gracias por la participación, y de esta manera terminamos con las mesas. Agradecido por la participación de todos los oyentes en Facebook o en Zoom y hasta otra oportunidad y muchas gracias por la compañía.

MESA N.º 6 EL WORKSHOP DEL ARBITRAJE

Leyli Aguilar Ventura (moderadora)

Noelia Marcos

Christian Collantes

Jhon Jara Quiroz

Roger Vidal Ramos

Sergio Casassa Casanova

Leyli Aguilar: Bien, buenas noches a todas las personas que hoy día se reúnen en este importante evento.

Es para mí un honor participar en él, en este Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje, en el cual se reúne a muchos profesionales de talla nacional e internacional, con experiencia en esta importante materia.

En esta mesa de trabajo, mesa n.º 1, que me toca dirigir, tengo el agrado de trabajar con excelentes profesionales, como lo es la doctora Noelia Marcos, Christian Collantes, Jhon Jara, Roger Vidal y Sergio Casassa.

Vamos a presentar una pequeña hoja de vida, un resumen de cada uno de nuestros profesionales para luego conversar con cada uno de ellos sobre este tema de esta mesa de trabajo n.º 1 sobre el *workshop* del arbitraje.

En ese sentido, voy a presentar a la doctora Noelia Marcos. La doctora Noelia Marcos es licenciada en ciencias de la información por la Universidad Complutense de Madrid y postgrado en marketing y posicionamiento periodístico y periodismo digital.

Se ha desempeñado en el sector jurídico por más de diez años, siempre ligada al tema del arbitraje internacional.

Tiene cinco años dedicados a este tipo de proyectos.

En ese sentido, antes de dar el inicio o el pase a Noelia, vamos a agradecer al Instituto de Derecho Privado (Idepriv) y también al doctor Marcos Silva Santisteban y a todos los colaboradores que participan en este importante evento, que hace posible seguir difundiendo esta importante disciplina.

En ese sentido, sin más preámbulos, vamos a dar pase a la doctora Noelia Marcos para que nos dé su saludo y, posteriormente, le vamos a formular algunas preguntas para que ella nos pueda explicar en relación a esta mesa de trabajo.

Doctora, buenas noches.

Noelia Marcos: Leyli, muchas gracias y un placer estar con todos vosotros.

Simplemente, decir que, bueno, hace cinco años fundé la revista de arbitraje *CIAR Global*, la revista de arbitraje para la comunidad iberoamericana, bueno, y ahora la coordino y la dirijo después de cinco años con un gran éxito entre lectores de habla hispana, y sobre todo de Perú.

Leyli Aguilar: Perfecto, doctora. Díganos, en ese sentido, ¿cuál considera usted que es la... esta repercusión y estas tendencias del arbitraje, de la óptica internacional, debido al área que usted desarrolla, sobre el tema de la actualidad informativa? ¿Nos podría decir cuál es su punto de vista, su comentario en relación a este tema?

Noelia Marcos: Bien, no voy a desvelar nada cuando diga que el covid, la pandemia relacionada con el covid-19 ha cambiado por completo el ritmo de nuestra historia.

Todos los años suelo finalizar el año haciendo una encuesta al público de suscriptores del arbitraje sobre cuáles son los grandes temas que han influido durante ese año y cuáles son los que ellos prevén que influirán de manera más impactante durante el siguiente año.

Ninguno de los públicos a los que entrevistamos a finales del 2019 podría haber imaginado que el covid-19 iba a marcar, pues, el año del arbitraje internacional como lo ha hecho.

En la revista del año pasado, en esta encuesta realizada a finales del 2019, pues, los públicos a los que entrevistamos en relación con América Latina, destacaban que las grandes influencias en el arbitraje sobre el sector serían el contexto político en América Latina, clave para entender el arbitraje de inversiones y la inestabilidad política y el desencuentro social vivido en algunos países que marcarían el desarrollo y la posible puesta en marcha de arbitrajes de inversión y disputas internacionales, incluso entre partes latinoamericanas.

En Europa la perspectiva marcada por los expertos entrevistados, pues estaba relacionada a las sentencias NMEA, que muchos de los espectadores de vosotros conoceréis.

Los arbitrajes de las renovables contra España que, realmente, también han marcado la vida y la actualidad del arbitraje durante este año.

La búsqueda de transparencia o estudiar los cambios en tratados internacionales, tachados históricamente de favorecer a los inversores.

Otros temas, como la inteligencia artificial o el uso creciente de la financiación de terceros o la creación de nuevas Cortes Internacionales, también estaban en el candelero, como los grandes temas que se tratarían durante este año, además de la Convención de Singapur sobre mediación internacional, que también fue muy destacada.

Para pasar un poco más a lo que, bueno, voy a explicar un poquito lo que hemos conseguido en estos cinco años de recorrido de la revista *CIAR Global* que, bueno, en estos momentos estamos en setenta mil visitas mensuales, todas de público relacionado con el arbitraje internacional en Iberoamérica y unos veinte mil usuarios únicos todos los meses.

El Perú para mí es muy especial porque es el país que más visitas reporta, que más usuarios me da cada mes, y eso se ve reflejado en los artículos y en los análisis que realmente tienen más influencia en los lectores de la red a nivel internacional también.

Voy a dar unas pequeñas pinceladas sobre estas temáticas que han tenido gran interés a lo largo del 2020. Hay algunas que no están relacionadas con el covid-19 porque es verdad que, aunque los temas que voy a destacar son los que más visitas han recibido hasta ahora; es cierto que es un dato relativo, puesto que los artículos que hemos tratado hace dos meses no han tenido el recorrido de éstos. Pero, bueno, es singular y es curioso destacar temas como el análisis realizado por tres abogados peruanos del Estudio Olaechea sobre el caso Odyssey y el tesoro de la Fragata Mercedes.

Lo que trataban en su análisis era la posibilidad de que Perú estableciese un arbitraje internacional contra España para recuperar parte del tesoro de la fragata, que ha tenido muchísima repercusión; ha sido un artículo de un abogado venezolano, Gilberto Guerrero, sobre canon arrendaticio y la facultad de los árbitros de desaplicar su prohibición.

El tercer puesto ya lo copa el covid-19 y de aquí ya podríamos hablar continuamente de artículos y noticias relacionadas con covid-19, y está firmado también por otro abogado peruano, Pablo Mori, y directamente trata la influencia que tendrá sobre el arbitraje internacional la declaración de fuerza mayor en Perú.

Como veis, Perú es casi el más protagonista en la revista, aunque, realmente, existen otros temas que quiero destacar relacionados con otro tipo de arbitrajes.

En relación con arbitrajes concretos, nos encontramos con un arbitraje que es curioso destacar porque, si bien es cierto que en América Latina este tipo de arbitrajes tienen muchísima repercusión, los relacionados con derechos humanos, en España y en Europa no son tan duales, y la sociedad no está habituada a leer y a recibir este tipo de informaciones.

El arbitraje en concreto es el arbitraje de la mina Corcoesto en Galicia, que es un arbitraje que interpuso una minera, la minera canadiense Edgewater contra el Reino de España. Lo que demandaban era la expropiación de la Mina Corcoesto, una mina de oro que la Xunta de Galicia cerró después de recibir presiones de grupos *lobbies*, y de la comunidad autóctona que defendía su medio ambiente, su zona de vida, incluso, alertando de afecciones a los habitantes y demás.

Es algo que es muy común en América Latina, que son arbitrajes que continuamente los estamos viendo, que los derechos humanos están ahí, pero es verdad que, en Europa, no. Es un arbitraje que comenzó en 2018 y la sentencia se conoció en marzo de este año.

Los otros arbitrajes que han tenido muchísima repercusión también son los relacionados con el Canal de Panamá, que no extrañarán a nadie y los *dispute arbitration boards*, que es un tema que está super candente y que recibe muchísimo interés.

El tercer arbitraje de este tipo de informaciones que ha recibido muchísima visita fue el arbitraje del Puente Chirajara en Colombia, que finalizó también después de dos años en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por otro lado, Leyli, no sé si me he extendido mucho o si quieres que abrevie para no pisar al resto de contertulios.

Leyli: Aguilar: No, estamos dentro, doctora. Estamos controlando los minutos. Una precisión más y vamos cerrando la intervención.

Noelia Marcos: Perfecto, pues, voy a cerrar con el tema ya covid-19 y toda la repercusión que ha tenido en relación con las Cortes Internacionales.

A nivel internacional, las consecuencias del covid-19 han provocado que las grandes Cortes Internacionales incorporaran a sus reglamentos y a su modo diario de vida y de servicios, pues, vieron modificado por causa de la pandemia, pues, toda su estructura casi interna.

Es curioso porque CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) anunció el lanzamiento de su sistema de archivo en línea el 1 de enero de 2020. El 1 de enero de 2020 anunció el sistema de archivo en línea y también anunció un sistema de presentaciones *online* y una cuenta pública de WeChat.

Esto podría haber alertado al resto de las Cortes Internacionales, tanto en Europa como en América Latina, como en el resto del mundo, pero estábamos dormidos. Tan sólo tres meses después, cuando la pandemia ya desembarcó totalmente en Europa, es cuando, pues, se comenzaron a notar las reacciones de las Cortes Internacionales: tres meses después de que la CIETAC ya anunciara su sistema de servicio en línea y su cuenta pública de WeChat.

Todas estas reacciones de las Cortes Internacionales se produjeron alrededor del mundo, desde el CRCICA, El Cairo Regional Centre, The International Commercial Arbitration que, pues, notificó ya directamente sus servicios semipresenciales, la CAM Santiago en Chile, que cerró sus instalaciones para cubrir sus servicios completamente *online*. Hoy día vi que, aunque ya disponibles servicios *online*, dio muchísimo protagonismo y puso especial énfasis a la seguridad de las conexiones.

Casos especiales, como el de Hong Kong International Arbitration Centre, también son curiosos de resaltar, dado que en ningún momento la CIETAC cerró sus instalaciones; anunció la implementación de medidas extra de seguridad higiénica y controles varios, sin más.

Otros ejemplos que podría desglosar, pues serían los de la AAA que, realmente, dejó la decisión de realizar audiencias presenciales a sus árbitros, fuera de sus instalaciones a los árbitros y a las partes, o el ejemplo de la CCI, que proporcionó protocolos de audiencias virtuales, y siguen los protocolos.

El caso concreto de Perú y el análisis informativo de este año, pues, bueno, a mí sobre todo, yo quiero resaltar, pues, la transparencia porque es verdad que han sido tendencia los casos *Odebrecht y lava jato*, pero es cierto que la normativa peruana y todo lo relacionado con las cortes de arbitraje,

con la Cámara de Comercio de Lima; o sea, al final todo va encaminado a asegurar la transparencia.

Una iniciativa que es loable y que me gustaría resaltar y que ha tenido también muchísima repercusión, fue la puesta en marcha del faro de transparencia impulsado por la Cámara de Comercio de Lima y, bueno, no sé si puedo extenderme más o ya, si quieras, voy acabando simplemente destacando el espíritu crítico con el que se ha afrontado desde el sector arbitral la pandemia y esta realidad que no se ha podido evitar y, simplemente, dejar interrogantes sobre cómo, qué capacidad tenemos ante las audiencias virtuales en arbitraje internacional de controlar o manipular la prueba testimonial, el incremento que puede haber de críticas al arbitraje de inversiones ante una situación en la que pueda haber audiencias virtuales y, a lo mejor, quizá, problemas de seguridad, el cuestionamiento al debido proceso, seguridad informática y confidencialidad, y a que el ahorro de gastos que sí que se da con las audiencias virtuales, pero quizá no lo sea tanto en ahorro de tiempo debido a las franjas horarias de las partes o, incluso, a que el flujo de información que se da en presencia, pues, no sea el mismo en una audiencia virtual.

Simplemente, eso. Así acabo para no extenderme más.

Leyli Aguilar: Seguro que sí hay mucho más que decir, pero teniendo en cuenta nuestra mesa de trabajo y el tiempo para poder correr y escuchar también a los demás profesionales que hoy día estamos aquí, vamos a dar pase al doctor Christian Collantes, pero voy a hacer antes una pequeña presentación de la hoja de vida del doctor.

El doctor es árbitro abogado asociado en Navarro Sologuren Paredes Grey y Abogados, es especialista en arbitraje comercial internacional, también arbitraje de inversiones, así como miembro del Club Español de Arbitraje y también de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Doctor Christian Collantes, le doy el pase para que salude y luego le hago una pregunta en relación a esta mesa de trabajo.

Christian Collantes: Muchas gracias, Leyli.

Bueno, en primer lugar, buenas tardes a todas y a todos, todas las personas que nos acompañan en esta tarde, especialmente, al Instituto de Derecho Privado por la invitación para participar de este *workshop* de arbitraje en el marco del Tercer Congreso de Derecho Civil y Arbitraje, y además también a los colegas que nos acompañan en este panel.

Leyli Aguilar: Gracias, doctor.

Doctor, ¿y usted considera que es viable hablar del control difuso en el arbitraje? Por ejemplo, a propósito de la aplicación del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, en relación a sus medidas cautelares. ¿Qué considera usted? ¿Nos puede comentar un poquito de ello?

Christian Collantes: Sí, Leyli, gracias por la pregunta.

Mira, para responderla voy a ir primero un paso adelante y luego un paso atrás. Digo que primero un paso adelante porque el viral del día de hoy ha sido, precisamente, que la Comisión de Constitución del Congreso ha formulado el dictamen con una ley que deroga, precisamente, este Decreto de Urgencia n.º 20-2020, que este decreto de urgencia, a su vez, modifica el Decreto Legislativo n.º 1071, que es el decreto legislativo que norma el arbitraje, y esta norma derogatoria, este decreto de urgencia, va a cobrar vigencia a partir de 180 días después de haberse publicado, con excepción, precisamente, del artículo 8, numeral 2, que es el se refiere puntualmente a las medidas cautelares, a propósito de tu pregunta. Y yo estuve revisando temprano este predictamen que ha elaborado la Comisión de Constitución del Congreso, lo que, precisamente, comentaba se ha viralizado el día de hoy, y, precisamente, la motivación que da la Comisión del Congreso para derogar este Decreto de Urgencia n.º 20-2020, se reduce, básicamente, a dos puntos.

Primero, una invalidez formal que hace referencia al hecho de que el Ejecutivo publicó la norma antes de remitírsela al Congreso. Eso es un

tema formal de procedimiento y una invalidez sustancial que está referida a la inconstitucionalidad del decreto de urgencia.

¿Y a qué hace referencia a la Comisión? A que, precisamente, este decreto de urgencia, si bien es cierto, puede tener una finalidad legítima, ciertamente, no se condice o contraviene, más bien, derechos constitucionales como el de la igualdad, que en el caso puntual del arbitraje, se materializa en el principio de igualdad de armas.

Y además de estos dos puntos, vicios formales y sustanciales, lo que le dice la Comisión... la Comisión le da un mensaje al Ejecutivo bastante claro. Le dice al Ejecutivo: «A ver, si es que tú deseas proponer alguna modificación normativa a los arbitrajes en los que una entidad de la administración pública es parte, cualquier entidad, hazlo a través de una norma especial, y no lo hagas en el Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje, que está pensado, previsto, más bien, para los arbitrajes comerciales privados. Para los arbitrajes entre privados».

Y ya con eso doy el paso hacia atrás para poder contestar tu pregunta y poder contextualizar cuál es el objeto de este decreto de urgencia n.º 20-2020.

Como mencionaba hace un minuto, precisamente, la razón de ser de este decreto de urgencia es modificar varios artículos de la ley de arbitraje peruana. Y, puntualmente, respecto al tema de las cautelares, existe una modificación de este decreto de urgencia previsto en el artículo 8, numeral 2, que hace referencia a los arbitrajes en los que el Estado es parte, y te dice: «Los arbitrajes en los que el Estado es parte —más o menos el texto dice así— en los arbitrajes en los que el Estado es parte y es la parte afectada, ante una solicitud cautelar, la parte solicitante, léase el contratista, la parte privada, tiene que entregar a la entidad una carta fianza con las características propias que la ley establece para las cartas fianza incondicionadas y demás, equivalente al monto de la carta fianza de fiel cumplimiento».

Entonces, ¿cuál es el problema con esta modificación? Que, desde mi punto de vista y de los eventos que he podido ser parte y participar y escu-

char, pues, al parecer la posición es unánime, excepto, claro, el del sector público ciertamente. Es que la norma es abiertamente inconstitucional y esto es, básicamente, porque se vulneran dos derechos constitucionales.

El primero, que es el derecho a la tutela cautelar, y el segundo, que es la vulneración al derecho de igualdad que, como mencionaba hace un momento, se materializa, se concretiza en el principio de igualdad de armas, al otorgársele o, mejor dicho, al dejar una carga sobre una de las partes que, a todas luces, no es sino una barrera al acceso a la justicia cautelar.

En ese sentido, no me voy a detener en el trasfondo en la exposición de motivos de la norma, sino más bien en la solución, que es el tema del control difuso, al que hacías referencia con tu pregunta, Leyli. Y voy, precisamente, a esto. De hecho, el Tribunal Constitucional, a través del caso que es ampliamente conocido desde las aulas de derecho, el *caso María Julia*, ha establecido que, al ser el arbitraje una jurisdicción, los jueces pueden también aplicar control difuso contra normas que contravienen la norma constitucional, y como bien mencionaba hace un momento, precisamente, tenemos dos derechos que se ven vulnerados, como son el derecho de igualdad y el derecho a la tutela cautelar o al acceso a la justicia.

Entonces, existen casos ya, tanto en tribunales arbitrales e inclusive procedimientos de árbitro de emergencia, en los que los árbitros están aplicando el control difuso, y se están apartando de esta norma, precisamente, por vulnerar estos derechos constitucionales.

Sin embargo, existe otro grupo de árbitros que no ha tomado en cuenta esta posición y la sustentan, básicamente, en que el Código Procesal Constitucional establece expresamente lo siguiente; señala, a ver: «Solamente se podrá hacer este ejercicio del control difuso cuando se trata de un caso en el que dependa la validez del laudo arbitral». Es decir, solamente se podrá ejercer sobre una norma, aplicable al caso, de la que dependa la validez del laudo arbitral.

Entonces, aquí hay un problema, porque, desde mi punto de vista, esta interpretación sería errónea porque se interpreta que la decisión emitida

da por un árbitro o por un tribunal arbitral, una decisión cautelar no tiene el mismo rango que un laudo; que una decisión final, léase un laudo, en el proceso arbitral principal.

Entonces, en mi opinión, esta posición no sería correcta, básicamente, porque la ley de arbitraje establece que una medida cautelar puede adoptar la forma de un laudo. Eso en primer lugar, y en segundo lugar, porque el proceso cautelar es un proceso en sí mismo para obtener una tutela de urgencia.

De hecho, no por el hecho de tener una relación de dependencia con el proceso arbitral principal, ello implica que automáticamente el proceso cautelar carezca de autonomía procedural. Y esto cobra mayor sentido si nosotros pensamos en el hecho de que si no existiera una decisión final cautelar, léase una decisión final, que da por concluido el procedimiento cautelar, el laudo del procedimiento principal del proceso principal, perdería toda eficacia o podría carecer de eficacia.

Entonces, bajo estos dos argumentos, yo soy de la posición de que la aplicación del control difuso por parte de los árbitros es viable, es necesaria, y de hecho, esta posición adquiere mayor fuerza, no solamente por un tema doctrinal, académico, pues, recientemente, se han publicado varios trabajos, precisamente, en el mismo sentido, y sino también porque el propio Congreso, a través de esta Comisión de Constitución, ha declarado expresamente que esta norma es inconstitucional por las razones que acabo de manifestar.

Con eso cierro mi participación con respecto a esta pregunta, Leyli.

Muchas gracias.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor, muchas gracias.

Bien, vamos a dar pase al doctor Jhon Jara, pero antes voy a hacer la pequeña precisión, como siempre, a su reseña.

El doctor es asociado del Estudio Barrios & Fuentes Abogados, él es especialista en contrataciones, también en arbitraje. Es exfuncionario público y asesor en varias entidades públicas.

Doctor, le damos la bienvenida.

Jhon Jara: Leyli, hola, buenas tardes. Muchas gracias a todos por compartir esta mesa. Saludar a Noelia, a Sergio, a Christian y agradecer también a Idepriv por la invitación.

Leyli Aguilar: Muy bien, doctor. Así es, hay que agradecer a Idepriv por hacer viable y por darse este Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Bien, doctor Jhon, ¿usted cree que es necesario hablar ahora de una derogación de este Decreto de Urgencia n.º 020-2020? ¿Usted cree que contribuiría en algo o no? ¿Cuál sería su comentario en relación a esta consulta?

Jhon Jara: Muchas gracias, Leyli.

En realidad, un poco, haciendo una concatenación con lo expuesto por Christian, básicamente, es resumir un poco el escenario y verlo desde una perspectiva un poco más de lógica y razonabilidad, más allá de los temas de la Constitución, si realmente ha cumplido los procedimientos establecidos en la Constitución Política del Perú o el reglamento del Congreso de la República, entre otros, el tema pasa por críticas muy puntuales y aspectos muy puntuales que se han venido conversando en diversos foros de arbitraje, a nivel nacional. Esto es, que era tan necesario en febrero, más o menos, de este año, emitir un decreto de urgencia que modifique la ley de arbitraje, independientemente de que el Estado estaba facultado o no para emitir los decretos que correspondía, era oportuno hacerlo en este momento, modificar o “hacer al guerrazo” una norma que tiene una clara connotación o una clara percepción sobre aspectos, digamos, o puntos de vista de una sola de las partes, porque independientemente de cómo podamos o cómo queramos revisar y ver el Decreto de Urgencia n.º 020-

2020, es a todas luces que dicha norma está pensada por funcionarios, por personas que ven la óptica del arbitraje en contrataciones del Estado. Por ejemplo, desde el punto de vista del Ejecutivo, del Poder Ejecutivo.

Entonces, para este punto necesario, urgente, extraordinario, algo de vida o muerte porque denominarlo de una forma muy exagerada, era modificar la ley de arbitraje con un decreto de urgencia; usar una prerrogativa de esta manera, razonable y lógicamente, se ha visto y se ha tenido una conclusión mayoritaria que no era razonable. No era razonable porque las modificaciones que se han impuesto, más allá de que tengan una, digamos, motivación o sustentación, no se condicen tanto si es que quien lo evalúa o quien lee y revisa esta exposición de motivos es un practicante del arbitraje y conoce y está metido en el día a día de estos temas.

Entonces, ¿partimos por el tema de que era necesario, oportuno? No, no lo era. El hecho de que hayan cambiado algunas normas, o como lo ha indicado Christian, una de las más importantes, que era, justamente, establecer que el contratista, para solicitar la medida cautelar era garantizar dos veces al Estado, no ha modificado en casi mucho las cosas.

En realidad, lo que ha hecho es, como lo veo yo siempre desde una perspectiva de contratista, muy sincero en ese sentido, más bien lo que ha hecho es espantar a los contratistas, a las empresas españolas, las empresas ecuatorianas, empresas colombianas que estaban viendo el mercado peruano como un mercado interesante para invertir y para generar temas de inversiones, y lo que han visto es, más bien, que tienen un escenario, una regulación normativa que es tan cerrada, que es como decir que el Estado es el único que tiene que tener todas las garantías del mundo para que un contratista, por así denominarlo, es mi punto de vista muy personal, un contratista abusivo venga y aproveche de las pocas prerrogativas que tiene el Estado en cuanto a las normas de contrataciones.

Ése, más bien, es el mensaje que se ha dado con este decreto de urgencia; un mensaje desde el punto de vista económico en materia de inversión totalmente nefasto.

Ahora, otro punto que también quisiera conversar con ustedes, es, simplemente, el hecho de que el decreto de urgencia como tal, al haber mandado este mensaje y al generar en este momento, por ejemplo, la solución que ha comentado Christian, sobre la necesidad de un control difuso, pues nos lleva a una sencilla razón de decir que no era oportuno, no era necesario y debe derogarse ese decreto de urgencia.

Ahora, debe derogarse porque no le hace un bien, en el sentido de generar un mejor ambiente jurídico o de inversiones, para efectos de que el Perú pueda salir, por ejemplo, de esta recesión que estamos teniendo por la pandemia.

Bien lo ha dicho Noelia, la pandemia que nadie la consideraba el año pasado, ahora ha sido, pues, el tema central, y en un escenario como el que estamos ahora, con esta pandemia, poner una norma de esta naturaleza, lo que más hace es espantar o caer más nuestra recesión económica, que generar un ambiente económico para traer inversiones.

Entonces, desde el punto de vista de un contratista, de un inversionista, tener un marco normativo tan cerrado, tan desigualitario, tan absoluto para el Estado, que lo hace ver como el pobre, como la víctima, no es lo mejor.

Recordemos que una de las razones, y con esto voy terminando mi participación, una de las razones que se tuvo para incorporar al arbitraje o la conciliación como mecanismos de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado, y desterrar las soluciones del Poder Judicial o de intervención del órgano jurisdiccional, era justamente darle un mensaje al inversionista. Al contratista decir: No te preocupes, las soluciones de tus problemas van a ser rápidas, van a ser eficientes y van a tener un impacto sin ser muy, digamos, pragmáticos, van a tener un impacto muy grande en el tema de la inversión en el Perú. Porque un contratista, que sabe una vía eficiente y rápida de solución de controversias, sabe que va a tener que aguantar ciertos costos para reclamar una controversia, pero que, finalmente, lo va a poder solucionar y va a poder continuar con su inversión, que

para un comerciante o, digamos, para un inversionista, en términos muy simples, el tiempo es oro, más que incluso algunos aspectos.

Entonces, en ese sentido, si ésa fue la intención de poner al arbitraje en el marco del mecanismo de solución de controversias en la ley de contrataciones, poner un decreto de urgencia que pone estas normas y que establece este marco normativo tan desigualitario o tan cerrado, pues es borrar con el codo lo que has escrito con una mano, a veces señalado en ese sentido.

Se ha reconocido siempre que el arbitraje en el Perú, es uno de los medios más eficientes, más allá de las situaciones que se hayan dado particularmente con Odebrecht y lo demás, pero el arbitraje siempre ha demostrado ser un mecanismo de solución de controversias muy eficiente a comparación del Poder Judicial.

Gracias.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor.

Bien, vamos, también tenemos la participación del doctor Roger Vidal.

Antes de darle el pase, como siempre, una pequeña reseña de él.

El doctor Roger Vidal es magíster en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a la vez también es candidato a doctorado en la misma casa de estudios y es docente por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la San Martín de Porres.

En ese sentido, doctor Roger Vidal, como siempre es un gusto saludarlo y compartir con usted esta importante mesa de trabajo, y así le consultamos lo siguiente.

De acuerdo a nuestra ley de arbitraje, ¿usted nos podría explicar cómo es que viene regulándose el convenio arbitral?

Roger Vidal Ramos: Buenas noches, Leyli. Primero, agradecer la invitación al Instituto de Derecho Privado. Saludo acá la presencia de mis colegas, de Christian Collantes, la doctora Neolia Marcos, el doctor Sergio Casassa, el doctor Jhon Jara.

Bien, antes de empezar a responder el tema de fondo, debemos de recordar que el convenio arbitral representa la máxima expresión de la autonomía privada entre las partes.

Recordemos que el convenio mediante el cual, sobre todo el arbitraje comercial, o sea, el acuerdo de las partes que, de manera libre, lícita, van a vincularse contractualmente para que un tercero, llamado árbitro de un tribunal, pueda resolver cualquier tipo de controversia.

Ante esto, la ley peruana de arbitraje tiene dos artículos: el artículo 13 y el artículo 14.

Vamos a hablar del artículo 13. El artículo 13 a criterio personal lo divido de dos formas. Tenemos los arbitrajes solemnes, escritos en sus diversas formas. La primera es que se encuentra en un contrato en la cláusula de solución de controversias. Puede ser un acuerdo sencillo, complejo.

El otro supuesto es el que vamos a entender que la contraparte está aceptando el arbitraje cuando contesta la demanda, la petición de arbitraje o ciertas conductas expresas que determinan que él está conforme con litigar en un proceso arbitral.

Y tenemos también los convenios arbitrales electrónicos, por llamarlos de alguna forma, que pueden ser por correos electrónicos, medios similares que van a acreditar de alguna forma que existe un convenio entre las partes.

Y la segunda parte y la que me preocupa mucho a criterio personal, son los convenios tácitos. La ley, en una parte, establece lo siguiente: que ciertos actos o conductas o por cualquier otro medio, va a permitir que los árbitros y las partes dan a entender la preexistencia de un convenio arbitral.

Entonces, de manera breve lo vamos a dividir en convenios arbitrales expresos, firmados en sus diversas modalidades de manera tradicional con una firma de un contrato, con medios electrónicos, y la segunda parte que, a mi criterio, son tácitos y que es bastante peligroso.

En mi práctica profesional y en mi tesis doctoral estoy en la postura de que se tendría que desterrar estos convenios tácitos, porque si no encuen-
tras una respuesta para la oferta, por llamarlo así, de arbitraje, no existe un medio probatorio que acredite el árbitro o el tribunal los poderes que lo hacen competente. Están habiendo algunas malas prácticas donde algunos malos árbitros, pese a no tener medios probatorios de la preexistencia del convenio arbitral, de manera forzada se declaran competentes. Y eso está siendo mal utilizado por algunos centros de arbitraje que, lógicamente, no son los más prestigiosos de Lima o provincia, y algunos malos árbitros, pero ustedes dirán que eso también es una causal de anulación, que podría ser conocida en vía judicial, pero, sin embargo, hay personas que son víctimas de ellos. Considero que siempre deberíamos interpretar que el convenio sea escrito, que es una respuesta o algún medio que pueda acreditar eso.

En conclusión, tendríamos los convenios arbitrales expresos, escritos en sus diversas formas, y los tácitos, que son los que me preocupan más.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor.

Vamos siguiendo con nuestro programa y vamos a dar pase ahora al doctor Sergio Casassa. Antes, un pequeño resumen de él.

El doctor es abogado por la Universidad Particular San Martín de Po-
rres, es magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú con men-
ción en derecho procesal.

Es profesor de postgrado y pregrado de la Pontificia Universidad Ca-
tólica del Perú y de la Universidad San Martín de Porres.

Doctor, ¿cómo el juez controla la eficacia ejecutiva del laudo arbitral, previo al inicio de su ejecución?

Sergio Casassa: Bien. Bueno, ante todo, buenas tardes. Un saludo con todos.

Voy a intentar ser breve. Partamos de la idea de que la ejecución de un laudo parte de un título ejecutivo, entiéndase laudo, que es un título ejecutivo de naturaleza judicial.

El artículo 68 de la ley peruana de arbitraje establece que, como título ejecutivo, para efectos de su ejecución, se tendrá que adjuntar la copia del laudo arbitral, de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones, exclusiones, y, obviamente, en mérito a esto se va a proceder a solicitar la ejecución.

El punto pasa porque en la judicatura se ha venido discutiendo mucho y, si es que el juez puede o no controlar *ab initio*, es decir, inicialmente, la formalidad o la eficacia ejecutiva del laudo.

Hubo un pleno jurisdiccional regional en el año 2014, en Chachapoyas, el cual dijo que no, que, simplemente, por el solo mérito de los documentos a que hace mención el artículo 68, el juez tenía que, de una u otra manera, expedir la ejecución, y esto, obviamente, porque no se puede entrar a calificar los fundamentos del laudo porque el laudo dice que tiene calidad de cosa juzgada. Listo.

Sin embargo, en los años siguientes, y entiéndase en el 2015 y en el 2016, a raíz de un pleno distrital comercial y un pleno regional que se vio acá en Lima, dijo que, en efecto, el título está compuesto por documentos, pero eso no quita que el juez, puede, ojo, puede evaluar los requisitos del título.

Claro, no deja de ser un título judicial, pero título al fin y al cabo, y el cual después de su ejecución puede controlar, y se refería a que debe tener una obligación cierta, exigible, líquida o liquidable.

Y, obviamente, lo que de una manera vino a sostener, es que se puede ver los aspectos formales, mas no los aspectos de fondo.

Y la premisa de la que debemos partir, que es la que impera hoy en día, con la que yo comparto, es que, en efecto, el juez tiene la facultad de examinar el título, entiéndase laudo, pero únicamente los aspectos procesales.

Y ¿por qué? Porque, obviamente, el juez lo que tiene que verificar es la eficacia ejecutiva, es decir, los elementos extrínsecos, porque los intrínsecos ya han sido, de alguna manera, ya son competencia de la revisión por los jueces superiores a través del proceso de anulación del laudo y los jueces constitucionales, a propósito de los procesos constitucionales de amparo.

Entonces, cuando ustedes me dicen, ya pero que puede, al final debe ver un juez, ¿qué tanto puede revisar un juez inicialmente?

