





**ACTAS DEL CONGRESO LATINOAMERICANO DE  
ESPECIALISTAS EN DERECHO CONTRACTUAL - 2021**  
**CONTRACTUS**



*Volumen 94 Biblioteca de Arbitraje del  
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE*

# *Arbitraje*

## **Actas del Congreso Latinoamericano de Especialistas en Derecho Contractual - 2021**

Organizado por  
Contractus

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ



Universidad Católica  
**San Pablo**



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL CONGRESO LATINOAMERICANO DE  
ESPECIALISTAS EN DERECHO CONTRACTUAL - 2021  
CONTRACTUS**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
[estudio@castillofreyre.com](mailto:estudio@castillofreyre.com) - [www.castillofreyre.com](http://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.consenso.pucp.edu.pe](http://www.consenso.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](http://www.ucsp.edu.pe)

© ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO  
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia  
Telfs. +57 (4) 2398080  
<http://www.aiddp.com/>

© CONTRACTUS  
Av. Ingenieros 181, La Molina, Lima, Perú  
Telf. (51) 999-148-311  
[contacto@contractus.com.pe](mailto:contacto@contractus.com.pe)

Primera edición, abril 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 2021-07058

ISBN: 978-612-4400-42-1  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Inauguración <i>Julián Manta Lara</i>	11
Bloque n.º 1: «Derecho de las obligaciones» <i>Carlos Eduardo García Bohórquez</i> <i>Lidia Garrido</i> <i>Pascual Alferillo</i> <i>Walter Krieger</i>	15
Bloque n.º 2: «Contratos inmobiliarios» <i>Milo Ruiz González</i>	55
Bloque n.º 3: «Análisis económico del derecho contractual» <i>Giovani Riveiro Rodrigues Alves</i> <i>César Guzmán Halberstadt</i> <i>Fiorella Vásquez Rebaza</i>	69
Bloque n.º 4: «Contratos típicos y atípicos» <i>Alfredo Soria Aguilar</i> <i>Walter Vásquez Rebaza</i> <i>Olga Alcántara Francia</i>	107
Bloque n.º 5: «Controversias contractuales, proceso judicial y arbitraje» <i>Roger Vidal Ramos</i> <i>Verónica Rosas Berastain</i> <i>Alfredo Ferrante</i>	149

Bloque n.º 6: «Remedios contractuales»	187
<i>Diego Quiroz Quiroz</i>	
<i>Marília Pedroso Xavier</i>	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	

## NOTA DEL EDITOR

Con mucho gusto incorporamos a la *Biblioteca de Arbitraje* el volumen 94, que recoge las *Actas del I Congreso Latinoamericano de Especialistas en Derecho Contractual - 2021*, llevado a cabo el 25 y 26 de febrero del referido año.

El Congreso tuvo una asistencia masiva, tanto de público como de expositores (estos últimos, provenientes de Argentina, Colombia, Brasil, Italia, España y Perú), lo que obedeció a la magnífica organización desplegada por *Contractus*, grupo peruano cuya misión principal es difundir académicamente el derecho contractual y contribuir con el aprendizaje de la comunidad jurídica en nuestro país y Latinoamérica.

El congreso contó con el decidido apoyo académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, así como del Capítulo Peruano de dicha asociación.

Para nuestro Estudio de Abogados es un privilegio el poder publicar las actas del referido congreso, a efectos de dejar testimonio escrito de tan interesantes temas que fueron objeto de exposición.

Felicito y agradezco a todos los miembros de *Contractus* por el éxito obtenido y por confiar en nuestra *Biblioteca de Arbitraje* para la publicación de esta obra.

Lima, abril del 2021

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Mario Castillo Freyre es 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 y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. 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](http://www.castillofreyre.com)



## INAUGURACIÓN

*Julián Manta Lara*

**Julián Manta Lara:** Estimados doctores, queridos asistentes y comunidad general, tengan todos ustedes muy buenas noches.

Al dar apertura a este Congreso, se me viene a la mente la frase del jurista uruguayo, Eduardo Couture, el cual decía lo siguiente: «El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando».

El día de hoy tenemos a los más destacados pensadores en materia del derecho contractual de Latinoamérica, y es un honor poder contar con la presencia de cada uno de ustedes en este congreso latinoamericano con especialistas en derecho contractual, evento organizado por Contractus, una organización peruana cuya misión principal es difundir académicamente el derecho contractual y contribuir con el aprendizaje de la comunidad jurídica en Perú y Latinoamérica.

Asimismo, queremos resaltar el apoyo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado que desde un comienzo compartió nuestra visión de impulsar los conocimientos del derecho contractual en Latinoamérica, y poder tener un evento donde analizaremos las distintas perspectivas del derecho contractual en cada uno de los países que participan en este congreso.

Queremos también extender nuestro agradecimiento al doctor Mario Castillo Freyre, vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y al doctor Roger Vidal, director del Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, quienes apoyaron nuestra idea de compartir con la comunidad jurídica las enseñanzas de grandes ju-

ristas expertos en el derecho contractual, y así enriquecer los conocimientos de las personas que nos siguen esta tarde.

Por otro lado, queremos resaltar la misión que tenemos como organización. Nuestra misión es que cada estudiante, cada abogado y cada amante del derecho pueda aprender cada día más sobre el derecho contractual.

Nos sentimos muy honrados y felices de contar con la presencia de ponentes tanto de Perú, Argentina, Colombia, Brasil, Italia y España, a todos ustedes muchas gracias. Y también contar con la participación de los asistentes que nos siguen desde todas partes de Latinoamérica.

En este congreso organizado por Contractus, abordaremos seis temáticas diferentes.

El día de hoy nos complace presentar los tres primeros bloques de este congreso, cuyos principales ejes versan sobre el derecho de las obligaciones, los contratos inmobiliarios y el análisis económico del derecho.

En el primer bloque tenemos al doctor Carlos Eduardo García Bohórquez de Perú, a la doctora Lidia Garrido y al doctor Pascual Alferillo desde Argentina.

En el segundo bloque tendremos al doctor Walter Krieger de Argentina y al doctor Milo Ruiz de Perú.

Finalmente, en el tercer bloque, tendremos a la doctora Márcia Ribeiro, quien en esta oportunidad no nos pudo acompañar por motivos de salud; sin embargo, su hijo la representa, el doctor Giovani Riveiro Rodrigues Alves desde Brasil y el doctor Halberstadt desde Perú y la doctora Fiorella Vásquez, también de Perú.

Sin más preámbulo, damos por inaugurado el congreso latinoamericano de especialistas en derecho contractual.

A continuación, como primer ponente tenemos al doctor Carlos Eduardo García Bohórquez, quien abordará el tema de la cláusula penal en el Código Civil peruano.

El doctor Carlos García es asociado del Estudio García-Calderón Abogados, es abogado y magíster en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú y sus áreas de especialización y prácticas son: arbitraje, contratos y derecho corporativo. Diplomatura internacional de especialización en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante. Programa de especialización en arbitraje internacional en inversiones por la Universidad del Pacífico. Docente y profesor de negocios internacionales y ciencias jurídicas en la Universidad del Pacífico. Expositor en cursos de arbitraje en la Universidad de Lima, en la Universidad San Martín de Porres y también en la universidad ESAN.

Para esta presentación, quería comentarles a los asistentes que las preguntas se realizarán después de cada bloque.

Muchas gracias, doctor.



## **BLOQUE N.º 1: «DERECHO DE LAS OBLIGACIONES»**

*Carlos Eduardo García Bohórquez  
Lidia Garrido  
Pascual Alferillo  
Walter Krieger*

**Carlos Eduardo García Bohórquez:** Ok, bueno muchas gracias, Julián.

Primero que nada, agradecer a Contractus por su gentil invitación. Es para mí un honor formar parte del presente evento con tan destacados juristas.

Felicidades por la excelente presentación o introducción, y también agradecer a todo el público que nos está acompañando en este evento.

Me van a disculpar que solamente esté con camisa y no esté con corbata y saco —como Julián—, pero acá está haciendo un poquito de calor.

Pero, vamos al tema, que es hacer comentarios respecto a la cláusula penal en el Código Civil peruano, el cual es para mí, además, un tema que me resulta muy interesante, porque no hay una respuesta para todo como, evidentemente, es en el derecho. En el derecho, por lo menos, hay dos respuestas en la mayoría de casos.

Y es un espacio rico, digamos, de preguntas donde la creatividad en argumentación también puede desarrollarse justamente por esto, espero que con mi exposición quede más o menos claro a qué me refiero.

Ahora, nos vamos a circunscribir al Código Civil peruano. Y, me parece pertinente señalar que en ese cuerpo jurídico se regula la cláusula, básicamente, en diez artículos: del 1341 al 1350.

Dado que por el tiempo es imposible revisar y dar un comentario sobre cada artículo, considero apropiado solamente ceñirnos o conversar sobre la cláusula penal en relación a dos aspectos en específico: su relación primero con la ejecución de una obligación principal y su relación con el daño.

Recordemos que una cláusula penal; todos hemos visto una cláusula penal, asumo, es muy fácil de reconocer, es aquélla por la que una parte se obliga, está obligada a realizar una prestación. No está limitada a dinero, pero es usualmente a un pago en dinero.

El Código Civil peruano, al menos, no limita y puede ser una prestación de hacer, de dar, de no hacer, pero, usualmente, es un pago en dinero, en favor de su contraparte, como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual o por su retraso también. Y que, a su vez, constituye la reparación por daños y perjuicios de su acción u omisión que ha causado.

Para ir cubriendo un poco los artículos del Código Civil, podemos agregar que esa obligación —la cláusula penal— puede estar contenida, tanto en el mismo acto, en el mismo contrato, como en uno posterior, digamos en una adenda.

Bueno, para enfocarnos en la relación de la cláusula penal con la ejecución de la obligación principal; su relación con el daño también, tenemos que, del lado de la relación con la obligación principal, podemos identificar dos tipos de cláusulas penales, digamos que no les doy nombre porque cambia según los autores, una por la que se paga por el total incumplimiento de la obligación principal; y, por lo tanto, el acreedor decide entre exigir la ejecución de la obligación o la penalidad; y otra en la que, en cambio, se establece que, en caso de mora, o en resguardo o seguridad de

un pacto determinado, el acreedor puede exigir tanto la obligación principal como la penalidad.

En la primera mencionada está recogiendo el 1341, y en la segunda, en el 1342 del Código Civil.

El 1341 dice: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de cumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad».

En el 1342 dice: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad en un pacto determinado el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».

Y acá ya empezamos a hacernos preguntas; que era lo que comentaba al inicio. ¿Qué sucede si en el contrato se establece una penalidad para salir del contrato? Se establece una penalidad para salir del contrato, valga la redundancia.

Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento del local del centro comercial, se establece, por ejemplo, lo siguiente: «El arrendatario podrá poner fin al contrato de manera anticipada sin causa, debiendo pagar una penalidad de seis rentas mensuales».

¿Se ha establecido una cláusula penal? Es la pregunta.

Tomemos otra redacción: «En caso de resolución o terminación del contrato por culpa del arrendatario, éste estará obligado a pagar una penalidad de sus rentas mensuales».

¿Se aprecia alguna diferencia? Podría argumentarse que no, que ambas cláusulas son cláusulas penales.

Ciertamente, en un curso que tomé en una universidad extranjera, el profesor consideraba que ambas eran cláusulas penales.

¿Por qué? Digamos que en ambos casos se está realizando una valuación anticipada de los daños.

Pero, por otro lado, también podría argumentarse que sí hay una diferencia, en tanto que tradicionalmente se entiende que la cláusula penal tiene un carácter subsidiario, lo que significa que no sustituye a la obligación principal; y, por consiguiente, no permite al deudor liberarse de ella. Es decir, el deudor no puede elegir entre ejecutar la obligación que es debida o pagar la penalidad. Eso solamente corresponde al acreedor.

Entonces, no estaríamos estrictamente bajo este argumento, ante una cláusula penal, sino ante una obligación facultativa, y es justamente en estas obligaciones donde el acreedor sólo puede demandar la obligación principal y no la accesoria. Es decir, exigir la obligación principal y no la accesoria. Salvo que se haya pactado el mismo derecho a su favor. Es decir, no podría decirle al arrendatario: «Te doy lo que equivale a seis meses», en el ejemplo dado, «Te doy lo que equivale a seis meses, por favor, desocupa el inmueble. Porque ésa es la penalidad, así que son seis meses de renta. Desocupa el inmueble». No podría hacerlo.

Esta discrepancia de opiniones, naturalmente, es algo a tener en cuenta, porque sus efectos podrían ser diferentes.

En lo que respecta al daño, que veremos en un momento, si la cláusula establece una penalidad como recurso de salida, no es una cláusula penal. Nuevas preguntas: ¿podrá luego ser reducida por el juez o por un árbitro? ¿Tendría derecho a ello? ¿Qué sucede si los daños son mayores?

O sea, tendría algún efecto que, por ejemplo, en la cláusula de salida se diga que, además, sin perjuicio del daño anterior, o sea, tienes que pagar seis meses de renta para salir del contrato, sin juicio del daño anterior, ¿tendría algún sentido ese agregado, esa reserva?

Si no estamos ante una cláusula penal y ante una obligación, facultativa, más bien, entonces, todo ello, naturalmente, hay que tomar en consideración al aumento de redactar nuestro contrato.

En otras palabras, debemos ser claros en lo que queremos, y claros en su redacción para evitar futuras controversias que cuestionen la eficacia legal de los acuerdos.

Regresando a la obligación de la cláusula penal con la ejecución principal, lo importante es resaltar que la penalidad es gatillada con el incumplimiento de la obligación principal, sin más condiciones de que sea imputable al deudor.

Y acá nuevamente surge algo que es en el 1343 se indica que admite el pacto en contrario, con lo cual podemos asumir que, incluso, si no es culpa del deudor, el acreedor puede exigir la penalidad.

Y, en este caso, la función de la simplificación probatoria que tiene la cláusula penal es plena. Porque, además de no tener que acreditar el daño, la existencia del daño y su cuantía, tampoco tiene que demostrar el deudor que los perjuicios son imputables al deudor. La penalidad se produce sin condiciones. Pero, naturalmente, somos abogados y siempre hay un «depende» y siempre hay un «pero».

El pacto debe ser claro y se extenderá a lo que las partes han señalado, evidentemente.

Por ejemplo, qué sucede si las partes incluyen «el deudor deberá pagar la cláusula penal aun por culpa del acreedor».

Nos encontramos, nuevamente, ante dos posiciones, por ejemplo, quienes aleguen que no procede porque nadie puede beneficiarse de su propio injusto, y otros que sí procede por la libertad contractual, con la limitación de que no sea, pues, evidentemente, por culpa inexcusable o dolo del acreedor porque, naturalmente, al ser la cláusula penal, justamente, limitante de la responsabilidad, hay que tener mucho ojo a esta prohibición de excluir responsabilidad por culpa inexcusable o dolo.

Y, en caso de culpa concurrente, si no hay pacto, ¿el deudor debería asumir la penalidad, por ejemplo?

Acá también cuidado, que con el artículo 1327, nos salimos un poco de la cláusula penal, pero el 1327 libera al deudor si el acreedor habría podido evitar los daños usando la diligencia ordinaria. ¿Sucedería lo mismo con la penalidad?

Entonces, las controversias, sobre todo, por ejemplo, en materia de construcción sobre demoras concurrentes, pues, son fuente inagotable, me parece, de conflicto, porque involucra determinar una responsabilidad de cada uno de los contratantes, con aplicación de análisis, métodos que son diversos. Cada universidad, prácticamente, o autor tiene un método; y, evidentemente, las partes deberían o podrían ahorrarse o, al menos, intentar ahorrarse todo esto, si lo establecen de este modo de manera específica en su cláusula penal. Es tarea, pues, de las partes resolver estas preguntas al momento de pactar sus penalidades, de acuerdo a sus propios intereses.

Si te interesa que el deudor asuma la penalidad, aun en caso de culpa concurrente, es recomendable expresarlo de ese modo.

Por otro lado, naturalmente, lo recomendable es que el deudor negocie la reducción del alcance de la responsabilidad, sea a cero o hasta cierta cantidad de días o hasta, o hasta cierta suma dineraria.

Entonces, tenemos que verificado el incumplimiento bajo el artículo 1341, el acreedor puede elegir entre exigir el cumplimiento o la penalidad, siendo pertinente que, inclusive, si el deudor, además, ha de devolver la contraprestación abonada por el acreedor, en su oportunidad, tendrá un efecto resolutorio.

Y tenemos que, bajo el 1342, ante el incumplimiento del acreedor, podrá exigir el cumplimiento de la obligación y el pago de la penalidad por mora o en resguardo de un pacto determinado.

Cuando se trata de sancionar la mora, surge un inconveniente que también, seguramente, es visto mucho en la práctica, que es respecto a la función de la cláusula penal. ¿Tiene una función punitiva o tiene una función?

Éste es un escenario, pues, donde no tengo otro punto de vista porque hay quienes indican que las partes han expresado claramente que la penalidad tiene una función de sancionar la mora, obviamente, libertad contractual, tiene esa sola función punitiva; y, por tanto, no se ve perjudicado por el otro lado de la historia, que es que al constituir la liquidación, una liquidación anticipada de un daño, perdón, no debe exceder la compensación natural por el uso del dinero, por ejemplo.

Si estamos ante una obligación de dar una suma de dinero, una obligación principal, que son los intereses. Es decir, no me pagaste una suma, no pagaste la renta, por lo tanto, te aplico una penalidad diaria. Esa penalidad diaria hay quienes argumentan que no puede exceder el interés moratorio que establece la tasa máxima que establece el Código Civil.

Tampoco puede estipularse un interés compensatorio, un interés compuesto, no puede. ¿Por qué? Porque está la prohibición, la capitalización de intereses. Y, en cambio, si ocurre eso; si se excede o se viola esta prohibición, estaríamos, más bien, ante un fraude a la ley. Y, en ese supuesto, la cláusula adolece de nulidad.

Ahora, otro asunto también es que cuando estamos hablando de mora, naturalmente, salvo que haya una mora automática, corresponde que el deudor sea intimado en mora.

Eso sobre la penalidad por mora. ¿Qué sucede por la penalidad por un pacto de seguridad o en resguardo de un pacto específico?

Tenemos que, en ese caso, la doctrina es también como que hay divisiones. Y, por ejemplo, hay quienes consideran que la función es resarcir un daño; o sea, hay una función de indemnización compensatoria. Y, por otro lado, consideran que, en realidad, estamos ante un esquema *sui generis* moratorio.

Entonces, nuevamente, hay estas dos posiciones, donde, por ejemplo, vemos un caso donde una empresa de taxi ofrece el servicio de movilidad de personas de un restaurante, para que sus colaboradores puedan regresar

a sus casas, ahora que estamos en pandemia, en el horario de toque de queda.

Se establece que la empresa deberá entregar el permiso para transitar en dichas horas, o de lo contrario se aplicará una penalidad. Pero, resulta que el restaurante nunca verifica si tiene este permiso la empresa de taxi, ocurriendo que, al final, nos hace la liquidación del contrato: «Oye, tú llegaste diez minutos tarde» o el taxista tuvo que esperar, así que tuve que cobrar un poco más.

Ven que se tiene que aplicar la penalidad e impone la penalidad el restaurante, porque dice: «Oye, no has cumplido con entregarme este permiso»; y, por lo tanto, está pactado que corresponde una penalidad.

O, en ese caso, desde la perspectiva de la cláusula en mención, la cláusula penal, sanción a la demora podría alegarse que no aplicaría, en el ejemplo, porque el acreedor, o sea, el restaurante, debió exigir el cumplimiento de la obligación que le interesaba en su momento, pero en un caso similar, al comprar otro tipo de servicio, un tribunal arbitral consideró que la penalidad aplicaba, en tanto que la cláusula tenía como fin resguardar la obligación que se expresaba en la misma, y que en el caso anterior, pues, suponía la entrega del permiso para transitar.

Sin perjuicio, digamos, de que el deudor pueda, luego, solicitar su reducción por haber cumplido, al menos, de manera defectuosa o parcial, pero ha cumplido con la obligación principal. Fue por ahí donde fue el tribunal arbitral.

Entonces, tenemos estas dos perspectivas. Evidentemente, lo comentado es a grandes rasgos, vamos a tener que atender, evidentemente, al pacto entre las partes y a la dinámica del mismo contrato. Pero, digamos que esto, lo que quiero resaltar es el enorme espacio que provee la cláusula penal para preguntas y argumentos de una parte.

Para finalizar, vamos a centrar nuestra atención sobre la relación de la cláusula penal con el daño, porque la penalidad, la primera línea del 1341 es bastante clara. La penalidad limita el resarcimiento.

Como se ha señalado, la penalidad es la valuación anticipada de daños y perjuicios, compensatorios o moratorios, según corresponda.

Como parte de su función compulsiva, la penalidad puede ser más alta, por ejemplo, de lo que usualmente se proyecta como daños, en caso de un incumplimiento o mora.

Sin embargo, dicho pacto no puede ser excesivo, es lo que señala el artículo 1346 del Código Civil: «El juez o árbitro a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

Y acá surgen un montón de preguntas ¿Es renunciable este derecho? Si nos preguntamos eso y vemos, por ejemplo, los principios Unidroit, como se quiera pronunciar, el artículo 7.4.13 expresamente señala que, a pesar de que cualquier pacto en contrario, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada como penalidad puede reducirse a un monto razonable, cuando sea notablemente excesiva.

Y acá la pregunta es también cuánto se tiene que reducir. Se reduce al valor específico del daño sufrido. ¿Qué sucede si no hubo daños?

Trimarchi, por ejemplo, nos señala que el juez debe prestar atención, no a los daños, sino al interés del acreedor que ha sido dañado. También se entra, digamos, a la discusión sobre la función de la penalidad. O sea, busca resarcir, busca sancionar. Si su función es resarcir, para que el daño sea resarcido, primero tendría que aprobarse el daño.

También otras preguntas que surgen son ¿se puede reducir?, ¿se puede eliminar la penalidad?, por ejemplo, ¿Se puede reducir a una cantidad o solamente se puede reducir a una cantidad que no sea desproporcionada?

La literalidad de la norma, al menos, nos empujaría primero, nos llevaría primero a esta segunda interpretación. Porque nos lleva a reducir la pena de manera equitativa, lo cual no es 50%-50%, no es. Son términos de justicia natural, de encontrar un balance.

Equidad o equitativo no significa, pues, dividir en partes iguales. Significa, en cambio, analizar la situación concreta, de modo que se aborde su razonabilidad, a propósito de que exista un ejercicio abusivo del derecho, aplicar penalidades.

Quisiera, me parece que tengo cinco minutos más, de repente, y vamos cerrando con este asunto que es interesante, del derecho del deudor a solicitar la reducción del daño, porque implica ponderar, de acuerdo a las circunstancias.

Por ejemplo, si esto se discute en un arbitraje de derecho, no dejaría de ser un arbitraje de derecho porque justamente la norma, el arrendamiento señala, pues, o lleva al juzgador a resolver en términos de equidad.

Y nuevas preguntas, y las circunstancias que tendría que tener en cuenta son, por ejemplo, duración del contrato o importancia de la falta, la situación de la parte lesionada, entre otros.

Y surgen más preguntas. ¿Qué sucede si o es lo mismo que la cláusula penal se encuentre, por ejemplo, en cláusulas generales de contratación, en cláusulas especiales.

Es un asunto espinoso que, felizmente, un poco que el tiempo me salva, pero, digamos, en un caso, justamente, al respecto hubo un planteamiento de invalidez, porque desde esa posición se considera que la cláusula penal, al ser excesiva dentro de una cláusula general de contratación, viola la Constitución porque la Constitución no tolera el abuso del derecho.

¿Podría ser amparada esta solicitud de nulidad, esta demanda de nulidad? O, más bien, habría que considerar que, justamente, la ley civil otorga al deudor una vía para cuestionar dicho abuso.

Hay demasiadas preguntas, pocas respuestas, quizás, lo que a mí me interesa en esta exposición es, básicamente, dibujar un poco este panorama.

Y felizmente que existen esas incertidumbres, porque eso es nuevamente lo que hace muy agradable, sobre todo esta profesión.

Bueno, nada, para terminar, la cláusula penal, pues, es muy útil, igual, por ser práctica para evitar discusiones respecto al daño, y los elementos de la responsabilidad civil. Pero, se deben tener presente todos estos aspectos de que hemos hablado para poder, precisamente, ofrecer luego al cliente una regulación adecuada según sus intereses, sus mejores intereses.

Espero que esté dentro de todo el tiempo que tengo.

Muchas gracias.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Carlos Eduardo García por el tiempo y los conocimientos compartidos.

Esperamos tenerlo muy pronto de nuevo en Contractus. Todo el grupo está agradecido con usted por la excelente ponencia que ha realizado.

Gracias.

A continuación, como segundo ponente, tendremos a la doctora Lidia María Rosa Garrido, quien abordará el tema de formas de extinción de obligaciones del derecho argentino.

La doctora Lidia María Rosa Garrido es profesora e investigadora en la Universidad de Buenos Aires, con premios a la producción científica y tecnológica. También es profesora de cursos de doctorado y postgrado. Autora de libros, capítulos de libros y artículos en revistas jurídicas argentinas, peruanas, españolas, colombianas y brasileñas. Autoridad en eventos nacionales e internacionales de ponencias y comunicaciones científicas. Conferencista y panelista en temas de su especialidad.

Le damos el pase a la doctora.

**Lidia Garrido:** Muchísimas gracias.

Los quiero felicitar y los felicito en tu persona por la organización y por las ganas que tienen de que sigamos estudiando contratos, y de que tratemos de abrir nuevos rumbos, buscar ideas que nos unan más allá de las diferencias propias que nuestros ordenamientos puedan tener.

Yo soy de las convencidas que creen que podemos llegar a tener o a plasmar líneas en materia de contratos para un derecho latinoamericano, que sea un derecho latinoamericano con esta base que todos tenemos en común, que es el derecho romano y el Código de Napoléon.

Más allá de las reformas que cada uno ha ido teniendo con sus diferentes ordenamientos, venimos de una misma base, una misma cuna, y eso se evidencia en que, quizás, el día de mañana podremos llegar a tener reglas del derecho latinoamericano comunes para todos nosotros.

El tema que me han asignado tiene que ver con algo genérico, como ser la temática de extinción de las obligaciones con la particularidad que yo cuando acepté, también se los puse en el *mail* que, en la Argentina, nosotros, obviamente, diferenciábamos los bloques de extinción de las obligaciones y de extinción de los contratos, por tenerlos regulados desde la época de Vélez, de un modo separado.

Hoy, con la reforma del 2015 del Código Civil y Comercial, con esa unión de dos grandes códigos, como hemos tenido en Argentina, van a tener unificados ciertos institutos en materia de responsabilidad civil, van a poder hablar de una unificación con distinciones del área contractual y el área extracontractual, pero seguimos manteniendo férreamente la división entre obligaciones y contratos.

Por eso les van a hacer llegar o a mandar dos hojitas donde van a ver un cuadro comparativo en el que yo trato de que visualicen lo que sería la dinámica del anterior sistema argentino con el actual.

Vélez-Sarsfield, con una gran didáctica había establecido en un artículo, el 724, un listado de modos extintivos de las obligaciones.

Lo primero que todos recordamos siempre cuando tuvimos que estudiarlo, enseñarlo, aplicarlo en los casos, era que ahí estaban receptadas una serie de figuras que algunas tenían en común la necesidad de la voluntariedad de los sujetos intervenientes, como podía ser el supuesto del pago como medio de extinción de las obligaciones, o cuando estábamos hablando de la figura de la dación en pago o de la novación.

Mientras que, en otros, ese consentimiento o acuerdo de las partes aparecía como en un segundo plano porque había supuestos en los cuales, por imperio de la ley, se producía el fenómeno extintivo. Situaciones que se solían dar en los supuestos de confusión expresamente previstos o en aquéllos de compensaciones legales expresamente previstas.

Pero, el mayor problema que teníamos con ese 724, estaba en saber si era un sistema meramente enunciativo o era, en realidad, un sistema cerrado taxativo, dado que en la nota, Vélez-Sarsfield había hecho la referencia famosa a la prescripción que los derechos, en materia crediticia, se pierden la acción por prescripción, y nosotros teníamos algo que no se mantiene una norma específica referida a las denominadas «obligaciones de carácter natural»; obligaciones que tienen que ver con los supuestos donde se pierde la acción, se pierde ese derecho para poder llevar esta ejecutoriedad de la obligación a tribunales o a un supuesto arbitral.

En la nota también Vélez-Sarsfield nos había puesto todo el tema de las nulidades y nosotros, como generalmente la mayoría de la doctrina argentina hacía, había entrado en una discusión de si, en realidad, estos temas de prescripción, caducidad de acción, nulidades, no eran más propios de ser tratados en otro lugar, más que específicamente en la materia de extinción de las obligaciones.

Vélez había decidido no tratarlas ahí. La mayoría de la doctrina apoyaba, pese a que incluía prescripción y caducidad en casi todos libros de obligaciones.

Dentro de las figuras que Vélez había regulado, y que desde el primer momento nos había traído, si ustedes quieren, algún tipo de problema, mirándolo desde contratos, tenía que ver con el instituto de la transacción.

Esto es así porque por definición la transacción es uno de esos modos extintivos que yo les dije que requiere acuerdo, requiere consentimiento de personas plenamente capaces, de personas que sean las titulares de los derechos, que ese acto no sea viciado por ninguno de los vicios de la voluntad, no podamos caer en un supuesto de aprovechamiento, de lesiones, a punto tal, vamos a ver que ya antes de que el Código se modifique en el 2015, los errores de cálculo aritmético eran tenidos en cuenta con Vélez-Sarsfield.

Pero, lo que yo quiero rescatar, tiene que ver con que Vélez lo menciona y lo trata como medio de extinción de las obligaciones, mientras que el Código vigente del 2015 en Argentina, decide, como muchos de los códigos en el derecho comparado, decide tratarla como una figura de contrato especial.

No varían los requisitos. Yo voy a tener siempre ese objeto litigioso, ese objeto dudoso que las partes o sobre el cual las partes van a tener que ponerse de acuerdo sin violentar el orden público, sin violentar la buena fe y siendo titulares de los derechos. Yo no puedo transar porque me está prohibido por ley, si yo no tengo derechos sobre el objeto de la transacción.

De hecho, hay en el Código nuevo, estamos hablando también ya existía en el anterior, limitaciones referidas a los albaceas en caso de herencia, referidas a los padres, referidas al contrato de mandato y el requisito expreso de estar facultado para llevar adelante este acto.

El tema, cuando estamos hablando también de las novaciones; estamos hablando de si requiero en la novación subjetiva es siempre el acuerdo solo, voy a estar hablando de la notificación, hay la remisión a la denominada cesión de créditos.

También es importante en este juego que les va a resultar más práctico el cuadro comparativo, por lo menos para ubicarse los nombres de lo que

estaba y cómo se llaman hoy, vamos a tener como una figura importante dentro del pago, sabemos que la obligación es un programa de conducta. Ese programa de conducta nace para, en definitiva, cumplirse o morir, de algún modo, generalmente, le hablamos de cumplimiento natural o de modos anormales, o de modos alternativos, y ahí entramos en toda esta temática de la extinción.

Pero, cuando hablamos de modo normal de cumplimiento del programa dar, hacer, no hacer, donde entran todas las clasificaciones de las obligaciones, tenemos que mirar los denominados principios del pago.

O sea, cuando hablamos de pago o cumplimiento se nos ensancha la figura, dado que es para algunos la figura más importante. Ahí tenemos que ver los principios que abarcan lo que en Argentina se solía, cuando se daba clase hablar de los cinco dedos de la mano: principio de identidad, principio de integridad, la localización en el tiempo, yo tengo que ver que se cumplan absolutamente todos los principios para considerar que hubo cumplimiento real y efectivo, si no entraré en otro terreno que no tiene que ver ya con la extinción de la obligación, o sí, según donde nos paremos, porque, por ejemplo, para Calvo Costa es natural, y para Bueres también, dado que yo estoy hablando de dos caras de una misma moneda: la deuda y la responsabilidad.

Lo cierto es que, frente a un incumplimiento absoluto o relativo, situación de mora, situación como bien nos es estuvo hablando el ponente anterior y nos va a hablar Pascual, tengo un incumplimiento, debo ver a la cláusula penal, tendré que ver si estoy en la parte de la deuda de responsabilidad o crédito de responsabilidad.

Lo que me interesa rescatar a mí, más allá de los principios es que, cuando uno abre el pago, se encuentra con los sujetos, y dentro de los sujetos, realmente, voy a simplemente nombrar algo que siempre ha traído problemas. El acreedor aparente que tiene su símil en el deudor aparente. Es para saber cuándo realmente he pagado bien y la obligación se ha extinguido o la obligación subsiste, dado que se dice a veces «el que paga mal, paga dos veces», y no se ha producido la extinción.

También el tercero indicado muy en boga hoy para recibir ciertas comisiones o recibir, por ejemplo, las rentas de determinados ingresos de locaciones.

Debemos ahí recordar también que existe el pago por subrogación o tenemos, ustedes, nosotros, pero el pago por consignación ha sufrido en la Argentina una variación.

Nosotros, en el Código del 2015 vamos a tener habilitada la posibilidad de la consignación extrajudicial en escribanías. Algo que venía siendo muy discutido y venía sufriendo la presión de los Colegios de Escribanos en todos los congresos de civil, dado que se aduce también una cuestión práctica de congestión del Poder Judicial.

Este pago por consignación extrajudicial en escribanías tiene un procedimiento especial establecido en el Código del 2015 que está en ese Código, no con el Código Procesal, está directamente en el Código donde establece el deber de avisar, el deber de notificar al acreedor de que se va a recurrir a ese procedimiento.

Paso seguido se consigna en escribanía, queda por varios días a disposición del acreedor, y el acreedor puede tener diferentes conductas. Puede considerar que se ha pagado bien, que está bien y, en ese supuesto, retira y está hablando de sumas de dinero. Me olvidé de aclararles que, el objeto acá no son cosas, son sumas de dinero.

Por eso, la diferencia después del régimen que podemos llegar a tener frente a ciertos conflictos como el de los dólares o situaciones muy particulares que se dan en Argentina con deudas de moneda extranjera. Tiene esta posibilidad de retirarlos y los gastos los tendrá que pagar, si consiente que está bien consignada la deuda con los intereses, etc., los gastos, honorarios, etc., se hace cargo el deudor que consignó.

Si no considera que está bien, puede retirar con objeción; o sea, con una aclaración, pero también debe, en ese supuesto, iniciar... ahí se le establece una carga de conducta positiva. Debe iniciar el reclamo de cumpli-

miento por la diferencia en sede judicial. O bien, directamente, considerar no aceptar, absolutamente, nada y no se presenta a retirar ni dice nada.

También es importante que tengamos en cuenta la variación que podemos notar, referida a la cuestión de caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad de cumplimiento, pero no en rasgos generales referido a la definición de cuándo se da el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del principio, ni siquiera en los supuestos en los cuales suelo, digamos, detenerme yo como riesgo de desarrollo, etc., sino en aquel presupuesto en el cual el Código Civil y Comercial regula en contratos lo que considera incumplimiento para hacer jugar después ciertos institutos especiales de contrato, como ser el ex —nosotros le llamábamos— pacto comisorio. Nos tenemos que acostumbrar a llamarle cláusula compromisoria, dado que ha variado la terminología, la frustración del primer contrato. O sea, ese artículo 1084 pivotea tanto en la extinción de las obligaciones encaballado a la imposibilidad de cumplimiento definitiva o temporaria como en contrato. ¿Cuándo? Cuando, por ejemplo, se pierde el interés en recibir la prestación, cuando había un tiempo esencial, cuando la obligación era *intuitu personae*, pero lo más peligroso tiene que ver con incisos cuando dice, cuando el deudor manifiesta de modo fehaciente; y, si ustedes quieren, contundente que no tiene intención de cumplir.

Frente a ese supuesto, el Código argentino considera directamente que hay incumplimiento, extinción de la obligación, y, por ende, vamos al terreno después de los daños y perjuicios.

Yo les decía que la obligación, que es un conjunto de prestaciones y que tiene todos estos modos extintivos.

Pero, quizás la mayor riqueza que tiene este programa de prestaciones, no es lo que está escrito; no son los modos de extinción a los cuales yo pueda acordar o ni siquiera la entrega del crédito, la renuncia o remisión, sino, quizás lo más interesante tiene que ver con lo que nosotros podamos llegar a conceptualizar como obligaciones que acompaña a la prestación principal, que para mí también son obligaciones principales. Muchas de ellas derivan de la buena fe; no son obligaciones secundarias.

¿Qué límite hay que respetar en la extinción? El límite que hay que respetar en la extinción tiene que ver con el abuso de derecho. O sea, aunque yo esté ubicado en la extinción de una relación creditoria, no tengo ningún derecho a perjudicar a mi contraparte ni a un tercero menos, por situaciones que derivan de la extinción de esa obligación.

En contrato, además de rescisión, resolución, revocación, el pacto comisorio, la imprevisión, la frustración del fin del contrato, tienen también como situaciones particulares la extinción de las obligaciones que nacen en el ámbito de consumo, sobre todo en aquellos supuestos en los cuales voy a hacer lugar a la posibilidad de revocar mi consentimiento si el contrato es a distancia o fuera del establecimiento.

También tienen que tener en cuenta por esta interrelación, este tramo que el Código argentino tiene de ambos sectores, tienen que tener en cuenta los denominados «contratos de larga duración».

En los contratos de larga duración, la extinción de la obligación o la extinción puntual del contrato no se puede hacer de un día para otro de un modo intempestivo, sino que el Código les manda que den la posibilidad de continuar esto que significa renegociemos, que significa novación.

Para tratar de cerrar, la extinción de la obligación y la extinción de los contratos en el sistema argentino, por más que parezca estar bien desarrollado, continúa en crisis, pero la crisis viene, en realidad, de la realidad referida a ciertos institutos que más que funcionar como modo de extinción, están intentando funcionar como modo de salvataje. Uno de éstos es la transacción.

Cuando yo voy a transacción, generalmente, estoy sí extinguiendo la obligación, pero estoy salvando una relación.

Cuando voy a la renegociación, al esfuerzo compartido, a la imprevisión, al acuerdo en la lesión, etc., estoy tratando de salvar esa relación contractual. Es lo que pasa por afuera del listado de los modos extintivos, lo que, a veces, pone en jaque a la obligación de dar suma de dinero, si el

escribano me acepta o no me acepta los dólares o me acepta tales pesos a tal cotización de dólares.

Ahí, en la realidad, ahí yo creo que está la deuda que tenemos nosotros para pensar como... yo no me quiero llamar como jurista, pero sí como profesores.

Muchas gracias y disculpen mis minutitos de más.

**Julián Manta Lara:** Doctora Lidia, sin duda ha sido una excelente exposición. Gracias por ampliar los horizontes. El derecho comparado sirve para ello, para generar soluciones y usted nos las ha dado. Aunque el tiempo apremia, estamos seguros de que la volveremos a tener; muchas gracias por ello.

A continuación, tenemos al doctor Pascual Eduardo Alferillo, quien abordará el tema de la cláusula penal.

El doctor Eduardo es doctor en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Mendoza; es abogado de la Universidad Nacional de Córdoba; notario por la Universidad Nacional de Córdoba y también se desempeña como profesor titular de cátedra de Derecho Privado I en la Universidad de San Juan. Es profesor de doctorados en la Universidad de Ciencias Empresariales de Buenos Aires.

Muchas gracias, doctor, por aceptar la invitación. Y, si desea compartir su PPT, puede darle en compartir pantalla.

**Pascual Eduardo Alferillo:** El tema, cuando escuchaba a la doctora Lidia Garrido, evidentemente, me ha vuelto la nostalgia porque hablaba de pago por consignación, lo cual fue allá por el año 1976, mi primer trabajo, cuando era aún estudiante, especialmente, vemos el largo camino recorrido en el cual incluye en los últimos un afecto muy profundo con la hermana República del Perú, que me ha llevado a generar grandes amigos, y que, realmente, esto es lo importante y lo trascendente.

El pedido de hoy, relacionado con la cláusula penal, es un tema que un poco lo decía Lidita; es la vinculación quizá proveniente del derecho romano, eso de vincular el derecho de las obligaciones y contratos, que es la fuente de las obligaciones, dándole más importancia al tema obligacional, junto con el contractual vincularlo estrictamente. A veces, hay figuras, como que tienen que pasar de un ámbito al otro, y la cláusula penal, realmente, si la tenemos que analizar a profundidad, está en esa zona gris, como nos sabía enseñar Luis Moisset de Espanés, esa zona gris del derecho de las obligaciones y el derecho contractual que vincula a ambos sectores.

Evidentemente, el tema de la cláusula contractual, en el régimen normativo de la República Argentina, tiene una larga data, tiene una historia que nosotros hemos pasado rápidamente en los últimos tiempos a un nuevo Código Civil unificado, Código Civil y Comercial, pero, a partir de agosto del 2015, lo cual, un poco nos cambia algunas visiones, nos cambia algunos pareceres, pero, en general, tenemos una fuente muy profunda con el Código Civil argentino en este tema particular

En este sentido, el viejo Código también lo trataba dentro del derecho de las obligaciones, pero lo más importante fue en el año 1968, que la Ley n.º 17711, atribuida a don Guillermo Borda, al maestro Guillermo Borda, hacía referencia a que introdujo la posibilidad de reducir la pena por parte de los jueces.

Y más allá, después que se incorporó el 66 *bis* con las conminatorias.

Esto, básicamente, hago referencia, porque creo que la novedad, lo novedoso quizás sea transmitir la experiencia argentina en la participación judicial, en el control de la proporcionalidad de la cláusula penal.

La cláusula penal, creo que ha habido un profesor en el Perú, que me ha precedido en la palabra, que creo que debe haber agotado con sapiencia extrema la temática que me va a dejar poco. Por eso pensaba en replantear el tema, pero, independiente de eso, la definición que da el concepto es la clásica que veníamos ya trayendo; por eso la nueva doctrina no ha innova-

do nada, no ha trabajado nada nuevo en profundidad, más que hacer un viejo recuento de las doctrinas, de las posturas que se abrían en el tema.

La cláusula penal la define: «Es aquélla por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena».

«Para asegurar el cumplimiento de una obligación» está marcando ahí su objetivo, en caso de retrasar o no ejecutar la obligación.

Este tema de la definición marca algunas características que son las que vamos a tratar de ver más adelante. Ahí la doctora Kemelmajer de Carlucci, traía alguna referencia doctrinaria, porque hace poco, exactamente, el último día del año pasado, ha habido un libro sacado por la Editorial La Ley, en el cual yo he trabajado justamente este tema, por eso tenía esta experiencia en el tema de definición de cláusula penal.

Pero lo que me interesa es, básicamente, por el tiempo escaso que tenemos, es resaltar las finalidades que la cláusula penal tiene y es pactada, según Bustamante Alsina, con el fin de asegurar el cumplimiento y fijar el límite del resarcimiento.

Palabras más, palabras menos, hay un autor en el Perú que ha trabajado un buen libro, el libro sobre cláusula penal, el cual lo tengo y agradezco su gentileza, palabras más, detalles técnicos más, pero los dos fines clásicos: asegurar el cumplimiento y fijar el límite del resarcimiento. Esto es lo importante en este tema de la cláusula penal, inclusive, en alguna parte lo deja marcado ahí dentro de la figura y dentro de la definición.

Evidentemente, la naturaleza jurídica, por algo se llama «cláusula penal», porque tiene función punitiva, básicamente, pero tiene dos funciones: la punitiva estrictamente, y la resarcitoria, que vamos a ver que son contempladas por la norma.

Pero, no nos debemos confundir entre la naturaleza jurídica de la figura y la figura y las funciones que cumple la figura.

El objeto me dejaba pie en las palabras de Lidita. Dice: «La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de obligaciones».

Acá venía a colación porque hablaba de la posibilidad de pactar una cláusula penal en moneda extranjera.

Y yo, personalmente, creo que no hay ningún inconveniente en que se pacte una cláusula penal en moneda extranjera, más allá de las monedas de curso legal en Argentina.

El objeto de la cláusula penal es una suma de dinero, otra prestación en beneficio del acreedor o también puede ser en beneficio de un tercero.

Rápidamente vamos a hacer que este tema de los caracteres, porque acá en los caracteres vamos a comenzar a destacar.

Convencional, ya sabemos qué significa. Son todos abogados; no es necesario.

Accesoria, pues, cierto, porque se trata de asegurar, es una cláusula penal de garantía, se dice en la mayoría de los autores. Realmente, es una forma que el acreedor tiene de garantizar, de garantizarse que se le cumpla la obligación u otros remedios para hacer que se cumpla esa obligación.

Evidentemente, es accesoria porque está condicionada al incumplimiento, al incumplimiento parcial, moratorio, de la mora de la obligación principal.

Es accesoria, es subsidiaria, condicional. Esta característica tiene que ver con esa particularidad que tiene.

La interpretación distintiva. El maestro Trigo Represas, que incorporó este tema, que debe ser porque trata de que no haya una flexibilidad extrema para modificar o cambiar o no el tema de las cláusulas penales, porque es una tarea que las partes han definido cuando han celebrado el contrato.