Punto uno, hay que ver la regularidad formal del laudo. Veamos, por ejemplo, cómo en el artículo 8. El artículo 8, de alguna manera nos ayuda a ver el tema de la competencia, porque si se ponen a ver, el artículo 8 establece que el juez de ejecución será el juez comercial o, eventualmente, el juez civil.

Claro, lo que todos pueden decir: «Sí, pero ahí tienen un problema».

Bueno, les comento que en el año 2017 que se convocó un pleno distrital en Lima, en donde justamente se sometió a la pregunta si es que, en efecto, los jueces comerciales eran competentes, tanto para los recursos de anulación de laudo como de ejecución de laudo, el tema de materia previsional.

Y es que, de alguna manera, hay casos en los cuales, que eran de naturaleza previsional y que al amparo o a una interpretación a rajatabla del artículo octavo, se pretendían ejecutar en juzgados comerciales.

La respuesta fue unánime; dijeron no, esto lo tienen que ver la sala y juzgados laborales. Eso no tiene nada que ver. Con lo cual es un punto a considerar, porque la competencia como presupuesto procesal, es algo que el juez puede controlar.

Puede controlar también los requisitos de la demanda, la capacidad procesal, verificar la regularidad del poder del ejecutante, ver la legitimación activa y pasiva. ¿Por qué no? también verificar los requisitos del título, es decir, la obligación contenida en el laudo. Ojo, en ningún momento me estoy metiendo a referir al tema de fondo, simplemente, que la obligación exigida sea cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable. ¿Y por qué no? También ver los requisitos formales del laudo. Porque recordemos el artículo 55 y el 56 de la Ley General de Arbitraje expone ciertos requisitos que todo laudo debe tener, como, por ejemplo, que sea escrito, firmado por los árbitros, que esté en un documento legible y completo, con lo cual, si nos damos cuenta, sí hay elementos que un juez debe necesariamente verificar sin que esto importe una intromisión en la atribución de los árbitros.

Un juez tiene toda la facultad, todo el deber de verificar los elementos extrínsecos del título, mas no los intrínsecos.

Ésa sería mi respuesta a la pregunta planteada.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor Sergio.

Vamos a dar nuestra segunda rueda, pero va a ser así, lo más puntual, estimados colegas.

Primero con Noelia.

Noelia, en el caso de la consulta sería, en el caso concreto del arbitraje en el Perú y su análisis desde el punto de vista informativo en estos últimos años, ¿cuál sería tu opinión en relación a esto, de manera muy concreta y precisa, por favor?

Noelia Marcos: Sí, ya traté en mi primera intervención muchas cosas y creo que me repito, es la transparencia, la claridad con la que se ha percibido la corrupción y la constatación del trabajo que aún debe hacerse para lograr que los jueces comprendan los entrecejos del arbitraje.

Son algunas de las cosas buenas que se han extraído de todos los procesos y de todo lo vivido, y ahí me quedo, en la transparencia y la claridad del proceso. El espíritu crítico.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, Noelia.

El doctor Christian. Doctor Christian, en relación al arbitraje en contrataciones, ¿usted considera cuál o qué tipo de arbitrajes sería el mejor para aplicar, teniendo el arbitraje institucional o el arbitraje *ad-hoc*? ¿Qué considera desde su propia experiencia?

Christian Collantes: Gracias, Leyli.

A ver, voy a responder tu pregunta con otra pregunta. Yo partiría desde esta interrogante, Cómo solucionar realmente los problemas que aquejan a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento a través de constantes reformas, como hemos visto en los últimos años o a través del fortalecimiento de la institución arbitral.

Y parto de esta idea porque tengo la impresión y estoy seguro de que, bueno, es una impresión sostenida en algo claramente visible y es que me parece que hemos entrado en un círculo vicioso en el que un circuito de derogar, modificar, dejar sin efecto la modificación o modificar la modificación de la Ley de Contrataciones del Estado, y me parece que en este tipo de prácticas, hay algo que los psicólogos sociales denominan complejo de Adán, que es, más o menos, que algunas personas tienden a hacer el tema de borrón y cuenta nueva, y aterrizarán a nuestro contexto social o político social, es más, muchas veces que funcionarios públicos cuando ingresan, lo primero que hacen es modificar lo que hizo el funcionario anterior, y prueba de ello es, precisamente, la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, que creo que ha tenido una modificación por cada gobierno e, inclusive, en algunos gobiernos ha tenido una modificación, inclusive.

Entonces, hago este preámbulo, porque me parece que este tipo de modificaciones, lo que hacen es restar a la vocación de plenitud que tiene una norma, a su predictibilidad y, más bien, nos pone en un contexto de

fugacidad de la vigencia de la norma que está sujeta, más bien, a intereses coyunturales, a situaciones coyunturales. Se regula o se propone unas regulaciones sobre la base de las excepciones y no de las reglas; de las situaciones patológicas y no del deber ser, que es lo que, finalmente, busca toda norma jurídica.

Entonces, dentro de este marco, tenemos varios proyectos de ley que hacen referencia muy puntual a modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado, a propósito de situaciones aisladas de corrupción, que creo yo son innegables, y que siguen sus investigaciones, pero que, en mi opinión, no debería regularse en base a situaciones patológicas o en base a excepciones y no a reglas.

Y hay ejemplos de ello. Por ejemplo, el Proyecto de Ley n.º 880 del 2016, proponía la completa eliminación del arbitraje *ad-hoc* en contrataciones públicas.

Otro proyecto de ley sugería la intervención desproporcional de la Contraloría General de la República sobre los árbitros en materia de contratación pública.

Otro proyecto de ley buscaba establecer responsabilidad penal sobre los árbitros, asimilándolos como si fueran funcionarios públicos.

Hay proyectos de ley de todo tipo, por ejemplo, había uno que es el 1088 del 2017, que tenía como objetivo de que para ningún caso, cuando se trate de un arbitraje institucional, sería requisito encontrarse adscrito a la nómina de árbitros de dicha institución.

¿Y con ello qué se buscaba? Que las instituciones arbitrales tengan las puertas abiertas o las ventanas abiertas para que árbitros que no cumplían con los requisitos exigidos, pues, estas instituciones privadas, al tener la puerta cerrada, puedan meterse por la ventana.

Entonces, se tiene este tipo de proyectos de ley que, en realidad, obedecen más a otro tipo de intereses no jurídicos, más políticos y coyunturales.

les que, en mi opinión, generan una suerte de un falso conflicto, una falsa dicotomía entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad-hoc*, cuando más bien creería yo lo que se debería buscar es fortalecer la institución, toda vez que existen ventajas y desventajas en ambos casos.

Por ejemplo, se ha dicho que todos los árbitros que no pertenezcan a una nómina de árbitros y que ejerzan arbitrajes *ad-hoc*, usualmente, son los menos preparados o que tienen o que son más susceptibles a incurrir en actos de corrupción. Sin embargo, si analizamos el número de árbitros que han sido investigados en los últimos sucesos coyunturales, a propósito del caso *Lava Jato* y demás, de una revisión, de un simple estudio se va a poder identificar que hay casos en ambos lados.

Creería yo que la calidad profesional y ética de un árbitro no se rige en base al tipo de institución arbitral o el tipo de arbitraje en el cual ejerce su labor, sino más bien es una cuestión ya de las personas y no de las instituciones o de las leyes.

Y así como ello, hay muchos otros mitos que existen, tanto sobre el arbitraje institucional como sobre el arbitraje *ad-hoc*.

Por ejemplo, se dice muchas veces que el hecho de que el arbitraje haya sido por una cuestión de política de Estado asignado como obligatorio para el Estado, ha coadyuvado a la proliferación de las instituciones arbitrales y ha conformado un oligopolio entre éstas, impidiendo un mercado más abierto, y eso no es tan así. De hecho, en los últimos años se ha visto el nacimiento de nuevas instituciones arbitrales; hay instituciones arbitrales en todo el país, y de hecho es un mercado abierto; es un mercado abierto para que las partes, en atención a la autonomía privada que rige, precisamente, el arbitraje, puedan hacer la asignación de controversias, de sometimiento a controversias de acuerdo al programa de intereses y al reglamento que mejor se ajuste, precisamente, a ese programa de intereses.

Y, bueno, ya con estas ideas voy cerrando. En mi opinión, se han dado casos de corrupción, tanto en los casos *ad-hoc* como en los institucionales. Es un tema de las personas, no de las instituciones, y mucho menos

de las normas, y en mi opinión, este tipo de situaciones ha generado una soberregulación, una propuesta de regulación que en el Congreso o en el Ejecutivo, a veces, tú ves o uno analiza o realiza el análisis costo-beneficio y es un párrafo que es un copia y pega; es un párrafo de estilo, y no se hace ningún análisis costo-beneficio sobre las propuestas normativas.

Y ello, desgraciadamente, no coadyuva a mejorar la institucionalidad del arbitraje; y, más bien, lo fracciona.

Entonces, en mi opinión, esta falsa dicotomía sobre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad-hoc*, en realidad, no nos lleva a ningún lado.

Dicho sea de paso, si bien es cierto, en la Ley de Contrataciones del Estado vigente y su reglamento, vigente también, la política pública estatal asigna como arbitraje preferente el arbitraje institucional, asignando un umbral para el arbitraje *ad-hoc*, también es cierto que la prepublicación de la Ley de Abastecimiento General, no hace esa distinción o no hace un umbral ni hace una lección sobre un arbitraje sobre otro. Entonces, habrá que esperar la publicación definitiva de dicha norma para ver cuál, si la política del Estado varía respecto a ese extremo, o se mantiene.

Y, solamente era para cerrar, discúlpame Leyli, en mi opinión, los resultados desfavorables al Estado no obedecen exclusivamente al arbitraje. Se ha satanizado al arbitraje, y en mi opinión, ello no es así, y yo creería que, más bien, las fuentes de las deficiencias en el Estado se advierten desde la etapa de planeamiento a través de expedientes técnicos errados, deficientes consultas, observaciones, a veces, en la etapa de licitación, inexperiencia en la gestión contractual o, inclusive, fallas de coordinación interna entre las propias dependencias de las entidades.

Yo creo que el tema va más por ahí, en vez de buscar normas que, de alguna u otra manera, fraccionen la institucionalidad del arbitraje.

Con eso cierro.

Leyli Aguilar: Gracias, doctor. Muy bien.

Vamos a prestar un minuto por cada una de las personas que nos toca porque ya tenemos que cerrar esta mesa, pero no vamos a dejar de contestar algunas preguntas sumamente importantes. Para el doctor Jhon Jara, ¿es necesario modificar la Ley de Arbitraje cuando interviene el Estado? ¿Qué considera, doctor, usted?

Muy puntual, por un minuto nada más y seguimos dando el pase a todos para cerrar con tranquilidad sus intervenciones.

Jhon Jara: Ya, no te preocupes. Va a ser muy concreto.

La técnica legislativa que tenga que ver las cosas de la manera más simple y más objetiva. No puedes confundir las cosas, no puedes meter en una ley general un aspecto muy importante como el de los funcionarios públicos en muchos aspectos.

Gracias, Leyli.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor.

Pasamos ahora sí al doctor Roger Vidal. Doctor, ¿cuál sería el alcance de la función arbitral y cuál es la relación con el principio *kompetenz-kompetenz*? ¿Qué opina, doctor? Puntual, un minuto, extremo.

Roger Vidal Ramos: Bien, conforme a mi primer comentario sobre la aprobación del convenio arbitral, considero que un tribunal, un árbitro, ante la no preexistencia de un medio probatorio que me acredite que existe un convenio arbitral, se debería declarar incompetente.

Con eso está mi respuesta. La competencia del árbitro va a nacer de un convenio arbitral lícito, válido, y ante la inexistencia, tanto el centro de arbitraje como el árbitro del tribunal, se debería declarar incompetente.

Gracias.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor, por su respuesta. Ha estado muy puntual.

Bien, pasamos al doctor Sergio. Doctor Sergio, su última pregunta de esta rueda, de esta mesa de trabajo n.º 1, doctor Sergio, ¿se puede ejecutar un laudo frente a un tercero que no ha participado en un arbitraje?

Tiene un minuto, doctor.

Sergio Casassa: OK. El tema es sencillo. No se puede ejecutar laudos en contra de terceros que no han participado en el arbitraje.

Los árbitros, de alguna manera, tienen que partir de dos principios: el primero es que el árbitro no tiene jurisdicción sobre derecho de terceros, y además tiene que asegurarse siempre de emitir un laudo válido y, digamos, ejecutable.

Y, de hecho, inclusive, laudos frente a terceros; el último precedente del Tribunal Constitucional, el caso *María Julia*, en donde permite el amparo excepcionalmente contra arbitraje, justamente, por terceros que, de alguna manera, se ven perjudicados por haber sido involucrados, pese a no ser parte del proceso.

Inclusive, en plenos jurisdiccionales del año 2010 ya hay pronunciamientos, pero que permiten, obviamente, que se le notifique el mandato de ejecución cuando se va a afectar a terceros, en tanto que se advierta que hay un interés que puedan tener ellos, es procedente también, se fijó como pleno, procedente su incorporación en tanto y en cuanto se verifique el interés que tienen, y también se fijó que llegado el momento, si se declara fundada la oposición o contradicción, obviamente, este laudo era inejecutable frente a terceros. Con lo cual, regresamos a la primera idea que expuse, y es que no se puede ejecutar laudos en contra de terceros que no han participado en el arbitraje.

Gracias.

Leyli Aguilar: Muchas gracias, doctor Sergio.

En ese sentido, damos por cerrada esta mesa de trabajo n.º 1, agradeciendo a los profesionales que han participado. Ha sido un gusto contar con cada uno de ustedes: la doctora Noelia Marcos y los doctores Christian Collantes, Jhon Jara, Roger Vidal y Sergio Casassa.

Agradecemos también al Instituto de Derecho Privado (Idepriv) por permitirnos participar en esta importante mesa n.º 1.

Damos pase a la mesa n.º 2.

Buenas tardes, nos estamos viendo y continuamos escuchando a los demás profesionales en las siguientes mesas de trabajo.

Gracias.

MESA N.º 7 EL WORKSHOP DEL ARBITRAJE

Nina Leguizamón Báez (moderadora)

Andrea Vissani

Yovana Flores Cayllahui

Alonso Bedoya Denegri

Nina Leguizamón Báez: Bueno, hola, muy buenas noches, mi nombre es Nina Leguizamón y ahora vamos a empezar con la mesa n.º 2.

Antes que nada, quisiéramos agradecer a todos los organizadores del Tercer Congreso de Derecho Civil y Arbitraje, a todas las personas que están siguiendo este evento y, por supuesto, a nuestros excelentes panelistas del día de hoy.

En esta mesa vamos a tratar figuras muy novedosas que están surgiendo a medida que el arbitraje va avanzando y presenta nuevos aspectos que se tienen que tomar en cuenta.

Sin más preámbulos, quisiera darle, en primer lugar, la palabra a la doctora Vissani, para que nos pueda explicar una figura muy importante que ha surgido últimamente, que es la figura de los terceros financiadores del arbitraje.

Entendemos que las reglas de la CCI del 2021 regulan esta figura y queríamos preguntarle específicamente qué establecen estas nuevas reglas sobre los terceros financiadores.

Tiene la palabra la doctora.

Andrea Vissani: Gracias por la presentación.

Antes que nada, buenas noches a todos. Aquí en la Argentina es ya buenas noches, buenas tardes a mis colegas que están en otros sitios.

Quiero agradecer también la invitación, primero al Instituto de Derecho Privado de Perú y también al doctor Marcos Silva Santisteban, a quien la pandemia nos ha dado la oportunidad de conocernos y poder intercambiar algunas charlas.

Bien, ya adentrándonos al tema, hablar del financiamiento por terceros o su acrónimo en inglés, es el *third-party funding*, podemos hablar de que para hacer una introducción muy breve, antes de adentrarnos al tema de la reforma que ha sido incorporada en el Reglamento CCI y que va a tener vigencia a partir de enero del 2021, pero que ya, digamos, están elaboradas desde octubre del presente año, decir que el *third-party funding* es un instituto que no ha dado pocas polémicas, diríamos. Es decir, ha sido un instituto que ha dado guerra, por decirlo de alguna forma y controvertido en algunos aspectos.

Igualmente, creo que esto ya va a quedar para un marco teórico de investigaciones, porque no podemos negar que es un instituto que llegó para quedarse, que la intervención de terceros, que son aquellas empresas, compañías, fondos de inversión, que a lo que apuntan es a invertir activos de pleitos, de acciones judiciales o arbitrales, llegó para quedarse y que cada vez esto es un fenómeno que va creciendo a pasos agigantados.

Se abren muchos interrogantes en América Latina, ¿a cuánto estamos de esto?, ¿qué se financia?, ¿cuánto están dispuestos a financiar? Pero, bueno, eso lo podemos hablar en otra charla, pero más allá de eso, decir que quienes hablan de regular este instituto, dicen que no es lo bueno, digamos, es decir, hay que dejar un poco a la autorregulación y quizás cuando queramos regular esto, vamos a cometer demasiados errores y los vamos a encasillar.

Por esto es que hay que dejar que el mercado se autorregule; esto dicho por los propios *funders*.

Respondiendo un poco a lo que nos convoca hoy, todos sabemos que las reglas de la CCI lo que tienden es a tratar de cristalizar fenómenos que van dándose en la práctica arbitral y, de esta manera, ser un catalizador para la práctica más ágil y muchísimo más eficiente de arbitrajes tanto pequeños como grandes arbitrajes.

Y, bueno, en esta reforma, la última reforma que se instituyó en las reglas de la CCI fueron hechas por el 2017 y una de estas nuevas reformas, una de ellas es la regulación de, o más que regulación, diríamos, claro que existe este deber de revelación del *funders*, es decir, si existe en un procedimiento arbitral un tercero ajeno al pleito, al litigio, a la controversia que esté financiando a cualquiera de las partes, de hecho, que tenga un interés en el resultado del arbitraje, debe ser revelado tanto a las partes como al tribunal arbitral.

De hecho, está contemplado en la Regla 11.7 ¿Por qué? Porque habla de transparencia del arbitraje.

Entonces, esto en aras de estos objetivos, que sabemos que está la independencia, la imparcialidad, tan importante para poder preservar la institución del arbitraje como tal, son sumamente necesarios o se hace sumamente necesario revelar la identidad del inversor o del fondo de inversión, ya sea por la parte demandante o por la parte demandada, porque esto sabemos que puede existir.

Así que, bueno, esto es una primera aproximación al tema, y, bueno, podemos hacer algún otro tipo de intervención luego.

Muchísimas gracias, Nina.

Nina Leguizamón Báez: Muchísimas gracias, doctora. Y es muy interesante lo que usted dice, porque realmente hay que buscar equilibrio entre la flexibilidad, pero también la transparencia que tiene que existir en el arbitraje.

Y todas estas nuevas figuras me imagino que también presentan un desafío para los propios centros de arbitraje que tienen que tratar con estas figuras y poder regular de la manera más adecuada los arbitrajes.

Y es por esto que le quisiera dar la palabra a la doctora Yovana Flores, para que nos pueda explicar actualmente cuáles son los nuevos desafíos que están enfrentando los centros de arbitraje, al momento de tratar con estas figuras tan novedosas.

Tiene la palabra, doctora.

Yovana Flores Cayllahui: Muy buenas noches, Nina.

En primer lugar, agradecerles de antemano por la cordial invitación, y, en especial, al doctor Luis Ames por haberme invitado a participar en esta mesa virtual y compartir las experiencias que uno va aprendiendo en la carrera con tan distinguidos doctores. Para mí es todo un placer.

Bien, respecto a los nuevos retos de los centros arbitrales, esto ya ha sido materia de varios eventos en donde se ha discutido efectivamente que, a raíz de la pandemia, a todos que nos sorprendió y nos agarró de improviso, muchos centros arbitrales han tenido que ir adaptándose ante esta nueva normalidad, se podría decir.

Entonces, ante este hecho, bueno, a menos en Perú, tenemos muchos centros arbitrales que no solamente se rigen en la ciudad de Lima, sino también en diferentes departamentos del interior del país, que, obviamente, tienen una realidad muy diferente.

A raíz de la pandemia, muchos centros arbitrales han paralizado sus labores y algunos han continuado.

¿Y por qué esta diferencia? Porque, básicamente, muchos centros arbitrales sí contaban con las herramientas, con los mecanismos para poder continuar la tramitación de los procesos arbitrales con toda normalidad.

Sin embargo, en muchos centros arbitrales, básicamente al interior del país, no se contaba con esos equipos. No, no se contaba con los mecanismos idóneos para continuar. Fue así, por ejemplo, el tema del personal, el tema de los equipos. ¿Por qué? Porque la mayoría se trabajaba de manera física. O creo yo que el principal reto que han tenido los centros arbitrales ha sido, justamente, tener que, en un corto plazo, implementar esto para empezar desde cambiar sus reglas, que el trabajo era físico a virtual, y segundo, el tema de poder enseñar o inculcar a las partes que siempre han estado acostumbradas a trabajar de manera física, porque a veces se cree, y me ha pasado por la experiencia que he tenido trabajando en centros arbitrales, donde las partes eran muy reacias a poder implementar un trabajo virtual, porque no confiaban.

¿Y esto por qué? Porque, vuelvo a decir, muchos centros arbitrales no contaban, por ejemplo, con una mesa de partes virtual, o no contaban, por ejemplo, con una plataforma donde se podía acreditar el enviar un correo, sea recibido de manera correcta, por ejemplo. O, por ejemplo, los expedientes arbitrales no estaban digitalizados, entonces, producto de lo cual las mismas partes no querían.

Entonces, uno de los principales retos que han tenido los centros de arbitrajes ha sido eso, poder implementar esos mecanismos.

Acotado a ello, también, dentro del país existen muchos centros arbitrales que están dentro de otra institución. Al estar dentro de otras instituciones, muchas veces se tiene muchas limitaciones. Se han tenido que implementar también el personal clave, que es lo principal. Y acotado a ello, también vuelvo a decir, la plataforma virtual.

Yo he visto que muchas instituciones no cuentan, por ejemplo, con la plataforma, comparándolo con la de la CCL, por ejemplo, en la cual tú tienes un acceso como usuario, en la cual puedes entrar y ver. En cambio, en otras no lo puedes hacer.

Entonces, estas cositas han generado que, de alguna u otra manera, que las partes digan: «No, prefiero un trabajo físico al virtual, porque a mí me da más seguridad».

Entonces, creo yo que ése ha sido el principal reto que han tenido los arbitrajes.

Y, bueno, por el momento, sería ello y esperaré alguna otra consulta.

Nina Leguizamón Báez: Muchísimas gracias, doctora.

Y, bueno, si las partes tuvieron desafíos y también los mismos centros tuvieron desafíos, sin duda alguna, los tribunales arbitrales también se tuvieron que enfrentar a nuevas figuras que influyeron, sin duda alguna, en su participación en los arbitrajes.

Una de las figuras que más se debate el día de hoy es el *double hatting*, para lo cual le daría la palabra al doctor Bedoya a efectos de que nos pueda explicar cómo afecta el *double hatting* la independencia de los árbitros en el papel que éstos juegan en el arbitraje.

Tiene la palabra, doctor.

Alonso Bedoya Denegri: Muchas gracias, Nina. Muchas gracias también al Instituto de Derecho Privado por esta invitación. Encantado de participar en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y poder compartir mesa con este distinguido panel, y que, además, es internacional. Agradezco mucho la invitación.

Como bien comentaste tú, yo estaré tratando el *double hatting* y las implicancias que esto tiene; la imparcialidad en el arbitraje internacional y, sobre todo, en los arbitrajes de inversiones.

Sabemos que el arbitraje internacional se ha convertido en el principal mecanismo de resolución de disputas comerciales y de inversiones por supremacía, aunque es sabido que usualmente los arbitrajes comerciales

se rigen bajo el principio de confidencialidad, que, como consecuencia de ello, no solemos tener a los laudos emitidos en las principales instituciones, ya sea en la CCI o el CIAC o LCIA. No ocurre lo mismo en los arbitrajes de inversión.

En la actualidad, los precedentes arbitrales o jurisprudencia arbitral en temas de disputas de inversiones, tienden a moldear el razonamiento arbitral de casos posteriores, porque los laudos se publican, son de conocimiento público al implicar a Estados.

Y, con esto, uno el tema del *double hatting*, que es el término en inglés acuñado a la doble función que ocurre cuando una persona desempeña el papel de árbitro y de asesor legal o de abogado, simultáneamente, pero en diferentes casos, sin que éstos estén relacionados de alguna manera.

Para muchos, la propia definición del doble rol, que es, digamos, la traducción exacta del *double hatting* al español, el doble rol o la doble función que ejerce el abogado en su rol de árbitro y en la defensa, genera un conflicto con la idea de imparcialidad al decidir una disputa o cuestión legal.

Sin darnos cuenta, al nivel de arbitraje de inversión, la práctica del *double hatting* ha calado tanto que tenemos que los principales socios de las principales firmas internacionales, suelen ser árbitros, a su vez, de gran renombre y prestancia, y, lógicamente, arbitran mucho en disputas de inversiones y también comerciales.

Sin embargo, esto ha ido provocando que las recusaciones de aquellos árbitros, sea más frecuente, planteando dudas sobre la falta de diversidad y también ha ralentizado los procedimientos arbitrales, lo que menoscaba la principal ventaja del arbitraje frente a la Corte o al Poder Judicial nacional.

Y, evidentemente, esto genera una crisis de legitimidad; y lo trataré de resumir a continuación.

Según los estudios empíricos realizados por la European Society of International Law, se ha demostrado la prevalencia del doble rol de los árbitros y abogados, en el 47% de los casos de inversiones ante el Ciadi, que es la institución líder en la resolución de disputas entre inversionistas y Estados. Al menos, un árbitro actuaba como asesor legal en otro arbitraje internacional de inversiones.

De manera similar, en el 11% de los casos del Ciadi, al menos, un abogado o asesor legal de cada parte actuaba simultáneamente como árbitro en otro arbitraje internacional de inversiones.

Estos números tienen el potencial de generar una desconfianza entre los buscadores de resolución de disputas y recurrir al mecanismo tradicional de litigio.

La noción de imparcialidad ha planteado el problema de cuestiones conflictivas.

Hay muchas formas en que estos conflictos pueden surgir cuando se practica el doble rol del arbitraje y, evidentemente, esto también ocurre a nivel local, al menos en Perú. Muchos de los abogados son árbitros y abogados, me incluyo dentro de ellos: hago defensa y también he sido árbitro, pero el conflicto principal radica en la disputa sobre inversiones, porque éstas suelen estar relacionadas todas sobre la interpretación de tratados bilaterales de inversiones, TBIs que, a grandes rasgos, todos son muy parecidos y, ya que no difieren mucho en el fondo, el razonamiento detrás de un laudo arbitral puede influir significativamente en el otro.

Entonces, un árbitro que actúa como abogado en una parte, en otro caso, razonaría el laudo, de tal manera que, lamentablemente, respaldaría sus argumentos expuestos en el caso en el que actúa como abogado. Utiliza sus propios argumentos como árbitro para defender su caso como abogado.

De manera similar, los argumentos presentados por el abogado en un caso, influirán en el razonamiento detrás del laudo en otro caso en donde sea árbitro.

Y esto no es, simplemente, teórico. Esto se ha planteado en varios casos, como *Vivendi contra Argentina* y *Telekom Malaysia contra Ghana*.

La práctica del *double hatting* o el doble rol ha contribuido a otras cuestiones complementarias. Una de ellas es el problema del elitismo, según los estudios, también, digamos, el elitismo, para ponerlo en términos coloquiales, es la práctica de gobernar por unos pocos individuos selectos a los demás.

Y este doble rol del abogado-árbitro, ha permitido que los abogados actúen como abogados y árbitros simultáneamente, y esto, a su vez, ha abierto las puertas a un rápido *quid pro quo*: doy para recibir, en el que los árbitros, evidentemente, aprueban un laudo a favor de una de las partes, y son recompensados con un laudo favorable en otro caso, en el que los roles de los abogados y el árbitro se han invertido.

Tal práctica tiende a crear una especie de club de árbitros, que hacen malabares entre los roles de árbitros y abogados en una serie de casos.

Consciente o inconscientemente, el sesgo es casi siempre condenado enérgicamente. El artículo 57 del Convenio del Ciadi establece que en derecho, una parte puede recusar un árbitro, sin embargo, la inhabilitación debe basarse en la incapacidad o falta manifiesta de cualidades morales y/o profesionales, según lo dispuesto en el artículo 14 de la misma Convención, cuando un árbitro practica el *double hatting*, una parte puede proponer la recusación, pero como se ha demostrado en la práctica, estas recusaciones generalmente son simplemente formalismos y caen en el olvido y son declaradas infundadas, por cuanto no calza con lo que establecen los estándares del Ciadi, que es, obviamente, una falta de solvencia moral.

Ha habido intentos de frenar este tipo de prácticas, con éxito, tengo que decirlo. La Corte Internacional de Justicia ha emitido instrucciones según las cuales el ejercicio simultáneo de la función de juez y abogado es incompatible y afirma, además, que dicha práctica va en contra de la buena administración pública.

De similar manera, el CAS, que es el Tribunal de Arbitraje Deportivo, ha seguido el mismo ejemplo y en sus reglas prohíbe expresamente la práctica de la doble función del árbitro y que, a su vez, es abogado.

No obstante, esto no aplica en el Ciadi, sino en estos otros foros, y, evidentemente, en el Ciadi éste es un problema muy recurrente. Lamentablemente, no hay una solución a corto plazo para este tema, más que lo que se está planteando es que algunos tratados bilaterales de inversiones contengan cláusulas que prohíban el doble rol de los abogados-árbitros, incluso que prohíban, vayan al extremo de prohibir en los Estados que puedan designar a su propio árbitro y que sea, simplemente, la institución quien los designe por ellos.

Si comparamos el arbitraje con el Poder Judicial o las cortes nacionales, en la ley la mayoría de las naciones prohíbe a un juez que actúe como abogado. Además, las partes no tienen la autonomía para nombrar sus jueces, sino deben comparecer ante el juez que ha sido asignado por la propia administración de justicia.

Esta misma práctica, si fuera adoptada de cierta manera, por el Ciadi, podría reducir el problema del elitismo y el sesgo en los arbitrajes de inversión, en donde el nombramiento de árbitros, los mismos árbitros, son recurrentes y son aquellos que ejercen el doble rol.

Para concluir —perdonen, de repente, si me he extendido mucho en el tiempo— los problemas que surgen en la práctica del doble rol deben tomarse en serio, ya que plantean cuestiones que pueden afectar el fundamento de la justicia, que, finalmente, es la imparcialidad del adjudicador, del juez o del árbitro.

Con este problema han surgido otros problemas que, a su vez, han contribuido al problema del principal conflicto en el cual se está arbitrando. Entonces, la naturaleza pulcra de las disputas internacionales o de inversiones, hace que sea aún más imperativo erradicar o, al menos, mitigar el doble rol de los árbitros y abogados.

Hemos visto que la Corte Internacional de Justicia así como el CAS, han tomado algunos pasos para poder mitigar esto y, justamente, atándolo a los temas anteriores, creo que sí sería un rol bastante importante de las instituciones arbitrales el tener un ojo sobre quiénes son, obviamente, los principales árbitros que también litigan como defensa, y ya no sólo me estoy limitando al Ciadi, sino al arbitraje comercial que es, obviamente, confidencial, pero, obviamente, la administración de los centros sabe quiénes son los principales jugadores que están, muchas veces, en ambos lados de la cancha, pero en partidos distintos.

Muchas gracias.

Nina Leguizamon Báez: Muchísimas gracias, doctor, y éste es un tema muy importante porque, al final del día, está relacionado con la confianza que van a tener las partes en su propio tribunal y la confianza que tiene que existir en la administración de justicia, es algo que debe primar no sólo en el arbitraje, sino en cualquier medio de solución de controversias. Así que, sin duda, tiene que ser algo que, por lo menos, tiene que ser explorado y ver cuáles son las soluciones posibles.

Llegando a nuestra segunda ronda de preguntas, volvemos a la doctora Andrea Vissani y quisiera hacer énfasis en uno de los puntos que usted trató a lo largo de su intervención, y es este debate que existía entre si convenía regular o no la figura de los terceros financiadores y, en última instancia, la CCI decidió regularlos y comenzar a establecer un par de reglas para regular su intervención en el arbitraje, por lo menos, financiarlo.

Y mi pregunta es ¿cuál cree usted que ha sido la razón para que la CCI adopte esta decisión y decida esas nuevas reglas, regular la participación de los terceros financiadores?

Andrea Vassani: Bueno, Nina, muchas gracias.

Por ejemplo, en el caso *SAS contra Bolivia* o bien en el caso *SEGIB contra Turkmenistan*, se requirió, digamos, que se revelara el nombre del fi-

nanciador. Y al tribunal solamente le bastó una línea para decir o justificar que, efectivamente, procediera esta revelación en aras de la transparencia.