Y esto viene a colación en función de que vamos a hablar del tema inmutable. En el tema inmutable, básicamente, vendría a ser que obtiene vinculación con la tradición de la autonomía de la voluntad, que no podía ser vista, revisada de ningún modo.

Esta autonomía, vigente en la época del liberalismo jurídico, que es realmente en algunos casos que vamos a ver, y ésta es la idea que me inspira en estos momentos, elevar un poco la conferencia en esta dirección, inspira a que revisemos realmente el grado de inmutabilidad y la posibilidad de revisar judicialmente la figura.

Sin perjuicio de ello, vamos a mirar las funciones rápidamente y nos vamos a detener en el otro punto que es un poco el detalle novedoso.

En las funciones de la cláusula penal, ya la hemos visto, dice normalmente, es el medio para forzar, también cumple una función resarcitoria. Éstas son las funciones clásicas que, palabras más, palabras menos, las hemos estado vislumbrando. Acá está con un esquema mejor: función resarcitoria, función de pena civil. Función de pena, es un recurso del acreedor para asegurarse la seriedad de la promesa hecha por un tercero.

Esto un poco tiene que ver, o sea, en el juego de la vida de la cláusula penal, aparece, nace luego de que el punto de exigibilidad surge, se divide el débito de la responsabilidad de las dos etapas, y empieza a ser operativa en función del incumplimiento.

Todo esto, realmente, Fernández Cruz, el amigo, con palabras distintas lo marca, pero la operatividad de la cláusula penal por incumplimiento; el incumplimiento en 792 y el 795 en las obligaciones de no hacer, dice «el deudor incurre en pena desde el momento en que ejecuta el acto».

Esto lo voy diciendo rápidamente porque me quiero detener en los últimos diez minutos en conversar con ustedes, quizá sobre la experiencia práctica de nuestro país.

El incumplimiento también puede ser parcial, que es un incumplimiento con mora y existe la posibilidad de cumplir, y el incumplimiento total que ya da lugar, cuando se ha pactado el resarcimiento a la cláusula penal resarcitoria.

La operatividad, bueno, vamos a ir a la otra operatividad de la cláusula penal en el resarcimiento de los daños.

Este tema de la cláusula en el resarcimiento de los daños dice: La sanción es la necesidad de la pena impuesta a la obligación suple la indemnización cuando el deudor se constituyó en mora y el acreedor no tiene otra indemnización, aunque pruebe que la penalidad sea menos que suficiente.

Estas dos: la mora en el cumplimiento de la obligación e incumplimiento definitivo suple la indemnización, se acumula con la cláusula penal.

Esto nos da ya una base para conversar el tema, pero, fundamentalmente, quiero referirme, dentro de la operatividad de la cláusula, a la carga de la prueba, ya saben que cuando no se prueba la cláusula penal porque ha sido pactada —como dice Fernández Cruz— que ha sido una revisión anticipada de los daños, por eso no hay que probarlo, porque ya está acordado cómo van a ser los daños.

Pero, las facultades judiciales de morganeración. Dice acá —éste es el tema que me parece que debemos marcar con algún énfasis en la República Argentina—: Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, habida cuenta del valor de las prestaciones, y demás circunstancias del caso, configura un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Evidentemente, desde el año 1968, de la reforma de la Ley n.º 17711, se abrió la posibilidad a los jueces de introducirse y revisar la cuantía de la pena, y si realmente es desproporcionada con la prestación que pretende garantizar.

Este tema de los jueces en la República Argentina, aun cuando parezca risible, conociendo algunos detalles, evidentemente, el legislador siempre ha tenido una gran confianza en los jueces, desde Vélez-Sarzfield, pasando por Guillermo Borda en la reforma; y, posteriormente, con la Ley de Defensa al Consumidor y la Ley de los Riesgos Ambientales, de los principios de los riesgos ambientales, a donde se le ha dado funciones al juez muy importantes que llegan, en algunos casos, hasta funciones administrativas. Por eso no extraña que, en esta parte de la cláusula penal, tenga una facultad el juez.

Este tema, como está en esta zona gris entre obligación y las contractuales, tenemos que ver algunas normas que también influyen para la actuación del juez.

En este tema se hace referencia al artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Argentina, donde dice: El abuso del derecho. El ejercicio regular del derecho propio del cumplimiento de la obligación no puede constituir como ilícito ningún acto.

Pero, dice: La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contrarie los fines del ordenamiento jurídico o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de la función o de la situación jurídica abusiva si correspondiere procurar la reposición al estado del hecho anterior y fijar la indemnización. Es decir, lo que se llama el «activismo judicial», cuando enfrente a un abuso del derecho.

Estas dos normas están vinculadas; son complementarias y ello debe ser tenido en cuenta.

También debe ser tenido en cuenta el contenido del artículo 960 —es que ya está en el mundo de los contratos propiamente dichos—. Acá estamos en los contratos paritarios, en los contratos de consumo mutuo, donde

es mayor la injerencia judicial dentro de su contenido. «Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos». Este es un concepto clásico del siglo XIX.

Bien, que los jueces, en principio, deben respetar el pacto celebrado; el *pacta sunt servanda*, excepto dice: Que, si a pedido de una de las partes, cuando lo autorizó o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Acá comenzamos a ver algunos detalles que nos van marcando la posibilidad que tienen los jueces de introducirse en el análisis del contenido de la cláusula penal.

En Argentina tenemos una situación socio-económica de larga data, de muy larga data. Yo, en el 1975, era estudiante sufrí el gran golpe del Rodrígazo, que se le llamó, que tenemos. Toda la vida mía, prácticamente, he vivido entre época inflacionaria fuerte, grave, y se ha generado muchísima doctrina, muchísimos estudios relacionados con este tema que, hasta los ciudadanos hemos tenido que aprender a vivir con este tema; con la gravedad de este tema.

En este sentido, acá aparece que la proporcionalidad que se marca, no es la cuantificación de esta proporcionalidad; debe tener parámetros diferentes en una situación de estabilidad cuando se ha convenido una cláusula penal en una situación de estabilidad económica no inflacionaria que, cuando la misma está dentro de un proceso inflacionario.

Cuando hay normalidad, estabilidad cambiaria, bueno, nosotros en Argentina hemos tenido durante diez años la equivalente de un peso a un dólar. Evidentemente, la desproporción va a ser fácilmente medible porque tenemos que comparar el valor de la prestación con el valor de la cláusula penal.

Y en este tema, haciendo dentro de las circunstancias que se debe tener, que no es lo mismo una cláusula penal punitiva que una cláusula penal

resarcitoria, a donde se debe, esta segunda, se debe ser mucho más estricto para el control de la desproporción.

El tema cambia cuando, porque ya pasamos del mundo de las obligaciones al mundo monetario, al derecho monetario sabía decir Louis Moisset de Espanés, que acuñó aquella palabra que salía de los viejos procesos inflacionarios europeos, porque dice que ya la moneda no representa el mismo valor. Entonces, ya no es un problema de obligaciones, sino un problema de derecho monetario.

¿Cómo va a hacer el juez para comparar? Debe tener otros parámetros absolutamente distintos para comparar la proporcionalidad de la cláusula penal.

Hoy si les digo que en la Argentina tenemos tasa del 60%. Una cláusula penal con ese nivel de tasa, no es ni siquiera usuraria que pueda ser tildada, porque he visto también la participación de los jueces cuando el interés es usurario.

La gravedad de la cláusula penal hay que medirla de una manera diferente, teniendo en cuenta, fundamentalmente, este hecho inflacionario.

Pero acá en estos últimos minutos me surge una inquietud, no para la época de estabilización, sino para la época de inestabilidad económica en la época inflacionaria. Y dice: «Los jueces pueden reducir la pena».

En la ley se está facultando exclusivamente a los jueces el intervencionismo judicial para que reduzcan la pena, y yo me pregunto, por siempre me vengo preguntando cosas raras, por qué no puede incrementar la pena, por qué no puedo llevar la pena a su nivel racional, conforme a la prestación que pretendía garantizar, fundamentalmente, cuando es indemnizatoria.

Porque puede la inflación haber producido un hecho de tal gravedad, se desestabilizó y, entonces, al deudor le conviene no cumplir, que le ejecuten la pena, porque la pena con la inflación quedó en menor valor que

la prestación que debía. Se sale enriqueciendo, hay un enriquecimiento por parte del deudor. Por qué sólo los jueces pueden reducir y por qué no pueden incrementar, llevar a un nivel de racionalidad, de equilibrio de las prestaciones, como hemos aprendido en el derecho a mantener el sinalagma contractual, mantener el sinalagma entre la prestación debida y la cláusula penal pactada.

No creo que esta inquietud que debe ser revisada ya porque en la Argentina, en nuestra genética del siglo XX y del siglo XXI llevamos grandes etapas de inflación, vivimos con la inflación; y, entonces, ya las normas deben contemplar otras alternativas. Y éstas, la propuesta, es que se vea que bien podría llegar a elevarse la pena en el tema de la cláusula penal.

Pero, evidentemente, hay otros temas más clásicos, más de docencia para marcarle, pero el gran tema, el gran conflicto que tiene la Argentina con las cláusulas penales, es analizar en épocas inflacionarias la desproporción, porque, fíjense, dice «cuando su valor sea desproporcionado», es decir, evidentemente, desproporcionado, y la participación de oficio del juez. Cuando sea a pedido de parte no hay ningún problema. El artículo 960, cuando dice que debe, de modo manifiesto, vulnerar el orden público. Es decir, una desproporción grave que sea manifiesta la vulneración del orden público.

El orden público sabemos que es norma imperativa y que debe ser preservado, no hay necesidad de que haya otro tipo de cuestionamiento.

Evidentemente, para cerrar, en la Argentina se acuñó un detalle en la larga trayectoria del derecho inflacionario que tenemos; es el siguiente: de las inflaciones previsibles, de las inflaciones imprevisibles.

Las previsibles, se dice, se decía se ha escrito, son aquéllas que ya el hombre común puede prever en función de la inflación precedente.

Todo este año hemos estado con una inflación cerca del 40%; la real en las estadísticas quizá sea un poco menos.

Es previsible que nosotros trabajemos en función de aquella inflación ocurrida el año anterior. La imprevisible fue aquélla del año 1975, que venía con una estabilidad y de una, de la noche para la mañana, saltó y se destruyó todo el sistema económico por una decisión de una desvalorización de la moneda de cambio monetario, que llevó a una inflación galopante.

Entonces, porque la imprevisible puede dar lugar a la revisión de la cláusula penal, pero la que era previsible, *nemo turpitudinem propriam allegans*, no puedes alegar la propia torpeza.

Evidentemente, para cerrar, en Argentina, tanto la cláusula penal, que es una parte del contrato, de las previsiones que se toma en el contrato, como el contrato mismo, se debe estar muy alerta, muy preparado y muy consciente de los límites, de los tiempos y del valor de las cosas, en consideración con la inflación.

Mis queridos hermanos del Perú, estoy realmente extrañando mucho no estar en forma presencial por sus caminos, por sus calles. El cariño de siempre y a vuestra disposición.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Pascual, por todo lo que nos ha enseñado.

Sin duda, el intervencionismo judicial, especialmente, en las cláusulas penales, para tiempos como éste, podrían solucionar muchos problemas, si los sabemos adaptar a la crisis que está viviendo Latinoamérica.

Muchas gracias, en serio, por todos los conocimientos que nos ha brindado hoy día, y esperamos tenerlo pronto en Perú y encontrarnos de nuevo.

**Pascual Eduardo Alferillo:** Gracias.

**Julián Manta Lara:** A continuación, tenemos al doctor Walter Krieger, quien abordará el tema del contrato de compraventa de bienes inmuebles.

El doctor Krieger es abogado por la Universidad de Buenos Aires. Posee un doctorado en derecho civil. Es jefe de trabajos prácticos, de contratos civiles y comerciales en la Universidad de Buenos Aires.

También ha realizado trabajos de investigación, tales como el seminario de investigación permanente sobre la problemática de derecho de daños en la sociedad actual.

Muchas gracias, doctor, le cedo el pase.

**Walter Krieger:** Bueno, muchas gracias, primero, y, antes que nada, muchísimas gracias por la invitación. Es un verdadero placer siempre compartir espacios con los amigos peruanos, porque la verdad que la formación que exhiben en cada evento, y los conocimientos jurídicos y los debates tan ricos que se arman en cada encuentro, la verdad que son realmente entrañables. Extraño muchísimo no poder estar allá, como decía Pascual recién. Además, extraño comer unos cebiches con un pisco.

Pero, bueno, esperemos que esta pandemia vaya aflojando de a poco, y pronto podamos volvemos a ver en modo presencial y sin una pantalla en medio.

Así que, bueno, muchísimas gracias y vamos a arrancar con el tema para el cual me han convocado, que es hablar de la compraventa inmobiliaria, como tópico, empezar a ocuparnos o pensar, dentro de los contratos, las particularidades que tiene la contratación sobre bienes inmuebles.

En primer lugar, lo que tenemos que recordar y tener en cuenta es que, desde siempre, en el derecho romano, la contratación sobre bienes inmuebles marcó una particular atención del legislador por la trascendencia de los bienes que se están transfiriendo. Además, el bien inmueble siempre estuvo relacionado con el derecho de propiedad. El derecho de propiedad no ha sido el primero con la posesión de los restos mortales de los parientes, de los cadáveres, pero el paso siguiente que fue, que quiso seguir avanzando la denominación de propiedad privada, fue el alambrado y delimitar una tierra, y decir: «esto es mío».

Entonces, la regulación de la transmisión de propiedad, las regulaciones respecto de cómo se constituyen los derechos sobre los bienes inmuebles, tienen una raigambre histórica muy profunda y tienen un sentido cultural muy profundo, que va a las raíces de las nociones del derecho de propiedad.

Y por eso, como les decía, desde siempre el legislador ha prestado particular atención a estas cuestiones.

No los voy a aburrir con una clase de historia del derecho porque, en verdad, la idea simplemente es recordar que en la vieja Roma, la transferencia de propiedad, en una primera etapa, necesitaba de la *emancipatio*, de hacer la transferencia o el contrato en forma pública delante de cinco testigos que llamaban *librepens*, obviamente, los únicos que contrataban, eran los padres de familia. Los padres de familia eran los que tenían la capacidad de contratar. Entonces, necesitaba todo de unos requisitos particulares.

Después esta idea de la *emancipatio* fue mutando teniendo en cuenta que el pueblo, la cultura romana, era profundamente religiosa, y estoy hablando de una religiosidad no vinculada todavía con el catolicismo. Estoy hablando aun antes de la aparición del catolicismo. La sociedad romana era muy católica y religiosa —insisto— hay que separar el concepto de religión del catolicismo. Piensen que la fundación de Roma se da a partir de mirar los pájaros y a ver para qué colina se iban. Y Rómulo lo mata a Remo porque Remo pasa los muros de la ciudad y eso era un sacrilegio.

Entonces, en esta visión ultra religiosa que tenían los romanos, obviamente, impactan el derecho, y la forma siguiente que tuvieron de celebrar los contratos era, justamente, frente al sacerdote y haciéndose una serie de fórmulas que tenían que repetir, tal cual, de manera tal que ese contrato cumpliera con las formalidades que la cultura romana establecía.

Para ponerlo en términos actuales, es como si para poder hacer un contrato hoy, tuviéramos que ir a la iglesia y rezar un Padre Nuestro delante del sacerdote, y uno decir «Padre Nuestro», y el otro contestar «que estás en los cielos», y el sacerdote dar fe de que lo que se está diciendo y lo que

está haciendo es, tal cual, lo manda el catecismo; y si alguno se desviaba en algo de esas ordenaciones, de esos rezos, pues, no había contrato; el contrato no había cumplido con las formalidades.

¿Para qué traigo este historicismo romano? Porque en la evolución histórica, y, obviamente, con la separación de la religión del derecho y demás, la idea de que haya un sujeto que dé fe del cumplimiento de las formalidades, se mantuvo. La diferencia está en que ya no le decimos sacerdote, ahora le decimos escribano o notario. Pero la función que cumple hoy por hoy un notario o un escribano, claramente tiene estas tres licencias del derecho romano.

¿Para qué traigo la función del escribano o el notario? Porque, bueno, vamos a empezar a ver que la transferencia de inmueble entre Argentina y Perú es muy interesante de ser comparada, de ser analizada, porque son dos sistemas totalmente diferentes. Uno mejor que el otro, sin dudas que me parece que los dos están pensados para responder idiosincrasias propias de cada una de las sociedades.

No creo que un sistema sea mejor que el otro, pero sí tenemos que considerar o tener en cuenta estas diferencias para comprender que en el mundo hay distintos sistemas jurídicos relativos a la transferencia de la propiedad inmueble.

En la Argentina —como les decía— les traía la figura del escribano, porque lo primero que vamos a ver es que el Código Civil y Comercial argentino establece como obligatoriedad para todo contrato, para toda constitución de derechos sobre bienes inmuebles, la obligatoriedad de la escritura pública.

Entonces, tanto la transferencia como la donación de inmuebles, como la constitución de una hipoteca, como la constitución de una renta vitalicia sobre ese inmueble, obligatoriamente tienen que hacerse por escritura pública.

Más aún, en el caso de la donación del inmueble o en caso de una cesión de una renta onerosa y vitalicia, el Código Civil y Comercial argentino va a establecer la nulidad absoluta del contrato, si no se hiciere bajo esa formalidad de escritura pública.

O sea, si yo firmo en una servilleta de papel que le regalo mi departamento al doctor Milo Ruiz, que ahí lo conozco que está ahí escuchando, y le entrego mi servilleta al doctor Ruiz, por más que el doctor Ruiz después vaya ante el juzgado a decir: «Acá el doctor Krieger me ha regalado su departamento». El juez le va a decir: «Mire, esa servilleta no sirve más que para limpiarse la boca», porque la única manera de donar una propiedad inmobiliaria es mediante una escritura pública, y ni siquiera tendrá la posibilidad en ese supuesto el doctor Ruiz de demandarme judicialmente para que le dé la escritura pública. La imposición de la consecuencia de nulidad absoluta importa que ni siquiera se puede considerar la promesa de donación de inmueble hecha por convenio privado entre partes como una obligación de escriturar o como una promesa de contrato.

En cambio, respecto de la compraventa, o yendo ya propiamente a la noción de compraventa, obviamente, la donación tiene estos resguardos en función de lo que importa es que alguien se está desprendiendo libremente de su propiedad privada y de un bien de trascendencia patrimonial. Los bienes inmuebles, además, acaparan estas regulaciones desde el punto de vista del derecho argentino, por considerar que para la mayoría de la sociedad, la adquisición de un inmueble es una operación de un contenido patrimonial importante con una gran afectación al patrimonio.

El acceso a la propiedad es algo muy complicado; y, por lo tanto, aquél que la tiene, bueno, si la quiere donar y la quiere dar gratuitamente, que tenga los recaudos de ir a un escribano o a un notario y expresar su voluntad frente al funcionario.

Ahora, yendo ya propiamente a la compraventa, decíamos que en el mundo hay dos sistemas para regular la transmisión del inmueble, y el Perú ha adoptado uno, y la Argentina ha adoptado otro.

El modelo peruano, y esto lo explica muy bien el profesor Castillo Freyre, ha seguido los lineamientos del derecho francés, y ha entendido que la transmisión del inmueble debe hacerse en un único negocio jurídico. Así, la interpretación de los artículos 949 y 1529 del Código Civil peruano, importan que la mera promesa de enajenar el inmueble, ya le constituye el 949, la propiedad a favor del adquirente.

El derecho argentino ha tomado otros caminos y ha desdoblado el negocio jurídico. Ha establecido una parte que se llama «obligacional» y otra parte que se llama «dispositiva»; por lo tanto, salvo raras excepciones, lo que suele suceder en nuestro ámbito para la transmisión de inmuebles es que, en una primera etapa, se firma lo que se denomina un «boleto de compraventa»; de hecho, la regulación del instituto del boleto de compraventa en el Código Civil y Comercial argentino, exactamente, ahí vi una aclaración de Darwin. El sistema argentino sigue más los lineamientos del derecho germánico; se va a constituir un boleto de compraventa que está regulado, justamente, dentro del contrato de compraventa, no dentro de la parte general de los contratos, no dentro de la compraventa de bienes muebles. O sea, el legislador se ha ocupado de que el boleto de compraventa sea un instituto, un instrumento que se va a regular dentro de la compraventa de inmuebles, por la cual se van a establecer cuáles van a ser las obligaciones de las partes, de las obligaciones del vendedor y del comprador, para después esto llevarlo a una escritura pública.

Por lo tanto, lo que va a suceder es que si yo le firmo la misma servilleta al doctor Ruiz, donde le digo que le vendo mi propiedad, ahí sí el doctor Ruiz va a poder ir donde un juez y va a poder decir: «Mire, acá el doctor Krieger me dijo que me iba a vender su propiedad, señor juez, oblíguelo a cumplir el contrato».

¿Y cómo me va a obligar a cumplir el contrato? Bueno, me va a obligar a cumplir con la formalidad que establece el Código Civil y Comercial, que es la escritura pública.

Y esto hace muchos años se discutió en la Argentina: qué pasaba si el deudor de la obligación de escriturar que puede ser tanto el comprador que

no tiene el dinero, y, por lo tanto, no quiere concurrir a suscribir la escritura traslativa de dominio porque, normalmente, cuando se firma el boleto de compraventa, se paga una parte del precio, y la cancelación total del precio se hace al momento de la escritura. Y el comprador, llega al momento de la escritura y no tiene el dinero. Entonces, se hace el distraído y no quiere ir a firmar. Como puede ser el vendedor que se quiere arrepentir de la venta; y, por lo tanto, no quiere concurrir al acto de escritura frente al notario.

Allá por los años sesenta, lo que entendía en la jurisprudencia es que, como el boleto de compraventa era un contrato igual a cualquier otro, y no era una obligación de hacer; este contrato, frente al incumplimiento contractual, solamente podía ser resuelto.

Entonces, la contraparte de aquél que no se quería presentar a escriturar, lo único que podía hacer era demandarle la resolución contractual, la restitución de lo pagado, y, eventualmente, los daños y perjuicios.

Esta resolución empezó a hacer ruido, justamente, en otro de los procesos inflacionarios que hemos tenido en Argentina. La historia de Argentina, además, es muy cíclica y nuestras crisis económicas son muy repetitivas, pero, bueno, allá por los años sesenta, en medio de otra crisis económica, justamente, como las transacciones de las propiedades se hacen en dólares americanos y no se hacen en pesos, había nacido la avivada de algunos de vender varias veces la propiedad.

Entonces, tomaban las señas en dólares o las reservas en dólares o los adelantos de precio en dólares americanos, se los quedaban, se los vendían a cuatro, cinco personas. Cuando llegaba el momento de escriturar, se negaban y los obligaban a devolver el dinero en pesos argentinos. Obviamente que era un negocio redondo y la jurisprudencia, la doctrina empezó a hacer ruido al ver que el sistema legal amparara esta solución.

Y, por lo tanto, empezaron a pensar qué otra cosa podemos hacer. Porque, claramente, frente a la negativa de la parte que no quiere escriturar, como no están permitidos los castigos corporales, no lo podemos arrastrar de los pelos a la plaza pública y azotarlo hasta que quiera firmar la escritu-

ra. Por lo tanto, qué hacemos, porque sin suscripción de la escritura, no se produce la transmisión del acto. Además, la escritura pública es lo que se inscribe en el registro de la propiedad inmueble para dar publicidad a la transmisión del bien, de la compraventa del inmueble.

Entonces, si nadie firmaba la escritura, no se podía, no solamente perfeccionar la compraventa y otorgar el título de la norma que el Código establece para la transmisión, para el perfeccionamiento de la compraventa, sino que además tampoco se le podía dar publicidad a ese acto de manera tal, de que toda la comunidad conociera el nuevo dominio constituido sobre ese inmueble.

Y esto se dio mucho a discusión hasta que en un fallo plenario; los fallos plenarios son los acuerdos de todas las Salas de la Cámara Civil, en este caso, de la Capital Federal, llegaron a un acuerdo diciendo: «Bueno, acá tenemos otra solución».

Yendo y revisando las normas de incumplimiento de la obligación; de inejecución de las obligaciones, recordaron que frente a la inejecución de una obligación el acreedor tiene tres opciones: pedir el cumplimiento forzado; pedir la resolución de la obligación con los daños y perjuicios; una tercera que casi siempre estaba olvidada, es decir, poder obtener el cumplimiento de la prestación a través de un tercero.

Entonces, dijeron: «Bueno, lo que vamos a hacer es que ese tercero sea el juez»; y, por lo tanto, a través de un proceso de escrituración, cuando la parte que tiene que escriturar, se niega a suscribir la escritura, el acreedor de esa obligación tendrá que reclamarla al juez; el juez le intimará a que dé la explicación de por qué no quiere firmar.

Si la explicación no es jurídicamente relevante; imposibilidad fáctica o jurídica de suscribir la escritura; imposibilidad de cumplimiento asemejado al caso fortuito o fuerza mayor; o sea, son bien restrictivas las razones por las cuales un deudor de una obligación de escriturar no va a cumplir o puede eximirse de cumplir con su obligación.

Si las explicaciones no son relevantes, el juez le va a ordenar que suscriba la escritura; y, si no cumple dentro del plazo que tiene establecido para escriturar, el juez lo que hará será pedirle al acreedor que se constituya en el juzgado con todos los elementos necesarios para hacer la transmisión del dominio; designar un escribano. Un escribano redactará la escritura, la llevará al juzgado, y el juez suscribirá la escritura en reemplazo de aquél que estaba renuente.

Si quien no firma la escritura es el comprador porque no quiere pagar el vendedor lo que puede hacer, porque tiene un interés en desprenderse del bien de su patrimonio porque, hasta que no se desprenda de ese bien, sigue obligado impositivamente, porque hasta que no se desprendan de ese bien, ese bien puede ser agredido por terceros acreedores.

Entonces, si el vendedor tiene intención de desprenderse igualmente del bien, a pesar de que el comprador no le está pagando el saldo del precio, puede escriturar igualmente el bien que encabeza el vendedor, en forma conjunta con un embargo preventivo, para que el comprador después no pueda aprovechar que entró ese bien a su patrimonio y sacárselo y no pagar el saldo; y, eventualmente, sacarlo a una subasta para que en esa subasta él pueda cobrar el saldo del precio, los daños y perjuicios que le causó la negativa del comprador, los gastos del proceso, etc., etc.

Por lo tanto, vemos que en el derecho argentino, tenemos otro sistema donde se ha desdoblado el contrato de transmisión de inmueble, de la manera que se transmite el inmueble.

Tenemos esta etapa obligacional, en la cual las partes van a firmar este boleto de compraventa, donde las partes van a establecer cuáles son sus obligaciones, y después tendrán una segunda parte dispositiva, que va a ser ya la suscripción de la escritura traslativa de dominio, cómo lo establece el Código Civil argentino, y la escritura de dominio, como les decía, va a ser lo que se va a inscribir en el registro.

En algunas provincias, para evitar también este tipo de conflictos, lo que hacen es, los registros, aceptan la inscripción del boleto de compraventa.

En algunas provincias argentinas, como los registros son locales y son de competencia local, no lo hace Buenos Aires, pero en el interior del país, sí muchos registros aceptan que la parte inscriba el boleto de compraventa para hacer saber que tiene un derecho a escriturar sobre el bien. Más que nada porque la jurisprudencia también ha ido entendiendo que el plazo que tienen las partes que han suscrito un boleto de compraventa para demandarse el cumplimiento de la obligación, si la parte que va a demandar el cumplimiento se ha quedado en posesión del bien, si el comprador firmó un boleto de compraventa, pagó el precio, se metió en la propiedad y nunca le dieron la escritura, el plazo para demandar al deudor el cumplimiento de la obligación de escriturar es imprescriptible. Se mantiene, en la medida de que se mantenga la posesión del bien. Por lo tanto, una de las maneras de hacer valer frente a la comunidad los derechos que surgen de ese boleto de compraventa, es en los registros que nos permitan hacerlo inscribir.

Por otro lado, la inscripción del boleto de compraventa en el registro, también permite, eventualmente, la posibilidad de demostrar la toma de posesión del bien, a los fines de que si sucede o se transcurre el tiempo de ley, la parte pueda demandar la escrituración por vía de la prescripción adquisitiva. Es decir, «Bueno, miren, yo acá tenía un boleto que lo inscribí hace veinte años. Claramente, soy el poseedor de esto porque registralmente le dije a todo el mundo “soy el poseedor pacífico y de buena fe de este bien”; y, por lo tanto, ha transcurrido el plazo de veinte años y pido la escritura a mi nombre».

También cabe aclarar que, a los fines de la usucapión de esta adquisición de dominio, por el transcurso del tiempo, la jurisprudencia argentina ha entendido que el boleto de compraventa, justamente, por tratarse de un contrato, de una contratación obligacional y no tener las mismas particularidades que se observan en el derecho peruano, no constituye el concepto del justo título que permite acortar el caso de prescripción adquisitiva a la mitad en el caso del derecho argentino.

Digamos, si la prescripción normal de los bienes inmuebles es a los veinte años, si el que está poseyendo puede exhibir un justo título para la posesión, ese plazo se acorta diez años.

Como es muy común que la gente, sobre todo en propiedades precarias, en barrios de condición económica humilde, la gente no tenga la escritura, sino que se vaya haciendo el traspaso de la propiedad, mediante la firma de un boleto de compraventa, y después la cesión de ese boleto. Y hemos visto boletos cedidos montones de veces, casi como si fuera un cheque o más, donde se van casi como endosando los boletos de compraventa, la jurisprudencia, a pesar de esto, que es una realidad, ha entendido que el boleto de compraventa no constituye cierto título, sino que es mero contrato.

Acá me preguntan si el boleto de compraventa se puede inscribir en los registros públicos sin escritura pública en Argentina. Justamente, lo que venía diciendo es esto, que algunos registros provinciales permiten la inscripción del registro sin escritura pública.

Otros registros de otras provincias, entre ellas, la de la Capital Federal, solamente inscriben escrituras públicas. No permiten la inscripción del boleto de compraventa, sino únicamente admiten la inscripción de la escritura pública.

Así que, bueno, espero haber sido claro y concreto con este pantallazo de los sistemas de transmisión inmobiliaria. Creo haber tocado todos los tópicos particulares. Así que quedo a disposición si quieren hacer una pregunta. Me pueden encontrar en Instagram en Krieger.Walter. Quedo a disposición de la gente para lo que necesiten.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Walter Krieger por la exposición. Muchas gracias por haber remarcado las diferencias que existen entre el sistema argentino y el sistema peruano. Es, sin duda, muy esclarecedor para todos nosotros; y sin duda, vamos a seguir investigando sobre lo que ha hablado.

Asimismo, también damos por concluido el bloque número uno y queremos agradecer a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado por el apoyo que nos ha brindado.



## BLOQUE N.º 2: «CONTRATOS INMOBILIARIOS»

*Milo Ruiz González*

A continuación, como quinto expositor tendremos al doctor Milo Ruiz, el cual abordará el tema de «Consideraciones en torno a la figura del usufructo».

El doctor Milo es socio fundador del Estudio de Abogados Aguado y Ruiz; es abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializándose en derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho civil y arbitraje.

Es miembro del Colegio de Abogados de Lima, miembro del Club Español de Arbitraje, es profesor de derecho civil en la Universidad San Martín de Porres y ha escrito diversos artículos sobre el derecho civil, arbitraje y derecho procesal, los cuales han sido publicados en revistas especializadas y libros sobre la materia.

Estamos muy orgullosos de tenerlo y le cedo el paso, doctor.

**Milo Ruiz González:** Muy buenas noches con todos. Es un verdadero honor estar acá para conversar sobre contratos.

Quiero agradecer especialmente a Contractus y al Instituto Peruano de Derecho por la invitación.

No puedo no emocionarme al ver, después de algún tiempo, a queridos amigos como al doctor Pascual Alferillo y a Walter Krieger, destacados juristas que nos han iluminado el día de hoy con sus destacadas participaciones.

Intentaré estar a la altura. Me ha tocado un tema un poco menos divertido, pero trataremos de hacer algunas consideraciones respecto a la, digamos, actualidad que tiene este contrato el día de hoy, porque en la pandemia, el contrato de usufructo ha tenido una especial importancia, conforme lo vamos a explicar en esta exposición, y creo que esta segunda cuarentena ha dado, digamos, un remate interesante a la importancia de este tipo de contratos, al contrato de usufructo, al contrato de uso, al contrato de arrendamiento.

Son contratos que, por las características particulares de la pandemia, y por las características particulares de nuestra realidad, puede ser que se hayan visto especialmente afectados; cosa diferente que podría pasar, por ejemplo, con un contrato de compraventa que, tal vez, no será tan afectado con un escenario de pandemia. Y, sobre todo un escenario de pandemia en una economía tan informal como la nuestra.

Siempre a mí me gusta partir de definiciones para poder conversar sobre escenarios claros, y me quedo con esta definición cortita que se puede entender al «usufructo» como el derecho real que se constituye a través de un contrato de disfrutar bienes ajenos con la obligación de explotarlos de forma normal y acostumbrada, sin modificar sustancialmente el bien.

Los que me conocen porque veo ahí algunos amigos exalumnos, saben que me gusta usar mucho los ejemplos prácticos.

Entonces, pensemos, cuando hablamos de usufructo vamos a usar el ejemplo del centro comercial.

Siempre hay, generalmente, es un terreno muy grande donde se va a construir un centro comercial, ese contrato es un contrato de usufructo que se celebrará por una determinada cantidad de años, y que por las características particulares del usufructo, es más pertinente aquel contrato que, por ejemplo, un arrendamiento.

En esta relación contractual, la persona que tiene a favor este derecho es a quien se le denomina usufructuario, que posee el derecho real de usu-

fructo sobre el bien que posee la otra persona, digamos, que se llama una especie de «nuda propiedad».

Al respecto, la «nuda propiedad» consiste en el dominio y propiedad sobre un determinado bien, pero ésta no ostenta la posesión del mismo por haberla cedido en el usufructo.

Hasta acá nos vamos dando cuenta de que se parece mucho, por ejemplo, al contrato de arrendamiento, pero vamos a ver que son diametralmente diferentes.

Díez-Picazo, citado por Julio Pozo, señala que «se trata de un derecho subjetivo —bien interesante esta definición—, en la medida en que otorga a su titular una situación de señorío o de potestad respecto de algunos bienes y, por ello, engendra una situación especialmente protegida frente a terceros».

Entonces, como todo derecho real, una de sus principales características, es la oponibilidad frente a terceros, es la protección de determinado bien para poder ejercer ciertas acciones y ver tutelado lo concerniente al derecho de la propiedad y posesión.

Sobre la consolidación, y acá para ser un poco práctico, he traído algunas ideas que, por ejemplo, que señalaba el Tribunal Registral en jurisprudencia relativamente reciente.

Recordemos que, para estos temas, no solamente es importante lo que diga nuestra Corte Suprema, que no tenemos una tradición de precedentes vinculantes. El Tribunal Registral, en el registro, nosotros sí tenemos un registro unificado nacional, a diferencia de Argentina, lo cual no quiere decir que funcione bien.

Nuestro registro presenta muchas debilidades, es un tema que tenemos que seguir trabajando, producto de nuestro sistema tan informal. Muchas veces las coordenadas no coinciden, hay duplicidad de partidas, las coorde-

nadas UTM son distintas. Los que hemos litigado o visto temas referidos al registro sabemos de lo que estamos conversando.

Pero ¿qué dice el Tribunal Registral sobre el sistema de usufructo? El usufructo sucesivo constituido a favor de varias personas, en orden sucesivo, se extingue por la muerte de la última. Sin embargo, si el primer usufructuario adquiere la nuda propiedad, el usufructo se extingue por la muerte de la última. Sin embargo, si el primer usufructuario adquiere la nuda propiedad, el usufructo se extingue por consolidación, conforme al artículo 1021, inciso 3 del Código Civil. El usufructo ya no se transmite a los usufructuarios sucesivos, toda vez que opera la extinción automática del usufructo con independencia de la voluntad de las partes. Interesante.

Algunas características para entender cómo funciona esto en la práctica.

Es un derecho real sobre un bien ajeno. Correcto, porque el usufructuario no es el propietario y la ley así lo determina.

En virtud del usufructo se tiene la facultad del uso, disfrute, reivindicación y disposición. Interesante. Bastante parecido a las características o derechos que te otorga la propiedad.

El usufructo puede ser transferido sin necesidad de la intervención del nuevo propietario. Asimismo, la transferencia no exige como requisito el carácter receptivo. Esto es interesante porque, de acuerdo a nuestro sistema, la mayoría de contratos en nuestro sistema tienen el carácter receptivo.

El usufructuario tiene la obligación de conservar la forma y sustancia del bien. El usufructo es un derecho que posee límite en el tiempo. Es decir, nuestra norma ha establecido los límites máximos para ciertos tipos de contratos de usufructo, porque, de lo contrario se desnaturalizaría la propiedad.

Haciendo una comparación bastante simple, no tan pegada a derecho, podríamos decir que el usufructo es un tipo de contrato que se encuentra entre la transferencia de propiedad y el arrendamiento.

El usufructo puede estar sujeto a un plazo determinado o vitalicio. Es decir, tendrá como límite la vida del usufructuario, no pudiendo transmitir su derecho vía testamento. En caso sea una persona jurídica, se establece como máximo un plazo de treinta años. Por ejemplo, hay un conocido centro comercial que está ubicado en la avenida Javier Prado que está constituido sobre un usufructo, y que éste ya después de muchos años, está cerca a terminar. Entonces, ahí va a nacer una interesante discusión porque, probablemente, sea uno de los primeros usufructos en concluir con el Código de 1984, que es el que establece este tope de treinta años.

Vamos a ver qué pasa, porque se le ha construido una estructura interesantísima, y vamos a ver si es que tienen algo que reclamarse entre ellos.

Seguramente, habrá una cláusula arbitral en ese contrato, veremos cómo resuelven los árbitros o nuestros jueces.

Se puede establecer usufructos sobre derechos, pero también sobre derechos de autor, derechos de crédito, derechos intelectuales, derechos de valores, etc.

Respecto a la temporalidad del usufructo, vamos a ver qué dice la Corte Suprema. En la sentencia n.º 225-2011 señala que el artículo 999 del Código Civil otorga a quien goza del usufructo de un señorío limitado respecto de un bien ajeno por cierto tiempo.

La temporalidad, como una de sus características, implica que el derecho de usufructo siempre tiene un plazo y nunca puede ser perpetuo, pues, de lo contrario tendría razón de ser el derecho de propiedad.

Ahí me quedo. Cualquier cosa, yo voy a compartir las diapositivas con los organizadores para quien le interese el tema.

Ah, es importante el comentario que estaba abajo. Se entiende que la temporalidad es una característica principal del usufructo, pues, si el usufructo no tuviera límite del tiempo, no tendría razón de ser el derecho de propiedad. Podría haber una perversión o confusión de derechos.

Vamos a diferenciar muy brevemente con otras figuras del recordado profesor Jack Bigio, quien señala que entre el contrato de arrendamiento y el derecho de usufructo existen ciertas similitudes, ya que en ambos casos se adquiere el derecho a un uso. Sin embargo, hay unas diferencias que compartimos al día de hoy.

El arrendamiento es un derecho de crédito, mediante el cual se le concede el derecho de uso a un bien, mientras que el usufructo es un derecho real, en virtud del cual se le confiere, no sólo la facultad de usar el bien, sino también de disfrutarlo; es decir, de explotarlo económicoamente.

Ahí veo que se ha conectado el profesor Castillo Freyre. Le damos la bienvenida. Es un honor que nos acompañe.

El usufructo es un derecho real *erga omnes*, a diferencia del arrendatario, que no posee tal cualidad. Y esto, las personas que se dedican al litigio deben tener un especial conocimiento, porque el derecho real puede ser inscrito; el arrendamiento no necesariamente.

Entonces, en el usufructo, probablemente, no tengamos el mismo problema que la posesión en el sistema peruano representa para el arrendamiento, que podría representar en el usufructo.

Entonces, nos encontramos ante una inejecución de obligaciones, si el arrendatario se ve impedido de ejercer posesión del bien.

En esa situación, el arrendatario puede solicitar al arrendador la entrega del bien o la resolución del contrato.

En cambio, el usufructuario se ve impedido de gozar de hecho de ese derecho, pues, puede hacer valer la acción reivindicatoria, que no es una facultad que tenga el arrendatario y es una acción bastante potente en el sistema peruano.

Respecto al uso y habitación, nuestro Código Civil indica que el derecho de uso se rige por las disposiciones de usufructo, en cuanto le sean aplicables.

Es una legislación por remisión, que ocurre en bastantes áreas de nuestro Código Civil, en bastantes tipos de contrato.

El profesor Salazar Gallegos señala que el derecho de uso es diferente al usufructo, toda vez que con el derecho de uso sólo se podrá gozar del bien y aprovecharse de los frutos, pero no podrá ceder su derecho a terceros, como sí lo puede hacer el usufructuario.

Sobre el derecho de habitación, indica que éste es un derecho que es definido por un derecho de uso restringido por el hecho de recaer sobre bienes inmuebles que puedan servir de morada.

El derecho de superficie también representa algunas diferencias; es un derecho real que permite edificar, plantar o sembrar en terreno ajeno. A su vencimiento, el propietario puede adquirir la propiedad de lo construido, reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

Se diferencia del usufructo debido a que éste es un derecho real de usar y gozar de un bien sin alterar su sustancia. En cambio, con el derecho de superficie, se permite alterar la sustancia del bien.

Nuevamente, pensemos en este centro comercial, donde se ha construido una edificación bastante interesante, y que vamos a ver qué es lo que va a suceder, cómo van a reaccionar las partes.

Luego, vamos a entrar al tema concreto de los centros comerciales porque a mí me parece inevitablemente atractivo *linkear* los temas de contrato de usufructo con los centros comerciales.

Nuevamente, les traje una sentencia de la Corte Suprema, cuando realiza la comparación entre «usufructo» y «derecho de superficie», señalando que el derecho de usufructo a que se refiere el artículo 999 del Código Ci-

vil, y el derecho de superficie al que se contrae el artículo 1030 del citado Código, constituyen derechos reales desmembrados de la propiedad.

Se acuerdan que inicialmente les dije que todo esto tenía una derivación de derecho de propiedad y de cómo la propiedad es representada en nuestro sistema. Porque pensemos que estamos, que son normas, no voy a decir copiadas, pero inspiradas en otros sistemas donde tal vez la formalidad tiene una característica particular de la que nosotros no gozamos.

Entonces, señala la Corte Suprema, en un caso, el usufructuario, tendrá derecho a usar y usufructuar los frutos. Acordémonos que los frutos pueden ser civiles, naturales; y, en el otro caso, el usufructuario tendrá el derecho de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo, siendo que ambos derechos se encuentran en el mismo libro del Código Civil.

Comodato. Éste es un contrato también interesante, aunque no tan usado, digamos, formalmente, pero en la práctica se usa más de lo que creemos.

El comodato, a diferencia del usufructo, es un derecho real, es únicamente un contrato. En ese sentido, el comodato, al ser únicamente un contrato, carece de oponibilidad *erga omnes*, salvo que se vaya a registrar.

Es que estamos ante un bien registrable y, nuevamente, todo el tema de la formalidad que representa una dificultad en nuestro ordenamiento jurídico.

En virtud del contrato de comodato, el comodante se obliga a entregar un bien al comodatario sin contraprestación alguna para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin, y luego lo devuelva al comodante.

Es preciso señalar que el comodato debe ser necesariamente gratuito, sino sería arrendamiento, aunque luego vemos que el Código Civil permite una interpretación distinta, pero, digamos que ésa es la regla con la que nos debemos quedar.

El usufructo es un derecho real vigente, como decía hace un momento, a pesar de tener orígenes remotos antes del derecho romano, es una figura relevante y vigente hoy por hoy en nuestra sociedad.

Celebran contratos de usufructo para desarrollar actividades comerciales en los denominados *shopping centers* o centros comerciales. Así, por ejemplo, Castañeda, Nervi y Salcedo indican que, en nuestro país, el contrato de *shopping center* no está regulado como un contrato típico, lo que, en cierto modo, obliga a las partes contratantes a recurrir a otras figuras contractuales previstas en el ordenamiento jurídico.

Sabemos que esto no es imperativo, obligatorio o mandatorio, porque podrían las partes perfectamente crear un contrato atípico, innominado en el ejercicio de la voluntad privada, pero muchas veces —como les digo— en el ejercicio profesional me ha tocado ver que el contrato de usufructo es el contrato natural, mediante el cual se desarrolla el negocio, ligado a los centros comerciales o afines, ¿correcto? Puede ser un grifo o puede haber negocios parecidos a los centros comerciales.

Pero, recordemos que nosotros como abogados, no podemos pensar solamente en la ley, tenemos que pensar también en la aplicación práctica de la ley, y cuando venga un cliente, tenemos que buscar entender su negocio para aplicar la norma correcta.

Entonces, si nos viene a buscar un cliente que pretende desarrollar un centro comercial, probablemente, el contrato de usufructo sea una herramienta interesante.