Entonces, no es, diríamos, un fenómeno nuevo esto de revelar o este deber de revelación en aras de lo que dijimos anteriormente.

Las reglas de la CCI lo único que consagran es el deber de revelar si existieran estos *funders* o estos financiadores, pero algo que es muy importante y que deja librado a los procedimientos que sigan en el futuro, es no inmiscuirse en el contenido del contrato entre las partes, actor o demandado, con estos *funders*.

Y esto es muy importante, porque sí ha habido jurisprudencia en que se ha pedido que se revele el contenido de este acuerdo. Y ahí ya sabemos que esto ya roza con lo que tiene que ver con la confidencialidad entre las partes, acuerdos, y no tienen por qué trascender. Pero, ha habido cuestiones en que sí se ha ordenado que sí se revele el acuerdo cuando puede existir la posibilidad de que alguno de los litigantes sea malicioso en cuanto a luego no hacer frente a las costas del procedimiento.

Entonces, pero son cuestiones netamente excepcionales. Y cuando yo hablaba de esto de la no regulación y que esto habla de lo que proponen los *funders* de no involucrarse los Estados a querer regular estos institutos, porque no harían más que ahuyentar a los *funders*, por un lado, y por el otro lado, a quienes quisieran acudir a este tipo de financiamientos.

Es importante que exista esta institución. Esto no es una cuestión personal que tiene que ver con que ayuda a equilibrar a las partes; es decir, a veces quien puede asistirle una razón, un derecho a litigar puede no contar con los fondos suficientes.

Todos sabemos que una de las ventajas del arbitraje es la celeridad, este sentido de cercanía con el tribunal arbitral, bueno, todas las ventajas que ya sabemos, pero también sabemos que un contrapeso son los costos. Al menos, iniciales luego sabemos que si hacemos una contraposición con lo que tiene que ver con la justicia ordinaria o los tribunales jurisdiccionales,

termina siendo conveniente a la larga, pero esto también es harina de otro costal, pero es importante que estos *funders* o estos fondos de inversión apuesten ahora.

También debemos señalar algo: no cualquier pleito se financia. Es decir, existe un estudio profundo, un *due diligence* que se van adelante, digamos, estos fondos tanto interno, de auditorías internas como externas, para ver la viabilidad del caso.

En general, uno de cada diez casos sólo se financia y, realmente, he podido hacer algunas averiguaciones con, por ejemplo, el gerente de Lex Finance, aquí en Perú, él me comentaba que ellos apuntan a arbitrajes muy potentes, es decir, de muchísima musculatura económica, es decir, no financian arbitrajes, digamos, de bajo calibre porque son, es la oportunidad, y ahí, diríamos, aparecen estos fondos de inversión. Esto también es una cuestión, y por terminar de cerrar esto, no recuerdo en qué mes, pero sí fue durante este año, hace muy poco, creo que en septiembre, se conformó la gran liga de los financiadores de los pesos pesados de los peces gordos, de los financiadores, formados y tienen su sede en Washington, pero conformado por los más potentes, entre Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania, han formado una liga para «defender» este instituto cuando quiera regulárselo por parte de los Estados.

Entonces, ellos esperan un gran número de casos y, de hecho, es algo que está sucediendo. Las consultas y análisis han sufrido un incremento importante. Entonces, creo que, bueno, habrá que estar a ver a cómo sigue esto. Creo que está bien que la CCI haya consagrado algo que venía dándose en la práctica arbitral en aras de la vital práctica del arbitraje para poder hacer de este fenómeno algo que promueva un negocio, no sólo para los *funders*, sino también para los despachos de abogados que son quienes analizan este tipo de demandas.

Bueno, esto es yo creo que hace que se promueva a un buen volumen de negocios, no sólo para estos monstruos, diríamos, sino también para el resto de la cadena.

Así que, bueno, Nina, ésta es toda mi intervención.

Muchísimas gracias.

Nina Leguizamón Báez: Muchísimas gracias, doctora.

Y, sin duda alguna, la flexibilidad y la posibilidad que tiene el arbitraje de adaptarse a todas estas nuevas figuras que están surgiendo, es algo muy bueno porque, justamente, hace que avance y evolucione con el tiempo.

Y, hablando de todos estos cambios que existieron, quisiera darle la palabra a la doctora Flores, que ella nos explicó mucho de cómo las instituciones arbitrales estuvieron enfrentando nuevos desafíos y aprendiendo muchas cosas, y mi pregunta en específico es, ¿todas estas lecciones aprendidas durante la pandemia, llegaron para quedarse o usted cree que cuando termine la pandemia se va a volver a lo que antes conocíamos como la normalidad?

Tiene la palabra, doctora.

Yovana Flores Cayllahui: Gracias, Nina. Te agradezco por la pregunta. Yo creo que esta nueva normalidad llegó para quedarse, definitivamente.

De hecho, yo creo que antes de la pandemia muchos centros arbitrales, muchos árbitros ya venían trabajando de manera virtual en los diferentes procesos arbitrales, sean institucionales o *ad-hoc*.

Y considero que el trabajo virtual, desde mi punto de vista, es un trabajo muy bueno, pero considero que, si es que un centro de arbitraje no tiene todos los mecanismos, efectivamente, va a tener problemas.

Sin embargo, el trabajo virtual, definitivamente, se tiene que quedar, desde mi punto de vista, porque es mucho más rápido, mucho más flexible, y garantiza igual a las partes la misma garantía de poder llevar un proceso seguro. No hay una diferenciación.

Creo yo que lo único que sería que las partes también puedan acostumbrarse a esta forma de trabajo. Vuelvo a decirlo, muchos no estamos acostumbrados, en general, a trabajar. Por ejemplo, desde mi experiencia que he trabajado como secretaria arbitral, se me hacía un poco complicado al inicio. ¿Por qué? Porque muchas veces teníamos muchos problemas con las partes porque había partes que no querían en el tema de las notificaciones, les pedía sus correos y ellas eran muy reacias. Es decir, «no, yo quiero el trabajo físico, presencial, sí o sí».

Se les explicaba, pero no. Entonces, yo creo que la idea de esto es que el arbitraje, el fin principal del arbitraje es la rapidez, la celeridad, la flexibilidad que creo que todos concordamos con eso.

Entonces, si podemos buscar alternativas que nos puedan permitir llevar el proceso de esta manera, yo creo que, definitivamente, tenemos que hacerlo.

Entonces, yo creo que esta figura sí se tendría que quedar, la del trabajo virtual, como vuelvo a decir, ya se venía dando; no es un mecanismo nuevo, creo yo, simplemente, que no, al menos en Perú, en las regiones este trabajo no estaba muy usado, se podría decir así. No sé si es el término correcto, pero no estaba muy enraizado en las partes.

Entonces, definitivamente, sí se tiene que quedar. Aprender, nuevamente, recalco que para los centros arbitrales, la finalidad también es dar la garantía, la seguridad a las partes de que los procesos arbitrales van a llevarse de la manera más correcta; de la manera que se les dé la oportunidad a ambas partes, sin vulnerar sus derechos, pero para ello, obviamente, ellos también tienen que implementar los mecanismos más idóneos con la finalidad de garantizarles a estas partes que confíen en el trabajo virtual.

Entonces, concluyo que sí, definitivamente este mecanismo se tiene que quedar y se tiene que ir implementando, mejorando.

Gracias.

Nina Leguizamón Báez: Muchísimas gracias y sí, sin duda estoy de acuerdo con usted, doctora, es algo que se tiene que quedar porque también permite que muchas personas puedan acceder a los procesos arbitrales, y esto siga fluyendo y no se detenga por diferentes circunstancias.

Volviendo al tema que usted mencionó, doctor Bedoya, sobre el *double batting*, es muy interesante el hecho de que parece que es un tema que va un poco más allá de las reglas que normalmente existen sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros. Y mi pregunta es si usted cree que la posibilidad de que un árbitro, justamente, cumpla este rol doble, debe ser algo que las partes lo deben decidir. Es decir, que es algo disponible de una parte, si decide o no permitir que un árbitro tenga esta doble función o, simplemente, es algo que debería estar totalmente prohibido y no admitir ni siquiera que las partes puedan disponer de esta posibilidad.

Alonso Bedoya Denegri: Gracias por la pregunta, Nina. Comienzo por la última parte de la misma.

No, no se puede prohibir a las partes o, mejor dicho, las partes sí pueden prohibir, simplemente, al no elegir, no designando esos árbitros porque, si saben que, obviamente, esos árbitros son socios o abogados de firmas importantes y que participan en arbitrajes, sobre todo disputas de inversiones.

Sin duda, gran peso o casi todo el peso de ello recae en las partes, pero es lo curioso y lo que me llama la atención es que hace quince años el tema en boga era que las partes no debían designar a sus árbitros porque los árbitros designados por las partes eran, obviamente, más parcializados, eran más *biased* hacia las partes que los nombraban, porque estaban, de repente, buscando más nombramientos en el futuro, tanto así que Jan Paulsson, distinguido árbitro, propuso eliminar la designación de árbitros de parte, y que sean las instituciones que nominen o nombren a todos los árbitros, pero lo curioso es que, a poco plazo, se hizo una encuesta, la encuesta anual de Queen Mary, la Universidad Queen Mary, y desvirtuó; ésta fue justamente sobre este tema y desvirtuó totalmente esta tesis porque las partes se quejan, de repente, de los nombramientos múltiples, pero, al final, las partes preferían ese sistema.

A lo que voy es que las partes igual tienen el poder de eliminar el *double hat*, simplemente, no eligiendo a esos árbitros. Pero, lo curioso es que las partes siguen en lo mismo. Entonces, si le dan la voluntad a las partes, que es el principio fundamental del arbitraje, evidentemente, las partes igual van a seguir eligiendo a los mismos árbitros, no sé si es por costumbre, si es por consejo o recomendación, pero vemos que son olas que vienen hacia el arbitraje, pero, finalmente, el mar se termina retirando después de un tiempo.

Entonces, yo creo que este *double hat* ahora, en los últimos años, ha levantado suspicacias, pero yo creo que en los próximos años va a terminar siendo algo más anecdotico que algo más concreto, igual que el nombramiento de los árbitros por las partes que se propuso en su momento eliminarlo, miren cómo siguió funcionando hoy en día, y es una de las principales características del arbitraje.

Entonces, yo creo que el *double hatting* está también para quedarse por un buen tiempo.

Nina Leguizamón: Perfecto, muchísimas gracias.

Y, bueno, sin duda, me parece que los tres ponentes han tocado temas en que la conclusión es que están para quedarse y son aspectos que se van a tener que tratar durante mucho tiempo. Entonces, realmente, vale la pena estudiarlos, vale la pena escuchar intervenciones al respecto sobre gente especializada que lo sabe, como ustedes, doctores, así que les queríamos agradecer. Muchísimas gracias por sus intervenciones y por todo lo que nos han enseñado, sin duda alguna, ha sido una mesa muy fructífera y se ha aprendido mucho.

Muchísimas gracias.

Andrea Vassini: Muchísimas gracias, Nina y muchísimas gracias a mis colegas y, nuevamente, al Instituto de Derecho Privado de Perú.

Ha sido un placer, muchísimas gracias.

Yovana Flores Cayllahui: Muchísimas gracias, igualmente, doctores. Espero poder coincidir en otros eventos con ustedes. Les agradezco y, sin duda, lo que he ido aprendiendo de esta mesa virtual.

Muchas gracias y un gusto poder compartir con ustedes y conocerlos.

Andrea Vassini: Muy amable.

Alonso Bedoya Denegri: Reitero mis agradecimientos. Ha sido un tremendo placer, un honor, obviamente, el participar en este tribunal, esta mesa internacional. Muchas gracias, espero también volverlos a encontrar pronto.

Andrea Vassini: Muchísimas gracias.

MESA N.º 8 EL WORKSHOP DEL ARBITRAJE

*José Luis Mandujano Rubín
Adriana Vaamonde
Eric Franco Regjo*

José Luis Mandujano Rubín: Buenas noches, me llamo José Luis Mandujano, y voy a ser el presentador de esta mesa.

Quisiera invitar a la doctora Adriana Vaamonde. Un gusto, ¿cómo está doctora? ¿Qué tal? Desde acá desde Perú, un caluroso saludo.

Adriana Vaamonde: ¿Cómo está, José Luis? Encantada de estar aquí. Muchísimas gracias. Saludos desde Caracas a todos.

José Luis Mandujano Rubín: Estimada doctora, le suplicaría su comprensión para empezar las disertaciones con usted.

Primeramente, quiero presentar a todos los que nos escuchan y a todos los colegas también, a la doctora Adriana Vaamonde, de Venezuela. Nuestra distinguida expositora es asesora legal en materia de arbitraje comercial internacional, árbitro y profesora universitaria de arbitraje, especialista en derecho corporativo por Unidev y maestra en comercio exterior por la Universidad Carlos III de La Mancha. Es directora ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, miembro del Consejo Académico del Centro de Investigación y Estudios sobre Resolución de Controversias y del Consejo Editorial de la Revista Digital *Principia*; directora del IAMPE, miembro del Club Español del Arbitraje CEAD-40 y del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Bien, estimada doctora, quedamos muy atentos a su disertación en este *workshop* sobre arbitraje.

Adriana Vaamonde: Muchas gracias, José Luis.

La verdad es que tenía previsto, pues, discutir, comentarles un poco sobre el acuerdo de arbitraje. Yo creo que hay temas que, aunque parecen básicos, no dejan de tener vigencia y de ser importante que sigamos discutiendo porque, bueno, la pandemia nos ha demostrado que el mundo cambia y que tenemos algunas cosas que podemos seguir adaptándonos.

Como una primera parte, pues, a mí me gustaría comentar aspectos básicos sobre el acuerdo de arbitraje para, una vez que tengamos claro y afianzar esos fundamentos, pues, entonces, hablemos un poco sobre las cláusulas híbridas, especialmente, hacer un poco de énfasis en las cláusulas asimétricas y, bueno, si nos da tiempo, comentar un poco sobre las cláusulas abusivas, si el acuerdo de arbitraje es considerado una cláusula abusiva en el caso de los contratos de adhesión, y cómo eso ha ido evolucionando un poco, tratar de hablar de arbitraje comercial internacional, a veces, hay algunas referencias quizás a las soluciones que les hemos dado a nivel nacional en Venezuela.

Respecto al acuerdo de arbitraje, bueno, hablar de arbitraje en general, a mí me encanta una frase de Jan Paulsson en su libro *La idea del arbitraje*, cuando dice: «El arbitraje es una característica de las sociedades libres».

Y es así, pues, el reconocimiento de la autodeterminación de las partes y del poder de la manifestación de la voluntad en el arbitraje, se refleja a su máxima expresión cuando hablamos del acuerdo de arbitraje.

Me gustaría hacer referencia a la importancia, a qué es el acuerdo de arbitraje y cuál es su objetivo y a cómo sus características contractuales propias garantizan esa efectividad del resultado y cumplan con esos requisitos que el secretario de la ICC, Frederic Eisemann, hizo al respecto de las características que debe tener un acuerdo de arbitraje para ser efectivo.

Me voy a referir siempre a acuerdo de arbitraje y no a cláusula, porque la cláusula es una forma de expresión del acuerdo de arbitraje, pero el acuerdo de arbitraje es un contrato en sí mismo, y sobre esas características conversaremos en la noche de hoy.

Espero no aburrirlos demasiado. Entonces, cuando hablamos de arbitraje, hablamos de justicia hecha a la medida. Y a mí me gusta pensar que el arbitraje es como un guante. Si el guante me queda apretado, me lo voy a quitar y voy a pasar muchísimo frío, y si el guante me queda grande, pues, voy a soltar el café, se me va a caer el esquí y, pues, sin duda, no voy a poder firmar absolutamente nada mientras use el guante.

Entonces, si es justicia hecha a la medida, requiere una especialidad y requiere una observación para no seguir convirtiendo los acuerdos de arbitraje en cláusulas de media noche, en lo que el doctor Eisemann ha acuñado la expresión de «cláusula patológica».

Entonces, bueno, en la Cnudmi, la Ley Modelo, en la Convención de Nueva York y el resto de convenciones sobre arbitraje a nivel mundial, han definido el acuerdo de arbitraje, sin duda, es una manifestación de la voluntad de someterse a árbitros de manera exclusiva y excluyente, haciendo de la materia comercial, pues, su bandera principal, aunque entendemos, pues, hay algunos arbitrajes legales más específicos.

En el caso de Venezuela, por ejemplo, que hay intelectual, laboral, protección a consumidor, tributario, etc.

Entonces, pero en materia comercial, propiamente, pues, entonces, hablamos de temas de arbitrabilidad.

Sabemos que cuando hablamos de un contrato y retomo el tema de que el acuerdo de arbitraje es un contrato, pues, sabemos que necesitamos consentimiento, causa y objeto. Pero me voy a atrever a decir que cuando hablamos de acuerdo de arbitraje, necesitamos voluntad, *kompetenz-kompetenz*, separabilidad y arbitrabilidad.

Y me voy a referir propiamente a, pues, bueno, a qué tipo de contratos nos despertamos cuando estamos en un acuerdo de arbitraje.

Pues, tenemos un contrato que es bilateral, que es formal, que es preparatorio y que es accesorio, y que esto se complementa efectivamente con esos requisitos anteriores que mencioné y han perdido un poco la ribera.

Entonces, cuando hablamos de bilateral, pues necesitamos la manifestación de ambas partes, porque cuando hablemos de los contratos de adhesión, veremos, entonces, cómo le hemos dado una solución a que eso sea posible o no, o, incluso, podemos cuestionarlo cuando hablemos de las cláusulas asimétricas, ¿qué pasa si realmente a través de una cláusula asimétrica yo estoy manifestando una voluntad implícita adherida a la del accionante?

Pero, bueno, el principio básico, como el criterio fundamental, cuando hablamos del acuerdo de arbitraje, hablamos de un contrato bilateral. De un contrato bilateral que va a generar obligaciones para ambas partes, que debe ser una manifestación de la voluntad clara e inequívoca, y que va a tener como consecuencia contratos adicionales, porque, además las partes se van a comprometer a contratar unos árbitros, unos expertos que van a emitir una opinión jurídica que tiene ejecutiva y ejecutoria para poner fin a una determinada controversia. Pero una determinada controversia con efectividad, es decir, que yo tenga un título ejecutivo y ejecutorio, que tenga garantía y efectividad del resultado. Y ése es el objetivo del acuerdo de arbitraje: garantizar ese resultado, porque el acuerdo de arbitraje es mi puerta de entrada, y si tiene fallas, pues, entonces, ya yo entro a un conflicto no solamente a discutir el fondo, que fue lo que generó la controversia, sino que también tengo que discutir que éste es el medio idóneo que verdaderamente fue pactado por las partes.

También me comprometo, a través del *kompetenz-kompetenz*, a su efecto positivo y negativo, es decir, me comprometo a esta designación de árbitro, y como dice el profesor Eisemann, me comprometo a darle poder a los árbitros, me comprometo a decirles si van a decidir con base en equidad o con base en derecho, me comprometo a designar uno o tres árbitros, me

comprometo a delimitar sus funciones dentro del procedimiento y así les doy poder y les designo su misión. No en vano el acta de misión se llama de esa manera.

Entonces, también me comprometo a no acudir a la jurisdicción ordinaria, a someterme de manera exclusiva y excluyente a esta jurisdicción arbitral. Y, por supuesto, en el caso del arbitraje institucional, me comprometo a cumplir con el reglamento y a contratar con esta institución y a cumplir con las cargas previstas en ese reglamento, porque, bajo ningún concepto, estaré justificado el no cumplirlas, pues cuando yo me comprometo a ir a arbitraje, me comprometo a demandar y a ser demandado, y, por lo tanto, no podré excluirme sin motivación alguna del pago de los honorarios, en el caso de ser los demandados, como estrategia procesal, porque estaría incurriendo en una futura reclamación de daños y perjuicios por haber incumplido con un contrato.

Es un contrato formal, tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley Modelo se establece la formalidad prevista para la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, que es que debe constar por escrito.

Hoy en día, la interpretación de «por escrito» es muy amplia y, sin duda, va a depender del derecho aplicable a la controversia. Pero, bueno, ya sabemos que hoy en día los medios electrónicos, pues, permiten que sea todo mucho más fácil y en las circunstancias y entorno pandemia, pues, mucho más, que sea posible y que sea factible y, bueno, ni hablar del *block chain*, que ya es una materia mucho más específica.

Es un contrato accesorio, es decir, depende de un conflicto que está relacionado, depende de la relación jurídica contractual principal, pero lo importante es resaltar de esa característica de ser accesorio, es que es compatible con su autonomía, que en el caso del acuerdo de arbitraje no hablamos de autonomía; hablamos propiamente de separabilidad, de esa supervivencia del acuerdo de arbitraje por sobre el acuerdo principal, en el caso de que sobre su existencia, validez o vigencia sea lo disputado en la controversia.

Y, por supuesto, es preparatorio porque es una previsión del terreno donde vamos a ir a discutir las diferencias que tengamos.

José Luis, no sé si quieres que continúe o si tienes alguna pregunta específica o continúo.

José Luis Mandujano Rubín: Excelente, anonadado. Siga, por favor, doctora.

Adriana Vaamonde: Muchas gracias.

Bueno, esto en cuanto a los aspectos generales del acuerdo de arbitraje. El proceso establece cuatro criterios fundamentales que están vinculados con esta clasificación contractual del acuerdo de arbitraje.

Sin duda, es que para que un acuerdo de arbitraje sea efectivo y cumpla criterios de efectividad, debe poder vincular a las partes; es decir, que sea válido, que esta arbitrabilidad verse sobre materia susceptible de ser sometida a arbitraje; excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los aspectos generales del procedimiento, hasta tanto no haya concluido o se necesite asistencia específica para actividades propias para el desarrollo del procedimiento. Reglas claras, es decir, tener claro el derecho aplicable y cuando hablamos del derecho aplicable, sin duda, nos referimos a ley de fondo, *lex arbitri* y reglas de procedimiento, bien sea reglas que establecemos para el arbitraje independiente o reglamento institucional y darles poder a los árbitros. Eso que conversábamos al respecto de delimitar cuáles son sus competencias dentro del propio procedimiento.

Ahora bien, con estos momentos difíciles dentro del estudio de los acuerdos de arbitraje que ya propiamente se refieren a creatividad jurídica, le llamo yo. Entonces, hablamos de cláusulas híbridas que podemos referirnos a cláusulas escalonadas. Entonces, es bueno, somos unos apasionados del arbitraje, pero también de los medios alternos de resolución de conflictos y nos encanta establecer etapas. Vamos primero a una negociación, y si no funciona, una mediación y si no, pues, entonces, no queda más remedio que la jurisdicción contenciosa en arbitraje. Un tercero, que va a

venir a decidir por nosotros, porque nosotros no nos pudimos poner de acuerdo en ninguna de las instancias anteriores.

Pero, en este caso, yo no me voy a referir a este tipo de cláusula híbrida, sino a una en particular, un poco más compleja, que es perfectamente válida, que se utiliza en algunos tipos de contrato un poco más específicos, y que pudiera generar un poco del resquemor por las características propias de esta cláusula.

Recordemos que la función de un acuerdo de arbitraje es poner fin, efectivamente, a una controversia entre poder tener un título que yo pueda ejecutar, so pena de, por supuesto, de los recursos que estén previstos de acuerdo al derecho aplicable sobre ese futuro laudo.

Y yo tengo la posibilidad, cuando tengo una controversia, sin duda, de someter la resolución de los conflictos a la jurisdicción ordinaria, al arbitraje, a distintos mecanismos, pero qué pasa cuando yo no tengo una cláusula híbrida simétrica; es decir, que yo doy la misma posibilidad a las partes involucradas dentro del acuerdo de arbitraje para la escogencia de la jurisdicción a la que someteré la futura resolución de mis conflictos, es decir, estas cláusulas donde es potestativa de la decisión de la jurisdicción a la que acudiré al momento del inicio del conflicto. Yo puedo establecer que el que reclame, el que tenía una reclamación pendiente, pues, pueda acudir, bien a los tribunales nacionales o al arbitraje y dependerá de esa persona que inicie el procedimiento, cuál es la jurisdicción apropiada para ello.

Aquí le damos la posibilidad, las mismas garantías o las mismas posibilidades de decisión realmente a ambas partes, pero qué pasa cuando yo tengo una cláusula asimétrica, yo tengo un acuerdo de resolución de conflictos que establece que una de las partes solamente podrá acudir a arbitraje, y la otra exclusivamente a la jurisdicción ordinaria.

Entonces, la pregunta es ¿esto genera seguridad jurídica? ¿Esto da garantía procesal? La voluntad de las partes es asimétrica. ¿Dónde está lo previsible, las reglas claras? Todo eso que yo vengo conversando, que son maravillas del arbitraje y del acuerdo de arbitraje.

Entonces, realmente lo que pasa con las cláusulas asimétricas no es un tema de igualdad o desigualdad procesal. Lo que hay es una desigualdad de elección del mecanismo y no de los derechos procesales de las partes.

Entonces, ¿son posibles? Las soluciones a nivel comparado han sido definitivamente variopintas. Estados Unidos es pro reconocer las cláusulas asimétricas, sin duda, siempre que no haya un bloqueo del acceso a la justicia hacia el otro. Esto también lo conversaremos con el tema de los contratos de adhesión.

En Europa están un poco divididos, hay un poco más de resquemor respecto del tema porque, sin duda, no hay un balance y de que, además, esta decisión se produzca justamente después de iniciado el conflicto. ¿Por qué? Bueno, porque hemos tenido la facilidad de asesorar partes en conflicto, sabemos que no todo el tiempo lo manejamos sin pasiones, porque al final del día, somos seres humanos. Y, si bien nos estamos refiriendo a compañías y actividades comerciales, pues, las pasiones no necesariamente tienen que venir del consultor jurídico con el que tratamos el día a día, sino del CEO o del dueño de la compañía de quien depende, efectivamente, el éxito y el desarrollo de su actividad comercial, en donde hay invertida una cantidad de emociones importante.

Entonces, dejar al momento del inicio de la controversia que, además, no sabemos por qué se va a iniciar de todas las cláusulas de obligaciones previstas en un contrato para poder tomar la decisión después de la jurisdicción pertinente, a veces, pues no genera seguridad jurídica, porque la seguridad jurídica realmente no está cuestionada, sino una seguridad sobre esta previsibilidad o reglas claras a que aspiramos cuando nos enfrentamos al arbitraje.

Y también está el cuestionamiento de, pues, efectivamente, si la adhesión de la parte que está excluida de poder ir a arbitraje como opción, sino que escoge la jurisdicción ordinaria, su manifestación de la voluntad es implícita al respecto de tener que ir como demandado al arbitraje.

Pero, bueno, no hay una solución unívoca al respecto, pues, bueno, es un tema que seguiremos monitoreando a ver cuál tendencia será mayoritaria, en la medida en que se vayan desarrollando los procedimientos.

Yo creo que, además, insisto, dentro del entorno digital impuesto en este último año por todas las circunstancias del mundo, el arbitraje va a tener una relevancia y ya está teniendo una relevancia superior para garantizar la resolución de conflictos en materia comercial y, bueno, las cláusulas híbridas van a tener un poco de vigencia, quizás, en este entorno puntual.

Pues, bueno, seguiremos estudiando el tema para ver qué otras soluciones podemos encontrar, a pesar de ser una práctica común en determinadas áreas.

Y el último tema que yo quisiera abordar es, sin duda, el que se refiere, el que aborda las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

¿Qué pasa con el acuerdo de arbitraje en estos casos en concreto? Por qué, bueno, estas cláusulas normalmente las conseguimos vinculadas a la materia de protección al consumidor; es lo que más conseguimos.

Y, bueno, sabemos que el contrato de adhesión es, simplemente, pues, la imposición de la voluntad de una de las partes sobre la otra y de ahí el cuestionamiento de si es posible pactar el arbitraje dentro de los contratos de adhesión. El caso de la ley venezolana, expresamente lo permite. Simplemente, exige unas características particulares para su existencia.

El problema de los contratos de adhesión y el acuerdo de arbitraje, sin duda, es uno, la manifestación de la voluntad que no existe por parte de una de las partes, valga la redundancia. Como veníamos comentando, pues, se pierde un poco la bilateralidad como característica contractual del acuerdo de arbitraje, y a falta de la manifestación de voluntad, nos enfrentamos a que, dentro de un contrato de adhesión, implícitamente, pues, estamos renunciando a la doble instancia, porque todos sabemos que sobre el laudo solamente existe un recurso extraordinario de nulidad.

He ahí la importancia de resguardar o de salvaguardar los derechos de esa parte que se adhiere a este contrato, sobre quien se impone la voluntad. Pero, bueno, la validez, sin duda, va a depender nuevamente del derecho aplicable escogido por las partes.

El artículo 6 de la Ley de Arbitraje venezolana dice expresamente que el requisito es que la manifestación de la voluntad sea expresa e independiente, e incluso en 2008 se solicitó un recurso de interpretación sobre la Ley de Protección al Consumidor que estaba vigente en ese momento, y se determinó que no es incompatible el contrato de adhesión y los acuerdos de arbitraje, que lo que se requiere es que conste por documento separado para garantizar que, efectivamente, una lectura y una negociación sobre esa manifestación de la voluntad y la escogencia propia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

La autoridad venezolana ha calificado a los acuerdos de arbitraje en los contratos de adhesión como cláusulas sospechosas de ser abusivas o, como lo denomina el derecho comparado, «cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas».

Esto pasa en España, en Chile y, si bien el doctor Mandujano me puede corregir, en Perú. Entonces, pues, los contratos de adhesión, sobre los acuerdos de arbitraje en los contratos de adhesión, de entrada, no constituyen cláusulas abusivas; lo serían en el caso de que su contenido, pues, prevea normas que menoscaban derechos procesales de la otra parte.

Es decir, si yo tengo una cláusula donde establezco que yo como empresa aseguradora me someto a ir a arbitraje e igual que el asegurado, pero el árbitro que, en principio, entenderíamos debería designar el asegurado, va a ser designado por la propia aseguradora, pues, efectivamente, eso es un disparate.

Sí, el arbitraje es más oneroso que los montos reclamados. O sea, cualquier acción que, efectivamente, impida el acceso a la justicia y el poder solventar verdaderamente a través del arbitraje, o tener justicia efectiva. Siempre conversamos, el objetivo del arbitraje es obtener justicia efectiva,

entonces, aquí quedaría, por supuesto, como la cláusula abusiva: ese acuerdo de arbitraje dentro del contrato de adhesión.

La realidad el día de hoy es que las transacciones electrónicas, en general, dependen de un clic y esos clics, pues, quieras abrir un Facebook, pues, bueno, o haces clic o no hay Facebook. Quiero el Instagram, pues, *linking*.

Entonces, realmente, tendríamos que ir a discutir a juicio si hubo manifestación de voluntad o no, o si cuando yo hice tres clics, que, por supuesto, no te acuerdas cuántos hiciste, se entendía que era un contrato por separado y que estábamos negociando el acuerdo de arbitraje en un contrato de adhesión porque, bueno, cuando leemos doctrina, siempre hacemos referencia a los contratos de seguro, a los contratos de tarjeta de crédito, del *ticket* del estacionamiento, pero, bueno, el día de hoy todos los días estamos firmando contratos de adhesión, pues cada vez que abres una página web, te dice: «¿aceptas o no las *cookies*?». Y tac, tac, tac, porque sino no te deja leer, entonces, necesitas leer.

Entonces, realmente tenemos que evolucionar, estarnos adaptando y, bueno, seguir discutiendo el tema de los contratos de adhesión y el desarrollo de la actividad comercial del día a día, que cada vez depende más de la tecnología, y quizás, si la cultura arbitral, pues, está un poco más asentada y entendida como la jurisdicción natural para las actividades comerciales, pues perderá un poco de vigencia el tema de la necesidad de que estos requisitos extraordinarios para contratos de adhesión, para contratos muy particulares.

Porque, bueno, si estudiamos a fondo el tema, tendríamos que ver verdaderamente hasta qué punto hay esa negociación digital de las cláusulas de esos contratos que firmamos *online* todos los días.

Entonces, bueno, ésa realmente es mi reflexión al respecto de los contratos de adhesión y, bueno, agradecer que me escucharan este rato a esta hora para hablar un poco sobre acuerdos de arbitraje, quizás un poco más relajado y menos formal que en una *master class*.

José Luis Mandujano Rubín: Gracias, estimada profesora Vaamonde.

De verdad que tengo muchas preguntas que hacerle, pues su tema invita a muchas reflexiones, sobre todo si un clic es una manifestación de voluntad, un doble clic qué sería. Una ratificación de voluntad. Me arrepentí de hacer clic.

Muy interesante y quería hacerle una pequeña pregunta. Coincido mucho con usted, cuando utiliza correctamente el término «acuerdo de arbitraje».

Aquí en el ámbito peruano tenemos, bueno, dentro de la región, somos uno de los países que practicamos bastante el arbitraje. Muchos dirían, *wow*, cómo les parece que les gusta resolver sus controversias de una manera más directa que han entendido que vía el órgano judicial o el fuero ordinario, pues, es más lento, tienes más desventajas que decidirte por el arbitraje.

Bueno, no es así. Lo que pasa es que nosotros tenemos una imposición legal, se podría decir. En nuestra Constitución Política del Perú se repite específicamente en dos articulados muy importantes la condición del arbitraje. Es decir, hemos reconocido constitucionalmente en una parte orgánica, que el arbitraje va a ser el mecanismo de resolución de conflictos de rango constitucional.

Si bien hay un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, da luces de que es una jurisdicción por excepción; no puedes renunciar a tu soberanía de administrar justicia por el órgano judicial, pero esta norma nos hace ver todo lo contrario, y, específicamente, hablamos del arbitraje en controversias suscitadas en contrataciones con el Estado.

Entonces, cualquier contratista que recurre no se le va a consultar si la controversia que va a tener con el Estado, podría ir a un arbitraje; o sea, sí va a ir a un arbitraje. Es una cláusula general que establece la proforma de los contratos y se va a tener que resolver de esa manera.

Esto ¿a qué ha conllevado? Siempre estuvimos hablando de cuál es la naturaleza del arbitraje. Entonces, ahí se plantean teorías muy interesantes, como la teoría institucionalista, la teoría del contrato, otros dicen que es una propiamente hecha una mixtura, en el ámbito peruano, desde esta lógica, pues esto sería, pues, un tema de un mandato imperativo.

Y, en contraposición, tenemos la teoría, pues, de que el arbitraje es un contrato, pero es un contrato, un acuerdo de resolución de conflictos, casi un contrato de elección, una vía procesal. Pero, todo contrato, pues, conlleva siempre una contraprestación. Entonces, por ahí también hacen una discusión. Yo no estoy haciendo un contrato propiamente dicho. Y el término correcto, efectivamente, es, pues, el acuerdo de arbitraje.

¿Por qué debemos saber más sobre la naturaleza del acuerdo de arbitraje, profesora Vaamonde?

Adriana Vaamonde: Pues, el caso venezolano es similar al respecto del reconocimiento del arbitraje y los medios alternos de resolución de conflictos de carácter constitucional.

No hay una obligación de contratación con el Estado, que una de las cosas que me encantan del Perú, es esa iniciativa que, bueno, quizás hoy en día podemos discutir si es necesario que se mantenga como obligatorio o no, pero que es algo que se discute, sin embargo, yo creo que para fomentar la cultura arbitral y dar inicio al uso de esta maravillosa herramienta, es una decisión extraordinaria que tomó el Perú.

Venezuela, en 1999, cuando reformó, bueno, cuando hizo la Constituyente, tuvo la reforma de la Constitución, los medios alternos de resolución de conflictos, se incluyeron como parte del sistema de justicia venezolano. O sea, se amplió el sistema de justicia para incluirlos, y el arbitraje, hay dos artículos específicos, el 253 y el 258 donde, efectivamente, se incluyen como parte del sistema de justicia venezolano y, además, hay una obligación legislativa de promover.

A partir de ahí, hay una sanción de leyes impresionantes, masiva, donde se incluyó el arbitraje para distintas ramas, y, por supuesto, se sancionó la Ley de Arbitraje Comercial venezolana basada en la Ley Modelo.

Entonces, para la materia comercial, pues, tenemos la Ley de Arbitraje Comercial, que es una ley única, no hay distinción entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. Y yo creo que es importante conocer cuál es la naturaleza del acuerdo de arbitraje como contrato, porque entender su importancia y su especialidad, porque, bueno, muchas veces entendemos la práctica litigiosa de los estudios, como lo mismo, y son, para decirlo llanamente, *tips* distintos. Hay que tener dualidad de *chip*.

No es lo mismo ir a discutir asuntos ante la jurisdicción ordinaria o dentro del arbitraje. No es lo mismo el *challenge* de un acuerdo de arbitraje, que la jurisdicción y competencia de un tribunal ordinario.

La forma de pensar, la forma de abordarlo, la forma de la naturaleza propia del arbitraje; y cómo me encanta que hace referencia a varios autores venezolanos, el pacto de caballeros o de damas, que representa el acuerdo de arbitraje, es fundamental para garantizar su éxito.

Cuando hablamos de arbitraje, hablamos de justicia hecha a la medida, pues, entonces, lo que buscamos es, sin duda, garantizar efectividad de resultado, efectividad de tiempo, especialidad de la decisión, especialidad de asesoramiento, no solamente por parte de los abogados, sino de las instituciones.

Algo que es fundamental es eso que mencionabas sobre, pues, sin duda, la obligación del Estado del ejercicio de la jurisdicción de ordenar, esa facultad de impartir justicia. Pero, eso es justicia estandarizada dentro de las capacidades propias de un Estado. Éste es el Poder Judicial, y, bueno, esto es lo que hay. La justicia es igual para todos.

Entonces, si yo tengo una actividad particular donde se reconoce mi manifestación de la voluntad y me da la oportunidad de escoger las reglas, escoger el derecho aplicable, escoger un reglamento, ser protagonista du-

rante todo el proceso de a quién designo, cómo lo designo, para qué lo designo, eso que hablamos de darles poder a los árbitros si yo quiero discutir la validez, la existencia o de tu legalidad. Yo le puedo decir al árbitro qué es, sobre qué es lo que quiero que decida, y escojo al árbitro con la especialidad propia. Si es de contratación pública, si es contrato de obra, si estamos hablando de carta de crédito, si estamos hablando de pagarés en finanzas, en banca, en sociedades, para eso es el arbitraje: para buscar justicia especializada.

Es que, a veces, también se nos olvida un poco que el árbitro es la figura anterior al juez y no al revés, y pero también, y esto no es, esto no se dice con arrogancia, se dice en el entendido de que somos parte del mismo sistema de justicia y que necesitamos la colaboración de los tribunales también para que nuestra actividad arbitral sea efectiva.

Entonces, porque al final todos estamos en el mismo barco.

José Luis Mandujano Rubín: Muchas gracias, estimada Adriana.

Otro tema que también quisiera que nos pueda cerrar ciertas dudas, estas cláusulas que mencionaste como sospechosas, aparte de ello, las cláusulas asimétricas, las cláusulas híbridas, que es tan común en el arbitraje y como bien lo mencionas, a veces identificamos una cláusula asimétrica como una cláusula que genera desigualdad o una posición o posicionamiento de una parte sobre la otra.

¿Estarías de acuerdo en que son admisibles las cláusulas híbridas y si éstas no son contrarias, más bien, a los principios de una seguridad jurídica?

Adriana Vaamonde: Mi opinión personal es que no me encantan realmente. Yo soy partidaria del principio de reglas claras y que sea previsible, pero, sin duda, hay un reconocimiento de la manifestación de la voluntad.

Entonces, es importante hacer una distinción entre lo que es una cláusula patológica y una cláusula híbrida asimétrica, porque en la primera la

patología es un error. En el caso de la cláusula asimétrica, es la manifestación de la voluntad. A mí no me gusta el arbitraje y quiero ir a la jurisdicción ordinaria en caso de que haya un problema. Tú quieras ir a arbitraje. Bueno, está bien, yo te lo reconozco.

Quizás tengo la confianza de que no me van a demandar nunca y puedo complacer a mi contraparte en que si llegara a haber algún conflicto, pues ir a arbitraje, pero realmente, es una manifestación de la voluntad. Entonces, ahí es donde está la diferencia, que yo creo en lo que les comenté antes sobre que no hay realmente una desigualdad procesal, porque no hay desigualdad dentro del procedimiento. Una vez escogido el arbitraje, o una vez escogida la jurisdicción ordinaria, el procedimiento es claro. Donde está la desigualdad es en la elección del mecanismo.

Sin embargo, bueno, es difícil conciliar quizás algunos conceptos un poco más de previsibilidad frente al tener que esperar a que surja la controversia para saber cuál es el mecanismo aplicable y que los dos no tenemos la posibilidad de acceso al mismo mecanismo.

De todas maneras, vamos a recordar que esto es un contrato y un contrato es flexible y que yo pueda intentar renegociar, yo puedo cambiar de opinión, lo que pasa es que necesito la aprobación de mi contraparte, pero pueden gustarme o no gustarme, pero son perfectamente válidas. Para mí no generan desigualdades entre las partes porque es una elección. Es una desigualdad escogida.

José Luis Mandujano Rubín: Así es. Y, sobre todo distinguida de las cláusulas patológicas, que son cosas completamente distintas.

Esto también conlleva a mi siguiente pregunta y que no has mencionado. Podríamos añadir, pues, que una cláusula híbrida, una cláusula asimétrica sí es aceptable, más si es convenida por las partes, y sobre todo que no restrinja el derecho del debido proceso arbitral.

Desde ese punto de vista, estimada profesora, llegando un poco, ¿estas cláusulas adhesivas no vendrían a ser también cláusulas abusivas? En los

contratos de adhesión, me refiero. Porque yo le entiendo, la tecnología hoy no nos ha facilitado las cosas, no podemos negarlo, no podemos verlo a la luz de una época no globalizada. Hoy sí es cierto que las cláusulas en los contratos de adhesión están al día; y no necesito, pues, rubricar ni negociar cada una de las cláusulas; simplemente, leo, y, es más, ni lo leo, simplemente, te pone: «¿Acepta? Sí. ¿Marque? Sí». Y es una realidad y ello no puede ser considerado abusivo.

Me gustaría que nos amplíe un poco más ese panorama, doctora.

Adriana Vaamonde: Yo creo que en el tema digital aún tenemos mucho que esperar, que trabajar. Fíjense que en la medida en que los seguimos trabajando, aparecen cosas nuevas como el *block chain*, y, bueno, hoy en día hablamos, incluso, de inteligencia artificial, que no se trata nada más que de una máquina tomando decisiones con base en criterios existentes, sino que pueda, incluso, evolucionar y generar criterios nuevos que suena, por supuesto un poco *sky net*, para los que entienden la referencia gráfica, pero, bueno, sin duda, creo que es un tema que aún tiene que evolucionar y que tendremos que ver qué soluciones se van dando al respecto a nivel internacional.

José Luis Mandujano Rubín: Infinitas gracias, estimada profesora Adriana.

Ha sido un verdadero placer escucharla y le ruego que nos siga acompañando.

Ahora vamos a dar el uso de la palabra al doctor Eric Franco.

Eric Franco Regjo: Buenas noches, con todos. Muchas gracias por la invitación.

José Luis Mandujano Rubín: Bien, en esta oportunidad vamos a escuchar al profesor Eric Franco, quien aparte de ser un gran maestro, es experto global en disputas de grupos de ingeniería, gerente legal en Engineering Perú; el profesor Franco se desempeña regularmente como árbitro, ha ac-

tuado como experto legal; está clasificado en la banda 1 en los árbitros altamente recomendados en el Perú, del año 2017 hasta el año 2020.

El profesor Franco es profesor en derecho de la construcción, un experto en resolución de disputas, con *expertise* en muchas universidades; profesor invitado en King's College de Londres y la Universidad de los Andes de Chile.

Estimado profesor, lo escuchamos atentamente con su tema: junta de resolución de disputas.

Eric Franco Regjo: Buenas noches, agradezco nuevamente por la invitación. Es un placer para mí compartir este panel.

Voy a hacer un breve comentario sobre el tema de junta de resolución de disputas. Todos habremos escuchado probablemente sobre este mecanismo y sabemos que, a partir de este año, es obligatorio para obras públicas que tienen un monto superior a veinte millones de soles.

Entonces, ¿qué cosa es la junta de resolución de disputas y cómo está regulada en la Ley de Contrataciones del Estado? Ése es el comentario que voy a hacer.

La junta de resolución de disputas es un panel, ya sea de uno o más expertos que acompañan una obra o que son designados para resolver controversias previamente al arbitraje o en otros países, previamente a ir al Poder Judicial.

La forma más popular de la que se ha estado hablando en el Perú con relación a la junta de resolución de disputas desde el año 2013, más o menos, se habla de un panel de expertos que acompaña la obra durante toda su ejecución, que esté empapado de lo que va sucediendo con la obra, de tal manera que, a diferencia de un arbitraje donde tienen que contarle la historia, en la junta de resolución de disputas, no hay que contarle la historia, la ha vivido, ha ido acompañando lo que ha ido sucediendo y va resolviendo las controversias inmediatamente conforme van surgiendo y la

resuelve en un plazo mucho más corto que un arbitraje. Estamos hablando alrededor de sesenta días, ochenta días, dependiendo del marco regulatorio en el que estemos.

Entonces, ésta ha sido la discusión que se ha venido dando desde el año 2013, más o menos, como digo, y logró permear a APPs y después a la Ley de Contrataciones del Estado, como una posibilidad desde el año 2016, y con las modificaciones del año se estableció que sea obligatoria para obras con montos superiores a veinte millones de soles.

La particularidad que tiene la JRD, que se ha optado en la Ley de Contrataciones del Estado, que podría haber sido de muchas maneras porque es un mecanismo que es producto de la voluntad de las partes, o sea que se puede regular de muchas maneras, pero en la forma en que ha terminado siendo regulada en nuestra normativa, es que solamente se permiten JRDs, juntas de resolución de disputas que son de carácter permanente, o sea, que acompañan a la obra de principio a fin, que emiten decisiones, o sea que, a diferencia de otras juntas que pueden emitir recomendaciones, y las partes ven si las siguen o no, la JRD de la Ley de Contrataciones del Estado, emite decisiones que son obligatorias para las partes desde que se emiten, pero que pueden ser llevadas a un arbitraje posterior si es que se cumplen los plazos y las formalidades para llevarlas a arbitraje.

La normativa permite que estas juntas estén integradas, ya sea por un miembro o por tres. En el Perú, además, se ha optado por que siempre estén acompañadas de un centro de administración.

En el ámbito internacional las juntas de resolución de disputas, normalmente se autorregulan, no son administradas por ningún centro.

Eso es lo que sucedió, por ejemplo, en los Juegos Panamericanos. En los Juegos Panamericanos había junta de resolución de disputas bajo un reglamento extranjero, que es el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, se autorregulaba; ésa es la regla general en junta de resolución de disputas, pero en el Perú se consideró que era mejor que haya un centro que acompañe a las juntas.

Y, ¿por qué? ¿Cuál es la ventaja de que un centro acompañe a estas juntas? Porque estamos hablando de que en contrataciones del Estado hay un volumen importante de contratos que van a estar sujetos a junta y el centro va a servir como filtro para tener las listas de adjudicadores que están disponibles, va a tener un código de ética también para poder aplicarlo a los adjudicadores. También va a servir para acumular conocimiento y que las juntas puedan tener, de alguna manera, un referente o alguna cierta homogeneidad en algunas prácticas. Por eso es mejor que estén, que tengan el apoyo de un centro.

También el centro va a ayudar con el tema de honorarios, fijando parámetros, haciéndolo más predictible, va a tener un reglamento.

Al día de hoy existen varios centros que tienen reglamento, entre ellos, Cámara de Comercio de Lima, Universidad Católica, Colegio de Ingenieros del Perú, y así. Entonces, el centro se vio como un punto a favor y, bueno, ése es el marco general de la junta de resolución de disputas que encontramos en nuestra regulación.

Y así como el arbitraje tiene ciertas materias que están excluidas, también hay ciertas materias que están excluidas para la JRD.

Entonces, dentro de las que quiero resaltar, en primer lugar, está, obviamente, las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República, de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales. Esto es algo que no aplica, que los tribunales arbitrales no pueden ver, y es algo que tampoco pueden ver las juntas de resolución de disputas.

Luego, hay una exclusión que tiene un carácter bastante abierto. Señala que no pueden ver las pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

Entonces, ésta es una exclusión un poco ambigua, general y que puede dar lugar a controversias.

Lo importante acá es tener presente, que mientras que cada vez que se establece una exclusión, se generan zonas grises, y las zonas grises solamente van a generar más controversias.

Además, estas exclusiones no significan que cierta materia no puede ser resuelta. Lo que significa es que se va a aplazar la resolución de la controversia, lo cual, en realidad, en el largo plazo, no es beneficioso para nadie.

Bueno, quería hacer esta introducción general muy básica del tema de junta de resolución de disputas; y, más bien, dejar un espacio para poder dialogar, si es que tienen preguntas sobre el tema. Es algo que se va a ver cada vez más; es una herramienta importante. Va a ser; es en el Perú especialmente importante porque permite que se tomen decisiones en la ejecución de los proyectos, y va a viabilizarlos.

Entonces, realmente considero que en el mediano y en el corto plazo también es una herramienta muy valiosa. Hay que saber entenderla. La filosofía de la junta no es la misma que la filosofía de un arbitraje.

Una de las funciones principales, una de las principales ventajas que tiene la junta, a diferencia del arbitraje, es que no solamente va a ayudar a resolver controversias de manera rápida, sino también a prevenir controversias.

Y, bueno, la discusión es muy larga. Podemos entrar en muchos detalles. Solamente he querido hacer una precisión muy general, para luego dar pase a poder dialogar si es que nos da el tiempo.

José Luis Mandujano Rubín: Muy amable, apreciado maestro. Definitivamente, un tema interesante.

Se discute mucho sobre esta denominación, ¿es lo mismo el miembro de la junta de disputas, tiene el calificativo de adjudicador o eres adjudicador antes de, en este caso, como elegible, y cuando ya integras la junta de resolución de disputas, propiamente dicho, ya eres un miembro de un *dispute board*?

Eric Franco Regjo: Es como decir árbitro. O sea, el árbitro es un árbitro, un candidato a árbitro hasta que no está en un arbitraje. Igual, el adjudicador es un candidato a adjudicador cuando no está en un *dispute board*, pero, claro, si es que alguien ya tiene experiencia, ya ha servido como adjudicador, ya se puede llamar adjudicador, porque ya sabe cómo desempeñar ese rol y es parte de lo que hace, igual que un árbitro, diría.

José Luis Mandujano Rubín: Perfecto.

Estimado doctor, desde su experiencia internacional, ¿qué es lo recomendable? El colegiado de la junta debe estar conformado siempre por una parte legal, un abogado, o como se está haciendo en el Colegio de Ingenieros, donde se ha dispuesto que todos los miembros sean siempre, pues, ingenieros y no participen los abogados. Desde la perspectiva internacional o comparada, ¿cuál es su percepción?

Eric Franco Regjo: Es una excelente pregunta y, de hecho, lo que dice la normativa para contrataciones públicas, Ley de Contrataciones del Estado, es que el presidente o adjudicador único tiene que ser ingeniero o arquitecto y los otros dos pueden tener otra profesión. Pueden, tienen bajo requisito que conozcan sobre ejecución de obras públicas, lo cual es un término ambiguo, también.

Pero ha habido mucho esta discusión sobre cuál es el perfil que debe tener el adjudicador y tiene que ver también, por un lado, con buscar no procesalizar esta herramienta, sino que sea algo más como de campo, más de ejecución de obra, más que legal. Ésa es la idea detrás, pero lo cierto es que no se puede distinguir entre controversias técnicas y controversias no técnicas porque todas las controversias mezclan lo legal con lo técnico en obra. Es antitécnico tratar de distinguir entre controversias puramente técnicas y controversias puramente legales.

En el Perú tenemos un precedente, digamos; en los contratos de APP distinguen entre controversias técnica y no técnica; y, bueno, en un contexto puede servir para distinguir cuándo te vas a un experto, cuándo te vas a un arbitraje y hay que ver si es que el paso previo para técnico es obli-

gatorio o es prescindible, en caso de que haya una controversia sobre si la controversia es puramente técnica o tiene aristas legales, pero, en realidad, no es buena práctica distinguir entre controversias técnicas y no técnicas, y además, los adjudicadores de la junta de resolución de disputas resuelven en base a derecho, no resuelven en base a equidad.

Entonces, van, o sea, si la idea fuera darle la responsabilidad solamente a arquitectos e ingenieros, para que resuelvan en derecho, la pregunta sería si pueden hacerlo. Y, la verdad que es tan difícil ser ingeniero como ser abogado. Difícilmente se puede ser ingeniero y abogado. Deben ser las dos cosas, por más que haya algunos que son las dos cosas, pero son especialidades distintas. Más importante que la profesión, el cartón que tiene una persona, es la experiencia profesional que tiene y el criterio que puede tener para hacer su trabajo.

José Luis Mandujano Rubín: Efectivamente, señor profesor. Yo considero que, si tenemos un colegiado de puros ingenieros, mejor le ponemos, pues, peritos colegiados, porque, como bien lo menciona, debemos hacer una gestión de la controversia, debemos saber manejar la controversia, se debe contar con habilidades blandas y han sido formados para eso los abogados, y en todo su efecto tenemos ahí un colegiado de peritos con opiniones vinculantes.

Otra pregunta, estimado profesor. ¿Le augura éxito a la junta de disputas en el ámbito peruano?, teniendo en consideración que el tema fue que el arbitraje, bueno, dicen que el fracaso del arbitraje trata de salvarse con la junta de disputas. ¿Por qué? Porque, como bien lo menciona, es un experto en el sistema del sector construcción y las decisiones que se toman son tanto técnicas como legales. Desde ese punto de vista, ¿la junta de disputas acabará con el arbitraje o seguiremos todavía teniendo arbitrajes?

Eric Franco Regjo: La junta de disputas lo que debería hacer es filtrar arbitrajes innecesarios. Además, va a consolidar arbitrajes también, porque en una obra donde hay una junta, las controversias que son competencia de la junta, primero tienen que ir a la junta y después se inicia un solo arbitraje al final de la obra. Ése es el esquema de contratación pública peruano.

Puede hacerse de muchas maneras, pero en el Perú se ha optado por que sea así. Entonces, ya no va a pasar como sucede en muchas obras donde hay veinte arbitrajes por ampliaciones de plazo, sino habrá un arbitraje que consolidará todo el tema de plazo, por ejemplo.

Luego, también hay que tener en cuenta que la junta, como dije, tiene algunas, hay algunas materias que no puede ver, como esta colita que dice: pretensiones indemnizatorias no reconocidas en la norma, o las controversias sobre liquidación de obra, o las controversias sobre recepción. Sí, algunas otras que podrían surgir y que no son competencia de la junta; y, además, después se inicia el arbitraje.

Entonces, yo creo que sí va a reducir la cantidad de arbitrajes pequeños, va a estar menos atomizado en obra mediana y grande, porque éste es un mecanismo para obra mediana y grande, y va a mejorar la eficiencia.

Entonces, creo que va a sincerar, probablemente, el número de arbitrajes, en vez de la gran cantidad de arbitrajes que hay al día de hoy.

José Luis Mandujano Rubín: Apreciado maestro, mi última pregunta. Para los árbitros, ¿qué valor le damos al informe que está siendo controvertido vía arbitraje? Tenemos el informe de los miembros de la junta de disputas. ¿Es una prueba pre procesal? ¿Es una prueba técnica? ¿Es un informe pericial? ¿Con qué criterio debe ver ese árbitro que va a conocer ese tipo de controversia?

Eric Franco Regjo: Es una excelente pregunta, en realidad. Y no es una prueba pre arbitral, no; el tribunal tiene total libertad para apartarse de lo que diga la junta. Total libertad; no tiene ninguna vinculatoriedad para el tribunal y lo que sí va a servir es como, o sea, para tener más organizado lo que sucedió; para tener más organizadas las pruebas; para tener pruebas contemporáneas organizadas y va a haber una discusión que se debería haber dado en los considerandos y en la motivación de la decisión de la junta.

Entonces, el tribunal se puede apartar totalmente de eso si considera que no es adecuado, pero lo que sí va a haber es una mayor documentación para valorar. Eso, sin duda.

José Luis Mandujano Rubín: Muy amable, apreciado maestro.

Agradezco mucho su participación. Siempre es un placer escucharlo. Le reitero que soy su alumno; nos hemos visto en el curso de junta de disputas que usted dicta en la PUCP, y otros cursos más.

Muchas gracias, agradeciendo también nuevamente a la doctora, vamos a finalmente dar por concluida esta gran jornada del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Muchas gracias, últimas palabras, estimada doctora Adriana, doctor Eric, los escuchamos.

Adriana Vaamonde: Un placer, la verdad haber estado compartiendo un ratico hablando de estos temas, y la verdad es que para junta de disputas da para hablar muchísimo y para hacer muchísimas preguntas.

Nada, es un placer y muchas gracias.

Eric Franco Regjo: Por mi parte, nada más agradecer por la invitación. La verdad que un placer compartir el panel y felicitaciones por el evento.

José Luis Mandujano Rubín: Un placer escucharlos.

Éxitos, nos vemos.

Eric Franco Regjo: Hasta luego.

MESA N.º 9 EL WORKSHOP DE ARBITRAJE

Karen Vilcarromero (moderadora)

Hugo Sologuren Calmet

Ralph Montoya Vega

Ángela Cristina Villate

Giuseppi Vera

Karen Vilcarromero: Buenas tardes; el día de hoy nos toca hablar acerca del *workshop* de arbitraje. Nos encontramos en el III Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje organizado por el Instituto de Derecho Privado (Idepriv).

Bueno, el panel de hoy se encuentra integrado por el doctor Hugo Sologuren, el doctor Ralph Montoya, la doctora Cristina Villate y el doctor Giuseppi Vera.

Para iniciar con esta mesa, Hugo Sologuren, quien es abogado. Cuenta con más de treinta y cinco años de experiencia en derecho económico y empresarial, derecho administrativo público, en organismos supervisores y reguladores, así como también en contratación pública y concesiones.

Ha sido presidente de la Cámara de Comercio de Lima, vicepresidente del Organismo Supervisor y Regulador de la Energía, Hidrocarburos y Minería (Osinergmin). Ha sido vicepresidente de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del Organismo de la Libre Competencia del Perú (Indecopi). Ha sido gestor y promotor del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Asimismo, vocal de la Corte y del Consejo Superior de Arbitraje en dicho Centro por más de ocho años, así como también del Colegio de Abogados de Lima.

Actualmente, integra la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y de los principales centros de arbitraje del Perú.

Se ha desempeñado como árbitro único y como miembro de tribunales arbitrales en casos nacionales e internacionales con una experiencia de más de veinticinco años.

Actualmente, es presidente y director de varias empresas nacionales y extranjeras, así como consultor de comisiones mixtas de asociaciones y comercio exterior del sector público y privado.

Doctor, muy buenas tardes. El doctor el día de hoy nos va a hablar acerca de las principales modificaciones a las nuevas reglas de la ICC.

Hugo Sologuren Calmet: Muy buenas tardes. Mi más cálido agradecimiento al Instituto de Derecho Privado por esta gentil invitación y a los organizadores por el esfuerzo que realizan.

Yo les pido disculpas, pero llevo más de dos semanas de audiencias concentradas terminando a altas horas de la noche, y esta semana ya es mi tercera conferencia. Estoy afónico y un poco mal de la garganta.

El tema que se me ha asignado es el de las principales modificaciones a las nuevas reglas de la ICC; es la norma técnica que ha sacado la ICC, que entra en vigencia a partir del 1 de enero de 2021.

Como el tiempo es muy corto y la norma es muy extensa, trata muchos temas, yo voy a ceñirme a un texto porque, si hablo en libre, me van a cortar el micro, así que voy a tratar de ceñirme a los aspectos de la norma que he considerado más importantes.

Bueno, todos sabemos clarísimo que la ICC es una de las instituciones arbitrales más importantes del mundo, no sólo por su organización, sino por sus reglas de arbitraje que ofrecen una mayor deferencia a la autonomía de las partes, al permitirles la oportunidad de seleccionar el tribunal arbitral, con árbitros que deberán ser confirmados por la Corte de Arbi-

traje. Y ofrece un nivel de flexibilidad para acomodar cualquier opción de procedimiento elegida por los litigantes, que no sea incompatible con los principios y las reglas del Centro.

En el marco de la tradición y regulación mundial de la CCI, se han elaborado y aprobado las reglas de arbitraje vigentes, a partir del 1 de enero de 2021, las cuales marcan un paso más hacia una oferta de arbitraje aún más eficiente, flexible, sobre todo transparente.

Alexis Mourre, presidente de la Corte, señaló... debo hacer la aclaración para no estar interrumpiendo la exposición, que voy a hacer varias citas textuales de la Corte, pero la traducción es libre; es mi traducción porque están en inglés y en francés, todavía no las publican en español. Decía que el presidente de la Corte señaló que las enmiendas a las reglas, marca un paso más hacia la mayor eficiencia, flexibilidad y transparencia de dichas reglas, haciendo que el arbitraje de la CCI sea aún más atractivo, tanto para los arbitrajes grandes y complejos, y ahora también para los casos medianos.

En suma, las modificaciones son básicamente, las siguientes.

La introducción de partes adicionales con posterioridad a la confirmación de los árbitros.

La posibilidad de consolidación de procedimientos con partes distintas. El informe sobre la existencia de *third-party funding agreements*. Sobre esto voy a explicar después qué es, que es el artículo 10. No voy a citar los artículos porque ustedes los pueden leer.

Informe sobre la facultad del tribunal de excluir a nuevos representantes de parte incorporados después de constituir el tribunal en caso de conflicto de intereses.

Facultad de la Corte en circunstancias excepcionales de designar todos los miembros del tribunal, desconociendo lo previsto en el acuerdo del ar-

bitraje, cuando sea necesario para prevenir un riesgo importante que pueda afectar la validez del laudo arbitral.

Normas para el arbitraje de inversión basadas en tratados, dirigidas a garantizar la neutralidad de la constitución del tribunal y que excluyen las disposiciones sobre el arbitraje de emergencia para disputas de inversión.

Otra vez elevar a tres millones de dólares el monto para la aplicación del procedimiento expeditivo con régimen de *opt out* y está contemplado el apéndice sexto, si es que les interesa leer y profundizar.

Luego, la facultad del tribunal de decidir, luego consultar con las partes la relación de audiencias en forma remota.

Una norma, finalmente, sobre laudos adicionales cuando haya cuestiones omitidas por el tribunal, en su pronunciamiento.

Atendiendo al corto tiempo con el queuento, hablaré sólo de cuatro modificaciones que considero de mayor relevancia y que, incluso, llamo a su análisis y reflexión. ¿Y esto por qué? Porque después lo vamos a traer hacia nuestra realidad, a fin de que puedan ser adecuadamente replicadas al arbitraje nacional.

Y es el informe sobre la existencia de *third-parties funding agreements*. El numeral 7 del artículo 11 de la nueva regla de la CCI, la norma técnica, señala literalmente, traduzco, con el fin de ayudar a los posibles árbitros a cumplir con sus obligaciones, en virtud de los artículos 11.2 y 11.3, cada parte debe informar sin demora a la secretaría, al tribunal arbitral y a las demás partes de la existencia e identidad de cualquier parte que haya celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas, y en virtud del cual tiene interés económico en el resultado del arbitraje.

Esto, como comprenderán, es muy interesante y ha sido motivo de muchas discusiones en los foros internacionales, porque cada vez es más común la intervención de terceros, no en el arbitraje, sino en el financiamiento de una de las partes, o el financiamiento del proceso. Es un poco

largo y no tengo tiempo para describirlo. Ello, con la finalidad de que se cumpla con la idoneidad del deber de relación, y se asegure la independencia e imparcialidad del tribunal.

Esta nueva regla se enmarca en la mayor eficiencia que busca la CCI para que el arbitraje sea más expeditivo y transparente.

Tengamos en cuenta que en nuestro país ya se están suscribiendo acuerdos de financiamiento de terceros para arbitrajes, con lo cual, resultaría de gran importancia que se evalúe la adecuación de esta regla en el arbitraje nacional y se garantice la independencia y la imparcialidad del tribunal.

El siguiente tema que he elegido es la facultad de la Corte, en circunstancias excepcionales, de designar todos los miembros del tribunal, desconociendo lo previsto en el acuerdo de arbitraje, cuando sea necesario para prevenir un riesgo importante que pueda afectar la validez del laudo arbitral. Literalmente, así lo dice la norma técnica.

El numeral 9 del artículo 12 de las nuevas reglas de la CCI, señala que «sin perjuicio de cualquier acuerdo de las partes sobre el método de constitución del tribunal arbitral, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá nombrar a cada miembro del tribunal arbitral para evitar un riesgo significativo de trato desigual e injusticia que pueda afectar la validez del laudo.

En puridad, la regla en mención es muy genérica. Si bien su finalidad es garantizar el tratamiento igualitario y justo a las partes, sería necesario, al menos en forma abierta, esbozar algunos casos, en los cuales la Corte de la CCI puede, al amparo de dicha facultad, desconocer el acuerdo de las partes.

Obviamente, con la entrada en vigencia y la práctica de las normas, eso se dará, pero creo que es una norma tan difícil, que ameritaría haber tenido una breve explicación, al menos, no sobre el fondo, que es claro, sino sobre la metodología de cómo y por qué se va a aplicar.