En ese sentido, las partes que se dediquen a este rubro, celebran un contrato de arrendamiento o un contrato de usufructo, entre otras figuras, como les digo, de acuerdo a la voluntad privada de las partes.

Acá hay algunas imágenes de centros comerciales. Las marcas son meramente referenciales. Y acá es interesante, y esto lo cuento sin decir nombres un poco a raíz de la experiencia profesional.

Generalmente, sucede que donde se edifica el centro comercial *per se*, digamos, la estructura gigante, se celebra sobre un contrato de usufructo entre el dueño del inmueble y el que va a desarrollar el negocio.

Pero, a la vez, este desarrollador del negocio, por llamarlo de alguna manera, va a celebrar contratos de arrendamiento con los arrendatarios pequeños. Pensemos en las tiendas chiquitas que están en los centros comerciales; pero las «tiendas ancla», las denominadas «tiendas ancla» es el término que se utiliza; por ejemplo, Ripley, Saga, Zara, Paris, todas estas tiendas que están, generalmente, en una esquina de los centros comerciales, sí tienen un derecho de usufructo por muchísimas razones.

Una de ellas es que tienen una inversión muchísimo mayor y adquieren derechos más importantes que cualquier arrendatario. Esto lo digo contándolo sobre la base de algún caso profesional que alguna vez me tocó ver en un arbitraje interesantísimo sobre un tema de reducción de cláusula penal que hoy por hoy puede adquirir ciertos matices prácticos e interesantes, a partir de la comparación de la pandemia.

Yo estoy seguro de que los arrendatarios, pensemos en las tiendas chiquitas que están en los centros comerciales han tenido que renegociar, sus contratos, sus rentas, su merced conductiva con los dueños de los centros comerciales. Y también, de repente, las tiendas ancla, porque cuando estuvimos en cuarentena, el año pasado, cuando estuvimos en cuarentena estos centros comerciales han estado cerrados completamente.

Entonces, sin duda, tiene que haber un principio de solidaridad contractual, ponerse en el lugar del otro, buscar que no se rompa la cadena de pagos y entender que hay una estrecha relación entre el desarrollador del negocio y el usufructuario o el arrendatario, porque, si se perjudica uno, se va a perjudicar el otro.

Acá hacemos otra reflexión interesante, que es cómo ha mutado este contrato con la perspectiva económica que se le da.

Estoy seguro de que muchos conocen —los que viven en Lima— el Centro Comercial Camino Real. Este centro comercial era muy concurrido en los años noventa, los años ochenta, pero dejó de tener utilidad práctica porque las tiendas no eran alquiladas, no eran materia de arrendamiento, sino que eran materia de propiedad. Entonces, el sistema se desvirtuó completamente. Los desarrolladores de los negocios copiaron a los centros comerciales extranjeros, y se dieron cuenta de que éstos funcionaban mediante un contrato de usufructo, no adquirir la propiedad necesariamente sobre el terreno, y al desarrollar el negocio, celebrar arrendamientos o celebrar usufructos más pequeños dentro del usufructo con las tiendas ancla para así formar, por ejemplo, la comisión de marketing, la comisión de limpieza; todos aportar a un mismo fondo, para que todos busquen un interés común, originando una comunidad de intereses, y no tanto un meter todo en una bolsa llena de propietarios en la que cada uno va por su lado, sin necesariamente tener el mismo interés.

Es muy interesante cómo se puede aplicar el derecho civil para orientar y perfeccionar un negocio, como es este caso: las partes dejaron de lado el contrato de compraventa porque se dieron cuenta de que, para un negocio de este tipo, era mucho más útil el contrato de usufructo y el contrato de arrendamiento.

Quería traer una cláusula real, no puedo traer las que me toca ver en el ejercicio profesional, pero esta cláusula que es pública, por ser un contrato público, entonces, que es en Protransporte, la vamos a revisar; la cláusula segunda del contrato de usufructo celebrado por Protransporte sobre el área comercial y los servicios higiénicos de la Estación Central del Metropolitano.

Veamos que, entonces, el usufructo sí tiene una aplicación práctica. El usufructo se desarrolla más de lo que creemos. Cuando vamos en el Metropolitano, vamos a la Estación Central, estamos parados sobre un contrato de usufructo, pero sólo en sentido figurado. De repente es más usual de lo que creemos cuando leemos el Código Civil.

Entonces, dice textualmente: «Por el Contrato, Protransporte constituye a favor del usufructuario un derecho de usufructo oneroso con la finalidad exclusiva de diseñar, adecuar la infraestructura existente, implementar y operar el área comercial y los servicios higiénicos de la Estación Central del COSAC I, de acuerdo al contrato». Correcto.

Acá está, por ejemplo, el régimen económico del derecho de usufructo. Esto no lo voy a leer textualmente, pero lo tiene.

Lo interesante, como yo les decía, es que, a raíz del arrendamiento, y principalmente, del usufructo, se ha generado una comunidad de intereses y no que cada uno vaya por su propio camino, como en la propiedad, es que, por ejemplo, en los contratos de usufructo, en las tiendas ancla hay dos formas de pagar la «renta» (entre comillas), que es, ya sea un monto fijo o un porcentaje de las ventas.

Esto está sometido a auditorías, las partes no se atreven a mentirse entre sí, ya es un sentido muy perverso de resolución de contratos y penalidades gigantescas, entonces, las partes no se mienten; son partes serias, además.

Entonces, se pagará el monto más alto de la comparación entre el monto fijo, que es el mínimo, digamos, el piso de esa renta o un porcentaje de las ventas de ese mes.

Entonces, como yo les decía, se genera una comunidad de intereses porque las partes llegan, a partir de este contrato, a compartir el riesgo de la ejecución de un negocio. Si me va bien a mí, te va bien a ti. Entonces, vamos a buscar los dos salir adelante y no perjudicarnos, porque podría suceder que, si yo fuera propietario, voy a velar o buscar, por naturaleza humana, únicamente, mi interés.

Acá hasta hemos desarrollado un poco lo que hemos comentado. Generalmente, las rentas o las contraprestaciones se basan en el valor del metro cuadrado que también es un indicador interesante.

Y, como conclusión, para no exceder en el tiempo otorgado, el usufructo es un derecho real, personalísimo, autónomo, temporal y de goce que recae sobre un bien ajeno, a pesar de que tenga ciertas similitudes con algunas figuras —como hemos desarrollado rápidamente— se diferencia por su propia regulación contemplada en el Código Civil, y esta utilidad práctica, distinta que tiene en diversos tipos de contrato. Es un derecho real muy usado, tal vez más usado de lo que creíamos cuando estudiamos los derechos reales, ya que permite el funcionamiento de centros comerciales o de estaciones o de diversos tipos de negocio, no necesariamente necesitan la propiedad de un inmueble, sino que necesitan un derecho que sea un poco más fuerte que el arrendamiento, pero un poco más débil que la propiedad.

Entonces, para que el negocio pueda girar, el negocio pueda dar vuelta, y las partes se puedan beneficiar mutuamente.

Entonces, espero haber podido alcanzarles algunas precisiones sobre este interesante contrato. Si existe alguna consulta, estoy a su disposición.

Voy a pasarle las diapositivas a los organizadores. Ha sido un verdadero placer compartir ideas con ustedes; y, sobre todo estar acompañado por profesores como Walter y Pascual, que son unos referentes de verdad.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Milo por la excelente ponencia digna de un gran abogado como usted. Sin duda, ha quedado clarísimo el tema del usufructo, y mucho más con las diapositivas que va a compartir con nosotros.

Gracias, doctor, por su ponencia. Esperamos tenerlo pronto.



## **BLOQUE N.º 3: «ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRACTUAL»**

*Giovani Riveiro Rodrigues Alves  
César Guzmán Halberstadt  
Fiorella Vásquez Rebaza*

**Julián Manta Lara:** A continuación, tenemos como sexta ponente a la doctora Márcia Pereira Ribeiro, quien abordará el tema de «Análisis económico del derecho comercial».

Es magíster en derecho en las relaciones sociales por la UFPR, máster en derecho privado por la UFPR, profesor titular de derecho societario; postdoctorado por la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas de Sao Paulo; postdoctorado por la Universidad de Derecho de Lisboa; postdoctorado por la Universidad de París, y con esa introducción le damos pase a la doctora.

Muchas gracias por estar presente. A su hijo, disculpe.

**Giovani Riveiro Rodrigues Alves:** Muy buenas noches.

Mi nombre es Giovani Alves. Yo soy hijo de la profesora Marcia y estoy acá para representarla porque la profesora Marcia, infelizmente, está con covid. Entonces, yo tengo el desafío de reemplazarla.

Entonces, en primer lugar, quiero agradecer a la amable invitación que me hizo el profesor Roger Vidal. Es un honor y un desafío estar acá hoy y también voy a pedir disculpas porque yo estoy ahora en París, Francia, y acá son seis horas más que en Lima. Entonces, mi castellano está un poco débil ahora, pero yo pienso que puedo ser comprendido por ustedes.

Hoy voy a tratar con ustedes sobre el análisis económico del derecho comercial.

El análisis económico del derecho comercial es una temática muy importante para nosotros en Brasil y la América del Sur, como en todo, y cuando nosotros hablamos del análisis económico del derecho, nosotros tenemos que imaginar la posibilidad de la unión, de hacer la unión entre las herramientas legales y las herramientas económicas.

Y eso es como pensar un poco en la aplicación de las herramientas económicas en los razonamientos jurídicos. Y para eso, por supuesto, nosotros tenemos que superar el positivismo y las creencias típicas del positivismo cuando se afianzaba que era posible, que era suficiente pensar dentro del sistema jurídico y que nosotros no precisábamos pensar con las herramientas sociales o las herramientas económicas.

Y cuando nosotros comprendemos, estudiamos las herramientas económicas, nosotros rápidamente conseguimos percibir que hay una gran compatibilidad entre las herramientas económicas y las herramientas jurídicas.

Yo quiero decir, hay una gran compatibilidad entre el pensamiento jurídico y el pensamiento económico, especialmente cuando nosotros hablamos sobre el derecho comercial.

Cuando nosotros estudiamos la historia del derecho y no sólo en el derecho comercial; cuando nosotros tenemos nuestras primeras clases acerca de la teoría del derecho o la historia del derecho, nosotros aprendimos que durante la modernidad, la idea de razón era una gran fuerza, era una palabra muy importante para los pensamientos jurídicos.

Y, entonces, cuando los pensamientos modernos se centraban en la idea de razón, el ser humano, el agente, era visto, era estudiado como un agente con racionalidad ilimitada.

¿Qué quiere decir? Que una persona con racionalidad ilimitada, es una persona que es capaz de tener siempre las mejores decisiones, de cons-

truir una cosa perfecta, una obra perfecta; y, entonces, es del todo natural que los sistemas modernos acreditaban que los sistemas jurídicos eran perfectos, y, entonces, que se desarrolló el positivismo jurídico como nosotros conocemos desde hace muchos años.

Entonces, cuando nosotros estudiamos el análisis económico del derecho, nosotros necesitamos dar un paso adelante en la construcción del pensamiento jurídico, no sólo a partir de un pensamiento interno en el derecho, pero un pensamiento que acepta tener herramientas de otras disciplinas, de otras ciencias, como la ciencia económica.

Y, entonces, nosotros podemos acreditar, nosotros podemos estudiar que la justicia es compatible con la eficiencia. No son dos grandezas incompatibles, no. Son dos palabras que pueden ser compatibles y que pueden ser estudiadas en conjunto.

Entonces, que a partir de la posibilidad de la unión entre la justicia y la eficiencia, es muy posible que nosotros podamos construir o contribuir para la evolución del derecho comercial.

La evolución del derecho comercial, por ejemplo, a partir de la posibilidad de hacer la ley más efectiva. Y cuando nosotros trabajamos con el derecho comercial, yo creo que una de las mayores preocupaciones que nosotros tenemos, es con la efectividad de la ley.

Entonces, si nosotros tenemos la ayuda de las herramientas económicas, como la herramienta de la eficiencia, por ejemplo, nosotros podemos intentar construir un derecho comercial más efectivo; un derecho comercial que sea más compatible con la realidad comercial.

Cuando yo era estudiante, muchos años atrás, en la graduación, yo tenía una preocupación grande porque muchas de las clases; muchos de los estudios en el derecho, ellos siembran muy lejos de la realidad. Yo no sé si es solamente una percepción que yo tenía, pero yo pienso que esta vez ustedes también tengan la misma comprensión, que muchas veces el derecho parece sembrar algo muy distante de la realidad.

Y yo creo que las herramientas económicas, los estudios económicos, ellos son capaces de traer al derecho muchos instantes para que nosotros podamos hacer que el derecho sea más efectivo, sea más próximo a la realidad.

Entonces, cuando nosotros trabajamos con el análisis económico del derecho comercial, nosotros podemos estudiar muchos y muchos autores que son claves para nuestros estudios del derecho comercial.

Por ejemplo, hay un juez muy famoso en los Estados Unidos, Richard Posner. Richard Posner es conocido como uno de los autores más estudiados en el análisis económico del derecho; y, sin duda, es uno de los más importantes, pero no es el único. Nosotros tenemos en Sudamérica, también tenemos a Hugo Acciari, o la misma Marcia Pereira Ribeiro, quien era la profesora que debía estar aquí ahora.

Entonces, nosotros tenemos muchos autores clave en el análisis económico del derecho que hace muchos años trabajan con la unión de las herramientas de la economía con las herramientas jurídicas.

Y cuando yo hablo de las herramientas de la economía, que pueden ser importantes para los estudios en el derecho también, yo voy a destacar, yo voy a contar tres para ustedes, para que en nuestra rápida presentación, nosotros podamos reflexionar un poquito.

La primera herramienta es la herramienta de la maximización.

¿Qué es la maximización? Cuando una persona tiene dos opciones o tres opciones y necesita elegir sólo una. La persona tomará la decisión, la persona tomará la opción que mejor se adapte a sus necesidades. Eso se llama maximización. La maximización es, por tanto, el momento que ocurre cuando una persona hace la opción que considera más racional. Entonces, eso se llama maximización.

Y, si nosotros en el derecho podemos hacer uso de esta herramienta: la maximización, nosotros podemos prevenir comportamientos. Nosotros

podemos pensar cómo una persona se va a regir, cómo una persona se va a comportar en base a determinadas situaciones.

Me gusta especialmente el análisis económico del derecho porque no es solamente la teoría, pero es la teoría con la preocupación práctica; una preocupación de aplicación efectiva. Entonces, nosotros tenemos varias técnicas en la economía que pueden ser utilizadas para que nosotros podamos comprender los comportamientos humanos. Comprender, por ejemplo, la maximización, el proceso de la maximización es algo muy importante cuando nosotros hablamos de los contratos empresariales o cuando nosotros tratamos de variadas relaciones que envuelven a los comerciantes o los empresarios.

Pero, la maximización es, por supuesto, la única herramienta económica importante del derecho.

Yo podría destacar también, por ejemplo, los costos de transacción. Todos conocemos los costos de transacción, la teoría de Ronald Coase, Oliver Williamson, de los neo institucionalistas, pero yo podría decir que los costos de transacción, ellos pueden ser divididos en dos: de transacción *ex ante* y *ex post*.

Los costos de transacción *ex ante* son aquellos costos que inciden antes de efectuar una transacción efectiva, un contrato, por ejemplo. Entonces, digamos que dos empresarios quieren celebrar una determinada relación. Ellos, antes de celebrar el contrato, ellos precisan hacer pesquisas, precisan hacer levantamientos, precisan costear abogados, por ejemplo —gracias a Dios, sí—. Pero, ésos son los llamados costos de transacción; son costos que inciden antes o después de la relación en sí.

Entonces, cuando nosotros trabajamos con el análisis económico del derecho, eso hace que nosotros como abogados o como estudiantes en el derecho, y nosotros hacemos reflexionar mejor respecto de todos los costos, de toda la situación que está con el empresario, cuando va a tomar decisiones en su día a día.

Otra herramienta económica muy importante que yo pienso que nosotros podemos también estudiar y aplicar al derecho comercial es la noción de instituciones.

Las instituciones pueden ser definidas según Douglas North como las reglas del juego. Y como es importante para nosotros en el derecho comercial no solamente conocer las reglas del juego, sino también hacer que las reglas del juego sean respetadas, sean efectivas.

Douglas North desarrolló sus estudios sobre las instituciones y él fue el ganador del Premio Nobel, incluso, pero yo pienso que yo podría destacar para ustedes nuestra breve reflexión. Que el respeto a las instituciones es una cuestión absolutamente fundamental para que una economía pueda ser desarrollada.

En Brasil, por ejemplo, nosotros tenemos todavía muchos problemas con la aplicación de ciertas leyes porque los tribunales no son pacíficos, no son regulares en la aplicación, o sea porque muchas leyes tienen problemas de aplicación porque son muy distantes de la realidad.

Y, entonces, si nosotros no tenemos reglas claras, si nosotros no tenemos reglas que son, efectivamente, cumplidas, por supuesto que nosotros tenemos inestabilidad; inestabilidad económica, inestabilidad jurídica; nosotros no sabemos cuál derecho es respetable.

Y cuando nosotros hablamos del derecho comercial, de las relaciones comerciales, nosotros ya estamos en proceso, en un fenómeno de riesgos muy grandes porque todos sabemos que la actividad empresarial, la actividad comercial tiene consigo, de una manera indisociable, el elemento riesgo, pero el riesgo tiene que ser calculable, tiene que ser mensurable.

Entonces, nosotros no podemos tener un riesgo que sea infinito, por ejemplo. Nosotros tenemos que tener riesgos ciertos. El empresario cuando va a tomar una decisión, él tiene que saber cuáles son los efectos posibles de su decisión. No puede ser un riesgo indefinido.

Entonces, conocer esa herramienta: las instituciones. Yo creo que podemos auxiliar en Brasil y en América del Sur como en todo, a construir, a desarrollar, un mejor ambiente para que las relaciones comerciales puedan desenvolverse, puedan desarrollarse.

Entonces, cuando nosotros hacemos los estudios, nosotros pensamos cómo la economía y el derecho comercial pueden unir fuerzas para una construcción que sea compatible.

Nosotros podemos utilizar en el derecho variadas escuelas de la economía, porque en la economía, como ocurre en el derecho también, nosotros tenemos distintas escuelas con distintas versiones, con distintos análisis sobre los estudios económicos.

Y yo voy a destacar solamente tres de las escuelas que yo considero que son claves y que pueden contribuir, pueden sumar para que el derecho comercial se desarrolle todavía más.

La primera escuela clave de la economía es la economía neoclásica.

La economía neoclásica es la economía ortodoxa, es la economía tradicional, es la economía que nosotros estamos habituados, acostumbrados en nuestro día a día.

Es la economía que es pautada, es marcada por la creencia en la racionalidad casi que absoluta del agente económico. Entonces, es una escuela que nos puede ayudar especialmente con las reflexiones sobre el comportamiento racional humano, sobre cómo que el comportamiento de las personas es previsible en las respuestas para las distintas situaciones que todos vivimos.

Pero hay dos otras escuelas que yo pienso que son más apropiadas para el siglo XXI, y todavía más cuando nosotros estemos en ese momento tan difícil alrededor del mundo. Y esas dos escuelas claves de la economía que yo pienso que son las más sofisticadas actualmente, son la nueva economía institucional y la economía comportamental.

La nueva economía institucional tiene como algunos de sus autores claves: Oliver Williamson, Ronald Coase, es una escuela bien desarrollada.

Entonces, por ejemplo, cuando nosotros hablamos de Oliver Williamson, cuando nosotros hablamos de Ronald Coase, nosotros trabajamos con algunos conceptos que están muy bien desarrollados en la teoría económica, como las nociones de costos de transacción. Lo mismo cuando nosotros trabajamos con la noción de instituciones que son dos de las ideas que yo trabajé con ustedes rápidamente antes.

Entonces, todavía hoy yo puedo decir que una de las vertientes, una de las escuelas económicas que tiene mayor, más grande destaque, no sólo en América del Sur, sino en Europa también, en los Estados Unidos también, es la economía comportamental.

¿Y qué tiene de especial la economía comportamental para aquéllos que no estudiaron eso o que se pueden interesar por eso?

La economía comportamental trabaja con la noción de que el agente económico, que la persona no es tan racional como nosotros suponemos.

Y yo creo que, si usted reflexionara, si usted pensara un poquito; usted rápidamente percibirá y concluirá que muchas de nuestras acciones en nuestras vidas, no son racionales o son acciones imperfectas. La economía comportamental consigue trabajar con esos desvíos de racionalidad.

Entonces, la economía comportamental ya puede traer para el derecho comercial algunas ideas muy desarrolladas, en el sentido de que las decisiones humanas son previsiblemente irracionales. ¿Por qué? Porque nosotros somos seres irracionales o somos seres parcialmente racionales.

Nosotros tenemos cuántos y cuántos ejemplos y errores en nuestras vidas y el empresario también.

Entonces, por ejemplo, en la ponencia anterior, hablábamos un poco de decisiones erradas. Ocurre con todos nosotros. Entonces, la economía

comportamental sigue no solamente a hacer la unión entre la economía y el derecho, sino también con la psicología.

Yo creo que esa unión entre derecho, economía y psicología es capaz de aportar para nuestros estudios, es capaz de aportar para nosotros. Algunos *insides* serán capaces de, efectivamente, mejorar, de ordenar mejor nuestros estudios jurídicos, nuestra aplicación de la ley.

Entonces, cuando nosotros hablamos del análisis económico del derecho comercial, yo quería concluir con ustedes.

Nosotros debemos, primeramente, definir ¿cuál análisis económico? Entonces, ¿es un análisis económico a partir de la escuela neoclásica? O no, ¿es la otra escuela, es la nueva economía institucional? O no, ¿es la economía comportamental, entonces?

En primer lugar, nosotros debemos hacer una delimitación, para decir cuál análisis económico.

¿Y cuál es mi provocación (desafío) a ustedes? Yo diría, nosotros tenemos ahora que desarrollar nuestros estudios en la compatibilidad entre el derecho, especialmente, el derecho comercial y la economía comportamental. Esta escuela económica que trabaja especialmente con los desvíos de racionalidad.

Y, si nosotros podemos pensar, piensen conmigo. Para el derecho tal vez sea más importante trabajar con los desvíos de racionalidad que con la racionalidad perfecta. Porque, si nosotros tenemos la racionalidad perfecta, nosotros tenemos decisiones perfectas y esas decisiones perfectas no son comúnmente importantes para el derecho. Son decisiones que se autocompletan, son decisiones que ya producen los efectos deseados.

Pero, los desvíos de racionalidad son las acciones judiciales, son las negociaciones, las intervenciones del Estado o del Poder Judicial.

Entonces, yo quisiera agradecer nuevamente la invitación. Decir que es un honor participar de este congreso, de este evento tan interesante y decir que es un honor para mí no sólo participar, sino representar a la profesora Marcia Carla, también.

Muchas gracias.

**Julián Manta Lara:** Doctor Giovani, muchas gracias por su ponencia. Todo el grupo de Contractus le desea la pronta mejoría de su señora madre, y así sabemos que será.

Muchas gracias, doctor, por su excelente ponencia.

A continuación, tenemos al séptimo ponente, quien es el doctor César Guzmán Halberstadt, que abordará el tema de «Análisis económico del incumplimiento contractual».

Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en enseñanza del derecho y maestría en competencia y de la propiedad intelectual de la Católica; postgrado en análisis económico del derecho en la Universidad Complutense de Madrid, Harvard Courses in Law and Economics de la Harvard Law School Cambridge en USA; Certification in Game Theory of Standford University of British Columbia; profesor de análisis económico de derecho de contratos especiales y teoría de los juegos al derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Pórrres. Socio de Guzmán Halberstadt y Asociados Abogados, presidente del Centro de Estudios y Derecho y Economía y del Centro de Estudios de Derecho Civil de la USMP.

Muchas gracias, doctor. Le cedo la palabra.

**César Guzmán Halberstadt:** Muy buenas noches. Muchas gracias a todos por su presencia y por su tiempo para escucharme el día de hoy.

Quiero mis primeras palabras referirlas a la doctora y amiga Marcia Ribeiro, a quien tengo el gusto de conocer, y por intermedio de Giovani,

su hijo, quiero hacerle llegar mis mejores deseos por su pronta recuperación. Esperaba verla hoy día.

Me ha tocado compartir algunos foros con ella, tanto aquí como en Brasil. Entonces, bueno, pero quiero rescatar que Giovani ha hecho, en pocas palabras, un magnífico resumen histórico del análisis económico del derecho, y la conclusión a la que llega, probablemente, también, de alguna manera, propone una idea de cara al futuro, de considerar, pues, las nuevas tendencias del *behaviour non economics*, que hoy día está en pleno auge, y que yo creo que deberían ser consideradas ya en los estudios de las escuelas de derecho en los países latinoamericanos.

Yo voy a hablar, pero quiero agradecerle a Giovani porque, de alguna manera, ha introducido lo que es la forma de ver lo que voy a hablar el día de hoy, que es un poco el tema del incumplimiento contractual, desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Y, para eso, voy a compartir mi pantalla. He preparado unas diapositivas. Prometo no excederme del tiempo que me ha concedido la organización, y espero ser lo suficientemente claro para brindar mi exposición.

Un minuto tan sólo. Bien, yo voy a hablar del análisis económico del incumplimiento contractual. Un tema que me ha tocado debatir y discutir infinidad de veces, porque hay una resistencia muy fuerte respecto de algunos aspectos que el análisis económico ha propuesto, y que yo creo —como lo veré más adelante— que son consecuencias de una indebida interpretación de lo que el análisis económico quiere decir. Entonces, no se trata de que el análisis económico quiera revertir o reformar el derecho civil, sino, por el contrario, existe una razonable compatibilidad entre el derecho civil y el enfoque económico. Hay importantes trabajos. Creo que el más reciente es de un profesor decano de la Universidad de Québec, que ha hecho un libro sobre el análisis económico del derecho civil, pero está el libro de Schäfer, que es un clásico sobre este tema.

Y, entonces, el derecho civil con el análisis económico, no deben ser vistos como enemigos. No deben ser vistos como enemigos. Y eso, en par-

te, quiero atribuirlo a la dogmática tradicional del derecho civil, y a cierta resistencia que ha habido en esos extremos.

Entonces, yo voy a hablar del análisis económico del incumplimiento contractual y trataré de explicar cuál es la perspectiva que tenemos los que hacemos *law on economics*.

Bueno, probablemente, como marco teórico deberíamos entender económicamente por qué existen contratos y por qué existe el derecho de contratos.

El contrato es el medio; cumple una función instrumental porque es el medio a través del cual se producen los intercambios. Los intercambios generan riqueza, generan bienestar, porque es gracias a los intercambios que los bienes llegan a manos de quienes los valorizan más.

Y, de la misma forma, esto genera que el mercado, justamente, se mueva y las cosas lleguen, justamente, a las personas que lo requieren.

Estos intercambios y esta idea del intercambio como una fuente indispensable para el funcionamiento del mercado, los tenemos desde las épocas de Adam Smith, de *Durkheim*, en la que hablábamos de la división en el trabajo, y el contrato, de alguna manera, es un medio a través del cual, justamente, se plasma la división social del trabajo. Si yo necesito en este momento una torta, tengo dos opciones: echarme a estudiar, a revisar y a encontrar información sobre lo que se tiene que hacer para tener una torta, o ir a una tienda y comprarla; y, probablemente, lo segundo sea lo más fácil.

Y esto es gracias a que hay alguien que se dedica a hacer tortas y yo, bueno, me dedico al derecho, me dedico a otra cosa y otra persona que requiera mis servicios, bueno, pues, podrá recurrir a ellos.

Entonces, la división social en el trabajo hace posible estos intercambios, y el contrato es el medio a través del cual se plasma.

Mackaay, este profesor canadiense del que hacía referencia que tiene un trabajo relativamente reciente, sobre derecho civil aplicado al análisis económico, aplicado al derecho civil, Ian Mackaay, aplica un poco la teoría de los juegos para decir, pues, que, efectivamente, los contratos son pareciamente eficientes. Son lo que se conoce como *win-win games*. Es decir, juegos en los que ambas partes son ganadoras.

Y, dentro de este contexto, el derecho de contratos, es decir, lo que estudiamos y lo que encontramos en el Código Civil, en la parte de contratos, lo que busca es, justamente, promover que existan más contratos. Promover que haya más intercambios económicos.

Como dice Cooter & Ulen, en su famosa obra, lubricar las transacciones, hacer que éstas fluyan más rápidamente.

Y, de la misma forma, el derecho de contratos busca que se produzcan accidentes contractuales, entendiéndose, pues, como comportamientos oportunistas o conductas impropias derivadas, justamente, de la vulnerabilidad del contrato, y se reduzcan los costos, justamente, que tienen que hacer la celebración de los contratos.

Ahora bien, dentro de esa lógica, nosotros contratamos, básicamente, como un medio para cooperar. El contrato es, antes que cualquier cosa, un medio para generar la cooperación; la cooperación social se plasma a través del contrato.

Evita las conductas oportunistas o el aprovechamiento, en algunos casos, del abuso que pueda tener alguna de las partes de su poder de negociación, dadas las condiciones del contrato. En economía se conoce como *hold up*.

Y, fundamentalmente, el contrato es un mecanismo, desde el punto de vista económico, de asignación de riesgos.

Como les decía, el contrato es un mecanismo de asignación de riesgos. Es decir, qué ocurre cuando por alguna circunstancia que se da en la eje-

cución del contrato, se produce una situación no prevista en el contrato o una situación de incumplimiento, independientemente de la causa. O sea, si el contrato normalmente prevé esa situación.

Entonces, visto de esta forma y haciendo un resumen muy apretado, como un marco teórico, simplemente, diríamos que el derecho de contratos, aquella norma que ya tenemos nosotros en el Código Civil y en los ordenamientos legales, debería definir qué promesas son aquéllas que deben ser exigibles, qué remedios existen frente al incumplimiento, que es a lo que me voy a referir hoy día. Y, finalmente, y no por ello menos importante, completar los contratos incompletos.

Lo cual tiene que hacer con una de las bases de la teoría económica del contrato, que es la teoría del contrato incompleto. La economía, el análisis económico sostiene que los contratos, por su naturaleza, son incompletos. No existe el contrato completo. El contrato completo es una idea, es una entelequia, es una idea de imposible cumplimiento por varios factores.

En primer lugar, porque las partes, al momento de celebrarlo no conocen todas las situaciones que se pueden dar en su ejecución.

En segundo lugar, porque es, aun conociendo todas las situaciones que se pueden dar en su ejecución, los costos de transacción de los que hablaba Giovani, pues, nos devorarían, porque haríamos contratos, pues, muy extensos y los costos de negociación serían exponenciales.

Finalmente, porque las personas tenemos sesgos, y no tenemos la misma interpretación respecto de las cosas.

Por todo esto, todos los contratos son incompletos; y, si todos los contratos son incompletos, tenemos que buscar la forma de completar los contratos incompletos. Y una forma de completar los contratos incompletos, probablemente, la más útil y la más recurrida es, justamente, con derecho de contratos. Es decir, las normas supletorias que encontramos en el Código. Sí, no siendo la única forma de completar contratos incompletos, pues, hay otras formas de completar un contrato, como, por ejemplo, la

renegociación, la autoridad, por ejemplo, la intervención de un tercero, entre otras formas de completar contratos.

Muy bien. No perdamos de vista, desde el punto de vista económico, el fundamento: el fundamento del contrato está dado, justamente, por la voluntariedad, y que son las partes, y esto desde las épocas, desde los paradigmas de las bases del análisis económico descritos por Coase, el contrato se caracteriza por el acuerdo de voluntades, la voluntariedad. Y, de alguna manera, determina la conducta futura que van a tener los contratantes en la ejecución del contrato, sobre la base de una precisión explícita e implícita que se pueda dar en el contrato. Y como digo, que tiene siempre ciertas limitaciones por la información disponible al momento de celebrar el contrato.

El contrato tiene muchas ventajas y el contrato es un medio plausible, es un medio socialmente deseable. Es un medio que permite el intercambio, permite complementar la otra gran institución del derecho civil, que es la propiedad, con derechos de propiedad bien definidos; el mercado se mueve y el medio a través del cual se mueve el mercado, se intercambian los recursos, respecto de los cuales existen titularidades de, justamente, el contrato.

Ahora bien, dicho todo esto, el derecho de contratos, es decir, las normas que rigen los contratos, nos deberían conducir a alcanzar relaciones eficientes.

El concepto de eficiencia es un concepto muy complejo. Existen distintas versiones de la eficiencia, pero, dicho en pocas palabras, y para no abundar en temas muy económicos, bueno, la eficiencia se traduce, pues, en maximizar el uso de los recursos, no malgastar, y hacer más con lo mismo o hacer lo mismo con menos, y esto debe ser, esto debería ser, como dice Calabressi, en un mundo en el que los recursos son escasos, la eficiencia es un imperativo moral. Y esto se puede extrapolar perfectamente al ámbito de los contratos.

Me he salido de mi diapositiva nuevamente.

Muy bien, vamos, entonces, ahora, con este marco introductorio, cuáles son los remedios legales que existen frente al incumplimiento.

Doctrinaria y legislativamente hay distintas formas de encarar el incumplimiento.

Una de las formas debería ser y podría ser que las propias partes prevean las consecuencias derivadas del incumplimiento. Pero, en defecto de ello, existen otros mecanismos a razón de los cuales se puede, de alguna manera, ver cuáles deberían ser las consecuencias derivadas o cuáles deberían ser los remedios frente a una situación de incumplimiento.

Una es, obviamente, la vía judicial, pero desde el punto de vista puramente doctrinario, y para simplificar el esquema, normalmente, la teoría del derecho civil, divide los remedios legales frente al incumplimiento en dos grandes grupos: la regla indemnizatoria; es decir, que la parte afectada con el incumplimiento, resuelve el contrato y sea indemnizada por incumplimiento.

Y la segunda, la regla de cumplimiento forzoso, que es la que consiste, pues, en compelir a la parte deudora para que cumpla con la prestación debida.

En los países del *common law* prevalece la regla indemnizatoria.

En el Perú —como todos saben— tenemos ambas reglas en forma alternativa, o la regla indemnizatoria o la regla de cumplimiento forzoso.

Decir cuál es la mejor, decir a fardo cerrado cuál es la mejor, es temerario porque ambas tienen virtudes y ambas tienen problemas que muy sucintamente voy a tratar de describir el día de hoy.

No pretendo abundar en este tema, como quisiera. La teoría y la doctrina sobre este tema es abundante, pero, bueno, trataremos, básicamente, de encontrar algunas ideas positivas sobre esto.

La primera de estas soluciones es la del cumplimiento forzoso. La idea del cumplimiento forzoso es consistente con la idea, pues, del *pacta sunt servanda*, y esta idea de que el contrato es ley entre las partes; y que, en pocas palabras, busca reivindicar la obligatoriedad del contrato, que tiene que prevalecer por y ante cualquier circunstancia.

Entonces, deberíamos tener la regla del *pacta sunt servanda* o la regla del cumplimiento forzoso manda a que, ante un evento de incumplimiento, la parte afectada por el incumplimiento tiene que obligar a la parte incumplidora, a la parte infiel al contrato a que cumpla con el contrato. Ello, para reforzar el carácter obligatorio del contrato, que es consistente con sus finalidades sociales.

Sin embargo, la debilidad que cae, que puede encontrar esta idea, es que el cumplimiento así pensado como una forma obligatoria, puede superar el beneficio derivado del contrato para el propio acreedor. Lo que en términos agregados significaría, como dicen las abuelas, que la lavada cueste más que la camisa.

Es decir, que los costos de cumplimiento superen el valor del contrato mismo, y con lo cual estaríamos ante un uso impropio de los recursos. Es decir, hacer cumplir un contrato a toda costa sin tener a la vista los costos que implican que el cumplimiento forzoso, y aun a sabiendas de que el cumplimiento forzoso puede ser aún más costoso que el valor mismo del contrato, pues, significa en términos reales que estamos invirtiendo recursos por algo que tiene un valor menor. Con lo cual estamos haciendo un despil�o impropio de recursos que, evidentemente, contradice la idea de la eficiencia de la que hablábamos antes, hace un momento.

Fernando Gómez Pomar, un magnífico profesor español de la ciudad de Barcelona, tiene una frase muy provocadora, pero que a mí me gusta mucho porque dice que el cumplimiento forzoso puede, en algunos casos, producir demasiado cumplimiento.

Y, probablemente, a un dogmático del derecho civil —digo esto sin ningún ánimo peyorativo— le podría sonar muy fuerte decir «producir

demasiado cumplimiento», porque no se puede decir «nunca puede haber demasiado cumplimiento», porque siempre tiene que haber cumplimiento y nunca va a ser demasiado. Los contratos están para cumplirlos.

Cuando decimos producir demasiado cumplimiento, estamos diciendo, de alguna manera, que estamos invirtiendo demasiados recursos en el cumplimiento cuando, justamente, el cumplimiento del contrato por las consecuencias o por el valor que el contrato mismo tiene, no lo justifica.

La frase —insisto— no deja de ser provocadora. Más de una vez me ha tocado debatir con queridos amigos civilistas esta mención.

La otra es la idea de la regla indemnizatoria, que apunta a compensar al acreedor por el incumplimiento del contrato.

Entonces, hay algunos casos en los que las partes mismas han visto ya y han previsto este mecanismo compensatorio a través de la cláusula penal, y en base a la información que las propias partes tienen. De modo tal que el juez es un mero aplicador de lo que la voluntad de las partes ha previsto en el evento de un incumplimiento, pese a que tenemos una norma absolutamente absurda, como la de la moderación de la cláusula penal en sede judicial en nuestro Código. Pero, eso es harina de otro costal y dará lugar para otra conferencia.

Y en otros casos es el juez el que, en base a la información disponible, trata de poner a la víctima, es decir, a la parte ofendida, con el incumplimiento contractual en una posición análoga a la que tendría, en caso de que el contrato habría llegado a término.

Normalmente, esta compensación, de alguna manera, trata de compensar o de cubrir los daños a la expectativa, lo que se llama el interés contractual positivo, básicamente, está referido, pues, a que el receptor de la promesa, pues, está en peor situación de si el contrato se hubiera cumplido.

Y, entonces, se trata de compensar el daño basado en el desempeño esperado del deudor. Lo que se llaman los daños a la expectativa, y los daños a la confianza, partiendo de la idea de que el acreedor tuvo confianza, valga la redundancia, en la obligación asumida por el deudor, a la cual le atribuyó cierto valor.

Y, entonces, aquí el daño estaría plasmado, pues, como la perturbación en la obtención de ganancias, o el deudor ha incumplido a expensas de la otra parte.

Hay un tercer concepto que debería estar involucrado en esta red indemnizatoria que tenía que ser el costo de oportunidad. Es decir, el costo de la posibilidad de haber celebrado el contrato con otra persona, en vez de celebrarlo con la parte, con esta persona que ha infringido el contrato. Aquello que dejamos de hacer por seguir un determinado curso de acción, que es la definición económica del costo de oportunidad.

Desafortunadamente, esta regla así planteada suena como una regla óptima; sin embargo, plantea también sus problemas. Y el problema es que, definir esto, definir los daños a la expectativa, definir los daños a la confianza, y definir el costo de oportunidad no es fácil; es muy difícil porque no se tiene información, porque esa información es costosa y porque existen algunas consideraciones que tienen que hacer con el incumplimiento contractual que no tienen una traducción monetaria inmediata.

Pienso en una propiedad que ya estoy esperando, por ejemplo, porque quiero celebrar el aniversario de mis padres, y no me la entregan a tiempo. Y, entonces, evidentemente, el incumplimiento me trae una serie de consecuencias económicas, pero también me trae una consecuencia de tipo que es muy difícil de llevar a traducirla en términos monetarios, que tendría que ser la frustración de no haber podido celebrar el aniversario de mis padres de la forma y con la ilusión que yo tenía.

Entonces, este *quantum* indemnizatorio es difícil de considerar.

En rigor, una buena indemnización, una indemnización bien calculada —como digo— debería ser un incentivo para el cumplimiento. Pero, como digo, esto no es fácil.

Frente a esto, el análisis económico, postula y plantea lo que se ha denominado la teoría del incumplimiento eficiente.

Este término, desde ya, es sumamente polémico, porque, evidentemente, la dogmática aquí rechaza de plano esta idea, no puede haber incumplimiento eficiente; no puede haber incumplimiento eficiente. El incumplimiento es intrínsecamente ineficiente; intrínsecamente impropio, y a veces, inclusive, llegan a decir que es intrínsecamente inmoral. Ya veremos de lo que estamos hablando.

Por eso es que este se ha vuelto uno de los temas que más roces ha generado entre el análisis económico del derecho y otras visiones del derecho.

Yo creo, sin embargo, que el problema es que no se entiende a qué se refiere la teoría del incumplimiento eficiente.

A primera vista, quienes leen, y ése es el problema, quedarse en el título, quienes leen teoría del incumplimiento eficiente, creen que los que hacemos análisis económico del derecho, estamos promoviendo el incumplimiento contractual. Creen que nosotros estamos diciendo: «Bueno, vamos a hacer un carnaval de incumplimiento. Incumplan, no más, que no pasa nada».

Y no hay nada, y no hay cosa más errada y más distante de lo que, en realidad, representa, y lo que quiere decir el incumplimiento eficiente.

Yo confieso que muchas veces, decenas de veces he tenido eventos en los que he tenido que confrontar mis ideas sobre el incumplimiento eficiente.

Quizá en algunas ocasiones con algunos distinguidos juristas, el problema, básicamente, es un problema de desconocimiento, que tiene que

hacer con decir: «ustedes están promoviendo que la gente incumpla los contratos», y no es así.

Y quiero que se lleven esa idea. Si una idea ancla quiero que se lleven esta noche de mi modesta ponencia, es que ni por asomo el análisis económico postula que hay que incumplir masivamente los contratos o que hay que hacer letra muerta de los contratos. Si, justamente, estamos reivindicando el valor de los contratos y su carácter instrumental y su valor en la vida y en el bienestar social.

Iñigo de la Maza, un profesor chileno muy brillante, lo explica con claridad. La teoría del cumplimiento eficiente sugiere que es deseable que se incumpla un contrato, en aquellos casos, no está diciendo en todos los casos, en aquellos casos, en los que los beneficios totales —miren la palabra— totales del incumplimiento exceden a sus costos.

Dicho de otra manera, el deudor, la parte llamada a cumplir el contrato, pueda compensar de manera perfecta. Miren lo que estamos diciendo. Y esto se colige con lo que decíamos en la diapositiva anterior, que se le pueda compensar de manera perfecta al acreedor, y aun así, obtener ganancia de su incumplimiento.

Entonces, lo que estamos postulando no es, a raíz de la teoría del incumplimiento eficiente, no es que hay que incumplir el contrato cuando para el acreedor le resulta muy caro cumplirlo, no.

Lo que estamos diciendo es, si tú puedes poner al acreedor en una situación análoga, perfectamente análoga a la que se hubiera dado, en caso se hubiera llegado a término el contrato, y eso, adicionalmente, permite, para las partes involucradas, porque, inclusive puede haber un tercero en la relación, en esta relación. Pone a las partes en una situación mejor a la que tuvieran si el contrato primigenio se hubiera llegado a término el contrato, y eso, adicionalmente, permite para las partes involucradas, porque, inclusive, puede haber un tercero en la relación, en esta relación.

Pone a las partes en una situación mejor a la que tuvieran si el contrato primigenio hubiera llegado a término, tiene sentido considerar la posibilidad de incumplir el contrato primigenio porque las partes y la totalidad de las partes se encuentra en una situación equivalente a la que se hubiera dado, de haber llegado a término el contrato primigenio.

Esto lo refuerzan tres grandes. Probablemente, he invertido el orden. Quien primero lo mencionó o lo postuló de manera tan clara, fue el profesor Robert Birmingham de la Universidad de Connecticut, pero vamos por el primero de ellos, uno de los autores que Giovani citó, y que es, probablemente, uno de los representantes vivos del análisis económico más importantes hoy por hoy, es el exjuez Richard Posner, quien señala que, en algunos casos, una parte se vería tentada de incumplir el contrato, simplemente, porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Y, si es que el beneficio del incumplimiento también excede el beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato; y, si es que el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir y debe ser así.

Estamos diciendo en palabras de Posner que, si el incumplimiento lleva a traer un beneficio, pero también el incumplimiento trae como consecuencia que la parte afectada por el incumplimiento se encuentra en una situación equivalente, porque puede ser compensada perfectamente como consecuencia de no llevar a término el contrato primigenio, y porque los costos de cumplimiento superan el beneficio esperado por las partes del contrato, entonces, deberíamos incumplir el contrato y así debería hacerse.

Birmingham es más explícito y recurre a la teoría de juegos y a la eficiencia paretiana.

«[...] El apartamiento de una obligación debe ser alentado —miren lo que dice Birmingham— cuando el promitente, la parte infiel al contrato, sea capaz de beneficiarse de su conducta después de colocar [...]».

Miren, no estamos diciendo que en cualquier circunstancia; no estamos pensando en una posición egoísta de la parte promitente. Estamos pensando que se beneficia sólo «después de colocar al promisario en una posición tan buena a la que habría ocupado si el cumplimiento hubiera tenido lugar. Fallar al honrar un acuerdo bajo esas circunstancias es un movimiento hacia el óptimo paretiano». Es decir, es un criterio de eficiencia.

Otro grande del análisis económico del derecho actual, el profesor Robert Cooter, que le digo Bob, menciona que —en su famoso libro— que es versión libre y cualquiera puede acceder a él en Internet, «el incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento, cuando —como les digo— la lavada cuesta más cara que la camisa, cuando los costos del cumplimiento superan el beneficio de todas las partes.

Entonces, esto es así cuando ocurre una contingencia, en algunos casos, la contingencia puede ser afortunada, por ejemplo, que la parte llamada a cumplir tenga otra posibilidad de negocio y eso le permita compensar adecuadamente al tercero, o por una consecuencia desafortunada. Es decir, por un evento imprevisible, una huelga, qué sé yo, un evento que genere una situación de imposibilidad. Éstos son así cuando ocurre una contingencia, entonces, que vuelve los recursos necesarios para el cumplimiento más valiosos en usos alternativos.

Nuevamente, vemos a Cooter reivindicando la necesidad de que los recursos vayan a ser usados a donde tienen aplicaciones más valiosas. Y esto no es excluyente cuando hablamos del cumplimiento de los contratos, si es que cumplir el contrato representa para todas las partes, o lo que estoy diciendo, para todas las partes, incluyendo a la parte afectada con el incumplimiento, representa más costo que el beneficio esperado, entonces, no tiene sentido cumplir con el contrato.

Entonces, el incumplimiento es más eficiente y esto se puede demostrar matemáticamente, lo hago normalmente en clase, cuando los costos del cumplimiento exceden el beneficio para todas las partes involucradas.

Miren que no estamos diciendo «para la parte que incumple», y ése es el gran malentendido que hay, o sea, creer que aquí se está promoviendo la conducta oportunista del cumplidor.

Nada más lejano a ello, porque —como digo— tenemos que pensar en el incumplimiento eficiente, solamente en los supuestos en que se pueda dejar a la parte afectada con el incumplimiento en una situación equivalente a la que se hubiera llegado en caso de llegar a término el contrato. Entonces, el bienestar social medido agregativamente puede justificar el incumplimiento eficiente del contrato. El término «agregado» significa la sumatoria del bienestar de todos puede justificar el cumplimiento eficiente.

Como todo en la vida, esta teoría plantea problemas. No estamos diciendo que sea la panacea; y, como dije, es un tema muy discutido y sobre el cual hay toneladas de información para los que quieran averiguar más.

Lo primero es que la decisión de incumplir puede tener muchas razones, y puede tener una serie de consecuencias, muchas de las cuales no pueden ser previsibles, y muchas de las cuales no pueden ser tampoco perfectamente compensables.

Allí deberíamos de entrar a tallar respecto de la naturaleza del bien de que se trate, si se trata de un bien único, si se trata de un *commodity*, si se trata de una prestación personalísima, hay muchos “temillas” ahí por ahí que pueden surgir, que pueden plantear escenarios particulares en los que la teoría tiene dificultades.

Pero, el mérito de esta teoría estriba en la necesidad de buscar la eficiencia; de buscar cuál es la mejor regla que tenemos que tener de cara a una situación de incumplimiento.

No perdamos de vista lo que era la primera aplicación del famoso, de lo que estilan llamar el Teorema de Coase, con bajo costo de transacción la regla puede variar en términos distributivos. Un mecanismo podría ser la renegociación, por ejemplo, pero no debería afectar la eficiencia —como

hemos visto— es consistente con la idea y con el espíritu mismo del contrato en general.

Como también es obvio, existen críticas a la teoría de incumplimiento eficiente. Lo que a mí me llama la atención es que las críticas más consistentes, diría yo más estructuradas, son provenientes, justamente, del análisis económico mismo. Es decir, de gente que trabaja en este enfoque no encuentro, más allá de consideraciones de tipo moral o de tipo de la sola afirmación del privilegio del *pacta sunt servanda*, no he encontrado críticas consistentes del derecho civil mismo, de la dogmática del derecho civil, sino que las principales críticas del incumplimiento eficiente, las encontramos en el análisis económico mismo, en algunos pensadores que, efectivamente, ven aquí algunos problemas. Y, básicamente, está, y ya lo hemos dicho, en la imposibilidad casi generalizada de encontrar la compensación perfecta para la parte afectada con el incumplimiento.

La teoría del incumplimiento eficiente solamente debería funcionar como un mecanismo en aquellas circunstancias en las que es posible dejar a la parte afectada con el incumplimiento en una situación equivalente a la del cumplimiento.

Entonces, no es que estemos promoviendo el incumplimiento. Estamos considerando un escenario muy específico y sometido a reglas muy particulares, cual es la de determinar la valoración que tiene el acreedor, respecto de la prestación debida y la prestación que es la prestación incumplida.

Hay algunas consideraciones más modernas que hacen referencia, por ejemplo, a los costos que implicarían una masificación de la teoría del incumplimiento eficiente que se podría traducir en costos de transacción, porque las partes involucradas en los contratos deberían considerar ciertos costos de prevención en la hipótesis de que el contrato no llegue a término porque resulte cierto ineficiente.

Pero, como digo, esto tiene posibilidades de ser mitigado a través de los propios mecanismos contractuales.

Y en algunos casos hay quienes afirman que la teoría del incumplimiento eficiente podría promover, de alguna manera, que haya cierta resistencia a celebrar contratos, en la medida de que hay incertidumbre en si se van a llevar a cumplimiento o no.

Y pienso también lo mismo, que esta posición, si bien no es del todo inválida, es poco probable, dado —insisto— los mecanismos y la voluntariedad que está como ancla, como elemento determinante para los efectos de la celebración de los intercambios.

Por último, quiero hacer referencia a una reflexión que ha hecho el maestro que me enseñó; tuve el privilegio también de que me enseñara, profesor Steven Shavell, en la Universidad de Harvard, que ha reflexionado sobre si, efectivamente, estamos ante una inmoralidad. Si es inmoral, de plano, si es inmoral incumplir el contrato.

Y la respuesta es que sí, en algunos casos, puede ser inmoral incumplir el contrato, pero no puede tildarse automáticamente de inmoral el incumplimiento contractual, porque, justamente, esto tiene que hacer con un problema que es, justamente, vamos a hablar de un neologismo, la *incompletud*, la falta de previsiones que puede tener el contrato respecto de las situaciones futuras que se pueden dar en el contrato. Es decir, esto que hablamos al inicio de la teoría del contrato incompleto.

Entonces, si las partes hubieran previsto, si las partes hubieran querido la ejecución forzosa, en el supuesto hipotético de que hayan estado en la capacidad de poder prever la situación de incumplimiento, y eso se vulnera, podríamos hablar de una inmoralidad.

Pero, ésa no es la única circunstancia que se puede dar, sino que también podrían haber las partes considerado como una posibilidad en la hipótesis del incumplimiento, la vía de la indemnización y la de compensar la parte afectada.

Por eso, no podemos tildar automáticamente de inmoral el incumplimiento contractual, porque ello supondría, de alguna manera, ponernos

en la mente de las partes contratantes, en cuanto hace a cuál hubiera sido la solución que las propias partes hubieran previsto de estar en la posibilidad de poder pactar las consecuencias o el remedio frente al incumplimiento de las partes.

Bueno, eso es todo en lo que atañe a mí. Voy a ver en el chat si hay algo, que haya alguna pregunta.

No hay preguntas, pero, bueno, estoy siempre a sus órdenes. Ahí está mi correo electrónico y estoy a su disposición siempre para cualquier consulta que tengan a bien hacer sobre este tema o cualquier otro.

Y quiero agradecer a los organizadores por tan bonito evento y por haberme permitido el privilegio de formar parte de él.

Muchas gracias.

**Julián Manta Lara:** Doctor, muchas gracias a usted por esta excelente ponencia.

Hay muchas personas que están agradeciendo y dicen que les ha motivado el tema. Es sumamente, digamos, debatido, debatible para todos los que nos apasiona el derecho, sin duda, es una gran fuente de inspiración para seguir investigando, y quién sabe, aplicarlo al derecho peruano.

Muchas gracias, doctor.

**César Guzmán Halberstadt:** Gracias.

**Julián Manta Lara:** Ahora, como octava ponente, tenemos a la doctora Fiorella Vásquez, quien abordará el tema de «Interpretación de los contratos desde la perspectiva judicial».

Magíster en gestión y desarrollo inmobiliario por la ESAN Graduate School of Business, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con experiencia en derecho civil, patrimonial y procesal civil, así

como gestión inmobiliaria, pública y privada. Ha sido coordinadora de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales y asesora en la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República.

Actualmente, se desempeña como jueza especializada en lo civil. Cuenta con certificación de especialista en la materia de gestión de bienes estatales y contrataciones con el Estado.

Es autora de diversos artículos en materia civil y administrativa.

Es un gran honor, doctora, tenerla con nosotros y esperamos muy ansiosos su ponencia.

**Fiorella Vásquez Rebaza:** Buenas noches.

En primer lugar, agradezco a Contractus por haberme convocado a la presente mesa, aunque, en realidad, yo no soy seguidora del análisis económico del derecho, creo que les hice hincapié a que, en realidad, lo que voy a exponer es respecto a la «Interpretación contractual aplicada a un caso judicial».

Yo creo que, en realidad, no hay reglas de interpretación que se apliquen con el análisis económico del derecho, partiendo del artículo 1362, que el contrato se interpreta a partir de la buena fe. Y, justo la buena fe, no es necesariamente reconocida por el AED.

Entonces, en realidad, voy a hacerlo en virtud de los criterios de interpretación, aplicando un caso judicial con los criterios que tenemos nosotros y también con los principios de derecho contractual europeo, entre otra legislación comparada. A eso quisiera hacer hincapié, para aquellos que se van a quedar escuchando la presente presentación. Yo voy a tratar de hacerlo de manera resumida, porque sé que han escuchado como seis exposiciones y entiendo también que están cansados.

Entonces, vamos a compartir este caso judicial que es reciente, que ya tiene una sentencia en segunda instancia, que se refiere a un tema de interpretación.

Entonces, el tema, como indico, es la interpretación del contrato desde la perspectiva judicial.

Para comenzar, nosotros, como jueces, siempre interpretamos, calificamos e integramos; y, en especial, teniendo en cuenta la cultura jurídica, al menos, peruana, no es mucho de tener contratos escritos, como hay una ley que ya como ustedes conocen, normalmente, son acuerdos verbales o, incluso, a través de ejecución de comportamientos.

Entonces, nosotros tenemos que pensar, justamente, las reglas de interpretación subjetiva que nos trae el Código, para determinar la verdadera voluntad de las partes.

Entonces, sí es muy importante para el campo judicial el tema de la interpretación.

Entonces, vamos a analizar un caso para concluir cuáles son los criterios de interpretación que nuestro Código conoce y cuál sería la solución del mismo.

Éste trata de un caso de locación, bueno, llamémosle prestación de servicios en su modalidad de locación, así le han llamado en el título: «Locación de servicios de transporte», en virtud del cual, imaginémonos que sea la empresa Red Bus, como transportista; y, de la otra parte, una empresa logística, la cual encarga justamente a la empresa logística a Red Bus, teniendo como objeto del contrato el que pueda transportar bienes y servicios de esta empresa.

El caso es que entabla una demanda de obligación de dar suma de dinero, Red Bus, por la suma de S/ 32,000.00 más los intereses legales y las costas y costos del proceso, en virtud de que ejecutó las prestaciones, bási-

camente, el transporte, conforme a lo que se halla normado en el contrato, y que, pues, la empresa no cumplió con pagarla.

Entonces, qué es lo que pasa. Tenemos acá, en primer lugar, la cláusula del objeto del contrato que, como les dije, refiere el transporte de los bienes y servicios de esta empresa que la estamos llamando Logic, y tenemos una cláusula cuarta, que va a ser justamente la que nos va a traer algunas interrogantes respecto a la interpretación.

Dice: «El presente contrato tendrá de duración doce meses, el cual va a iniciar el 9 de diciembre y va a culminar en el año 2016».

¿Qué pasa? Que una vez transcurrido, y es muy interesante, porque al término, o sea, a la fecha final o al término final, este plazo podrá ser renovado mediante una adenda negociada por las partes.

Sin embargo, en el siguiente párrafo, en la misma cláusula se indica que una vez transcurrido el plazo indicado en el párrafo anterior, se entenderá renovado en forma automática, en plazo indefinido, a menos que una de las partes comunique su voluntad en contrario, a través de una antelación no menor de treinta días. No obstante el plazo pactado, cualquiera de las partes podrá resolver el presente contrato sin expresión de causa, bastando para ello cursar a la otra parte una comunicación escrita con una anticipación no menor de treinta días».

Entonces, al parecer, si nosotros leemos de modo literal, hay una contradicción, una variedad latente, como se llama, en virtud de la cual, primero se indica que la adenda va a ser negociada, y luego del término final, si es que se quiere seguir con un nuevo contrato, se tiene que o se quiere renovar, en buena cuenta, se tiene que negociar una adenda, y en el otro párrafo se indica que será de manera automática, si es que las partes no manifiestan su voluntad en contrario.

Entonces, luego tenemos una cláusula respecto a la interpretación del contrato, que dice que «la interpretación de las cláusulas del presente contrato sólo deberá efectuarse en virtud del contenido de las mismas y no por

sus encabezados o títulos, ya que ellos tienen carácter meramente enunciativo», que, en realidad, esto es la calificación más que la interpretación, que, evidentemente, los títulos o los rótulos, las denominaciones, digamos, no vinculan al intérprete para que éste pueda encontrar al verdadero tipo contractual, en virtud de sus elementos objetivos o subjetivos.

Entonces, cuál es el tema. En la cláusula décimo quinta refieren al domicilio y a la solución de las controversias. ¿Qué dice? «Para todos los efectos de este contrato, las partes señalan como domicilios los indicados en la introducción del presente instrumento», bueno, etc. «Ambas partes renuncian a los fueros de sus respectivos domicilios y se someten a la jurisdicción de los jueces y tribunales de la ciudad de Lima-Cercado para la solución de cualquier controversia o litigio». Perfecto.

Entonces, ¿qué pasa? Que, en este caso, Red Bus inicia su demanda en un tribunal, un juzgado de paz letrado, que no es de Lima-Cercado. Entonces, evidentemente, la parte demandada lo que va a hacer es interponer una excepción de competencia territorial, que lo que dice la parte demandada, que, «según la cláusula del domicilio y solución de controversias, ambas partes se han sometido solamente a la jurisdicción de los jueces de Lima-Cercado».

Entonces, sería incompetente el juzgado de paz letrado con el cual iniciaron o accionaron la demanda.

¿Ante ello qué dice Red Bus? Alega que el acuerdo con la cláusula, digamos, del plazo de contrato que hemos leído, que, en realidad, el contrato de servicios de transporte, ha vencido el 31 de diciembre de 2016; y, por lo tanto, no es aplicable la cláusula de domicilio y solución de controversias. ¿Por qué? Porque las prestaciones inejecutadas —dice él— refieren al 2017 y al 2018, y como ya se observó el término final del contrato, que es en diciembre del 2016, en realidad, no puede aplicar esta cláusula; o sea, no está vigente el contrato y, por lo tanto, no aplica la cláusula de domicilio y solución de controversias.

Entonces, es esto lo que tiene que resolver el juez, en virtud de la interpretación.

Pero ¿qué dicen las partes al respecto? La lectura que dan las partes respecto al contenido contractual de las cláusulas leídas...

En primer lugar, una de las partes dice «La cláusula del contrato debe ser interpretada de la siguiente manera, que es Red Bus: Que para renovar se requiere necesariamente, conforme dice el primer párrafo que hemos leído del acuerdo negociado de ambas partes, de una adenda.

El plazo del segundo párrafo de la renovación automática, se refiere al plazo de la adenda, no al plazo del contrato de locación de transportes, como ellos denominaron, prestación de servicios, y como, en realidad, no ha pactado el plazo, debe entenderse que el contrato, digamos, ya feneció, o en todo caso, ya se observó el término final del contrato.

Entonces, en suma, lo que ellos interpretan es que para que se aplique una renovación, debe existir necesariamente una adenda negociada. Entonces, como no existe un contrato escrito, sino verbal, por lo tanto, no puede aplicar la cláusula de solución de controversias, sino, simplemente, los usos y costumbres.

Entonces, para la contraparte ésta es una interpretación unilateral que hace —como les digo— Red Bus, y para Logic, ellos dicen que la cláusula de plazo del contrato es clara. Es regular un supuesto de renovación automática, y, evidentemente, por tanto, aplica el tema de que las partes han renunciado a la jurisdicción del juez de paz letrado, ante el cual interpusieron su demanda; y, por tanto, tiene que ir a Lima-Cercado.

Ahora bien, ¿cómo interpreta el juez esta cláusula? El juez indica que, en el presente caso, o sea, el juez de primera instancia que resolvió esta excepción de incompetencia: «Ahora bien, en el presente caso no se acredita la renovación mediante adenda, pero, debemos tener en cuenta, por lo que se debe analizar si se produjo una renovación automática».

O sea, se interpreta que puede renovarse, tanto mediante adenda como automática. Está bien, está probado que no existe adenda, pero pasemos a ver si existe una renovación automática del contrato de locación del servicio de transporte.

Entonces, él dice que sí: «fue alegada por la parte demandada y negada por la parte contraria [...] la parte demandante, excepcionante, no acredita haber comunicado por escrito a la otra, con anticipación no menor de treinta días del vencimiento del plazo, mencionado su voluntad de no renovación, conforme lo establece el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Por otro lado, en el expediente obran facturas electrónicas que son materia del presente proceso, que no hacen más que evidenciar la existencia de una renovación automática del citado contrato y, por tanto, la plena aplicación de la cláusula de “domicilio y solución de controversias”».

En buena cuenta, lo que dijo el juez es que existen dos maneras de renovar: una que es a través de la adenda y otra que es renovación automática. En este caso, la parte no ha demostrado que con treinta días de antelación a que fenezca o se observe el término final, digamos, que no deseas renovar automáticamente el contrato; y, por tanto, debe entenderse que ha existido su renovación, y más teniendo en cuenta aún elementos como las facturas comerciales y que se ha ejecutado la prestación.

Entonces, la pregunta es ante ello ¿cómo debemos interpretar estas cláusulas?, porque, evidentemente, ¿cuándo aplica la interpretación?, cuando existe una ambigüedad o alguna duda, que puede ser —como les digo— por el sentido literal de las palabras, existe una contradicción o también puede crearse a través de las circunstancias y el contexto.

Acá observamos que en esta cláusula cuarta existe una contradicción aparente, y que ambas partes tienen una interpretación unilateral respecto a cómo debe entenderse esa cláusula. Para una parte es necesaria la adenda anunciada y para la otra parte, no. Implica la renovación automática.

Entonces, ¿cómo debemos interpretar esto?

En realidad, nosotros debemos tener en cuenta que nuestro Código Civil adopta reglas de interpretación subjetiva. Eso es lo que es. ¿Por qué? Porque busca la voluntad común de las partes. Voluntad común de las partes, qué es lo que han querido decir las partes.

Para saber qué es lo que han querido decir las partes, nosotros tenemos diversos elementos, instrumentos que nos ayudan a construir ello.

Pero, también hay una crítica que, por ejemplo, la hace el doctor Sixto Sánchez, en el sentido de que, en realidad, nosotros no podemos construir la verdadera voluntad, porque es algo que no vamos a poder saber, sino se trata más bien de encontrar una voluntad hipotética derivada de estándares de razonabilidad objetiva, es decir, de lo que se espera que una persona haga en similares circunstancias a la expuesta.

Entonces, como les dije, acá está un poco respecto a cuál es la función de la interpretación del contrato.

La interpretación del contrato tiene dos tendencias contrapuestas, una que indica que es factible encontrar la voluntad de las partes; otra que, en realidad, no.

Luego, también tenemos como criterios de interpretación la Convención de Naciones Unidas, por ejemplo, para el tema de la compraventa internacional de las mercancías de Viena también; el artículo 8.1. Tenemos los principios del derecho europeo de los contratos, que, básicamente, son casi uniformes al menos en cuanto al derecho europeo que, primero, se debe partir de examinar, a raíz de la regla subjetiva, de buscar la intención común de las partes: «El contrato se interpreta de acuerdo a la intención común de las partes, aunque difiera del significado literal de las palabras», que es una regla que nosotros también tenemos en nuestro Código Civil, en el artículo 118.

El marco común de referencia también señala ello, respecto a la intención común de las partes.

Tenemos también los principios de Unidroit que refieren de la misma manera. Ya si no se puede establecer la común intención de las partes, ya vamos a pasar al criterio objetivo.

En realidad, la voluntad, un criterio de razonabilidad.

Bien, pasando, como les digo, ya a lo que se refiere al Código Civil peruano, nosotros tenemos, en realidad, estos cuatro artículos, que es el 168, que es la interpretación, le dicen «interpretación objetiva», pero, en realidad, las cuatro reglas son reglas de interpretación subjetiva que buscan nuevamente indagar cuál es la voluntad de las partes, en función a lo que ha declarado; que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que ya habían expresado las partes, según el principio de buena, y es muy importante el principio de buena fe, y está regulado, y es por eso que es un poco difícil aplicar acá el AED en la buena fe. «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, la común intención de las partes y de la buena fe».

Luego tenemos «la interpretación sistemática y las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas y las otras en una lectura conjunta y la interpretación integral».

«Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

Y cómo, entonces, nosotros hacemos una jerarquización para analizar el caso concreto. Cómo indagamos la voluntad común de las partes que el primer criterio que nosotros debemos aplicar en el momento de hacer el examen de una interpretación de la cláusula.

En primer lugar, y esto, bueno, es una postura personal, que, en realidad, cuando uno interpreta no es que siga uno una regla de interpretación. Si bien nosotros tenemos la regla de la interpretación objetiva —que así la llaman—, lo cierto es que conjuntamente aplicamos la regla de interpretación global, que como bien refería el profesor Rómulo Morales, era también ver el texto y el contexto. ¿Por qué? Porque lo escrito necesaria-

mente en lo que está contenido en ese reglamento de interés, se constituye a varios contratos, digamos, no está clarificada, por así decirlo, la voluntad de la parte. No, hay algo más, hay el contexto.

El contexto está dado, por ejemplo, por las negociaciones preliminares, pueden ser las circunstancias, pueden ser los comportamientos, entre otros documentos que también forman parte de, digamos, del objeto de la interpretación del contrato.

Entonces, esto nos va a ayudar, justamente, al tratar nosotros de analizar cuál es la común intención de las partes.

Es verdad que existen algunas cláusulas de absorción, las New Jason Clauses, que indican que, bueno, solamente se va a tener por interpretado lo que está escrito en el contrato, no el contexto.

Bueno, pero eso habría que ver si ha sido negociada individualmente esa cláusula, tendría mucho sentido porque es una cláusula en un contrato de adhesión.

Pero, bueno, en el sentido de que así haya sido negociado y tenemos el contexto, en el caso concreto qué es lo que tenemos.

En primer lugar, la acción debe mandar por parte de Red Bus, que ahora que niega que existe, pues, una renovación automática, ya es un comportamiento tácito, la buena voluntad tácita de que reconoce que existe un vínculo contractual.

Si no fuera así, entonces, cómo va a demandar el cumplimiento. No tendría el mayor sentido, ¿cómo va a demandar la obligación de dar suma de dinero, si es que no reconoce que existe un vínculo contractual. Sí reconoce, hay un comportamiento, tal vez, no dirigido a reconocer la renovación automática, sino, según, digamos, un nuevo contrato con reglas que se integran del Código Civil, pero reconoce un vínculo contractual.

Tenemos un primer comportamiento, luego, también el tema de las facturas que obran en el expediente, porque las facturas también reconocen, de alguna manera, como prueba indicaria y no plena, de que se ha ejecutado la prestación, y que la contraparte ha aceptado una nueva.

Entonces, hay una ejecución, un comportamiento en la contraprestación.

Entonces, esta circunstancia nos ayuda a entender que, justamente, lo que ha querido la parte, ¿qué es? Es renovar el contrato de manera automática. Entonces, si esto es así, se ha querido renovar de manera automática, en virtud, como les digo, por estas circunstancias de los comportamientos, entonces, también es cierto que reconocen el contenido de la cláusula de solución de controversias, en virtud de la cual las partes y le dan competencias prorrogables, territoriales a los jueces de Lima-Cercado.

Aparte de ello, también es importante hacer mención a que la contraparte demostró que en un caso similar también la misma parte, el mismo demandante ya había acudido al juzgado de paz letrado de Lima-Cercado.

Entonces, todas estas circunstancias evidencian que, justamente, lo que han querido las partes es elegir la renovación automática del contrato.

Entonces, si esto es así, con esto terminaría el proceso de interpretación, en virtud de que la interpretación del 168, de la voluntad común de las partes, y de la interpretación global, conjuntamente, teniendo en cuenta el texto y el contexto, de modo que ya no cabría ir más allá a través de la interpretación objetiva que, en realidad, como decía nuestro Código Civil, lo que coge son reglas de interpretación subjetiva.

Bien, entonces, esto sería todo de mi parte. En realidad, yo les voy a dejar las diapositivas y ahí están estipulados los criterios que se tienen que tener porque, digamos, las circunstancias que se tienen que tener en cuenta para cuando uno va a analizar; o uno cita instrumentos para analizar, justamente, cuál es la voluntad común de las partes, ya que, dentro de todo, como bien decía, Sixto Sánchez, es muy difícil encontrar la voluntad

común de las partes, es como la verdad; uno no encuentra la verdad, sino una hipotética.

Entonces, muchas gracias, Contractus. Esto sería todo de mi parte.

**Julián Manta Lara:** Doctora, muchas gracias por la ponencia. Sabemos que el tiempo ha sido corto; sin embargo, usted ha logrado hacerlo de una manera didáctica, mediante la cual todos los oyentes, estoy seguro, han logrado comprender.

Muchas gracias por su ponencia, doctora.

Asimismo, Contractus agradece la presencia y disposición a cada uno de los honorables doctores que hoy día nos han acompañado y que han brindado su conocimiento con Contractus.

Asimismo, también agradecemos a todos los participantes por haberse conectado, y los invitamos para que nos sigan en nuestras redes sociales como Contractus, tanto en Facebook, Instagram y LinkedIn.

Por favor, quisiera recordarles que el día de mañana también vamos a tener el segundo bloque de ponencias, en las cuales van a estar reconocidos doctores, tanto nacionales como extranjeros, entre los cuales se encuentran el doctor Alfredo Soria, Walter Vásquez, Olga Alcántara, Roger Vidal, Verónica Rosas, Alfredo Ferrante, Marília Xavier, Diego Quiroz y Mario Castillo Freyre.

Los esperamos el día de mañana y cualquier información, pueden consultarla en nuestras redes oficiales.

Muchas gracias a todos los ponentes y a todos los participantes. Esperamos verlos mañana.

Se despide Julián Manta.

## BLOQUE N.º 4: «CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS»

*Alfredo Soria Aguilar  
Walter Vásquez Rebaza  
Olga Alcántara Francia*

**Julián Manta Lara:** ... tema de contratos atípicos, y nos responderá si son contratos sin reglas.

El doctor Alfredo Soria es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, adscrito al Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado y adscrito al Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje.

Es profesor de contratación pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Es profesor de contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional de San Marcos, UPC y Universidad del Pacífico.

Es coautor de los libros *Contratos modernos. El pacto de las obligaciones tecnológicas en el derecho privado; El derecho de contratos y nuevas tecnologías*, así como de derechos de obligaciones.

Autor también de diversos artículos académicos sobre arbitraje y contratación civil, comercial y contratación pública.

Doctor, le cedo la palabra.

Muchas gracias por aceptar la invitación de Contractus. Es un honor para nosotros tenerlo presente.

**Alfredo Soria Aguilar:** Buenas tardes, muchísimas gracias por la invitación; a Contractus y a todos los que han hecho posible este evento.

El día de hoy voy a hablar, en los minutos que me han dado, acerca de los contratos atípicos; y, básicamente, de las reglas aplicadas a los contratos atípicos, porque, a veces, uno piensa que los contratos atípicos no tienen reglas. Bueno, la primera apreciación es que no tienen reglas especiales, por eso la pregunta y el tema está planteado en ese sentido. ¿Son contratos sin reglas?

Bueno, sin reglas especiales, pero sí tienen reglas aplicables. Vamos a ver cuáles son esas reglas aplicables, precisamente, en esta exposición.

En primer lugar, tener en cuenta cuál es nuestro sistema, o sea, dentro de qué sistema nosotros nos desenvolvemos.

Estamos en un escenario de contratación que nos permite establecer libremente el contenido de los contratos. Estamos en un escenario contractual en el cual podemos diseñar nuestro contrato de la forma que queramos. Tenemos la posibilidad de configurar libremente nuestros contratos, es lo que se llama libertad contractual. No hay un número cerrado de contratos y no existe la obligación de solamente celebrar aquellos contratos que están regulados en las normas, como la compraventa, el arrendamiento, la locación de servicios, el contrato de obra, sino que podemos nosotros establecer y pactar contratos totalmente distintos, diferentes a aquellos que están regulados. Podríamos nosotros celebrar contratos que no tienen una regulación especial, como la compraventa, el arrendamiento, el contrato de obra, etc.

Podemos, entonces, pactar los contratos que queramos y darles el contenido que queramos. No estamos obligados a respetar exactamente el contenido de lo que los contratos típicos y especiales nos dicen.

Podemos nosotros alejarnos de esta figura y celebrar nuestros propios contratos. Entonces, tenemos una libertad de establecer el contenido del contrato, lo que se denomina libertad contractual.

Pero esa libertad, como toda libertad, no es absoluta, tiene límites, y los límites están dados por el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres.

En el Código Civil peruano se establece ese límite, precisamente, en el artículo 1354 del Código Civil y en la Norma V del Título Preliminar. Nos dice: «podemos celebrar los contratos que queramos, pero tenemos que respetar estos límites. Si nuestro contrato respeta esos límites, el contrato es válido y será vinculante y eficaz para las partes. No interesa que sea distinto a los contratos tipificados de manera especial por el legislador o que hayas creado tu propio contrato. Tienes libertad para darle el contenido que quieras al contrato.

Precisamente, como consecuencia de la libertad contractual, puede darse en la práctica, cuando uno celebra un contrato, que celebremos contratos típicos, es decir, celebrar una compraventa, un arrendamiento, una locación de servicios, que tengan reglas especiales establecidas por la legislación, y ése es un escenario de tipicidad legal, y a eso le llamaremos contratos típicos, porque tienen una regulación legal específica, pero puede darse el caso en el cual, no sean acordes a nuestras necesidades las figuras típicas reguladas en la legislación, y podríamos nosotros celebrar contratos totalmente distintos, ajenos, diferentes a aquellos que han sido reconocidos por la legislación, que son, precisamente, los contratos atípicos.

En Perú no está regulado, por ejemplo, el contrato de *franchising*. Es un contrato atípico. ¿Acaso no se puede celebrar? Es totalmente válido, vinculante para las partes. No tiene una obligación legal específica en el Código Civil ni en ninguna ley nacional, pero ese contrato es válido: contrato atípico.

Contrato de distribución comercial, contrato de *hosting*, son contratos que no tienen reglas legales específicas y son considerados como contratos atípicos.

Dentro de los contratos atípicos, inclusive, hay algunos que tienen reglas sociales específicas y hay otros que no tienen reglas sociales específicas, y ahí vamos a ver que hay una diferencia en cuanto a la aplicación de normas.

Entonces, tener en cuenta este primer panorama, que es, en virtud de nuestra libertad contractual, entonces, nosotros podemos celebrar contratos que tienen reglas legales específicas, que son los contratos típicos o alejarnos de aquellos patrones, aquellas figuras contractuales que tienen una regulación específica para celebrar contratos totalmente diferentes que no están sujetos a esa regulación especial. Que sus elementos no están dentro del marco de esa legislación especial. Entonces, éstos no son contratos atípicos, que es, precisamente, el tema del que vamos a hablar el día de hoy.

Si yo celebro un contrato típico, ¿cuáles son las reglas aplicables?

En primer lugar, lo pactado. Lo pactado es vinculante para las partes, así lo dice el Código Civil en el artículo 1361, y ésa será la primera regla aplicable, lo que hubieras pactado; y, de manera supletoria, en defecto de lo pactado, vas a aplicar las reglas especiales del contrato típico que hubieras celebrado.

Un ejemplo. Si yo celebro una compraventa, la primera regla aplicable es lo que hubiera pactado. Se le da prioridad al pacto, salvo que ese pacto vaya contra norma imperativa, y eso no puede darse. El pacto será válido en la medida de que respete lo que habíamos comentado: los límites de la libertad contractual, que es que no vaya contra norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres.

Si hemos respetado esa premisa, entonces, lo pactado vale y prima, inclusive, respecto de las normas que pudieran estar en la legislación.

Y alguien puede decir: «Oiga, pero ¿cómo es esto de que el pacto puede aplicar, en primer lugar, antes que la norma?»

Es que ocurre algo muy particular en el ámbito de los contratos, y es que las normas son supletorias de la voluntad de las partes.

¿Qué quiere decir esto? El artículo 1356 del Código Civil peruano señala que en la regulación de los contratos. Las normas son supletorias, salvo que sean imperativas.

Algo totalmente ajeno y distinto a lo que ocurre en el derecho, en el ámbito del derecho tributario, administrativo o penal, las normas son imperativas. Si una norma dice algo, esa norma tiene que cumplirse.

En el ámbito de los contratos eso no es así. En el ámbito de los contratos rige la premisa de que las normas son supletorias. Sirven de auxilio normativo en caso de que las partes dejen un vacío contractual, pero la premisa en los contratos es que primero rige lo pactado, salvo que la norma sea imperativa. Ojo, estoy aclarando eso, salvo que la norma sea imperativa.

Pero, en las demás normas, ¿dónde se realiza el pago?, la norma es supletoria.

Entonces, hay normas supletorias especiales del contrato típico respectivo. Si se celebra una compraventa, la primera regla aplicable, decíamos, es lo pactado; y, en segundo lugar, las reglas de la compraventa.

Pero, puede ser que las reglas especiales de la compraventa no resulten suficientes; y, entonces, vamos a recurrir a las normas generales de contratos y obligaciones en nuestra legislación nacional, Código peruano, el artículo 1353, precisamente, te dice eso. Que a todos los contratos, inclusive, a aquellos innombrados, que se refiere, en realidad, a los contratos atípicos, resultan aplicables las reglas contenidas en esta sección, que se refiere específicamente a las reglas del contrato en general.

Eso es lo que ocurre con los contratos típicos. El gran tema o problema que hemos traído el día de hoy es, precisamente, ¿qué sucede con los contratos atípicos? Son contratos que no tienen reglas legales específicas, sí. Pero, eso no quiere decir que no tienen reglas.

Ésa es una primera premisa a tener clara. El contrato atípico no tiene reglas específicas. No es como la compraventa, que tiene una regulación especial. No es como el arrendamiento que tiene una regulación especial en el artículo 1666 y siguientes del Código Civil. No es como la prestación de servicios, que tiene una regulación especial en el artículo 1755 y siguientes. No. Un contrato atípico no tiene una regla particular específica que ha sido diseñada o propuesta por el legislador. No tiene una disciplina particular propia que rija ese contrato. Pero, eso no quiere decir que no tenga reglas. Tiene otras reglas. Vamos a ver cuáles son. Precisamente, de eso trata esta exposición.

Sí tiene reglas, pero no especiales. Tiene otras reglas que serán aplicables, pero no tiene reglas especiales dadas por el legislador en una norma. No. Vamos a ver qué reglas resultan aplicables al contrato atípico.

Como todo contrato, los contratos atípicos se rigen por la voluntad de las partes. Ésa es la primera regla aplicable. Lo que diga tu contrato, ésa es la respuesta al problema que se está generando. De repente, una interpretación, un tema que quieras regular en la ejecución contractual. Tu contrato es el que manda. Por eso es que, antes de dar una respuesta sobre un tema contractual, cuando alguien nos hace una pregunta sobre un tema contractual, nosotros tenemos, mínimo, que revisar el contrato.

Uno no puede dar una respuesta así en el aire, y por eso es que, cuando alguien especialista en contratos nos pregunta cuál es la respuesta sobre un caso específico, nosotros decimos: «Depende». Los abogados normalmente decimos «depende», pero en el ámbito de los contratos, con mayor razón. ¿Y por qué? Depende de lo que diga tu contrato, porque si tu contrato tiene una regulación especial sobre ese tema, no hay disposición imperativa; lo pactado es lo que rige.

Entonces, si tu contrato es típico o atípico, la primera regla aplicable será la voluntad de las partes. Y, si lo pactado no dice nada sobre el problema, ahí viene el tema.

Tratándose de un contrato atípico, no tiene reglas legales específicas; no tiene reglas legales específicas un contrato atípico. Precisamente, ése es el fenómeno de la atipicidad: no hay regla especial, como en la compraventa, el arrendamiento, que tiene sus propias normas especiales, aparte de las normas generales que serán aplicables.

En el caso de un contrato atípico como el contrato de franquicia o *franchising*, el contrato de *hosting* o distribución comercial que son figuras atípicas. ¿Qué reglas les son aplicables? No hay una legislación especial.

Hay algunos contratos que tienen reglas sociales. ¿A qué se denomina regla social? Regla social es una práctica comercial que ocurre en la realidad de manera reiterada y uniforme, pero que genera en la sociedad una conciencia de obligatoriedad.

En un determinado escenario mercantil, comercial, existe la conciencia de obligatoriedad de que esa regla existe y debe aplicar. Ése es el supuesto de los contratos atípicos que tienen reglas sociales.

Como en el caso del contrato de franquicia; la regla social es que, para ser considerado como un contrato de franquicia, debe otorgarse la posibilidad de utilizar los signos distintivos al franquiciado. Es impensable —fijense, a pesar de que existe una ley que lo diga— es impensable que exista un contrato de franquicia o de *franchising* sin que te otorgue el licenciamiento de los signos distintivos; el uso de los signos distintivos.

Hay reglas sociales, si se dan cuenta. ¿Y dónde está eso? Si no hay ninguna ley. Eso está en la práctica comercial y se entiende que es obligatorio, y ésa es la particularidad que tienen las reglas sociales, que se denomina tipicidad social también en la doctrina, que genera una obligatoriedad como regla, como si estuviera en la ley. Es algo parecido a la costumbre jurídica, pero en el ámbito de los contratos se llama «tipicidad social» o «regla social».

Entonces, inmediatamente después de lo pactado aplicarán estas reglas sociales del contrato específico. Algunos contratos típicos tienen reglas sociales o tipicidad social y hay otros que no tienen reglas sociales.

Las reglas sociales son este uso o práctica reiterada y uniforme que genera una conciencia de obligatoriedad. Es parecida a la costumbre jurídica. Algunos contratos la tienen y otros no.

Está en la realidad. Pero esa realidad es capturada o reflejada en la doctrina de la jurisprudencia, que son fuentes diferentes. Pero, sin embargo, escriben acerca de esa realidad.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen esa realidad que existe en el mercado, en un determinado escenario contractual.

Entonces, la segunda regla aplicable, entonces, decíamos, son las reglas sociales.

Y, en tercer lugar, supongamos que nuestro contrato tiene un pacto específico, una cláusula que soluciona el problema. Listo, se acabó el problema; lo que diga tu contrato soluciona el problema. Ya no tenemos que seguir la secuencia que estamos comentando.

Pero, ¿qué ocurre si es que el pacto tiene un vacío? No dice nada sobre ese tema. Vamos a las reglas sociales y puede ser que exista una regla social que solucione el problema, entonces, aplicamos la regla social.

Pero, puede ser que después de verificar lo pactado, no haya una respuesta. Consultamos si es que existe en la doctrina o en la jurisprudencia el reconocimiento de una regla social o tipicidad social; no hay sobre ese tema que se nos plantea y que queremos resolver.

¿A qué acudimos? En este caso, resultan aplicables las normas generales de contratos y obligaciones, de conformidad —en el Código Civil peruano— al artículo 1353, que nos dice que les resultan aplicables a todos los contratos, las normas generales contenidas en este artículo, para efectos

de determinar la responsabilidad, si es que se debe indemnizar o no; si hay situación de incumplimiento; cuándo surge el contrato; cómo se debe interpretar. O sea, todos los temas relativos y que están regulados en las normas generales de contratos y obligaciones serán aplicables de manera supletoria al contrato atípico también.

Fíjense, a veces uno piensa que un contrato atípico no tiene reglas, pero vamos viendo que sí tiene reglas: las reglas sociales, las normas generales de contratos, de obligaciones, pero aun así podría ser que, verificando estos tres primeros pasos, viendo la voluntad de las partes, las reglas sociales y las normas generales de contratos y obligaciones, no encontramos respuesta aún.

Aquel problema que nos presenta el contrato atípico, como no tiene reglas legales específicas, depende mucho de que se pacte algo.

Entonces, cuando las partes dejan un vacío, el gran problema que surge, es que puede ser que estos tres primeros estadios no nos den una respuesta.

En ese caso, la doctrina nos ha planteado la posibilidad de recurrir a reglas de contratos distintos, diferentes, pero que vamos a aplicar por afinidad.

Se denomina la posibilidad de solucionar un contrato típico a través de reglas de contratos diferentes, pero afines; reglas de contratos afines.

Pero, es a través de diferentes teorías: una teoría denominada «de la absorción», que va a identificar cuál es el elemento principal en ese contrato atípico, y le va a aplicar las reglas a las que pertenece ese elemento principal a todo el contrato típico, va a ser regido por esa regla del elemento principal.

La otra alternativa es la teoría de la combinación, que segmenta el contrato atípico en cada uno de sus elementos, y a cada uno de los elementos

del contrato atípico le va a aplicar una regulación específica. Ésa es la teoría de la combinación.

Y la teoría analógica es una teoría a través de la cual vamos a aplicar reglas de un contrato parecido, pero visto en su integridad. Ya no vamos a segmentar el contrato en cada uno de sus elementos. Vamos a ver el contrato atípico en su totalidad y vamos a decir: ¿Este contrato atípico a qué se parece? Ésa es la teoría analógica.

Voy a poner un ejemplo para que no quede tan en el aire este tema.

Si tuviéramos, por ejemplo, que aplicar reglas de contratos afines al contrato de franquicia, podrían ser aplicables las dos primeras teorías: la teoría de absorción y la combinación: contrato de *franchising*. A través de la teoría de absorción teníamos que identificar cuál es el elemento principal. Supongamos que, para alguien, el elemento principal es la capacitación periódica que brinda el franquiciante a favor del franquiciado.

Entonces, ese elemento pertenece a la prestación de servicios. Entonces, podría para alguien interpretarse que aplica la teoría de la absorción, y por eso que se aplique a todo el contrato atípico de franquicia, las reglas de prestación de servicios, artículo 1755 y siguientes. Podría ser la interpretación de alguien en ese tema.

Para otros podría ser: «No, hay que aplicar la teoría de la combinación». Al tema de la entrega de bienes vamos a aplicarle las normas relativas y que la entrega de propiedad en compraventa, si es que se tiene que ceder en uso algunos bienes; de repente, el arrendamiento, si es que tiene que darse capacitación al personal, prestación de servicios, a cada elemento le vamos a aplicar la regla que corresponde a ese elemento.

Para los temas de los intangibles, resultarán aplicables las reglas particulares para la cesión de ese tipo de derechos intangibles, como el uso de las marcas, etc., todas esas reglas.

Para cada elemento del contrato atípico, lo vamos a regir por las disposiciones a las que corresponde cada uno de sus elementos. Segmentan al contrato en cada uno de sus elementos, y a cada elemento los regula por las disposiciones que corresponden a ese elemento. Ésa es la teoría de la combinación, pero cómo podríamos aplicar para el caso del contrato de franquicia la teoría de la lógica. La teoría de la lógica dice: «Mira el contrato todo en su conjunto y di a qué ése más se parece».

En realidad, el contrato de franquicia o *franchising* no se parece mucho a otro contrato que conozcamos. Igual podría alguien decir que se parece a un contrato, pero puede ser discutible.

Entonces, vemos que la teoría, en el caso de la doctrina, nos da como última alternativa, pero como última alternativa, la posibilidad de recurrir a reglas de contratos distintos, pero son reglas de contratos afines.

El gran problema que esto nos genera es que no hay una teoría que resulte preponderante en este caso. Podría ser aplicable cualquiera de las tres teorías, la que mejor se ajuste al tema concreto, lo cual hace sumamente contingente la aplicación de estas teorías. Por eso la recomendación es la siguiente: si estamos frente a un contrato atípico, tratemos de regular todas las eventualidades que nosotros consideramos que podría traer este contrato, porque si no tenemos una regulación especial en lo pactado, es decir, la primera regla, las reglas sociales, a veces, no nos dan respuesta y las reglas generales, tampoco.