Debemos reconocer que uno de los aspectos que han sido los más relevantes en el prestigio de la CCI, es la labor que realiza la Corte, por ejemplo, realizando una revisión de los laudos que se expide en los procesos que administra.

No me voy a extender, pero es importante, y a veces, muchas veces me han preguntado por qué no se incluye eso en los centros de arbitraje del Perú. Por una razón muy sencilla: porque los casos que maneja la Corte son de cientos de millones de dólares, son muy grandes y cuenta con muchísimos recursos para tener un secretariado, no solamente de altísimo nivel, sino con un gran número de secretarios que pueden hacer este filtro y los miembros de la Corte son gente, entre uno y tres miembros, encargados de la revisión de los laudos y no pueden tampoco entrar al fondo y modificar, pero sí pueden volver sobre el árbitro y decirle: «Mire, usted ha omitido esto; acá hay una incongruencia o creemos que usted debe tocar esto». Y ése es el control que ejecuta la Corte sobre los laudos, pero para eso se requiere, pues, una organización con muchos recursos, con personal muy, muy calificado y con mucha experiencia.

Sería necesario determinar de forma enunciativa, no cerrada, aquellos supuestos en los que se desconocería el acuerdo de las partes y se procedería a designar a los árbitros.

Esta facultad podría recogerse adecuadamente en el ámbito nacional. Creo que muchas veces, todos nosotros habremos tenido la experiencia que ahora vemos recogida por la Corte, de que si esa regla existiera en los centros de arbitraje peruanos, hubiéramos tenido un poco menos de problemas con ciertos tribunales arbitrales.

El siguiente tema que me gustaría tratar es la facultad del tribunal de excluir a nuevos representantes de parte, incorporados después de constituir el tribunal en caso de conflicto de interés.

El numeral 2 del artículo 17 de las reglas de la CCI, señala que el tribunal arbitral podrá, una vez constituido y después de haber brindado a las partes la oportunidad de comentar por escrito dentro de un período de

tiempo adecuado, tomar cualquier medida necesaria para evitar un conflicto de interés en un ámbito que surja de un cambio de representación de las partes, incluida la exclusión de los nuevos representantes de las partes de participar total o parcialmente de los procedimientos arbitrales.

Esto, reitero, es una traducción libre. Ese aspecto constituye un punto de mucha reflexión y de análisis, debido a que implica, en términos simples, o remover al árbitro o remover al abogado, ni más ni menos.

No obstante, debemos partir de que por el hecho de que estamos ante una tendencia arbitral internacional creciente, que ha buscado incorporar normas; esto tiene una justificación que ha buscado incorporar normas que traten esta cuestión.

En ese sentido, tenemos las directrices de la IBA sobre representación de las partes en el arbitraje internacional, particularmente, la directriz cinco, que señala en forma expresa que, una vez constituido el tribunal arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una parte en el arbitraje, si existe una relación entre dicha persona y un árbitro que crearía un conflicto de intereses, a menos que ninguna de las partes lo objete o, una vez se efectúe una correspondiente relación, esto quede sin objeciones.

Es así que, en el caso de que se vulnere esta directriz, el tribunal arbitral está facultado a tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la integridad del procedimiento e, incluso, impidiendo la participación de nuevos representantes en todo o en parte del procedimiento arbitral.

Si bien el texto de esta regla de la IBA otorga las facultades a sus árbitros, incluso, para nombrar al nuevo representante, estamos ante un estándar uniforme internacional, que no sólo pertenece ya a la IBA.

En el arbitraje nacional se han tenido algunos casos en los cuales se aprecia que la designación de un nuevo abogado en el proceso arbitral, generaría aparentemente un conflicto, y lo que ha sucedido, es que el árbitro tendría el supuesto conflicto, y ha renunciado a fin de no entorpecer el proceso.

No obstante, esta situación no debe llevar necesariamente a la renuncia o remoción de un árbitro, por lo que debería replicarse de forma adecuada esta nueva disposición de la CCI en los reglamentos nacionales, teniendo en cuenta, por ejemplo, aspectos como si la modificación de la representación legal ha sido realizada una vez constituido el tribunal, el grado de vinculación o conflicto que generaría el nuevo representante o un árbitro o el tribunal en su totalidad, entre otros aspectos vinculados.

El siguiente tema —estoy corriendo un poquito por el tiempo; estoy mirando mi reloj acá—, facultad del tribunal de decidir luego de consultar con las partes la realización de audiencias de forma remota.

El numeral 1 del artículo 26 de las reglas CCI señala que: «El tribunal arbitral podrá decidir, previa consulta a las partes, sobre la base de los hechos y circunstancias relevantes del caso, que cualquier audiencia se llevará a cabo mediante asistencia física o remotamente por video conferencia, teléfono u otro medio de comunicación apropiado».

En el arbitraje internacional, que es más complicado que las partes se pongan de acuerdo en fechas y el lugar en que se llevaría a cabo una audiencia, esta norma es lógica, no solamente es lógica, también me llama un poco la atención porque, en realidad, por lo menos, en arbitrajes en los que yo he intervenido hasta el año pasado de la ICC de París, todo ha sido virtual. Yo no recuerdo que en los últimos tres o cinco años haber tenido un arbitraje presencial, salvo una o dos audiencias, quizás.

Ante la pandemia se ha hecho una regla general la virtualización del arbitraje y vamos a camino a que, aun cuando se suspenda la pandemia, se siga con esta tendencia, y yo creo que eso va a ser permanente en el tiempo.

El siguiente aspecto que me gustaría tocar es la nota práctica. En septiembre del presente año, el Consejo Superior del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, publicó la nota práctica n.º 2-2020 para la conducción eficiente en los arbitrajes. Esta norma establecía, mediante medidas a ser implementadas, elevar los estándares de celeridad y eficiencia

de los procesos arbitrales administrados por el centro en beneficio de sus usuarios.

Entre otras modificaciones, esta norma estableció las siguientes dos importantes: fijar las materias del arbitraje que incluyen, entre otras, necesariamente, el calendario procesal; y la segunda, que me parece muy importante, la reducción de los honorarios de los árbitros en caso de mora en la emisión del laudo arbitral.

En el caso de lo referido a fijar las reglas del procedimiento, que incluye el calendario procesal, esta norma determinaba plazos, tales como, cuando el tribunal arbitral señala la necesidad de emitir una orden procesal, fijando las reglas del arbitraje, debe dentro de los veinte días hábiles desde la notificación de su resolución, fijar las reglas del arbitraje que incluyen, necesariamente, el calendario procesal.

Para tal efecto, el tribunal arbitral debe enviar a las partes una propuesta de otorgarles un plazo para que presenten sus observaciones o una propuesta consensual al respecto.

En el caso del plazo para la prestación de la demanda sea de veinte días hábiles, desde la notificación de la constitución del tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 24.1 del reglamento, el tribunal arbitral debe fijar un calendario procesal dentro del plazo de veinte días hábiles desde la notificación de su constitución.

No obstante, se dieron diversas críticas a esta nota. Yo fui uno de los críticos más fuertes, entre otras razones porque, esto es cuando uno trata de trasladar modelos, en este caso, concretamente del reglamento de la CCI, pero se olvidaron de que en el caso de la CCI, la petición y la respuesta a la petición del arbitraje, prácticamente, contienen todo: las pretensiones, los medios probatorios, las respuestas que, inclusive nos llegan, entonces, ahí sí en el acta de misión, el tribunal puede fijar un calendario y ordenárselo a las partes. Pero, en el caso peruano se olvidaron de que el propio reglamento establece que la demanda se traslada después de veinte días de que se declara constituido el tribunal y de fijadas las reglas.

Entonces, ¿cómo va a fijar el tribunal un calendario arbitral antes de, siquiera, conocer de qué consiste el proceso?, porque todos sabemos que nuestras costumbres en la petición, se dice de manera muy genérica y se reserva a la presentación de la demanda, y la contestación, los actos postulatorios, las pretensiones, en fin.

Entonces, como les digo, ante estas diversas críticas, el Consejo Superior del Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, emitió la nota práctica n.º 3, que sustituye a la anterior, a la n.º 2, la cual fue elaborada recogiendo mejores prácticas internacionales, así como diversas sugerencias de la comunidad arbitral peruana.

El propósito de la nota práctica vigente es mejorar la calidad de los arbitrajes, promoviendo que los tribunales gestionen el proceso arbitral en forma eficiente, y optimizando los costos y los tiempos de su duración.

Para ello, establece la necesidad de contar en todo arbitraje con un calendario procesal acordado por las partes, con fechas concretas; y todos los involucrados en el arbitraje se comprometan a cumplir, pero esto ahora, cuando ya está instalado el tribunal, y fijadas las reglas, y, eventualmente, si se conocen los actos postulatorios.

Yo creo que ya estoy en mi tiempo, así que voy a terminar.

Adicionalmente, para fomentar el cumplimiento del calendario procesal pactado por las partes, se incluye la posibilidad de reducir los honorarios de los árbitros ante los retrasos en la emisión de los laudos.

Acá una brevíssima, antes de que me corten, hago un brevíssimo comentario. Esta norma, que fue incluida en la norma n.º 1, se incluía en el reglamento, lo cual, en opinión general de los que practicamos el arbitraje, era un error porque es una norma que debía incluirse en el reglamento de ética de los árbitros al que están sujetos, porque no tiene nada que ver con la parte procesal del arbitraje. Es una regulación de control de la institución sobre los árbitros y sobre las reglas que rigen a los árbitros, y eso es lo que se ha corregido.

Entonces, ahora la regla es parte de las reglas que los árbitros aceptan y declaran aceptar al momento en que presentan el formulario de declaración y esta norma es, en mi concepto, excelente. Es también una norma copiada de la CCI París, porque, a discreción de la Corte, ésta puede reducir los honorarios de los árbitros o del tribunal en su conjunto, si es que no se cumplen los plazos, si, además, los laudos provocan o generan que administrativamente tengan que ser devueltos para ser completados o subsanados, en fin. Ésta es una excelente norma, desde mi punto de vista, y va a forzar a muchos flojos en nuestro medio arbitral, a hacer eficientemente y en el tiempo real su trabajo.

Muchas gracias.

Karen Vilcarromero: Muchas gracias, doctor Sologuren. Muy importante todo lo que ha mencionado acerca de las modificaciones.

Bueno, ahora continuamos con el doctor Ralph Montoya, quien es abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Cuenta con un máster en contrataciones estatales por la Universidad Castilla La Mancha y con estudios en arbitraje por la Universidad de Salamanca.

Se desempeña también como árbitro en arbitrajes comerciales y en materia de contrataciones estatales. Actualmente, también es jefe legal en Veolia Perú.

El doctor nos hablará acerca de las medidas cautelares en la contratación pública.

Adelante, doctor Montoya.

Ralph Montoya Vega: Muchas gracias, Karen.

Bueno, en primer lugar, quisiera agradecer al Instituto Peruano de Derecho Privado y al doctor Marco Silva Santisteban por la invitación en este *workshop* en el marco del tercero Congreso Nacional de Derecho Civil y

Arbitraje, que me permite participar con este tan ilustre plantel de expertos en la materia.

Bueno, se me ha pedido tocar el tema de las medidas cautelares y englobarlo dentro del marco de la contratación pública y quisiera poder, en base a ese tema, responder dos preguntas prácticas que, de hecho, en la materia de contratación pública, las vamos a ver bastante seguido, que es, básicamente, si es que debería haber consideraciones especiales en el otorgamiento de medidas cautelares al momento de concederlas. Si es que la regulación debería establecer ese tipo de tratamientos o consideraciones, y otro tema que me parece bastante práctico de discutir es respecto a si corresponde el otorgamiento de medidas cautelares para evitar la ejecución de garantías cuando se resolvió un contrato o se declaró nulo en materia de contratación pública.

Entonces, respecto del primer tema, quisiera poder decirles un tema que ustedes ya conocen bastante bien. De hecho, las medidas cautelares sabemos que resultan de suma importancia cuando hablamos de situaciones de emergencia en donde se requiere la tutela de poder salvaguardar derechos que no pueden esperar el resultado final de una controversia. En este caso, una controversia arbitral.

En principio, tenemos que, dentro de la regulación, la Ley de Contratación Pública, la Ley de Contratación del Estado y su reglamento han establecido una relación específica para hablar de medidas cautelares.

Sin embargo, tenemos sí un artículo específico en la Ley de Arbitraje, que es el artículo 47, que ha establecido la posibilidad de requerirlas, pero no establece los presupuestos sobre los cuales un árbitro tendrá que hacer la evaluación.

Es por eso que, por práctica o por costumbre, se ha venido utilizando los presupuestos establecidos en el artículo 211 del Código Procesal Civil. Nosotros lo conocemos; hablamos de la famosa verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, básicamente, la necesidad de la emisión de una decisión jurisdiccional para poder garantizar una situación preventiva, la

razonabilidad de la medida cautelar requerida vinculada a la eficacia de la pretensión materia de litigio, y la existencia de la contracautela; la contracautela como una herramienta para poder garantizar los derechos de la otra parte, que es afectada con la medida cautelar.

Entonces, si bien es cierto no hemos establecido dentro de la Ley de Contrataciones una determinada regulación, pero nos hemos visto en enero de este año con la emisión de una norma muy controvertida.

Antes de iniciar el evento hablábamos bastante de eso, de cómo es que se ha metido esta norma a efectos de salvaguardar un poco más los derechos del Estado, y es el Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

Este decreto modifica el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, estableciendo una consideración bastante particular y especial, referida a que en los casos en donde el Estado peruano es parte afectada de una decisión cautelar, de una medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria incondicionada y de realización automática. Un texto bastante similar al que tenemos en la Ley de Contrataciones, cuando hablamos de las famosas garantías de fiel cumplimiento y demás garantías. Las características que debe tener una garantía que se emite dentro del marco de la contratación pública.

Un elemento muy importante que fija esta norma, es que el monto de la contracautela lo establece el tribunal arbitral, el juez, pero nunca podrá ser menor a la garantía de fiel cumplimiento que se otorga en el marco de un contrato público.

A efectos prácticos, la aplicación de esta norma que ha emitido el Estado, el Estado poseería una doble garantía. Entendemos, por un lado, que corresponde a la de fiel cumplimiento que, como decíamos, garantiza la ejecución de la prestación de servicios, del suministro de los bienes o la ejecución de una obra; y, por otro lado, una nueva que tiene que presentar el privado ante el pedido de una medida cautelar, lo que en contrapartida significaría una situación, en mi opinión, de desventaja para el particular, para el contratista, que debe no sólo renovar las fianzas que ha presentado

a la entidad con motivo de la ejecución del contrato: la de fiel cumplimiento, la de adelantos, sino también ésta, que, con motivo de la necesidad de salvaguardar una situación de emergencia, tendría que otorgarla y hacer los gastos financieros que esto significa.

Esta norma emitida ha sido discutida bastante en muchos foros y, de hecho, hay varios pronunciamientos que reclaman la inconstitucionalidad de este decreto; e, inclusive, el 11 de noviembre último se ha emitido un dictamen de la Comisión de Constitución, en donde se recomienda la derogatoria de este decreto de urgencia en mención, ya que, en materia de contrataciones, no solamente debería considerarse la protección al Estado, sino también la igualdad de las partes.

Yo creo que no deben de tener en consideración otros aspectos que generen ventajas al Estado en materia de contratación pública, a efectos de querer salvaguardarla.

Tenemos que recordar que la postura mayoritaria en el tema de arbitraje es, en la etapa de ejecución del contrato, las partes, tanto la entidad como el contratista, deben de mantener igualdad en las condiciones, por eso no debería tenerse consideraciones especiales por el solo hecho de que la parte afectada sea una entidad pública.

La norma de contrataciones ya establece diferentes prerrogativas a favor del Estado, por lo que en el marco de una controversia sujeta a arbitraje, la medida cautelar solicitada por un contratista, debe ser evaluada de forma objetiva y dejando de lado la particular posición de que una de las partes en el litigio es una entidad pública.

En mi opinión, respecto de este tema tan controversial y que ha generado que muchos especialistas se pronuncien al respecto, y que han sido esos pronunciamientos los que han impulsado la propuesta de la Comisión de Constitución de derogarla, es que este tipo de normas, y como viene en una serie de iniciativas protecciónistas que buscan blindar aún más al Estado, ante supuestas situaciones adversas, resulta un total desincentivo para la inversión privada, y lejos de buscar la seguridad jurídica de la empresa

que invierte para prestar servicios, suministrar bienes e invertir en ejecutar obras, lo que hacemos es encarecer su participación.

Eso es lo que me tocaría decir respecto de este tema, yo entiendo que Giuseppi va un poco a desarrollar todas las inconsistencias que tiene este decreto de urgencia a detalle, y lo dejaré para que él lo pueda pronunciar.

Por otro lado, como les he adelantado al inicio, quisiera tocar el tema sobre la posibilidad de poder ejecutar una medida cautelar o conceder una medida cautelar, respecto a la ejecución de garantías o para evitar la ejecución de garantías de adelantos, una vez que el contrato de obra o de servicio se encuentre nulo o resuelto.

Como ya lo hemos señalado, la concesión de una medida cautelar debe ser evaluada de acuerdo a la evaluación de determinados requisitos que, dentro de la costumbre, ya se han determinado a partir del Código Procesal Civil: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la razonabilidad.

Ahora, en materia de contratación pública, es común que en los casos en donde la entidad resuelva el contrato o declare nulo un contrato por una determinada contravención normativa o por razones que se dan en la ejecución del contrato, siempre traten de ejecutar las garantías que tienen en su poder, especialmente, las garantías de adelantos porque, por su naturaleza, sólo pueden ser amortizados con la ejecución del contrato.

El caso de una obra, con las amortizaciones presentadas en las valorizaciones, uno va amortizando poco a poco las garantías. Y, si el contrato se trunca, se resuelve, lo lógico sería de pensar que ese adelanto termina siendo un crédito y debería devolverse a la entidad, y eso genera siempre el incentivo de que la entidad busque la ejecución de las fianzas. Pero, es importante señalar que en muchos casos de resolución o de nulidad de contrato, se dan diferencias entre el monto adelantado por la entidad y el monto ejecutado por el contratista, siendo que sólo se puede establecer el monto correcto, una vez que se haya liquidado el contrato, pues hasta ese momento no existiría una plena certeza, respecto de cuál es el monto que,

efectivamente, avanzó el contratista en la ejecución; por ejemplo, en una determinada obra.

Entonces, si nosotros, bajo ese supuesto no tenemos conocimiento de cuánto era lo que se avanzó y cuánto era lo que debería devolver el contratista con motivo de la resolución, es difícil determinar si es que es posible o correcto, que ya se ejecute la garantía.

En ese sentido, al no existir una certeza respecto a cuánto asciende la ejecución, y tampoco se conoce el monto al que asciende la obra, ni existe un saldo a favor de la entidad ya determinado; y, si por el contrario, existe un saldo a favor del contratista, es claro que en la liquidación final de la obra recién podremos saber cuál sería el resultado de esa rendición de cuentas. Con lo cual, la sola resolución, en mi opinión, del contrato o la nulidad del mismo, no debería ser una situación que habilite a la entidad a ejecutar las fianzas que se le conceda, o si el contratista pide una medida cautelar debido a la situación en particular, se deberá analizar si corresponde o no su otorgamiento.

En ese sentido, considero que en un caso como éste, que es muy común en contratación pública, todo el tiempo vemos contratos resueltos por incumplimiento o supuestos incumplimientos, y que las entidades activan este procedimiento de ejecución, considero que el tribunal arbitral a cargo de resolver la controversia, a cargo de resolver esta medida de emergencia, esta medida cautelar, deberá evaluar una solicitud que debe, no solamente tomar el presupuesto general de que se resolvió el contrato y que se debe ejecutar la fianza, sino que tendrá que evaluar elementos particulares del caso para determinar si corresponde la ejecución, por ejemplo, en un caso en donde la obra no fue ejecutada ni al 2% y las valorizaciones presentadas por la propia entidad, por el propio contratista evidencian un avance mínimo, entonces, el tribunal tendrá que evaluar una posición un poco más conservadora de permitir el retorno de los recursos al Estado.

Pero, si hablamos de un proyecto que tiene un avance discutido en el arbitraje, donde para el contratista hay un avance de 75%, y para la entidad, un avance del 60% y donde las controversias que se conocen en

el arbitraje van a determinar realmente cuál es la rendición de cuentas o el resultado de la rendición de cuentas, yo creo que mal haría un tribunal en desincentivar una o en rechazar una medida cautelar que permita mantener el *status quo* hasta que se resuelvan las garantías.

Bueno, eso es lo quería hablarles respecto a las cautelares y muchas gracias.

Karen Vilcarromero: Muchas gracias, doctor Montoya.

Bueno, entonces, continuamos con la participación de la doctora Ángela Cristina Villate, quien es jefa de gestión del conocimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es también profesional en filosofía y derecho.

Cuenta con estudios postgraduales en lingüística, filosofía, analítica de datos y derecho. Actualmente, es estudiante de doctorado en el pensamiento complejo; es experta en el análisis estratégico de datos para proyectos sociales y de justicia, tipologías textuales, argumentación y pragmática.

También es líder del grupo de investigación sobre el análisis del conflicto y laudos arbitrales de la red juvenil de arbitraje.

La doctora nos va a hablar acerca de la percepción del arbitraje en las redes sociales. Por favor, doctora.

Ángela Cristina Villate: Hola, buenas noches a todos. Muchas gracias.

Primero que todo, agradecer a los organizadores del evento por la amable invitación que nos han hecho. Muy contentos de estar compartiendo con ustedes estos espacios.

Yo quiero hablar acerca de esa percepción del arbitraje, luego, entonces, mi exposición va a estar dirigida o, más bien, va a estar centrada desde la perspectiva de cómo es que las personas perciben el arbitraje y qué

podríamos hacer nosotros como promotores desde el punto de vista de árbitro, de operadores o desde los centros para promover el arbitraje.

Básicamente, lo que quiero hablar con ustedes es de una sintomatología que podemos ver nosotros a partir del análisis de los datos.

Entonces, parto de dos proposiciones o de dos premisas. La primera —no sé si sucede lo mismo en Perú— pero, en Colombia atravesamos una coyuntura importante frente al sistema de justicia y es que hay, evidentemente, una congestión en el sistema judicial, es decir, los juzgados en este momento no están dando abasto para atender a todas las necesidades de justicia en todos los sectores, en todas las jurisdicciones que hay. Ésa es la primera premisa del análisis.

La segunda premisa del análisis, pues tiene que ver con la coyuntura que estamos atravesando, que tiene que ver con cómo la pandemia nos forzó a virtualizarnos y a comprender que el mundo hoy en día, entonces, las prácticas se trasladaron a medios virtuales, y a entender que la gente, pues, se está comunicando por esa red, por la virtualidad que las redes han tenido una explosión durante esta pandemia, es decir, ya era un lugar de encuentro para que las personas opinaran y, luego, entonces, partiendo de esos dos hechos, me parece importante tener estos canales como medidores, por lo menos, indicativos de qué es lo que perciben las personas acerca de lo que está sucediendo en el mundo.

Creo que uno podría tomar de base una, digamos, que una discusión en términos de Umberto Eco, se llama entre los apocalípticos y los integrados, pero más allá de esto, lo que quiero presentarles es el análisis que hice a través de técnicas de análisis de lenguaje, de procesamiento natural y de *matching learning* para saber qué es lo que las personas en toda América están pensando sobre el arbitraje.

Entonces, les cuento una historia, pues, por mi formación interdisciplinar, tengo amigos, muchos amigos humanistas sociólogos, antropólogos, lingüistas, bueno, y cuando me preguntan que en dónde trabajo, les cuento que trabajo en el Centro de Arbitraje, creo que ellos se imaginan

que por arbitraje entienden de una vez el tema del fútbol, entonces, creo que me imaginarán, qué sé yo, hago estudios de árbitros de los partidos de fútbol, y qué sé yo. E, incluso, creo que es una percepción muy generalizada, no es una historia meramente anecdótica.

En una de las encuestas que hizo una de las instituciones que estudia la justicia aquí en Colombia, se llama la Comisión de Excelencia de la Justicia, salió como resultado que los métodos alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje, en especial, son elementos que, en realidad, vienen a ser una solución efectiva para estos problemas de congestión judicial que nosotros atravesamos.

Sin embargo, hay un problema generalizado y es que las personas, en general, no conocen lo que es el arbitraje; no saben siquiera de su existencia o, en caso de conocerla, tienen una idea muy errada de eso.

Entonces, digamos que ése es el contexto en el cual, pues, me pareció curioso. Bueno, vamos a ver qué es lo que las personas realmente están pensando del arbitraje.

Entonces, van a ser tres momentos a partir de los cuales les quiero hablar. Primero, quiero hablarles del tema de las tendencias en redes sociales frente al arbitraje. Segundo, extraer como los temas de interés y qué es lo que las personas hablan allí; y, tercero, algunas conclusiones o reflexiones que nos puede dejar el análisis sintomático de lo que las personas ven en la red.

Entonces, empecemos por el tema de las redes sociales.

La red social que yo escogí para hacer el análisis a través, pues, de las herramientas de procesamiento del lenguaje natural fue Twitter. Twitter es una red social que tiene 335 millones de usuarios activos al mes. Si bien hay muchas más cuentas, éstas son las personas que se mueven al mes en todo el mundo.

Y hay otro dato, y es que al día se generan 650 millones de tuits al día. Así, de entrada, uno podría decir si quiere saber de qué está hablando el mundo en general, pues, puede, digamos, que las redes sociales; una red social como Twitter es, en efecto, una ventana muy aproximada de la realidad o, por lo menos, de los intereses de las personas. Tampoco quiero generar el tema de la hiper realidad acá, pero es de lo que las personas están hablando allí, que fue lo que yo hice.

Entonces, debido, digamos que, al menos con los conocimientos que tengo de *matching learning*, lo que hice fue generar una App y en un programa que tenemos, que se llama Python y allí, en buena cuenta, pues extraje los tuits acerca de tribunales arbitrales, hice un procesamiento de datos, hice un tratamiento de datos, generé algunas visualizaciones y generé, pues, un análisis y ese análisis está centrado a responder a la pregunta de si, en efecto, el arbitraje es un tema en la agenda Twitter. Es, justamente, para ver si las personas están interesadas o no en el tema.

Les compartiré más adelante mi presentación, y si ustedes quieren consultar, pues, el código completo y la visualización, les dejo el *link* para que puedan revisar todo el código.

Entonces, qué es lo que nosotros vemos aquí. Les quiero contar, entonces, algunos de los resultados de esos análisis.

Por la búsqueda de la palabra o del criterio «tribunales arbitrales», lo primero que podemos responder es en dónde y en qué contextos se habla de arbitraje.

Las zonas en las que se hizo el estudio es de México hasta Argentina, y fíjense, ustedes que, en realidad, bueno, éhos son datos tomados de los últimos siete días, entonces, esto fue reciente. Y fíjense ustedes que, si ustedes recuerdan la suma, la cantidad de los 650 millones de tuits al día que se generan en el mundo, durante los últimos siete días, solamente se habló ocho veces de arbitraje. Es decir, uno ya podría, tiene un dato para responder la pregunta si Twitter está en la agenda, perdón, si el arbitraje está o no en la agenda de las personas en Twitter.

De allí vemos, entonces, que el país en donde más se presentaron menciones acerca de Twitter, pues, está en Argentina y luego tenemos a México, luego tenemos una mención de Venezuela, una mención de Perú y una mención de Bogotá.

Entonces, listo. Entonces, aquí nosotros vemos primero, pues, la frecuencia de menciones del arbitraje, laudos arbitrales, en realidad, hice las búsquedas por diferentes criterios. Son muy bajas, pero, bueno, miremos con esta información qué es lo que podemos deducir, y es que, cuando las personas hablan de arbitraje en una red social o cuando les interesa o cuando están, digamos que interesadas, bien sea por el servicio, por arbitraje, por conciliación, pero esta búsqueda es por arbitraje, lo hacen, en general, para buscar o lo hacen en el marco de una decisión arbitral.

Es decir, un fallo o una decisión; una noticia acerca de una decisión, y digamos que, a partir de eso, se empiezan a generar los comentarios.

Otra de las cosas que también hay que resaltar de aquí como sintomatología, es que desde los centros de arbitraje, desde México hasta Argentina, quizás tampoco se hace una mención muy activa del arbitraje y lo que está sucediendo es quizás también eso tienda a que se desincentive la participación en estos temas en Twitter.

Veamos ahora, ya vimos en dónde hablan, con qué frecuencia lo hacen y en el marco de qué. Veamos ahora cuáles son los temas de interés de las personas cuando hablan de arbitraje en Twitter.

Fíjense en esta imagen que aquí es un mapa de calor que nos muestra la relación y la correlación que se genera entre los términos más frecuentes que se utilizaron en cada uno de los tuiters y esto nos da a nosotros, entonces, una idea más precisa de qué, digamos qué, en el contexto de uso de qué es lo que las personas están hablando acerca de arbitraje y esto, por ejemplo, es una herramienta muy útil si uno tuviese que analizar grandes volúmenes y grandes cantidades de información porque, digamos que un vistazo tendríamos una vista, una percepción más que intuitiva de qué es lo que está sucediendo.

Lesuento, entonces, cuál es el análisis que nos arroja esta gráfica, y, entonces, aquí tenemos que las relaciones tienden a asociar lugares, hechos e impresiones.

Entonces, por ejemplo, fueron dos noticias muy importantes en arbitraje a nivel mundial hispanohablante que se estuvieron comentando. Una tenía que ver con un arbitraje acerca del puente Pumarejo, que también tiene que ver aquí con Colombia, y con otro con un posible conflicto arbitral que va a suceder frente a una controversia en el Cerrejón también aquí en Colombia.

Sin embargo, también encontramos que hay algunas menciones sobre unas decisiones arbitrales en materias de huelgas laborales y, entonces, digamos que ésta es la información que podemos asociar allí, entonces, nos sacan una frecuencia de uso de expresiones, de situaciones asociadas a lugares, a eventos y también a calificaciones.

Esto es importante, más adelante lesuento por qué. Hay una situación de adjetivos calificativos, es decir, en Twitter las personas tienden a sentir mucha más libertad y expresan sus opiniones acerca de si algo les gusta o no les gusta. Incluso, en la recolección de tuits que hice, pude ver que hay calificaciones acerca de si les gusta la designación de un secretario o no, o si están de acuerdo con los árbitros o no, o si las personas también opinan acerca de los fallos y de los laudos arbitrales, que si son las personas adecuadas para opinar de esto, y vemos que esto es otra discusión al margen de lo que estamos presentando aquí, pero es lo que está sucediendo.

Queremos, entonces, además aquí acerca de las, digamos que de los temas o de las temáticas más frecuentes, aquello que podamos llamar como los tópicos en esta clase de datos.

Entonces, la gente cuando habla de arbitraje, lo hace acerca de conflictos, temas de sobrecostos, inversión, temas laborales, disputas comerciales, fallos de infraestructura. El tema de infraestructura, en realidad, creo que es un tema transversal en todo el arbitraje, especialmente, por el impacto nacional que tienen esta clase de ejecución de contratos en todos los países,

en general. También se hacen juicios valorativos sobre los árbitros y los secretarios, como ya les había dicho, y se hacen juicios de valor sobre la eficacia de los fallos.

Me parece importante, especialmente, este punto porque creo que en este momento, en el contexto, digamos que un momento de explosión de información y de explosión de manifestaciones de opinión por muchos medios, es importante que las fuentes primarias sean aquellas generadoras de la información principal.

¿A qué me refiero? Y es que la mayoría de las personas cuando opinan o hablan acerca del arbitraje, en realidad, casi que lo hacen a través de una fuente secundaria. Bien sea una nota de noticia, bueno, especialmente las notas de noticia o quizá por una pequeña nota que se puede ver allí.

Entonces, aquí quizá el llamado es que si de algún modo se quiere hacer una difusión, una divulgación del arbitraje, quizá sean las personas, bien sea desde los centros, los operadores, los árbitros, a quienes un llamado a que generen la información de primera mano y de que, de allí también de algún modo se pueda generar la tendencia de una opinión, quizá un poco... no, quizá no, de hecho que sea una opinión mucho más acertada, mucho más técnica acerca de lo que está sucediendo.

Como conclusiones, entonces, de esto que quería mostrarles, pues, podemos quizá resumir en lo siguiente y es que nos dicen: ¿y para qué nos sirven estos datos?, teniendo en cuenta, pues, que ya no es posible, como en la Edad Media, coger cada uno de los rollos y los papiros y analizarlos porque estamos en un momento en el que hay una producción vastísima de información, y que quizá en el momento en que haya que tomar decisiones estratégicas, bien sea desde la parte administrativa para los centros de arbitraje o para los mismos árbitros cuando vayan a tomar una decisión, es decir, conocer todo lo que hay, todo lo que se ha dicho acerca de un tema, o bien sea para hacer investigación o análisis de los datos, es importante acudir a herramientas como éstas, que nos ayudan de algún modo a estandarizar o a comprender la información de entrada, quizá estandarizar-

la y generar ciertas tendencias, y así poder comprender, por lo menos, con cierto grado de certeza qué es lo que está sucediendo.

Entonces, ¿qué nos dicen? Les propondría las siguientes conclusiones y es el primero que, en efecto, el arbitraje no es un tema que marque tendencia en redes sociales como Twitter, luego, entonces, pues, quizá podríamos plantearnos algunas preguntas de si es necesario, si es posible, si es viable quizá hacer esta difusión. Lo digo, sobre todo por la paradoja que presentaba al principio, y es que hay una circunstancia de confusión en la justicia; los métodos de resolución de conflictos, en realidad, tienen herramientas y pueden ofrecer una solución efectiva ante esta necesidad de solución de las controversias por parte de las personas, pero qué pasa si las personas no lo conocen.

Entonces, identificamos que uno de los problemas es el desconocimiento del tema, y entonces aquí está nuevamente el llamado a hacer una difusión y divulgación de la información de primera fuente.

Insisto en el tema de que la promoción del arbitraje está relacionada con la difusión de la información pública, transparencia y seguridad jurídica.

Es importante que aquellos documentos que son públicos, que se generan durante el arbitraje, estén a un acceso directo y a la mano de las personas, porque estamos en la época de la información, estamos, de hecho, pues, ya se declara como el derecho a la información abierta como uno de los derechos humanos que se reclaman actualmente, y además como un valor de información que se reclama, tanto para los privados, para las organizaciones independientes y para los Estados, para estar en una igualdad de condiciones, y no solamente competir, sino también bien tomar las decisiones y tener, digamos, que una perspectiva un poco más consciente de qué es lo que está sucediendo. Además, porque creo que el hecho, quizá, de guardar y de forma recelosa ese tipo de información, trae como consecuencia que cuando queremos hacer una difusión o una divulgación del arbitraje en los empresarios, en las personas naturales, en las personas que

hacen los contratos, pues, se ha generado esa barrera y esa brecha, justamente, por el desconocimiento.

¿Para qué nos sirven los datos? Y, digamos, que hoy solamente les mostré una pequeña muestra del potencial que tiene el análisis y el procesamiento del lenguaje natural o el *matching learning*, y es que ese análisis nos permite identificar las tendencias a hacer un análisis de sentimientos; es decir, cómo percibe, cómo recibe la gente ciertas decisiones arbitrales nos permite conocer lo que se dice sobre el arbitraje, es porque, a veces, uno está como muy metido en su rol hoy, bien sea administrativo o bien sea como árbitro, como abogado, y a veces como que no tiene un *feedback* de qué es lo que está sucediendo, qué es lo que piensa realmente la gente de lo que sucede allí.

Nos sirve también para hacer una extracción de temas relevantes que fue lo que les mostré el día de hoy, y también para verificar y corroborar los hechos.

Y, pues, bien, eso era lo que quería contarles desde una perspectiva de la investigación desde una perspectiva de saber y de preguntarnos qué es lo que está sucediendo con el arbitraje allá afuera.

Muchas gracias, nuevamente, por la invitación y por la atención. Han sido ustedes muy amables.

Karen Vilcarromero: Muchas gracias, doctora. Muy interesante todo lo que nos ha compartido.

Ahora, continuamos con la participación del doctor Giuseppe Vera, quien es abogado y árbitro. Es socio fundador de Vera, Espinoza & Prado Abogados. Cuenta con maestría en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú; es especialista en derecho procesal, arbitraje y contrataciones con el Estado; es miembro del grupo de investigación de derecho y empresa de la maestría en derecho de la empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Actualmente es presidente del Centro de Estudios de Derecho Arbitral peruano; es también autor en diversas obras colectivas y en reconocidas publicaciones en su área de especialidad, además de ser conferencista internacional.

Él nos hablará acerca de las críticas al Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

Adelante, doctor, por favor.

Giuseppi Vera: Gracias, Karen, buenas noches. Es un gusto para mí compartir este panel con grandes expositores y grandes analistas del derecho arbitral. Grandes amigos.

Agradezco al Instituto de Derecho Privado en la persona de su presidente, Marco Silva Santisteban por invitarme una vez más a participar en este importante congreso de derecho civil y arbitraje.

En lo que a mí concierne, me voy a referir, como dijiste, Karen, a unos comentarios, a unas críticas al Decreto de Urgencia n.º 020-2020, y esto, pues, porque tiene relación, como dijo Ralph, a un predictamen publicado recientemente por el Congreso de la República, en el cual se derogaría esta norma. Éste es un predictamen, todavía falta un tramo por recorrer a nivel del Congreso, a efecto de saber si es que, a fin de cuentas, se derogará esta norma o no se derogará; se derogará todo, parte, bueno, en principio, este predictamen, lo que propone, porque eso es, propone, es la derogación de todo el decreto de urgencia.

Y, bueno, antes de adelantarme a decir sobre qué puntos va a ser, sería de inmediato y sobre qué puntos habría un tiempo intermedio, por así decirlo, en el cual todavía se mantenga, pero todavía no se derogue, me voy a referir, básicamente, a este tema de la manera más breve porque estamos bastante contra el tiempo, a expresar que una norma debe de ser emitida luego de un estudio, luego de un análisis técnico, luego de un análisis exhaustivo que evalúe y pondere la practicidad y la pertinencia de la norma. Claro, dentro de un análisis estrictamente de carácter técnico.

Cuando nosotros leemos el decreto de urgencia y empezamos a partir de su exposición de motivos, nos damos cuenta de que el gran objetivo de esta norma fue el combatir la corrupción en el arbitraje. Ésa fue la bandera: combatir la corrupción en el arbitraje. Pero, si seguimos leyendo la exposición de motivos, nos damos cuenta de que los fundamentos que sostienen este gran valor, que es combatir la corrupción del arbitraje, se refieren a hechos que no necesariamente tendrían que entenderse como que hubo o no hubo corrupción en el arbitraje porque se fundamentan en algunas decisiones que habrían adoptado tribunales arbitrales, y que, ¡oh, maravilla!, por arte de magia, sin existir ningún fundamento técnico, la exposición de motivos concluye en que, ahí, prácticamente, lo están diciendo, habría corrupción.

Entonces, si empezamos desde el análisis del decreto de urgencia desde su propia exposición de motivos, es decir, lo que le da la razón de ser a la norma, vemos, pues, que no parece ser una norma muy técnica.

Ahora, luego, si pasamos al análisis del articulado de este decreto de urgencia, pues, nos daremos con la ingrata sorpresa de que, en efecto, lo que hace en algunos casos, es desnaturalizar la esencia de la Ley de Arbitraje, porque —no perdamos de vista— el decreto de urgencia n.º 020-2020 no modifica la Ley de Contrataciones con el Estado, no modifica otro tipo de leyes como de las asociaciones públicas privadas, concesiones, donde sí participa el Estado, sino que, todo lo contrario, este decreto lo que modifica es el Decreto Legislativo n.º 1071, que es la norma, que es la Ley General de Arbitraje; es decir, modifica una norma de carácter general, cuando lo que tendría que haber modificado es una norma de carácter especial.

Entonces, desde ahí partimos mal. Y luego de ello también, dentro de ese análisis técnico, correcto que debe de preceder a toda norma, que debe de preceder, incluso, al estudio que hagan los especialistas para ver qué derogan o qué otra norma va a poder emitirse, debe estar también el criterio de que una norma, de ninguna manera, debe de inclinar la cancha a favor de una parte en desmedro de la otra, de tal manera, nosotros vemos que en esta norma del decreto de urgencia n.º 020-2020, lo que se busca, sería, parece ser, no lo digo yo únicamente, sino lo dicen diversos especialistas,

beneficiar, incluso, en algunas partes de la exposición de motivos, incluso así se da cuenta, es evitar que el Estado asuma ciertas responsabilidades, como, por ejemplo, cuando modifican las normas en relación a las medidas cautelares, entonces, y otras tantas más, que lo vamos a ir viendo cada una, obvio en corto tiempo, porque de esa manera se da cuenta de que no es del mismo tratamiento cuando quien lo pide es el Estado, que cuando lo pide el contratista.

Entonces, si en el arbitraje, desde que se inicia el árbitro, cuando expresa su aceptación a la designación, debe de tener en cuenta de cumplir su deber de revelación, en el cual debe de declarar que es independiente e imparcial de las partes, desde ese momento hasta la finalización del arbitraje, entonces, si los árbitros son independientes e imparciales, entonces, por qué tenemos una norma que parece ser que no es imparcial.

Entonces, un poco que rompe el equilibrio. Entonces, quiero terminar esta parte diciendo que el arbitraje debe de responder, no solamente en el terreno de lo privado, sino también en el terreno de lo público, como cualquier otra norma, no ser pro o ser contra a una de las partes. No es ser pro deudor o pro acreedor. Y en el caso de la contratación pública no es que se trate de ser pro contratista o pro Estado, sino que una norma sea de lo más justa, lo más equitativa y que no viole o vulnere el derecho a la igualdad de armas, definitivamente, porque eso es de por sí una afectación a la tutela que pueden tener las partes. Y cuando digo «las partes» es ambas partes, no únicamente una de ellas, porque eso, definitivamente, pues, desnaturaliza todo principio de equidad que debe haber en un proceso en el cual debe haber igualdad.

Entonces, habiendo hecho esa introducción, espero que no sea muy, que no haya sido muy larga, vamos a ver, por ejemplo, que en este decreto de urgencia hay vulneraciones, por ejemplo, en lo que es la falta de sistemática. Ya lo había mencionado de manera preliminar.

Entonces, o sea, no es una discusión de un mero purismo el abordar acerca de que, si el cuerpo normativo en que se ha producido la modificación es la norma sustantiva del derecho arbitral, en este caso el Decreto

Legislativo n.º 1071, o si es que ha sido, por otro lado, la Ley de Contrataciones con el Estado, o alguna otra norma, las APPs, por ejemplo, sino que esto responde a que toda norma debe de responder a un criterio de interpretación y análisis de lo que es la teoría general del derecho. No se trata de normativizar en un cuerpo normativo, valga la redundancia, en donde no corresponda, porque la interpretación que se le dé de manera sistemática a esta norma, a esta modificación, va a ser eso, sistemática dentro de ese cuerpo normativo, y luego, a veces, también podría ser que colisione, precisamente, con la norma que, supuestamente, está derogando; y, por otro lado, también puede colisionar con la norma que, supuestamente, es la norma de carácter especial, que es la de contrataciones con el Estado. Y a lo largo de este decreto de urgencia vamos a ver situaciones que se dan en ese sentido.

Entonces, el derecho, pues, debe ser entendido como un todo, y en ese sentido es que se debe de —reitero— regular, luego de un análisis técnico, y en este decreto de urgencia, pues, lo que se ha visto es todo, tal vez, la mejor intención, como así dice el decreto de urgencia en su exposición de motivos, de frenar actos de corrupción en el arbitraje, pero aterrizando el análisis artículo por artículo, no necesariamente vemos que con ello lo tendría que legalizar.

Entonces, por ejemplo, este tema de la recusación de los árbitros. Éste es un tema bastante importante, es muy importante diría yo, porque es uno de los que este decreto de urgencia ha vulnerado. Y por qué digo eso. Muy sencillo. Porque cuando nosotros estamos frente a una posibilidad de recusación, esto se da en el transcurso, en el *iter* del proceso arbitral. Entonces, esto se da, por ejemplo, cuando los árbitros realizan su declaración y luego de ésta las partes deciden recusarlo y existen, obviamente, razones y fundamentos para ello.

Entonces, si nosotros hacemos un correcto análisis de este tema, entonces, vamos a ver, y lo voy a mencionar acá, que el artículo 29, numeral 5 de la Ley de Arbitraje, señala sobre el procedimiento de recusación lo siguiente, y esto es algo que colisiona con el decreto de urgencia, sin embargo, ambas conviven en la fecha, porque como les dije en un inicio,

el decreto de urgencia ha modificado normas del Decreto Legislativo n.º 1071, entonces, a la fecha, ambas normas persisten y están ambas vigentes.

¿Qué te dice el artículo 29, numeral 5? Dice: «No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales».

Señores, yo me pregunto, ¿qué es un laudo arbitral? ¿Acaso no es una decisión emitida por el tribunal arbitral en el transcurso del proceso? Sí. Y de lo que acabo de leer, ¿acaso respecto a ello está prohibida la recusación? Sí. Sin embargo, el decreto de urgencia entiende lo contrario. Parece que los especialistas que trabajaron en este decreto de urgencia no se dieron cuenta de que existía este artículo 29, numeral 5 de la propia ley que ellos han modificado; y dice taxativamente que no es posible recusar por decisiones emitidas por el tribunal arbitral en el transcurso de las actuaciones arbitrales.

Entonces, vemos ahí que hay una grave incoherencia. Luego, también, en el decreto de urgencia no se dice si es respecto a algunas causales específicas de anulación de laudo o respecto a todas. Entonces, haciendo una interpretación jurídica correcta, si es que la norma no te especifica, debemos de entender que es por cualquiera de las causales. O sea, si se ha declarado la anulación del laudo, entonces, en este caso, es por cualquiera de las causales.

Entonces, debemos de entender que es por las causales que están previstas en la ley, así como también por aquellas otras, aquella otra diría yo, que se ha creado por la práctica jurisprudencial, en todo caso, por el tema relacionado por defectos de motivación, que taxativamente no se encuentra en ninguno de los incisos de las causales de anulación de laudo.

Entonces, ahí tenemos, por ejemplo, que si entendemos que el arbitraje es de instancia única, y si también vemos estadísticas en las cuales se verifica que cuando se anula un laudo, en este caso, por ejemplo, por motivación, lo cotidiano, lo que suele ocurrir es que el segundo laudo que se emite luego de la anulación, con la misma conformación del tribunal,

mantiene la decisión, puede motivar mejor, puede seguir la indicación que le ha dado la Sala Superior en lo Comercial de Lima o de algún otro distrito judicial, pero el sentido del fallo no lo modifica.

Entonces, me pregunto ¿al recusar árbitros estamos ante una potencial apelación encubierta? Porque si ya sabemos que la estadística señala que los árbitros no suelen modificar el sentido, entonces, acaso esa recusación no será planteada por la parte que perdió en el arbitraje para reconformar el tribunal en todo o en parte, a efecto de que esa nueva conformación emita un laudo en un sentido distinto. Acaso ello no significaría generar un incentivo perverso para que recusen a los árbitros.

A mi parecer, sí. Pero parecería ser que quienes redactaron esto, evidentemente, el decreto de urgencia fue emitido en la etapa del anterior parlamento este año, antes de que se eligiese al nuevo parlamento, y, bueno, pareciera ser que —reitero— no tuvieron el criterio técnico suficiente para su emisión.

Entonces, ahí me parece que hay aspectos absolutamente debatibles y que, evidentemente, su puesta en vigencia y su puesta en práctica pudiera generar serios perjuicios a la institución del arbitraje.

Y, evidentemente, creo que eso nadie lo quiere, más aún cuando tenemos una ley de arbitraje que es una ley que se basó en gran parte en la Ley Modelo Uncitral, y es una ley que creo todos reconocemos es un buen instrumento técnico. Entonces, si se quisieron hacer modificaciones, tendrían que haberse hecho modificaciones más ajustadas a un cabal conocimiento de la ley que están modificando.

Entonces, no quiero extenderme más en ese tema. Quiero luego pasar también al tema del abandono.

Karen Vilcarromero: Disculpe que lo interrumpa. Solamente le quedan tres minutos.

Giuseppi Vera: Perfecto, Karen.

El tema del abandono. En el abandono también tiene una repercusión completamente distinta, y en un proceso judicial civil, me refiero, un proceso judicial a una materia como ésta del arbitraje. La dinámica es completamente distinta.

En uno se trata de ser una suerte de castigo ante una posibilidad de que interpones tu demanda, y haces que el aparato judicial trabaje y luego lo dejas; dejas pasar el tiempo.

En el arbitraje es completamente distinto. En el arbitraje las partes son las que pagan a los árbitros e, incluso, es muy probable que en algunos centros de arbitraje se haya dispuesto que en sus reglamentos que se establezcan ya cronogramas; cronogramas de actuaciones arbitrales.

Entonces, yo me pregunto cuál es el objeto de que haya abandono. Acaso es que el demandante, que en este caso, que por lo general es el contratista, se le pase algún tiempo y que luego ya no haya objeto de controversia, porque el abandono ya no va a permitir, por lo general, dados los plazos cortos en contratación, a que vuelva a presentar otra demanda, más aún cuando estos términos están ya así pactados por ley.

Y, solamente, quiero terminar en este comentario en relación al gran tema central, que es el tema de las medidas cautelares. Y en este tema es muy importante tener en cuenta algo, que se desnaturaliza, en realidad, lo que es la esencia de la teoría general de las medidas cautelares. ¿Por qué razón? Porque no se le permite, aparentemente, ni al juez, porque el juez por colaboración establecida en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, puede dictar medidas cautelares cuando éstas son solicitadas antes de la instalación del tribunal, o luego no se permitiría al propio tribunal arbitral emitir una medida cautelar si es que previamente no se ha dado una contracautela por carta fianza no menor a la garantía de fiel cumplimiento.

Entonces, sería la garantía de la garantía, es decir, para yo tener una medida cautelar, debo de tener, como se dice, una espalda ancha, una espalda financiera ancha para poder dar nuevamente un 10%. Es decir, mi carta fianza de fiel cumplimiento es del 10% del valor de la obra. Ya lo di

para la obra, pero ahora tengo que dar otra carta fianza de la misma categoría, del mismo nivel. Ojo, hay situaciones en las cuales lo que se debe evaluar es el caso concreto. Siempre se tiene que evaluar el caso concreto. En este caso, es una medida cautelar, es una contracautela tasada. Haya una justificación o no haya una justificación de una medida cautelar en términos económicos, igual se tiene que brindar, porque así lo dice la norma. Entonces, eso, a mi criterio, es inconstitucional, porque vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque el acceder a una tutela cautelar también es parte de esa tutela efectiva, y al obligarse a la parte demandante que pide la cautela, a presentar este tipo de medida, de este tipo de contracautela, obviamente, lo que pareciera ser... lo que pareciera ser, digo así, lo que se busca es limitar la capacidad de que se interponga medidas cautelares, porque tendría que presentar únicamente si tiene ese fondo suficiente como para interponerlo. Y, por otro lado, esto implica, además, que ni los jueces ni los árbitros podrían contravenir esta norma.

Ahora, yo sí creo firmemente que un juez pudiera decir: «yo no aplico esta norma; hago un control difuso porque no pueden a mí decirme de qué manera tengo que yo señalar una contracautela; de qué manera tengo yo que fijar una contracautela, sino yo, como juez, soy, tengo, suficiente autoridad como para establecer cuál es la contracautela, luego de haber analizado el caso concreto».

Y luego de haber analizado, sobre todo, esto es muy importante, que no se ha analizado cuál es el potencial perjuicio que puede ocasionar la dación de esa medida cautelar, porque la contracautela se da en relación, precisamente, de eso, al perjuicio que se pueda dar en materia de la dación de esa medida cautelar.

Entonces, si el perjuicio es menor, es mínimo, por qué tendría que darse este tipo de medida cautelar.

Y termino con esto, Karen. Es muy importante señalar que esta medida que aparentemente es a favor del Estado, lo que podría ocasionar es un efecto completamente adverso. Y me explico brevemente.

Si es que el contratista gana el proceso, ¿Qué es lo que va a pasar? Primero, que el Estado va a tener que devolverle, pagarle por la carta fianza de fiel cumplimiento de la obra, por un lado; y, por otro lado, también va a tener que correr con los gastos de la carta fianza de fiel cumplimiento para la interposición de la medida cautelar. En pocas palabras, parecería que el Estado se ha tirado un disparo al pie. Más aún cuando sabemos que esa potencialidad existe. No es ajena. Entonces, dentro de las estadísticas también uno sabe en cuántos procesos, por ejemplo, esto puede ocurrir. Entonces, parece que también, una vez más, no ha habido un correcto análisis, no solamente de la norma que están legislando, sino también de las estadísticas en materia de contrataciones en las cuales el Estado participa, porque, de lo contrario, creo que hubieran tenido mucho más cuidado al momento de dar esta norma, porque como les digo, tiene un efecto completamente adverso en la práctica.

Dicho esto, muchas gracias, Karen, por la paciencia y, con todo gusto, si hubiera alguna pregunta, y si no, muchas gracias por permitirme estas impresiones sobre este tema.

Karen Vilcarromero: Muchas gracias, doctor.

Bueno, muchas gracias a todos los que han participado en esta mesa.

Lamentablemente, el tiempo pasa muy rápido y agradecer, una vez más, al Instituto de Derecho Privado y los dejamos con la participación de la segunda mesa.

Buenas noches.

MESA N.º 10 EL WORKSHOP DEL ARBITRAJE

Augusto Durand Díaz (moderador)

Gustavo Piedrahita Forero

Leonardo Chang Valderas

Alberto Molero Rentería

Augusto Durand Díaz: ¿Qué tal? Muy buenas noches.

Quiero agradecer al Instituto de Derecho Privado, a través de Marco Silva Santisteban, por la oportunidad de estar acá en esta mesa n.º 2, en la que vamos a departir con distinguidos panelistas.

Vamos a empezar con Gustavo Piedrahita Forero. Él es un ciudadano colombiano; hace esta mesa internacional; abogado de profesión y actualmente ejerce el cargo de subdirector del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El tema propuesto, que es el que nos va a venir a desarrollar, él menciona las posibilidades de reforma sobre el arbitraje en el marco de un proyecto de ley que se piensa cursar en el Congreso colombiano, de reforma del Código Civil de Andrés Bello.

Te dejo la participación, estimado Gustavo. Del tiempo ya te hemos mencionado a través de interno, entre diez y quince minutos. Igual, por mensajes privados te voy a dar algunas advertencias del tiempo.

Te escuchamos.

Gustavo Piedrahita Forero: Bueno, muchísimas gracias. Augusto, muchas gracias a todos. Un saludo de verdad muy especial desde Bogotá. Es

para mí un honor realmente estar reunido acá con todos ustedes. Debo extender inicialmente un agradecimiento muy especial al Instituto de Derecho Privado del Perú, al doctor Marcos Silva, al doctor Luis Enrique Ames por la honrosa invitación de verdad que me hacen a participar en el marco de este Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Creo que éstas son de las cosas rescatables que encontramos en estas épocas de pandemia, y es la posibilidad de poder compartir buenas prácticas de una manera tan sencilla entre todos nosotros en distintos países. Además, le extiendo un saludo muy especial a mis compañeros de panel, a los doctores Leonardo Chang y Alberto Molero, siempre será realmente un placer oírlos, aprender de ustedes y compartir las mejores prácticas en estos temas tan interesantes.

En este espacio que se me ha concedido, yo quiero traer a esta mesa de discusión un impulso reformista que viene suscitándose en la legislación colombiana. Impacta aspectos de fondo totalmente dentro de nuestra normativa.

En alguna oportunidad, en algunos espacios de discusión en los cuales hemos compartido estos temas, y hoy día esta situación que estamos, que les voy a empezar a contar y que está impactando posiblemente la normativa colombiana, con el título de El Emeleco, que es un término realmente muy colombiano que trata de denotar como lío, conflicto. El Emeleco de declarar interdicto a don Andrés Bello.

Es una reforma o un impulso o una intención de reformar el Código Civil colombiano; Código Civil que data de 1887 y en los últimos meses hemos encontrado una intención de actualizarlo. Han considerado algunos sectores que no responde al contexto actual.

Por supuesto que el tiempo ha pasado: 1887 es un tiempo muy lejano. Hay muchas cosas, evidentemente, que han cambiado; los usos, las costumbres son diferentes, los mismos contratos, la tipificación que exista de los contratos, la manera de perfeccionarlos, los mecanismos de notifi-

cación, de comunicación, en fin, han sido muchísimas cosas las que han cambiado.

Sin embargo, a pesar de que es cierto, ha cambiado, el tiempo ha avanzado, será que vale la pena entrar a reformar de una manera tan integral una obra tan completa como la obra de don Andrés Bello, y entregarle a un Congreso, como es seguramente el de ustedes, un Congreso de la República, en el que entra algo y puede pasar cualquier cosa, y darle a ellos la potestad de modificar una obra tan interesante como la obra de don Andrés Bello, pues, definitivamente, prende las alarmas y es un riesgo al que, por supuesto, hay que estar muy pendiente.

Imagínense ustedes, una importante universidad colombiana, reconocidísima universidad colombiana, ha presentado un proyecto para reformar ese Código Civil, que no sólo busca reformar el Código Civil propiamente dicho, sino también unificarlo con el régimen de contratos y obligaciones de nuestro Código de Comercio, de nuestro estatuto mercantil.

Este proyecto incorpora cambios importantísimos en distintas materias; importantísimos por su relevancia en distintas materias. La constitucionalización del derecho privado, por ejemplo; la unificación del capítulo de obligaciones y contratos; la tipificación de algunos contratos que no están regulados actualmente, como si regular excesivamente fuera lo necesario. Y, asimismo, trae una propuesta que es sobre la cual voy a referirme a continuación; una propuesta realmente novedosa y creativa; totalmente creativa en lo que atañe al arbitraje.

Pero, antes de entrar a hablar sobre esta propuesta al arbitraje, yo quiero darles a ustedes una especie de contexto de lo que trae esa propuesta, que, como les digo, ha sido cuestionada por la academia, por considerar que contiene presupuestos que pueden atentar no sólo contra la misma legislación, sino contra la propiedad privada. Simplemente miremos a nuestros vecinos, para darnos un poco de idea de qué es lo que puede suceder.

Uno de ellos, uno de esos cambios que se plantea establece que el propietario, fíjense eso, el propietario de un predio rural que no realice actos

de conservación durante cinco años continuos, se entenderá que abandonó el predio, que se extingue el dominio y este dominio, entonces, pasará a la nación. Y lo mismo sucedería con predios urbanos, pero eso sí en un término de diez años.

Otro ejemplo que ha generado polémica y resistencia por la academia, señala que el cumplimiento de una obligación podría exigirse judicialmente, siempre que sea posible y no excesivamente oneroso para el deudor.

En términos generales y en palabras más sencillas, le estamos dando a una parte, la posibilidad de incumplir un contrato, así de frente y así de sencillo.

Pero, ya frente al arbitraje y frente a la amigable composición hay unos temas absolutamente novedosos, como les dije, creativos y novedosos, que buscan incorporarse en la legislación colombiana, y que atienden o que tocan directamente a la esencia del mecanismo arbitral.

Este proyecto o esta iniciativa tiene un componente que afecta directamente al compromiso o a la cláusula compromisoria, ésa que conocemos habilita por medio de la voluntad de las partes que puedan acceder al arbitraje.

El artículo al que yo hago referencia señala que el arbitraje puede convocarse aun sin la existencia de una cláusula. Aun sin que exista una cláusula arbitral, siempre y cuando no exista oposición del convocado. Esto es una idea que definitivamente revolucionaría no sólo el mecanismo del arbitraje, sino también la forma en la que éste se viene interpretando, pues daríamos un salto, casi que desde la posición contractualista del arbitraje, de la necesidad de la existencia de una cláusula compromisoria a una posición meramente legalista, en la cual ese principio de voluntariedad de la autonomía de la voluntad de las partes, el arbitraje podría parecer que pierde fuerza, ya que sin esa cláusula compromisoria, el demandante de manera libre podría convocar el arbitramento.

Con esto se le estaría dando un vuelco total a la esencia del arbitraje, a la que he mencionado varias veces: a la voluntad.

Y aunque esto seguramente generaría un aumento en los arbitrajes, y yo estoy hablando desde una posición de centro, yo soy el subdirector, como bien lo dijo, de un centro de arbitraje, es claro que estaríamos desconociendo uno de los tantos elementos esenciales en el arbitraje. Esos elementos que son fundamentales.

Frente a esto, nos surge, entonces, una pregunta que vale la pena entrar a resolver. ¿Será que una reforma como ésta, en realidad, haría más atractivo el arbitraje? O no será más bien que por un impulso reformista, de esos que tantas veces encontramos en nuestros países, terminaríamos afectando de fondo un mecanismo que ya nos ha demostrado que funciona bastante bien.

Vale la pena dejar la pregunta planteada; estar muy atentos a las intenciones o a los impulsos reformistas, con ojos críticos, con ojos abiertos y con espacios de discusión como éstos.

Un saludo, de verdad, muy especial a todos, doctor Augusto, yo con esto daría por terminada mi intervención.

Muchísimas gracias.

Augusto Durand Díaz: Muy bien. Muchas gracias, Gustavo por la interesante explicación.

Quizás si me permites hacerte una pregunta, si es que con lo que has advertido, como centro de arbitraje, lo que he entendido es que si, prácticamente, se allana la contraparte, estarías omitiendo el requisito del convenio arbitral.

Gustavo Piedrahita Forero: Tal cual. Eso es.

Augusto Durand Díaz: Y ese allanamiento de qué manera podría vulnerar, la voluntad de las partes.

Gustavo Piedrahita Forero: Claro, si partimos de la base de que se requiere la autonomía de la voluntad de ambas partes para acceder al mecanismo, prescindir de ellas haría que las partes libremente acudieran al arbitraje, tal como si estuvieran acudiendo ante un juez. Luego, estaríamos eliminando ese elemento fundamental que tiene el arbitraje, y vuelvo y repito, haciendo la salvedad, yo estoy aquí hablando y soy el vocero de un centro de arbitraje. Es decir, para mí maravilloso porque estaríamos incrementando los arbitrajes, más arbitrajes, pero, en realidad, estaríamos tocando la esencia del mecanismo que es, digamos, a dónde quiero llevar un poco la alarma. La crítica es que estaríamos tocando la esencia de ese mecanismo.

Augusto Durand Díaz: Correcto. Me quedó claro. Muchas gracias por la respuesta.

Bueno, a continuación, tocaría escuchar a Leonardo Chang Valderas. Es abogado de profesión, es árbitro en los principales centros de arbitraje del país, siendo su especialidad, desde mi punto de vista, entre otros, las contrataciones del Estado.

El tema propuesto es la nota práctica n.º 3-2020 para la conducción célere y eficiente de los procesos arbitrales. El proceso arbitral en una forma eficiente utilizando los costos y el tiempo de su duración.

Te escuchamos, Leonardo.

Leonardo Chang Valderas: Augusto, muchas gracias. Gracias a los organizadores.

Voy a ser muy puntual. Este tema, ya escuchando la mesa anterior, ya el maestro Hugo Sologuren ha mencionado algunos aspectos relevantes de esta nota práctica, y cuando habla el maestro, los demás escuchamos.

Pero, hay que reforzar esta idea. Miren, yo no soy vocero del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, pero en mi condición de árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sí creo que estoy en la obligación, como todos los árbi-

etros de esta nómina, de publicitar el alcance y la conveniencia que resulta contenida de la aplicación de esta nota práctica n.º 3, que reemplaza una n.º 2. Siempre las cosas se corrigen y el resultado de esto es, esta nota práctica.

A ver, a lo largo de la instalación del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, igual que en el de la Católica, han hecho tremendos esfuerzos por consolidar el arbitraje a nivel nacional e internacional, pero el tema, particularmente, porque se trata de la nota práctica emitida por la Cámara de Comercio de Lima, es que el centro ya ha dado luces de involucrar al arbitraje nacional, prácticas internacionales reconocidas como óptimas.

Y, como lo decía Hugo, dentro de la CCI, pues ésta resulta ser una práctica que es que todo proceso arbitral tenga un calendario de actividades; es esencial, es básico.

Entonces, en ese esfuerzo de mejorar las prácticas a nivel nacional, es que el centro ha recogido aquéllas y las ha plasmado en esta nota práctica, y el propósito es el de mejorar la calidad de los arbitrajes promoviendo que los tribunales gestionen el proceso arbitral de una manera eficiente, optimizando los costos y el tiempo de su duración.

Bueno, con esa pequeña introducción paso a señalar, y, bueno, señor, en qué consiste la nota práctica. Pues, dos aspectos elementales en esa nota. La primera es la fijación, como ya lo he señalado, de las reglas del arbitraje y, dentro de esas reglas, esencialmente, de un calendario procesal. Y lo segundo es la reducción de los honorarios del tribunal arbitral por la demora en el emisión del laudo.

Con respecto a la primera, al primer instrumento contenido en esta nota práctica n.º 3.

A ver, días atrás escuchaba, con motivo de publicitar la nota práctica n.º 3, al doctor Alfredo Bullard, y él, como siempre, dando en el clavo con sus ejemplos decía: «Miren, en un proceso constructivo, un componente elemental del éxito del desarrollo de un proceso constructivo es el calenda-

rio de obra. Tiene hitos de inicio, hitos intermedios e hitos finales». Resulta ser ésta una estructura organizada y lógica secuencial donde el proceso constructivo se va desarrollando.