Y vamos a tener que irnos a un escenario de reglas de contratos afines, que puede ser contingente, porque no necesariamente va a ser un escenario pacífico porque puede ser que, aplicando una regla a través de la teoría de la absorción, se tenga una consecuencia distinta en cuanto a la regulación, que aplicar la teoría de la aplicación analógica o de la combinación, lo cual hace contingente el escenario. Por eso les digo que cuando ustedes enfrenten a un contrato atípico que no tiene reglas legales específicas, traten de autorregularse en todo aquello que vean que pueda, eventualmente, presentarse como una contingencia o un problema que pudiera tener ese contrato, tratar de autorregularse, porque, de lo contrario, como es atípi-

co, no tiene reglas especiales, y vas a tener que aplicar estos criterios que, a veces, resultan insuficientes, y vas a tener que ir a reglas de contratos afines, que es un escenario bastante contingente por lo discutible.

Porque alguien te puede decir: «Oye, ¿y por qué dices que se parece este contrato a este otro contrato, al contrato que hemos celebrado? No se parecen, o, en todo caso, se parece más a este otro contrato».

O que te digan: «¿Por qué dices que la teoría de la absorción debería aplicarse a tal regla? Si ése no es el elemento preponderante. El elemento preponderante es este otro».

Entonces, como es un escenario sumamente contingente, le digo: «Como última alternativa, apliquemos reglas de contratos afines».

Pero, si estamos celebrando un contrato que sabemos que no tiene una regulación específica, lo mejor es tratar de autorregularse en la medida de lo posible. Éste es el orden de aplicación de reglas, en el caso de un contrato atípico que tenga reglas sociales, como hemos comentado en el caso del contrato de franquicia. Hay algunos contratos que tienen reglas sociales llamadas tipicidad social. Hay otros contratos que no.

Aquellos contratos que no tienen reglas especiales, vamos a seguir la misma secuencia, solamente que retiramos las reglas sociales, pero es exactamente lo mismo. En un contrato que es atípico y que no tiene reglas sociales, primero aplica la voluntad de las partes, en segundo lugar, las normas generales de contratos, de obligaciones; y, en tercer lugar, las reglas de contratos afines.

Y esto que plantea la doctrina y que —como les digo— es sumamente discutible. Tratemos, cuando celebramos un contrato atípico, de no tener vacíos contractuales, porque puede ser que las normas generales de contratos y obligaciones no den respuesta, y cuando no dan respuesta, vamos a tener que irnos a un escenario de aplicación de reglas de contratos afines que puede ser discutible, por lo menos.

Esto es, precisamente, lo que quería comentarles, y ahora hay quien podría decir: «Oiga, pero está aplicando en su premisa anterior, aplicó las reglas sociales antes que las normas legales. ¿Eso por qué?, alguien podría preguntar. Alguien, por ejemplo, por qué la regla social, que es la similar a la norma jurídica, se prioriza respecto de lo que diga una norma legal.

En el ámbito de los contratos, eso está reconocido en el propio artículo 1353. El 1353 te dice que, a todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, que se refieren a los contratos atípicos, en realidad, inclusive, los atípicos, sometidos a las normas generales. Sí, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

La pregunta es, ¿en un contrato atípico que tiene reglas sociales, las reglas particulares de ese contrato atípico: reglas sociales.

Entonces, el propio 1353 está señalando que puedes aplicar normas generales, en tanto no resulten incompatibles con las reglas particulares de contratos. Si hay reglas sociales, esas reglas sociales son las reglas particulares de ese contrato atípico con tipicidad social. Y, por eso, vamos a preponderar la aplicación de las reglas sociales antes que la norma legal, porque así lo prevé nuestra legislación, el Código Civil peruano en el artículo 1353.

Fíjense que dice «salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares», no dice «de las normas particulares». Dice de las reglas particulares de cada contrato. Por eso resulta aplicable esta secuencia, como les había comentado, en segundo lugar, las reglas sociales, las normas generales y después todo lo demás.

Bien, hemos llegado a tiempo y me he excedido un minuto, pero he logrado el objetivo de contarles este tema, que es algo complejo, en el tiempo que se me asignó.

Nuevamente, muchísimas gracias por la invitación y a ustedes por su paciencia, y por estar atentos a esta exposición.

Nos vemos en una próxima oportunidad.

Muchísimas gracias.

**Julián Manta Lara:** Muchísimas gracias a usted, doctor, por la ponencia. Sin duda, la regulación de este tipo de contratos es muy importante.

Muchas gracias, doctor, por todo lo expresado en esta charla. Esperamos tenerlo pronto.

Como segundo ponente, tenemos al doctor Walter Vásquez, quien abordará el tema de las funciones de tipo contractual.

El doctor Walter Vásquez es abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es egresado de la maestría de investigación jurídica de la misma universidad.

Es asociado senior en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, donde se especializa en la estructuración, consultoría y solución de disputas vinculadas, tanto a operaciones contractuales complejas, como asuntos mercantiles, civiles e inmobiliarios.

Asimismo, brinda asesoría legal en derecho inmobiliario, derecho de la construcción y derecho comercial. Es profesor de contratos típicos e investigación metodológica en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y ha sido profesor de derecho civil en la Universidad ESAN y en la Universidad del Pacífico.

Muchas gracias, doctor, por estar presente, y le cedo la palabra para que comience con su exposición.

**Walter Vásquez Rebaza:** Muchas gracias a Contractus, a los organizadores del evento, muchas gracias a los asistentes, que veo que hay una cuantiosa participación, lo cual me genera mucho entusiasmo.

Bueno, estoy acá para compartir algunas reflexiones sobre todo lo que tiene que ver con las funciones del tipo contractual.

Hemos escuchado, pues, la estupenda exposición del profesor Alfredo Soria, sobre los contratos atípicos y la forma de integración.

Ahora, yo voy, un poco de manera complementaria y en sintonía con el tema global de la mesa, a hablar de la contracara, sobre qué pasa con los contratos típicos, y cuáles son las funciones y la importancia del tipo contractual.

Para tales efectos, estoy compartiendo una pequeña presentación que nos va a orientar en la exposición.

El tema que me convoca —como lo digo— se llama «Las funciones del tipo contractual».

Voy a tratar de hacer mis máximos esfuerzos, ya sea por ustedes, de ceñirme al tiempo que se me ha asignado.

En primer lugar, vamos a tratar de definir qué cosa es el tipo contractual.

Como todos nosotros sabemos, pues, el contrato de mutuo, por ejemplo, el contrato de obra, el *leasing*, locación de servicios, son contratos típicos, la compraventa. Qué cosa es lo que hace a un contrato típico. Cuál es la noción de un contrato típico.

El tipo contractual (contrato típico) es aquél que encaja en el tipo contractual. ¿Y qué es el tipo contractual? Evidentemente, para no circular en la definición, tenemos que definir el tipo contractual, y el tipo contractual muy brevemente puede ser definido como aquella operación económica que se lleva a cabo a través de contratos. Pero, no es cualquier operación económica, sino que se caracteriza por ser una operación económica repetida en el tiempo, extendida geográficamente en un mercado relevante, consolidada, en el sentido de que los agentes económicos la perciben como... existe una *opinio iuris*, existe, pues, una conciencia de obligatoriedad en términos sociales, como mencionaba el profesor Soria, aludiendo una terminología Betiana.

Y, además, el tipo contractual es una operación que se lleva a cabo a través del contrato y es coyuntural, en el sentido de que, pues, los tipos contractuales existentes en el derecho romano, no son los mismos tipos contractuales de ahora, y los tipos contractuales de ahora no van a ser contractuales de acá a la próxima regulación del Código Civil peruano, que no sé cuándo se promulgará otro, cuándo se modificará el existente.

Esto depende mucho de la situación fáctica socio-jurídica. Cada tipo contractual es hijo de su tiempo, por eso es coyuntural.

Pero no basta para que exista un tipo contractual que la operación económica llevada a cabo a través del contrato cuente con estas características.

El tipo contractual debe ser consagrado. La palabra clave es «consagrado» a nivel del derecho positivo. Debe ser subsumido por normas; debe existir una regulación orgánica, no solamente un reconocimiento normativo, sino una disciplina; un tratamiento, reglas de juego orgánicas que reúnen los principales aspectos de la vida del contrato, y esto debe estar introducido y reconocido en el derecho positivo, ya sea en el Código Civil, ya sea fuera de éste, como pasa en el Decreto Legislativo n.º 299, que se refiere al *leasing*.

Entonces, esto es un poco la definición del tipo contractual.

Vamos a hablar, y es el tema que me convoca. ¿Cuáles son las funciones? ¿Para qué sirve?

Como ha dicho, pues, el profesor Soria, de manera correcta. Hay todos los contratos no necesariamente son típicos. Existen contratos atípicos, y por el hecho de que un contrato es atípico, no significa que va a ser inválido automáticamente. O sea, atipicidad no es sinónimo de invalidez, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano clásico; clásico y no justinianeo.

Si el contrato no era nominado, no tenía una acción contractual acompañada; y, por ende, a lo más, los agentes económicos involucrados tenían una acción de enriquecimiento sin causa.

Es decir, en el derecho romano es relativo hablar de invalidez e invalidez, pues, todavía no existía la teoría del negocio jurídico que tiene, más bien, una raigambre pandectística alemana, pues es coyuntural o es anecdótico hablar de validez e invalidez. Pero, si hubiese existido la validez en el derecho romano, los contratos atípicos habrían sido inválidos. Ya, hoy día no es así. Hoy día los contratos atípicos son tan válidos como los contratos típicos, los reconoce nuestro propio sistema contractual.

Entonces, la pregunta es «Oye, para qué sirve el tipo, si el contrato siendo atípico todavía va a ser inválido, para qué sirve el tipo».

Y la respuesta es un poco la materia, el objeto de mi exposición.

El tipo contractual tiene cuatro funciones muy importantes que no necesariamente están o están como tales en los contratos atípicos.

¿Cuáles son esas funciones? La función de integración, la función de criterio de asignación de riesgos contractuales asociada a la integración, la función de equilibrio de intereses, y la determinación genérica de licitud.

Cuando nos preguntamos para qué sirve el tipo, estos cuatro ítems son la respuesta.

Voy a explicar cada una de ellas y eso va a ser toda mi exposición.

Una advertencia. El discurso que voy a plantear a continuación, es un discurso que se aplica, tanto a los contratos como a los tipos de cláusulas y también a los tipos de operaciones económicas que se llevan a cabo a través de contratos coligados. Es decir, más que hablar de tipicidad del contrato, es preferible hablar de tipicidad o atipicidad de la estructura o del esquema contractual. Y una estructura, un esquema contractual, puede ser un contrato, puede ser la célula del contrato, que es la cláusula, o puede ser, pues,

el tejido que se arma a partir de esas células que es una operación económica ya estructurada a través de la contratación compleja, que se compone a través de varios contratos; conjunto de contratos.

Primera función de los esquemas contractuales típicos: la función de integración. ¿Qué cosa es la integración? De manera muy sencilla y didáctica, la integración es el verbo rector que define lo que están haciendo estas personas en la imagen que tienen frente a ustedes: construir. La integración es la construcción del contenido del contrato a través de sus fuentes o de reglas heterónomas.

¿Qué significa reglas heterónomas? Pues, lo opuesto a reglas autónomas. No son reglas que provienen de la autonomía privada del acuerdo, de la libertad de los individuos partes del contrato. No, son reglas que provienen del ordenamiento jurídico, de fuentes externas.

Y estas reglas heterónomas, como ustedes saben, pues, pueden ser imperativas o mandatorias y podrían ser supletorias. En ambos casos tenemos intervención.

Sin embargo, las funciones de las normas supletorias imperativas que integran el contenido del contrato, son distintas.

La norma supletoria tiene como función complementar, ayudar a las partes a «llenar vacíos», mientras que la norma imperativa no ayuda a llenar vacíos. El ámbito de aplicación de la norma imperativa en el mundo de los contratos no es el que le dejan las partes por no haber regulado un aspecto contractual. El ámbito de aplicación de la norma imperativa es corregir disfuncionalidades. Hacer preponderar el valor de un sistema jurídico, ya sea en protección del orden público, ya sea en protección de los individuos que son partes del contrato, son normas que se imponen a la autonomía privada. No ocupan el espacio que les deja la autonomía privada. Son enemigas de la autonomía privada.

Por ejemplo, en el caso del arrendamiento, para poner un ejemplo en concreto. Si tú quieres establecer un arrendamiento de veinte años, no pue-

des porque hay una norma imperativa que te lo prohíbe. El plazo máximo para el arrendamiento es de diez años. Y, si la autonomía privada determina que el arrendamiento tiene veinte años, pues, el plazo se va a reconducir al mínimo o al máximo permitido por la ley, que son los diez años. Gana la norma imperativa antes que la norma establecida por autonomía privada.

Vamos a hablar más adelante de la función de la norma supletoria, y es, básicamente, aquella norma definida por Claudio Scognamiglio, no Renato Scognamiglio, se refiere solamente a la integración supletoria, no lo dice, pero se infiere. La finalidad de la integración [supletoria] es agregar lo que resulta necesario para desarrollar el contrato. Sí, agregar lo que resulta necesario para desarrollar el contrato.

Si nosotros damos una mirada al derecho comparado o a los modelos comparados, vamos a caer en cuenta de que en otros sistemas como en el italiano, existen normas centralizadas que regulan la integración del contrato, que regulan las fuentes de integración del contrato.

Por ejemplo, el 1374 del Código Civil italiano regula las fuentes de integración del contrato, a la ley, a los usos y costumbres, a la equidad, a la buena fe en otra norma.

Ciertamente, una sistematización centralizada de las fuentes de integración del contrato no está presente en nuestro sistema legal.

Tenemos el caso, *common term of reference*; tenemos el caso de los principios Unidroit que también regulan, dedican un tratamiento a la integración centralizada del contrato, pero en el sistema jurídico peruano no existe una norma de esta naturaleza, no hay una norma centralizada que regule o que se dedique a la integración del contrato. No la hay.

Eso significa que en el Perú no se integran los contratos, pues, evidentemente no es así. En el Perú, los contratos claro que se integran; sin embargo, si bien no existe una disciplina centralizada que se ocupe de la integración del contrato, como pasa, por ejemplo, en el caso de la interpretación, que si hay normas de interpretación que están en el 168 y siguientes del Código

Civil, en el caso de la integración, la regulación es, más bien, fragmentaria, está por aquí y por allá. Está dispersa, entonces, es tarea del intérprete, es tarea de la doctrina, un poco, digamos, centralizar, sistematizar, explicar coherentemente las diversas fuentes de integración del contrato.

¿Y cuáles son las fuentes de integración?, pues la ley, la común intención de las partes, la buena fe objetiva, los usos normativos, la equidad. Ya dentro de la primera fuente de integración, la ley, se encuentran los tipos contractuales. No solamente contractuales, sino también tipos de cláusulas. El caso de tipos de contratos, conjuntos de contratos, es más difícil. Podría haberlos, sí, pero, principalmente, tipos contractuales y tipos de cláusulas regulados por ley.

Acá, a este nivel, se encuentra el tipo contractual, en la función de integración asociada a la integración legal supletoria, y de esta función están desprovistos los contratos atípicos. Claro, se aplicarán las otras fuentes de integración, como mencionó el profesor Soria, sí, pero la fuente de integración, el tipo contractual como fuente de integración, no se aplica a los contratos atípicos porque son atípicos. Es como una verdad de Perogrullo. Si no se integran en ningún contrato típico, pues, estarán desprovistos, estarán huérfanos de integración, en ese aspecto, al menos.

Desde mi punto de vista, claro, la teoría de los contratos atípicos habla de integración de los contratos atípicos con la tipicidad social. Y esto es totalmente cierto. Los contratos atípicos se regulan con usos y costumbres; sin embargo, desde mi punto de vista, y, al menos, a nivel de procesos, a nivel de arbitrajes y a nivel de procesos judiciales, hay una diferencia bien importante en los usos y costumbres y la ley, a la hora de integrar el contrato. Ambas, teóricamente, son fuentes de integración del contenido del contrato, sí, pero el uso y costumbre no solamente lo alega, tienes que probar. En cambio, la ley simplemente lo alega, y aun cuando no lo alega, el juez o árbitro tiene la obligación de aplicarla, si es en base al principio *iura novit curia*. Con los usos y costumbres, no funciona. Hay un riesgo probatorio. Al uso y costumbre lo introduce al proceso como si fuera un hecho. Tienes que traer al experto para que lo explique, tienes que convencer al tribunal, en cambio, la ley no. No vas a convencer a un tribunal arbitral

de que existe el 1361 del Código Civil, que regula el *pacta sunt servanda* y que los contratos son vinculantes. No, simplemente lo invoca. Entonces, ahí hay una diferencia importante a tener en cuenta.

La segunda función del tipo contractual es la función de asignación de riesgos. Para entender la función de asignación de riesgos, tenemos que entender dos cosas. En primer lugar, que esta función está asociada a la función de integración. A través de la integración, el ordenamiento jurídico, el tipo contractual, asigna riesgos a las partes de un contrato a través de la integración, ya sea supletoria, ya sea imperativa.

Lo segundo que tenemos que entender es qué cosa es el riesgo, y para esto vamos a usar los principios del PMI, Project Management Institute, que tiene una guía, un estándar que se llama el PMBOK, el Project Management Body of Knowledge, que es un estándar que regula algunas prácticas en la gestión de proyectos. Claramente, no es algo jurídico, no es algo puramente legal, sino es algo que se aplica. La noción de riesgo no es algo como la noción de responsabilidad civil, que es puramente jurídica; es transversal a diversas disciplinas.

Entonces, bajo la filosofía del PMI, el riesgo vendría a ser un evento de ocurrencia incierta; y, en caso de verificarse, genera un impacto. El impacto puede ser positivo, negativo. Sinónimo de impacto es consecuencia; una repercusión en, por lo menos, una de las partes. Dice el PMI del proyecto, pero este discurso se podría aplicar muy fácilmente al contrato; sí, en, por lo menos, una de las partes del contrato.

Entonces, la ocurrencia de este riesgo es cuantificable o estimable. ¿Por qué? Porque el elemento riesgo es incierto: no sabes si va a pasar. Mañana sabes si el sol va a salir. Eso no es un riesgo porque no es coyuntural, no es eventual porque no es incierto. Sabes si va a salir el sol, pero si tu contraparte va a cumplir con entregar la mercadería; eso ya es incierto. Hay cierto factor de incertidumbre en el cumplimiento de la contraparte; que sea pequeño, que sea alto, eso tiene que ver con la cuantificación, con el dimensionamiento del riesgo.

Pero, ya hay incertidumbre. Cuando hay incertidumbre, estamos ante la dimensión del riesgo respecto al evento que gatilla la consecuencia.

Bueno, no interesa tanto entrar a una clasificación detallada de los riesgos; hay una serie de riesgos en el mundo de los contratos, cualquiera sea la tipología del contrato, pues, el riesgo es como la energía. El contrato es una institución que acarrea riesgos; sean escasos, sean altos; sean para ambas partes, sean para una sola de las partes, siempre que hay contrato, hay riesgos. Si no quieres asumir riesgos, no celebras un contrato. Siempre que hay contrato, hay riesgos.

Claro, en los contratos de duración o ejecución diferida, el riesgo es mayor, sobre el todo el riesgo del cambio de las circunstancias es mayor, y no me van a dejar mentir quienes han celebrado, pues, arrendamientos, los contratos de construcción que han sido afectados por la coyuntura, pues, del covid-19 y las medidas gubernamentales de contención del contagio y de la propagación del virus.

Vamos a ver un ejemplo de riesgo. El riesgo hay que formularlo. Por ejemplo, vamos a formular el riesgo climatológico. Siempre para formular un riesgo se tiene que emplear la estructura lógica causa-consecuencia.

En el ejemplo que estoy poniendo, el riesgo climatológico, se formula la siguiente forma: debido a las lluvias y otros factores climatológicos, hablando, pues, en el caso concreto de un contrato de construcción, los trabajos del contratista se podrían atrasar aceptando la ruta crítica. Es un poco dramático, pero podría pasar o haciendo necesaria la protección de maquinarias.

Esta afectación de la ruta crítica y esta protección de maquinaria genera impactos que podría asumirlos el contratista. Normalmente, los va a asumir el contratista, si es que la lluvia es previsible. Si es que la lluvia es imprevisible, no los va a asumir el contratista, sino que se los puede trasladar a la contraparte a través de una ampliación de plazo. Y, si es que el contrato lo prevé, a través de una compensación de costos indirectos y de costos directos.

Entonces, ya otra cosa es la asignación del riesgo. En esto entra a tallar el contrato. Una cosa es la identificación del riesgo, y otra cosa la asignación del riesgo.

Precisamente, en este discurso de asignación del riesgo, entra a tallar el tipo contractual. Señores, el tipo contractual asigna riesgos entre las partes. La autonomía privada reasigna los riesgos que la ley ha asignado a través del tipo contractual.

Por ejemplo, y les pongo un caso mucho más concreto. Imaginemos, en una compraventa, el vendedor, dice nuestro Código Civil que el vendedor debe entregar el bien materia de la compraventa, al comprador en el estado en que se encontraba al momento de la celebración del contrato. Por ejemplo, si el vendedor vende una bicicleta, y la bicicleta al momento de la celebración del contrato estaba, pues, ruinosa después de un accidente; ése es el estado en que el vendedor tendrá que entregar la bicicleta: ruinoso, que no sirva para ser montada y para llevarla al comprador. Ése es el estado, el riesgo de la optimización o de la puesta en funcionamiento de la bicicleta, ¿quién lo asume?, si es que la norma dice que el vendedor se libera entregando la bicicleta en el estado ruinoso en que se encontraba? No necesariamente ruinoso. Cualquier estado en que se encontraba. ¿Quién asume el riesgo de la optimización o de la puesta en funcionamiento? El comprador.

Entonces, el tipo contractual determina, a través de la regla legal por la cual el vendedor se libera entregando el bien en el estado en que se encontraba al momento de celebración del contrato, en este caso, la bicicleta ruinosa, determina que el comprador es quien asigna el riesgo de restauración.

En el arrendamiento, que es otro tipo contractual, la distribución de ese riesgo de restauración de puesta en funcionamiento, es totalmente distinto porque existe la obligación del arrendador de entregar el bien en estado de servir, y de mantener en el uso al arrendatario.

Oye, claramente, si es que el bien se vuelve disfuncional o el funcionamiento se reduce, el arrendador tendría que asumir ahí las consecuencias

económicas. ¿Por qué? Porque la ley ha colocado el riesgo de la funcionalidad del bien en cabeza del arrendador, a través de la regla del mantenimiento en el uso y de la entrega del bien en estado de servicio.

Entonces, la ley supletoria o imperativa asigna riesgos. Las partes los reasignan, pero la ley los asigna.

Vamos a hablar sobre la tercera función. Ya sólo nos quedan dos: la función del equilibrio de intereses, menos conocida que las dos anteriores que hemos visto.

La función de equilibrio de intereses parte de un presupuesto.

Las reglas legales que el legislador, a través de las normas, determina que deben integrarse al contenido del contrato, ya sea supletorias, ya sea imperativas, pero, principalmente, supletorias. Bueno, las imperativas, como les digo, tienen la función de corregir disfuncionalidades.

Pero, se supone o se presupone o debería ser así; es un deber ser; es un mundo «ideal», el hecho de que la norma supletoria que se integra al contenido del contrato, sea una norma equilibrada.

¿Y qué significa equilibrada? Es como decir justo, bueno, malo. ¿Qué es equilibrada?

Desde mi punto de vista, en el mundo de los contratos, el término equilibrado debe entenderse como sinónimo de neutral. ¿Y qué significa neutral? Pues, significa que obedezca, al menos desde el punto de vista económico, obedezca a los criterios de asignación del riesgo determinados por el análisis económico del derecho.

¿Y cuáles son esos criterios de asignación del riesgo? Básicamente, que el riesgo debe ser tomado por la parte o por aquella parte que se encuentre o que pueda generar la información para identificar y prevenir la materialización del riesgo, que el riesgo sea tomado por aquella parte que puede controlar sus consecuencias, que el riesgo sea tomado por la parte que

pueda evitar su materialización, por la parte que puede cubrirse contra el riesgo, por la parte que pueda difundir socialmente el riesgo; éos son los criterios de asignación del riesgo.

Si es que la norma respeta a la hora de asignar riesgos esos criterios, será una norma neutral, será una norma equilibrada.

Profesor, entonces, se presupone que todas las normas supletorias son equilibradas. Eso es lo que debería pasar, debería ser así. No siempre es así, lamentablemente, debería ser así.

Y esto es importante, es muy importante, más importante de lo que se piensa en contratos estandarizados, porque existe un artículo como el 1399, que tampoco es muy conocido del Código Civil, que funciona para contratos típicos que, además, son contratos estandarizados. Es decir, por contratos estandarizados se entiende a los contratos de adhesión o contratos con cláusulas generales de contratación.

Me gustaría hablar más sobre el 1399, de hecho, estoy escribiendo un artículo sobre el 1399, pero de manera muy breve les voy a decir que el 1399, en primer lugar, sólo se aplica para los contratos típicos. Ya hemos dicho qué cosa son contratos típicos. Y, además de ello, el 1399 determina que si en un contrato típico el predisponente, quien elabora las reglas de juego a las cuales se va a sujetar el adherente tras su aceptación, introduce una regla que se desvía de las normas aplicables para ese contrato típico por imperio del 1399, esa regla desviada de aquella prevista supletoriamente para el tipo, se va a presumir *iuris tantum* irrazonable.

Y si esta presunción no es desvirtuada y la regla que se desvía del tipo se mantiene como irrazonable, y no se acredita su razonabilidad, en el caso concreto, esta regla desviada del tipo va a ser ineficaz. En lenguaje correcto, debería ser inválida. Esto vendría a ser una cláusula desequilibrada; llamémosle abusiva; llamémosle vejatoria, pero la cláusula no tiene efectos porque se desvía de la regla típica. Muy importante esa norma y todo se construye sobre la base de la premisa de que las reglas supletorias son neutrales.

La neutralidad de la regla supletoria busca proteger al adherente. ¿Por qué? Porque si su contraparte se desvía de esa neutralidad, se va a presumir que la regla es irracional y bajo el 1399 podría ser nulificada. Muy importante la función de equilibrio de intereses del tipo contractual.

Termino con la función de determinación genérica de licitud.

No me malentiendan. La licitud siempre se determina en concreto. Nunca se determina en abstracto, pero si un contrato es típico, o una cláusula es típica o una recuperación económica que se teje a través de varios contratos es típica, y las partes la están usando para un empleo normal, para lo que normalmente sirve, para su función cotidiana, para su función típica, y la estructura ha sido prevista por el legislador, y ¿está siendo empleada normalmente para lo que sirve? Oye, esa estructura que está siendo típica, que está siendo normalmente empleada para lo que sirve, está blindada contra la invalidez. Está blindada contra la invalidez.

Y les pongo un ejemplo ya para terminar algo en concreto.

Por ejemplo, todos nosotros acá conocemos qué cosa es *pacta sunt servanda*, el principio de fuerza vinculante regulado en el artículo 1361 que, básicamente, lo que dice es que A y B celebran un contrato; A y B están obligados para ese contrato, y si no lo hacen van a haber consecuencias patrimoniales para quien incumpla, para quien se desvío de la regla.

Más allá de lo que dice Bianca Cherubini, que seguramente es muy interesante, operativamente, la idea de fuerza vinculante del contrato determina que, si A y B celebran un contrato, A y B deben honrar el contrato. De esta forma, A, unilateralmente, y *ab nutum*, es decir, de manera inopinada, sin una justa causa, sin una previsión específica, no podría decir: «¿Sabes qué? Ya no quiero el contrato», al día siguiente de haberse vinculado con la contraparte; no podría arrepentirse, no podría desistirse, simplemente, porque le da la gana, lesionando los intereses de la contraparte. La contraparte B tampoco podría arrepentirse y tampoco podría pretender modificar los términos y condiciones. Unilateralmente, estamos hablando de unilateral. Evidentemente, si es que aplica figuras legales como la excesi-

va onerosidad de la prestación, la ley lo permite, pero, el *pacta sunt servanda* como regla, determina que el vínculo contractual resiste los arrepentimientos y modificaciones unilaterales encausados por alguna de las partes.

Entonces, uno podría pensar que una cláusula por la cual una parte se reserva el derecho absolutamente inopinado, indiferente sin ningún impacto económico adverso de salirse del contrato después de haberlo celebrado, pues va contra este principio de *pacta sunt servanda*; y, por ende, debería ser nula, pues, es un principio que soporta la idea de contrato, como mecanismo de seguridad jurídica para realizar intercambios.

Si no hubiera seguridad en los intercambios, pues, no habría mercado; la economía, pues, no funcionaría porque al día siguiente yo te vendo un carro y lo podría recuperar. Evidentemente, eso no tiene sentido.

Entonces, uno podría pensar que, si se pacta un desistimiento *ad nutum*, fuera o que contraviene directamente al *pacta sunt servanda*, la cláusula es nula. Ya, les presento a la cláusula de retroventa en el contrato de compraventa, prevista supletoriamente por el legislador: «Por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de una decisión judicial».

Si no existiera este 1586, uno podría decir: «Oye, si yo pacto una cláusula por la cual vulnero... como el día o la noche, el *pacta sunt servanda*, la cláusula es nula porque está vulnerando el también de orden público que tiene este *pacta sunt servanda* respecto a la seguridad jurídica los intercambios». Si no existiera este 1586, habría duda, pero como existe el 1586, si se pacta en retroventa, y el vendedor la usa para lo que normalmente están hechas, pues, eso está permitido. La estructura, la cláusula está blindada por el 1586, por la regulación del legislador. Ésa también es una función del tipo.

Ya, pues, si el caso concreto hace que vendedor y comprador celebren una retroventa para emplear un tipo de fraude a la ley, a las normas de ejecución extrajudicial de bienes inmuebles, a las reglas de la usura, ya es otro caso concreto. Ya no se está usando la estructura para su función

típica. Pero, si utiliza la retroventa para lo que normalmente sirve, está permitida. No cabe duda de que está permitida. En eso consiste la función de validación genérica de la licitud de las estructuras contractuales de tipo contractual, en determinar que si tú usas la estructura típica para lo que normalmente sirve, ya no debe discutirse su licitud.

Entonces, ya no cabe discutir si se puede pactar un desistimiento *ad nutum* que va contra el *pacta sunt servanda* en la retroventa, porque el legislador lo permite expresamente. Ya no hay discusión sobre si la figura es admisible; sí es admisible.

Bueno, no sé. Creo que ya estoy con el tiempo, seguramente. Eso ha sido todo. Ésa ha sido toda la exposición. Les agradezco por la atención prestada; y, bueno, quedo a disposición de los organizadores del evento. En todo caso, nuevamente, reitero mi agradecimiento por la invitación.

Muchas gracias.

**Julián Manta:** Muchas gracias, doctor Walter Vásquez, por esta bonita ponencia. Sin duda, sus ejemplos prácticos son de mucha utilidad para todo el público asistente a esta conferencia.

Esperamos tenerlo pronto.

A continuación, como tercer ponente tenemos a la doctora Olga Alcántara, quien abordará el tema de análisis comparado del contrato electrónico.

La doctora Olga Alcántara es máster en economía y derecho del consumo por la Universidad de Castilla La Mancha en España y máster en derecho con especialidad en derecho europeo por la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica.

Es titular de un DEA en derecho civil por la Universidad Carlos III de Madrid y magíster en derecho empresarial por la Universidad de Lima.

Ha seguido, además, estudios especializados en derecho marcario y de patentes en la Academia de la OMPI. Es abogada, docente universitaria, investigadora y autora de diversos artículos sobre derecho de moda, propiedad intelectual, derecho del consumidor y civil.

Publica regularmente en revistas jurídicas nacionales e internacionales.

Es para nosotros un honor, doctora, tenerla aquí.

Le cedo el paso.

**Olga Alcántara Francia:** Buenas noches, Julián.

Agradecerles, primero, a la organización Contractus por esta invitación, una vez más. Muchísimas gracias por la oportunidad de poder compartir con diferentes profesores eminentes del derecho civil de nuestro país.

El día de hoy, efectivamente, voy a hablarles acerca del contrato electrónico, pero voy a tocar un tema, más bien, específico. No voy a explicar, digamos, lo que es el contrato electrónico y cómo se celebra y todo el tema de provisionamiento, sino, básicamente, me voy a referir a los contratos inteligentes que son, digamos, una especie del género de contratos electrónicos.

Bueno, éstos van a ser los puntos en los que organizado yo la exposición que les traigo esta tarde. Hablar acerca del concepto de contrato inteligente o *smart contract*. Hablar acerca de la situación, de las implicancias legales; el hecho de que no están regulados, y las conclusiones a las que llegamos, luego de esta pequeña revisión.

Antes de entrar de lleno a la exposición, creo que es necesario situarnos en cuanto al término, porque los *smart contracts*, básicamente, contratos inteligentes son uno de los términos que más, digamos, están de moda, conjuntamente con unas, digamos, vertientes, por decirlo así tan conocidas, como el *legal text*, o como el *thing text*, por ejemplo, como productos que son productos relacionados a la nueva industria financiera, o como,

finalmente, el *insure text*, que es la aplicación de la tecnología en el ámbito de los seguros.

Entonces, básicamente, aquí la gran pregunta es, ¿en estas secciones o sectores recientes como el *insure text*, es posible utilizar los *smart contracts* o los contratos inteligentes resultan ejecutables? Pues, la respuesta es que sí.

Ahora, la gran pregunta aquí es sobre la base de qué es que se organizan estos tipos de contratos, qué principios rigen esta nueva manera de contratar, estos nuevos mecanismos contractuales que están, digamos, dirigidos por, básicamente, la tecnología, o la ingeniería informática. Pues, así como todo lo que se ha venido desarrollando en materia tecnológica, los *smart contracts*, básicamente, presentan algunas ventajas, ya sea por algunos principios como la rapidez, la previsibilidad, y, básicamente, la automatización.

Entonces, vamos a entrar ahora a ver el concepto del contrato de *smart contract* o el contrato inteligente. Y, aunque parezca difícil, voy a tratar de explicar y situarnos en perspectiva para que, más o menos, quede claro a lo que nos estamos refiriendo.

Un *smart contract*, un contrato inteligente, autoejecutable, como ha sido definido por la doctrina, es un acuerdo entre las partes. No deja de ser un contrato que remite, básicamente, a un acuerdo entre partes que desean vincularse bajo un espectro de determinadas obligaciones.

Ahora, cuál es la diferencia, y aquí, adelantándome a lo que luego voy a explicar, la diferencia con el contrato tradicional es que, normalmente, con el contrato tradicional, de alguna manera, que pueda expresar a través de una contratación negociada entre dos personas, a través de la contratación por adhesión con la firma de formularios o de condiciones generales de contratación, pero siempre están de por medio las personas.

Aquí, en este caso, no hay personas de por medio; el contrato inteligente se autoejecuta, de ahí su nombre de autoejecutable, obviamente, con el consentimiento y asentimiento de las partes, en este caso, de la parte que va a firmar el contrato.

¿Cómo se verifica este contrato? Es decir, ¿cómo se hace patente? ¿Cómo es que nosotros podemos saber que estamos firmando un contrato inteligente?

Pues, básicamente, se manifiesta a través de códigos encriptados y de firmas digitales en donde, justamente, se encuentran todas las cláusulas y las obligaciones a las que nos estamos comprometiendo.

¿Y por qué decimos que es automatizado, autoejecutable? Porque esos códigos encriptados responden, básicamente, a la presencia de programas informáticos. Son programas que se han desarrollado sobre la base de algoritmos y que, básicamente, permiten la ejecución automatizada, una vez que se ha dado el consentimiento y se ha firmado, obviamente, a través de firmas digitales que son, justamente, mecanismos encriptados también.

Entonces, qué es lo que sucede. Básicamente, el texto, digamos, o lo que vendría a ser las cláusulas generales de contratación o las cláusulas en contratos por adhesión, se convierten, básicamente, en textos que permiten un programa ejecutable.

Algunos autores de la doctrina que estudia este tipo de contratación, lo definen como transacciones digitales autoejecutables que utilizan mecanismos criptográficos descentralizados.

Entonces, nos encontramos nuevamente en el ámbito de un contrato electrónico cien por cien, automatizado, autoejecutable, en el que no requiere ese proceso de negociación previa, que normalmente caracteriza a los contratos entre dos personas físicas.

Evidentemente, requieren también aquí, justamente, de herramientas, que las vamos a ver como monedas digitales, *bitcoins* e, incluso, los contratos inteligentes como *smart contracts*, lo que son autoejecutables, normalmente, se organizan y se ejecutan sobre la base de plataformas de *blockchain*.

Entonces, resultan ser exponentes, digamos, de la tecnología de la famosa y denominada «cadena de bloques» o *blockchain* que permite, justamente, que diferentes equipos, ordenadores y computadoras y otros dispositivos, puedan actuar de forma conjunta, ejecutando y funcionando justamente la información que se maneja en este programa denominado «contrato inteligente».

Entonces, ¿qué es lo que sucede aquí? Todas las computadoras intervenientes, y no hablo solamente de aquél que va a firmar porque, evidentemente, si hablamos de un contrato, el contrato puede vincular a diferentes partes que pueden estar vinculadas a ese programa, a ese *smart contract* de diferentes ordenadores en diferentes lugares del mundo.

Entonces, si hablamos aquí de que el contrato inteligente es un programa informático, un programa de ordenador, que está organizado sobre la base de algoritmos que se autoejecuta, una vez que las partes consienten en celebrar y en acogerse a ese texto que forma parte del *smart contract* y que pueden estar ubicadas en diferentes lugares del mundo, en las que no se requiere negociación, ni una conversación de parte a parte, entonces, simplemente, el sometimiento a las condiciones que están establecidas en ese programa, y no interesa a que, finalmente, estén conectadas a un computador, a un iPad, a un teléfono móvil, pueden participar o pueden firmar y consentir el contrato de diferentes dispositivos móviles.

Lo que importa aquí es que no van a requerir una suerte de comunicación del deudor o a las otras partes contratantes para que se ejecute, porque el contrato se autoejecuta de manera independiente a la voluntad de las partes.

Esto ha dado lugar a lo que se ha denominado como *tokenización* de activos. ¿Por qué razón? Porque se vinculan aquí tres tecnologías. Por un lado, los *smart contracts*, los contratos inteligentes, por un lado, la plataforma *blockchain* o cadena de bloques; y, por otro lado, el uso de criptomonedas, las famosas *bitcoins*. Por qué razón, porque no vamos a hablar aquí, justamente, de circulación de dinero en efectivo.

No, no es igual, por ejemplo, yo voy a comprar una casa, un inmueble, y sabemos que hay todo un proceso previo a la adquisición del bien inmueble, tanto formal, como, digamos, propiamente, material, en el entendido de que yo tengo que entregar un dinero. Obviamente, el dinero al día de hoy, como todo está o pasa por los bancos, ya no voy a ir con mi maletín de dinero y pagar, sino que esta materialización se hace a través de una cuenta, pero, finalmente, sigue siendo dinero como el que conocemos.

Las criptomonedas son, digamos, monedas digitales, son monedas que no tienen una entidad en papel ni en una moneda acuñada; sin embargo, tienen un valor, y representan justamente ese valor para ese tipo de transacciones que son íntegramente digitales.

Entonces, qué sucede con esta llamada *tokenización* de activos, que hacen justamente posible el proceso de representación digital. Fíjense ustedes: transacción digital de activos físicos para su inscripción en esta famosa cadena de bloques, y permite justamente su posterior transmisión como un activo digital. Es decir, yo voy a transformar mis activos físicos a activos digitales, y eso me va a permitir a mí, a través de la cadena de bloques, los contratos inteligentes y las criptomonedas, poder transferirlos o transmitirlos como si fueran todos activos digitales.

En pocas palabras, de qué estamos hablando cuando hablamos de contratos inteligentes, cuando hablamos de *smart contracts*.

Por aquí también hay algunos comentarios.

No, no porque ésas son máquinas, digamos, como autómatas, que son solamente, digamos, con un proceso muy básico, simplemente, para el expendio de una gaseosa. Aquí hablamos, realmente, de algoritmos bastante complejos, que lo que buscan no solamente es la relación máquina-cliente, sino la relación de diferentes personas en diferentes lugares que al mismo tiempo se van a sujetar a este tipo de transacción organizada por contratos inteligentes.

En pocas palabras, qué es un contrato inteligente, que es un *smart contract*. Sigue siendo un acuerdo entre dos o más partes en un entorno en donde se define lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer. ¿Cómo se puede hacer? ¿Qué pasa si no se hace? Es decir, igualmente hay cláusulas que definen justamente lo que vienen a ser las obligaciones. ¿Qué es lo que se debe hacer? ¿Cuándo se debe hacer? ¿Cuáles son los plazos entre los cuales esas obligaciones sean ejecutadas? ¿Qué pasa o cuáles son las sanciones si finalmente las obligaciones no llegan a ser ejecutadas en el plazo establecido justamente en las cláusulas del contrato inteligente.

Es decir, se establecen como unas reglas de juego que permiten a todas las partes intervinientes poder entender en qué va a consistir la interacción que van a realizar; y, básicamente, a qué es a lo que se están sometiendo.

Muy bien. Un contrato inteligente es capaz, como ya les dije, es autoejecutable, de ejecutarse y de hacerse cumplir por sí mismo, de manera autónoma, de manera automática, no requiere intermediadores y mediadores. Ojo. Es decir, como es un programa informático; es un programa. Se autoejecuta; no requiere de intervención de terceros, de personas, de mediadoras. No requiere de ello. Se autoejecuta.

Entonces, básicamente, ¿qué es lo que ocurre aquí?

Con esta característica de ser ejecutable, se evita justamente la interpretación de los términos.

Fíjense ustedes, si hacemos una comparativa con el contrato tradicional, todos sabemos que el contenido de un contrato negociado, está sujeto también a la interpretación que el abogado, que las partes puedan hacer respecto al cumplimiento de las obligaciones.

Si bien es verdad, están claramente establecidas, escritas, determinadas en el papel o el formulario, lo que sea, siempre hay posibilidad de que uno pueda ir ante el Poder Judicial y exigir justamente una interpretación por parte del juez respecto de ese tipo de obligación o del tipo de sanción que

luego acarree, eventualmente, el incumplimiento. Está siempre sujeto a una interpretación y a una opinión, digamos.

En el caso de los *smart contracts*, pues, no es así porque esto, básicamente, se da sobre la base de códigos informáticos, la base de *scripts*, de códigos informáticos, inclusive, hay algunas veces algoritmos que reportan lenguajes de programación. Por lo tanto, aquí no hay posibilidad de interpretar, simplemente, se autoejecuta de manera exacta, tal cual como se han establecido los términos, ¿de acuerdo? O sea, básicamente, son como comandos que ejecutan sentencias, por eso hablamos de un programa informático.

Entonces, un *smart contract* puede ser creado y llamado por personas físicas y jurídicas, definitivamente, pero también puede ser de repente creado y elaborado por máquinas u otros programas que funcionen de manera autónoma. También es posible.

Un *smart contract* tiene validez sin depender de autoridades. ¿Por qué razón? Porque volvemos a la primera diapositiva, básicamente, refiere o nos remite a la voluntad de las partes, al consentimiento de las partes, a sujetarte a este tipo de contratación; a esta modalidad o esta forma de contratar, ¿de acuerdo? Es un código básicamente visible por todos porque es un programa y que no se puede cambiar; es inmodificable.

Aquí sí básicamente se aplica lo que vendría a ser este principio, como señaló el doctor Vásquez, el *pacta sunt servanda*, y a rajatabla, porque aquí no hay leyes, no hay normas imperativas, no hay códigos que establezcan alguna salida legal frente a esto.

Hablamos acá de códigos y de comandos que se autoejecutan, y, por lo tanto, se van a ejecutar a pie juntillas, de acuerdo a lo que se ha establecido o de acuerdo a la programación que se ha hecho respecto de estos términos. Por lo tanto, estos comandos no se pueden cambiar y no se van a cambiar.

Ahora, esto básicamente le confiere justamente un carácter de inmutable a ese tipo de contratos. Transparentes porque los códigos y, básicamente,

te, la forma de contratar la conocen las partes intervenientes; y descentralizado porque, fundamentalmente, pues, ya les digo, pueden ser contratos por varios sujetos en diferentes lugares, y no es exclusivo solamente de una sola persona y focalizado en la única persona, sino en todas las partes que pueden intervenir y que estén interesadas en interactuar a través de ese tipo de contrato.

El segundo punto que vamos a tratar ahora es los *smart contracts*, y, básicamente, la legalidad.

¿Qué tenemos que tomar en cuenta aquí? Que es un contrato programado, es un programa. Es un, digamos, refiere a un lenguaje de programación a través de *scripts*, a través de códigos encriptados que son, básicamente, comandos organizados para ejecutar determinadas funciones.

Entonces, ¿cuáles son los potenciales peligros que podemos encontrar en estos *smart contracts*, estos contratos inteligentes que son capaces, básicamente, de gestionar activos digitales sujetos a un valor económico, como ya hemos dicho, como no mueven o no manejan, digamos, no son instrumentos que van a permitir un intercambio a través del pago del dinero físico, sino, básicamente, de interacciones o interacciones a través, en plataformas digitales, con requerimientos de monedas digitales como el *bitcoin*, por ejemplo, y a través de la cadena de bloques.