Pero, igual, en un arbitraje, tener un calendario, lo que te da es orden y predictibilidad. Pueden muchos considerar complicado, pero, en realidad, no lo es.

O sea, si tienen un calendario procesal al cual has involucrado a las partes, es decir, has hecho partícipe a las partes de una propuesta de calendario y las partes han convenido en ese calendario fijando hitos.

Entonces, las partes van a tener mucho más compromiso en cumplir este calendario, que si no hubiesen participado en la elaboración del mismo. Se trata de orden y de predictibilidad.

Una cuestión de orden elemental. Aquí el que tiene sus cosas ordenadas, una agenda ordenada, le es mucho más sencillo flexibilizar sus tiempos, en comparación a que no tenga ni idea de lo que va a pasar en el futuro. Y otorga predictibilidad porque las partes, desde un inicio hasta el término del proceso arbitral, van a conocer qué toca desarrollar, en qué oportunidad, y así lo establece la nota práctica. Debe necesariamente tener un calendario, y para éste ser aprobado, una serie de componentes, empezando por la presentación de los escritos con una fecha determinada.

Debe tener la fecha determinada de cuándo se va a realizar la audiencia, cuándo se van a fijar antes los puntos controvertidos, cuándo se va a realizar las actuaciones probatorias, cuándo se va a cerrar las actuaciones arbitrales, y, por último, cuándo se va a laudar, y es muy, créanme, en mi experiencia en la Cámara de Comercio, lo que hace de manera muy potente los secretarios arbitrales es: «Señor árbitro, iniciemos el proceso arbitral. ¿Optamos por la forma de remitir a las partes un calendario propuesto inicial? OK. ¿Invitamos a las partes a que conozcan esto? OK. Señor árbitro, ¿desea usted que convoquemos a una conferencia, a una llamada, a un *call*, a una audiencia previa, antes de aprobar las reglas para que las partes, conjuntamente con usted, aprueben ese calendario? Sí, perfecto».

Y en mi experiencia, hay un alto porcentaje donde las partes, efectivamente, convienen en un calendario, y queda un porcentaje muy, muy pequeño donde el árbitro tendrá o el tribunal tendrá que decidir si desarrolla la audiencia en determinada fecha o no, ante la falta de acuerdo de las partes. Pero, insisto, aun cuando la nota práctica sea aplicable en el ámbito de procesos arbitrales de la Cámara de Comercio de Lima, de su centro de arbitraje y aun cuando la propia nota práctica señale que sólo resulta ser aplicable obligatoriamente para los procesos arbitrales iniciados o constituidos con árbitro instalado, a partir de la instalación de este árbitro.

El tema, yo lo que hago es una invocación a todos los que nos están escuchando, que presten atención a esa nota práctica y a su contenido, porque se trata de una regla, de una buena práctica internacional y que no solamente se apliquen los procesos arbitrales que llevamos ante la Cámara, sino que se repliquen en otros centros de arbitraje, y que sea de común uso, porque el común uso en su reiteración va a hacer que esto sea frecuente, que esta práctica se instale en la conciencia del arbitraje nacional y la interioricemos porque es una buena práctica internacional.

El otro tema relevante de la nota práctica y también se recoge de la CCI, es la posibilidad de reducir los honorarios de los árbitros. Y esta experiencia parte de la experiencia de la CCI, donde, efectivamente, ha tenido mucho éxito. Inclusive, en la CCI, el propio centro de arbitraje se reduce sus propios costos, ante la falta de notificación de la emisión del laudo previo control que hacen. Ese control no lo tenemos aquí, pero, digamos, sí lo que ha incorporado el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, la posibilidad de que, cuando los árbitros extiendan el plazo para laudar sin que existan razones justificadas, o cuando las partes no lo hayan convenido y los árbitros no emiten el laudo en la oportunidad determinada y extienden ese plazo, el Centro determinará la reducción de esos honorarios, y eso me parece magnífico. Eso es magnífico.

En consecuencia, la suma de estos dos instrumentos recogidos en esta nota práctica en un contexto de orden, predictibilidad, aseguran la celeridad, eficiencia y eficacia de los procesos arbitrales, evitando los tiempos muertos.

Se trata de procesos arbitrales organizados, ordenados con unos calendarios fijos, donde las partes tienen predictibilidad sobre cuándo van a ocurrir las actuaciones procesales. ¿Existe flexibilidad? Sí es flexible. Esos calendarios no son de piedra y podrán adecuarse a las circunstancias según se desarrollen. Pero, hay unos hitos implantados en el tiempo en donde no se podrá mover determinadas actuaciones y las partes tendrán que jugar con esos tiempos para efectos de acomodarse, pero las partes sabrán, insisto, cuánto va a demorar su proceso arbitral.

Cuando inicia un usuario en el arbitraje una controversia, la primera pregunta que le hace a su abogado es «Señor abogado, ¿cuánto va a durar el proceso arbitral?», ¿no? Y muchas veces los abogados especulan: «Uy, dependiendo del Centro, dependiendo del árbitro que sea asignado, dependiendo del árbitro que elijamos, dependiendo de muchas circunstancias».

Pero, ahora, esa pregunta podrá ser respondida con orden y predictibilidad, que es lo que asegura esta nota práctica.

Muchas gracias.

Augusto Durand Díaz: Muchas gracias, Leonardo.

Yo quería hacerte una pregunta muy breve con relación al segundo punto, el tema de la reducción de honorarios. Muy puntual y siendo un poco abogado del diablo, bueno, como eras secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y ahora abogado litigante, a veces una, por así decir, una sacada de vuelta al punto 2 de la nota práctica n.º 3, es que el tribunal arbitral emita laudos parciales, y la reducción de tiempos muertos se conviertan en realmente dos tiempos muertos: cincuenta días cada uno; lo digo desde una óptica extremista, obviamente. ¿Te parecería que tendría que decir algo esa nota práctica relacionada a laudos parciales, para evitar estos puntos? Tú y yo sabemos de la necesidad de laudos parciales algunas veces, pero no siempre.

Leonardo Chang Valderas: Correcto.

Mira, bajo los ojos del Consejo, nos encontramos los usuarios, se encuentran los usuarios, los abogados y, sobre todo los árbitros.

Entonces, si le estamos dando herramientas a los usuarios del centro de arbitraje para que recurran al Centro para obtener un proceso ordenado y con predictibilidad, yo no creo que exista árbitro, al menos, de la nómina, que se le ocurra perjudicar la correcta ejecución de esta nota práctica.

No digo que no existan circunstancias que lo justifiquen, pero lo cierto es que no se trata de un instrumento para que sea utilizado de la manera en que, posiblemente, señalaras. Se trata sobre todo de colaborar en la buena ejecución y en la correcta implementación de las prácticas internacionales a partir de esta nota práctica.

Augusto Durand Díaz: Gracias, Leonardo, por la respuesta. Fue una pregunta al extremo y desde el punto de vista también como abogado litigante. Por eso lo mencionaba y muchas gracias por esa respuesta.

A continuación, vamos a dar paso a Alberto Molero Rentería. Es abogado de profesión, árbitro y socio del Estudio García-Calderón y Abogados Asociados.

El tema propuesto es la aplicación de las Reglas de Praga sobre práctica de pruebas en el arbitraje doméstico, y, básicamente, tengo una pregunta rondando. ¿Qué aspectos podrían ser tomados en cuenta para la solución de controversias en nuestro país?

Te escuchamos, Alberto.

Alberto Molero Rentería: Muchas gracias, Augusto.

Agradecer, en primer lugar, al instituto por la invitación, en su representante el doctor Marco Silva Santisteban. Agradecer también a Leonardo, a ti Augusto y también a Gustavo por nuestras conversaciones en interno. Para mí es un placer estar con ustedes compartiendo esta mesa.

Voy a ser bastante específico, en realidad, el tiempo nos está superando, pero voy a tratar de explicar o exponer algunas ideas respecto a esta pretendida aplicación de las Reglas de Praga en nuestro arbitraje doméstico y ver cómo podríamos, en la línea de lo que ha visto o ha estado hablando Leonardo, podríamos ayudar a darle eficiencia en la tramitación de los procesos arbitrales de nuestro país.

Y es que, precisamente, las Reglas de Praga nacen, digamos, como un intento de atender aquellas cosas que se habían advertido ya durante el arbitraje internacional, aplicando, digamos, aquellas directrices de la International Bar Association sobre práctica de pruebas.

Eso no quiere decir que las Reglas de Praga nacen como en contraposición o para, de alguna manera, limitar su aplicación, sino nacen como una prueba alternativa a los usuarios, digamos, en la práctica del arbitraje internacional para favorecer, para darle eficiencia a la tramitación de procesos arbitrales.

Y, lo interesante de estas reglas, es que, en esencia, están revestidas de nuestro sistema de aplicación jurídica.

Las Reglas de Praga, en esencia, se basan en el derecho civil, en el *civil law*, en tanto que las Reglas IBA que son las que, básicamente, se venían aplicando y se vienen aplicando con bastante éxito también en arbitrajes internacionales, tienen su esencia en el *common law*.

Y en el tema de la aplicación de las reglas en prácticas de pruebas, las Reglas de Praga han identificado que la mayor cantidad de arbitrajes a nivel internacional que vienen teniendo una cierta demora en los puntos en donde se identifican esas demoras son, básicamente, en la actuación probatoria.

Y, de esta actuación probatoria tendría que hablar de tres elementos: la aportación de documentos, el ofrecimiento o exhibición de pruebas, el ofrecimiento de peritos o testigos y el interrogatorio de éstos.

Evidentemente, en el *common law* hablamos del *Discovery*, como este marco de actuación probatoria y, además, técnicas, básicamente, comunes en el *common law* como el *fishing*, en donde se da en la aportación de documentos; y las Reglas de Praga lo que hacen es limitar, precisamente, la aportación de documentos a aquellos documentos que son, efectivamente, relevantes para el arbitraje.

Una limitación en la aplicación de las reglas de la International Bar Association no se da, en tanto que son las partes las que, de alguna manera, tienen la posibilidad de ofrecer los documentos que consideren necesarios para la solución del caso.

Pero, muchas veces, en el aporte de documentos, el volumen de documentos, el proceso arbitral y su actuación probatoria terminen por, de alguna manera, ir en contra de la solución eficiente que entre en la controversia.

Las Reglas de Praga lo que buscan, básicamente, es regular este aspecto, limitar el aporte probatorio y, evidentemente, con esta idea de darle al tribunal arbitral las mayores facultades para poder tener la dirección efectiva del caso.

Con este aporte, las Reglas de Praga buscan, de alguna manera, evitar estas demoras y, evidentemente, los costos asociados a estas demoras.

Una cosa interesante también que nos proponen las Reglas de Praga, es el tema de la exhibición de documentos. De hecho, cuando uno practica el arbitraje doméstico, muchas veces nos encontramos con partes que solicitan una serie de exhibiciones que, incluso, son exhibición de documentos que la propia parte tiene, pero que, de alguna manera, la ofrece, con el ánimo quizá de corroborar que aquella documentación que también ha sido aportada al proceso, se corrobore con la documentación que pueda presentar la otra parte.

Sin embargo, digamos, si estuviéramos dentro de la aplicación de las Reglas de Praga, eso no sería lo adecuado, en donde el tribunal arbitral

solamente admitirá aquellas pruebas en el ofrecimiento de aportación de documentos, aquellas pruebas, primero, que sean pertinentes; segundo, que no sean de dominio público, y tercero, que obren en la otra parte y que obren en la parte que los está ofreciendo. Con lo cual limita considerablemente el aporte de documentación que, a la vista, podría ser reiterativa, que podría ser incluso impertinente para la solución de determinada controversia.

Lo mismo sucede con el ofrecimiento de peritos y de testigos. Muchas veces en el arbitraje doméstico vemos cómo ofrecemos una serie de testigos, de peritos y, digamos, le encargamos al perito que se pronuncie casi por todas las cosas que han pasado en la relación contractual y no en los aspectos que son relevantes para la solución del conflicto.

En ese sentido, probablemente, las Reglas de Praga podrían servir en su aplicación, pues estas reglas limitan la dirección del tribunal arbitral, limitan el aporte de pericias que no son relevantes. Incluso, las notas y las Reglas de Praga disponen que el tribunal arbitral puede decidir si esa prueba pericial o ese testigo debe pasar por el interrogatorio o por la exposición o sustentación probatoria.

Es el propio tribunal quien dirige realmente el proceso. Y, de hecho, cuando uno lee las Reglas de Praga y las traslada al arbitraje doméstico, puede encontrar, de hecho, grandes aportes.

Es más, la Cámara de Comercio Americana, en algunos de sus artículos ya ha incorporado algunas directrices, en realidad, en práctica de prueba, la posibilidad de aplicar que el tribunal arbitral aplique las Reglas de la International Bar Association sobre práctica de pruebas.

Quizá en un tiempo no muy lejano, también se puede explorar la posibilidad de aplicar también las Reglas de Praga para el arbitraje doméstico.

Incluso, tenemos algunas muestras de este tipo de directrices en el arbitraje doméstico ya, por ejemplo, en el arbitraje acelerado.

La Cámara de Comercio de Lima tiene un arbitraje acelerado en donde algunas de las referencias consolidan la labor del tribunal, la labor de los árbitros como agentes directores del proceso. Y esto es importante porque si nosotros empezamos a tener una cultura en donde el árbitro tiene un rol activo en la solución del conflicto, probablemente, la solución de la controversia sea resuelta en tiempos realmente eficientes.

De hecho, podemos notar también que en nuestra práctica arbitral doméstica, muchos operadores del sistema arbitral tienen, más bien, una conducta pasiva, en donde se admite toda la documentación que se presenta, todos los medios de prueba que se aportan, con la idea de que si hace un ejercicio de análisis de pertinencia de la prueba, de asociación de la prueba con aquello que se quiere probar, puede verse cuestionado con la vulneración del derecho de defensa, con la vulneración del debido proceso.

Y para evitar esta idea, desde mi punto de vista errada, de una posible nulidad de laudo por esa causal, recibe toda la documentación, a pesar de que la documentación, probablemente, en su mayoría, no signifique un hecho relevante o un medio de prueba relevante para el caso concreto.

Entonces, creo que es importante, de cara a lo que menciona también y mencionó Leonardo en su intervención, de tener prácticas eficientes en materia de arbitraje doméstico, y una de éstas podría ser la aplicación de las Reglas de Praga, a manera de *soft law*, evidentemente, en donde las partes puedan autorizar su aplicación en caso el tribunal así lo considere pertinente.

Por mi parte, eso sería lo que quería compartir con ustedes.

Augusto Durand Díaz: Muchas gracias, Alberto, por tu intervención.

Antes de cerrar esta mesa, bueno, quería hacer una pequeña intervención, ya que hemos sido muy respetuosos con los tiempos, en la mesa n.º 2.

Entré al evento escuchando a Giuseppi Vera el tema del Decreto de Urgencia n.º 20-20. Yo quería complementar breves minutos para algún comentario.

El 20-20, que realmente son números que dan miedo ahora, dice textualmente lo siguiente. Dice la parte considerativa del 20-20, resalto, la parte considerativa, y algunos puntos del dictamen que también fue recaído en el Decreto de Urgencia n.º 20-20 del Congreso. En la parte considerativa del 20-20, señala algo con que yo estoy de acuerdo:

«La normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitraje entre particulares, pues ha sido diseñado bajo un modelo que rige el ámbito privado. Sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar transparencia a los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afecten los intereses del Estado, y que generen graves consecuencias económicas para el país.»

Esto que acabo de leer guarda concordancia con la página 23 y la página 26 del informe del dictamen que, como bien lo dijo Giuseppi, ya hay una propuesta de derogar el Decreto de Urgencia n.º 20-20, pero resalto lo siguiente. El dictamen menciona que es perfectamente plausible la emisión de normas con la finalidad del decreto de Decreto de Urgencia n.º 20-20, con lo que acabo de leer. Sin embargo, el contenido del 20-20 es lo que comenzó a desarrollar Giuseppi Vera en la anterior mesa, es lo que le ha generado todas estas circunstancias, que ahí sí en la formalidad, en las cosas que han generado, no estaría de acuerdo.

Y en la página 26 hay un comentario que también comparto, señala que algunos centros de arbitraje y/o especialistas, han mencionado con ocasión de su posición técnica ante el grupo de control que organizó la norma durante el arbitraje, donde una de las partes es el Estado, en otro cuerpo normativo, para poder preservar el modelo del arbitraje recogido en el 1071 y conocido como el Modelo Uncitral de las Naciones Unidas.

¿A dónde quiero llegar? Y esta es una opinión personal que podría darse una ley de arbitraje en contrataciones del Estado *per se* y ya no con una ley de arbitraje en contratación pública, porque acordémonos que la contratación pública es muy extensa: están concesiones, están APPs y están otras cosas que perfectamente pueden ser amigables con la Ley de Arbitraje 1071, pero lo que la Ley de Contrataciones con el Estado, para evitar estas confrontaciones de norma, ya nos está llevando a que la ley de arbitraje en contrataciones con el Estado, tenga una regulación propia que asimile todos los cambios que están en las normas de contrataciones con el Estado, quedándose ellas solamente con ejecución contractual, mas no de solución de controversias que tendría que tener una regulación distinta, debido a las circunstancias y amparado en la jerarquía normativa constitucional del artículo 76, solamente desde ahí, que regula la contratación de bienes, servicios y obras a favor del Estado.

Eso es lo que yo quería complementar a la mesa anterior, porque es indudable que para las personas que estamos viendo el arbitraje día a día, desde distintos frentes, este dictamen recaído en el decreto de urgencia, tenemos que estar mirándolo constantemente, y no solamente por el Congreso que tenemos o que vamos a tener, sino también porque es nuestro medio en el que nos movemos. Entonces, tenemos que estar atentos y es una manera de intervenir.

Yo, nuevamente, agradezco al Instituto de Derecho Privado por esta mesa, a los panelistas que me han acompañado, tanto a Gustavo, a Leonardo y a Alberto. Muy interesantes sus opiniones y doy paso a la siguiente mesa.

Muchas gracias.

CLAUSURA EL WORKSHOP DE ARBITRAJE

Luis Enrique Ames (moderador)

Laura Castro Zapata

Cecilia Lau Buendía

Gonzalo García-Calderón Moreyra

Mario Castillo Freyre

Marco Silva Santisteban Valdivia

Luis Enrique Ames: Buenas noches con todos. Gracias, Augusto, por el pase.

Aprovecho para saludar a todos los panelistas que estuvieron en la mesa anterior: a Leonardo, Alberto, un gran abrazo para ellos.

Siguiendo con la metodología de estas preguntas y respuestas del día de hoy, tengo el gusto de moderar el panel compuesto por los que yo me atrevería a denominar titanes del arbitraje, encabezados por la gran Laura Castro, Cecilia Lau y Gonzalo García-Calderón.

El día de hoy vamos a intercambiar opiniones, puntos de vista; agradecemos a todas las personas que se van conectando en la transmisión en vivo y, eventualmente, en las repeticiones que por redes es posible que todos podamos ir viendo estas presentaciones que se han venido dando, no sin antes agradecer al Instituto de Derecho Privado y a Marco Silva por la organización de este Congreso Civil y de Arbitraje, que ha arrancado desde el día martes, con presentaciones increíbles de temas civiles y temas de arbitraje, y el día de hoy estamos concluyendo con esta mesa.

Nuevamente, gracias a cada uno de ustedes. Laura, quería, primero saludarte nuevamente y hacerte una pregunta.

En el escenario del arbitraje, entendiendo tu experiencia arbitral, ¿qué opinión te merece este tema tan álgido, controversial, de la importancia de la figura de la renuncia al derecho a objetar? ¿Qué nos podrías decir al respecto, mi querida Laura?

Laura Castro Zapata: Bueno, buenas noches, en primer lugar, quiero agradecer, como corresponde, al Instituto de Derecho Privado en la persona de Luis Ames, quien está aquí moderando la mesa, a Marco Silva Santisteban, presidente de Idepriv, y por la gentil invitación para poder participar en este Congreso de Derecho Civil y Arbitraje. Y, en segundo lugar, deseo manifestar mi alegría de compartir esta mesa, con la gran persona y profesional superconocido en el mundo del arbitraje, como es Gonzalo García-Calderón, y a la vez con Cecilia Lau, a quien recién he tenido la oportunidad de conocer, pero de quien he escuchado los mejores comentarios.

Ya sintiéndome más en casa, entro un poco a darte respuesta, Luis, sobre el tema de la renuncia a objetar.

En realidad, antes de proceder a contestar tu pregunta, resulta importante resaltar que, tratándose este evento de un congreso de derecho civil y arbitraje, podemos observar cómo, en este caso, ante la pregunta de Luis, las figuras del derecho civil se relacionan con el derecho de arbitraje.

A continuación, veremos el valor que le otorga la ley de arbitraje al silencio de una parte en un proceso arbitral. Esta figura resulta importante porque busca proteger el laudo. Lo blinda de aquella parte que en el arbitraje, en realidad, actúa de mala fe, y cuyo propósito, en realidad, es sembrar vicios en el arbitraje para luego poder invocar nulidades.

Entonces, claro, si lo que yo busco es anular el laudo por alguna infracción o deficiencia en el proceso arbitral, la ley de arbitraje exige que dejemos constancia de ello, y el mecanismo que existe para objetar alguna infracción al proceso, es el muy querido y odiado recurso de reconsideración.

Digo muy querido, porque muy querido para las partes, y se ríe Gonzalo, de un arbitraje, porque, por supuesto, es una herramienta con la que cuentan las partes, siempre actuando de buena fe, que es así como se debe actuar, para hacer ver al tribunal arbitral que, a lo mejor, ha incurrido, pues, en una infracción o en una violación al proceso, y que, por lo tanto, debiera de considerar su parecer, y, si es así, pues, efectivamente, el tribunal reconsidera, si actuaran de buena fe, digo.

Eso sería el mundo maravilloso; sin embargo, lamentablemente, contamos con partes que abusan de este recurso y lo utilizan para fastidiar al tribunal, lo cual, en realidad, no afecta mucho al tribunal, pero, sobre todo lo utilizan y abusan de este recurso para dilatar el arbitraje.

Este recurso de reconsideración deberá, como sabemos, interponerse dentro del plazo acordado en las reglas del proceso, de tal manera que, si vencido dicho plazo, y encontrándose en actitud de poder reclamar, la supuesta parte afectada no reconsidera o no manifiesta algo al respecto, entonces, se entiende que ha renunciado a objetar.

¿Y qué significa este haber renunciado a objetar? Significa que aquella parte que hoy, no en el momento, sino que hoy alega que existió un vicio o existió una infracción en el proceso arbitral, al haber renunciado a objetar con su silencio, el efecto es que va a convalidar esta eventual infracción o ese eventual vicio en el proceso.

Como podemos darnos cuenta, la ley de arbitraje otorga valor al silencio de aquella parte que no denunció inmediatamente el vicio o infracción en el proceso, y el valor que le otorga la ley de arbitraje es el de aceptación o convalidación de la eventual infracción o del eventual vicio del proceso.

Recordemos que el silencio, en este caso, es importante, a pesar de que aquí ha habido una pequeña interrupción; recordemos que el silencio no importa manifestación de voluntad. Eso lo hemos estudiado en la universidad, salvo que la ley o el convenio le atribuyan ese significado. Me remito al artículo 142 del Código Civil.

Pues, bien, en este caso, la ley de arbitraje le otorga a ese silencio la aceptación o la convalidación de esas situaciones.

¿Y por qué? —y con eso termino— Porque el derecho busca que exista coherencia en el comportamiento de las partes a lo largo del proceso. Es decir, la ley de arbitraje no acepta que las partes se contradigan. Si nunca reclamaste y *a posteriori* quieres desconocer tu comportamiento anterior para buscar una nulidad, la ley rechaza ese desconocimiento.

Yo creo que es he ahí donde radica la importancia de esta figura.

Gracias.

Luis Enrique Ames: OK, mi querida doctora.

Siempre en el escenario de la buena fe, obviamente, a veces hay reconsideraciones que terminan en un proceso que, en términos prácticos, la idea del arbitraje es que sea rápido, se termina prolongando tanto que ya pareciera que estamos en otro escenario.

Agradecido por la intervención.

Cecilia, en este escenario que tenemos en el tema de las posibles controversias, estando en coyuntura con los tiempos del covid-19, el Estado ha promovido cierta normativa que busca regular, de alguna manera, el tema del equilibrio económico financiero.

Ahora, en tu experiencia, tú que crees que ha sido válido, ha sido efectivo, simplemente, se ha regulado y no se ha tenido en consideración, por ejemplo, me atrevo a poner un tema: el presupuesto de cada institución. O sea, podemos regular el tema económico-financiero, pero ¿las entidades realmente tienen el presupuesto para eso?

Cecilia, te doy el pase y nuevamente gracias por ser parte de esta mesa.

Cecilia Lau Buendía: Hola, buenas noches con todos.

Agradecida por la invitación, Luis, y al Instituto de Derecho Privado también por darme la oportunidad de estar en este excelente panel con la doctora Laura Castro, el doctor Gonzalo García-Calderón, con el que he tenido oportunidad de estar en alguna controversia, yo como abogada por parte del Ministerio.

Bueno, como ya sabes, mi experiencia es absolutamente como funcionario público. Toda mi vida me he desempeñado como funcionario público, entonces, es por eso que yo voy a hablar desde este escenario, desde mi esquina, como se dice.

Lo que yo he podido ver el día de hoy, e igual me estoy desempeñando como asesora legal en un programa también en un Ministerio, y estamos viendo algunas obras de gran envergadura. Y, de mi experiencia con la emisión del Decreto Legislativo n.º 1486, como sabemos, ahorita tenemos un gran reto, y ese reto involucra a todos, que es el superar la crisis resultado de la pandemia, y hay que estimular la economía.

Y es aquí donde entra a tallar la contratación pública, porque en el Estado peruano la contratación pública representa algo más del 50% del gasto público. Y, asimismo, refleja más o menos el 5% de nuestro PBI.

Es mucho más alto que en otros países de la región como Chile, Brasil, México, con excepción de Colombia. Y, entonces, tenemos el reto de reactivar nuestra economía, y es por eso que las capacitaciones que hemos tenido, el MEF, para ser sinceros, se ha hecho un buen papel porque lo que ha querido es que no exista la limitación que tenemos que tener los funcionarios, pero no sólo limitaciones, sino tenemos temor de poder, de alguna forma, dar más presupuesto del que contempla la norma.

Entonces, lo que han hecho, como no estaban establecidos estos procedimientos en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y en otros, he tenido oportunidad de ver contratos con YICA, contratos con el BID, con contrataciones con el Estado durante todo este período, incluso,

con la Ley de Reconstrucción con cambios, y entonces lo que han hecho es darnos ese paraguas para poder protegernos.

Nosotros, como funcionarios, siempre estamos sujetos a los cuestionamientos de la Contraloría.

Y lo que ha ocurrido, desde mi experiencia, es que sí, el Estado ha sido bastante conciliador y se han aceptado y nos hemos alineado a lo que había dispuesto la segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo n.º 1486 y la Directiva n.º 00520, que establecía los lineamientos y los parámetros para los procedimientos que tenemos que seguir, no solamente los funcionarios, sino también los contratistas.

Dentro de este plazo tiene que presentar cuáles eran los gastos que nosotros teníamos que reconocer porque, recordemos que antes de que se emita esta directiva, ha habido varios Zooms, ha habido varios conversatorios respecto a este tema de cómo se debía equilibrar o cómo se debía manejar el equilibrio económico financiero del contrato en los contratos donde el Estado es parte y, básicamente, en los contratos que estén bajo el régimen de la Ley de Contrataciones del Estado.

Y, entonces, lo que hemos hecho es alinear lo demás. Aquéllas que no estaban bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, por ejemplo, las que estaban bajo el régimen de las normas BIF, de las normas YICA, también hemos implementado este procedimiento porque teníamos ciertos vacíos.

Seguramente, también podíamos aplicar el Código Civil, pero hemos querido uniformizar estos criterios, y es lo que hemos hecho.

Y, entonces, sí nos hemos portado bien, hemos sido bastante conciliadores, hemos pagado, seguramente, tú me vas a venir a preguntar: «¿Tienen todos presupuestos?».

Yo te hablo desde los ministerios y algunos gobiernos regionales con los que he tenido contacto, es con algunos funcionarios, pero para serle sincera, sé que los gobiernos locales no han tenido ese financiamiento.

¿Y qué hemos reconocido? Hemos reconocido no solamente los gastos generales variables, que establecía la ampliación excepcional de plazo, por todo el tiempo que había estado paralizada la obra, sino también hemos reconocido los costos directos, y dentro de los costos directos, pues, algunos contratistas establecen la planilla de sus trabajadores y se ha reconocido absolutamente toda la planilla, no solamente el residente y los pagos de los choferes, de secretaria, y de todo el equipo de trabajadores que habían presentado dentro de su estructura de costos.

Además, se ha pagado también los alquileres de oficina, alquileres de camioneta, o sea, te hablo de los costos indirectos también.

Entonces, yo creo que, inicialmente, iba a generarse una gran controversia respecto a este punto, pero no. De mi experiencia y de lo que yo he podido ver y he conversado con varios colegas y nos hemos reunido, no ha ocurrido ello.

Sí se han reconocido todos estos gastos e, incluso, los contratistas han presentado sus ampliaciones de plazo fuera del plazo que establecía la directiva, y aun así se ha reconocido todos estos costos. ¿Por qué? Porque de hecho tenemos ahorita un gran problema en el Estado, y es que tenemos una gran cantidad de obras que están paralizadas y todo este año no hemos tenido un buen resultado, porque se han detenido un montón de procesos de selección, nuestras obras, pues, no las hemos recibido para poder entregarlas a los beneficiarios, y entonces, lo que se ha querido es agilizar y evitar todo tipo de controversias.

Bueno, donde sí han surgido algunos problemas es, esa directiva nos hablaba también de un rendimiento o de un nuevo cronograma o calendario, es decir, como se habían establecido protocolos de salud, los contratistas señalaban que en mérito a estos protocolos de salud, los trabajadores ya no podían trabajar tan pegados, tan juntos en un área de trabajo. Si preliminarmente habían establecido, digamos, veinte, ahora no podían estar esos veinte en esa área, sino sólo diez, y ello iba a afectar el rendimiento.

Entonces, la cantidad de partidas que se había dejado de ejecutar antes de que se inicie el estado de emergencia, las que quedaban por ejecutar tenían un tiempo determinado para ejecutarse.

Con ese nuevo rendimiento, con ese nuevo protocolo de salud, se iba a requerir un plazo mayor. A eso le llaman el rendimiento. Y, ¿qué ha pasado acá en esos casos? Ahí han surgido controversias, mas no con la entidad, sino con la supervisión.

Las supervisiones no han estado aceptando las modificaciones de los rendimientos que han presentado los contratistas, porque este calendario sí tiene que pasar por manos de la supervisión y tiene que ser aprobado y recomendado por ellos también; y por qué no, porque lo que ellos han evaluado o las supervisiones han evaluado, por ejemplo, que también son ingenieros y también tienen todo ese *expertise*, al igual que el contratista, es que las áreas de trabajo y las distancias entre uno y otro trabajador no vulneran los protocolos de salud que había dispuesto el gobierno.

Ahí sí se han generado algunas controversias. Entiendo que ahorita no se han iniciado los arbitrajes, pero una vez que se concluyan ya los plazos de ejecución, van a empezar las penalidades por el retraso y entiendo que ahí van a empezar a generarse ya las controversias.

Es lo que yo, desde mi experiencia, quiero compartir y es lo que he podido ver.

Luis Enrique Ames: OK, Cecilia, muchas gracias.

Siempre es importante las visiones a partir de las experiencias que cada uno, en el ámbito profesional, puede tener.

Entiendo que la visión de Cecilia es que la gran mayoría de entidades, entiendo, con las que ella ha tenido la oportunidad de trabajar en estos tiempos, han reconocido lo que ya señalaba la propia Ley de Contrataciones y el reglamento, y es el tema de la variación del precio. O sea, las partes ante una eventualidad en una ejecución de una obra, podían, tenían

la potestad de conciliar, coyunturalmente hablando, el tema de estas conciliaciones, digamos, traía mucho temor en los funcionarios porque había Contraloría.

Entonces, ante la situación inminente, una situación que ha generado el covid, estos protocolos sanitarios y el costo se ha incrementado, el costo del presupuesto inicial, la consecuencia es que las partes puedan aplicar lo que, vuelvo a repetir, ya existía en una normativa previa.

Esperemos que todas las entidades sigan teniendo esa actitud proactiva, mi querida Cecilia, y que esto siga siendo un efecto multiplicador y se eviten, en la experiencia arbitral que yo tengo, tantas controversias por situaciones de no reconocimiento de los precios o modificaciones del precio, que se vienen dando como consecuencia del covid.