Entonces, básicamente, aquí se mueve todo a través de valores. En realidad, los *smart contracts* pueden gestionar dinero, pero este dinero no tiene una entidad meramente física, al menos, no dentro del mundo o dentro del espacio del contrato inteligente.

No, otra cosa es que esto representa un dinero. Por supuesto que sí, pero el mecanismo para hacer la transacción no es un dinero, digamos, físico en efectivo.

Así es. Esto requiere, efectivamente, que se haga... Bueno, generalmente, cuando hablamos aquí de *blockchain* y de *bitcoin*, generalmente,

los entornos que más se usan son las plataformas *ether*, de dichos contratos electrónicos, de hecho, el contrato inteligente más conocido es el *Ethereum*.

Pero, bueno, esto requiere que, efectivamente, se haga algunos énfasis en la correcta programación del contrato.

Evidentemente, como ya sabemos, todos los programas informáticos, al ser productos humanos, están sujetos al error. Pero no solamente al error en cuanto al diseño y a la elaboración propiamente y a la programación, sino que también pueden tener fallas de seguridad. Y esas fallas de seguridad pueden, de repente, permitir algunas intervenciones no autorizadas a través de virus u otros programas informáticos que puedan parasitar este tipo de contratos, y con ello traer como consecuencias una ejecución no deseada o fallos inesperados que pueda ocasionar finalmente daños y perjuicios a las partes que están interviniendo.

Ahora, esto, digamos, que no es de ocurrencia frecuente. De hecho, estos contratos se caracterizan especialmente por su seguridad. Sin embargo, no significa que no puedan ocurrir, con lo cual, frente al peligro potencial frente a eventuales problemas vinculados a la programación o a las fallas de seguridad, este contrato ya no sería tan seguro como lo esperamos.

¿Cuáles son los posibles ámbitos de aplicación de los contratos autoejecutables? En el sector financiero es el primer sector que más se utiliza ese tipo de *smart contracts*. De hecho, creo que el BBVA es también uno de los primeros bancos que utilizan ese tipo de transacciones. ¿Para qué? Para contratos de préstamo, se puede autorizar aperturas de cuentas bancarias, contratos de tarjetas de crédito, intermediación bancaria, por ejemplo.

También el sector de seguros, ya hemos visto que el Insurtech es una plataforma de alta tecnología que justamente usa *smart contracts* para el sector seguros; y, obviamente, ahorra costos en lo que es la transacción de siniestros, pagos de indemnizaciones porque se autoejecuta. Una vez que reporta justamente una coincidencia con los códigos encriptados, posiblemente, se autoejecuta.

También se puede usar para contratos entre particulares; puede también disminuir costos transaccionales porque ya sabemos que no hay, ya se reduce, se elimina por completo la fase de negociación. Y, básicamente, también se pueden utilizar en contratos, como, por ejemplo, de donación, e incluso, también en el ámbito propiamente de la gestión de reclamaciones.

¿Por qué razón? Porque se pueden gestionar de una forma más ágil a través de la programación de logis informáticos se puede gestionar mucho mejor las respuestas automáticas a las reclamaciones.

Otras aplicaciones que también al día de hoy se vienen sondeando de esos tipos de *smart contracts* y a tecnología *blockchain* también, es justamente para luchar contra la corrupción.

Un artículo de la revista *Compromiso empresarial* justamente hace mención del uso de la tecnología *blockchain*, como una de las tecnologías que pueden ser trazadas hasta su origen para, justamente, detectar transacciones en las que hubiera algún riesgo potencial o, digamos, problemas vinculados a la corrupción.

Entonces, básicamente, aquí se ha sondeado y se ha mencionado que se puede reducir, inclusive, hasta en un 40% el impacto justamente derivado de la corrupción, siempre y cuando, o, mejor dicho, en la medida en que se puedan utilizar estos contratos para, justamente, aplicarlo al seguimiento, al *tracking*, por decirlo de alguna manera, de todas las operaciones que se hagan a través justamente de este tipo de mecanismos contractuales.

¿Cuáles son las implicaciones jurídicas de los *smart contracts*?

Aquí, por ejemplo, vamos a encontrar y vamos a hacer algunas comparaciones.

Para suscribir un contrato se precisa la verificación de la capacidad para obligarse de los contratantes. Cuando hablamos de un contrato tradicional, lo normal es que los contratantes sean mayores de edad, y que sean capaces, o sea, tengan esta capacidad de ejercicio, capacidad de goce para

poder obligarse voluntariamente a través de un contrato. Y, obviamente, sabemos también que, si el agente no tiene esta capacidad, pues, puede invalidar o manchar de nulidad este contrato.

Ahora, en el caso de las partes intervenientes en las interacciones de un contrato inteligente, como no se ven, no están frente a frente, no es posible determinar si, efectivamente, una de las partes cumple con este requisito de la capacidad, de ser mayor de edad, por ejemplo.

Entonces, aquí, básicamente, hay un riesgo real de que, de repente, algún interv引niente, pues no cumpla con este requisito; y, al menos en teoría, pueda afectar la validez de este tipo de contrato.

Ahora, un contrato tradicional sabemos que, básicamente, lo pactado, en principio, resulta ser inalterable, a lo largo del tiempo, salvo que, efectivamente, en algunos casos, como el profesor Rebaza Vásquez ha señalado, en la compraventa, pues, haya alguna cláusula que permite cambiar, digamos, reservarse el derecho, justamente, de revocar la decisión de venta.

Pero, en principio, si nos atenemos justamente a este principio de *pac-ta sund servanda*, diríamos que esto aboga por la permanencia en el tiempo, de las cláusulas contractuales, salvo, evidentemente, acuerdo de las partes.

En el caso de los *smart contracts*, si bien es verdad son inalterables, no se puede tampoco garantizar que el código del contrato, este código encriptado, no cambie de manera espontánea. ¿Como consecuencia de qué? Es decir, no es que va a cambiar de manera espontánea de la nada. Tengan ustedes en cuenta que tenemos un programa informático. Estos cambios «espontáneos» se pueden deber a ataques informáticos también a través de virus, a través de programas espías o demás, pueden afectar justamente la programación de este contrato, y originar cambios en los términos o en los procesos de autoejecución. Entonces, eso también genera un riesgo.

Los contratos inteligentes son programas informáticos, codificados, que van a realizar determinadas funciones predeterminadas, y este lenguaje, obviamente, es ininteligible para aquéllos que no conocen de programa-

ción, que no conocen de informática, lo cual también plantea, de cara a la contratación tradicional que, normalmente, es realizada, hecha, conocida e interpretada por abogados, puede plantear cuestiones serias respecto a su validez.

Y aquí, inclusive, hablamos también y, si queremos ir un poco más allá respecto a los propios términos, respecto de la comprensibilidad, de la accesibilidad, de la claridad, de la transparencia de esos términos, que son los que van a permitir la interacción y la autoejecución de los contratos.

¿Los contratos inteligentes están regulados? Pues, la respuesta es que no. No hay todavía una regulación específica sobre contratos inteligentes, lo cual, en principio, podríamos pensar que genera una inseguridad jurídica. Digo, podríamos pensar, porque tampoco no es que esté, digamos, tan clara esta respuesta, dado que nosotros estamos, digamos, en un régimen jurídico codificado en el que nos gusta, justamente, tenerlo todo especificado sobre papel.

Y aquí, justamente, hablamos de un mecanismo que difiere totalmente de la contratación tradicional clásica que todos conocemos. Totalmente.

Es decir, recibe el nombre de *smart contract*, pero, realmente, si queremos nosotros establecer una comparación realista, no estamos hablando de un contrato como tal, como lo conocemos, sino básicamente, de un programa informático.

Entonces, qué tan importante o qué tan necesario sería tener una regulación respecto de cómo se ejecuta un programa informático. Entonces, eso habría que evaluarse. Es decir, realmente, el conocimiento que tenemos los abogados y los juristas, de programación y de informática, hace necesario que intentemos regular justamente la forma cómo funciona un contrato informático. Bueno, ésa es una pregunta que habría que pensar cómo la respondemos.

¿Genera inseguridad jurídica? También habría que evaluarlo y reflexionarlo.

¿Cuáles son las conclusiones a las que nos llevan, digamos, todos estos cuestionamientos? Es que los contratos inteligentes son una tecnología emergente que requiere, evidentemente, en primer lugar, el soporte tecnológico. El soporte jurídico también, pero no en la fase, de repente, de autoejecución, sino en la fase propiamente de programación, en el momento en que la persona, no solamente el ingeniero informático, sino quizás también la parte legal, está justamente elaborando y construyendo este programa con este lenguaje informático determinado para que ejecute determinadas funciones.

Entonces, ésa es una etapa, digamos, previa a la construcción propiamente del programa informático que no sé yo. Realmente, yo misma me planteo ese cuestionamiento, si es que requiere justamente de una regulación específica.

Ahora, que hay cuestionamientos respecto a la seguridad y la confiabilidad, por supuesto que sí.

Ya sabemos que todo lo que es tecnología nos presenta certeza, seguridad en cuanto a su utilización, fiabilidad, pero todas esas, digamos, bondades también están sujetas, al error humano y también están sujetas justamente a fallos de seguridad, provocados por esas tecnologías creadas justamente para romper las barreras de aquéllas que han sido creadas.

Entonces, siempre va a haber ahí un riesgo de falta de seguridad o de inseguridad y de dificultades que pueda presentar esa nueva manera de contratar.

Muchas gracias.

No quiero tampoco extenderme más para no cortar las ponencias que siguen.

Quiero agradecer, más bien, agradecerte a ti también, Julián y a Contractus por la oportunidad de haberme presentado en esta ocasión y representado justamente ese tema.

Gracias.

**Julián Manta Lara:** Sin duda, la tecnología y el derecho están en constante evolución, y situaciones como la actual en una pandemia, nos obliga a desarrollarnos, y el derecho no puede ser ajeno a la evolución constante que tiene el ser humano.

Es un honor, doctora, que usted nos haya impartido conocimiento con todo su amplio repertorio acerca de los *smart contracts*, porque yo no dudo de que, de aquí a unos años, probablemente, sea la realidad jurídica que vivamos en Latinoamérica.

Gracias, doctora, de nuevo.

**Olga Alcántara Francia:** Muchas gracias a ustedes por la invitación. Mu-chísimas gracias.

**Julián Manta Lara:** Esperamos tenerla pronto.

## **BLOQUE N.º 5: «CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, PROCESO JUDICIAL Y ARBITRAJE»**

*Roger Vidal Ramos  
Verónica Rosas Berastain  
Alfredo Ferrante*

**Julián Manta Lara:** A continuación, para el quinto bloque, el cual versa sobre controversias en torno a los contratos, tenemos al doctor Roger Vidal, el cual abarcará el tema de «Cláusula escalonada y la competencia arbitral».

El doctor Roger Vidal es abogado especializado y en ejercicio en derecho arbitral, contrataciones estatales, derecho civil, patrimonial, empresarial y solución de controversias.

Es presidente del Instituto de Derecho Civil, docente universitario y en los diferentes cursos de derecho civil e investigación.

El doctor Roger Vidal Ramos se ha desempeñado como magíster también en derecho civil y comercial. Es especialista en solución de controversias, participando en diversos procesos judiciales y arbitrales como abogado. Árbitro ante la Cámara de Comercio de Lima, Cámara de Comercio de Huánuco, Ica, Pasco y Trujillo.

Podría extenderme, sin embargo, doctor, le cedo la palabra. Muchas gracias por su participación. Contractus está muy agradecido con usted.

**Roger Vidal Ramos:** Qué tal, Julián, buenas noches. Y me confirman si se me escucha bien, por favor.

**Julián Manta Lara:** Perfecto, doctor, buenas noches.

**Roger Vidal Ramos:** Gracias, en primer término, quiero felicitar a Contractus y a todo el equipo. Ustedes conforman una convocatoria muy importante alrededor de ciento cincuenta personas y también un mismo número por redes sociales, dígase Facebook, y también felicitar y saludar a todos los profesores peruanos, de Argentina, de Brasil que han estado participando. Y bien importante es que, a comienzos de este año, tengamos esta tribuna para discutir siempre diversos temas de referencia en el apasionante ámbito del derecho de contratos.

En esta oportunidad, voy a tratar de vincular el tema doctrinario y práctico de la llamada cláusula escalonada; y, como tal, dejo esta pregunta al final: la cláusula escalonada ¿competencia arbitral?

Al final, vamos a tratar también de contestar si la cláusula escalonada genera un conflicto de competencia o incompetencia respecto al tribunal arbitral por los árbitros, con lo cual tenemos que iniciar entendiendo que el convenio arbitral viene a ser la máxima expresión de autonomía privada, por el cual dos contratantes van a decidir alejarse de la justicia judicial o tradicional, para que en un futuro cercano o lejano —ello dependerá del riesgo del contrato— las partes puedan resolver alguna controversia o varias derivadas de un contrato de obra, de un contrato de suministro, un contrato de distribución, vía arbitral.

Bajo esta óptica, la cláusula arbitral puede ser muy sencilla, si bien no es objeto el día de hoy centrarnos en el convenio arbitral, sí es muy importante destacar que en el convenio arbitral se puede fijar la modalidad del arbitraje *ad-hoc*, institucional, el número de árbitros, como lo comentaré más adelante, también se puede dividir por cuantías, será competencia de árbitro único, cuando se tenga una controversia de un millón de soles. Pero cuando supera esta controversia será tribunal; y, en realidad, eso va a depender mucho del ajuste que hagamos los abogados dentro de la libertad contractual, para que nuestro patrocinado, el cliente, tenga una mayor tranquilidad al momento en que ejecute el contrato.

Y, por otro lado, tenemos esta famosa cláusula escalonada, y en algunas oportunidades va ligada a la cláusula arbitral. No sé si llamarla la hija o una cláusula que va a tener una conexión a lo largo del *iter contractual* litigioso o prelitigioso en vía arbitral, pero que sí va a tener una incidencia muy importante.

Pero no dejemos de lado que la cláusula escalonada la vamos a comentar de una manera más amplia, representa un pacto, un acuerdo dentro de la libertad contractual; y, como en cualquier acuerdo, pueden existir errores, dudas, imprecisiones, y puede ser interpretado por las partes y por los árbitros.

Entonces, dejamos un poco este sentido, que tanto el convenio arbitral como la cláusula escalonada, van a mantener caminos, quizá distintos o que se puedan complementar, a fin de poder resolver un conflicto o una disputa.

Un tema muy importante que debemos tener en cuenta, yo lo denomino la relación procesal arbitral, un poco para poder entender quiénes son las partes que participan de un arbitraje.

Sabemos que es el demandante, el demandado, eventualmente, el tercero bajo el tema del consignatario, que es un tema muy discutido, los árbitros que van a tener competencia, debido a que su competencia nace en el convenio arbitral y que, a lo largo del proceso, esta competencia es ratificada por las partes.

Pero otro tema importante que no debemos de olvidar nunca, es respecto a las materias arbitrables.

Recordemos que un punto fuerte del arbitraje es que es arbitrable todo lo que sea de libre disposición, lo patrimonial, lo económico, y lo que no esté prohibido por ley.

Esos son puntos que siempre debemos de evaluar, la relación procesal arbitral, para tener la tranquilidad de que estamos ingresando a un futuro proceso arbitral con absoluta tranquilidad.

Entonces, iniciemos unos comentarios sobre la cláusula escalonada. Acá la profesora Ana Fernández nos indica, voy a dar lectura de este extremo, entonces, es un mecanismo de negociación impuesta con carácter previo a la eventual puesta en marcha de un arbitraje. Fíjense qué interesante es, que, a las puertas de manera contractual, impone un mecanismo previo de negociación antes de acudir a un arbitraje.

Asimismo, ella ahí indica en la parte final, que hay un plazo máximo de negociaciones para que pueda llegarse o arribarse a una solución.

En la mañana participé en un *webinar* donde participó el profesor Roque Caivano, quien también tocó este tema en aquel panel, y mencionaba él que la cláusula escalonada viene a ser la secuencia escalonada de conflictos.

Primer punto que debemos de tener en cuenta. Eso se dio durante los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio. La comunidad de derecho civil peruano nacional e internacional, sobre todo la peruana, discutía mucho sobre el deber de renegociar los contratos, y sobre todo esta discusión que se generaba con los efectos perversos del Código 19, sobre el caso fortuito, fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación y todo esto. Y muchos se decían: «No, pero existe un deber de renegociar los contratos y todo eso». Pero, la cláusula escalonada justamente es eso: es un poder contractual que las partes le imponen al contrato para poder negociar antes de acudir a la vía arbitral.

Nos quedamos con esta idea porque, en buena cuenta, esta cláusula permite negociar o renegociar o va a ser un lapso de tiempo donde, de manera directa, los contratantes, y dependerá mucho del destino de todos si era escalonada, van a realizar diversas conductas y actos de negociación o renegociación.

Aquí tengo una definición personal, ahí voy a, dentro de la práctica contractual, se consideran las cláusulas escalonadas bajo la figura del trato directo.

En buena cuenta, expresan las tratativas, conversaciones, negociaciones o acuerdos vinculados o diversas controversias contractuales, a fin de que las partes, en el libre ejercicio de sus intereses, puedan arribar a un acuerdo directo sin que activen la cláusula arbitral, dejando facultadas a las partes de arribar a una solución antes de acudir a la vía arbitral.

Esto es muy importante porque el trato previo o la conversación previa implica un antes de la vía arbitral. Entonces, en primer término, esta vía o este trato previo tiene unos alcances que vamos a explicar más adelante, pero les dejo la siguiente idea. Lo grave que podría representar para los árbitros y para una de las partes como estrategia, que hayas acudido al arbitraje sin que previamente hayas notificado a tu contraparte, iniciaste la vía previa o el trato previo o lo hayas culminado. Tampoco puedes saltarte la escalera y no acudir a esta vía de trato previo.

Es importante tener en cuenta que la cláusula escalonada va a depender mucho del tipo de contrato que uno pueda tener al frente. No es lo mismo un contrato de obra o de concesión, donde, obviamente, hay una elaboración de construir un muelle, un puerto, una carretera, donde el trato previo o la vía previa va a estar encaminado mucho a la llamada junta de resolución de disputas con temas técnicos a la presencia de ingenieros expertos, que conozcan más de temas técnicos que de temas legales.

Pero, no va a ser lo mismo si estamos frente a un contrato de locación de servicios, un contrato de distribución, donde quizás esta presencia de ingenieros, por no ser expertos en obras o en ingeniería, pueda ser la presencia de otros expertos, como un abogado que maneje bien el tema de derecho de sociedades, de contratos, bienes económicos, tengamos en cuenta eso. Pero, quiero dejar el siguiente mensaje: Lo importante va a representar el cumplimiento de un procedimiento en tu cláusula escalonada. Y con eso me refiero a lo siguiente.

Supongamos que yo en mi cláusula indico que el plazo previo va a tener tres momentos. Primero, la notificación del inicio del plazo previo. Segundo, la petición de tres reuniones de negociación o de renegociación. Y, tercero, el momento de la culminación.

De manera que ahora yo les estoy indicando un procedimiento. Ese procedimiento se lo impongo como cláusula o lo incorporo a la cláusula escalonada, y tiene que ser cumplido. Recordemos que en materia contractual es importante el procedimiento: resolución de contrato, apercibimiento; y si yo incorporo este esquema que les estoy dando, tengo que ser muy diligente, sobre todo si voy a evaluar plantear una resolución de contrato, y más adelante, acudir a un arbitraje en tener una probanza fuerte y contundente. ¿Eso qué implica? Cartas notariales, correos electrónicos, medios probatorios que causen convicción al momento en que se discuta de este tema, efectivamente, inicié el trato previo en tal fecha, te invité a diez reuniones y tú jamás te apersonaste, no contestaste el *whatsapp* ni el correo electrónico. Finalmente, ni siquiera te quisiste conectar por Zoom, dado que podemos hacerlo de manera virtual durante la pandemia.

Teniendo todos estos medios probatorios, yo tengo la certeza de que sí acudí al trato previo, pero que a mi contraparte no le dio la gana de iniciar o culminarlo. Entonces, es importante esto. No nos olvidemos de los procedimientos que se tenga en los contratos fijados por las partes. Y así no tenga un procedimiento y sólo diga en un par de líneas el trato previo, mi diligencia probatoria implica que mande una carta notarial comunicando que tiene ese trato previo y que lo culmino. Esto es importante y vamos a ver el por qué más adelante.

Bien, ¿quiénes son los que podrían intervenir en la cláusula escalonada?

Primero, tengamos en cuenta que podría existir la presencia de un grupo de profesionales y dependiendo del contexto, les comentaba un poco que en los últimos cinco años en Perú está con bastante fuerza la junta de resolución de disputas incorporada a la Ley de Contrataciones del Estado, en realidad, en los contratos de obra son expertos profesionales, en su ma-

yoría ingenieros, que manejan de manera muy fina estos temas de ingeniería, pero también se podría entender con la presencia de un mediador, de un experto que trate de que las partes lleguen a un acuerdo, pero, a su vez, también surge la gran pregunta. ¿Este trato previo es obligatorio, esta vía previa es obligatoria para poder acudir a arbitraje?

La respuesta, personalmente, si la cláusula es muy expresa y muy contundente, que tienes que agotar el trato previo para que acudas a un arbitraje, es obligatoria; *pacta sunt servanda*. Si ya fue pactado por las partes, yo no puedo patear el tablero y rechazarla e irme directamente a presentar mi petición de arbitraje sin haber agotado el trato previo. Esto es muy importante.

A manera de poner algunos ejemplos, acá tenemos acá tenemos un contrato de concesión. Las letras están muy pequeñas, pero voy a tratar de ser súper breve. Hablan de que el trato previo tiene que iniciarse dentro del plazo de los quince días de presentada la primera incidencia. Quizás el primer momento en que las partes sienten que algo está marchando mal, pero sale ahí un procedimiento, dentro del plazo de quince días tienes que activar al trato previo. Por eso nos habla de que tiene que haber la presencia de expertos, cuando se presenten temas técnicos, acá en un contrato de concesión.

Entonces, acá también es bien interesante ver cómo se va a designar a estos expertos. Ver el procedimiento de los expertos porque sí es importante esto. O sea, estamos hablando de profesionales que no necesariamente sean abogados o distintos a los abogados y, a la vez, también puedes precisar en tu cláusula escalonada qué aspectos técnicos vas a tener en cuenta en trato directo o en trato previo.

Y acá viene lo interesante. Justo les comentaba a ustedes que la cláusula escalonada va acompañada del convenio de la cláusula arbitral.

Es más, muchos lo ponen en la cláusula de solución de controversias, van juntos como siameses. Dependerá de la parte que uno se encuentre patrocinando; lo puede interpretar que van en conjunto o por separado, que

es un tema bien interesante y que ya dependerá de cada uno. Y acá también les comparto lo que sucede a continuación.

Tienes tu cláusula de trato previo y también tienes la cláusula de arbitraje. Concluido el trato previo y no se arriba a un acuerdo, las partes tienen el derecho a acudir a la vía en comentario, por decir, en esta cláusula se tiene dos modalidades de competencia arbitral conforme a la cuantía.

Ejemplo, si el monto fuera por debajo de diez millones de dólares, será competente la Cámara de Comercio de Lima. Si el monto supera este monto que se está indicando, el arbitraje será tramitado en la modalidad Ciadi, que es un arbitraje internacional. Justo lo que yo les comentaba. Entonces, la sede se modifica, las reglas pueden ser distintas, y sí es importante tener en cuenta estos aspectos. Los mismos pasos de la cláusula escalonada. Hay algunos que por ciertos montos pueden ir dividiendo de ciertas formas.

Un plus más, un poco para terminar esta parte de cómo se complementa la cláusula escalonada con el convenio arbitral, usualmente, no es muy práctico, pero en algunos contratos se indica de manera expresa que la parte vencida o perdedora en un arbitraje, va a asumir los costos y las costas del proceso arbitral, y eso no viene a ser otra cosa que los honorarios del centro de arbitraje y de los árbitros, etc. Por eso es que tengo que tener mucho tino al momento que interpreto estas dos cláusulas para no tener inconvenientes futuros.

Hay un caso bien interesante en el 2007, el caso CODISA, que llegó hasta el Tribunal Constitucional, que justamente se discutía mucho. Voy a dar lectura de manera muy breve a un punto del magistrado Mejía Ramírez y se trata de lo siguiente: «Respecto a la primera de las observaciones efectuada por la demandante, consta, en efecto, que de conformidad con la previsión contemplada en la cláusula décimo octava del contrato de compraventa de tal fecha, entre la Empresa Nacional de Turismo y la compañía distribuidora CODISA, obra en tales páginas que cualquier controversia o discrepancia, respecto de la ejecución, interpretación o cumplimiento del

citado contrato, requerirá como paso previo acudir a una negociación de buena fe por un plazo de treinta días.

Miren, no estamos frente a un contrato de obra, de concesión; estamos frente a un contrato de compraventa entre personas jurídicas de derecho privado, y que está diciendo: «Ojo, antes de ir a un arbitraje, por treinta días va a haber un plazo en el que ambos nos pondremos de acuerdo si podemos arribar a una solución».

Entonces, es una típica regla contractual de trato previo.

Bueno, más adelante ya esto es un tema bastante discutido; y, finalmente, el voto que hace el exmagistrado Mejía Ramírez, va en el sentido de que se declara fundada la demanda de amparo, dado que el tribunal arbitral debió de verificar que no se cumplió con este requisito de trato previo; y, por ende, el arbitraje podía ser ya intrascendente, fuera del tema interesante que se generó sobre la reducción de la cláusula penal, recomiendo que es un fallo bien interesante que podamos analizar.

A ver, vamos llegando a puntos relevantes. Primero, ¿el incumplimiento de la vía previa, del trato previo, me genera una contingencia? Yo creo que sí. La contingencia es tanto para la parte que siendo consciente de que no ha agotado la vía previa y decide acudir a un arbitraje, invierte tiempo, recursos y tiene la seguridad o la certeza de que no agotó el trato previo, no va a estar tranquila. No va a dormir tranquila porque en cualquier momento van a presentar una excepción de incompetencia.

Sí, una preocupación no sólo para el tribunal arbitral sino para el árbitro único porque, obviamente, pues, bajo el *kompetenz-kompetenz*, todos deben de proteger su competencia, pero si te das cuenta de que vas a cumplir el trato previo, y la cláusula es tan expresa, obviamente, es una gran contingencia que va a estar presente durante todo el proceso porque el derecho de defensa de la contraparte que considere que no se completó el trato previo, va a implicar que presente la excepción de incompetencia, objete y tendrás una posible causal de anulación de laudo futura.

Entonces, tienen acá los siguientes puntos. Si no cumplió la vía previa, que es negociación, trato directo y afines, ¿se puede arbitrar?

Segundo, ¿se puede plantear la excepción de incompetencia? ¿Estamos ante un dilema? ¿Qué hacemos? ¿Suspendemos el arbitraje, retrocedemos?

Y yo les soy muy objetivo: va a depender mucho de que el caso sea real y del contrato.

Por lo pronto, si la cláusula del trato previo es muy contundente y expresa en establecer que tienes un plazo mínimo de tantos días y que establece un procedimiento, el vulnerarlo, eso sí sería, obviamente, complicado para la competencia de un tribunal arbitral.

Pero, también considero —y eso dependerá mucho del criterio que tengan los árbitros— que pueda considerar que cuando se presente la demanda, se presente esta excepción, se declare inadmisible la petición de arbitraje, se suspenda, a fin de que las partes cumplan este requisito para la competencia arbitral, que es el trato previo.

Pero dependerá mucho también del supuesto y del caso. Considero que ésa sería la fórmula más saludable, que se declare inadmisible, invitar a las partes a que retrocedan, pero tampoco creo que la otra parte se va a sentir cómoda. Lo que va a buscar es que el tribunal se modifique o cambie porque va a tener, de alguna forma, un sentimiento negativo hacia el tribunal, quizás.

Conclusiones. Ya vamos con el tiempo...

A ver, lo primero es que la incompetencia del tribunal arbitral es un riesgo latente. Dependerá mucho del tipo de cláusula escalonada, esto es un tema técnico y son contratos complejos.

Por otro lado, es importante recordar que podrían incurrir de manera involuntaria las partes en dejar un gran problema al momento en que se redacta la cláusula escalonada del convenio arbitral y genera patologías.

En pocas palabras, la cláusula arbitral con la cláusula escalonada se confunden, no se entienden, se contradicen o, simplemente, me llevan por otro lado.

Sí existen algunos casos donde hay patologías entre el convenio arbitral y la cláusula escalonada, lo cual es muy complicado, como les comentaba, va a depender mucho del contrato.

En el tema que conversábamos, el caso CODISA era un contrato de compraventa, la junta de resolución de disputas siempre está en contratos de obra o concesiones.

Por otro lado, también es muy importante, como les comentaba al inicio, si tengo una cláusula escalonada muy breve, muy escueta, muy sencilla, debo de generar un procedimiento, que es la diligencia de notificar a mi contraparte que inicio el trato previo y que lo concluyo; y conservar esa probanza: cartas notariales, correos electrónicos, eso es bien importante, porque si el tribunal arbitral advierte que la contraparte ha sido contundente, y eso sí lo comento en una experiencia profesional, estaba defendiendo a una entidad que resolvió el contrato y se acudió a un proceso arbitral, justamente, para que se solucione el contrato de concesión y se retorne los bienes integrantes de la concesión, y la contraparte indicó que no se había cumplido el trato previo, presentando como medio probatorio cincuenta cartas notariales durante tres años, donde se le pedía a la contraparte, vamos a reunirnos, el trato previo, cuándo vienes, te sigo esperando y nunca llegó.

Y, obviamente, pues, ante una probanza contundente, el tribunal arbitral, simplemente, tuvo que replicar las numerosas cartas, y concluir que sí hubo trato previo.

Entonces, eso es muy importante, en el tema de la asesoría ser bastante contundente en la fecha de inicio y cierre, sobre todo para proteger la competencia arbitral que se genere más adelante.

Bien, para concluir, la cláusula escalonada la tenemos aquí graficada, por lo menos, si tenemos una cláusula bien diseñada, con un procedimiento, con plazos, clara, precisa, somos contundentes en establecer que no se puede acudir a la vía arbitral si no has agotado el trato previo, como les comentaba, en su máxima expresión no viene a ser la modalidad por la cual las partes pueden negociar, renegociar, pueden tener un arreglo directo, y dependiendo del tipo de contrato, esto va a implicar también altos costos.

Entonces, si tenemos un trato previo, un procedimiento cumplido, acreditado, con probanza muy importante, no tengo problemas con la competencia, porque, obviamente, va a ser competente el tribunal arbitral, y más adelante esta competencia va a ser fortalecida y tendrá un buen inicio para acudir a un proceso arbitral con menores contingencias o éstas reducidas a punto de cero.

Bien, muchísimas gracias a Contractus. Espero haber cumplido con el tiempo asignado.

Muy buenas noches.

Gracias.

**Julían Manta Lara:** Doctor Roger Vidal, sin duda, una magnífica exposición. Muchas gracias por habernos explicado sobre temas como el arbitraje y la cláusula escalonada.

Esperamos tenerlo pronto.

A continuación, como siguiente ponente tenemos a la doctora Verónica Rosas, quien abordará el tema de «Tutela resolutoria resarcitoria frente al incumplimiento contractual».

La doctora Verónica Rosas es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es egresada y tiene maestría en derecho civil de la misma casa de estudios; máster en análisis económico del derecho y las políticas públicas por la Universidad de Salamanca.

Se ha desempeñado como catedrática de derecho civil en el área de obligaciones y contratos en las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Tiene entre sus créditos, publicaciones en calidad de autora, coautora y colaboradora en materia de derecho civil desde el año 2002.

Forma parte del Estudio Mario Castillo Freyre.

Muchas gracias, doctora, por estar presente y le cedo la palabra para su exposición.

**Verónica Rosas Berastain:** Buenas noches. En principio, quiero felicitar a Contractus por este evento donde se escuchan ponencias tan interesantes como la que acabamos de escuchar del doctor Vidal; y, además, agradecer muchísimo la invitación para participar.

Bueno, el tema que me toca exponer el día de hoy es la «Tutela resolutoria y resarcitoria frente al incumplimiento contractual», básicamente, vamos a hablar de dos de las instituciones más importantes frente al incumplimiento.

El incumplimiento es esta situación patológica que, básicamente, es el centro de innumerables controversias que se dan especialmente en el derecho arbitral, y que ocasiona acudir al derecho para buscar un mecanismo, una solución.

Dos de estas soluciones, dos de esos mecanismos que nos otorga el derecho para tutelar el interés del acreedor que se ha visto afectado con el incumplimiento, son la tutela resolutoria y el resarcimiento.

Básicamente, en estos pocos minutos que tenemos vamos a distribuir el tema en tres partes.

Primero, establecer en qué consiste cada una de las instituciones para entender qué persiguen, qué fines tienen, cuáles son sus funciones, y de ese modo determinar también cuándo elegir cada una de ellas de acuerdo al interés que necesito tutelar como acreedor afectado por el incumplimiento.

En la segunda parte, veremos las diferencias entre cada una de estas tutelas para, de esa manera, entender qué elementos comparten, qué elementos no comparten, y, por ende, cuándo pueden ser excluyentes y cuándo pueden ser complementarias. Lo que, en definitiva, ayuda a determinar cómo establecer las pretensiones que se van a solicitar, que van a formar parte del petitorio porque, en realidad y en la práctica arbitral y también judicial, esto es bastante común. Muchas veces se cometen errores y se pierden casos, pese a tener un derecho de resarcimiento porque se plantearon mal las pretensiones, porque plantea una pretensión resolutoria como principal y la resarcitoria como accesoria, pese a que, en realidad, puede haber planteado las dos como principales.

Vamos a ver brevemente empezando por la resolución contractual.

Esta institución, según la definición que nos da el propio Código Civil, lo que hace es dejar sin efecto un contrato válido por una causal sobreviniente a su celebración.

Ésta es la resolución contractual de modo general. Una de sus causales es la de incumplimiento, no la única. A la resolución, lo que va encaminando es, básicamente, a destruir los efectos del contrato. Quiere decir que lo que afecta es la ineeficacia funcional; devienen las obligaciones en inexigibles y se extingue el vínculo.

Obviamente, eso implica que ya no hay un interés tutelar; hay un interés, perdón, por parte del contratante que acude o que solicita que se declare la resolución por la causal que puede ser, de acuerdo al Código Civil, cualquiera de éstas.

Tenemos, en principio, la resolución por incumplimiento, que es en la que nos vamos a centrar en unos momentos, pero no es la única. Si bien,

probablemente, son la mayoría de casos la que nos viene a la mente, la más común, no es la única.

Tenemos la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación que en el Código Civil se encuentra regulada en los artículos que se señalan en la diapositiva y que, en esos artículos, básicamente, lo que se regula es la teoría del riesgo. Es qué hacer cuando ocurre un evento que lo que hace es impedir que la prestación de una de las partes, de uno de los contratantes del deudor para ser más precisos, pueda ejecutarse.

Allí lo que se hace, lo que se sanciona es la resolución de pleno derecho, salvo en el caso excepcional, de que pueda haber una reducción de la prestación, y todavía haya un interés por parte del acreedor de cumplir.

Luego está la resolución por excesiva onerosidad de la prestación. En ese caso, la razón por la que se va a dejar sin efectos el vínculo contractual, es la equidad, porque hay un evento imprevisible y extraordinario que durante la ejecución del contrato ha determinado que, para uno de los contratantes, ese contrato se vuelve excesivamente oneroso. Este contratante puede solicitar que se modifique el costo de la contraprestación, se reduzca de modo de que se vuelva al equilibrio original del contrato, y en caso de que no sea posible, también te puede devadir en la resolución por esta causal de equidad, por una ruptura de la distribución del riesgo original debido a este evento extraordinario imprevisible.

También está la resolución por mutuo disenso. En este caso, lo que hay es un acuerdo de los dos contratantes. Quiere decir que para ambos ya no hay un interés en continuar con el contrato, en continuar con el vínculo por cualquier razón. Ahí sí se necesita del acuerdo de ambos. Es más un tema de ambos: no tenemos interés en continuar con esta relación contractual.

La resolución unilateral en los contratos de ejecución continuada a plazo indeterminado. Este caso es interesante, está en el artículo 1365 del Código Civil, porque lo que plantea en buena cuenta, es que les da la posibilidad a ambos contratantes de terminar con la relación contractual

porque el derecho lo que no quiere son contratos eternos. Y no quiere contratos eternos, les da la posibilidad de desvincularse presentando o informando de esa decisión con determinada cantidad de tiempo, con treinta días previos al momento de que opere la resolución, porque lo que el derecho quiere es que circulen los bienes y quiere que haya circulación de la riqueza, haya intercambio de bienes, se mueva la economía.

Entonces, los contratos eternos, en especial, cuando se trata de derechos, no son deseados y se da la posibilidad a ambos de poder desvincularse, y como se da la posibilidad a los contratantes, no nos encontramos ante una situación injusta.

Luego está la resolución unilateral, como ejercicio de un hecho concedido a través del contrato por la configuración de un supuesto de hecho.

Este caso, en particular, parte del acuerdo de las partes. Está previsto en el reglamento contractual. Como sabemos, las partes tienen libertad con los límites previstos por el orden público y las buenas costumbres y las normas imperativas, de regular su relación contractual de la forma en que lo crean más conveniente. Ellos tienen libertad completa para establecer las reglas que van a regir su relación.

Y, en ese sentido, pueden establecer bajo qué supuestos uno de estos contratantes podrá tener derecho a resolver el contrato. Uno de ellos es, por ejemplo, con la configuración de un supuesto de hecho distinto al incumplimiento de la contraparte.

Centrándonos ahora en la resolución por incumplimiento como medio frente al incumplimiento, debemos señalar que la finalidad perseguida es, básicamente, que el acreedor se libere totalmente de las obligaciones frente a la contraparte que no ha cumplido. ¿Por qué? Porque principalmente como concepto, como institución, la resolución opera en los contratos con prestaciones recíprocas. Esto quiere decir que los contratantes son, a su vez, acreedores y deudores. Un contratante es acreedor de su contraparte, pero, a su vez, es deudor de su contraparte.

Entonces, si yo soy acreedor de una obligación, y mi contratante no cumple, lo más probable es que le haya perdido la confianza, no quiera seguir relacionándome con este contratante y quiera liberarme de las obligaciones de las que yo soy deudor frente a este contratante que no ha cumplido. Es allí cuando el derecho me otorga la posibilidad de resolver, y en el Código Civil lo hace a través de tres mecanismos distintos: la resolución judicial o arbitral, que se encuentra prevista en el artículo 1428 del Código Civil; la resolución de intimación o requerimiento y la resolución por cláusula resolutoria expresa.

En principio, como todo forma parte de la institución de la resolución contractual, todas parten de los mismos elementos que vamos a ver más adelante, pero tienen diferentes formalidades o requisitos que hacen que cada una de estas figuras o mecanismos tengan características especiales.

La resolución judicial o arbitral implica necesariamente recurrir a un tribunal, sea judicial o arbitral en el caso de haber un convenio.

La resolución por intimación o requerimiento, implica darle la oportunidad al deudor de cumplir porque le doy un plazo de quince días, le requiero el cumplimiento en esos quince días, bajo apercibimiento de que si no cumple el contrato quedará resuelto.

La resolución por cláusula resolutoria expresa es la posibilidad de resolver si el contratante incumple con la obligación específica que se encuentra precisada en esa cláusula, no puede ser una cláusula general.

Muchas veces se comete el error de colocar cláusulas en las que se diga que si se incumple con cualquier obligación, se resuelve por el 1430: la cláusula resolutoria expresa, y así se desnaturaliza, y al final resulta inaplicable.

Para que haya una verdadera cláusula resolutoria expresa, la obligación tiene que estar debidamente especificada, precisada. La obligación o las obligaciones que se escogen, que se elijan, que pueden dar lugar a la resolución, tienen que estar bien precisadas.

En cualquiera de estos casos, la resolución como pretensión va a ser siempre una pretensión excluyente o incompatible con la pretensión de cumplimiento. Es decir, si yo soy un acreedor, puedo escoger entre exigir el cumplimiento específico de una obligación o, si ya perdí el interés, resolver. La resolución, entonces, me da la posibilidad de exigir el cumplimiento, o decir: hasta aquí llegó nuestra relación contractual.

Cabe precisar que, si bien la resolución por intimación y la resolución por cláusula resolutoria expresa no requieren la declaración judicial o arbitral para surtir efectos y ser válidas, lo que sí ocurre con la resolución judicial o arbitral, más allá de que los efectos de la sentencia o el laudo se retrotraigan, es que muchas veces ocurre que el acreedor resuelve el contrato, pero el deudor, el contratante que no ha cumplido con su obligación, no reconoce que esa resolución haya operado.

En consecuencia, igual terminamos ante una controversia judicial o arbitral por la cual lo que hace el contratante afectado por el incumplimiento, es solicitar que se declare que el contrato ha quedado resuelto, bien porque operó la resolución por intimación o requerimiento; bien porque operó la resolución por cláusula resolutoria expresa.

Lo común, además, es que esa obligación principal de reconocimiento de una resolución que ya ha ocurrido previamente al inicio del proceso, vaya acompañada por una pretensión subordinada, por la que, en caso no se reconozca esta pretensión principal, se diga que no se cumplieron con los requisitos específicos de este mecanismo absolutorio extraarbitral o extrajudicial, el juez o el árbitro declare que sí ha operado la resolución por el incumplimiento, ya en base al 1428.

El resarcimiento es una figura que, si bien requiere necesariamente del incumplimiento de una obligación, en realidad, no se centra en el incumplimiento, sino que se centra en el hecho de que ese incumplimiento genera un daño, de que hay una víctima y hay un victimario.

En el caso de la responsabilidad civil contractual, que es lo que se encuentra regulado en la sección de inejecución de obligaciones del Código Civil, la víctima es el acreedor, y el victimario es el deudor que no cumple.

Hay una obligación, un vínculo preexistente, una relación obligatoria entre la víctima y el victimario. La responsabilidad aquiliana o extracontractual, en cambio, lo que se incumple es el deber genérico de no dañar a otros y no hay una obligación preexistente. No han incumplido una obligación ya debida, sino que han incumplido la obligación de no dañar a otra persona con la que no tenía un vínculo obligacional previo.

Nos vamos a centrar, obviamente, en solamente lo que es la responsabilidad contractual, por ser la que surge como consecuencia del incumplimiento contractual. Y lo vamos a hacer resaltando cuáles son las funciones que está llamada a cumplir, porque esto nos va a permitir diferenciarlo de la tutela resolutoria. Y esas funciones son tres, las tres centradas en el daño como contravalor.

La primera es la función resarcitoria. En este caso nos centramos en la víctima, en el acreedor que sufre las consecuencias del incumplimiento de su contraparte. Lo que busca la responsabilidad civil contractual es compensar a este acreedor que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor, y ponerlo en la situación en la que estaría, si en realidad la obligación se hubiera cumplido.

La función punitiva, en cambio, se centra en el victimario, en el deudor. Lo que va a hacer es, básicamente, sancionarlo obligándolo a cumplir con la obligación resarcitoria, y esta función también se deriva claramente de lo que es nuestro Código Civil, cuando tomamos en consideración que el Código Civil distingue entre las consecuencias del actuar del deudor con culpa grave o con dolo: dolo entendido en el sentido de la intención de no cumplir con la obligación, del actuar con culpa leve.

Cuando el incumplimiento se debe a culpa grave o a dolo, el deudor va a tener que indemnizar por todas las consecuencias generadas, inmediatas

y directas del incumplimiento. Por culpa leve, sólo de aquéllas que son previsibles.

Y esta idea nos ayuda también a entender la función preventiva, que ya no se centra tanto en deudor y acreedor, sino que se centra en el sistema. Se entiende que el daño es algo no deseado por la sociedad, y lo que se busca, a través del mecanismo resarcitorio, es incentivar conductas diligentes.

En principio, esta sanción que se le da al deudor, evidentemente, lo que busca es incentivar a que los deudores sean diligentes y a que cumplan las obligaciones a las que se han obligado.

Pero, no solamente eso, sino que también el derecho de responsabilidad civil incentiva la conducta diligente del acreedor. Esto lo podemos comprobar en el Código Civil porque tenemos normas que específicamente señalan que el acreedor no va a ser resarcido por los daños que pudo haber evitado. Tampoco va a ser resarcido por los daños que puedan ser consecuencia de su actuar doloso o culposo.

Entonces, son estas tres figuras, estas tres funciones que se centran en lo que es el daño: cómo evitarlo, cómo compensar, por un lado, al acreedor, cómo sancionar, por otro lado, al deudor; y, más importante, cómo incentivar conductas diligentes para evitar que estas situaciones que el derecho no desea —porque las obligaciones se han celebrado para ser cumplidas— no se den con regularidad.

Habiendo distinguido e identificado cómo funcionan estas instituciones, veamos brevemente qué elementos debe reunir cada una; qué debe probar quien formule una pretensión resolutoria, y qué debe probar quien formule una pretensión resarcitoria. Recordemos que quien alega algo debe probarlo.