Muchas gracias, Cecilia.

Bueno, ahora, en este escenario de que tantas controversias diversas en la experiencia que tiene nuestro querido Gonzalo, ¿qué podría decirnos en relación al futuro del arbitraje?

Obviamente, hemos tenido que variar ciertas costumbres, ciertos usos y costumbres para adaptarnos a una nueva realidad. ¿Qué le espera o qué nos espera en el arbitraje en el Perú, mi querido Gonzalo?

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Buenas noches, antes que nada, agradecer a Marco y a ti Lucho por la invitación. Un gusto estar con Cecilia, gran litigante y, por supuesto, con Laura. Ahí veo que tu hijo va a seguir los pasos; entra a escuchar las conferencias. Va a terminar por ósmosis, ya sabes qué profesión va a pedir, finalmente, va a acceder después.

Bueno, de los agradecimientos del caso, yo creo que tenemos, estamos en vísperas de Navidad, empieza diciembre y creo que es lógico hacer un balance, además de pedir regalos y esperar que la pandemia se acabe, creo que hacer un balance y, finalmente, ver qué nos espera en el 2021 respecto

al arbitraje, creo que vale la pena reflexionar y dar algunas ideas que a mí se me vienen a la mente respecto a este tema.

En primer lugar, desde el punto de vista de los árbitros, que es a lo que me dedico yo, como saben ustedes, me dedico a ser árbitro, no me dedico a ser abogado en arbitrajes, salvo alguna excepción, mi dedicación es casi exclusiva, y desde el punto de vista de los árbitros, veo con muchísimo agrado que se han incorporado muchas mujeres al arbitraje, muchos árbitros jóvenes al arbitraje, con el ímpetu que significa el tener acceso a algo que en mi época no era muy fácil.

Hoy día puedes tener *webinars* y estar en contacto permanentemente con profesores de Francia, de Brasil, de Estados Unidos, y, en consecuencia, es impresionante.

Ha habido *webinars* en esta pandemia, donde tenías, pues, al español Cremades, a Alexis Mourre, mejor ni mencionar nombres, pero muchísimos referentes del arbitraje de nivel internacional, y los tienes en la pantalla y los estás escuchando permanentemente, y creo que es una globalización real respecto de lo que ha ocurrido este año, y que eso ha permitido un crecimiento de todos; de los árbitros más antiguos y, por supuesto, de los árbitros jóvenes y de los árbitros que, finalmente, tienen una posibilidad de expandir su universo profesional en esta materia, e igual creo que el tema de género, el tema de darle cabida a las mujeres también ha sido muy importante, no porque necesite un espacio diferente al del hombre, sino porque, finalmente, creo que hay transparentar, visibilizar, como ahora, qué gusto da en un panel tener a dos extraordinarias referentes del arbitraje.

Y eso es un poco lo que creo yo que va a ocurrir en el año 2021, es decir, va a haber más presencia de mujeres en el arbitraje y va a haber más presencia de jóvenes en el arbitraje.

Ahora, desde el punto de vista de las partes, aquí también creo que hay un crecimiento. Es decir, el tema de las procuradurías, por ejemplo, del arbitraje con el Estado, que representa, probablemente, el 60% o un poco más de arbitrajes que se dan en nuestro país, las procuradurías también han

demostrado un crecimiento profesional importante. Personas que tienen ya muchos años dedicados a la defensa del Estado; algunos que han migrado de un organismo estatal a otro, pero, finalmente, creo que la experiencia en defensa en arbitraje, debe profundizarse.

Creo que la idea es que el procurador dedicado a defensa en arbitrajes se dedique a eso y no vea civil, no vea, yo qué sé, laboral, y, por supuesto, un tema que no lo veo rápido, no lo veo fácil, es verdad, Cecilia me lo dirá, pero creo que la carga sigue siendo un problema en las procuradurías, incluso, en las que se dedican exclusivamente a arbitraje, porque, claro, siempre somos un país pobre y siempre hay necesidades de más personal y no hay recursos para ello. Pero, en fin, creo que, con la creación de las procuradurías como ente autónomo, esto va a significar un crecimiento importante en el año 2021.

Desde el punto de vista de las partes privadas, también del Estado, sin duda, creo que la implementación de un cronograma más ajustado al plazo más ajustado, lo que está proponiendo la nota práctica de la Cámara de Comercio de Lima, como referente, a mí me parece muy importante, siguiendo la misma tónica de la Cámara de Comercio Internacional, a efectos de que el cronograma pueda prever las futuras audiencias, y que sepamos que la audiencia de pruebas de un proceso se va a llevar en tal fecha, y que ésta no sea movida por una de las partes de manera arbitraria.

Entonces, creo que desde el punto de vista de los árbitros, desde el punto de vista de las partes, y, por supuesto, desde el punto de vista de los centros de arbitraje, que también veo una sana competencia en la participación de más actores en materia de centros de arbitraje que se viene creando, no sólo en Lima, evidentemente, sino a nivel de provincias, va a permitir a esta competencia, listas más abiertas, criterios, creo yo, más objetivos para la confirmación, por ejemplo, de los árbitros que no forman parte de la lista.

Y, si bien es cierto, veo, como verán ustedes, un ánimo muy positivo desde el punto de vista de los árbitros, desde el punto de vistas de las par-

tes, desde el punto de vista de los centros de arbitraje, no soy muy optimista desde el punto de vista legislativo.

Desde el punto de vista legislativo, para el 2021, creo yo que nos depara, digamos, un proceso sinuoso, nadie sabe muy bien qué va a ocurrir con el Decreto de Urgencia n.º 20-20, nadie sabe qué va a ocurrir con este Congreso, nadie; es totalmente imprevisible, nadie sabe qué va a ocurrir tampoco con el nuevo gobierno en este plazo que quede.

Ojalá que no se mueva nada, ojalá que no toquen la ley de arbitraje, que no metan la mano, y, en todo caso, si es que alguien pretende proponer algo, lo que sí quisiera como pedido de regalo de Navidad, sería que antes creen una comisión de expertos especialistas en materia arbitral para no decir sandeces, como lo que ha ocurrido con el 20-20, que ha sido materia de las exposiciones anteriores.

Entonces, desde el punto de vista de la situación legislativa, sí creo que es preocupante. Es preocupante, por ejemplo, no sé qué me dirá Cecilia, respecto de este tema. Me gustaría escucharla, pero cada vez veo menos personas en el RNA, es decir, no sé, empezaron en julio con ciento cincuenta y ahora quedan ochenta nombres en la lista de árbitros del Registro Nacional de Árbitros.

A este paso, en el mes de marzo, van a quedar treinta, y no sé con qué, entonces, van a poder elegir a los árbitros que tienen que estar en el RNA para efectos de la elección por parte del Estado.

Creo que ahí tiene que hacerse un ajuste por parte del OSCE, y como consecuencia de la pandemia, por lo menos, prorrogar a todos los que estuvieron, yo no sé, desde marzo de este año 2020, prorrogarlo hasta diciembre del 2021 porque, si no, no va a haber salida o, en fin, no lo sé. Pero, veo con preocupación el tema del RNA, que se está quedando sin gente. Veo con preocupación el tema también de la declaración jurada de intereses; las marchas y contramarchas, y eso es un poco lo que yo vislumbro que va a ocurrir, porque va a seguir ocurriendo en el año 2021.

Y para terminar y no abusar del tiempo, sí creo que hay un tema transversal a tomar en consideración, y es que, probablemente, se implemente con mayor asiduidad el tema de la junta de resolución de disputas y eso va a permitir también, de alguna manera, creo yo, encauzar que no haya tantos procesos arbitrales del mismo contrato, sobre todo en los contratos de gran envergadura, que comentaba Cecilia hace un rato.

Y lo que sí me gustaría es que el arbitraje se masifique en —y con esto termino— se masifique en la pequeña empresa, y creo que esto es tarea de todos nosotros, evidentemente, debería ser tarea del Ministerio de Justicia con Arbitra Perú, pero también es una idea que me viene dando vueltas en la cabeza hace tiempo, de crear o que los centros de arbitraje que ya existen, establezcan un equivalente a lo que hay en la empresa privada: el pro bono, a efectos de que árbitros consagrados, abogados consagrados, den su tiempo para poder actuar como árbitros bajo un pequeño monto que no tiene que ser, evidentemente, el monto que está establecido en las tarifas de los centros de arbitraje, y que permitan que pequeños casos de empresas con cuantías menores puedan también beneficiarse de las bondades del arbitraje, sin tener que estar pensando en el costo que eso significa, y que no les alcanza a las espaldas para poder someter esa controversia a arbitraje y tener que someterse al Poder Judicial, dilatando la controversia, cuatro, cinco, seis años.

Entonces, creo que un tema importante para toda la comunidad arbitral, podría ser pensar en esta posibilidad de implementar dentro de los centros ya existentes, un equivalente a un pro bono para procesos arbitrales que tengan una cuantía pequeña, de pequeña empresa, de mediana empresa, para fomentar también y masificar el arbitraje a futuro.

Creo que eso es lo que yo quería comentar en el tiempo asignado y, nuevamente, muchas gracias por su invitación.

Luis Enrique Ames: Gracias, gracias, Gonzalo.

Evidentemente, hay muchos retos para el 2021 y la figura del arbitraje popular que citabas, promovida por Arbitra Perú, en realidad, funcionó en su momento desde el 2008 que se viene implementando, pero se encaminó

más al tema de desalojos, y ahora con esta ley que salió del desalojo, como que el tema se cayó un poquito, pero, sí la idea es genial. La esencia del arbitraje popular era que muchas más personas puedan tener acceso a justicia de una manera rápida y económica, y con árbitros, obviamente, de calidad, que eso sería ideal que lo pueda seguir promoviendo, implementando, el Ministerio de Justicia de manera específica, a los cuales se les envía un gran saludo.

Siguiendo la línea en estas preguntas, mi querida Laura, ¿qué opinión o cómo consideras que se vienen dando en este nuevo escenario de pandemia, los procesos arbitrales, la recepción de las notificaciones? En tu experiencia arbitral qué has visto, cómo lo ves, qué recomendarías.

Laura Castro Zapata: Complicado, en realidad, porque ésa es una de las novedades, pues, que nos ha traído la pandemia. Cuando uno estudiaba el artículo 12 de la Ley de Arbitraje, uno veía como una cuestión remota y temeraria, pues, por la desconfianza, las notificaciones por medios electrónicos. Entonces, uno siempre prefería las notificaciones a la antigua, a los domicilios contractuales que eran los físicos, o a los físicos que después las partes precisaban. Pero, siempre era físico. Sin embargo, en el Perú hace algunos años, los centros de arbitraje comenzaron a promover las notificaciones electrónicas y, si mal no recuerdo, me parece que quien tuvo la iniciativa fue la Cámara de Comercio de Lima, y luego ya con la presencia, pues, del covid y las decisiones del gobierno, de prohibir salir de sus casas, las comunicaciones o notificaciones de manera electrónica, se instalaron definitivamente en el arbitraje.

Entonces, casi todos los arbitrajes se realizan de manera virtual, y digo casi todos por experiencia, porque conozco algún o algunos centros; dos que, por lo menos, prefieren notificar físicamente, o sea, no han permitido, incluso a raíz de todo este problema del covid, se cierran en que, simplemente, quieren notificar físicamente. Seguro van a declinar en algún momento, porque las partes van a solicitar que por acuerdo cambien esas reglas.

Pero, bueno, la Ley de Arbitraje, en su artículo 12, para efectos de las notificaciones —al que hacía referencia— por correo electrónico, asume esta tesis que hemos estudiado en la universidad, y jalo otra vez este tema, dado que es un congreso de derecho civil y arbitraje, jalemos un poco las figuras de arbitraje a derecho civil.

Entonces, la Ley de Arbitraje, en su artículo 12, para efectos de la notificación —como comentaba— asume la tesis de la recepción con presunción de cognición. Esta tesis, recogida en los artículos 1373 y 1374 del Código Civil, referidos a la eficacia de las declaraciones de voluntad, normas que resultan de aplicación analógica al presente caso, señalan que toda declaración de voluntad se considera conocida al momento que llega a destino; es decir, que, trasladando esta tesis a las notificaciones del proceso arbitral, se entenderá que cuando la notificación llega a destino —léase a la dirección electrónica señalada— se va a presumir que dicha parte ya tomó conocimiento de la misma, salvo que pruebe lo contrario.

Esto es lo que establece la ley de arbitraje. Entonces, la ley de arbitraje asume esta tesis de la recepción con presunción de cognición.

No es la tesis de la expedición, que es muy distinta. El Código Civil recoge la tesis que también recoge la ley de arbitraje.

Sin embargo, hay otra teoría dentro de la doctrina, que es la tesis de la expedición. Y en esa tesis de la expedición, lo que se entiende es que al momento que se envía el correo electrónico; es decir, al momento que se expide el correo con la notificación incluida, es desde ese momento que se presume que el destinatario ha tomado conocimiento de la notificación.

Sin embargo, la ley de arbitraje ha asumido la otra tesis: la de recepción con presunción de cognición, es decir, no es que al momento que sale del correo electrónica de la secretaría arbitral es que se conoce o se entiende o se presume que se ha notificado, sino que es al momento que llega el correo electrónico del destinatario de la comunicación, ahí inmediatamente se da una presunción. Es decir, llegó la notificación o el correo electrónico de la secretaría arbitral al correo de las partes, y es ahí donde se activa la

presunción del 1373 y del 1374, y es que se presume que el solo hecho de haber llegado el correo, recibido el correo, se presume que has tenido conocimiento de la notificación.

Ésa es la tesis que tiene o que asume la ley de arbitraje. Sin embargo, hay centros de arbitraje, la mayoría, que ha asumido la tesis de la expedición. Ellos consideran que la parte ha sido notificada en la fecha que han expedido el correo electrónico que adjunta la notificación.

Entonces, cuidado ahí con las reglas. Hay que poner, creo yo, mucho ojo.

Entonces, aquí, dentro de la tesis que ha asumido la ley de arbitraje, es importante resaltar que este término, salvo prueba en contrario, no significa que la parte deberá demostrar que no conoció, a pesar de que le llegó el correo. No, lo que deberá demostrar la parte que alega que no fue notificada, es que la notificación —eso es lo que tiene que demostrar— que la notificación jamás le llegó a su correo. Por lo tanto, si demuestra que nunca le llegó la notificación a su correo, entonces, la presunción de conocimiento se cae.

Y lo que he visto en este período que, donde los arbitrajes ya han sido absolutamente virtuales, el error en el que se incurre en estos casos, es que la parte alega que no fue notificada porque la notificación le llegó al *Spam*; y, por lo tanto, alega que nunca tuvo conocimiento de la referida notificación.

Y eso no es así; por el contrario, lo que está demostrando esa parte al tribunal arbitral, es que, efectivamente, sí le llegó el correo, y que su propio sistema informático lo derivó a *Spam*, es decir, si no te hubiera llegado, no se derivaba al *Spam*, y tan es cierto es que le ha llegado, y ése es un problema que se presenta, no en un caso, ya, por lo menos, dos o tres, y espero que no más, y por eso alguna sugerencia que se vaya a dar, y es tan cierto que le ha llegado el correo electrónico, que la parte puede recuperar la notificación del *Spam*.

Entonces, hay que tener mucho cuidado en esta regla. Ver cuál es la teoría que se está asumiendo para el tema de las notificaciones. Y, entonces, y esto nos va a acompañar, ya hemos escuchado a Gonzalo. Eso es lo que viene.

Entonces, dentro de tal orden de ideas, todas las comunicaciones recibidas por los correos electrónicos de los litigantes en un arbitraje, se consideran conocidas en el momento de su recepción: regla general, debiendo las partes tomar las previsiones del caso para que sus sistemas informáticos funcionen como corresponde.

Entonces, en este sentido, una sugerencia es que, y con esto cierro, que ni bien se inicie el arbitraje o establecidas las reglas del arbitraje, informen al departamento de sistemas de sus empresas o administración o a tu técnico especialista en la materia, que incluya en la lista blanca, los dominios de las direcciones electrónicas establecidas como domicilios procesales y, de paso, que ajuste los filtros de los correos.

Entonces, de esta manera creo yo que todos vamos a poder llevar un arbitraje sin estos tropiezos que, realmente, generan consecuencias fuertes.

En algunos casos, no pudieron presentar la demanda oportunamente; en otro caso, la contestación, que son actos postulatorios tan importantes.

Entonces, yo creo que el haber estado con todo este covid y que algunos de nosotros mantenemos la cuarentena aún, y salimos sólo en casos excepcionales, todo este tiempo nos ha permitido aprender algunas cosas, y creo que también es obligación de quienes nos dedicamos al arbitraje, dar algunas sugerencias que las pueden tomar, como no, pero son sugerencias en base a la experiencia que uno ha tenido.

Muchas gracias, Luis.

Luis Enrique Ames: Sí, claro que sí.

Y, obviamente, este tema de las notificaciones, por ejemplo, se mitiga con una plataforma virtual. O sea, el que puedan ser notificadas las partes no sólo a través de un correo electrónico, porque en el correo electrónico está el tema: «Lo mandamos a *Spam*; me doy por no notificado; no abro nunca el correo electrónico», con el ánimo de lo que mencionabas en la primera intervención. En un escenario, en un contexto de mala fe.

Pero, en cambio, en una plataforma electrónica que me permite: yo tener un usuario, y como usuario, si es que yo abro la resolución, automáticamente, a mí que si es que fuera el secretario o el que tenga a cargo el sistema de la institución arbitral, me llega una notificación y me dice. «La parte demandante, la que está habilitada como demandante ya abrió el archivo o ya abrió la resolución o la carta que adjunta la resolución. La parte demandada todavía no».

Entonces, eso permite también tener un tema de control de plazos. Pero, claro, implementar una plataforma, resulta un presupuesto aparte en el tema; extraordinario.

Laura Castro Zapata: Claro, pero ahí creo, Luis, habría un problema, porque se estaría entendiendo que la notificación se habría efectuado una vez que la parte hubiese abierto el documento.

Entonces, ése es el problema. Aquí se presume que llegó el correo y presumimos que lo conociste. Ya es culpa tuya si no fuiste diligente, si no lo abriste, si tu *Spam* está ahí. O sea, moraleja, ahora abran todo lo que puedan, sobre todo las partes litigantes.

Bueno, el árbitro también, pero, creo yo, más las partes litigantes.

Luis Enrique Ames: Y comprar más espacio de memoria en los correos electrónicos también, porque, a veces, queda corta.

Gracias, gracias, Laura.

Mi querida Cecilia, en este escenario de la buena fe, en este escenario donde todo es bonito y no hay controversias; y, en todo caso, el Estado

promueve que no existan controversias, qué opinión te merece la junta de resolución de disputas.

Cecilia Lau Buendía: Gracias por la pregunta, Luis, pero antes de hablar de las juntas de resolución de disputas, quería mencionar lo que decía el doctor Gonzalo García-Calderón, respecto a la lista de los árbitros, y efectivamente, pienso que debe implementarse de manera urgente, debe ampliarse esa lista porque tenemos bastantes restricciones para designar árbitros, sobre todo árbitros con trayectoria, con experiencia y para que se vea una controversia de gran envergadura, entonces, hay que tener un poco de cuidado a quién se designa; y sí es importante que, por lo menos, el tribunal esté integrado, ya sea con dos de los tres árbitros, tienen que tener ya cierta trayectoria para que puedan tener un manejo adecuado de esa controversia, y ojalá, pues, que puedan dar alguna solución, alguna salida en ampliar esta lista de árbitros.

Respecto a tu pregunta, Luis, lo que yo he podido ver es que, con la junta de resolución de disputas, inicialmente, pues, fue muy alegre para todos porque pensamos que se iba a implementar de manera inmediata y que iban a disminuir los procesos arbitrales, las controversias.

Pero, ¿qué ha ocurrido? No se han implementado. Si bien es cierto la norma dice que es obligatorio, no se han implementado y estamos hablando de obras que superan cincuenta, cien, doscientos millones.

¿Y por qué? No porque haya un rechazo por parte de los operadores de los procesos de selección, porque, finalmente, esto se implementa ya en el contrato. O sea, no porque haya un rechazo por parte de las áreas usuarias a la junta de resolución de disputas. Es, uno, por desconocimiento. Si bien es cierto, han escuchado hablar de ello, no saben que es obligatorio, y otra de las situaciones que encarece, incrementa el presupuesto del proyecto, y entonces ahí tenemos un problema porque encarece el presupuesto, pero, finalmente, nos va a dar, vamos a tener menos controversias porque los arbitrajes nos salen mucho más caros: pagar el tribunal, los gastos arbitrales, y encima, de repente, se va a generar intereses por alguna situación.

¿Y qué ha pasado? Yo creo que ahí la Contraloría podría hacernos un gran favor. Nosotros, como funcionarios públicos, le tenemos terror a Contraloría normalmente, y siempre queremos que esté un poco lejos, pero yo, en estos casos, he visto que no hay ningún ente fiscalizador que esté revisando si, efectivamente, hemos implementado o no hemos implementado.

Uno puede tener la mejor intención, pero la decisión tiene que venir desde arriba. Alguien tiene que exigirnos, y como nadie nos obliga y nadie nos sanciona por no haberlo implementado, es que no se está implementando. Y esto va a tener repercusión más tarde.

Yo he visto, por ejemplo, que Contraloría interviene, hace poco nada más, en algo tan absurdo a un funcionario que se encargaba de un proceso de liquidación. ¿Y qué le cuestiona al funcionario? ¿Por qué no revisaste que en las ampliaciones de plazo que se habían otorgado, no se había demostrado la afectación a la ruta crítica?

Y, entonces, ese funcionario solamente tiene que liquidar, no tiene que revisar cómo se han otorgado las ampliaciones de plazo hacia atrás.

Entonces, cada vez nos sorprende con algunos cuestionamientos. Por eso le tenemos terror, porque te pueden sancionar y te vas a pasar cuánto tiempo defendiéndote y, entonces, a veces, no quieres hacer nada, y cuando sí tendrían que intervenir en este tipo de situaciones, no dicen nada.

Y yo creo que la capacitación tiene que partir para todos los operadores que intervienen en la etapa de la ejecución contractual del proceso de selección, a todos los funcionarios e, incluso, para procuraduría, para que todos los funcionarios tengamos conocimiento de cuáles son las repercusiones de no haber implementado las normas que son obligatorias.

Y, entonces, para mí está muy bonito escrito ahí en la norma, pero no se está implementando.

Y otra de las situaciones que también quería comentar así muy brevemente, es que, por ejemplo, en esa normativa, en la actual que tenemos, como ahora se está llevando a cabo los arbitrajes institucionales, en los reglamentos de las instituciones, de los centros arbitrales, no se establece lo que antes se decía en el reglamento del sistema del OSCE, que señalaba que el tribunal arbitral debía citar a las partes, invitar a las partes para que lleguen a un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso.

Y, entonces, a eso se denominaba la conciliación dentro del arbitraje.

Lo que establece nuestra normativa el día de hoy es la etapa conciliatoria y después el arbitraje; es preclusivo o es, digamos, una controversia, no sé, controversia escalonada, no sé cómo podríamos llamarlo.

Pero, ¿qué ocurre con ello? Lo que yo comentaba hace un momentito: el temor a Contraloría.

Qué pasa si, como la norma no me ha habilitado a conciliar dentro del arbitraje, y, de pronto, el Estado ya quiere conciliar, ocurre que, si concilias, Contraloría te puede cuestionar que por qué tomaste esa decisión de conciliar, a pesar de que puedes hacer un análisis de costo-beneficio, y las expectativas de éxito del arbitraje no eran tan buenas y lo que fuese.

Y, entonces, a veces tenemos tantas normas que nos están resultando perjudiciales, y a veces el trabajo de Contraloría no está ayudando en implementar y en tener un mejor resultado para el Estado.

Pero, bueno, esperemos que la junta de resolución de disputas se implemente, esperemos que haya un ente fiscalizador que nos obligue a implementarlos para evitar que se generen más controversias que podrían solucionarse dentro de la etapa de ejecución contractual.

Luis Enrique Ames: OK, muchas gracias, Cecilia.

Sí, evidentemente, el tema de la JRD en términos, digamos, de intenciones, resulta siendo muy buena, porque la idea es, como ya se ha mencionado en distintos eventos en los que se ha compartido ideas, es evitar tantos arbitrajes. O sea, no es novedad que un contrato «X» tenga diez o veinte arbitrajes por diez o veinte ampliaciones de plazo.

El tema es que el implementar una junta de resolución de disputas, que según la normativa resulta o tiene que ser permanente, es un costo adicional que necesariamente está en el presupuesto de la obra. Y al no estar en el presupuesto, estamos hablando de tener una junta, dependiendo si es de más de cuarenta millones, tres adjudicadores y a cada uno en promedio, algo de diez mil soles, que son algo de treinta mil a la secretaría, cuarenta mil al año, estamos hablando de medio millón de soles adicional al presupuesto inicial del propio expediente.

Entonces, OK, yo como entidad, me vendes la idea de resolución de disputas, te compro la idea, me parece genial. Ahora, paguemos la junta de resolución de disputas. «No, no tengo presupuesto».

Entonces, en esa línea, como que la idea es positiva, pero no necesariamente termina siendo viable. Esperemos que, obviamente, con un tema de variaciones del presupuesto, esto vaya mejorando, pero sí, se está encaminando.

Sí, también el tema del desconocimiento, he tenido la oportunidad de ver algunos contratos, no de cien, no de doscientos, sino de trescientos millones de soles, y no han implementado la junta de resolución de disputas.

Entonces, y no tanto porque no tengan presupuesto, sino, simplemente, porque no sabían de la existencia de la junta de resolución de disputas.

Pero, es parte de nuestro día a día, así que hay que seguir avanzando.

Muchas gracias, Cecilia.

Finalmente, le doy pase a Gonzalo para que nos pueda hablar de un tema que también es álgido y controversial y genera mucho debate, es la nulidad de laudos en el Poder Judicial. En la experiencia nacional, ¿qué nos podrías comentar, mi querido Gonzalo?

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Como parte de lo que estaba comentando en la primera parte de mi exposición, faltó rematar con este tema, ¿no cierto?

Ojalá que el Poder Judicial limite su accionar a lo que está claramente establecido en el segundo párrafo del artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071: «Está prohibido bajo responsabilidad funcional entrar al fondo del asunto», y se entiende fondo del asunto como motivación; no entienden esa parte. No pueden entrar a la motivación de los árbitros.

Entonces, la disquisición no sólo motivación, evidentemente, interpretación, valoración de las pruebas y el cajón de sastre de la motivación como un valor similar al que se le debe exigir a los jueces, es un error conceptual porque el árbitro, cuando motiva, no motiva bajo los mismos estándares que motiva un juez, entonces, evidentemente, son casos excepcionales, ni siquiera académicos ni de libro, ¿cierto?, que un laudo arbitral no esté motivado. Es bien raro, bien exótico que un laudo no esté motivado.

Puede estar mal motivado, puede ser insuficiente porque algunas pruebas no fueron incorporadas, pero de ahí a que no exista motivación, y eso es parte de lo que no debe ocurrir; lo que no debería ocurrir.

Las estadísticas demuestran con preocupación lo que está ocurriendo hoy. Hace cuatro o cinco años se anulaban laudos de un dígito, ahora se anulan laudos... ya estamos, antes eran 3%, 4%, 5% de laudos anulados. Ahora estamos en 12%, 13%, 15% de laudos anulados. Eso es muy peligroso para el fortalecimiento de la institución arbitral porque eso implica que los árbitros somos unas mulas. Decir que no tenemos ni idea y que motivamos mal. Entonces, algo no está funcionando.

O sea, no creo que todos los árbitros del universo que dictan el porcentaje, 16%-17% sean materia de anulación por el ochenta y tantos por ciento, ¿no cierto?, son por una indebida, insuficiente, incongruente y demás motivación.

Entonces, algo no está funcionando bien y creo que amerita también un, digamos, no sé si la palabra sea participación de árbitros con jueces, pero sí tratar de que el propio, así como se les pide a los árbitros que nos autorregulemos, que los centros de arbitraje se autorregulen, creo que el Poder Judicial también debe tener una autorregulación respecto hasta dónde es el límite al que puede llegar para realizar laudos arbitrales por los llamados defectos de motivación.

Creo que el tiempo nos gana. Creo que ya es un viernes tarde, así que Marco nos mira con cara de que termine, por favor, así que muchísimas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: No, para nada, encantados de escucharlos.

Luis Enrique Ames: Nada, nada. Al contrario, al contrario. Es un gusto, y, obviamente, para de la academia esto de intercambiar opiniones con grandes representantes del mundo arbitral es, de verdad, no tiene precio.

Y en esa línea, esta mesa tiene el gusto, tiene el honor de tener a Gonzalo, a Laura, a Cecilia, pero, a modo de cierre, nos acompaña otro titán del arbitraje y, discúlpeme mi querido doctor Mario Castillo, pero hace rato yo lo estoy viendo ahí dentro de los invitados, y no puedo dejar la oportunidad de decirle, por favor, doctor Mario Castillo, puede acompañarnos, encienda su cámara y permítanos cerrar este evento, obviamente, con la venia de Marco.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Desde luego, desde luego. Es un honor.

Luis Enrique Ames: Doctor Castillo, muy buenas noches.

Mario Castillo Freyre: Buenas noches, Luis. Muchísimas gracias a ti y a Marco Silva Santisteban.

En realidad, agradezco infinitamente la invitación que me han hecho para clausurar este Congreso de Derecho Civil y Arbitraje.

Para mí es muy grato hacerlo. Yo intervine en uno de los temas de civil el primer día del evento. Muy contento, además, de participar en el panel en el que lo hice. Ver todos los expositores de tanta calidad académicas y personal que han participado en este evento, y sin duda, creo que es una muy buena idea el haber hecho este evento, un congreso sobre derecho civil y arbitraje, que son dos materias que yo siempre vengo sosteniendo que son indisolubles y que se nutre el arbitraje muchísimo del derecho civil, y, por lo tanto, las instituciones de esta rama fundamental, este tronco fundamental del derecho que son imposibles de prescindir en el arbitraje.

Así que, bueno, a mí no me corresponde hacer ninguna ponencia, simplemente, agradecerles a ustedes por este gesto tan bonito y tan simbólico de haberme invitado a clausurar el evento.

Los felicito a ti Luis por la conducción de esta mesa, y naturalmente, a mi gran amigo Marco, Marquito Silva Santisteban por ese enorme afecto que nos profesamos mutuamente y por el gran tino que tiene siempre, el acierto en cuanto a tus invitados, a los temas de estos eventos que son tan útiles, sin duda, para la comunidad jurídica nacional que va más allá, evidentemente, de los especialistas en alguna de las materias que lleva por título el evento.

Así que los felicito, les agradezco muchísimo y estoy siempre a disposición de ustedes y un gran saludo a todos los queridos amigos que sintonizan este evento este día.

Muchas gracias.

Marco Silva Santisteban Valdivia: Muchísimas gracias.

No sé si Lucho me permites solamente dar unos últimos; un par de minutos solamente para agradecer. Luego ya del cierre del doctor Mario, al cual yo admiro muchísimo y él lo sabe, creo que son pocas las palabras que puedo decir. Lo único que me queda es, en primer lugar, agradecerle al doctor Mario por la gentileza, el gran apoyo que siempre me brinda. Es un gran referente para mí.

Agradecer también, como bien lo dijo Lucho al inicio de esta mesa, es un honor estar con tan destacados ponentes reconocidos en el mundo del arbitraje como la doctora Laura, como el doctor Gonzalo y la doctora Cecilia Lau.

Asimismo, agradecer a todos los expositores que han participado en estos cuatro días de evento. Estamos desde el día martes hasta el día viernes; tres mesas todos los días: doce mesas, y en verdad, bastante contentos.

Pensábamos que el tema de la pandemia iba a generar alguna imposibilidad. Si bien es cierto no ha sido muy fácil, gracias a amigos como Lucho Ames, en este momento también quiero reconocerlo públicamente, hemos podido también sacar adelante este evento.

Y, para terminar, esperemos que la pandemia cambie. Si bien es cierto, las redes sociales y el tema del Zoom nos ayuda a poder hacer un evento, pero a mi juicio, no sé si me comparten, no hay nada como estar todos juntos en un congreso y compartir luego de terminado éste.

Esperemos que las cosas vayan mejorando y podernos encontrar el año que viene. Desde ya los convoco y los comprometo. Espero puedan contar en noviembre del próximo año en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje. Solamente eso: palabras de agradecimiento, gratitud a todos ustedes y muchísimas gracias.

Doy por cerrada la tercera edición del III Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Muchísimas gracias.

Todos (Laura, Cecilia, Gonzalo y Luis): Gracias.

Mario Castillo Freyre: Chau a todos.

Despedida de todos.

ACTAS DEL III CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2020
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