En el caso de la resolutoria, obviamente, como ya dijimos, que solamente opera en los contratos con prestaciones recíprocas, tiene que demostrar que su contrato es uno con prestaciones recíprocas. Eso es un elemento sencillo de probar.

Luego, es el incumplimiento de su contraparte, que ese incumplimiento sea imputable, que el incumplimiento sea importante, excepto en el caso de la cláusula resolutoria expresa, donde basta con probar que, efectivamente, que esa cláusula tiene la naturaleza de una cláusula resolutoria expresa y que se ha incumplido la obligación porque, en ese caso en particular, la importancia del incumplimiento ha sido determinada *a priori* por los contratantes, quienes al establecer qué obligaciones dan lugar a la resolución, en buena cuenta han dicho: el incumplimiento de estas obligaciones es relevante para nosotros.

Y, por último, está la legitimación para obtener la resolución. Es decir que quien solicite la resolución no haya incumplido. Eso es lo que se conoce como la figura del contratante fiel, y, básicamente, se sustenta en el principio de buena fe, en evitar abusos del derecho.

En el caso de la pretensión resarcitoria, los elementos que debes probar son, primero, la preexistencia de la obligación.

Ya dijimos que la pretensión resarcitoria en ese sentido tiene un ámbito más amplio que la resolutoria; no se centra únicamente en los contratos con prestaciones recíprocas, y otro elemento importante es que no es excluyente de la pretensión de cumplimiento específico o ejecución forzada. Sabemos que, si yo decido no resolver el contrato, sino exigir el cumplimiento, igual puedo solicitar una indemnización por daños y perjuicios por los daños que me haya generado ese incumplimiento, aunque no pretenda resolver el contrato.

El otro elemento que debo demostrar es que el incumplimiento del deudor ha ocurrido. Luego, que ese incumplimiento le es imputable al deudor, que el incumplimiento ha generado un daño y que existe una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño.

Los elementos dos y tres, como vemos en este cuadro comparativo, son los que se repiten en ambas instituciones: es aquel elemento que tienen en común, el incumplimiento imputable de la obligación.

Esto es muy importante porque esto nos pone en cuál es el común denominador y también nos lleva a identificar qué es lo que necesariamente, en ambos casos, si pretendo formular ambas pretensiones me va a servir probar, y tengo, además, que sustentar ambas pretensiones en esta idea.

Uno es que se haya inejecutado una obligación. Esto implica identificar adecuadamente mi obligación, identificar adecuadamente cuáles son los alcances de esa obligación, cómo debe cumplirse, cuándo debe cumplirse, dónde debe cumplirse.

Sólo identificando adecuadamente, delimitando adecuadamente mi obligación, voy a poder reconocer que esa obligación no se ha ejecutado.

Muchas veces los problemas vienen a ser en los procesos que la interpretación que tienen una y otra parte de estos elementos indispensables para entender el cumplimiento adecuado, correcto, el pago de la obligación debida no coincide, y es labor de los árbitros o de los jueces ver cuál es la interpretación que refleja mejor la común intención de las partes.

Evidentemente, si estamos en un supuesto de inejecución de obligación, para que nos encontremos en un supuesto susceptible de generar la resolución o el resarcimiento, tiene que ser de una obligación que ya es exigible. No basta con que la obligación exista, ya tiene que ser exigible. De lo contrario, no podría operar ninguno de los dos remedios sobre los que nos estamos centrando en este momento.

El segundo requisito que debemos de poder probar y de poder alegar es la culpa o dolo del deudor.

En principio, se presume siempre la culpa leve. Es una presunción *iuris tantum* que juega tanto a favor como en contra de cada una de las partes porque, por un lado, el acreedor va a poder tratar de demostrar que su contraparte actuó con dolo o con culpa grave, o el deudor, por su parte, va a poder demostrar que, en realidad, actuó con la diligencia exigida por las circunstancias.

En uno y otro caso, sólo va a haber imputabilidad si se demuestra que no hubo diligencia, lo que implica también que no hubo una causa no imputable como un caso fortuito o fuerza mayor que haya sido determinante para la ocurrencia de la inejecución de la obligación.

El tercer elemento que muchas veces suele pasarse por alto durante la ejecución de un contrato y cuando se va tanto a la vía de la pretensión resarcitoria como a la vía de la pretensión resolutoria, es la constitución en mora del deudor.

En muchas ocasiones, se solicita la resolución o se solicita el resarcimiento sin haber constituido en mora al deudor, en base a las reglas que están previstas en el artículo 1533 del Código Civil.

Y, en estricto, no va a haber incumplimiento, al menos, no uno susceptible de generar consecuencias jurídicas, sino de constituido primero en mora del deudor, sea por requerimientos, sea porque se ha establecido mora automática.

Ésa es la diferencia entre lo que es el incumplimiento lato, que es la inejecución total de la obligación o su ejecución parcial, tardía o defectuosa, con lo que es el cumplimiento propiamente dicho, aquél que sí va a permitir que el acreedor tutele su interés, a través de alguno de estos remedios.

Y quiero resaltar bastante el tema de la constitución en mora porque es uno de los mayores errores que suelo ver en los procesos arbitrales o en los informes en los que solemos asesorar en el estudio.

Muchas veces hay resoluciones mal hechas porque no se constituyó en mora al deudor, lo que termina siendo una contrademanda de la contraparte que también pide la resolución.

En cuanto a las diferencias significativas que también derivan de este contraste que estamos haciendo, es que para que opere el remedio resolutorio, como ya dijimos, es necesario que el contrato sea uno con prestaciones recíprocas.

El remedio resarcitorio tiene un ámbito de aplicación más amplio. Recordemos, además, que, por ello, es una pretensión que no es excluyente, sino más bien completamente compatible con la resolución por cumplimiento específico porque, por un lado, no necesito un contrato con prestaciones recíprocas; y, por otro, no necesito resolver el contrato para exigir una indemnización. Lo que necesito es demostrar que concurren todos los elementos sobre la base del incumplimiento de mi contraparte.

El punto número dos es que, para resolver el contrato, el incumplimiento debe ser grave si es que importa si genera o no un daño.

Lo que decíamos hace un momento, el interés que se tutela a través del mecanismo resarcitorio, es el interés del acreedor de terminar el vínculo y liberarse de sus obligaciones. No se le está tratando de compensar por un daño producido. Eso sí, no se quiere convalidar, propicia abusos; y, por lo tanto, se busca que el incumplimiento tenga que ser grave, porque lo que no se quiere es quitarle carácter obligatorio al vínculo, no se puede resolver un contrato por cualquier tipo de incumplimiento. La gravedad va a tener que analizarse de manera casuística: caso a caso. En algunas ocasiones va a ser fácil de identificar porque va a haber el incumplimiento de una prestación que se pueda reconocer fácilmente como principal.

En otras ocasiones vamos a tener que hacer un análisis más profundo porque, tal vez, las prestaciones que se han incumplido son accesorias, pero dentro del contexto o por la manera en que afectan la finalidad del contrato terminan teniendo la suficiente importancia o gravedad como para justificar que se termine con el vínculo contractual.

En la responsabilidad civil no importa tanto la gravedad del incumplimiento. Lo que basta es que haya habido un incumplimiento, y que ese incumplimiento me haya generado un daño.

Entonces, como decíamos, el centro del resarcimiento como institución jurídica es el daño como un contravalor. Tengo que compensar a la víctima: el acreedor, sancionar al deudor y preservar el sistema propiciando conductas diligentes.

Luego, para resolver el contrato, el incumplimiento debe ser actual. Eso también es importante, y es importante porque hay otro error. Muchas veces se busca resolver el contrato porque la contraparte ha incumplido obligaciones, pero cuando se utiliza el remedio resolutorio, en realidad, ese incumplimiento ya ha sido subsanado.

Es por eso, por ejemplo, que en el artículo 1428 se señala que, a partir de que se notifica la demanda o se notifica, en el caso de los arbitrajes, la solicitud de arbitraje, el deudor ya no tiene la posibilidad de subsanar su incumplimiento, porque, evidentemente, lo que se busca es que, si se va a resolver el vínculo, es por un incumplimiento que no ha sido subsanado.

Cuando el incumplimiento ya ha sido subsanado, esa pretensión resolutoria no va a poder declararse infundada porque sería ir en contra de la lógica de la institución.

En el mecanismo del resarcimiento, el carácter actual del incumplimiento es irrelevante porque lo que importa, insisto es, incumplimiento subsanado o no, lo que importa es el daño. Si ese incumplimiento generó un daño, lo que yo estoy buscando es la compensación de ese daño, no necesariamente la resolución del contrato.

Cuatro: sólo puede resolver el contratante fiel. Como decíamos, es para evitar abusos.

En el caso del tema del mecanismo del resarcitorio, el análisis no va a ir por ahí.

Al árbitro o al juez, más allá de que puede, como toda persona, pude verse influenciado de alguna manera por la conducta de ambas partes, tanto de quien incumplió como de quien alega haber sufrido un daño, en estricto, para poder analizar si han ocurrido o no los elementos configurativos de la responsabilidad civil, es indiferente si quien está reclamando la indemnización, ha incumplido o no. Es más, lo más común lo saben los que tienen práctica; es que una resolución o una pretensión resarcitoria, encuentre como contrapartida la reconvención de la contraparte que va

a pedir también, quizá, una indemnización, porque es muy posible que ambos contratantes hayan incumplido.

En ese caso, se va a tener que analizar, efectivamente, si los incumplimientos han generado daños, podrá llegarse a una decisión en lo referente a cuánto ascienden esos daños y quizás se termine compensando los montos entre uno y otro. Pero, puede ocurrir perfectamente que tanto un contratante como el otro contratante, ambos hayan incumplido y ambos hayan, por lo tanto, sufrido daños compensables.

Este contraste, entonces, entre los remedios nos permite llegar a tres afirmaciones.

Primero, que la pretensión resolutoria y la resarcitoria pueden o no formularse de manera conjunta. Como hemos dicho, tienen ámbitos distintos. Están encaminados a finalidades distintas, cumplen funciones distintas, son mecanismos que se le otorgan al acreedor frente al incumplimiento, pero necesariamente tienen que coincidir.

El acreedor puede solicitar el cumplimiento específico y un resarcimiento. O puede solicitar la resolución sin solicitar una indemnización. Una no va ligada necesariamente a la otra, aunque muchas veces coincidan. De formularse de manera conjunta, lo idóneo es que cada pretensión se solicite como principal.

Como comentaba al inicio, en ocasiones se comete un error, y es solicitar la resolución del contrato, y como pretensión accesoria una indemnización por los daños que los incumplimientos sobre los cuales se basa esa resolución, le generaron al acreedor.

El problema es que los elementos de cada mecanismo, como hemos podido verificar, no son idénticos, y eso me puede llevar a que, en realidad, tal vez porque el otro contratante, el contratante que solicita la resolución no califica como un contratante fiel, se declara infundada su pretensión resolutoria, y ya no tenga que examinar la validez o el carácter fundado o infundado de la pretensión resarcitoria porque se formuló como accesoria.

Entonces, es mejor para evitar este tipo de potenciales problemas, presentarlas o formularlas como pretensiones principales.

Por último y no menos importante, es que la pretensión resolutoria y resarcitoria no requieren sustentarse en la misma causal.

Al ver el ámbito de aplicación de cada una y el hecho de que en cada una se tiene un ámbito distinto y elementos diferentes, y causales potencialmente diferentes, podemos llegar a esa conclusión. Y, aunque esta conclusión suena lógica, en realidad, he sido testigo, por la participación en algunos casos, de que no es tan claro el panorama.

No es tan claro que una pretensión resolutoria que no se basa en el incumplimiento de la contraparte, puede ir acompañada de una pretensión resarcitoria. De hecho, recuerdo un caso en el que fue necesario presentar muchos informes jurídicos, entre ellos, uno elaborado por nuestro estudio, por el Estudio de Mario Castillo Freyre Abogados, en los que, precisamente, se analizaba esto, porque una de las materias controvertidas era la compatibilidad o incompatibilidad de resolver un contrato por el ejercicio de un derecho conseguido a través del contrato, por la resolución unilateral, pero, a su vez, solicitar una indemnización por los daños que generó el incumplimiento de la contraparte.

En nuestro caso, y es la posición que estoy convencida es la correcta, defendimos la tesis de la compatibilidad de las pretensiones; y ello es así porque sería ilógico que se obligue al contratante que, siendo titular de un derecho unilateral que puede ejercer en virtud del contrato, deba recurrir a los mecanismos de resolución por incumplimiento, sólo para no perder el derecho indemnizatorio que igual le corresponde, porque ese derecho indemnizatorio proviene de los daños causados por el incumplimiento de su contraparte.

Entonces, no sería ni lógico ni justo que no se concluya que, efectivamente, hay perfecta compatibilidad entre pretender fundar la pretensión resolutoria y la pretensión resarcitoria en causales distintas, y con esto les doy las gracias porque creo que ya terminé con el tiempo.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctora.

Su exposición ha quedado clarísima. Los Power Point, sin duda, están excelentes, y estoy seguro de que va a ser de mucha utilidad para todos los presentes.

Muchas gracias, doctora, por su participación.

**Verónica Rosas Berastain:** Gracias a ustedes; gracias a ustedes y nuevamente felicitaciones por el evento.

**Julián Manta Lara:** Gracias, doctora.

A continuación, como siguiente ponente tenemos al doctor Alfredo Ferrante, quien abordará el tema de «Anulación de laudo y ejercicio del plazo. Un enfoque desde la perspectiva italiana y peruana».

El doctor Alfredo Ferrante es Premio de Licenciatura por la Universidad de Pisa. También tiene licenciatura española por la Universidad de Oviedo; es doctor en derecho civil *cum laude* por la Universidad de Oviedo. Es galardonado con el premio Sancho Rebullida para la mejor tesis doctoral española en derecho civil en el año 2013.

Ha realizado diversas investigaciones en la Universidad de la Sorbona y otras conocidas universidades europeas.

Es autor de múltiples publicaciones nacionales e internacionales, en las cuales destacan monografías, artículos y demás.

Muchas gracias, doctor, por aceptar la invitación de Contractus. Es un honor tenerlo y escuchar su ponencia.

**Alfredo Ferrante:** Muchas gracias, Julián.

¿Se me escucha?

**Julián Manta Lara:** Sí, doctor. Se le logra escuchar.

**Alfredo Ferrante:** Antes de todo, buenas tardes a todos.

Quiero agradecer la invitación que se me ha brindado. Quiero agradecer al entusiasmo; a la pasión que la Asociación Contractus pone en fomentar el conocimiento del derecho civil, que es muy importante y quiero transmitir a todos ustedes mi felicidad por poder estar aquí contribuyendo a esta importante actividad, porque creo que los jóvenes son el entusiasmo que pueden transmitir mucho más que otras cosas que no se hagan sin él. Con el tiempo esta premisa se hará importante. De nuevo, muchas gracias. Los animo a seguir con todas estas actividades.

Bueno, están muy cansados, seguramente, muy intenso todo el día, y también todo el día de ayer. Son algunos temas interesantes y para mí es un honor compartir con colegas y amigos este evento.

Mi intervención tendrá la finalidad de hacer reflexionar, claramente, no pudiendo ser exhaustiva en relación al tema tratado.

Como pueden ver, se titula «Anulación de laudo y ejercicio de plazo». Deliberadamente éste ha sido elegido, he querido elegir ese título omitiendo la palabra, por ejemplo, «recurso de anulación», porque ya veremos que hay algunos debates y enfoques diferentes en relación a la anulación de laudo.

Por tanto, la idea es esbozar y destacar alguna importancia de los patrones que rigen relaciones con anulación de laudos, y para hacer esto, aportar algunas comparaciones que, esencialmente, se ceñirán al derecho italiano por las características que veremos y, brevemente, a algunos ordenamientos.

Entonces, lo que me gustaría destacar a la hora de hablar de la anulación del laudo y del ejercicio del plazo correspondiente son algunos patrones. Deben tener en consideración la naturaleza de la acción o no acción que se va a llevar a cabo.

Efectivamente, si la normativa peruana habla de «recurso de anulación», por ejemplo, la Ley Modelo Cnudmi habla de «petición de nulidad».

La normativa española, al referirse siempre a la anulación de laudo, habla de «acción de nulidad», y la normativa italiana habla de «impugnación de laudo arbitral en relación con la nulidad».

Pronto ven que detrás hay algo que podía ser tan obvio se da detrás de algunos y varios aspectos.

Claramente, como dije, no puede ser exhaustiva esta ponencia, pero ya creo que he dado simplemente con este primer patrón mucho para debatir, porque las consecuencias de enmarcar dentro, aspectos de la naturaleza jurídica de la anulación de laudo da mucho por hablar.

También se han fijado, he hecho referencia al ejercicio del plazo, y no me he expresado. ¿Por qué? Porque desde el punto de vista también de varios aspectos, se discute en ambientes de derecho extranjero, ese plazo puede ser de prescripción, puede ser de caducidad, puede ser interrumpido, no puede ser interrumpido.

Fíjense ustedes que, haciendo referencia al artículo 34 de la Ley Modelo, dice que la petición de nulidad no podrá formularse después de tres meses desde la recepción del laudo.

Pronto ven que también la redacción es importante porque, como pueden ver en este caso, pues, se redacta de manera negativa. Por lo tanto, esto puede conllevar varios aspectos.

También quiero que se enfoquen sobre algunos aspectos importantes. No al azar acabo de leer lo que afirma la Ley Modelo que también data del 2006, que hace referencia al plazo de tres meses desde la sentencia. Y es esto porque otro enfoque que hay que percibir en ese sentido, es en relación al tiempo posible de la anulación del laudo; y, efectivamente, si pueden ver aquí, se formula en meses, mientras, en algunos casos, como, por ejemplo, el caso italiano y peruano, se formula en días.

Parecería una cosa no trascendente, pero dependiendo del cómputo del plazo, pues fijarlo en días o establecerlo en meses, resta, no añade, dependiendo de la situación, días útiles para acudir a una anulación de laudo.

Centro también en otro patrón, que es quizás el eje central de esta pequeña charla. El *dies a quo*, es decir, el día desde el cual se computa ese plazo. Efectivamente, hemos dicho la Ley Modelo que, por cierto, viene seguida al pie de la letra por la ley chilena de arbitraje, fija el *diez*, el cómputo de los tres meses desde el día de la recepción del laudo.

Ustedes saben que el sistema peruano, pues, fija el *dies a quo*, no desde la recepción, sino desde la notificación. Y aquí quiero enmarcarme en la principal diferencia que podría ocurrir con Italia.

La diferencia es doble, en el sentido de que, por regla general, efectivamente, el artículo 64 del D.L. n.º 1071 peruano fija el recurso de anulación en los veinte días desde la notificación del laudo, pues, la normativa italiana, pues, se desdobra. ¿Qué quiere decir se desdobra? Efectivamente, predispone tanto un plazo breve como un plazo largo para poder impugnar el laudo.

El plazo breve, efectivamente, será de noventa días, no veinte como en Perú, noventa días desde la notificación del laudo.

En ese sentido, por lo tanto, el *dies a quo*, es decir, el día desde el cual, pues, ya se puede computar, es el mismo.

Y, entonces, ya podemos decir que, en ese sentido, ya podemos decir que no hay mayores diferencias. Pero sí que hay porque las mayores diferencias son que a este plazo llamado «breve», que, por cierto, no es tan breve comparado con la normativa peruana, señale otra posibilidad. La posibilidad de tener todavía un año desde la firma del laudo.

Por tanto, vean que la posibilidad del doble mecanismo es una cosa bastante característica del sistema de allá.

Sí, un doble sistema breve y largo que también ocurre por la recurribilidad de las sentencias en ámbito fuera del arbitraje.

En ese caso, también habrá un plazo breve y un plazo más amplio.

El plazo de recurribilidad de la sentencia es de sesenta días frente al Tribunal Supremo, frente a la Corte Suprema son sesenta días desde la notificación, y también habrá un plazo largo que no es un año, como en el caso del arbitraje, sino son seis meses. No es y no se computa desde la firma del laudo, sino se computa desde la publicación de la sentencia.

Ven ya que tenemos varios factores que entran en juego y que pueden complicar la situación. Entonces, hay que dar un paso atrás, y entender que estamos hablando comparando Perú e Italia, de sistemas donde hay, pues, una misma estructura. Sistemas monoteístas donde hay una misma estructura, tanto para el arbitraje internacional como nacional.

Entonces, parecería que van de la mano. Pero, claro, el primer problema hay que en Italia un plazo tanto corto como largo, tanto por la sentencia, por recurrir la sentencia frente a la Corte Suprema, como en el caso del arbitraje.

Y vemos que hay entre estas primeras diferenciaciones dos problemas: la cantidad de plazo, el plazo es más amplio por la recurribilidad del laudo: un año frente al plazo más corto de seis meses.

Es curioso que hasta el 2009 también el plazo anual para la sentencia frente a la Corte Suprema era de un año.

Por otro lado, ven que después del 2009, si antes era un año para ambos: sentencia y laudo, pues, el legislador italiano acorta, mengua, de la mitad: seis meses frente a un año, pues, la recurribilidad del plazo amplio.

Segundo problema: la diferencia del cómputo de esos seis meses no es la misma.

En un caso es la sentencia desde la publicación de la sentencia, y en otro caso, desde la firma del laudo.

Dejarlo aquí para que veamos los primeros problemas; los primeros problemas prácticos que son tan prácticos que se ha levantado, pues, ese debate frente a la Corte Suprema, Corte di Cassazione italiana, la Sezioni Unite; y, justamente, el pleno de la Corte Suprema italiana deberá contestar en los próximos meses a este problema que les voy a exponer en breve.

El sistema ha planteado la diferencia de la recurribilidad entre sentencia y laudo, dicen algunas personas, y en concreto hay una sentencia donde se recurrió este problema, pues, mengua el problema de la igualdad de las partes, y, en concreto, del debido proceso y del derecho de la defensa porque, efectivamente, pues, el legislador italiano a la hora de, pues, redactar de manera antitética la sentencia y el laudo, sentencia de los tribunales, no sentencia de arbitraje, pues, tiene una diferente tutela que puede perjudicar, pues, al que ha elegido la vía arbitral.

Y esto se debe esencialmente a que ya seguro esta argumentación a que las fases que caracterizan las sentencias que, esencialmente, son tres, mientras las fases que caracterizan el laudo son dos. Ambas se redactan, ambas se pueden notificar, pero solamente la sentencia judicial se publica.

Por lo tanto, a la hora de haber ese lapso de tiempo entre la firma que elige como *dies a quo* para el plazo largo, y la notificación *dies a quo* para el plazo corto, hay ese hueco de no poder nunca conocer, pues, el éxito o el contenido del laudo; aspecto que, en cambio, pues, podría conocer gracias a la publicación de la sentencia en el caso diferente de la sentencia judicial.

Y esto crea, pues, para algunas personas, pues, problemas de debido proceso y defensa.

Ahora, para entender esto, debemos entender algunas diferencias entre el sistema peruano y el sistema italiano.

Primera diferencia es sobre la notificación. La notificación, según el sistema peruano, esencialmente, puede estar fijada; estamos hablando del laudo, de la notificación del laudo arbitral, puede ser esencialmente fijada por las partes, por los reglamentos, y, eventualmente, esencialmente se podrán fijar por los árbitros. Esto es el sistema que esencialmente viene planteado por el artículo 53 del 1071.

Es interesante que claramente hay que notificar un laudo firmado, y la diferencia que caracteriza a Perú, por un lado, Italia y también España, si lo queremos decir, por otro lado, es el concepto del laudo firmado, porque, según la óptica peruana, se entiende que, a tenor del artículo 55, que no firmaría ya. Cuando, en cambio, en Italia, efectivamente, si falta una firma del árbitro, pues hay que, efectivamente, el laudo puede emitirse por escrito por la mayoría de los árbitros, pero debe justificarse la ausencia de las firmas. Este criterio ha sido adoptado también por España.

Vean que, por tanto, la situación se complica porque, claramente, proceder en llegar a la firma, pues, puede ser totalmente diferente.

Y, el sistema se diferencia también porque el plazo de notificación no es, en Italia, no es el fijado por las partes, no es el fijado por el reglamento arbitral, no es el fijado por los árbitros; viene deliberadamente fijado por la normativa italiana.

Me olvidé, pero, sinceramente, la normativa de arbitraje italiana está contenida en el Código de Procedimiento Civil italiano. Por lo tanto, pues, por el Código Procesal Civil italiano debe notificarse dentro de los diez días de la firma.

Ahora, claro, si ustedes empiezan a encajar las piezas, se dan cuenta de que, dado que el árbitro tiene o puede tener un plazo de diez días de margen en notificar, ese plazo, al contrario, mengua la tutela efectiva de, o puede menguar, la tutela efectiva de una parte, relativamente, al debido proceso. ¿Por qué? Porque ese plazo de un año que va desde la firma, y el otro que va desde la notificación, puede menguarse, dependiente de cuándo yo procedo. ¿Por qué? Porque, efectivamente, en base a la reforma

que hubo, los diez días no son para notificar, no son otra cosa que una utilización del mismo criterio por el plazo largo. Es decir, se debe notificar el laudo, en diez días desde la firma del mismo.

Pronto ven que hay obligación de notificación, dentro de diez días de la firma, y plazo largo desde diez días de la firma. Por tanto, yo puedo o menguar de manera arbitraria, usando un juego de palabras, pues, la tutela de las partes, dependiendo de si presento o notifico el laudo el mismo día de la firma o después decidir eso.

Esto, pues, ha sido levantado el día 20 de septiembre de 2020, pues, frente a, pues, la Corte Suprema del pleno, la Corte Suprema de Sezioni Unite italiana, porque debe, en los próximos meses, debatir sobre este aspecto.

¿Por qué? Porque, efectivamente, pues, hay dos posturas. La primera postura dice que, aunque, efectivamente, se podría menguar de diez días, ese plazo es irrelevante. Es irrelevante por varios factores.

Primero, porque, aunque son diez días, siempre, para conocer ese laudo, que, efectivamente, no es publicable, no obstante, esto, hay un año. Por tanto, diez días frente a un año, pues, es un plazo que no es irrelevante a efectos de la violación del debido proceso de la tutela de la defensa de la parte.

También, siguiendo este argumento, se puede decir que es irrelevante porque, fíjense ustedes que, pues, sí hay un problema de debido proceso, sería más bien frente a la recurribilidad del plazo amplio de la sentencia, que son seis meses y no es un año, pronto, pues, según este argumento, al contrario, es, aunque se mengüe de diez días, tendremos siempre seis meses menos diez días, más que la recurribilidad del plazo largo de la sentencia judicial, por lo tanto, pues, en caso de arbitraje, sí que hay tutela efectiva y debido proceso *a fortiori*, a mayorazgo.

Ésa es la primera postura. La segunda postura es la que dice «no, es que, efectivamente, hay ese plazo que se mengua».

Y, además, fíjense ustedes que el retraso es imputable, eventualmente, al árbitro. Y ahora aquí tienen que, y voy concluyendo, pues, que entender que hay unas sentencias de la Corte Suprema italiana, relativas al retraso imputable del magistrado, es decir, del juez, en el caso, no de arbitraje, de sentencias, que, efectivamente, condenan, pues, esta situación.

Pronto, la segunda postura dice: «aplicamos, pues, el razonamiento de la Corte Suprema relativo a, pues, el retraso imputable en el depósito del juez de la sentencia, a efectos de la notificación de manera analógica, en relación a ese arbitraje. Y, en ese caso, por lo tanto, sí que deberíamos considerar es que hay violación del debido proceso. ¿Por qué? Porque, efectivamente, aquí se habría abierto un problema. La notificación en Italia, se habría debatido si es, efectivamente, desde la notificación, es decir, desde la puesta en marcha, pues, del acto de notificación, o desde el momento que el juez. Me estoy refiriendo a la sentencia de la Corte Constitucional italiana del 2015, que dice, o desde el momento en que el magistrado pone encima de la mesa del tribunal, la sentencia y la entrega al oficial judicial y dice: «pues, notifícala».

En cuanto ven que hay un problema aquí de exteriorización de la voluntad jurídica, del conocimiento de las partes y de varios factores, que claramente en estos pocos minutos, no lo podemos analizar con profundidad, pero sí que quiero que reflexionen, reflexionen sobre estos aspectos. Reflexionen sobre estos aspectos porque, efectivamente, si ustedes, desde la perspectiva peruana no tienen problema sobre el *dies a quo*, que es el mismo en el caso de la notificación de la sentencia, o de la notificación del laudo, que es, justamente, la notificación, sí que tienen un plazo diferente, a efectos de días.

Entonces, claramente, los días son diferentes en el caso de la notificación de la sentencia, que del laudo, pues sí que algunas variantes de las problemáticas italianas se pueden dar frente a la óptica peruana.

Al fin y al cabo, qué quiero transmitir con esto. Por un lado, quería transmitir que la anulación de laudo tiene muchísimas más aristas de las que normalmente se suelen, pues, plantear en varias ocasiones.

Dos, que las problemáticas de la anulación de laudo conllevan indirectamente y abren indirectamente un debate sobre la naturaleza del arbitraje, porque el problema dado en Italia, es dado de una norma que es el artículo 824 *bis* del Código del Procedimiento Civil, que dice que el laudo arbitral desde cuándo está firmado, acordarse desde cuándo está firmado, pues tiene los mismos efectos de la sentencia judicial.

Y aquí, por lo tanto, ven que sea promovido. Efectivamente, ¿el arbitraje es parecido, es asimilable, es diferente, pues, a la sentencia judicial?

No me puedo detener también sobre los efectos de los laudos arbitrales en Italia y en Perú, que son diferentes en relación a diversos aspectos, pero sí que pueden ver que un simple plazo o *dies a quo* de una acción, recurso, impugnación, petición de nulidad, como la quieran llamar, detrás tendrán muchas más aristas desde el punto de vista sustancial y jurídico que deben necesariamente tenerse en consideración cuando vamos o queramos recurrir a un laudo, utilizando la terminología peruana.

Por lo tanto, sí os he complicado más las cosas, pues creo que he cumplido con mi objetivo, poner encima de la mesa muchos argumentos para debatir y para que puedan, pues, tomar como puntos de motivación para investigarlos o para resolverlos.

Y, entonces, creo que ha terminado mi tiempo.

Agradezco nuevamente, pues, a Contractus, a cada una de las personas que han permitido hacer este evento y a ustedes por vuestro tiempo y paciencia por escucharme.

De nuevo, muchas gracias, Julián.

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Alfredo Ferrante por la magnífica exposición.

El derecho comparado es muy interesante, enriquecedor y estoy seguro de que todos los presentes investigarán, y, si es que se da la oportunidad, debatirán sobre el tema que usted ha mencionado.

Muchas gracias, doctor. Ha sido excelente su ponencia.

**Alfredo Ferrante:** Muchas gracias.

Julián, aprovecho la ocasión. Me excuso porque, bueno, yo estoy en Italia en este momento, es un poco una hora complicada para mí, y mañana me toca otro compromiso laboral. Por lo tanto, seguiré un poco conectado, pero, en un momento dado, me desconectaré, por lo tanto, pido las disculpas del caso.

**Julián Manta Lara:** No se preocupe, doctor. Muchas gracias por haber asistido y por haber compartido sus conocimientos.

**Alfredo Ferrante:** Muchas gracias a ustedes. Adiós.

## BLOQUE N.º 6: «REMEDIOS CONTRACTUALES»

*Diego Quiroz Quiroz  
Marilia Pedroso Xavier  
Mario Castillo Freyre*

**Julián Manta Lara:** A continuación, damos por iniciado el sexto y el último bloque de este congreso latinoamericano de especialistas en derecho contractual.

En esta ocasión, contamos con la presencia del doctor Diego Quiroz, quien abordará el tema de «Remedios en los contratos de locación de servicios».

El doctor Diego Quiroz es bachiller en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es adjunto de docencia en los cursos de Obligaciones y Contratos Típicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

También se desempeña laboralmente en el área civil y corporativa del Estudio Escribens Valdiviezo Vega Soyer.

Le damos la bienvenida al doctor y muchas gracias por participar de este congreso.

**Diego Quiroz Quiroz:** Muchas gracias, Julián.

En primer lugar, agradecer a la Asociación Contractus por la invitación.

Para mí, en realidad, es un honor poder opinar desde mi humilde posición, con tan grandes profesores y profesionales, y aprovechar para mandarle un saludo especial al doctor Alfredo Soria, quien es un gran maestro y amigo, del cual he aprendido y sigo aprendiendo.

Bueno, el tema que me ha tocado y que he tratado de sintetizar en estos veinticinco minutos que me otorgan para hacer la exposición, son los remedios en los contratos de locación de servicios.

Bueno, en primer lugar, quisiera presentar un panorama general de los remedios que normalmente encontramos en la práctica.

Éste es un gráfico elaborado por el doctor Gerson Barboza, que me parece muy completo, y que, justamente, quizás lo hemos visto en la práctica.

Entonces, éstos son remedios en general. No quiere decir que solamente son remedios para contratos sinalagmáticos, puede ser de contratos aleatorios, hasta contratos unilaterales.

Él clasifica los remedios que podemos observar en la práctica, en los estudios, en cuatro rubros.

El primero son las excepciones, que es la excepción de incumplimiento y la excepción de peligro de incumplimiento: el 1426 y 1427.

El 1426 es que si se van a cumplir simultáneamente las obligaciones, cualquiera de las partes puede suspender su prestación hasta que la otra cumpla. Que se cumpla la prestación o que se garantice.

Un ejemplo muy sencillo es que si yo, por ejemplo, le compro a mi hermano una laptop, y ya, bueno, cuando no se establece cuándo es el día del pago, se debe pagar inmediatamente. Pero, si él no me muestra la *laptop* para entregarle el dinero, yo podría decirle: «Oye, primero, aunque sea garantízame que estás con la *laptop* físicamente».

La excepción de caducidad del plazo, la excepción de peligro de incumplimiento, es cuando en los contratos duraderos, por ejemplo, quien tiene que cumplir en segundo lugar, no lo hace porque quiere que se le garantice el cumplimiento del primero, ya que existe un riesgo, un riesgo latente de que el primero no cumpla.

Un ejemplo breve podría ser, por ejemplo, un contrato de obra en el cual la empresa se entera de que el comitente ha caído en quiebra, digamos, o que ha sido embargado.

Entonces, por ejemplo, ahí la empresa de construcción podría solicitar una carta fianza, un fiador solidario para garantizar que se va a cumplir la prestación cuando ellos ejecuten la prestación.

Esas excepciones se encuentran en el 1426 y 1427 y son exclusivamente para contratos sinalagmáticos, de prestaciones recíprocas.

Rápidamente, para ya entrar al tema que me ha tocado, la resolución, que la vamos a ver posteriormente, bueno, se pueden dividir en diferentes tipos de resolución.

Resolución de incumplimiento por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad de la prestación sobrevenida. Pero, como les digo, lo vamos a ver más adelante ya en las siguientes diapositivas.

También hay un tema de reajuste por lesión, por excesiva onerosidad de la prestación, también, por el cumplimiento parcialmente imposible.

En las normas generales de contratos, ahí está, existe esta posibilidad de que, si se puede cumplir parcialmente, el acreedor decida seguir con el contrato, pero con una reducción de la prestación, y de reajuste por venta sobre medida. Recuerden que, en las compraventas de tipo sobre medida, se establece un precio por unidad, y en este precio por unidad la diferencia es menor a la décima parte. Se tendría que pagar lo restante que se recibió a favor o aquello que no se recibió, devolverlo.

Y en la rescisión también es otro remedio que no solamente es para contratos conmutativos o sinalagmáticos, sino también puede ser para otro tipo de contrato, y hay diferentes tipos de rescisión: la rescisión por lesión, la rescisión en la venta de bien ajeno, que sucede cuando el comprador no sabía que el bien era ajeno, y que aún, todavía, el vendedor no adquiere, bueno, el futuro vendedor o quien le ofreció, que un tercero iba a transferir la propiedad, no adquiere aún la propiedad de ese bien para que le sea transferido al comprador.

Y la rescisión de la venta sobre medida, que justamente estaba explicando.

Bueno, éstos son, es un panorama general de los remedios, no específicamente la locación de servicios. Es una elaboración gráfica del doctor Gerson Barboza, que me pareció bastante completa para aterrizar en el tema.

Bueno, yendo ya a la locación de servicios, me parece muy importante, primero, hacer un previo para saber qué es en sí una locación de servicios.

Recordemos que todo contrato primero pasa por un análisis de validez. Y, si este análisis de validez se da, es OK, podemos ya decir que hay un contrato válido, pero no necesariamente tiene que calzar en uno de los contratos tipificados, tanto en el Código Civil o como en otras leyes.

Para eso se hace un análisis de tipificación, si es que el contrato que tenemos a la mano calza, en este caso, el contrato de locación de servicios, y ver ahí la tipificación del contrato.

Ello es muy importante porque, pues se podrá saber qué reglas aplicables se dan cuando ya existe una controversia de por medio.

Entonces, según el análisis de tipificación de los contratos, justamente, fue la ponencia del doctor Alfredo Soria, para ver si este contrato calza como locación de servicios o como cualquier otro contrato, se deben analizar tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el causal.

El subjetivo es que, si alguna de las partes, la ley o el Código Civil le exige alguna cualidad personal, en el caso de la locación de servicios, no se exige ni uno. Entonces, por lo tanto, a diferencia de, por ejemplo, el *leasing*, que exige que la empresa locadora sea autorizada por la SBS, etc., etc., etc.

El elemento objetivo son estas prestaciones mínimas que hacen o que son básicas para hablar de una locación de servicios. Si es que falta una de ellas, se desnaturaliza esta locación de servicios o cualquier contrato que estemos analizando.

En el caso de la locación de servicios, es un contrato oneroso, es decir, ambas partes tienen que cumplir obligaciones.

Por parte del locador, lo que tiene que cumplir es el trabajo determinado para el cual han contratado los servicios, por el tiempo que lo han contratado.

Y, por parte del comitente, con la contraprestación, con la retribución por esos servicios del locador.

El elemento causal, se podría decir que el elemento causal en sí es la finalidad que se busca mediante este contrato; la finalidad que le da la ley a este contrato, la finalidad típica.

En el caso de la locación de servicios, la locación de servicios es una especie del gran grupo, del gran género que es la prestación de servicios, y el elemento causal es que se pueda cumplir una prestación de servicios.

Bueno, como menciono, es una especie de prestación de servicios, como el contrato de obra, como el mandato y todos los que figuran en el artículo 1756 del Código Civil, si no me equivoco.

Hay un tema secundario que se toca cuando se analiza el tema, el contrato en general de prestación de servicios, que es el tema de las obligacio-

nes de medios o de resultado. Es decir, si esta prestación que va a hacer el prestador, esta prestación, el interés primario es aleatorio o no es aleatorio.

Se dice que cuando este resultado, el resultado es aleatorio, entonces, estamos hablando de una obligación de medios, y cuando no es aleatorio porque no depende de factores externos, se está hablando de una obligación de resultados.

Es una teoría que se acoge por la doctrina. Hay otra doctrina que no divide ni en obligaciones de medios ni de resultados, simplemente, dicen que existe obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, y que todo siempre el interés primario tiene que ser pensado objetivamente en el caso, porque, por ejemplo, en un servicio médico, si bien el médico va a implementar todas las medidas posibles para dar el mejor tratamiento, no se garantiza que la salud del paciente al final se sane, porque eso depende ya de otros factores como el propio cuerpo del paciente.

Entonces, ahí, por ejemplo, algunos dirían que es una obligación de medios, porque este resultado que busca el paciente de curarse, es aleatorio, no es necesariamente que se pueda dar.

Ahora, lo que es muy importante para después analizar los remedios en la locación de servicios, es el tema de las prestaciones recíprocas. Ambas partes son acreedores y deudores a la vez. Acá se forma el sinalagma.

La contraprestación, la razón de ser de la contraprestación es la prestación, entonces, si es que no se cumple una, no se puede cumplir la otra porque hay un sinalagma y una correspondencia entre las obligaciones.

Y, bueno, la naturaleza conmutativa de la locación de servicios es que las ventajas y desventajas, las partes las pueden saber desde el inicio del contrato. No es que haya un riesgo externo y un alea por el cual no se sepan las ventajas y desventajas, como, por ejemplo, podría ser en contraposición a éste, un contrato aleatorio, por ejemplo, el azar, los juegos de azar, porque no se sabe exactamente si es que vas a ganar o perder, eso depende del alea.

Bueno, teniendo en cuenta estos elementos tipificantes de la locación de servicios, y la naturaleza que es conmutativa, de prestaciones recíprocas, sinalagmática, pasemos a los remedios en sí.

He querido profundizar este tema de la pandemia del covid-19, y cómo se ha plasmado en contratos de locación de servicios que quizás en la práctica de ustedes también han podido ver si es que se podía ejecutar la prestación o no se podía, etc. Hubo bastante discusión, bastante opinión. Algunos hablaban de que se tendría que negociar el contrato, otros que no se puede, etc., etc.

Lo que es cierto es que la pandemia del covid-19 arrancó, inició en marzo del año pasado, ya estamos, prácticamente, a un año, y a partir de ahí generó una serie de consecuencias, tanto legales y de otra índole. Consecuencias legales porque, por ejemplo, el gobierno emitió diversas normas desde marzo del 2020 hasta la actualidad. Es más, estableció fases de la reestructuración, de la reactivación económica, etc., etc., que lo que hizo fue que muchas actividades o muchos contratos, no solamente contratos de locación de servicios, sino contratos de arrendamiento, etc., etc. se vean afectados por estas normas, en cuestión de su ejecución y continuación del vínculo contractual.

En lo que, básicamente, es locación de servicios, servicios en general, estas fases de reactivación, por ejemplo, y todas las normas que emitió el gobierno, en su oportunidad, y que sigue emitiendo, generó una consecuencia, al generarse, se podría decir respecto a estas actividades, que yo las he llamado «actividades de excepción» y «actividades de no excepción». De excepción, porque la norma las prohibía y de no excepción, porque no las prohibía.

Pero, dentro de las actividades de no excepción que no las prohibía, de todas maneras, había indirectamente una imposibilidad, a consecuencia de la pandemia del covid-19. Por eso es que yo divido entre posibles por naturaleza y no posibles por naturaleza. No posibles de ejecutar por naturaleza, por la pandemia del covid-19.

Bueno, en las actividades de excepción, en realidad, más no se podía hacer. Se prohibieron diversas actividades. Primero, cuando se decretó el estado de emergencia; luego, cuando se iniciaron estas fases de reactivación económica, etc.

Entonces, sobre estas actividades de excepción, la pregunta es ¿había una posibilidad de realización? Y no había esa posibilidad de realización, no había esa posibilidad legal de realización. Si, por ejemplo, yo contraté los servicios de una empresa organizadora de eventos, era imposible, tanto legalmente como físicamente, que se pueda llevar a cabo. ¿Por qué? Porque ya había esta prohibición y porque necesariamente, por ejemplo, esta empresa tendría que ir al lugar donde va a ser el evento y hacer todas las actividades correspondientes para que quede listo para día del evento.

¿Se podría hablar de caso fortuito respecto de estas actividades de excepción? Sí, efectivamente, porque, si vemos los requisitos para el caso fortuito, para esta causa no imputable que especifica el 1315, se dice que deba ser extraordinaria, imprevisible e irresistible.

Lo extraordinario, al comienzo, nadie se esperaba que iba a haber una pandemia, un virus de tanta magnitud, que era un riesgo atípico a la actividad de cualquier empresa. Recordemos que el contrato es una asunción de riesgo, pero también ahí existen riesgos atípicos en los cuales ahí se ve lo extraordinario del evento que podría estar perjudicando la ejecución de la prestación.

Lo imprevisible va de la mano con lo extraordinario, en el sentido de que no se pudo asumir que esto, que ese evento iba a suceder, y que iba a afectar completamente la prestación o parcial, tardía o defectuosamente.

Y lo irresistible viene a ser ya con la imposibilidad, que necesariamente no hay manera razonablemente y económico para yo poder realizar la prestación a la que me comprometí, porque ahí hay una imposibilidad legal o física.

Entonces, ante estas actividades de excepción, que hubo diversas a lo largo de toda esta pandemia y que, seguramente, seguirá habiendo, si es que no se pueda controlar ésta, lamentablemente, no se pueda controlar la pandemia en el corto tiempo, existen diversos remedios que te ofrece el Código Civil o que las partes pueden pactar.

Recuerden que, bueno, justamente, cuando analicé los elementos tipificantes, una de las reglas y que quizás el doctor Soria lo tocó en su ponencia, es que para los contratos típicos, como la locación de servicios, las reglas son: primero, la voluntad de las partes: 1463, y luego las reglas especiales del 1353 del Código Civil, y, posteriormente, las reglas generales de contratos y obligaciones, también por el 1353 del Código Civil.

Entonces, las partes pudieron haber pactado remedios voluntarios, si es que se presentara una imposibilidad de la prestación por caso fortuito.

En la práctica he visto que, por ejemplo, como la pandemia haya sido, es duradera, ya las partes sí se ponen en este supuesto, hasta crean una cláusula contra la pandemia del covid, y en las cuales, por ejemplo, regulan que ante un supuesto de pandemia, como, por ejemplo, el 1316, no es que establece un plazo para esperar si es que el caso fortuito es temporal o ya definitivo, las partes podrían establecer, por ejemplo, esperamos un plazo de noventa días, que es lo normalmente visto; y, si no acaba el supuesto de pandemia, por ejemplo, bueno, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin indemnización alguna entre las partes.

Ahora, si es que las partes no pactaron, iríamos ya a las reglas generales de contratos; o sea, de obligaciones. Y, en este caso, iríamos a lo que es la resolución, que es uno de los remedios de los contratos sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas; que en la resolución se busca ya concluir con los efectos de un contrato porque ha aparecido una patología que ya no la hace paritaria, que no la hace sinalagmática, y que ya afecta a una de las partes, y que esta parte no se quiere seguir viendo afectada; y, por lo tanto, quisiera concluir ahí los efectos del contrato.

Sin embargo, la resolución, aunque es lo más usual, no solamente aparece ante un incumplimiento de la otra parte, también podría ser una resolución por imposibilidad sobreviniente de la prestación o también por excesiva onerosidad de la prestación.

En este caso de actividad de excepción, por ejemplo, tendría una resolución por imposibilidad sobreviniente de la prestación. El 1431, en el cual te dice «si es que la prestación es imposible sin culpa de las partes, las partes no se deben nada, y según la teoría del riesgo, el deudor asume el riesgo; y, por lo tanto, tampoco hay ninguna activación para que se dé la tutela resarcitoria, porque las partes no han tenido culpa en esa imposibilidad, es un caso fortuito.

¿Se puede hablar de posibilidad parcial al reajuste? Sí se podría hablar. Por ejemplo, en la práctica yo he visto casos de estas empresas que se dedican al *e-commerce*, que básicamente se trata de estas empresas que son contratadas por una marca, y que no solamente almacenan el producto de esta marca, sino también lo distribuyen a los compradores. Por ejemplo, si hay una, supongamos, que el gobierno decrete una inmovilización obligatoria extrema, en la cual no tengas cómo desarrollar esta distribución de los productos. Pero, sin embargo, hay otra obligación que es el almacenaje que sí lo puede seguir cumpliendo.

Entonces, si por los dos la empresa, no sé, cobraba cien, supongamos, para tirar cualquier número, quizás el acreedor ve conveniente decir: «Oye, como tú todavía vas a tener mis productos almacenados, reduzcamos, reajustemos la contraprestación y que quede en cincuenta, y no habría problemas. Y esperemos a ver si es que se levanta este caso fortuito, y podamos continuar con todo, con las dos obligaciones como en un comienzo. Eso para las actividades de excepción.

También la pandemia del covid-19 ha generado actividades de no excepción, quizás que nunca estuvieron prohibidas por las normas o que se levantaron en el camino, y que son posibles físicamente.

Y acá sí es importante analizar la patología que incide en la inejecución de la obligación. Es muy importante saber qué es eso que ha vuelto ineficaz el contrato, que ya se ponga en riesgo el interés de la parte afectada, y que ya haya puesto en riesgo también el sinalagma que se buscaba en esta locación de servicios.

Como decía, podrían ser tres escenarios en este rubro que yo he llamado actividades de no excepción, pero posibles físicamente. Podría darse que sea por un incumplimiento de la contraparte.

Un caso sencillo, supongamos, pues, yo contrato a un abogado para que me haga un informe legal y, a pesar de que pueda haber inmovilización, no me lo manda.

Entonces, en realidad, no estuvo en un supuesto de caso fortuito, había posibilidad física, había medios para hacerlo, medios razonables, ya que por Internet podría haber mandado el trabajo.

Entonces, sí hay una imputabilidad de esa patología en el deudor. Entonces, si es que existe este incumplimiento por parte del deudor, podría haber una serie de remedios. En este caso, yo he dividido en dos remedios, primero ver los remedios voluntarios. Otra vez, como les digo, reglas aplicables a los contratos típicos: primero, la voluntad de las partes y luego lo que digan las normas especiales o las normas generales del Código Civil.

Remedios voluntarios, quizás se haya pactado algún remedio en esta ocasión. No sé, quizás una posibilidad de que, por ejemplo, haya o se dé un plazo de subsanación, pero no como la del 1429, sino un plazo más extenso u otra medida, o quizás el abogado se había comprometido a varias obligaciones; y, en este caso, por ejemplo, ya se dio el incumplimiento, pero sigamos con el contrato; y, en este caso, simplemente no voy a pagarte la proporción de lo que significa este informe legal que has hecho.

O sino por la resolución por incumplimiento. En la resolución por incumplimiento, recordemos, y también lo había expuesto la doctora Verónica, existen diversos tipos de resolución por incumplimiento. El 1428,

que es, en realidad, por el cual yo te demando judicialmente o arbitralmente, y desde la citación de la demanda o de la solicitud de arbitraje, tú ya no puedes cumplir con la prestación.

¿Por qué lo hace? Porque ya el acreedor ya no tiene interés en que se siga ejecutando el contrato porque lo sigue afectando, y si todavía tuviera interés, pediría, por ejemplo, la ejecución forzada u otras medidas, pero, en este caso, ya no quiere seguir con el contrato y porque hay una patología que ha afectado ese sinalagma.

Entonces, por ejemplo, aplicaría ahora el 1428 o también la resolución por intimación, que es el 1429, en el cual, a diferencia del 1428, en el 1429 otorgando un plazo mínimo de quince días, como dice la norma, y si no se cumple, ya queda resuelto de pleno derecho el contrato. Pueda ser que después la otra parte quiera cuestionar y todo ello en proceso judicial; está en su derecho, derecho de defensa, pero no va a incidir en la constitución de esta resolución.

Y, bueno, también podría ser que la resolución se dé por un tema de imposibilidad.

Voy a acelerar un poquito porque ya estoy fuera de tiempo; unos cinco minutos y acabo.

Que se dé por la imposibilidad, como ya hemos explicado, caso fortuito, remedios voluntarios o resolución por imposibilidad, que nadie se deba nada, teoría del riesgo, el deudor asume el riesgo. Por lo tanto, tampoco hay una activación de la tutela resarcitoria.

¿Podría darse también que la resolución sea por excesiva onerosidad? Sí, también, por ejemplo, pueda ser que por el tema de la pandemia sea más complicado importar un producto, y ello le represente costos al locador, y que, por lo tanto, demostrando los requisitos que se activen para la excesiva onerosidad, y que ha sido un hecho extraordinario e imprevisible; mas no irresistible, porque si no estaríamos hablando de caso fortuito,

entonces, se podría reajustar, en principio, la contraprestación o, en caso la otra parte pida la resolución, se resolvería el contrato.

Rápidamente, el otro gran grupo que encontré, a consecuencia del covid-19, las actividades de no excepción e imposibles físicamente.

Y acá, justamente, lo que había hablado anteriormente en otro PPT, la posibilidad de realización. ¿En realidad, es imposible? Si es imposible, no hay nada que hacer. Pero, si no es imposible razonablemente, sí habría un tema quizás de incumplimiento de la contraparte.

También podría haber remedios voluntarios, como lo explico, una resolución por imposibilidad. Caso fortuito, 1431-1432, o una imposibilidad parcial, en la cual te diga: «Oye, son varias obligaciones, no puedes éste por el momento, pero reajustemos porque yo quiero seguir con el contrato».

Para terminar, otros remedios u otros temas que se podrían analizar en la locación de servicios, la rescisión por lesión o el reajuste por lesión, se podría dar, pero yo lo veo muy complicado que se dé en una locación de servicios. Justamente, hay un artículo en la parte de lesión, que dice que si el lesionado ya no puede; o sea, lo que busca la lesión o la acción rescisoria o por lesión es que también desaparezcan todos los efectos del contrato. Pero, quizás la prestación del lesionado ya se hizo, como podría ocurrir en una locación de servicios. Entonces, solamente le queda pedir el reajuste; por eso yo lo veo muy difícil.

Para terminar con estas cuatro preguntas, la resolución por término esencial se podría dar, siempre y cuando, las partes lo hayan pactado. El término esencial está recogido doctrinariamente, mas no como una clase de resolución en el Código Civil. Básicamente, el término esencial es que la prestación y el tiempo son esenciales; según la doctrina es que yo quedé que esta prestación sea para el domingo porque era el evento de mi matrimonio. Y el domingo no se dio y el lunes yo no digo nada, ya se resolvió de pleno derecho, según la doctrina.

Acá sería, tendríamos que ser bien detallistas si es que creamos una cláusula para acoger un término esencial.

Particularmente creo que no se podría acoger por el 1430. ¿Por qué? Porque en el 1430 pasa la causal, pero yo necesito notificar a la otra parte para que se resuelva el contrato, y podría ocurrir que, en ese trayecto de la causal y la notificación de la resolución, la otra parte lo haga; lo haga tardíamente, pero lo haga. Entonces, ahí podría encontrarme en un problema.

La renegociación, se ha hablado mucho de la renegociación si es un remedio contractual. El Código Civil no lo recoge, pero también por voluntad de las partes: 1354 «Las partes pueden regular el contenido siempre y cuando no vayan contra las normas imperativas». Se podría pactar y lo he visto. Por ejemplo, hay contratos que dicen que periódicamente las partes van a realizar el precio de la prestación de acuerdo a un índice. Algún índice, no sé, por ejemplo, de la SBS; algún índice que sea la medida para poder establecer estos nuevos precios. Se podría decir que es un ejemplo de renegociación.

Casos en la práctica a consecuencia del covid-19 que haya visto. Que, por ejemplo, muchas empresas, como ya con el covid-19 hay mucho debate de si sería un caso fortuito o ya no. Algunos dicen qué sería porque las consecuencias aún no se saben, o sea, no sabemos si de acá el gobierno va a implementar, por ejemplo, una inmovilización total. Ahora, otros dicen que no, porque ya el covid viene desde marzo del 2020. Pero, para ello, las empresas están o las partes contratantes en la práctica están creando cláusulas covid, que le llaman y que, por ejemplo, establecen que ante una causal de covid o inmovilización, esperar cierto tiempo que no se dé posibilidad a que las partes resuelvan el contrato por covid, etc., etc.

Otras medidas legales de tutela del interés del acreedor. Hay diversas medidas legales que están en el 1219, como emplear las medidas legales del Código Civil, procurarse la prestación o hacerla procurar por terceros, la tutela, la acción, la tutela resarcitoria, siempre y cuando cumpliendo con los elementos de la responsabilidad civil contractual, y también en el 1151,

en adelante, dependiendo de si es una obligación de hacer, de no hacer, de dar, y también dependiendo mucho en los contratos de este principio de conservación de los contratos, y que no se resuelva por resolver. Si es que existe una escasa importancia del incumplimiento, poder acogerse a otras medidas por este principio, como repito, de conservación de los contratos.

Bueno, he llegado al final de mi exposición. Agradezco mucho a Contractus por la convocatoria. Estoy muy agradecido de compartir desde mi humilde posición con tan destacados profesionales y profesores, y nada. Muy agradecido nuevamente por la oportunidad y por poder también escuchar las ponencias de los demás profesores.

**Julián Manta Lara:** Doctor, muchas gracias a usted por haber compartido sus conocimientos.

Sin duda, como se menciona, el covid trajo consecuencias impensables y los locadores de servicio no fueron la excepción.

Sabemos que es un tema amplio, sin embargo, agradecemos que lo haya hecho de manera tal que haya culminado sus diapositivas y haya explicado todos los temas.

Muchas gracias, doctor.

**Diego Quiroz Quiroz:** De nada.

**Julián Manta Lara:** A continuación, le damos la bienvenida a la doctora Marília Xavier, quien abordará el tema «Remedios contractuales en Brasil en tiempos de pandemia covid-19».

La doctora Marília es profesora de estudios de pregrado y postgrado estrictamente en la Facultad de Derecho de la USPR. Es doctora en derecho civil por la USP; magíster y licenciada en derecho por la UFPR; coordinadora de derecho privado de la Facultad de Derecho Superior de Paraná; directora del Instituto Brasileño Contractual de la Clínica Jurídica

Advocativa Disruptiva y el Observatorio Jurisprudencial en Derecho de Familia y Sucesión del Centro de Práctica Jurídica UFPR.

Muchas gracias, doctora, por estar con nosotros.

Le cedo la palabra para que comience su exposición.

**Marília Pedroso Xavier:** Muchas gracias. Buenas noches a todos. Pido su licencia para hablar en portugués porque todavía no tengo un dominio del español. Y no me gustaría hablar como algunos brasileros, hablar en un péssimo portuñol.

Quiero agradecer aquí a Julián y también a la Asociación Contractus, a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, al profesor Roger Vidal por la invitación. Estoy muy honrada y muy feliz de estar hablando con los conferencistas que están aquí como Alfredo Soria, Diego Quiroz y Mario Castillo Freyre.

Voy a compartir también unas diapositivas para que podamos hablar un poco de los remedios contractuales en Brasil en tiempos de pandemia covid-19.

Y comenzamos hablando de algo muy triste, de este tema de los contratos en tiempos de covid, que demanda mucha sensibilidad y demanda mucha delicadeza porque, de hecho, tenemos más de doscientas cincuenta y un mil muertes, durante el período comprendido entre el 13 de marzo de 2020 hasta la actualidad.

Sabemos que esos números son igualmente altos en Perú y en toda América Latina y en todo el mundo. Y por cuenta de eso, es claro que el derecho de los contratos, siendo un derecho tan amplio, del derecho de sociedades, podemos verificar y debería ser necesariamente afectado. Sabemos que sin duda esa pandemia que comenzó, ingenuamente pensábamos que no llegaríamos a un sacrificio, a unas semanas, el aislamiento, mas la verdad es que hoy no tenemos la menor idea de cuándo acabará.

Las vacunas, al menos en Brasil, demoran en llegar. Los especialistas dicen que, tal vez, demorará más de un año para conseguir vacunar a toda la población, y exactamente el día de hoy mi ciudad, Curitiba, ha regresado al estado de *lockdown*.

Sin duda, la covid produce algo muy verdadero que fue en un momento de grandes simetrías. Todos los problemas que tenemos en sociedad, los desafíos, la pobreza, que está desenvolviendo falta de igualdad, *apartheids*, rabia, ira, todos esos problemas que ahora están potencializados con la situación del covid.

Ese mensaje de la caricatura que no es brasílico, pero aquí creemos que simboliza a las sociedades de todo el mundo, de todo el planeta.

Y ahora nos muestra que, para algunos los efectos del covid fueron mucho más dramáticos. Para aquéllos que ya eran vulnerables los efectos fueron de índole mayor.

Más, también para la crisis pública y sanitaria del covid o corona virus también representa, como lo muestra esa ilustración, la más grande crisis económica.

Muchas personas perdieron sus empresas, muchas personas que no tienen un empleo formal se quedaron completamente sin cualquier tipo de ingreso, sin cualquier auxilio del gobierno y se están enfrentando a situaciones realmente muy dramáticas.

Y por cuenta de esa crisis económica, dejaron de ser cumplidos, dejaron de ser honrados.

Aquí me gustaría invocar como primera visión doctrinaria para pensar cómo Brasil enfrentó las contrariedades provocadas por el covid, enfrentando, porque sabemos que, lamentablemente, la pandemia invadió.

El profesor José Fernando Simão dice que tenemos tres realidades: la realidad A, que es la pandemia en la fecha del 13 de marzo de 2020; la realidad B, es lo que estamos pasando ahora, y la realidad C postpandemia.

En la realidad A, Brasil estaba en un momento de efervescencia, en un momento aquí de animación, la economía comenzaba a dar sus primeros pasos, y había sí mucho ánimo de que las cosas, finalmente, iban a caminar.

Mas el día 13 de marzo de 2020, comenzó el período de *lockdown*, período de aislamiento social y con un corona virus, todo ese optimismo se fue por el drenaje, y nos llevamos ahí efectos dramáticos para la economía con la clausura de los comercios, y cierre de varios establecimientos, *shopping centers*, pérdida de empresas, entre otros.

El profesor Simão alega que nunca más las cosas volverán a ser como antes. Nunca más volveremos a una realidad A. Viviremos una nueva vida, una nueva normalidad.

Los primeros efectos en el derecho civil cuando llegó la pandemia a Brasil, en general, se dieron en el derecho de familia.

Con el aislamiento social, con el *lockdown* en la vida diaria, se modificaría el régimen de participación de la crianza de los menores, cómo afectaría la pensión alimenticia, ya que tal vez, ocurriesen ahí alteraciones, como es el caso de cierre de las escuelas.

En muchos países se preguntaron ¿será que tenga que pagar la escuela, ya que al estar cerradas nuestros hijos no están asistiendo a clases.

Muchas personas que perdieron sus empleos se preguntaron: ¿será que es justo ser despedido, ser retirado porque no consiguió pagar la pensión, porque está sin empleo por cuenta de la pandemia.

Otro gran tema fue la cancelación de los viajes y los pasajes aéreos. Yo misma en mayo estaba viajando a Perú, a varias ciudades. Iría para Lima,

Machu Picchu y todo el Perú, y tuve que cancelar toda esa operación de viaje para conseguir renegociar reembolsos y todo lo demás.

Los temas que más crecieron en ese período fueron testamentos, las personas se pusieron muy nerviosas, contrataron abogados para testar, para realizar su planeamiento sucesorio, no sólo testamento, sino para formar empresas, formar pactos internupciales, planificar sobre todo el patrimonio de familia, las empresas.

Vimos un crecimiento muy grande en los actos electrónicos, las legislaciones nuevas permitieron matrimonios por Zoom, por videoconferencias, testamentos por Zoom, por videoconferencias.

Los actos electrónicos crecieron vertiginosamente. La telemedicina de Brasil tenía mucha asistencia (alta demanda) para practicar la medicina por medios electrónicos. Como no había otra manera, la telemedicina también, en carácter excepcional, fue admitida.

Y, finalmente, la LGPD, Ley General de Protección de Datos. Como todos estamos usando cada vez más medios virtuales, es especialmente importante dar un tratamiento adecuado a la protección de estos datos electrónicos, y esta ley que está vigente en el Brasil ofrece que estos datos serán protegidos.

La realidad A hasta el día 13 de marzo de 2020, Brasil vivía en un derecho contractual, ejercía con aprobación la ley de libertad económica, una ley que daba más autonomía privada, más libertades para las partes, en especial, para los contratos empresariales y preveía una menor intervención del Estado.

Cuando llegó la pandemia tuvimos un escenario bastante cambiado, porque al principio el Estado estaba interviniendo mucho en los contratos, y ahí, a partir del día 13 de marzo de 2020, en la realidad B, con el aislamiento social, el *lockdown* y las principales preguntas hechas por las personas son: ¿yo puedo dejar de pagar?, ¿en qué situaciones?, ¿yo debo pagar

multas? Y la principal pregunta: ¿cuáles son los remedios contractuales en el período de la pandemia?

Y aquí me gustaría destacar especialmente la importancia de la doctrina brasileña. El Instituto Brasileño de Derecho Contractual publicó más de sesenta y dos archivos, con intensos debates, y tiene una participación más importante en los proyectos de ley sobre contratos en la pandemia, y en Brasil se hizo mucho.

Normalmente, las leyes las hacen los políticos promoviendo el diálogo con la academia, promoviendo el diálogo.

Desde esta oportunidad, conservamos un intenso intercambio de ideas; muchos miembros del Instituto Brasileño de Derecho Contractual participaron activamente en la elaboración de los proyectos de ley.

La mayor preocupación de la doctrina sobre esta situación era prohibir los comportamientos oportunistas. ¿Qué queremos decir con esto? Evitar que personas que no necesariamente fueron perjudicadas con la pandemia, con el covid, se beneficien de los remedios contractuales, para evitar que personas saquen ventaja indebidamente.

La primera pregunta que hacía el Código Civil brasileño para resolver los problemas contractuales, ¿qué remedios brindaba el Código Civil de Brasil?

El primer remedio está en el artículo 393: «El deudor no responde por los perjuicios resultantes por caso fortuito o fuerza mayor, si expresamente no se hubiera responsabilizado por ellos.— El caso fortuito o de fuerza mayor se deben verificar necesariamente, cuyos efectos no sean posibles de evitar o impedir».

El artículo 393 tiene una aplicación muy amplia, en los casos en que los contratos no han podido ser cumplidos, por cuenta de una ley, por ejemplo, la prohibición de la realización de un show, una banda metálica, por ejemplo, estaba con la actuación marcada acá en Brasil.

Existe una legislación prohibiendo que fuese realizado ese show, porque provocaría aglomeración de personas. En ese caso, nos tendríamos que basar en el hecho del principio de la culpa donde el deudor no puede cumplir porque no le ha sido permitido.

En ese caso, suena lógica la devolución de la prestación, según sea el caso, la devolución del ingreso. No va a haber pérdidas y daños, no va a haber daño moral, no va a haber mora o demora, porque no hay culpa.

Nos llevamos una medida provisoria, el artículo 948, que permitió que, en esos casos, la devolución de ingresos, la devolución de pasajes aéreos, otra MP fuese devuelta en doce cuotas.

Normalmente, esa devolución tiene que ser vista, una vez más, doce para colocar en doce veces para evitar que el sector fuese al colapso.

También tenemos el artículo 421, que dice: «La libertad contractual será ejercida dentro de los límites de la función social del contrato.— En las relaciones contractuales prevalecerá el principio de intervención mínima y la excepcionalidad de revisión contractual».

Es un punto muy importante que tenemos en Brasil. Agrega que la mínima intervención del Estado va a ostentar siempre y al máximo conservar los contratos.

Y por cuenta de eso, muchos casos fueron elevados al Poder Judicial.

Ahora en Brasil una sección específica en el Código sobre revisión contractual, sin duda, el artículo más utilizado, el mayor remedio invocado, es el artículo 317, que dice así: «Cuando por motivos imprevisibles sobreviniera desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida o en el momento de su excusión, el juez podrá corregirlo a pedido de parte, de modo que asegure cuándo sea posible entregar el valor real de la prestación».

Éste es un artículo que permite al magistrado hacer este equilibrio donde más de una vez, muchas personas recurrieron al Poder Judicial. Y el Poder Judicial brasileño acabó manifestando de una forma pendular.

Infelizmente, las primeras decisiones eran la mayoría de veces divergentes para los mismos pedidos, las mismas causas eran tantas decisiones totalmente diferentes y había criterios confusos.

Tengo que decir que en muchos casos no querían los comerciantes pagar el alquiler porque el *shopping* estaba cerrado por determinación judicial.

De inicio, las primeras decisiones que se emitieron exonerando el 100% del valor del alquiler. Se emitieron también decisiones que disminuyeron el valor del alquiler, pero porque la tienda estaba cerrada y decisiones que no entendían que se mantenga el pago.

Entonces, ése fue un gran problema donde la doctrina tuvo que buscar desenvolver algunos criterios, por ejemplo, esa tienda no estaba funcionando presencialmente. Estaba haciendo un servicio de *delivery*, estaba vendiendo a distancia, estaba realizando ventas por WhatsApp, Facebook. ¿Cómo estaba llevando su facturación? Antes de la pandemia y después de la pandemia. ¿Cuál era el costo de la operación? Porque el *shopping* tenía el deber de mantener asegurado el local, y mantener precios justos. ¿Será que es justo eximir totalmente el alquiler o sería más justo fraccionar el pago de ese alquiler? Es más, sabemos que aquí alegar caso fortuito no es la mejor solución, no demuestra ser la mejor solución, porque en caso de que los comerciantes tengan la prestación reembolsada, con esa prestación tienen que pagar al ingeniero. Y esa prestación que va a resultar no imposible, es difícil pero no imposible. El mejor camino entendemos que es utilizando el artículo 367, que mostramos hace poco, y demostrar para el juez es escoger la mudanza de la base del negocio.

En el Brasil se creó una legislación específica y fue inspirada en una famosa ley fallo y una legislación de emergencia transitoria, sólo para el período de covid, para el período de la pandemia y para resguardar el pro-

ceso y las consecuencias de la pandemia del corona virus y de conservar el contrato, incluidas las previsiones dispuestas en el artículo 393 que leímos hace poco, no tendrá efectos retroactivos.

Este artículo dice que no será posible invocar para problemas contractuales antes del 13 de marzo de 2020.

El artículo 7 dice que no se consideran hechos imprevisibles para los fines exclusivos de los artículos 317, 478, 479 y 480 del Código Civil, el aumento de la inflación, una variación del tipo de cambio, y una desvalorización o una sustitución del poder monetario.

Muchas personas están alegando que el precio del dólar, del euro, también podría aquí ser utilizado como un factor imprevisible por cuenta de la pandemia.

Otro problema. ¿Cómo imaginarnos que la pandemia era algo transitorio, algo de semanas? Esta ley de emergencia ha producido efectos hasta el 30 de octubre del 2020. Que era la fecha en que la pandemia en el Brasil iría a acabar, el 30 de octubre de 2020. Mas, como sabemos, el drama no acabó.

Entonces, tres criterios hoy son los principales que destacaría aquí, desarrollados por el profesor José Fernando de Simão, que ya citamos anteriormente, y que los magistrados deben necesariamente observar.

Primero, el impacto económico para cada una de las partes, no sólo para una, no sólo para el deudor, para cada una de las partes involucradas.

¿Cuáles son los porcentajes de lucro de aquel contrato? ¿Será que no era posible en ese momento reducir ese porcentaje o, de repente, un magistrado reduce y pide que realicen el pago normalizado de las prestaciones futuras, de aquí a un año, de aquí a dos años?

Y un tercero, observar aquel sector en sí de la economía que está involucrada y cuál es el potencial que este sector tiene de recuperación.

Mas, sin duda, para cerrar aquí esta charla, la pandemia atrasa la realización de los contratos. Un gran tema para reflexionar. Negociar es preciso. Ningún país del mundo saldrá de la pandemia sin ayuda de los otros. Cooperar más que nunca será necesario. Sin duda, este actual momento, la mayor lección que tenemos, y esa figura muy interesante que tenemos aquí algo desorientados, cada uno está palpando, tocando ese elefante por los costados, y cada uno ha creído que está viendo algo diferente. Es curioso, pero se ve que ninguno está viendo o imaginando que es un elefante. Todos juntos, teniendo apenas una parte no saben qué están cogiendo.

Entonces, necesitamos conversar, integrarnos, entender y negociar.

Muy agradecida. Muchas gracias.

Correo: marilia@pxadvogados.com.br

Instagram: @mariliapedrosoxavier

**Julián Manta Lara:** Muchas gracias, doctora, por su exposición.

Es muy interesante analizar cómo la justicia brasileña resuelve los problemas contractuales en una pandemia inesperada, y sobre todo me gustó la parte de negociar, la última parte.

Esperamos que siga aceptando una nueva invitación de Contractus.

Muchas gracias, doctora. Hasta luego.

Ahora, para finalizar y como último ponente, tenemos al doctor Mario Castillo Freyre, quien abordará el tema de «La resolución contractual».

El doctor Mario Castillo Freyre es abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster y doctor en derecho por la misma casa de estudios. Es especializado en derecho civil, arbitraje, seguros, y se desempeña como abogado en ejercicio de la profesión desde 1993.

Ha participado como árbitro en más de quinientos casos. Ha desempeñado y se desempeña como experto legal en derecho peruano y en innumerables arbitrajes.

Es profesor honorario en diversas universidades del país y del extranjero, y tiene una abundante y permanente producción jurídica.

Es un honor, doctor, que nos comparta todo su conocimiento. Estamos muy agradecidos con que haya aceptado la invitación y estamos dispuestos a escucharlo.

Gracias, doctor.

**Mario Castillo Freyre:** Muchas gracias, Julián.

Bueno, ante todo, muy buenas noches queridos amigos.

Para mí es un gusto muy grande participar en este evento organizado por Contractus. Es una plataforma o un grupo de personas que realmente hacen muy bien en fomentar el debate sobre temas contractuales; y el demostrar que el derecho civil cada día está más vivo y que cada día resulta más importante saber derecho civil. De tal manera que los felicito y además ha sido para mí un gusto ver la plana de profesores invitados. Muchos de ellos amigos míos, conocidos, personas a quienes guardo muchísimo respeto. De tal manera que los felicito y les agradezco esta invitación.

El tema por el cual me comprometí a hacer uso de la palabra esta noche, es el de la resolución por incumplimiento.

Pero, digamos, en este contexto, y sobre todo después de haber escuchado las interesantísimas palabras de la profesora Marília Pedroso Xavier de Brasil, resulta imposible no hacer una introducción y un engarce con el tema de lo que estamos viviendo.

En realidad, como decía el otro día a algunos amigos en una reunión por Zoom privada, todo aquello que me cuenten, de ahora en adelante,

que puede pasar, lo creo. Es decir, antes, cuando uno dictaba una clase e imaginaba diversos supuestos, pues, de casos fortuitos, de fuerza mayor, ya uno, prácticamente, agotaba los ejemplos, porque lo que había quedado como eventos, pues, centrándonos en los eventos de la naturaleza eran, pues, dos o tres casos muy concentrados, y sobre los cuales se podía discutir, y si se quiere, renovar ideas, pero nada como esto. De tal manera que, ante lo que ha pasado, si me cuentan, pues, que va a venir Godzila, que vamos a ser invadidos por los extraterrestres o que me cuentan cualquier cosa de éas, yo no me voy a reír. Simplemente, voy a otorgar el beneficio de la duda, porque, a lo mejor, ocurre.

Y éas son cosas, pues, terribles. Veíamos cómo en la exposición anterior, la profesora Pedroso hacía un recuento de la cantidad de muertos en Brasil y la cantidad de muertos que hay en Perú es enorme.

En realidad, nunca me imaginé que podíamos batir récords mundiales, pero para algo negativo. Somos el país con más muertos por covid-19 *per cápita* en el mundo. Ésa es una vergüenza, realmente. Una vergüenza total de imprevisión absoluta, en cuanto a afrontar la pandemia. La pandemia ha sido igual en muchos países; ha sido peor en otros, pero no podemos tener esa cantidad de muertos en el Perú. Es increíble. Todos hemos perdido algún familiar o algún amigo muy cercano. Y ésta es una situación que, evidentemente, rebasa el derecho civil y han entrado otras áreas que no corresponde tratar esta noche.

Cuando hablamos de la resolución de los contratos por incumplimiento, entramos a un terreno con muchas aristas.

En el Código peruano la materia está tratada en los artículos 1428, 1429 y 1430, que vamos a ver detenidamente en un rato.

Pero, en circunstancias como las actuales, la resolución por incumplimiento es un remedio más desagradable que nunca. Nunca es agradable resolver un contrato por incumplimiento, sobre todo porque estamos hablando de que la resolución la activa la parte fiel del contrato. Es decir, aquella parte que ha cumplido con la ejecución de sus obligaciones. Y la

activa frente a una parte que es la parte infiel o la parte incumpliente o la parte incumplidora de sus obligaciones.

Y, bueno, digamos, es natural pensar que aquél que sí ha cumplido desea que el otro hubiera cumplido con él. Entonces, por eso es desagradable, porque el ánimo de todo contratante serio, al celebrar un contrato, es, precisamente, el pensar que esa relación contractual va a llegar a un final feliz, que ambos contratantes van a ejecutar sus obligaciones. Que no, que las obligaciones van a morir por muerte natural, es decir, van a morir por cumplimiento, y no van a seguir vivas entrando a la patología de la inejecución o incumplimiento de las obligaciones.

Entonces, esta situación que en normalidad ya es rara, en una situación como ésta, lo es mucho más.

Pero, fundamentalmente, porque el mecanismo de la resolución por incumplimiento parte de la idea de que la parte incumpliente ha incumplido por culpa o dolo sus obligaciones. Es decir, ha incumplido por causa que le ha sido o que le es imputable.

Ante el incumplimiento, cuál es la reacción natural del contratante que sí está cumpliendo o que sí está dispuesto a cumplir.

Pues, la reacción natural, la primera reacción que uno tiene en cualquier contrato, no es mandar una carta notarial, no es hacer una llamada telefónica para increpar el incumplimiento del contratante o algo parecido. La primera reacción que uno tiene, es tratar de que la contraparte contractual cumpla con el contrato, porque para eso me he vinculado jurídicamente.

Entonces, lo que yo quiero no es entrar a un problema de desvinculación contractual. Lo que yo quiero es, precisamente, hacer que la parte contraria cumpla con el contrato.

Entonces, el paso normal que se dará ante un incumplimiento contractual (por supuesto que hay excepciones y seguramente muchas), la regla general es que ante un incumplimiento contractual, la parte que sí desea que se

cumpla, va a llamarlo, va a escribirle, va a tratarlo de la manera más cordial del mundo. Porque si yo quiero que mi contratante que viene incumpliendo, cumpla, lo último que voy a pensar es tratarlo mal, hablarle fuerte, decirle cosas que no le gusten al oído, porque lo que quiero es que cumpla.

Y hay un dicho viejo que dice que «más moscas se casan con miel, que con hiel». Entonces, voy a tratar de que cumpla con el contrato. Ése será seguramente el primer camino. Y el primer camino, naturalmente, tampoco será la carta notarial. Será una llamada telefónica, un amable *whatsapp*, un amable correo electrónico.

Ahí seguramente lo constituiré en mora. Es decir, si mi contrato no tenía una estipulación de mora automática, regirá la regla general de la mora por intimación y lo estaré constituyendo en mora.

Y es sólo si ante el reiterado pedido de cumplimiento, la parte incumpliente no ejecuta su obligación, que la parte fiel, precisamente, recurrirá al mecanismo de la resolución por incumplimiento. Es decir, la dura desvinculación contractual, frustrar el futuro de esa relación contractual por el incumplimiento de la contraria.

Y, ¿cuáles son los mecanismos que establece el Código peruano a este respecto?

Son tres mecanismos, tres mecanismos que, obviamente, no hay que confundirlos con los otros supuestos de resolución a que han hecho referencia mis ilustres colegas en algunas otras exposiciones anteriores a la mía. Que han hecho un repaso por los remedios resolutorios, que van, obviamente, más allá del 1428, 1429 y 1430.

Entonces, el primer gran mecanismo es la resolución por incumplimiento, la resolución judicial o arbitral. Es decir, en este caso, no le voy a dar la oportunidad de que cumpla. Seguramente porque ya se la he dado antes de activar el mecanismo. Y el artículo 1428 lo que establece es que en los contratos con prestaciones recíprocas cuando alguna parte falte al cumplimiento, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del

contrato. Ya solicité el cumplimiento, bueno, ya ahora me voy a ir por la resolución del contrato.

Y en uno u otro caso la indemnización de daños y perjuicios, y agrega que, a partir de la fecha de la citación o de la notificación con la demanda, ya no está autorizada, la parte incumpliente, ya no está autorizada a cumplir.

Bueno, ése es un mecanismo. El problema del mecanismo del 1428, al cual, a veces se tiene que recurrir. Éste es un mecanismo largo porque, al fin y al cabo, al ser una resolución judicial o arbitral, se entiende que el contrato quedará resuelto con la sentencia en última instancia, o con el laudo arbitral que, precisamente, declare resuelto el contrato.

Entonces, eso no me va a permitir resolver el contrato inmediatamente o de manera muy rápida. Es un mecanismo lento; no sé si lento, pero seguro. Tal vez sí seguro, sin duda, porque los otros mecanismos, especialmente, el que voy a tratar ahora, que es el del 1429, no necesariamente van a representar la solidez del mecanismo del 1428, que va a concluir, precisamente, con una sentencia firme o con un laudo arbitral firme que declare resuelto el contrato.

¿Y por qué digo esto? Porque el Código también regula en el 1429 la resolución por intimación, o la resolución extrajudicial.

El mecanismo de resolución extrajudicial, al igual que los mecanismos resolutorios, son una especie de fórmulas sacramentales. O sea, tengo que seguir esta fórmula o este formalismo legal, a efectos de resolver bien el contrato, salvo otros casos en los cuales los contratos se resuelven de otra manera. Voy a citar algún ejemplo, pero en el caso de los artículos que vengo mencionando, se tiene que seguir ese mecanismo.

Y el caso del 1429 tiene algunas particularidades sobre las cuales es muy importante reparar porque el 1429 no es una norma que me permita a mí, parte fiel en el contrato, que me permita decirle a la parte infiel, «resuelvo y punto».

El 1429 parte de una premisa, y es que le tengo que dar al deudor incumpliente o a la parte incumpliente, un plazo no menor de quince días: fórmula sacramental para que pueda cumplir, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto.

Entonces, si yo no quiero dar la oportunidad a mi contraparte de que cumpla por alguna razón, que no me convenga ya que cumpla, no me interesa que cumpla, ya no me es útil su cumplimiento, hasta podría serme perjudicial su cumplimiento, entonces, no puedo ir por el 1429; tendría que ir por el mecanismo del 1428: por la resolución judicial, en donde no va a haber oportunidad para que cumpla, desde que sea notificado con la demanda.

En el 1429 sí le tengo que dar la oportunidad para que cumpla, y le tengo que dar, al menos, quince días. Si le doy cinco, no vale; si le doy diez, no vale; si le doy catorce, no vale; si le doy quince, por lo menos, quince días, por lo menos, estaré aplicando la fórmula del artículo 1429.

¿Eso qué implica? Que, si en los quince días o los que les dé, quince o más, la parte contraria cumple, no tendré nada que decir porque le estoy dando, precisamente, con el mecanismo del 1429, la posibilidad de que cumpla.

Ahora, como decía hace un instante, si yo quiero recurrir al 1429, tengo que recurrir al artículo completo, no puedo recurrir en una parte; no puedo decir: «No, ya no me interesa que cumpla, por lo tanto, me voy al 1429 pero no le doy la oportunidad; o me voy al 1429 y le doy un día porque, en realidad, ya tiene, pues, siete meses sin cumplir. ¿Y qué? Ya, pues, le doy un día. Siete meses más un día, es más que quince días».

No, porque la fórmula es la de darle los quince días, por lo menos. Entonces, cabe la posibilidad de que cumpla. Si no cumple, el contrato se resolverá como dice el 1429, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto.

Pero, acá hay un tema interesante; yo he escrito sobre esto; he hecho informes sobre esto hace años. Y el tema es el siguiente: ¿pasan los quince

días y el contrato queda resuelto o es necesario que le envíe una notificación adicional?

De acuerdo con el texto del Código Civil, pareciera que no es necesario enviar comunicación alguna adicional. El contrato queda resuelto.

Pero, en realidad, lo que ocurre a veces es que la parte fiel recibe alguna propuesta o negocia con la parte infiel, y pasaron los quince días. O sea, viene negociando y pasaron los quince días, y resulta que ya tengo un ofrecimiento y, de repente, con garantías firmes de mi contraparte en el sentido de que va a cumplir.

Y ahí viene la pregunta: ¿qué significa esto? ¿Que el contrato ha quedado resuelto? «Pero, señor, yo no quiero ya que quede resuelto». Oye, ¿pero no le diste quince días, «bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto»? Sí, pero, señor, «no me interesa ya hacer efectivo el apercibimiento».

Entonces, si no te interesa hacer efectivo el apercibimiento, sería bueno que se lo comuniques a la otra parte para que no haya dudas de que el contrato no ha quedado resuelto porque todavía te interesa darle la posibilidad de que cumpla; y, por lo tanto, seguir con una relación contractual en ejecución y amigable. Ése es todo un tema.

Naturalmente, si el incumplimiento persistiera, podrás volver a activar el mecanismo resolutorio del 1429. ¿Por qué? Porque si lo he dejado sin efecto, si he dejado sin efecto el apercibimiento, ya no vale luego hacer efectivo el apercibimiento. Tendré que volver a aplicar el mecanismo resolutorio del 1429 u otro mecanismo, naturalmente, para poder resolver el contrato.

Y la tercera vía que establece el Código Civil es el artículo 1430, que es la denominada cláusula resolutoria expresa. La cláusula resolutoria expresa es, como su nombre lo indica, una estipulación contractual en virtud de la cual se establece que, ante el incumplimiento de determinada o determinadas obligaciones, descritas con toda precisión, el contrato queda resuelto.

Ya. Le envío una carta: «Señor, usted ha incumplido esto, por lo tanto, el contrato queda resuelto».

¿Y cómo es esto? Hay casos en los cuales, en los contratos se pacta de una manera defectuosa la cláusula resolutoria expresa, porque en aras de proteger todos los derechos de un contratante, se redacta la cláusula, más o menos, de esta manera: «Si el deudor incumpliera cualquiera de sus obligaciones contraídas en este contrato, el acreedor podrá hacer efectiva la resolución por el artículo 1430».

Pero, ahí hay un problema. Ahí la cláusula resolutoria no es expresa. Ahí has mencionado todas las obligaciones del contrato. «¡Ah! Entonces, lo que voy a hacer es, no digo todas, pero menciono todas: las cláusulas 1 a la 25».

Tampoco, porque lo que quiere el Código Civil o el legislador lo que quiso con el artículo 1430 es que, precisamente —y ahí está el valor de la cláusula resolutoria expresa—, se escoja qué cláusulas contractuales son de tal importancia para una de las partes que, si se produce el incumplimiento por la parte contraria, pueda invocar ese incumplimiento para que el contrato se resuelva de pleno derecho. Ése es el sentido de la cláusula resolutoria expresa: el que hayas establecido con la otra parte de común acuerdo que ésta, ésta y esta otra son cláusulas contractuales, cuya importancia es tal, que, si las incumple la parte contraria, podré invocar la resolución del contrato, ya no darle ningún plazo para que cumpla, la resolución del contrato por aplicación del artículo 1430.

Estos mecanismos, como decía, son mecanismos sacramentales, pero parten de una idea. Y es que cuando yo quiero activar un mecanismo resolutorio del contrato, el contrato o las obligaciones de mi contraparte todavía deben ser pasibles de ejecución porque, si la ejecución de las obligaciones de mi contraparte, hubiera devenido en imposible, yo no voy a activar un mecanismo resolutorio; a lo más, le comunicaré que el contrato ha quedado resuelto por la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Seguramente por su culpa.

De esto es, precisamente, de lo que tratan los artículos 1431 y siguientes. O sea, por ejemplo, si mi contraparte se había obligado a guardar un secreto, y publica el contenido de ese secreto en su Facebook, y lo conoce, por lo tanto, todo el mundo.

En ese caso, ¿cabe que yo active algún mecanismo resolutorio del 1428, del 1429 y el 1430? No, porque la ejecución de las obligaciones ya no es posible. A lo más podría aplicar el del 1430, si es que se produjo el incumplimiento, pero más calzaría el supuesto del artículo 1432 del Código Civil, que dice: «Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho». Revelaste el secreto, y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. ¿Yo tengo que darte la posibilidad de que cumplas? No.

¿Si no tengo cláusula resolutoria expresa, puedo activar 1430? No. ¿Tengo que resolverlo por el 1428? No, porque la resolución para todos esos casos implica que la obligación todavía se puede cumplir.

En cambio, aquí es que la obligación resultó imposible por culpa del deudor, de la contraparte, en este caso.

En ese supuesto, le comunicaré que el contrato quedó resuelto porque la prestación resultó imposible, pero no es que la prestación resulte posible y tengo que activar los mecanismos de resolución por incumplimiento porque se ha producido una imposibilidad absoluta de ejecutar la prestación por culpa del deudor.

Éste es un tema infinito, y sobre el cual podríamos pasarnos, evidentemente, muchos minutos más conversando. Pero, ha llegado el momento. Se han cumplido ya los minutos que tenía previstos para mi intervención, de tal manera que les agradezco infinitamente por esta atención. Veo que hay un buen número de participantes en el evento, a esta hora que es realmente tardísimo, son las diez y veinte de la noche. Y en otros países, en Italia, el profesor, ya son las cuatro de la mañana; el profesor italiano que nos acompaña o que nos ha acompañado a las cuatro de la mañana, y en Curitiba es una hora más.

Y, entonces, bueno, eso significa, pues, que hay un interés muy grande por los temas contractuales, y eso es una cosa extraordinaria; una cosa muy buena, porque estos temas tienen una importancia en todas las áreas del derecho. Así que en lo que respecta a mi tema, queridos amigos de Contractus, hasta aquí llego, y les agradezco muchísimo la deferencia.

**Julían Manta Lara:** Muchas gracias, doctor Mario Castillo Freyre, por su excelente ponencia. Ha sido de mucho valor para nosotros tenerlo, y quisiera dar unas palabras para finalizar el congreso.

Finalmente, agradecemos a todos los asistentes el haberse conectado. Expresamos también nuestro agradecimiento a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado por su incondicional apoyo.

También agradecemos al doctor Mario Castillo Freyre, quien es vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, al doctor Roger Vidal, quien es director del Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, al apoyarnos en nuestra misión de poder difundir el derecho contractual en Perú, Latinoamérica y hacer posible este evento.

Muchas gracias a todos ustedes.

Los invitamos cordialmente a seguirnos en nuestras redes, tales como Facebook, Instagram y LinkedIn, como Contractus.

Muchas gracias a todos por haber asistido y damos por concluido este congreso.

Los esperamos en los siguientes eventos de Contractus.



ACTAS DEL CONGRESO LATINOAMERICANO DE  
ESPECIALISTAS EN DERECHO CONTRACTUAL - 2021  
CONTRACTUS

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
ABRIL DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ



