





**ACTAS DEL IV CONGRESO NACIONAL DE  
DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2021  
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV**



*Volumen 115 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del IV Congreso  
Nacional de Derecho Civil y  
Arbitraje - 2021 Instituto de  
Derecho Privado - Idepriv**

Marco Silva Santisteban Valdivia  
Coordinador



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2021**  
**INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© IDEPRIV  
msilvasantistebanvaldivia@gmail.com  
Telf. 969 971 884

Primera edición, octubre 2023  
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 2023-10151

ISBN: 978-612-4400-66-7  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

Nota del editor	11
22 NOVIEMBRE DE 2021	
MESA 1 EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS PATOLOGÍAS	13
<i>Alberto Molero Rentería</i> <i>Augusto Durand Díaz</i> <i>Daniel Treviño Daza</i> <i>Richard Basualdo Alvarez</i>	
MESA 2 ENTRE LA AUTONOMÍA ARBITRAL DE LAS PARTES Y EL PODER DE LIMITACIÓN DE LOS ÁRBITROS	27
<i>José Luis Mandujano Rubin</i> <i>Guillermo Chang Hernández</i> <i>José Espinoza Cuadros</i>	
MESA 3 DEBER DE REVELACIÓN, CAUSALES DE RECUSACIÓN Y RENUNCIA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL	39
<i>Fabiola Paulet Monteagudo</i> <i>Peter Palomino Figueroa</i> <i>José Antonio Sánchez</i>	
23 NOVIEMBRE DE 2021	
MESA 4 LA POSESIÓN Y PROBLEMÁTICA EN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO	53
<i>Martín Mejorada Chanca</i> <i>Jimmy Ronquillo Pascual</i> <i>Diego Pesantes Escobar</i>	
MESA 5 LA BUENA FE REGISTRAL	69
<i>Fort Ninamanco Córdova</i> <i>Emilio Balarezo Reyes</i>	

MESA 6 DERECHO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA	77
<i>Manuel Bermúdez Tapia</i> <i>Fiorella Vásquez Rebazza</i> <i>Carlos Manuel Valdivia</i> <i>Walter Vásquez Rebazza</i>	
24 NOVIEMBRE DE 2021	
MESA 7 PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO	95
<i>Victor Madrid Horna</i> <i>Jorge Beltrán Pacheco</i> <i>Mario Solís Córdova</i>	
MESA 8 DERECHO DE LAS OBLIGACIONES POSPANDEMIA	109
<i>Sergio García Long</i> <i>Carlos Tamani</i> <i>Héctor Campos García</i>	
MESA 9 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA	123
<i>Miguel Ramos Miraval</i> <i>Tania Bocanegra Risco</i> <i>Félix Ramírez</i>	
25 NOVIEMBRE DE 2021	
MESA 10 ANULACIÓN DE LAUDO. TEORÍA Y PRÁCTICA	137
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> <i>Sergio Casassa Casanova</i>	
MESA 11 MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJES COMERCIALES Y EN CONTRATACIONES ESTATALES	149
<i>Ángela Cámara Chumbes</i> <i>Kevin Villanueva Sotomayor</i> <i>Héctor Josué Verástegui</i> <i>Miguel Delgado Ramos</i>	

IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE 2021 - IDEPRIV 9

MESA 12

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS  
Y OTROS TERCEROS

167

*José Antonio Beraín Barrantes*  
*Milagros Rojas Blas*  
*Gloria Noriega Monar*  
*Roger Vidal Ramos*

26 NOVIEMBRE DE 2021

MESA 13

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL PERUANO

179

*Vincenzo Barba*  
*Carlos Agurto*  
*Jairo Cieza Mora*  
*María Pía Díaz*  
*Julio Santiago Solís Gozar*

MESA 14

COMENTARIOS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ

197

*José Aguado López*  
*Juan Enrique Sologuren Álvarez*



## NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad me corresponde presentar el volumen 115 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje 2021 del IDEPRIV*.

Como sabemos, el Instituto de Derecho Privado (IDEPRIV) es dirigido por el doctor Marco Silva Santisteban Valdivia, permanente estudioso de las materias que constituyen objeto de este Congreso, cuyas actas presentamos en esta ocasión.

El doctor Silva Santisteban es dilecto amigo del suscrito y constituye para nosotros un honor el seguir publicando las actas de sus congresos, que siempre han concitado y concitan tanto interés en el medio jurídico.

Lima, octubre de 2023

Mario Castillo Freyre\*  
*Director de la Biblioteca de Arbitraje*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.



22 NOVIEMBRE DE 2021

**MESA 1**  
**EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS PATOLOGÍAS**

*Alberto Molero Rentería*<sup>1</sup>

*Augusto Durand Díaz*<sup>2</sup>

*Daniel Treniño Daza*<sup>3</sup>

*Richard Basualdo Álvarez*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla-La Mancha. Especialista en arbitraje y en contratación pública. Directivo del Círculo Peruano de Arbitraje. Conciliador extrajudicial acreditado. Profesor del curso Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y del curso Arbitraje en el Derecho Privado en la Maestría de Derecho Civil de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y del Club Español de Arbitraje. Árbitro adscrito a los principales centros de arbitraje del país. Socio de la firma García-Calderón y Abogados Asociados.

<sup>2</sup> Abogado por la PUCP. Candidato a magister por la PUCP. Cuenta con más de diez años de experiencia en el sector público y privado. Ha sido secretario de Sala y asistente de juez superior en las salas comerciales. Ha sido secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Coordinador del área arbitral en las procuradurías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Asesor de la Dirección Técnico-Normativa de la Procuraduría General del Estado.

<sup>3</sup> Abogado por la PUCP, con maestría en Gerencia Pública por la Universidad Continental. Estudios de posgrado en Derecho de la Construcción en la UPC, Gestión de Obras Públicas en la Universidad Ricardo Palma, Diseño y Gestión de Proyectos Viales en la UPC, Estructuración, Regulación en Infraestructura en la Universidad del Pacífico y Arbitraje Internacional y de Inversiones. Consultor, asesor, docente universitario, árbitro y miembro de juntas de resolución de disputas en contratos de infraestructura.

<sup>4</sup> Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios, con una experiencia general en el sector público. Abogado de la procuraduría pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.



**Alberto Molero Rentería:** Agradecer la invitación al Instituto de Derecho Privado Agradecerle a Marco Silva Santisteban por la gentil invitación de participar en este IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Este ha sido, además, creo, dedicado al arbitraje, a este medio de solución de conflictos que viene teniendo mucha incidencia en la gestión de controversias, en nuestro país, sobre todo.

Creo que cuando hablamos de arbitraje es inevitable hablar del convenio arbitral, y creo que me gustaría conversar con ustedes o traer algunas reflexiones sobre cómo ha ido evolucionando la idea del convenio arbitral como este instrumento que da pie, que es el punto de partida, que es la puerta de ingreso a este medio de solución de conflictos.

Y lo primero que me gustaría compartir con ustedes es algunas referencias al arbitraje que se vio, que se estuvieron dando en nuestro país.

Digamos, es inevitable hablar del Código de Procedimientos Civiles de 1912, como los primeros enunciados normativos o referencias al arbitraje como un medio de solución de conflictos, solamente que en ese momento la idea de llevar adelante la gestión de controversias a través del arbitraje estaba diseñado a partir de un *promiso*; la idea del compromiso, de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral. Esta figura en donde las partes se comprometían a suscribir un compromiso arbitral, una vez surgida la controversia, en donde, además, se establecía la exigencia formal de una escritura pública para poder acreditar la manifestación de voluntad de las partes de someterse a este medio de solución de conflictos.

Recordemos que la instancia natural para resolver controversias entre los administrados es la vía judicial. El arbitraje viene a ser, de alguna manera, un instrumento para resolver conflictos que emana de la voluntad de las partes; y, por ello, era necesario verificar esa voluntad. De ahí la exigencia de que el compromiso sea configurado a través de escritura pública, bajo sanción de nulidad, lo que nos hacía a nosotros entender que esta forma era *ad solemnitatem*.

Este compromiso, además, era necesario, por ejemplo, no solo de establecer el nombre de las partes, sino, además, los árbitros que iban a resolver la controversia. Era necesario establecer en el compromiso el nombre de los árbitros. Es más, era necesaria, ante la muerte del árbitro o cuando el árbitro se ve impedido de conocer. Un problema que se podía superar a través de la sustitución del árbitro. Algo que no se podía dar, por ejemplo, que, en materia arbitral, a través de la aplicación, manteniéndose a lo largo del tiempo, referencias también en el Código Civil de 1984, habla también de la figura de la cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

Esta idea también de que el compromiso arbitral o el compromiso, en ese momento, debía estar consignado por escrito bajo sanción de nulidad. La referencia a que también se tenían que designar a los árbitros en ese momento; y algunas variaciones, en el caso de la aplicación del arbitraje, figura en donde, evidentemente, ante la falta de algún acuerdo, era el juez quien era el llamado a poder suplir cualquier omisión.

Y es hasta este Decreto Ley, el 25935, en donde se habla, se establece la figura del convenio arbitral como un solo instrumento que recoge la manifestación de voluntad.

El convenio arbitral, como lo conocemos hoy, por primera vez quizá estuvo consignado en este decreto ley, en donde también teníamos la figura o la forma escrita bajo sanción de nulidad, pero ya se entendía la posibilidad de que, por ejemplo, pueda ser aplicable, no solo a las partes que suscriben este acuerdo, sino a sus sucesores. Con lo cual, digamos, la idea del convenio arbitral, como aquel instrumento en donde se refleja la manifestación de voluntad, y, por lo tanto, las partes definidas como

aquellas que expresan esa voluntad consignaban por escrito esta manifestación, en este denominado convenio, podía ser aplicable solo a ellos.

Había también la figura de la sucesión, los sucesores, digamos, podían verse implicados también en este o bajo el alcance de este denominado convenio arbitral.

Digamos que es el antecedente inmediato a nuestra actual ley de arbitraje, que es la Ley General de Arbitraje, la 26572, establece, además, una idea más amplia de la figura del convenio arbitral, fijando, además, la posibilidad de que este se pueda materializar a través del intercambio de comunicaciones. Ya no solo un instrumento que verifique la manifestación de voluntad, sino la posibilidad de que este se vea a través del intercambio, a través del intercambio de cartas, sobre todo, abriendo o modificando el criterio para la validez del convenio arbitral que tiene que ver, en un inicio, o que estaba referido en un inicio a una forma *ad solemnitatem*, pasando ahora más bien a la posibilidad de probar esa manifestación de voluntad.

Quizá las primeras referencias a esta idea de probar que las partes desean resolver la controversia.

Hoy por hoy tenemos nuestro Decreto Legislativo n.º 1071, que no solamente establece la posibilidad de probar la manifestación de voluntad, sino que, además, incorpora la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a personas que, si siquiera, han manifestado su voluntad de someterse a la vía arbitral. Me refiero a la posibilidad de extenderle los efectos a partes no signatarias del convenio, pero que, por unas situaciones excepcionales, en el caso de una relación jurídica contractual, este tercero no signatario, o esta parte, en realidad, no signataria, participa de manera determinante en alguna de las etapas de la relación jurídica contractual, es decir, en la etapa de la negociación, o en la etapa de la celebración o en la etapa de la ejecución del contrato o en la etapa de su terminación. E, incluso, la posibilidad de extenderle también los efectos del convenio arbitral a quienes pretendan derivar beneficios o derechos del contrato que inserta este convenio arbitral.

Y eso es interesante porque el convenio arbitral viene evolucionando en función a cuáles son los actores que intervienen en un arbitraje. Y esto me obliga a comentarles un poco también de esta nueva figura que se viene presentando ya, desde hace un tiempo, en el arbitraje, sobre todo, internacional, pero ya estamos viendo sus primeras incidencias en el arbitraje nacional, y me quiero referir a los terceros financistas.

Esta posibilidad de que un tercero participe de las consecuencias que se puedan dar en un arbitraje a través de la financiación del arbitraje, viene teniendo, sin duda, una relevancia que, poco a poco, también se va presentando en el arbitraje doméstico. Y es que el tercero financiador, cada vez tiene una mayor incidencia, no solo como su nombre lo dice, como un financiador de arbitrajes, de litigios, sino también en el grado de dirección y control que pudiera tener en la conducción del arbitraje.

Tanta incidencia que, incluso, viene discutiéndose si este tercero financiador puede, en buena cuenta, ser asimilado a una parte; y, por lo tanto, poderle extender los efectos de este convenio arbitral.

En el caso del tercero financiador, sin duda, habría que esperar algunos escollos como, por ejemplo, el hecho de que no ha suscrito el convenio arbitral. Es decir, el tercero financiador no ha expresado la voluntad de poder someterse a la vía arbitral para resolver determinada controversia. Y, además, habría que superar también el hecho de que, digamos, que es una parte que no formó parte de la relación original.

Como ustedes saben, el tercero o la parte no signataria en un arbitraje estuvo diseñado, básicamente, para poder resolver problemas en el comercio que se presentaban con la participación de matrices a través de filiales, para efectos de limitar responsabilidad.

Esta idea de poder extenderle los efectos del convenio arbitral a aquellas partes que no han suscrito el convenio arbitral, ahora también se plantea también como posibilidad, a estos terceros financiadores.

Ciertamente, digamos, algunas referencias a arbitrajes internacionales, todavía nos hacen suponer que estamos frente a un tercero, y no realmente ante una parte, pero cada vez más hay incidencia de los terceros financiadores, sobre todo, en el nivel de dirección durante el arbitraje, el control que puedan tener en el arbitraje; o, sobre todo, los beneficios que se puedan derivar del arbitraje, eventualmente, podrían poner sobre el tapete una discusión en torno a la posibilidad similar, la figura del tercero financiador a una parte, y, como consecuencia de ello, la posibilidad de extenderle los efectos de una parte.

Ya existen referencias a nivel internacional, por ejemplo, de la posibilidad de extenderle efectos sobre los costos arbitrales, que no es otra cosa que la decisión de un tribunal arbitral respecto a una condena de costas y costos, que, en determinadas circunstancias, puede ser extensiva al tercero financiador.

Hay una referencia interesante, normativa interesante en la legislación inglesa, sobre todo, en donde se establece la necesidad de participación de este tercero financista, antes de que el tribunal emita una decisión respecto de la condena de costos. Con lo cual, digamos, se abre la posibilidad de discutir, sobre todo, y estos espacios permiten ello, reflexionar sobre la posibilidad de que el tercero financiador, dependiendo del nivel de incidencia y control que pueda tener en la conducción del arbitraje y en el resultado de este, pueda ser considerado o asimilado a una parte no signataria; y, por tanto, pueda extendersele, luego, efectos del convenio arbitral.

Creo que eso va a tomar cierta relevancia o incidencia en el transcurso del tiempo. Creo que, en nuestro país, cada vez más, el tercero financiador tiene una mayor presencia, personas dedicadas a este negocio de financiar procesos arbitrales. Todavía bajo el amparo de la idea del convenio arbitral, solo aplicable a las partes que suscriben o manifiestan expresamente la voluntad, pero creo que ya existen algunas evidencias en nuestro país de que, de alguna manera, el convenio arbitral y esta desmaterialización que tiene el acuerdo de arbitraje pueda extenderse a otras partes.

Podemos recoger algunas ideas como, por ejemplo, también la participación del tercero coadyuvante en un arbitraje. Ya la posibilidad de que un tercero participe, por lo menos, a una parte o ayudando a esta parte a obtener un objetivo.

Creo que esas evidencias nos muestran a nosotros que vamos por el camino de extender el convenio arbitral, dependiendo de la relación jurídica que se desarrolle y dependiendo de los actores que participan en él.

Creo que de mi parte eso es lo que quería reflexionar con ustedes, creo que, sin duda, los profesores que siguen en esa ponencia van a explorar algunas cosas más sobre el convenio arbitral, que son sumamente interesantes. Y creo que, de hecho, el éxito de este congreso está asegurado. Hay profesionales que conozco, amigos, además, así que será un placer estar en las demás ponencias.

Yo solamente quiero aprovechar, a partir de esto, y del agradecimiento a Marco, que no solamente este congreso está referido a arbitraje, está referido también a diversos temas en el ámbito civil. Van a haber ponencias respecto de la posesión, respecto de la buena fe registral, respecto, además, de las obligaciones, a propósito de este particular evento de la pandemia, y así como la participación de distinguidos colegas y profesionales del mundo del derecho.

Así que, por invitación de Marco Antonio, y agradezco, además, la posibilidad, doy por inaugurado este IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

**Augusto Durand Díaz:** Buenas noches. Antes que nada, agradecer al Instituto Peruano de Derecho Privado, a Marco. Estoy viendo viejos amigos, viejos conocidos. Un saludo para Alberto, Daniel, Richard Basualdo también que los estoy viendo por acá.

Bueno, para complementar este evento, lo que me toca a mí, en lo concerniente a lo que es «Convenio arbitral y sus patologías», yo quisiera enmarcar dos aspectos: un primer aspecto teórico y un segundo aspecto práctico o, mejor dicho, lo que sucede bajo las normas de contrataciones con el Estado.

En lo que sería la parte teórica, lo que quería enfatizar es, exactamente, para qué está hecho un convenio arbitral; y, en consecuencia, si no se cumpliera, entonces, estamos ante una patología.

¿Qué quiere decir? Un convenio arbitral produce efectos que son obligatorios para las partes contratantes. Si no se cumple este efecto, estamos ante una cláusula patológica.

Otra cosa. El convenio arbitral está para impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo arbitral, de lo contrario, también podríamos estar dentro de una cláusula patológica.

Luego, el convenio arbitral está para dotar de competencia de resolver los conflictos por los propios árbitros. De lo contrario, nuevamente, estaríamos frente a alguna situación de cláusula patológica.

Y, finalmente, un convenio arbitral brinda las condiciones necesarias basados en la voluntad de las partes para un desarrollo de un procedimiento organizado, que concluya con el laudo. De lo contrario, también estaríamos dentro de una cláusula patológica.

Cuando yo era secretario arbitral en la Cámara de Comercio, hubo varias circunstancias de cláusulas patológicas en la que las partes solicitaban, y bajo la figura de la oposición al arbitraje, sustentaban por qué esta cláusula no era aplicada a nuestra parte o a mi persona.

Las cámaras, no solamente del Centro de Arbitraje de la PUCP, o también de la Cámara de Comercio de Lima, ellos tenían una postura que trataban de solucionar en un primer punto, si cualquier tema del convenio arbitral hacía alusión al centro de arbitraje, ya lo jalaba a sus reglamentos. Esa era una primera aproximación.

Ahora, el tema se complicaba cuando, a pesar de que jalara a un centro de arbitraje, había ciertos compromisos para una de las partes o no, que no estaban muy claros. Por lo general, era un tema de las pretensiones indeterminadas.

A veces, entre las partes, por regular tanto, el sobrerreglamento convierte a un convenio arbitral en una cláusula patológica. Eso es lo que se tendría que evitar.

En todo caso, ¿qué es lo que te genera esta situación? Te genera que la cláusula patológica te produzca acuerdos de arbitraje optativos, te genere cláusulas carentes de certeza porque, acordémoslos que partamos de una voluntad. Ambas partes se juntan y quieren arbitrar, pero hay unos términos que no están claros; y, luego, también lo que se vuelve lo más grave, es que ese acuerdo pueda ser inejecutable o inoperante.

Recordemos también que juega un papel importante que, a veces, no se dice, que es la excepción del convenio arbitral en nuestra legislación peruana, que eso también va a ser una carta bajo la manga que siempre pone en peligro lo que es el tema arbitral; y, felizmente, desde la jurisdicción ordinaria esta situación está bien definida, y muy pocas veces, con la excepción del convenio arbitral se puede poner en riesgo el tema del arbitraje.

En estas circunstancias, en la parte teórica, nuevamente, lo que yo quería enfatizar es qué tipo de reglas son las que se podrían aplicar para combatir una cláusula patológica dentro de un convenio arbitral. Y, básicamente, tenemos que recurrir al Código Civil, las reglas de común intención de las partes, las reglas de la buena fe, las reglas de interpretación integradora, la interpretación teleológica, todas estas figuras que nos dan, las reglas de interpretación sistemática, la funcional, la prevalencia, la de la condición más beneficiosa. Tenemos que recurrir a nuestra fuente madre como el Código Civil para poder salvar el tema del arbitraje, siempre con el principio *pro arbitraje*.

Esta circunstancia es una de las maneras en las que las partes, y también en este caso, dentro de una institución arbitral, pueda darle el mejor significado a lo que es un convenio arbitral. Y es muy importante esa situación.

Una vez definido el tema teórico, yo quería pasar también al tema importante para mí, desde el punto de vista normativo.

Si bien es cierto que ha tenido muchas críticas el Decreto de Urgencia n.º 2020, las cuales también yo comparto con la mayoría de la doctrina arbitral; sin embargo, hay algo que yo rescaté o rescataba cuando estaba en las procuradurías, y era la segunda disposición complementaria final.

Ahí señalaba en el convenio arbitral, en el que es parte el Estado peruano, «se redacta por los órganos competentes, en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad».

Acá es muy importante porque, quién mejor que las procuradurías públicas, las que, de la mano con las áreas usuarias de ejecución contractual puedan prever y puedan advertir qué tipo de convenio arbitral sería el más idóneo en este tipo de contrato.

Se estuvo practicando cuando estuve en Produce. Se estuvo practicando, digamos, bastante bien, para señalar, pues, cuestiones muy básicas, para señalar no regulen tantas cosas en el convenio, simplemente, definir si es tribunal, si es árbitro único y qué entidad arbitral podría ser. Porque, nuevamente, cuanta más regulación tú quieras poner en un convenio arbitral, puedes poner... puedes hacerla patológica.

Y, por otro lado, si tú no regulas nada o lo dejas libre, como, por ejemplo, modelo OSCE, pueden utilizar, ya sean instituciones arbitrales, no voy a hablar de dudosa reputación o no, simplemente, instituciones arbitrales que carecen quizás de una organización o de una estructura con experiencia que, a veces, se necesita para resolver ese tipo de situaciones.

Estas dos ideas que se mezclan, por lo menos, en este tema de la coordinación con las procuradurías públicas de la entidad, desde mi punto de vista, es muy importante y se puede prever muchas situaciones, sobre todo, cuando ya se empiezan los arbitrajes porque, recordemos que ese es el inicio.

Luego, cuando las áreas usuarias dicen: «se tienen que iniciar acciones legales» o «se tiene que responder a arbitrajes», es así como cuando ya sabemos, más o menos, cuáles son los arbitrajes que van a venir de una determinada característica; tribunal arbitral con esta institución arbitral y estas situaciones.

La Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento cambia bastante seguido. Hemos pasado desde los famosos formatos que habían, «escoge dos como mínimo»; y, luego, si no has llenado bien el formato 7, el anexo 7, que es el que todavía me acuerdo qué es lo que tenías que hacer, entonces, se podría decir que ya el mismo centro de arbitraje resolvía de una manera, quizás, equivocada, las oposiciones al arbitraje.

Esas situaciones hacen prever que la estructura de un arbitraje se tiene que coordinar desde el inicio. Es ahí donde nosotros, bueno, desde el punto de vista de las procuradurías, pueden tener un papel fundamental y un rol protagónico.

Muchas veces no se toman en cuenta esas situaciones. Nuevamente, repito, esta segunda disposición complementaria sí se pudo usar, lamentablemente, por un tema político, en el sentido de que los cambios de ministros llevan a cambios de gestiones, y los memos que antiguamente se comenzaban a ver, se comenzaban a coordinar, tenías que volver a coordinar con esos abogados, con esas áreas usuarias, y ya no lo tomaban en cuenta. Ellos, simplemente, lo tomaban con el aspecto de la cláusula tipo modelo OSCE.

Eso ya es válido; sin embargo, considero que las procuradurías públicas están en perfecta capacidad de coordinar con los órganos de ejecución contractual, modelos o convenios arbitrales tipo que puedan beneficiar a un arbitraje para ellos mismos, y también para llevar el arbitraje con los contratistas, y también ayuda a los tribunales arbitrales porque convenios arbitrales claros, simplemente, ayuda para que decida el árbitro como director del proceso, a llevar muy bien el arbitraje con las reglas claras. Ya sea, en un reglamento, o ya sea en algunos casos excepcionales, por un tema de orden.

Ambas situaciones he querido yo plasmar en esta pequeña intervención, que me encuentro, en verdad, contento de haber participado. Quería dejar en claro ambas situaciones que considero, desde desde mi punto de vista, desde la experiencia que he tenido, desde el lado de procuradurías y, bueno, ahora en el ente rector. Importante tomar anotación. Eso quería decir. Muchas gracias.

**Daniel Triveño Daza:** Buenas noches a todos. Antes que nada, agradecer a los organizadores del evento, que me permiten estar ante ustedes, y poder compartir este espacio de tiempo con colegas, amigos y conocidos de muy alto aprecio como Alberto, Richard —que no lo veía hace tiempo—; Augusto, que entiendo que están, obviamente, también actuando dentro del ámbito arbitral de manera activa. Un gusto verlos personalmente, por este medio, al menos.

Bueno, a ver, dentro de lo que concierne a este tema, de lo que se trata esta primera mesa del «Convenio arbitral y sus patologías». Ya Alberto ha hecho una revisión bastante rápida y bastante gráfica e interesante de cómo ha evolucionado el convenio arbitral, de cómo se ha «desmaterializado». Es el adjetivo que empleaba muy acertadamente Alberto, y, definitivamente, de tener algún convenio arbitral. Hace mucho tiempo que se tenía que pactar por escritura pública.

Hemos pasado por el hecho de tener que entender que se le extiende a otras personas que no pactaron el convenio; y, bueno, si pudiéramos dar un pasito más adelante, y quizás, yendo a la otra vertiente, quizás ya introducida por Augusto en lo que es contratación pública, digamos, ya no es ni siquiera necesario que el convenio arbitral, al menos, en contratación pública, esté escrito.

Entonces, es una desmaterialización, pues, casi completa, pero no por eso inexistente.

Y, bueno, definitivamente, se ha avanzado mucho en materia arbitral, mucho en materia normativa, sí, a nivel de lo que es arbitraje privado en contratación pública. Sí, sobre todo, en contratación pública, tomando en consideración que es este rubro que ha hecho, pues, que el arbitraje crezca exponencialmente en el Perú. Y que, bueno, es sabido por todos que la mayor parte, de cada diez arbitrajes, pues, siete, ocho son de contratación pública al día de hoy.

Y, bueno, hemos avanzado mucho a nivel normativo. Es importante, es un gran reto, que avanza a nivel institucional. No me refiero al arbitraje institucional propiamente dicho, sino al desarrollo de la institución arbitral propiamente dicha en el Perú, para hacerlo más armónico, más sistemático, más eficiente porque, como en ocasiones he conversado con algunos colegas, en el Perú tenemos una plaza arbitral que causa bastante asombro fuera del Perú, porque, obviamente, acá se arbitra mucho, causa una sorpresa, pero también hay que llamar la atención, pues que somos una suerte de pioneros solitarios porque ninguna normativa comparada nos ha seguido. A lo más que ha ocurrido es que existen, pues, países que tienen el arbitraje, al menos, en contratación pública, de manera potestativa, pero no lo han hecho obligatorio. Entonces, ahí tenemos ese aspecto.

Otro tema importante que se ha visto en estos años es que, por ejemplo, los árbitros ahora deciden, pues, menos, en algunas materias, sobre todo, en algunos temas administrativos.

En algunos, por ejemplo, centros, los árbitros ya no deciden costos. Existe, dentro de lo que es el árbitro institucional mayores competencias, en algunos centros, en temas arbitrales; y, a veces, pues, que ni siquiera hacen de conocimiento a los árbitros, como, por ejemplo, decisiones de carácter administrativo.

Entonces, sí existe un ámbito de arbitraje que se ha desarrollado pero que tiene el enorme reto, pues, de armonizarse.

Es propio de cualquier ámbito que crece, que expanda sus límites y que requiera un mayor esfuerzo de cohesión.

Entonces, yo creo que después ya de más de veinte años de arbitraje en el Perú, creo que estamos ya en ese ámbito.

Ahora, entrando un poco a la materia propiamente dicha dentro de los diez quince minutos que cada expositor tiene asignado, pues, bueno, qué es lo que corresponde al convenio arbitral dentro de lo que es contratación pública. Algo así muy somero.

Como ya lo indiqué, es característica del convenio arbitral en contratación pública que ya no es necesario que esté escrito. Esa es una característica ineludible ya desde hace algunos años. Concretamente desde el año 2016, en el que, en el ámbito normativo de contratación pública, se ha establecido como la regla casi general, que el arbitraje sea institucional.

Entonces, desde que el arbitraje es casi la regla, arbitrar en contratación pública, ya no es necesario que exista el convenio arbitral para referirse a una voluntad arbitral de las partes.

Antes, cuando, por ejemplo, existía el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional como dos competidores paritarios, sí era necesario, por lo menos, especificar qué tipo de arbitraje es el que vas a desarrollar, pero desde el año 2016 en adelante ya no.

Lo que tenemos en las bases estándar es una redacción de referencia, según la cual establece algunos hitos, algunos límites, básicamente, a niveles legales, pero si ustedes revisan esta cláusula arbitral que está en las bases estándar, van a ver que tiene una regulación bastante referencial, que no va a ayudar de mucho, dependiendo del perfil arbitral de la entidad.

Por ejemplo, para una entidad que tiene dos arbitrajes cada tres años, digamos, no le va a ser de tanta necesidad la variación del convenio arbitral que tiene una base estándar. Pero para una entidad, pues, que tiene arbitrajes en curso, en cantidad de casi 900, 700, 500, 400 arbitrajes, obviamente, va a haber la necesidad de variar esa cláusula arbitral.

De ahí la mayor importancia, lo que conversábamos, lo que comentaba Augusto, que las áreas involucradas tienen que coordinar con las procuradurías, a efectos de la redacción. También estoy de acuerdo en que es un aspecto muy importante de esta norma el Decreto de Urgencia n.º 020, sin perjuicio del resto de su contenido.

Ahora, sí, pues, entonces, en esencia, el convenio arbitral en contratación pública, en términos jurídicos, no necesita estar escrito. Lo que hay en la base estándar es tan solo una referencia. Referencia que debe ser llenada, rellenada de acuerdo al perfil arbitral de la entidad.

Ahora, otra característica del convenio arbitral en contratación pública es que, probablemente, por el hecho de que ya no existe redacción de cláusulas, ya no existen muchas patologías.

Bajo mi modesta experiencia, creo que había los convenios patológicos en materia de contratación pública, cuando las entidades tenían que redactar la cláusula. Es ahí cuando se daban situaciones en las que, por ejemplo, mencionaban a dos centros arbitrales en un mismo convenio, en la que existía, pues, contradicción o contraposición o falta de claridad, en cuanto a los perfiles de los árbitros cuando deseaban tenerlos.

Entonces, al día de hoy, creo que la incidencia en patologías en arbitrajes en contratación pública ya es bajísima. Es, realmente, casi, creo yo inexistente. Es poco probable que exista una cláusula en contratación pública, concretamente, desde el año 2016 en adelante.

Si ustedes revisan las cláusulas de las bases estándar, se van a dar cuenta de que es una cláusula referencial, pero con nula posibilidad de configuración de patología.

Si la entidad quisiera, pudiera obviar de esa cláusula de solución de controversias, y no poner cláusula alguna, y no va a haber patología. Digamos, y concretamente por qué. Bajo mi modesto punto de vista, ¿por qué no existen cláusulas patológicas en materia de contratación pública? Concretamente por lo que señala el artículo 226 del Reglamento.

El artículo 226 del Reglamento hace una numeración, un listado de supuestos de hecho que configuran cláusulas patológicas, pero las redacta de tal manera, que las evita.

Entonces, por ejemplo, el 226 del Reglamento indica que, el arbitraje, de poder iniciarse bajo la regla de que estamos bajo el ámbito predominante de los arbitrajes institucionales, podrá iniciarse ante cualquier centro arbitral.

En un conjunto de supuestos, ya la sola referencia de que podría iniciarse ante cualquier centro arbitral ya hace una referencia, prácticamente, directa a los reglamentos de cualquier centro. En términos concretos, a cualquiera de los 115 centros arbitrales que existen en el Perú. Porque son 115, no son dos o tres. Son 115, es un montón.

Entonces, y cada día crece de manera sostenida. Las partes pueden ir a cualquiera de los 115 centros. Esa es una gran ventaja que da la norma. Ahora, hay centros y centros. ¿Qué cosas se encontrará en cada centro? Bueno, eso ya es... eso entra en el ámbito de lo que cada parte tendría que ver, tendría que costear, tendría que averiguar, porque, señores, el arbitraje es un mercado. ¿Qué es un mercado? Oferta y demanda. Estamos hablando de tres mil entidades que requieren solucionar controversias. Estamos hablando de una demanda de tres mil entidades. Una oferta de 115. Entonces, bueno, es un mercado en el que hay oferta y demanda.

Ahora, sigamos desarrollando el artículo 226. Entonces, te puedes remitir a cualquiera de los reglamentos de los 115, sin problema alguno. ¿Y en qué casos te puedes remitir a cualquiera de los 115? Si es que no has incorporado un convenio arbitral en tu contrato.

Por eso les digo, en contratación pública, no es necesario. Si quieren pueden obviar de la cláusula arbitral que está en las bases estándar, no es necesario. Puede no estar y vas a tener que ir al arbitraje, y no va a ser algo anómalo el que no esté, podrás ir a cualquiera de los 115. Ahora, digamos, qué te encontrarás en el camino; esa es otra historia, como ya lo estaba indicando.

El supuesto b), cuando, a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional, no se ha designado a ningún centro.

Tú pones, antes ponías, por ejemplo, «el arbitraje es institucional», pero no nominabas centro. ¡Qué gran problema! ¿Cómo se complementaba la voluntad de las partes? Era, hasta cierto punto, problemático. Ahora no importa. Ahora tú colocas, simplemente, «institucional». Te olvidaste de nombrar el centro; ándate a cualquiera de los 115. No hay problema. Sí, cuando a pesar de no cumplirse con las condiciones establecidas para que sea un arbitraje *ad hoc*.

En el convenio se señala expresamente que el arbitraje es *ad hoc*. Entonces, mira, «te equivocaste; dijiste que era *ad hoc* y no era *ad hoc*, era institucional». No importa, te vas a cualquier centro.

Entonces, d) «cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje». Antes del 2016, probablemente, podría ser una suerte de dilema, en arbitraje privado, eventualmente, pero ahora no dices qué tipo de arbitraje es. No importa, te vas a cualquiera de los 115. Cualquiera de los 115, a quien la parte quiera ir, podrá acoger el arbitraje bajo sus reglas.

Obviamente, se espera que tengan reglamentos armónicos, que tengan una institucionalidad, y que funcionen seriamente. Porque, en la medida en que haya oferta y demanda, ojo, la oferta y demanda también tiene sus anomalías; también tiene sus patologías. Y ya no estaríamos hablando de patologías del convenio, estaríamos hablando ya de patologías del ámbito arbitral.

Entonces, ahí tienen otro tema en e) «cuando en el convenio arbitral se encargue al SNA, función establecida en el reglamento y en el reglamento de la SNA.

Por ejemplo, hoy día alguien me preguntaba: «Daniel, tengo un arbitraje de un contrato por once millones. ¿Voy al OSCE o voy a cualquier centro? Porque el convenio dice que va al OSCE». No importa, te equivocaste al redactarlo. La norma te corrige. Te vas a cualquier centro, a cualquiera de los 115.

Nuevamente, por absorción, cualquiera de los 115. Quien ustedes quieran, el centro que ustedes quieran, el platillo que ustedes quieran, lo pueden abducir; sin problema alguno, a cualquiera de los 115. Solamente fíjense hacia qué centro se van a dirigir.

El f) «cuando se trate de controversias que se desprenden de orden de compra de servicio derivadas del acuerdo marco». Bueno, si serán derivadas, digamos, ¿quién en un acuerdo marco pone convenio arbitral? Nadie.

En todas las contrataciones por emergencia que tuvimos por covid, que, lamentablemente, nos costó 200 mil compatriotas que ya no están entre nosotros. ¿Cuántas órdenes de servicio o de compra tuvieron convenio arbitral? Ninguna. ¿Significa un convenio arbitral? No, se fueron al centro que quisieron a cualquiera de los centros que he mencionado.

Entonces, en esencia, en materia de contratación pública, la probabilidad de configuración de patologías es escasa porque el artículo 226, en su gran mayoría, lo resuelve.

Entonces, eso es lo que quería compartir con ustedes.

Más bien, muchas gracias por brindarme la oportunidad de estar entre todos ustedes. Buenas noches.

**Richard Basualdo Álvarez:** Buenas noches. Primero quisiera agradecer al Instituto de Derecho Privado por la invitación al IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

Mis antecesores, los doctores, han introducido muy bien por qué es el convenio arbitral, pero yo quisiera precisar algunos puntos. Por eso he preparado una presentación.

Respecto al convenio arbitral y patologías, como bien lo expresaron mis antecesores, es importante señalar que el arbitraje es una jurisdicción; por lo tanto, no corresponde a la justicia ordinaria, sino, netamente, a una justicia privada. Y eso nos señala claramente el artículo 139, numeral 1.

Precisando ello, también el artículo 13, numeral 1, señala, básicamente, cuál es el convenio arbitral. En esa medida, se establece que es un pacto de las partes, por el cual se someten a un arbitraje

aquellas controversias o ciertas controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Entonces, teniendo ello, entonces, también me cito como mis antecesores, la vasta experiencia que tengo en contratación pública, el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 45, como bien lo ha señalado el doctor Triveño, hay una cláusula tipo que está en las bases estándar del OSCE, y señala lo siguiente: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resuelven mediante arbitraje, según el acuerdo de las partes».

Por ello, como lo ha señalado, ya está definido claramente: las controversias se ven mediante arbitraje.

En esta parte no me voy a detener porque el doctor Triveño lo ha expuesto muy bien a detalle, todo lo que era referente al convenio arbitral en materia de contratación pública, no sin antes precisarles y reiterarles, como él lo ha señalado, que se puede presentar ante cualquier institución arbitral.

Sin embargo, sí había algunos ciertos reparos. ¿Qué pasa en el caso, si una entidad y un contratista ponen un centro «X» y ese centro «X» no existe?

Más adelante les voy a contar una experiencia. Aunado a todo ello tenemos lo relacionado a lo que es convenio arbitral. El OSCE ya se pronunció a través de la opinión n.º 21-2021 de la Dirección Técnica Normativa, por el cual una entidad le consulta al OSCE, si en el convenio arbitral debe ceñirse a las bases estandarizadas o puede adecuarse a los requerimientos y necesidades de la entidad. Es ahí, como bien lo señaló el doctor Durante, que las procuradurías coordinan, generalmente, y nosotros, como sector, siempre coordinamos con las áreas usuarias respecto a los convenios arbitrales, para tener una mayor precisión en cuanto a ello.

En esta opinión, el OSCE concluye en dos aspectos, señalando lo siguiente: «Los términos y las condiciones referidas a la solución de controversias, en la ejecución contractual, contenidas en la proforma del contrato, pueden incluir el respectivo convenio arbitral, según corresponda al objeto de la contratación y a las particularidades propias del requerimiento de la entidad, siempre que su incorporación o adecuación no contravenga lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer el sometimiento de las controversias a arbitraje *ad hoc*, siempre que aquellas correspondan a contratos derivados de procedimiento de selección con un valor estimado o un valor referencial inferior o igual a cinco millones de soles; no obstante, en caso las partes no lo hayan pactado expresamente en el convenio arbitral, dichas controversias podrán ser sometidas a un arbitraje institucional, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226 del Reglamento».

En este sentido, esta opinión, básicamente, lo que ha dicho, vamos a centrarnos, que las bases estándar del OSCE tienen dos secciones: una sección general y una sección específica.

La sección general, como todo conocedor del principio de legalidad, no se toca, pero la sección específica de las bases estándar se puede adecuar a la necesidad de quién requiere el servicio, llámese «el área usuaria».

Entonces, como bien lo señala el OSCE, esa parte es bien modificable, y se puede adecuar el objeto de la contratación y de las particularidades propias del requerimiento de la entidad.

A ello también debemos agregar que en lo referente al arbitraje *ad hoc*, menciona que, si no hay un pacto, y acá tenía a los cinco millones que ya más adelante también, eso claramente ya está demostrado que ahí entra el Decreto n.º 20-2020, como lo han mencionado mis antecesores, en lo que respecta a los cinco millones, ya no sería el *ad hoc*, sino sería otro monto inferior, que ya lo precisaré más adelante.

Justamente, el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, en su artículo 7, señala: «Arbitraje *ad hoc* e institucional», y establece, en su numeral quinto, que cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser *ad hoc*, cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) UIT.

Como sabemos, para este año, mediante Decreto Supremo n.º 392-2020, hay un valor de Unidad Impositiva Tributaria de S/ 4400,00. Haciendo el ejercicio, por diez Unidades Impositivas, sería que los *ad hoc* se constituirían por S/ 44 000,00. Es así que, como lo dijo el doctor Triveño, la mayoría de arbitrajes son institucionales.

Como bien se ha referido, una cláusula patológica viene a ser una cláusula en la cual hay defectos en la voluntad de las partes estipuladas en el contrato. Es decir, se hace inejecutable ese acuerdo de partes.

Por ejemplo, en el caso práctico, una entidad y un contratista celebraron un contrato. Es una contratación pública deciden someter su controversia ante el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Tarapoto. De cierto, se ejecuta el contrato y en el desarrollo del contrato surge una controversia, y el contratista decide someter su controversia hasta dicha entidad, que es el centro de arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Tarapoto.

Presenta su solicitud de arbitraje, y el Colegio de Ingenieros del Perú, sede Tarapoto, le manifiesta que no cuenta con centro de arbitraje. Es decir, si bien hay un acuerdo de partes, un convenio arbitral, pero es una cláusula patológica.

Bueno, esto, básicamente, se solucionó porque la entidad y el contratista acordaron ir a otra institución arbitral. Pero ¿qué pasaría si alguno de los dos se opone? ¿Por qué? Porque acá está redactado netamente que el centro de arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú es el competente para resolver sus diferencias. En ese sentido, hay que tener mucho cuidado en la forma de redacción de los convenios arbitrales, porque necesariamente sí se puede solucionar, pero qué pasa si alguna de las partes no quisiera modificar el convenio arbitral.

Es por ello que si bien el artículo 226 clarifica, básicamente, lo que es el convenio arbitral; sin embargo, sí hay, no en gran medida, pero sí hay algunas cláusulas patológicas que se presentan en la ejecución del contrato de algunas entidades.

Eso sería todo con respecto a mi presentación.



**MESA 2**  
**ENTRE LA AUTONOMÍA ARBITRAL DE LAS PARTES**  
**Y EL PODER DE LIMITACIÓN DE LOS ÁRBITROS**

*José Luis Mandujano Rubin*<sup>1</sup>  
*Guillermo Chang Hernández*<sup>2</sup>  
*José Espinoza Cuadros*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Árbitro del OSCE. Miembro del Club Español del Arbitraje. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Máster en Contratación Pública, máster en Gestión Pública EUCIM, España. Maestro de Derecho Penal en la Universidad de Huánuco. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Emilio Valdizán y decano de la Facultad de Derecho.

<sup>2</sup> Ha llevado el curso de posgrado en la Universidad de Castilla-La Mancha. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Árbitro del Instituto Peruano de Arbitraje y socio fundador de Guillermo Chang Hernández Abogados.

<sup>3</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Director académico del Instituto Peruano de Arbitraje. Miembro honorario del Grupo de Estudio Sociedades de la UNMSM. Colabora como secretario arbitral en procesos arbitrales *ad hoc*, tanto comerciales como de contratación pública.



**José Luis Mandujano Rubin:** Buenas noches a todos los colegas que nos honran hoy con su presencia y sus ponencias, y también, muy buenas noches a todo el público que nos escucha.

El tema encomendado en esta mesa es muy apasionante, es un tema bastante amplio, y considero también muy complejo y dogmático. Justamente es «Entre la autonomía del arbitraje de las partes y el poder de limitación de los árbitros».

Hablar sobre este tema, es, específicamente, volver otra vez a hablar de esta gran discusión dogmática de entender si el arbitraje es jurisdicción o no lo es. ¿Por qué tenemos que revivir esta, se podría decir, esta vieja discusión, de si es o no jurisdicción el arbitraje? Porque, justamente, de este debate vamos a entender nosotros los puntos cardinales como la autonomía arbitral. ¿Existe o no existe en el ordenamiento peruano? ¿Existe o no existe en arbitrajes, sobre todo en controversias de contratación pública? Si es o no este mecanismo de solución de desempeño con respecto al poder de limitación de los árbitros. Y, por ende, vamos a poder responder sobre el desempeño con respecto al poder de limitación de los árbitros.

Sobre este punto, entonces, no hay todavía una cuestión unánime, como les iba adelantando, pero lo que sí nos apoya bastante, son los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha hecho con respecto al arbitraje, reconociéndolo como este mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter heterocompositivo y especializado que, gracias al fundamento 7 del expediente n.º 6167-2005, en el *habeas corpus* del caso Fernando Cantuarias Salaverry, ha sido el propio supremo intérprete de la Constitución Política del Perú, que ha implicado que en el contexto de la redacción del artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, el arbitraje tiene la naturaleza excepcional de jurisdicción.

Este pronunciamiento ha dado vida; y, sobre todo, se puede decir, eleva al arbitraje peruano como un mecanismo cuasi jurisdiccional

Si bien el término es una excepcionalidad de jurisdicción arbitral, pero se entiende que estamos ante una cuasi jurisdicción.

Esto ha impulsado mucho el desarrollo del arbitraje doméstico peruano, de tal manera que es reconocido y admirado, no solamente, se puede decir, por nuestros pares, sino también a nivel internacional porque esta redacción no la vamos a encontrar en otros ordenamientos jurídicos; y, más aún, que sea su propio supremo órgano constitucional que se desprenda o haga una interpretación de desprendimiento de este poder soberano de administrar justicia, tampoco hay.

¿Es beneficioso? Claro que sí, porque nos permite, abre la puerta, tanto a la inversión nacional como a la inversión extranjera, de dar garantía en el sistema jurídico peruano, de recurrir a este sistema de controversias, que va a tener una relevancia de cuasi jurisdiccional o una excepción jurisdiccional arbitral.

¿Por qué es importante tener claro este lineamiento? Porque, teniendo en cuenta la característica de la regulación del arbitraje peruano, vamos ahora a empezar a desarrollar la distinción de la naturaleza con respecto a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la norma procesar jurisdiccional, para poder entender la autonomía que tiene el arbitraje con respecto a las partes. Pues, si hablamos de la autonomía arbitral, la jurisdicción ordinaria es todo lo contrario. Es lo opuesto.

Yo no puedo disponer de los plazos procesales. No puedo disponer de la materia jurisdiccional. No puedo disponer de lo enjuiciado. Es la perfecta manifestación de la soberanía estatal, es, justamente, la jurisdicción ordinaria, donde ahí la norma es obligatoria. No solamente es obligatoria, es coactiva, es de obligatorio cumplimiento, conforme lo dice el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial. Y es más, desacatar, tratar de interrumpir el desarrollo de la cuestión ordinaria, pues, definitivamente, genera estas responsabilidades y delitos.

Todo lo opuesto a ello, justamente, es el proceso arbitral. El proceso arbitral, teniendo en cuenta la naturaleza *cuasi* jurisdiccional, descansa específicamente en el principio de la convencionalidad de las partes.

Esta convencionalidad que nuestra ley de arbitraje reconoce que, justamente, son las propias partes, son las partes las que pueden dar la configuración del proceso arbitral.

Es decir, primeramente, el convenio arbitral. Pactamos que la solución de esta controversia se desarrolle vía arbitraje.

Desde ese instante damos fuente, se puede decir inicio de esta nueva jurisdicción excepcional arbitral que el Tribunal Constitucional nos permite disfrutarla.

En base a ello, las propias partes comienzan a configurar el arbitraje. ¿Qué tipo de arbitraje? Un *ad hoc* o institucional, los árbitros que lo van a desempeñar. Y, por ende, hasta puedo yo seleccionarlo, un órgano encargado de la administración del proceso arbitral. Soy libre de configurar nuevamente el desarrollo del proceso.

Esta autonomía que tienen las partes, pactada desde el desarrollo del convenio arbitral, es muy importante porque, a veces, muchos árbitros podemos nosotros confundir que, en vista de que las partes han pactado un arbitraje de carácter institucional, ello nos permite a nosotros ser soberanos del desarrollo del proceso arbitral. Un error muy garrafal porque, si las propias partes deciden, pueden modificar el convenio arbitral y seleccionar otra institución arbitral o hasta reconfigurarlo a un arbitraje *ad hoc*.

Entonces, nosotros los árbitros, y acá voy adelantando la primera conclusión, es que el poder de limitación de los árbitros no reside en mi desarrollo como una actuación de un arbitraje institucional. «¡Ah!, es un arbitraje institucional», adelantándome a este punto. Entonces, como árbitro, lo que digan los plazos del reglamento, los costos del reglamento, o lo que viene a ser la forma de actuación de los medios probatorios previstos en el reglamento, vienen a ser para mí las reglas firmes de este presente proceso, al que las partes se encuentran sometidas, porque ustedes han acordado que este es un arbitraje institucional.

Perfecto. Pero si ambas partes ven que la organización del centro o el desempeño del árbitro no es acorde a un principio de imparcialidad, objetividad, trato mínimo que tiene que haber, a las partes, pueden reconfigurar, y, simplemente, dejar ese tipo de arbitraje, porque, justamente, la autonomía arbitral de las partes es superior al poder de limitación de los árbitros.

Esto es muy interesante porque nosotros podemos pensar que, a veces, una presentación extemporánea de la demanda o de la contestación de la demanda, nos da a nosotros el poder limitador del árbitro, de la actuación y declarar renuente.

Efectivamente, lo hacemos porque son las partes que ya han configurado esta regla, y cuando esta regla se vuelve perjudiciosa una de ellas, entonces, la otra parte ya no puede reconfigurar el desarrollo del arbitraje y tiene que someterse al mismo.

Entonces, el poder, se podría decir, delimitador del árbitro, en este caso, reside en la falta de acuerdo de esas partes, con respecto a ese extremo del proceso arbitral.

Entonces, para mí, sobre este primer punto, es la autonomía de las partes en un proceso arbitral es amplia y tiene un basamento constitucional. La convencionalidad de las partes es la fuente del

arbitraje, y son los árbitros a los que se le da el privilegio, el encargo de poder resolver la materia por especialidad.

Pero ¿qué pasa aquí? Como toda regla, en el caso peruano, siempre tenemos una excepción. Y aquí la excepción viene en la autonomía arbitral entre las partes en las controversias de contratación estatal.

Este es un tema que se vuelve mucho más complejo, más interesante, más rico; y, sobre todo, tiene una naturaleza peruana. No hay en España, no hay en Brasil, no hay en otros países, es nuestro. La decisión del legislador, de llevar las controversias públicas al desarrollo del proceso arbitral.

Este cambio, esta bifurcación que se dio, ha generado que las naturalezas de instituciones propias del arbitraje, como la confidencialidad del desarrollo de las partes del proceso arbitral, o la libre configuración del principio de la disponibilidad que tienen las partes, afecte mucho el tema de la contratación pública.

Por eso, yo considero que es imprescindible que, cuando nosotros hablemos de arbitraje en contratación pública, lo principal que se debe conocer es contratación pública; es secundado por el arbitraje, pero una persona de derecho procesal arbitral que quiera resolver materias controvertidas de importancia en contratación pública, sin el dominio del mismo, corre un gran riesgo de asumir muchas responsabilidades porque el contrato de contratación pública también tiene fuente constitucional. Recordemos que el Estado está obligado a contratar, y como estamos hablando de una contratación pública donde uno de los sujetos de la participación, es un sujeto que tiene potestades exorbitantes. Estamos hablando de temas de interés público; y, sobre todo, temas de fondos públicos, esto obliga a también reconfigurar el desarrollo del proceso arbitral, pero por razones de interés público y por naturaleza de orden público, como es la norma o la ley.

Para sintetizar un ejemplo, el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que es unánime reconocer que es inconstitucional, que no me agrada, pero pregunto yo: «atrévete a declararlo inconstitucional» porque estamos ante normas de orden público. Normas que van a resolver temas de fondos públicos, y que tienen hasta una protección, en calidad de bienes jurídicos tutelados penalmente.

Para acabar, un poco, espero poder continuar, tal vez, a través de preguntas o interrogantes. ¿Qué queda, entonces, del poder delimitador de los árbitros? Más aún, todavía en temas de contratación pública. Casi nada.

El arbitraje, la autonomía arbitral de las partes en contratación pública, cada vez, con estas normas que se están dando, Decreto de Urgencia n.º 020-2020, o este proyecto, esta idea de proyecto que quieren hacer de una ley de arbitraje en materia de contratación pública, lo que está generando es, vemos casi una visión judicializadora del proceso arbitral. Vemos casi judicializar, hacerlo obligatorio, como una norma de orden público o judicial, o norma procesal jurisdiccional.

Ello tiene sus ventajas y sus desventajas. Hay mucha tinta por derramar, no podemos decir que una es mejor que la otra, pero lo que sí podemos decir nosotros es que las actuaciones arbitrales tienen conductas procedimentales.

Estas conductas procedimentales donde hay un espacio de la decisión que permite discrecionalidad al árbitro son específicamente, en los poderes de limitación.

En este caso, tendríamos que recurrir a los principios, y hay ese dicho que reza: «el arbitraje vale lo que valen los árbitros». ¿Qué principio? El principio de imparcialidad.

Reconfiguración de los plazos porque una parte pide un plazo de veinte días, la otra parte pide el plazo de treinta días. Entonces, recurrir a una fórmula intermedia es ya una actuación de imparcialidad. Una actuación también de independencia. En el marco que yo actúe en una decisión de independencia de mi posición arbitral, me va a permitir a mí avalar mi poder de limitación como árbitro.

Finalmente, la razonabilidad y la proporcionalidad. Entonces, en ese sentido, la regla es la autonomía de las partes en temas de contratación pública, esa autonomía delimitada por el principio de legalidad y orden público que exige la contratación pública y el poder de limitación de los árbitros queda rezagado a un ámbito negativo que no sea autonomía de las partes en contratación pública. Gracias.

**Guillermo Chang Hernández:** Muy buenas noches. En primer término, agradecer por esta gentil invitación. Es un honor participar en este congreso que ya forma parte de la comunidad jurídica nacional, ya que, anualmente, viene desarrollándose. Agradecer a los organizadores, a mi amigo Marco por la invitación y por el denodado esfuerzo que hace por la continuidad de este evento y a los organizadores también de este instituto.

Bueno, el tema que se me ha asignado podemos catalogarlo como un tema neurálgico del sistema arbitral. Bien anotaba el doctor Mandujano sobre la prevalencia de la autonomía privada, respecto a las actuaciones de los árbitros y a toda la actuación arbitral en sí.

Yo voy a comentar un tema que se ha debatido también, tanto a nivel de la doctrina como a nivel procesal o arbitral, en relación a la potestad que tienen las partes de colocar o utilizar cláusulas que tienden a la anulación del laudo arbitral, es decir, a la pretensión que las partes podrían tener, lógicamente, luego de la expedición del laudo, de solicitar la anulación del laudo arbitral.

Como bien también se señalaba, y como todo en el derecho, el derecho por antonomasia es polivalente, y como tal, siempre hay varias posiciones. Una de ellas es que señala, evidentemente, que las partes no pueden renunciar a la potestad que le otorga la ley de la anulación del laudo arbitral.

Por otro lado, hay quienes señalan que sí, que sí se puede porque, finalmente, las partes son las que regulan el procedimiento arbitral. Y es allí donde volvemos a determinar hasta dónde las partes pueden pactar y organizar el arbitraje, y dónde los árbitros pueden intervenir y por ahí establecer que algún contenido del convenio arbitral es inaplicable.

Y ahí es donde tenemos que nosotros determinar hasta dónde llega la autonomía privada de las partes, y hasta dónde llega el poder discrecional o el poder de moderación de los árbitros.

Yo, particularmente, creo que el arbitraje no es tanto, o podemos entender al arbitraje con una jurisdicción plena. Una jurisdicción plena, si bien es cierto, la Constitución del 1993 habla, dice que el arbitraje, y, excepcionalmente, la jurisdicción arbitral, al momento de reconocer, así como reconoce la jurisdicción del Poder Judicial, la arbitral, la jurisdicción militar y también, incluso, conforme lo ha señalado la Defensoría del Pueblo, la jurisdicción poco conocida de las comunidades campesinas y nativas.

De igual forma, el arbitraje, el hecho de que sea excepcional, no la hace una jurisdicción de menor rango que la judicial. La jurisdicción arbitral tiene el mismo rango y criterio que la jurisdicción del Poder Judicial. Entonces, es una jurisdicción plena.

El Tribunal Constitucional lo reconoce, en el caso Cantuarias Salaverry, la naturaleza jurídica del arbitraje, como una de naturaleza jurisdiccional. Pero no quiere decir, como quizás algunos interpretan que desconozca el Tribunal Constitucional que este sometimiento a esta jurisdicción plena del arbitraje nazca de la autonomía privada.

Recordemos, estimados amigos, que, en nuestro país, la principal fuente y conforme a nuestro sistema jurídico, la ley, y nos basamos bajo el principio de legalidad, y, a partir de ello, se entiende una interpretación constitucional de la ley.

En ese sentido, tenemos que la ley que reconoce esa autonomía privada a través de los contratos, también de protección constitucional en el artículo 62 de la carta magna, en el artículo 1361 del Código Civil. Entonces, esta autonomía civil privada, nos va a permitir imitar, nos va a permitir organizar un procedimiento arbitral.

¿Cuáles van a ser los límites? Más allá de lo que nosotros conocemos, evidentemente, si nosotros nos sometemos a un arbitraje, vamos a tener, si es un arbitraje *ad hoc*, lo que los árbitros establezcan como reglas arbitrales, o si es un arbitraje institucional, las reglas arbitrales, y el procedimiento arbitral, las reglas que aprueben los árbitros, el reglamento arbitral aplicable y lo que diga la ley de arbitraje.

Sin embargo, las partes pueden delimitar las actuaciones arbitrales, si en este caso, imponer la prohibición de someter al laudo que se expida, en base a la autonomía privada.

¿Cuál es el límite que tiene, en general, la autonomía privada? Lo que dice el Código Civil. Recordemos que, si bien es cierto, nos sometemos a un procedimiento arbitral, eso no convierte al arbitraje en una isla. Se tiene que aplicar el derecho material. Y el derecho material contenido en el Código Civil, establece que la autonomía privada tiene algunos límites. Unos de aquellos límites son las normas legales de carácter imperativo; y, teniendo en cuenta que, o partiendo de la premisa de que estamos en un arbitraje, cuando se somete a situaciones de naturaleza disponible. Y, bajo ese contexto, si las partes pueden disponer libremente de la materia controvertida, también pueden disponer de la voluntad de cuestionar la decisión de los árbitros.

Eso es totalmente, a mi criterio, viable, y los árbitros o un tribunal, como algunos opinan, no se podría oponer, atendiendo y señalando que la anulación de laudos arbitrales es una norma legal de carácter imperativo; una norma de naturaleza procedimental o procesal; y, por ende, debe cumplirse.

Este carácter procesal de la norma de anulación del laudo arbitral es una norma que puede ser superada o suplida por las partes.

La ley de arbitraje peruana, como bien sabemos, regula en los artículos 62 y 63 las causales, regula el recurso de anulación de arbitraje.

Esta norma, si bien son normas procesales, algunos las consideran como normas de carácter público como por la naturaleza de una norma procesal. Si bien es cierto, esta norma se enmarca dentro de un procedimiento arbitral, que, como hemos dicho, tiene, por esencia, la autonomía de las partes, y si las partes voluntariamente se sometieron a un arbitraje, las partes también, voluntariamente, pueden renunciar a esta anulación de laudo arbitral.

Ahora, sistemáticamente, si interpretamos la regulación de la anulación del laudo arbitral, no queda, a mi juicio, ninguna duda de que se puede renunciar a solicitar esta anulación. ¿Por qué? Porque, incluso, la propia ley establece un plazo perentorio de veinte días para someter a una anulación de laudo arbitral.

¿Qué quiere decir? Que, si la propia ley me da un plazo perentorio, quiere decir que, si pasan veintidós días, yo, a pesar de que me haya causado perjuicio, pero no quiero someter a anulación de un laudo arbitral, lo dejo consentir y lo convalido. De la misma forma, si lo puedo hacer por el solo hecho de un no hacer, es decir, de no interponer la anulación de laudo dentro de veinte días, no cabría, no cabe duda, a mi juicio, de que, previamente, yo ya puedo renunciar a una anulación de laudo arbitral.

Bajo ese contexto, se señala también que, por la naturaleza, de la anulación del laudo arbitral estas cláusulas de renuncia a la anulación del laudo arbitral serían contrarias al orden público, porque

lo que se busca es que las partes tengan una herramienta para someter a un control judicial de las actuaciones arbitrales.

La pregunta es: ¿es garantía el Poder Judicial de controlar jurídicamente las actuaciones de los árbitros? ¿Es garantía el Poder Judicial de actuar con celeridad, como se espera en un proceso arbitral?

La respuesta es dudosa, y no en todo el país se conoce el arbitraje, la Ley de Contrataciones, mucho menos. Yo litigo y radico en Ica, y en Ica hay bastante... primero que no tenemos una Sala Comercial. Tenemos una Sala Civil que conoce todos los procesos. No tenemos Sala Constitucional, que también los conoce estos temas constitucionales la Sala Civil.

Entonces, bajo este concepto, no tenemos una especialización de los jueces que van a controlar, y además de la carga procesal. En consecuencia, no sería tampoco garantía que sean los jueces que controlen las actuaciones formales arbitrales porque, recordemos también que, desde la ley de arbitraje, establece que no se puede cuestionar a nivel de anulación de laudo arbitral, los criterios de los árbitros, sino solamente las actuaciones formales, actuaciones que contravengan normas o pactos arbitrales o no se haya permitido ejercer el derecho de defensa de las partes.

En consecuencia, a mi criterio y a lo que venimos exponiendo, no existe ningún impedimento para que se establezcan cláusulas que impidan o que prohíban a las partes, o que establezcan que las partes renuncian previamente a su facultad, a su potestad de interponer la anulación de un laudo arbitral.

Tenemos que recordar que, incluso, la propia ley de arbitraje que, de alguna forma, tiene por objetivo promover que el arbitraje se desarrolle bajo este criterio de común voluntad de las partes. Si es allí donde el gran límite, a mi juicio, del accionar de los árbitros, es el propio comportamiento de las partes. Y este propio comportamiento de las partes tiene que ser de buena fe.

Y establece también la ley de arbitraje que este comportamiento de las partes, como lo establecía también el profesor Mandujano, se refleja también con lo que las partes pacten, previo al arbitraje, o dentro del proceso arbitral.

Si los árbitros, si las partes, por ejemplo, luego de vencido el plazo para una actuación, pactan que se prorrogue, el tribunal no puede decir que «ya cerré la etapa» —por ejemplo— «probatoria, y pasamos a la otra etapa para la expedición del laudo, para una actuación de exposición de hechos». En realidad, lo que debe primar es la voluntad de las partes porque, entendamos, que esa es la esencia del arbitraje y no tiene etapas precursivas tan formales como sí lo tiene un proceso sometido al Código Procesal Civil.

Veamos que, por ejemplo, bajo ese contexto, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, lo dice claramente: «que las partes tienen la libertad de la regulación»; es decir, de regular las actuaciones arbitrales.

El artículo 11, incluso, establece una nota importante. El artículo 11 de la Ley de Arbitraje, esto coincide con la tesis que nosotros sostenemos, que es posible establecer estas cláusulas de impedimentos de solicitar la anulación y los árbitros no podrían limitar esta voluntad de las partes en establecer este impedimento.

Incluso, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje establece claramente que, «si las partes no informan o no dan cuenta de algún acontecimiento que podría generar la anulación de laudo oportunamente, o de alguna anomalía del desarrollo del arbitraje, o de aplicación de alguna norma o de algún pacto arbitral, o, perdón, algún pacto convencional o de las partes, están renunciando. El hecho de no decir nada, están renunciando a, posteriormente, objetarlo, ya sea en la vía de anulación del laudo arbitral. ¿Por qué? Porque el silencio convalida una actuación.

¿Por qué el silencio, de alguna forma, limita la actuación de un árbitro? Lo hace porque la esencia del arbitraje es la autonomía de las partes. Es cómo las partes se comporten dentro de un arbitraje.

En ese sentido, creemos, y es la conclusión que traemos acá, a este interesante evento, que el arbitraje, como lo ratifica el Tribunal Constitucional, que se basa en la jurisdicción, a mi juicio, es una jurisdicción plena, completa, de igual nivel que la jurisdicción judicial.

Sin embargo, también compartimos la tesis del profesor Alfredo Bullard que sustenta que la naturaleza del arbitraje se sustenta en la autonomía de las partes; que la naturaleza del arbitraje es una naturaleza contractual, convencional; y, como tal, tiene el poder, siempre y cuando, no vaya en normas legales imperativas de regular todo el contenido arbitral. Y las normas legales imperativas dentro de un arbitraje, fundamentalmente, van a ser pocas, o las menos, por la sencilla razón de que solamente se somete a arbitraje —ya lo sabemos todos— materias de libre disponibilidad; materias de propiedad, materias, evidentemente, que relacionen un contrato, materias societarias, que son de libre disponibilidad.

Por ejemplo, no puedo someter a arbitraje la tenencia de un menor. Y allí no se puede porque son materias que no son de libre disponibilidad; son materias que son reguladas por normas de derecho público, en donde, ni las partes, ni el juez, ni el árbitro, tiene esa potestad de discrecionalidad; lo que sí lo tienen en temas patrimoniales.

¿Alguien puede cuestionar, por ejemplo, en este contenido patrimonial, yo, si tengo una casa de cien, la puedo vender en un sol? Una casa, se me ocurre, valorizada en 30 mil dólares, ¿la puedo vender en cinco soles? Y alguien puede decir: «Oye, pero es muy barato». Y yo le diría: «Y a ti qué te importa, si es mi plata». Nadie puede cuestionar si yo una casa de 30 mil dólares, la vendo a cinco soles. Porque son bienes de contenido patrimonial y yo lo puedo disponer, si lo puedo regalar, pero que algo le cueste, pues, aunque sea cinco soles para la chicha. En vez de regalárselo, que me dé cinco soles. Eso es totalmente viable porque son materia de libre disponibilidad, basado en la autonomía privada, y en la esencia que maneja nuestro juicio, el arbitraje, por lo cual, queremos, ya para concluir, los límites o que las líneas paralelas que se podrían entender en las decisiones dentro de un proceso arbitral, se tienen que conjugar entre la autonomía de las partes, la libertad de decisión de las partes y las materias controvertidas, evidentemente; y solamente, el gran límite serían las normas legales imperativas que, como hemos dicho, dentro de un proceso arbitral, son las menos.

Bueno, muchas gracias por su atención. Gracias, nuevamente, a los coordinadores por la gentil invitación, nuevamente, en este importante evento.

**José Espinoza Cuadros:** Muy buenas tardes. En primer lugar, gracias a los organizadores, al Instituto de Derecho Privado por estar organizando este IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje.

De igual manera, agradezco a los expositores que me han precedido y que han estado comentándoles un poco sobre los alcances del tema que vamos a desarrollar esta noche, el cual está referido a «La autonomía arbitral de las partes y el poder de limitación de los árbitros».

Es importante iniciar este conversatorio haciendo una primera sentencia.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, tenemos una particularidad. La particularidad, como bien ya lo han resaltado los expositores anteriores, es que nosotros tenemos procesos arbitrales, tanto en materia de contrataciones con el Estado, en contratación pública, como procesos arbitrales donde las partes que intervienen son solamente partes privadas.

Y es importante conversar sobre esa diferenciación, puesto que en la doctrina existe debate sobre la autonomía que tienen las partes para poder, no solo pactar las reglas que establecen, que van a conducir el proceso arbitral, sino también, respecto de los poderes que van a tener los árbitros.

Me explico. Como recordarán, la Ley de Arbitraje es una ley que ha sido diseñada inspirándose en la Ley CNUDMI de la Comisión de las Naciones Unidas.

Es en ese sentido que las bases de la Ley de Arbitraje tienen una naturaleza propiamente que radican en la autonomía de la voluntad de las partes.

Lo que ha sucedido en el Perú, es que, debido a esta, llamémosle «innovación», si podemos asimilar la palabra, es que se replicó el fenómeno de la resolución de controversias entre privados, que era el arbitraje para contratación pública, pues, se vio que era un mecanismo eficiente y eficaz para la resolución de las controversias.

Sin embargo, al asimilar esta figura, surgen una serie de dudas o interrogantes, respecto de la aplicación que puede surgir, en cuanto a la autonomía que pueden tener las partes, y en cuanto al poder de limitación que pueden tener los árbitros, no solo para la conducción del proceso arbitral. Y ahí quiero ampliar un poco más lo ya desarrollado por los expositores antecesores, sino también respecto de la limitación que pueden tener los árbitros para resolver el fondo de la controversia, que es lo que se conoce en derecho como el *iura novit*, en el proceso judicial, el *iura novit curia*, y en el caso del arbitraje, lo que en doctrina internacional se conoce como el *iura novit arbiter*.

Vamos a comenzar primero con la parte del poder o de la autonomía y del poder que pueden tener las partes y los árbitros respecto a la conducción del proceso arbitral.

Para ello es importante que se remitan al artículo 34 de la Ley de Arbitraje. En el artículo 34 de la Ley de Arbitraje se establece la libertad de la regulación de las actuaciones arbitrales, y la piedra fundamental que versa este artículo 34 de nuestra ley que, en definitiva, es la voluntad de las partes, quienes son las reinas del proceso arbitral son las partes, y lo que ellas pacten dentro del convenio arbitral tiene que regir y ser respetado por los árbitros en el proceso arbitral.

Evidentemente, que esta, la ley de arbitraje también establece la facultad para que un tribunal arbitral o los árbitros puedan ampliar los plazos procesales o puedan ampliar actuaciones arbitrales que, incluso, si los plazos de estos ya se han vencido. Se deja a salvo esta facultad del tribunal, pero la misma ley también establece ciertos candados que van a garantizar, que buscan garantizar un trato igualitario entre las partes.

En este sentido, lo que nuestra ley o el ordenamiento peruano establece, es que el tribunal arbitral tiene que respetar el acuerdo de las partes, y puede alejarse del acuerdo de las partes en casos excepcionales que, en búsqueda de salvaguardar la igualdad o de darle la oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos a las partes, e, incluso, pudiendo ampliar los plazos previstos por las partes para la duración del proceso arbitral o para los plazos, como para presentarle la demanda, o cuando los plazos ya estuviesen vencidos.

Evidentemente, esto abre un abanico de posibilidades que, seguramente, deben estar pensando desde sus casas, como, por ejemplo, ¿qué pasa si el demandante tenía veinte días para presentar la demanda? Consecuentemente, el demandado tenía veinte días para presentar la demanda, pero, por algún motivo, el demandado no presentó la demanda dentro del plazo previsto, y en el día veinte solicita una prórroga de veinte días adicionales.

Este artículo 34 abre un abanico de posibilidades, que, en la práctica, los tribunales arbitrales pueden tomar caminos diferentes. ¿De qué va a depender? Y me quedo con una frase con la que concluyó el doctor Mandujano, si no me equivoco, y es que el arbitraje vale lo que, en realidad, valen los árbitros, haciendo la atingencia de que también influyen otros factores, pero el rol del árbitro es fundamental en la conducción del proceso arbitral. El árbitro no solamente se limita a aplicar las reglas que pueden estar previstas en el convenio arbitral, sino que el árbitro tiene un papel de director de orquesta en el cual tiene que conducir el proceso arbitral, buscando tratar con igualdad a las partes, y brindándoles una oportunidad suficiente para que puedan hacer valer sus derechos.

Es en ese sentido que un tribunal arbitral tendrá que determinar, si en el caso concreto, resulta razonable y que no se vulnere el derecho de igualdad de poder otorgar la ampliación de plazo para la presentación de la contestación de demanda, como, por ejemplo, puede ser que haya alguna incorrecta notificación del escrito de demanda arbitral, porque, bajo las reglas de algunos procesos arbitrales, ya no se corre traslado de las demandas arbitrales, sino que los plazos son automáticos. Entonces, puede haber un error en la notificación, y se estaría otorgando un nuevo plazo. De repente, solo se notificó al representante, digamos, de la empresa, pero no al abogado que tenía a cargo el litigio, y esto genera problemas para la recepción de la demanda arbitral. Habría que evaluar cada caso en concreto.

Pero la frase con la que yo me quedo al hacer referencia a la libertad de la autonomía de las partes y el poder de limitación de los árbitros, en cuanto al proceso arbitral, es la que el árbitro cumple un rol fundamental: el rol de director de orquesta, de director del proceso arbitral, y tienen que escoger de manera adecuada a este árbitro, que respete la voluntad de las partes que va a estar recogido en el convenio arbitral, evidentemente. En el convenio arbitral se hace referencia al reglamento de arbitraje, evidentemente, las reglas pactadas tienen que ser las reglas que se tienen que ejecutar, tienen que ser las reglas previstas en el reglamento de arbitraje.

Y esto es muy importante. Quizás puede parecerles un tema menor, pero ya hay sentencias de anulación de laudos arbitrales, por ejemplo, en el extremo del tema de los costos arbitrales.

La Ley de Arbitraje y los reglamentos de arbitraje no son contradictorios, están en la misma sintonía; sin embargo, algunos reglamentos de arbitraje establecen ciertas particularidades como algunos criterios, respecto a la racionalidad, o al test de ponderación que pueda realizar el tribunal para la distribución de costas, y una Sala Comercial, desde mi punto de vista, podría anular tranquilamente un laudo arbitral en el extremo de la pretensión de costos, por aplicar directamente lo que establece la Ley de Arbitraje sin haber realizado un análisis de las reglas establecidas en el reglamento de arbitraje, en el extremo de los costos del proceso.

¿Por qué? El razonamiento es que las partes han pactado reglas respecto al criterio que debe tener el tribunal para la distribución de costos. Y en el caso en concreto, el criterio es el que se establece en el reglamento de arbitraje.

Como consecuencia de que un tribunal aplique de manera automática lo previsto en la Ley de Arbitraje, estaría generando un salto a la valla de lo que las partes han pactado, y una Sala Comercial, quizás, desde mi punto de vista, podría interpretar ello, como que el tribunal arbitral no ha resuelto de acuerdo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

En ese sentido, mi recomendación, respecto de la regulación de las actuaciones arbitrales, de la autonomía arbitral de las partes y si el poder de limitación de los árbitros, respecto de la conducción de los procesos, es que se guíen necesariamente de lo pactado por las partes en el convenio arbitral y en el reglamento arbitral, incluso, si están bajo el rol de árbitro, tengan mucho cuidado al momento de expedir lo que vendría a ser el laudo arbitral.

La segunda parte de esta, más que conferencia, de estos comentarios, que quiero que esté orientado también al tema de la autonomía, de la probable limitación de los árbitros, pero no ya enfocado desde un punto de vista procedimental, sino desde un punto de vista del poder que puede tener un árbitro para poder resolver la controversia. Es decir, al derecho sustantivo, que, como bien lo señalaban los expositores anteriores, el arbitraje no es otra cosa que lo que se conoce en doctrina como derecho adjetivo, un conjunto de normas o un conjunto de procesos

Finalmente, lo que se va a aplicar para poder resolver la controversia va a ser el derecho sustantivo, lo que bien decían: contratación pública, derecho societario, naturaleza jurídica, por eso es que tanto el proceso como el derecho de fondo tienen que ir de la mano para que un árbitro pueda resolver correctamente una controversia.

Y en este caso en concreto, del tema que se nos ha asignado sobre el poder o la limitación que puedan tener los árbitros, quiero aterrizarlo al *iura novis arbiiter*.

Como, seguramente, ustedes saben, un viejo aforismo es que el juez conoce de reglas, y esto, de alguna manera, ha tratado de ser aplicado en el arbitraje.

En el caso del arbitraje internacional, existen tendencias de varios doctores que están a favor y en contra de la aplicación del *iura novis arbiiter*, de que el árbitro conoce el derecho y, por lo tanto, si es que las partes no han invocado una norma, no han invocado un argumento durante el proceso, podrían sacar una norma para resolver la controversia.

Recordemos —sin hablar de estándar— que en el arbitraje internacional se tienen características distintas a las que nosotros tenemos en el arbitraje doméstico o en el arbitraje peruano. Por eso es que, particularmente, soy de la posición de tener mucho cuidado al momento de tratar de aplicar reglas que están previstas para arbitrajes internacionales, a arbitrajes domésticos como el arbitraje peruano. Como, por ejemplo, es la aplicación de las directivas de la IBA por los conflictos de intereses, que están pensadas en arbitraje internacional, y hay que tener mucho cuidado al momento de tratar de aplicarlos a los arbitrajes en las contrataciones con el Estado.

Este mismo razonamiento podríamos llevarlo a la aplicación del *iura novis curia* o del *iura novis arbiiter*, y nosotros en el derecho peruano tenemos la particularidad de que no solamente tenemos arbitrajes entre privados, sino también tenemos arbitrajes donde participa el Estado; arbitrajes en contrataciones con el Estado; arbitrajes que se caracterizan por tener la particularidad de tener un interés público de por medio, y estar regidos por el principio de legalidad.

En ese sentido, hay que tener mucho cuidado al momento de pretender aplicar el *iura novis arbiiter* dentro del arbitraje peruano.

¿Por qué es delicado? Porque, a diferencia del *iura novis curia*, en el Poder Judicial, cuando un juez emite una sentencia, esta sentencia puede ser materia de apelación, y si el juez, en la sentencia aplicó una norma, invocó una norma que las partes no habrían litigado en primera instancia, cuando la apelan y se va a Sala, las partes tienen la oportunidad de poder contradecir la aplicación de esta norma que el juez ha emitido al momento de resolver, al momento de emitir la sentencia.

Eso no pasa en el arbitraje. En el arbitraje hay una instancia única. Es en ese sentido, que si aún las partes resuelven una controversia en base a una norma que las partes no han litigado, y recién toman conocimiento al momento en que se les emite el laudo arbitral, este hecho podría ser contrario al derecho de las partes porque no han podido contradecir la aplicación de esta norma, y a diferencia del Poder Judicial, ellos se van a ver limitados y atados de manos porque al acudir a la anulación del laudo arbitral, van a tener que acudir por las causales expresamente señaladas por la Ley de Arbitraje.

Y aquí va mi comentario final. Nuevamente, resalto el rol fundamental que puede cumplir un árbitro en el proceso arbitral, y es que el árbitro no va a invocar una norma, digamos, sacada de la mano, recién cuando se pone a elaborar el laudo arbitral, y el árbitro conoce de hecho, y es por eso que es fundamental que el árbitro sea el director del proceso arbitral, tanto del proceso como el fondo; en el desarrollo de las audiencias se va a percatar que se está invocando una norma que no la han mencionado en los escritos, pero puede ser materia de pronunciamiento o materia de interrogatorio dentro de la audiencia. E, incluso, puede ser solicitado si es que las partes manifiestan o comunican su derecho en sus escritos y alegatos finales y/o conclusiones finales.

Y, de esta manera, nos evitaríamos el problema de tener que resolver una causa en base a una norma no invocada por las partes y que recién un tribunal arbitral ha mencionado al momento de emitir el laudo arbitral.

Con estas dos reflexiones son con las que yo quiero terminar mi intervención.

**MESA 3**  
**DEBER DE REVELACIÓN, CAUSALES DE RECUSACIÓN Y RENUNCIA**  
**DE LA FUNCIÓN ARBITRAL**

*Fabiola Paulet Monteagudo*<sup>1</sup>

*Peter Palomino Figueroa*<sup>2</sup>

*José Antonio Sánchez*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Árbitra, abogada, especialista en derecho de la construcción. Especialista en arbitraje de inversiones y en arbitraje en contratación pública. Certificada en LegalTech. Creadora del Récord Arbitral con Premios a la Innovación por el CAD, OEA y otros.

<sup>2</sup> Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos por la Universidad del Pacífico. Máster en Gestión de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona. Abogado graduado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la UPC. Docente del curso Contratación Pública y Arbitraje. Especialista en contratación pública, arbitraje, asociaciones público-privadas. Fue vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado y árbitro especialista en contratación pública en diversos centros de arbitraje a nivel nacional durante más de diez años. Actualmente, se desempeña como consultor independiente en contratación pública y arbitraje.

<sup>3</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Doctorado en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Asesor legal de la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación y secretario de la Corte Suprema de la República. Docente de Contrataciones del Estado, Arbitraje y Planificación Estratégica en diversas universidades. Árbitro en diferentes instituciones arbitrales del país.



**Fabiola Paulet Monteagudo:** Muchísimas gracias a todos los que están acá presentes, por esta gentil invitación, y además por estar presentes aquí acá esta noche.

Muy bien. Esta noche tengo a cargo el tema de «La función arbitral y la recusación».

Dado que voy a compartir el panel, me voy a concentrar más un poquito del deber de revelación, pero con mucho énfasis en el tema de la recusación.

Como les había señalado, en el tema del deber de revelación y recusación, en algún momento, recuerden ustedes en el 1992, tanto en arbitrajes internacionales como nacionales, la recusación es una cosa sumamente rara. Y las causales principales que todos conocemos, digamos, las más recurrentes, tienen que ver mucho con las dudas justificadas sobre independencia e imparcialidad y el famoso deber de revelación.

Pero los centros de arbitraje realmente tienen una tarea difícil, delicada, porque citando a Redfern & Hunter, no solamente se presenta la solicitud de recusación porque se considera que se está infringiendo el deber de independencia e imparcialidad, sino porque obedece también a tácticas de estrategias de bloqueo de inicio de arbitraje, o porque el abogado de alguna de las partes percibe que la posición que sostiene no está, digamos, considerada en la magnitud que preferiría.

Entonces, esto despierta en algunos abogados de defensa, el interés de remover a un árbitro, no precisamente por la independencia e imparcialidad, sino más por una estrategia táctica y de interés de su cliente.

Muy bien. Como no podía ser de otra forma, a nivel de doctrina, la recusación busca velar por la independencia e imparcialidad, y, ¿en qué momento se concreta, se cumple? En el momento que se aparta al árbitro del tribunal arbitral. ¿Cuál es el beneficio? Que se recupera la confianza en el tribunal arbitral.

Como lo han señalado los magníficos ponentes que me han precedido, han explicado muy bien el tema del convenio arbitral, la han explicado perfectamente la autonomía de la voluntad, y es, justamente, lo que quieren recuperar: la confianza de las partes depositada en el mecanismo de arbitraje.

Quienes han tenido el privilegio de administrar, de dirigir un centro de arbitraje, y reciben muchísimas solicitudes de recusación, pues, bien, clasifican las solicitudes de recusación de las más simples a las más complejas, y ven ustedes en pantalla que siempre las más complejas tienen que ver con el deber de revelación y circunstancias sobre las dudas justificadas sobre tu independencia e imparcialidad.

Y aquí quiero detenerme un poco. Sé que tengo poco tiempo; sé que estoy corriendo un poquito, y quiero hablarles sobre el tema del deber de revelación.

Esta institución de la revelación; esta institución de la recusación, son de las más complejas, repito, de las más complejas en la ley de arbitraje. ¿Por qué? Porque tienen mucha carga subjetiva. Mucha carga subjetiva. De ahí, su naturaleza compleja y disímil en este punto.

Por ejemplo, ustedes tienen en pantalla, si seguimos la referencia a las Reglas IBA, que no son aplicables objetivamente, pero si las usamos de referencia, te va a decir que el deber de revelación, o sea, la omisión del deber de revelación por sí sola, no es causal de recusación.

¿Cuál es el mensaje? Vemos qué omitiste revelar. Veremos si tiene alguna relevancia con el caso en concreto, pero por sí sola no es causal de recusación. Además, podría haber situaciones que no son necesarias revelar a las partes. Por ejemplo, si compartes una cátedra con alguien.

Pero si seguimos la línea documentada por OSCE, que es uno de los centros que publican su línea de decisión, y podemos estar de acuerdo o no, pero lo magnífico de OSCE es que te dice cuál es su línea de decisión.

Pues, bien, más allá de que estemos de acuerdo, para OSCE, de forma reiterada y sostenida a lo largo de todos estos años, señala que la omisión del deber de revelación da la apariencia de parcialidad. Es decir, casi, casi recusación fundada; a punto de declararte recusación fundada.

Pero, por otra parte, si, por ejemplo, revisamos la Ley de Arbitraje Internacional de Argentina, vamos a encontrarnos con esta novedad. Es una ley novísima en Argentina, pero fíjense ustedes que la omisión del deber de revelación sea por una omisión, digamos, con causal, o de repente, un error. No importa. Si omites, si tienes un arbitraje internacional, donde se aplica la ley de Argentina que tienen a la vista, pues, créanme señores, que, si tienen un error voluntario o no, lo cierto es que esta omisión automáticamente es recusación fundada, porque el texto de la ley dice que es sin admitir prueba en contrario. No importa, no importa lo que hayas omitido. Si es relevante o no relevante, da lo mismo.

Así que, fíjense ustedes estos tres criterios. Tres criterios respecto a un solo hecho: el deber de revelación.

Vamos a tocar un poquito qué tiene que ver esto cuando, además, se complica el tema con el tema de la designación frecuente.

Todos los actores arbitrales, porque esto ya no es novedad. Viene ya de muchos años atrás, sabemos que el arbitraje, como se ha señalado, la plaza de Perú es una plaza privilegiada. Hay arbitrajes preponderantemente bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, y sabemos que, en el Seace, por lo menos, en el 2017, había 155 000 contratos. Si tú sacas tu regla de tres simple, el 10 % son 15 000, y no te pido que de los 15 000 todos vayan a arbitraje, digamos, 5 %. Seamos muy prudentes y modestos, o sea, 7500 casos; 7500 contratos de un universo de 155 000 contratos podrían ir a arbitraje. Perfecto.

Si tú revisas el número de árbitros registrados en el RNA de OSCE: 2017-712 árbitros. En algún momento hubo 40, hoy 150.

Si tú divides 7500 casos entre 150 árbitros, pues, largamente, va a pasar el tema de 100 casos por árbitro.

Entonces, aquí el punto es que existe un monopolio legal.

Pregunto, ¿este monopolio legal lo originan las partes? La respuesta es no. ¿Lo originan los centros de arbitraje? Tampoco. ¿Lo originan los árbitros? Tampoco.

No obstante eso, que es algo por todos los actores conocidos, resulta paradójico y llama profundamente la atención que, hasta el día de hoy, existan recusaciones fundadas respecto a la designación frecuente con relación a la lista corta del RNA. Llama poderosamente la atención.

En algún momento, esa lista del RNA tuvo hasta 40 árbitros. ¿Es correcto señalar que esta designación frecuente es causal de recusación? Y en mi opinión personal, que no es materia del caso, considero, inclusive, que el RNA no permite igualdad de armas a los procuradores públicos. Ellos deberían tener la libertad de poder designar a los árbitros bajo la estrategia que consideren pertinente en defensa de los intereses del Estado. Lo que no ocurre porque está muy acotada su estrategia.

Y señalo esto. Cuando ustedes revisen las solicitudes de recusación y especialmente las decisiones de recusación, y cuando encuentren una recusación fundada en designación frecuente, les va a llamar la atención algo: citan las Reglas IBA, la 3.1.3, donde señala que dos designaciones o más, puede originar conflicto de intereses. Esto es lo que dice la IBA. La IBA se aplica a un mercado de arbitraje internacional, OK, pero les va a llamar la atención que en estas decisiones, que ustedes podrán identificar, omiten, nadie sabe por qué, pero omiten de forma deliberada citar a la nota 8 de las Reglas IBA. Y la nota 8 de las Reglas IBA, inclusive, precisa para el arbitraje internacional que no es causal de recusación la designación frecuente cuando hay un colegiado pequeño, cuando hay un arbitraje especializado en un tema marítimo, en un tema, digamos, de deportes. Y la pregunta es ¿y el arbitraje en contratación pública es un arbitraje especializado? Sí, por una norma con rango de ley. ¿El colegiado es pequeño? Qué duda cabe, en el RNA el colegiado es muy pequeño.

Pues, bien, esto es lo que está ocurriendo y que se los pongo en la mesa. Es una revisión sobre lo que pasa en los centros de arbitraje como la CCI, Ciadi, CCL y RNA. Y aquí lo que me interesa rescatar el día de hoy, porque no tengo mucho tiempo, es, simplemente, señalarles que la CCI ni siquiera toma de referencia preponderante a las Reglas IBA. No, no, traza sus propios criterios, respecto a los temas de recusación. Ciadi, muchísimo peor. Saben ustedes que en el tema del Ciadi, pues, si hay treinta o cuarenta casos al año, es mucho. Imagínense si aplicaran las Reglas IBA, tendrían un gran problema logístico.

Y en los demás casos vemos que los aplican, hasta donde tengo conocimiento, de manera referencial.

Quiero acá citarles un caso muy bonito. Espero que me quede, por favor, cinco minutos. Gracias. Este es un caso muy simpático, donde van a ver plasmados los dos temas. El tema del deber de revelación y el tema de la designación frecuente. Este es un caso de Tidewater versus Venezuela, un caso Ciadi, donde el demandante es el recusante. ¿Recusa a quién? A Brigitte Stern, a la profesora Brigitte Stern, quien había sido designada, obviamente, en ese arbitraje Ciadi, por Venezuela. ¿De qué se le imputa a Brigitte Stern? Se le imputa no haber revelado designaciones anteriores ante Venezuela. Omisión de deber de revelación.

Muy bien. Además, señala que ha sido designada el doble de veces de lo permitido por las Reglas IBA. Recuerden, la 3.1.3, dos designaciones o más es conflicto de intereses, lista naranja. Y señala como argumento adicional, que los abogados que habían sido sujetos de esta designación frecuente, pues, habían tenido la oportunidad de participar, tenerla de, obviamente, como miembro del tribunal, y habían sido, habían tenido la oportunidad de tener acceso, a través de estos arbitrajes anteriores, y de sustentar sus casos y de ser oídos, de tal forma, que han podido, según los argumentos, tener alguna permeabilidad de poder ser escuchados. Es lo que decía Tidewater.

Entonces, estoy frente a otros abogados que han tenido más oportunidad de sustentar con un miembro del tribunal que yo. Y, además, sobre la misma ley: la ley venezolana proinversión; la misma ley.

Los descargos. Con relación a los descargos, qué nos dice Brigitte Stern. Deber de revelación, no alcance hecho... Perdón, me falta un detalle. Cuando se defiende la profesora Brigitte Stern, dice lo siguiente: «Un momento, yo he revelado lo que tenía que revelar, pero quiero decirles que en el Ciadi, que es conocido en la página web del Ciadi, todos los casos son publicados, desde el momento de la instalación, y los casos que tú me imputas, que no he revelado, están publicados. ¿Cómo podría yo omitir algo público?». Es lo que dice Brigitte Stern.

Además, dice: «Que yo te escuche una o más veces, por sí mismo no hace que tus argumentos sean mejor o peor percibidos. Se evaluará caso por caso de acuerdo al valor intrínseco de los hechos y de los medios probatorios presentados por el caso».

Agrega: «Que yo haya sido designada de manera recurrente, en el caso que tú me señalas, en los casos que me señalas por Venezuela, no significa que yo tengo una relación de negocios, porque eso es lo que estás tratando de decir, que yo tengo una dependencia económica».

Y, además, para finalizar, la profesora Brigitte Stern destaca que considera que los argumentos de la Regla IBA, respecto a la 3.1.3, designación frecuente, no es más que un arma para limitar la capacidad y la estrategia del Estado de Venezuela, de elegir al árbitro que considere conveniente para el caso específico.

En este punto, la gran pregunta ¿cuál habrá sido la decisión del tribunal? ¿Será que la omisión de revelación por sí sola no es causal de recusación?, si tomamos de referencia las Reglas IBA. ¿Será que la omisión del deber de revelación da la apariencia de imparcialidad? Otro criterio seguido por OSCE y algunos centros de arbitraje. O será omitiste revelar, no interesa si es relevante o no, recusación fundada.

Bueno, vamos a ver cuál ha sido el criterio.

Este tribunal de arbitraje internacional señaló:

Primero, las directrices IBA no son vinculantes. La falta de revelación debe ser por asuntos graves. Es decir, la revelación *per se*, no es causal de recusación en sí misma. Debe ser por asuntos graves. Es decir, este tribunal hace una distinción de lo relevante y no relevante. Precisa que las omisiones de los deberes de revelación, es porque se tiene que estar identificando si hay un patronazgo excesivo.

Agrega: «Sí, la profesora Stern tiene que tratar como todos, de tener una revelación prolija, y de repente, está un poco excesiva. Pero no ha ocurrido. Lo cierto es que cómo podría la profesora Stern ocultar una información que es pública, y que todos sabemos que están en la página web del Ciadi». Entonces, no le da el peso, respecto a ese punto. Así que no es necesario revelar de manera específica algo que es un hecho público.

Con relación a las designaciones frecuentes. No, el tribunal arbitral internacional dice: «No, definitivamente, tener un criterio cuantitativo, no resiste mayor análisis, más que un análisis chato de una persona que no tiene experiencia».

Y agrega el tribunal que dice que tiene que hacerse un análisis cualitativo. Y en este análisis cualitativo entra a analizar las designaciones frecuentes de la profesora Brigitte Stern y detecta, primero, que las designaciones habían sido de forma colegiada, así que es una decisión colegiada. Segundo, que el resultado de las decisiones, en algunos casos, no favorecía, precisamente, a Venezuela. Entonces, de qué se le está imputando.

Y a esto se suma lo siguiente, si me permiten revisar acá. Efectivamente, señala que la profesora Stern, ojo, no creas que esto es una relación de negocios, no. La profesora Stern tiene otros arbitrajes en el Ciadi designados por alguien distinto a Venezuela.

Y en lo que compete al tribunal arbitral que estuvieron a cargo, obviamente, estos dos árbitros que tuvieron que tomar la decisión, señalaron lo siguiente: que su conducta en el momento de la deliberación, de los asuntos que los vinculaban, no había visto un comportamiento de la profesora Stern, en pro o en contra de los intereses de Venezuela, y que, más bien, resaltaban su independencia e imparcialidad.

Esta fue la decisión de este tribunal arbitral. Imagínense un mismo hecho, diferentes formas de tomar decisión. Pero acá lo que yo quiero rescatar, y con esto cerrar, qué es importante en el tema del deber de revelación y la reposición, hacer un análisis no cuantitativo, sino cualitativo. Tener en cuenta el interés de las partes, respecto a que merece tener un tribunal independiente e imparcial, pero, de

igual modo, merecen que, cuando se trate de análisis respecto a situaciones de recusación, esto no solamente sea de un tema cuantitativo, sino cualitativo, porque esto va a fortalecer la institución arbitral, que es la que todos queremos fortalecer en esta comunidad.

Esa es la razón por la cual esta noche estamos hoy, a estas horas de la noche, compartiendo estos conocimientos. Muchísimas gracias.

**Peter Palomino Figueroa:** Buenas noches. Muchas gracias por la invitación para estar el día de hoy con ustedes hablando sobre este tema. Ahora, el tema que voy a tratar con ustedes es la «Recusación contra árbitros bajo la Ley de Contrataciones del Estado».

Como bien ya lo mencionó la doctora Fabiola, en la gran cantidad de arbitrajes a nivel nacional es el tema de contrataciones con el Estado, desde que la ley dispuso que las controversias derivadas de la Ley de Contrataciones se resuelvan mediante arbitraje, es lo que impulsó en gran medida el número de arbitrajes en el país.

Sin embargo, el arbitraje en contratación pública ha tenido una regulación especial. Es decir, el legislador en contratación pública ha entrado a regular aspectos del arbitraje que no se aplican en arbitraje comercial, de tal manera que ahora hablamos, incluso, de un arbitraje administrativo, como una especie de especialización de arbitraje en comercial, arbitraje en contratación pública.

Sobre la recusación a los árbitros, en este tipo de arbitrajes derivados de la Ley de Contrataciones del Estado, la norma ha previsto que es posible recusar a los árbitros, cuando se designa o acepta desempeñarse como árbitro, alguna persona que se encuentra impedida. El Reglamento establece quiénes son las personas que están impedidas de ejercer como árbitros, como, por ejemplo, el presidente, el vicepresidente, el congresista, los jueces, la policía, el ejército en actividad, los procuradores, y todo el personal que trabaja en procuraduría pública no pueden ejercer la función de árbitros. Por lo tanto, estas personas están impedidas de ejercer la función de árbitro.

Luego, también se va a recusar a aquellas personas que acepten arbitrar, la designación en un arbitraje, pero que tengan una relación que, y de acuerdo, incluso, tenemos el artículo 254 del Reglamento donde dice qué relación se aprecia entre las partes y el árbitro. Por lo tanto, ese tipo de relaciones generan que el árbitro no pueda ser independiente o imparcial. Es más, la norma, el artículo 254 deja abierta cualquier tipo de relación que, por su relevancia, genere que el árbitro no pueda ser imparcial e independiente.

Luego, otra causa para recusar al árbitro es que haya incumplido el deber de revelación. En este punto, la doctora Fabiola Paulet estuvo desarrollando y, bueno, ella planteaba el tema que, por ejemplo, no manifestar o informar a las partes cuántas veces había sido designado, no debería ser por sí mismo un motivo para recusar al árbitro, salvo que del análisis cualitativo se verifique que, efectivamente, esa relación con una de las partes, por lo significativa que es, pueda afectar su imparcialidad e independencia.

Bueno, lo cierto es que, en contratación pública, el artículo 254, como infracción al Código de Ética, establece que no informar sobre las designaciones que tenga el árbitro por una de las partes o sus empresas filiales, es una infracción al Código de Ética. Es decir, no solo ameritaría una recusación por ese motivo, es decir, no informar sobre un tipo de regulación que podría crear dudas sobre su imparcialidad e independencia, sino que, además, más allá de que declaren fundada una recusación cualquiera, podría denunciar a dicho árbitro ante el Consejo de Ética como infracción al Código de Ética que está establecida en el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Entonces, en contrataciones del Estado, tenemos en el artículo 254 algunas relaciones que recoge, donde dice en estos casos no vas a poder desempeñarte como árbitro, porque esa relación la considera que afecta tu independencia e imparcialidad. Es más, lo deja abierto, e igual establece varias

relaciones, donde ante los ojos de un tercero, podría generar dudas sobre tu independencia e imparcialidad, y también lo deja abierto.

Y, es más, si bien el árbitro podría renunciar, incluso, ante una recusación planteada, cualquiera podría denunciarlo ante el Consejo de Ética, por infringir al Código de Ética, a la infracción al Código de Ética, establecida en el artículo 254 del Reglamento. Y las sanciones son amonestación, inhabilitación o, incluso, suspensión permanente para ejercer como árbitro.

Entonces, estos son motivos para recusar al árbitro. También otro motivo para recusar a un árbitro es que este no cumpla con las calificaciones exigidas por la ley. ¿Qué te dice la Ley de Contrataciones del Estado?

Bueno, por ejemplo, que el presidente o el árbitro único tenga conocimiento sustancialmente de tres materias y que lo acredite; en contratación pública, derecho administrativo y arbitraje. Y no solamente eso, sino que también la norma establece varios otros requisitos, como, por ejemplo, ahora, para los árbitros en contratación pública, tienen que cumplir con el deber de revelación, de declaración jurada de conflicto de intereses, como si fuera un funcionario público. Ahora los árbitros también tienen que hacer declaración jurada de conflicto de intereses. Es más, y es, incluso, en cualquier arbitraje administrativo. Por lo tanto, si no cumpliera con dicha exigencia legal, también podría ser recusado.

Luego, un tercer motivo para recusar a los árbitros es que exista dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia.

A ver, cuando uno acepta una designación, tiene que estar seguro de que es independiente e imparcial. Puede haber algún tipo de relación con alguna de las partes, sus abogados, sus representantes, empresas filiales, los coárbitros, pero el árbitro considera que ese tipo de relación no afecta su independencia e imparcialidad, y lo revela. En esa revelación de aquellas relaciones que pueda tener este árbitro con los coárbitros, con los abogados, con las partes o con las filiales, una de las partes en el arbitraje puede considerar o él considera, la parte, que esa relación le genera dudas sobre su independencia e imparcialidad. El árbitro lo reveló, pero genera dudas, a las partes le genera dudas esa relación que el árbitro ha revelado. Y, dentro del plazo, puede recusarlo por dicho motivo. Y en esa recusación es que los centros de arbitraje van a entrar, pues, a revisar si, efectivamente, el aspecto de fondo, la relación en sí pueda generar dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro.

La recusación puede ser contra uno, dos o tres árbitros. Si se recusa a un árbitro, el procedimiento, las actuaciones arbitrales deben proseguir.

La Ley de Contrataciones, en su última modificación, ahora en junio, del reglamento, específicamente, ha dispuesto que, si se recusa a un árbitro, ya los árbitros no pueden decidir suspender hasta que se resuelva la recusación. Antes podían hacerlo, ahora no. La norma ha dispuesto, el reglamento dispone que, si se recusa a un árbitro, las actuaciones arbitrales deben continuar. Ya los otros dos árbitros no podrían acordar la suspensión hasta que se resuelva dicha recusación. Solo se suspenden las actuaciones arbitrales cuando los recusados son dos o los tres árbitros.

En el arbitraje *ad hoc*, no sujetos a una institución arbitral, siempre las recusaciones van a ser resueltas por el OSCE. Nunca va a ser resuelto por el mismo tribunal arbitral.

Y en los arbitrajes institucionales, va a ser resuelto, obviamente, por cada institución arbitral y de acuerdo a su reglamento arbitral.

Muy bien. Con el Decreto de Urgencia n.º 020, en enero del 2020, se emite una modificación, no al reglamento ni a la Ley de Contrataciones, se modifica la Ley de Arbitraje, en la cual, en los arbitrajes administrativos; es decir, en aquellos arbitrajes donde una parte es una entidad pública, bajo la Ley de Contrataciones o cualquier otro marco normativo, se ha dispuesto un motivo más para

recusar; y un motivo que no está basado en la imparcialidad e independencia del árbitro. Se ha dispuesto que, si el laudo es anulado, en aquellos arbitrajes administrativos, la parte puede, al árbitro que ha designado, removerlo y volver a designar, y al otro árbitro que no ha sido designado por la parte, recurrarlo.

Y esta recusación no tiene ningún sustento en la independencia e imparcialidad del árbitro. Lo que nos lleva, en la práctica ya hemos visto, he visto ya algunas recusaciones aplicando esta modificación de la Ley de Arbitraje, que, en realidad, en el fondo, lo que vamos a tener es un tribunal totalmente nuevo. Va a ser como una especie de apelación; algo que no debería darse en un arbitraje. El laudo en un arbitraje es definitivo e inapelable. ¿Y por qué es así? Porque esa es la naturaleza del arbitraje.

Muchos consideran que, al ser el laudo único e inapelable, la última palabra, como que deberían tener más cuidado los árbitros.

Miren, ¿cómo nace el arbitraje? El arbitraje nace cuando las partes disponen de ciertos derechos de libre disposición. Es decir, el lugar, ese derecho yo lo puedo donar, lo puedo regalar, pero si tengo una controversia con la otra parte, puedo acordar que un tercero resuelva la controversia, pues.

Y, por eso, se ha resuelto que ese tercero, basado, obviamente, en la confianza que depositamos sobre ese tercero; que es imparcial e independiente, va a resolver de manera definitiva. Queremos las partes que se resuelva de una vez. No queremos, pues, dobles instancias o tres instancias como es en el Poder Judicial.

Ahora, el Estado cuando decide arbitrar sus controversias, debería someterse a la lógica de un arbitraje, pero, en el fondo, pues, siempre ha habido ese anticuerpo, de que sea el laudo inapelable. Siempre ha habido, de parte, por lo menos, del sector público, ese anticuerpo de aceptar que necesariamente el laudo tenga que ser inapelable, y como sea, siempre, muchas veces, lo lleva como recurso de anulación.

Ahora, que el laudo tenga algún defecto de motivación, eso no implica que los jueces, la sala, en este caso, pueda ver el tema de fondo, porque, de acuerdo a la naturaleza del arbitraje, el árbitro es quien resuelve la controversia y determina cuáles medios probatorios le generan certeza, determinan qué hechos él considera probados, y determina cuál es la interpretación que le da la norma. Y esto no puede ser revisado por la sala. La sala solamente puede ver aspectos formales: según el debido derecho de defensa, según el debido proceso, o no, el tribunal no ejecutó lo pactado por las partes.

Por este último motivo, porque no dispuso o resolvió el tribunal de acuerdo con lo pactado por las partes que se ha motivado, es que lo lleva por defecto de motivación.

Pero es un defecto de forma, porque para un arbitraje, ¿cuál es el sentido de la motivación en el arbitraje? Simplemente, saber cuál fue el razonamiento del árbitro para resolver, finalmente, el laudo. Ese es el motivo de la motivación en un laudo, en un arbitraje.

Y, obviamente, si hay algún problema, defecto, se interpone anulación por defecto de la motivación, por indebida motivación, por motivación insuficiente. ¿Insuficiente para quién? ¿Para el juez? Perfecto. Pero ese es un tema de forma. Si la sala no puede entrar a analizar el tema de fondo, entonces, el mismo tribunal, obviamente, si habría un defecto de forma, al momento de motivar, debe corregir ese defecto. Pero con esta modificación, lo que está haciendo, en el fondo, es conformar un nuevo tribunal, y un nuevo tribunal, definitivamente, no necesariamente, va a tener el mismo criterio. En el fondo, estaría encubriendo, en mi opinión, una especie de apelación encubierta para los arbitrajes administrativos.

Vamos a ver cuáles son los resultados al final con esta modificación que se instituyó en el 2020. Pero ya en cada laudo que está siendo declarado anulado, ya se están recusando a los árbitros; y,

definitivamente, ante dicha regulación, los centros de arbitraje están declarando fundadas dichas recusaciones, obligando a tener que conformar un nuevo tribunal, que no necesariamente va a tener la misma apreciación sobre los hechos, sobre la interpretación de la norma y como realmente resuelva. Lo que, en el fondo, el legislador, en mi opinión ha querido una apelación encubierta, con lo que estaría, con esta modificación, finalmente, sucediendo en un arbitraje: desnaturalizando el arbitraje. O sea, no hay que tener miedo a someternos al arbitraje. El arbitraje tiene esa naturaleza; que se resuelva la controversia de manera definitiva e inapelable mediante el laudo.

Si el Estado no está de acuerdo con esto, no lo ve bien, en todo caso, podría regresar al Poder Judicial. Si requiere dos revisiones, hasta tres en caso de casación. Pero esta manera, en realidad, consideramos que lo que está sucediendo es una desnaturalización del arbitraje en su naturaleza y en su esencia.

Por último, la última modificación que se dio ahora en junio, con el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF. A ver, la esencia del arbitraje es que el árbitro sea una persona independiente e imparcial. Y no solamente el arbitraje, cualquier mecanismo de solución de controversias, es necesario que sea independiente e imparcial; el conciliador tiene que ser independiente e imparcial; el mediador tiene que ser independiente e imparcial. El arbitraje también. Y por tal motivo, siendo uno de los pilares el arbitraje, que el árbitro debe mantenerse independiente e imparcial desde que acepta hasta que lauda, definitivamente, no hay límite en las recusaciones. Puedes tener «N» relaciones en el transcurso. Es más, durante que dure el arbitraje; el árbitro puede tener relaciones con las partes; y, obviamente, tiene que ampliar su deber de revelación. La parte que considera que esa relación le genera dudas, sobre su imparcialidad y su independencia, tiene todo el derecho de recusarlo.

Ahora, las recusaciones se han limitado a tres recusaciones en estos tipos de arbitrajes. Qué pasa, digo yo, si en un hecho que pudiera ser, en la cuarta recusación, la relación que tiene el árbitro realmente sea tan significativa, que, incluso, podría estar en uno de los supuestos del Código de Ética; del artículo 254 del Reglamento. Ya no podría recusarlo, y si lo recuso, el centro de arbitraje tendría que declararlo improcedente porque el límite es tres recusaciones y punto. Nuevamente, el legislador en contratación pública se mete a temas del arbitraje y lo modifica de tal forma que, en mi opinión, desnaturaliza la esencia del arbitraje.

Entonces, vamos a ver qué pasa. Esto ha sido modificado ahora en junio, todavía no he visto algún supuesto de una cuarta recusación. No podría recusarlo, si lo recuso, seguramente, va a ser declarado improcedente. ¿Y después qué sucede? ¿Podría interponer una anulación? Podría, debería, si el árbitro no es independiente e imparcial, debería ser causal para una anulación.

Bueno, estas son las reflexiones que he querido compartir hoy con ustedes. Sé que el tiempo es bastante corto y creo que he tratado de resumir estos principales cambios en la Ley de Contrataciones del Estado. Gracias.

**José Antonio Sánchez:** Agradezco al Instituto de Derecho Privado, a Marco Silva Santisteban por la invitación, y también saludo a la doctora Fabiola Paulet y al doctor Peter Palomino, que me han precedido en sus ponencias.

Bueno, me han dejado casi sin tema porque ya la doctora Paulet y el doctor Peter Palomino han expuesto casi todo, por no decir todo el tema de la revelación, las causales de recusación, pero quiero centrar algo teórico para luego pasar a ver en casos prácticos, las causales de recusación.

El deber de revelación es la piedra angular que debe existir en todo documento en el cual el árbitro acepta su designación como tal.

Claro, ¿y para qué sirve este deber de revelación? Para que las partes, ya sea demandante o la parte demandada, puedan observar de dicha revelación, si tiene las cualidades, si está facultado, si es independiente, si es imparcial o no en el ejercicio de la función arbitral. Las partes tienen el derecho

de conocer toda la actividad que ha tenido este árbitro: designaciones, ponencias, referidos al tema en cuestión.

Entonces, las partes verifican ese documento denominado «deber de revelación» que se mantiene a lo largo de todo proceso arbitral, si tiene todas las cualidades para ejercer la labor de árbitro. Cualidades respecto a la independencia e imparcialidad que debe tener.

Ahora, ¿qué cosa es la independencia? Mucho se habla de independencia e imparcialidad. La independencia es la calidad de estar libre de la influencia, de la orientación y el control de terceros que implica la inexistencia de un interés o de presión sobre el árbitro.

Y la imparcialidad es un estado mental. La imparcialidad, un estado mental de que no estoy vinculado como árbitro a ninguna de las partes, tanto demandante o demandado.

¿Qué debo revelar? He visto revelaciones microscópicas y también revelaciones que se van al otro extremo. Revelaciones de diez, quince o veinte páginas. Revelan todo, desde hace diez o quince años. Pero ¿qué debo revelar? Muchos dicen: lo justo y necesario. No. Yo señalo que lo justo y necesario, no, porque las partes necesitan conocer a fondo cuál ha sido la conducta del árbitro, y no solamente en los últimos cinco años, sino hace seis, siete, ocho o diez años. ¿Por qué? ¿Qué sucede? Qué sucede si es que no revelo que hace diez años, por ejemplo, he brindado asesoría profesional a una de las partes; al gerente general de una de las partes. Está bien, hace diez años, pero si no lo revelo, una de las partes puede «descubrir», entre comillas, este hecho, porque toda la información está en la página web, está en el ciberespacio.

Entonces, si bien se puede argumentar que estos hechos ocurrieron hace ocho años, es preferible revelar. Otros árbitros se limitan: cinco años, punto. Seis años, siete años, ya no revelo. Depende de cada árbitro.

Un tema importante también que ha señalado la doctora Fabiola Paulet, son las designaciones recurrentes. Y ha señalado la doctora Paulet el tema del RNA que quiero tocarlo porque me ha tocado ser parte del RNA después de dar las evaluaciones respectivas. Llegó un momento en que, durante tres o cuatro meses, más o menos, en que, si bien es cierto, la lista del RNA se redujo a 40 árbitros nada más, lo más crítico se produjo en el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica. Los que estábamos en el RNA e inscritos en la lista de árbitros de la Católica, Fabiola, éramos 12, nada más, 12, y la gran cantidad de arbitrajes que señalan, era que las designaciones eran recurrentes. A la semana, ocho designaciones entre los 12 árbitros que estábamos, nos ruleteábamos todos. La Corte Superior, el Consejo Superior de Arbitraje nos designaba de manera recurrente. Al mes ya teníamos cada uno, 25, 30 arbitrajes por las designaciones porque éramos poquitos: éramos 12.

Se puso en conocimiento de este hecho de la secretaria general, la doctora Silvia Rodríguez para que se solucione este problema porque los 12 árbitros nos ahogábamos de arbitrajes. Solamente nos dedicábamos a aceptar y a revelar. Y eso no se hacía en cinco minutos, toma su tiempo. ¿Y qué generó este hecho de que constantemente seamos designados por la Corte de Arbitraje? Las recusaciones. Primer tema de recusación.

La Corte de Arbitraje, en casos, por ejemplo, del MTC: «Se ha designado cinco veces, te recuso». «Pero si a mí me ha designado la Corte de Arbitraje por sorteo. Yo no he decidido, las partes no han decidido mi designación». «Igual te recuso».

Y, bueno, y acá tiene que ver con el tema de la renuncia a la función arbitral. Veía que una de las partes no quería que esté. No quería que esté porque, seguramente ya había revisado mis laudos, que soy una persona apegada a la Ley de Contrataciones y su Reglamento. Trato de no aplicar el

Código Civil porque algunas partes quieren que aplique el Código Civil, antes que las normas de contrataciones, y como no tengo ese lineamiento, entonces, recusado. Entonces, para que no se siga más: renunciaba, renunciaba y renunciaba.

Entonces, se solucionó el problema cuando se abrió nuevamente el RNA para incorporar a los que se les había renovado. Se ingresó nuevamente a los 130 árbitros, pero este problema se va a volver a presentar, porque esa reapertura del RNA fue solamente por un año, nada más, y el próximo mes de julio, nuevamente, esas personas reincorporadas al RNA, que ya vencieron su periodo, su año de vigencia, van a tener que salir y solamente nos vamos a quedar, los árbitros, los cuarenta árbitros que hemos dado nuestro examen, nuestra evaluación.

Nuevamente ya calculo que, si es que no se soluciona este tema, va a regresar el tema de las recusaciones.

Otro tema que ha señalado en la anterior mesa que está siendo causal de recusación, que señaló un tema el doctor José Espinoza que ya se retiró seguramente por lo avanzado de la hora, es, y me estoy dando cuenta en las audiencias, cuando uno de los árbitros señala hechos de derecho, no alegado por las partes, ni demandante ni demandado han señalado determinado tema de derecho. Ejemplo: un árbitro señala, ¿qué le parece a ambas partes, si en este caso no sería de aplicación la teoría de los hechos cumplidos? Lanza ese salvavidas. Está lanzando un salvavidas a alguna de las partes.

Pero ¿qué pasa si en este caso no sería de aplicación la excepción de incumplimiento? Es decir, el árbitro está introduciendo temas de derecho que no han sido invocados por ninguna de las partes. Recusación.

He conocido el caso de una recusación contra un árbitro porque está introduciendo en la audiencia temas no invocados por las partes. El árbitro tuvo que renunciar... tuvo que renunciar.

El tema de las recusaciones reiteradas que ha señalado el doctor Peter Palomino. Muy bien, se limitan a tres, a las tres por cada parte, pero ¿qué pasa?

Algunas procuradurías están interpretando: ¿cuándo se dio esa norma?, ah, esa norma del tope de las tres recusaciones se aplica a los arbitrajes iniciados a partir de la fecha de la dación de la norma, pero a los arbitrajes en trámite no se aplican; iniciados antes de la dación de la norma. Ese es un argumento que están tomando algunas procuradurías, y eso ha generado que algunos árbitros me comentan que dan, expidan una resolución, una orden procesal, una decisión: recusación; dan otro paso: recusación; otro... paso por paso es recusación. Ya tanto de la parte demandante como de la parte demandada. Y es lo que se está llamando una de las paranoias en el arbitraje: la recusación.

En vez de defender, argumentar el caso de fondo, ya sea en comercial o de contrataciones del Estado, aplicación de penalidades, resolución de contrato, vicios ocultos, temas de fondo, temas sustantivos, la liquidación de obra, las pericias, todo, se pierde el tiempo viendo temas de recusación; temas procesales antes de entrar a temas tan importantes: temas sustantivos.

Lastimosamente, de un tiempo a esta parte, recusan a todos. Todos tienen, por lo menos, dos o tres recusaciones, y un comentario que quisiera hacer. Cuando era procurador, voy a hacer una mea culpa cuando empecé el 2011, empecé recusando, pero después me puse a reflexionar. Pero por qué no ha revelado un árbitro, un caso que tuvo con el Ministerio de Educación, de la Casa de la Literatura, por ejemplo, ¿lo voy a recusar?

Por ejemplo, el Ministerio de Educación defiende no solamente a la sede central, tiene Pronied, IPD, Huampaní, el Instituto Pedagógico de Monterrico, la Casa de la Literatura; es decir, tiene diez, quince unidades orgánicas, y los árbitros no tienen por qué saber todas las dependencias que el IPD, por ejemplo, depende del Ministerio de Educación directamente. «Ah, no reveló un caso del IPD que es parte el Ministerio de Educación. Lo recusó».

Creo que se ha llegado a un exceso tal, a una paranoia de las recusaciones que todo se está recusando.

Yo recomiendo a las partes que deben centrarse, en vez de estar recusando, a sustentar temas de fondo, a elaborar sus demandas, elaborar y contestar las demandas de manera correcta, especialmente, los que arbitramos en el interior del país, dejan mucho que desear. La elaboración de ambos documentos sustanciales y se dedican a recusar. Y ante dos documentos: demanda y contestación que son endeble, qué le queda al árbitro. Ya sea como tribunal o árbitro único, teniendo en cuenta que las partes deben probar los argumentos que señalan.

Obviamente, por más que tenga la razón, pero si no está argumentado correctamente, la demanda deviene infundada, porque siempre señalo: los árbitros no somos abogados de las partes, no estamos para darle una manito al demandante o demandado. No vamos a apañar las falencias de las partes en su argumentación. Nosotros debemos resolver, los árbitros, con arreglo a derecho. Si este «resolver con arreglo a derecho» nos genera una recusación, bueno, tendremos que argumentar los motivos por los cuales es infundada la recusación, y en un párrafo final, «sin perjuicio de lo expuesto, renuncio a la función arbitral», porque, sinceramente, ese es mi particular punto de vista porque, yo como árbitro, vía recusación, no voy a estar litigando, no contra la parte que me recuso. No voy a estar pidiendo el uso de la palabra ante el Consejo del Arbitraje para desbaratar los argumentos de la parte que me recusó.

No, de ninguna manera, yo no puedo enfrentarme a una de las partes porque, desde el momento que me enfrento y continúo diciendo que es infundada la recusación, pero continúo presentando escritos para reforzar mi posición, ya perdí imparcialidad porque, desde el punto de vista psicológico, tengo una carga emotiva si tengo una, dos, tres recusaciones. ¿Cómo se sentirá el árbitro al momento de laudar? Entonces, es preferible renunciar a la función arbitral, renunciar y que venga otro árbitro que, si bien esta recusación podría ser infundada, es mejor mantener el arbitraje como institución arbitral, limpio, cristalino, transparente, y que no quepa ninguna duda en la independencia e imparcialidad del árbitro.

Agradezco la invitación.



23 NOVIEMBRE DE 2021

**MESA 4**

**LA POSESIÓN Y PROBLEMÁTICA EN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO**

*Martín Mejorada Chauca*<sup>1</sup>

*Jimmy Ronquillo Pascual*<sup>2</sup>

*Diego Pesantes Escobar*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Mejorada Abogados y profesor de Derecho Civil, así como autor de diversas obras y artículos jurídicos a nivel nacional.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asimismo, es juez de la Corte Superior de Justicia de Lima y docente de la UNMSM y de la Universidad Privada del Norte.

<sup>3</sup> Egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego. PUCP y coordinador de la revista *Gaceta Civil & Procesal Civil*.



**Martín Mejorada Chauca:** Buenas noches. Muchas gracias al Instituto por pedirme e invitarme a su Congreso un año más. A Marco, en particular, pero a todos los del Instituto, en general. Y los felicito por seguir promoviendo el derecho civil a través de este evento, que ya comienza a convertirse en una agradable tradición.

El tema que me han pedido tratar, junto a los colegas de la mesa, que están también convocados, es uno muy general: la prescripción y la posesión. Pero, como siempre ocurre conmigo, procuro plantear, especialmente en un congreso como este, cuestiones que, dentro de la materia sugerida, resulten siendo provocadores, y que aborden situaciones que, normalmente, no han sido tocadas por la judicatura o por la comunidad jurídica, por los colegas que se ocupan de estos asuntos, pero que, sin embargo, resultan siendo de mayor importancia en la realidad de la figura legal que se propone, en este caso, la prescripción.

Entonces, voy a ocuparme de un aspecto de la prescripción, que ya desde que lo enuncie en este instante, estoy seguro de que va a generar inquietudes, y me refiero a la prescripción de la acción declarativa de prescripción. ¿Qué cosa es eso?

Como todos sabemos, la prescripción adquisitiva de dominio es una figura legal prevista en el artículo 950 del Código Civil, también está en algunas leyes especiales para algunos predios de características especiales, como son los predios rurales, pero digamos que es el Código Civil la madre de esta figura.

Es una figura a través de la cual un poseedor se convierte en propietario al cumplir una presencia de determinadas características, que posee como propietario de manera pacífica, pública y continua durante cierto tiempo: diez años, digamos, en el caso más extremo, un inmueble, se convierte en propietario de este. Y, dice la norma, como es lógico, que este que ha ganado la propiedad por prescripción, también llamada «usucapión», tiene derecho a que un juez lo declare propietario.

Para esto tiene que iniciar un proceso judicial, que es la llamada acción declarativa de prescripción, y que tiene, además, un trámite especial regulado en el Código Procesal Civil, es decir, no es una acción genérica, es una acción muy bien regulada y, digamos, que exige y tasada en cuanto a los requisitos y los documentos que el demandante debe acompañar para lograr este propósito suyo de que se le declare que ha ganado por prescripción.

En ese proceso judicial el usucapiante, el poseedor demandante, tiene que probar, pues, que ha cumplido estos requisitos, y tendrá que convocar algunos emplazados naturales como son o como es el propietario que tuviese derecho inscrito, a quien este le habría ganado, a los colindantes del predio que dice haber ganado por prescripción; y, además, esta es una demanda que se publica. De modo tal, que cualquiera que crea tener derecho sobre ese bien, y que, por tanto, quiera cuestionar el pedido del demandante, podrá presentarse.

Entonces, este es un proceso tasado, muy exigente, muy riguroso; no obstante que se tramita en la vía del proceso abreviado, es uno que llega hasta la Corte Suprema, y la verdad es que toma muchos años.

Bueno, lo que yo quiero plantear en este congreso, es la cuestión de si la demanda que debe plantear o que ha de plantear el usucapiante, cuando él ya siente que ha ganado por prescripción, ¿no es verdad?, cuando él siente que ya cumplió el plazo, que cumplió los diez años para el caso de inmueble que es prescripción más relevante; esta es una demanda que él tiene que plantear.

¿Está sometida esta demanda a plazo? Por eso dije: quiero tratar el tema de la prescripción de la demanda declarativa de prescripción adquisitiva. Suena medio enredado, ¿no?

Pero es que la demanda declarativa de prescripción es, finalmente, una acción, y esto es una acción en la que cabe preguntarse si está o no sometida a plazo.

¿Cómo así? Claro, pues, porque el usucapiente gana por prescripción la propiedad, el día que se completa el año diez, digamos. Bueno, entonces, a partir del día siguiente, el primer día del año once, él está en capacidad de plantear su demanda para que se le declare propietario por prescripción. Claro, no lo hará al día siguiente porque tiene que hacerse de algunos documentos, tiene que hacer visar los planos por la municipalidad; en fin, tiene que acopiar información, cosa que podría haber estado haciendo a lo largo de los diez años, pero digamos que, pues, a partir del año once, él se pone a trabajar en esto y completa toda la documentación y demanda. Lo puede demandar el año once, el año doce, el año trece, el año catorce, el año quince. Es decir, él puede esperar que pase un tiempo desde que ganó por prescripción y plantear su demanda.

¿Cuánto tiempo puede esperar? Puede dejar que pasen nueve años desde que ganó por prescripción y plantear recién su demanda, y entonces, quedar en la situación de que el juez va a evaluar su pedido y que los demandados le dan de nuevo la oportunidad de oponerse en el año nueve. Pero ¿qué tal si plantea su demanda en el año once, el año doce o en el año trece?

Estamos hablando once, doce o trece, después de que ya ganó por prescripción. No estamos hablando del año once o doce desde que empezó a poseer. No, no, no. Repito, el usucapiente gana por prescripción en el año diez. Desde ese día, el día siguiente, él está listo para presentar su demanda para que se le declare propietario por prescripción, y lo puede hacer en los siguientes años. La cuestión es ¿lo puede hacer eternamente? ¿Lo puede hacer en el año veinte después de que ya había ganado por prescripción?

Entonces, repito, ahora quizás entiendan mejor la cuestión que con nombre repetido parece medio enredado pero que resulta de la mayor importancia. Y ahora les voy a explicar por qué. ¿Puede este usucapiente que ganó por prescripción en el año diez, plantear su demanda declarativa de usucapición en el año veinte? O sea, ¿diez años después o más de diez años después de que había ganado por prescripción? ¿El tiene una imprescriptibilidad de la acción declarativa de prescripción?

Como todos sabemos, en el Código Civil se regula la prescripción extintiva de acciones, que da cuenta de que, pues, en el Perú, como, en realidad, en la mayor parte del mundo, ningún derecho está en la posibilidad eterna de hacerse valer; ningún derecho, salvo algunos muy específicos, que son los llamados derechos imprescriptibles o las acciones imprescriptibles para reclamar algunos derechos. Pero esas son las excepciones, en general. Si yo tengo un derecho de crédito y no lo cobro después de diez años de que este sea exigible, y lo voy a cobrar en el año once, el deudor me dice: «No, señor. Ya prescribió su derecho a cobrármelo», y ya no lo puedo cobrar.

Entonces, yo no puedo demandar eternamente. Esas son las llamadas acciones personales que prescriben a los diez años. Hay algunas otras prescripciones especiales como las derivadas de la responsabilidad civil extracontractual que es de dos años, las derivadas de los servicios personales y están previstas también las acciones reales que se distinguen de las acciones personales.

¿Y qué cosa son las acciones reales? Las acciones reales son las acciones judiciales destinadas a hacer valer un derecho real.

Entonces, ¿la acción por la cual el usucapiente pide a un juez que se le declare propietario, es una acción real? Sí, es una acción real. Ciertamente, no es una acción personal. Es una acción real lo que le está diciendo el demandante al juez es «Señor juez, yo he poseído por diez años y he ganado, al cabo de esos diez años, al cumplir todos los requisitos, he ganado la propiedad. Por tanto, pido que usted declare que yo he cumplido esos requisitos. Entonces, vengo a invocar el derecho de propiedad que he ganado para que se me declare como tal, y en esa razón, se me instituya en esa calidad, y con ese título que usted me va a otorgar, yo podría inscribir en el registro y tanto».

Si esta demanda la plantea el usucapiente el año trece; once, doce o trece, el año después de los diez que ya había completado y que, según este demandante ya le había conferido la propiedad, podrá el demandado o los demandados decir: «No, señor, usted ya no puede demandar la declaración de propiedad porque esa es una acción real, cuyo plazo está vencido». Y si, ciertamente, es una acción real y las acciones reales prescriben a los diez años, como dice la ley, entonces, ya no puede plantear esa acción.

Hay acciones imprescriptibles en el derecho peruano, por supuesto, no muchas, pero las hay: la acción reivindicatoria, por ejemplo, porque tiene una norma expresa que dice que la acción reivindicatoria es imprescriptible; la acción de partición entre los copropietarios. Los copropietarios pueden pedir la partición en cualquier momento, aunque hayan pasado cien años. Es imprescriptible porque lo dice expresamente la norma; la acción petitoria de herencia es imprescriptible, y quizá haya una más por ahí, pero la acción declarativa de propiedad de usucapión no es una de esas. La ley no le ha dado a esa acción un carácter de imprescriptible.

Entonces, claro, acá entramos a la polémica, y por eso el asunto es, pues, interesante de plantearlo en un congreso, porque yo no puedo negar que la Corte ha dicho, en algunos casos, en mi opinión, o yo tengo una opinión contraria a lo que dicho la corte en esta materia, ha dicho la Corte, digo, he leído, sin que esto sea un precedente vinculante, que, por ejemplo, la demanda de otorgamiento de escritura pública de una compraventa, que es interpuesta esta demanda por el comprador que ya es propietario, porque la minuta le transfirió propiedad, pero el vendedor no quiere firmar la escritura cuando el comprador que ya es propietario, demanda el otorgamiento de la escritura, ocurrió en una ocasión, que esta demanda la interpuso después de diez años desde la fecha de la minuta, siendo que, firmar la escritura pública es considerado como una obligación del vendedor que se negaba a cumplirla, y que, en el caso concreto, además, opuso, a ese reclamo de firmar la escritura pública que se formuló después de diez años de haber firmado la minuta, opuso la excepción de prescripción porque dijo este vendedor: «Ya pasaron más de diez años desde que yo me obligué a firmar la escritura. Por tanto, ya ha prescrito».

Entonces, la Corte dijo en una posición que no comparto, pero que no deja de ser interesante, que, «en la medida en que el derecho del comprador, que ya es propietario, a que se firme la escritura que le permita acceder al registro con la escritura, y perfeccionar su derecho de propiedad, es una expresión del derecho de propiedad», así dijo la Corte, pues es imprescriptible, es imprescriptible. ¿Y por qué es imprescriptible? Porque la acción reivindicatoria es imprescriptible.

Bueno, pues, una cosa no tiene nada que ver con la otra, ¿no? O sea, no toda acción que invoca la propiedad es imprescriptible. La acción reivindicatoria es imprescriptible, pero la acción reivindicatoria no es cualquier acción real. Es, ciertamente, una acción real, pero es una acción real que está muy acotada.

¿Cuál es la acción reivindicatoria? Es la acción que interpone un propietario contra un poseedor para que se le entregue la posesión al demandante. O sea, es una acción real destinada a acceder a la posesión. Esa es la acción reivindicatoria porque así lo ordena la ley, y que tiene lógica con el hecho de que la propiedad es un derecho perpetuo y que se diría, si no le permitimos al propietario recuperar la posesión, mientras él sea propietario, sin importar cuánto tiempo haya pasado, sería como condenar esa propiedad a una inutilidad.

Sí, pues, y por eso la acción reivindicatoria es imprescriptible. Pero, vamos, no nos engañemos. Los derechos patrimoniales, no por ser patrimoniales dejan de prescribir.

En el caso de una deuda, si a mí me deben un millón de dólares, y yo no los he cobrado dentro de los diez años siguientes a la fecha en que fue exigible, ya no lo puedo cobrar. Si yo demando, el demandado va a poder exigir la prescripción. Y eso no significa que el derecho patrimonial de crédito se ha extinguido, sino que ya no lo puedo cobrar. Ha entrado en una condición singular derivada de

mi inacción como acreedor. Entonces, lo mismo ocurre con los derechos reales, que al no ser ejercidos dentro del plazo que señala la ley para la acción real, queda pasmado.

Entonces, creo yo que, en esa ocasión, tratándose de una decisión de la Corte, que es una decisión aislada, además, ¿eh?, pero que es interesante, se planteó una cuestión sumamente discutible, de que, a partir de la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, toda acción que suponga invocar la propiedad es imprescriptible; y eso es, creo yo, ir muchísimo más allá de lo que dice la ley y del sentido de la ley.

Así como existe esa resolución, además, he visto yo otras, una, de hecho, en la que yo participé como abogado de la defensa, en que la acción de desalojo fue declarada improcedente por prescripción porque el demandante del desalojo que se decía propietario planteó su demanda en el año once. Fíjense, ¿ah?

¿El demandado cómo se defendía? El demandado se defendía o se defendió de dos maneras. Primero dijo: «Yo ya gané por prescripción. De hecho, han pasado once años».

Pero como en ese momento —estoy hablando de hace varios años— la Corte todavía no aceptaba que se pudiera reconvenir la prescripción adquisitiva en un desalojo o, por lo menos, invocar, cosa que ya ocurre ahora y se acepta claramente a partir del cuarto pleno casatorio. Pues, como no se podía ni siquiera invocar la prescripción adquisitiva, el hecho de que el demandado dijera: «Yo he ganado por prescripción y estoy hace once años acá», pues eso al juez del desalojo ni siquiera lo conmovía, no se le movía una pestaña. ¿Usted tiene sentencia declarativa de prescripción? —No. Bueno, entonces, yo no tengo nada que decir sobre esto. Usted no tiene nada». Cosa que ha cambiado con el cuarto pleno.

Entonces, esa fue la primera línea de defensa del demandado, a quien patrociné. Y la segunda línea de defensa fue: «Bueno», dijo, «si usted no me va a hacer caso con lo de la prescripción porque usted dice que en el desalojo yo no puedo invocar la prescripción, aunque la pudiera demostrar acá, lo que hago es deducir la prescripción de la acción de desalojo». ¿Cómo es eso? Y es que este demandante que dice ser propietario me está demandando la devolución del inmueble vía del desalojo en el año once. O sea, después de once años de que yo tomé posesión del bien, y él pudo demandarme el desalojo desde el año uno. Entonces, me lo ha demandado en el año once.

¿Y eso qué significa? Que, la acción de desalojo ya prescribió. Pero ¿dónde dice que la acción de desalojo prescribe? Es que es una acción real, señor juez. Bueno, la Corte, el juez no lo aceptó, pero la Corte Superior, sí declaró fundada la prescripción y la suprema la confirmó.

Entonces, ese es un tema en el que no estamos atados a nada, queridos participantes. Vuelvo, entonces, a plantear el título con el cual empecé esta breve charla: ¿prescribe la acción declarativa de usucapición?, siendo que esta acción declarativa no es una acción reivindicatoria, y, por tanto, no es imprescriptible; es una acción real sometida a plazo.

Se dirá, y para abonar en los argumentos de la respuesta, se dirá, como escucho decir cada vez más, que estas son trabas contra el poseedor usucapiente; son piedras en el camino de saneamiento al que él tiene derecho porque ha ganado la propiedad.

Entonces, cómo es este propietario que ya ganó, pero no puede ejercer la propiedad válida completamente porque ya no va a poder demandar la declaración. Sí, pues. ¿Por qué se demora? Alguien que gana por prescripción y se demora más de diez años que se le declare por prescripción es tan negligente o más negligente que el propietario que dejó que este ganara por prescripción. Y lo quiero decir enfáticamente, porque muchos suelen señalar, como argumento principal de la prescripción, que a través de ella se castiga al propietario negligente que permitió una presencia ajena sin objetarla. Bueno, esto es lo mismo, ¿no?

Muy bien, amigos. Esto es lo que quería plantear: mi posición es que prescribe. Es una acción real y prescribe.

Creo que habrán, como en toda situación de plazo de prescripción, y esta de la acción real lo es; una serie de circunstancias a través de las cuales se suspende ese plazo, se interrumpe ese plazo que podrán ser invocados por el usucapiente, cuando, si se ha descuidado y plantea su demanda en el año once o más o veinte, se le objete o se le invoque a plantear la prescripción, acaso él pueda jugar con plazos y fechas y evitar que ese cómputo lo haya vencido, a través, digo, de las diversas situaciones en las que la ley prevé la suspensión o la interrupción de los plazos de prescripción para la acción.

Muchas gracias. Ha sido, como siempre, un gusto acompañar al Instituto en este su congreso.

**Jimmy Ronquillo Pascual:** Buenas tardes. Antes que nada, deseo expresar mi sentida gratitud con el Instituto de Derecho Privado por la invitación para estar el día de hoy compartiendo mesa con los profesores Mejorada, Pozo y Pesantes.

Me voy a ocupar de «La problemática en relación a la posesión», pero no me gustaría dejar pasar la oportunidad de comentar también unas ideas sobre un tema bastante relevante como el que ha planteado el profesor Mejorada; el tema de si algunas acciones o pretensiones prescriben o son imprescriptibles, tema respecto del cual se discute mucho, sobre todo, a nivel de jurisprudencia, incluso por encima de la discusión que se da a nivel de doctrina.

La acción o pretensión de desalojo prescribe o es imprescriptible; el otorgamiento de escritura pública prescribe o es imprescriptible; y el día de hoy, el profesor Mejorada, ha planteado la inquietud de que si la prescripción adquisitiva de dominio prescribe o es imprescriptible. Yo creo que es imprescriptible. Es imprescriptible por el hecho de que, a través de ella, se busca tutelar la propiedad, y, en realidad, lo que prescribe o es imprescriptible no es la acción, sino el derecho subjetivo: la propiedad, para ser más exactos. La propiedad es imprescriptible.

Y, entonces, las acciones que buscan o las pretensiones que buscan tutelar este derecho, son imprescriptibles, en mi opinión. Y, específicamente, la prescripción adquisitiva de dominio sería imprescriptible porque se trata de una acción meramente declarativa, como se le conoce a nivel procesal. La sentencia que declara la usucapión no es constitutiva; no es que, a partir del momento en que la sentencia quede firme, en adelante, uno es propietario. No.

Se entiende que uno ha sido propietario desde que concurrieron los presupuestos o requisitos para que se dé la prescripción. O sea, el plazo de diez o cinco años, si se trata de inmuebles; cuatro o dos, si se trata de bienes muebles; la posesión cualificada o calificada; o sea, una posesión pacífica, continua, pública y con *animus domini*, y la inacción del titular durante el plazo de ley. Basta que eso concurra para que uno adquiera propiedad, y la sentencia que viene posteriormente solamente se va a limitar a declarar esa situación; no a generarla, no a constituirla, no a crearla.

Y las acciones meramente declarativas son imprescriptibles. Entonces, eso sumado al hecho de que la propiedad es imprescriptible, me llevan a asumir que la prescripción adquisitiva de dominio sería tal: imprescriptible.

En cuanto al otorgamiento de escritura pública, me parece que sí prescribe a los diez años, porque el otorgamiento de escritura pública es un derecho de crédito que tiene el comprador; tiene derecho a que se le otorgue la escritura pública, del mismo modo que tiene derecho a que se le entregue el bien. Y los derechos de crédito prescriben a los diez años.

En lo que concierne al desalojo, me parece más controvertido. La jurisprudencia, hasta donde yo tengo conocimiento, se inclina mayoritariamente por entender que el desalojo es imprescriptible; y, para ello, aplican por analogía lo que establece el 927 del Código Civil, que señala que la acción reivindicatoria es imprescriptible. Entonces, por analogía, entienden que el desalojo también lo es. Se

dice: «el desalojo busca la restitución del bien; la reivindicación también». Entonces, ahí hay un dato común: entre más acciones, apliquemos analogía. Pero olvidan que en el título preliminar del Código Civil tenemos un artículo, el cuatro del título preliminar que señala que las acciones excepcionales y las que restringen derechos no se pueden... o las normas, perdón, las normas excepcionales y las que restringen derechos, no se pueden aplicar por analogía. Qué duda cabe de que una norma que consagra la imprescriptibilidad de una acción, una pretensión, es una norma excepcional, porque la norma general es que estas pretensiones prescriban.

Entonces, si el 927 es una norma excepcional, no la puedes aplicar por analogía, ni al otorgamiento de escritura pública, como se hace, para decir que el otorgamiento de escritura pública es imprescriptible, y tampoco la puedes aplicar por analogía al desalojo, creo yo.

Entonces, el desalojo podríamos entender que es imprescriptible porque no hay una norma que establezca que el desalojo prescribe. El desalojo no es ni acción real, ni acción personal, en realidad. El desalojo es una acción posesoria. La posesión en sí misma no es derecho subjetivo, más bien, ni derecho real ni derecho de crédito. Es un hecho jurídico que genera consecuencias de derecho: sí; que tiene mecanismos de tutela: sí. La posesión tiene mecanismos de tutela: tutela civil y tutela judicial, interdictos y el mismo desalojo, pero eso no lo hace que se convierta en un derecho subjetivo.

Entonces, yo creo que el desalojo es una acción posesoria; no hay un plazo de prescripción en el 2001 del Código Civil ni en ninguna otra norma que establezca un específico plazo de prescripción para el desalojo. Y, entonces, se podría entender que es imprescriptible.

Y la otra interpretación que se podría dar es que prescriba a los diez años, dependiendo de si deriva de un derecho real o de un derecho personal porque, claro, la posesión, a veces, tiene detrás un derecho real. El propietario ejerce posesión; el usufructuario ejerce posesión; el usuario, superficiario ejercen posesión. Entonces, ahí podría entenderse, pues, que detrás de la posesión hay un derecho real que prescribe a los diez años. Lo mismo sucede si la posesión tiene como sustrato un derecho de crédito, como el arrendamiento o el comodato. Pero, bueno, del desalojo es un tanto discutible. Si consideramos que es imprescriptible, sería imprescriptible, en mi opinión, por lo que hemos dicho: no hay un plazo de prescripción normativamente previsto para esta acción posesoria; mas no es imprescriptible por el hecho de hacer analogía al 927, que regula la acción de reivindicación que sí es imprescriptible.

Bien, dicho esto, me voy a ocupar unos minutos pocos que me quedan para hablar de la problemática a nivel de la posesión. Lo que quiero es plantear unas ideas que hagan más ágil los procesos de desalojo. Este tema de dar mayor celeridad a los procesos a través de los cuales los litigantes o los justiciables buscan la restitución de sus bienes, es un tema que preocupa mucho a los operadores del derecho, tan es así que ustedes recordarán que en los últimos años se han planteado o se han formulado hasta tres normas que buscan obtener esta restitución más rápida, comenzando por el desalojo *express* o desalojo por cláusula de allanamiento futuro. Luego, vino el proceso único de ejecución de desalojo, que, hasta el momento, no se ha implementado. No tenemos conocimiento de algún proceso que se haya sujetado a esta ley, proceso único de ejecución de desalojo. Y no hace mucho el procedimiento de desalojo con intervención notarial.

Todas lo que buscan es que los titulares de los bienes obtengan, de forma más rápida, la restitución de dichos bienes. Y, entonces, hacia ese fin es que voy a plantear algunas alternativas que, me parece, garantizarían más una celeridad en estos procesos que las buenas intenciones que se tuvieron al formular estas tres normas que acabo de comentar.

Una primera alternativa sería eliminar la cláusula tripartición que hemos tenido; entre esta división que se da: desalojo por ocupación precaria, desalojo por falta de pago y el desalojo por vencimiento de contrato.

Se suele entender que el desalojo por falta de pago y el desalojo por vencimiento de contrato son de conocimiento del juez de paz letrado, mientras que el desalojo por ocupación precaria es de conocimiento del juez especializado; y, en consecuencia, puede llegar el desalojo por ocupación precaria hasta la Corte Suprema; mientras que el desalojo por falta de pago y el desalojo por vencimiento de contrato, por lo general, van a llegar únicamente hasta el juzgado especializado en lo civil; porque, claro, eso también depende de la cuantía que voy a comentar más adelante.

Entonces, yo plantearía eliminar esa partición. ¿Por qué? Porque, además, resulta coherente eliminarla. ¿Por qué? Porque en el desalojo por vencimiento de contrato, ¿qué es lo que hace un arrendador? ¿Qué es lo primero que hace un arrendador que ya tiene su cumplimiento de contrato de arrendamiento con plazo vencido y desea que el arrendatario le restituya el bien?

Lo primero que va a hacer el arrendador no es invitarlo a conciliar y luego presentar la demanda. Lo primero que va a hacer es buscar una solución extrajudicial. Y lo que hará es, seguramente, enviarle una carta notarial comunicándole al arrendatario su decisión de no continuar con el contrato de arrendamiento y que se le devuelva el bien. Porque acuérdense de que, en los contratos de arrendamiento, vencido el plazo, si el poseedor continúa en posesión del bien, se entiende que la relación contractual de arrendamiento continúa en sus mismos términos hasta el momento en que el arrendador comunica la decisión de concluir el contrato. Entonces, cuando esa comunicación se da, fenece el título. Eso es lo que ha dicho también el cuarto pleno casatorio civil.

Entonces, cuando el arrendador hace esto, o sea, comunica el desistimiento del contrato; comunica que ya no quiera continuar con el contrato, el título ha fenecido y eso ¿a qué conlleva? A que nos encontremos ante a un poseedor precario porque precario es aquel que posee sin título, porque nunca lo tuvo o con título fenecido; o el que posee con un título manifiestamente nulo. Esos son los poseedores precarios. Cuando comunicas el desistimiento, ya no hay título, es precaria.

Ahora, en la falta de pago. ¿Qué sucede en la falta de pago? El arrendador, también, lo primero que va a hacer es enviar una carta notarial resolviendo el contrato de arrendamiento, sea en base a la cláusula resolutoria expresa que han podido tener prevista en el contrato de arrendamiento, o en base al 1429 del Código Civil, que regula la resolución por intimación: «Te doy quince días para que me pagues lo que me debes, bajo apercibimiento de que el contrato quedará resuelto si es que no pagas dentro del plazo concedido».

Y, entonces, la resolución se da, resolución extrajudicial, y si se produce la resolución extrajudicial, nuevamente, estamos ante un título fenecido, que es uno de los supuestos de posesión precaria.

Entonces, como ven, a la larga, todos terminan siendo poseedores precarios. No tiene caso esta tripartición. Lo que deberíamos hacer es entender que... y, claro, para eso necesitaríamos una reforma legislativa, para entender que todos son desalojos por ocupación precaria.

Y, luego, la segunda alternativa de solución es que va de la mano con lo que acabo de mencionar, es que todos estos procesos de desalojo por ocupación precaria sean de conocimiento del juez de paz letrado; los procesos de desalojo sean de conocimiento del juez de paz letrado.

Actualmente, tenemos el artículo 547 del Código Procesal Civil que establece que, en los procesos de desalojo, si la renta no excede las 50 URP, son de conocimiento del juez de paz letrado.

En los desalojos, en donde no existe cuantía o la renta supera las 50 URP, ahí sí es de conocimiento del juez especializado. Yo creo que debería eliminarse esa distinción de si existe o no existe cuantía, y que todos los desalojos sean de conocimiento del juez de paz letrado.

¿Y por qué? Porque en los desalojos no se termina asignando propiedad a ninguno de los sujetos. En los desalojos no se discute la propiedad como sí en otros procesos que sí corresponden, pues,

que sean de conocimiento y que inicien ante el juzgado especializado y que lleguen a la Corte Suprema por la complejidad que revisten esos procesos.

¿Cuáles son esos procesos? La reivindicación, la prescripción adquisitiva de dominio, el mejor derecho de propiedad, la tercería de propiedad; ahí sí defines propiedad, pero en el desalojo, no. Lo que se decide en el desalojo puede ser revertido en otro proceso; en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, en un proceso de nulidad, en un proceso de impugnación de resolución extrajudicial, y a través de esos procesos, puedes revertir lo que se haya decidido en el desalojo.

Entonces, yo creo que los desalojos deberían de ser de conocimiento del juez de paz letrado; y, de hecho, tal y como está en este momento la norma, podría entenderse que los desalojos por ocupación precaria, en donde la renta no supere las 50 URP, son de conocimiento del juez de paz letrado, y debemos, pues, interpretar la norma, en función a la renta histórica que se haya pactado en el contrato porque, muchas veces se dice: «No, si ya ha habido una resolución extrajudicial, por ejemplo, una resolución extrajudicial, entonces, ya no hay renta».

Y, entonces, no hay cuantía y el conocimiento es del juez especializado en lo civil. Yo creo que no, que debería tomarse en cuenta la renta histórica, la renta que se fijó originalmente en el contrato, y sobre la base de ello, entender que la mayoría de procesos, prácticamente, la totalidad de desalojos por ocupación precaria, van a iniciar en el juez de paz letrado, porque el tope de la renta son 50 URP. De 50 URP para arriba, juez especializado; 50 URP para abajo, juez de paz letrado. ¿Y a cuánto equivalen 50 URP? A más de veinte mil soles.

Me pregunto: ¿quién celebra un contrato de arrendamiento para pagar una renta superior a los veinte mil soles? ¿Los ciudadanos de a pie? ¿Los que alquilan algún departamento, alguna vivienda? ¿Quién puede? ¿Quién va a pagar veinte mil soles de renta mensual? Eso no se va a dar. Se dará, pues, en los grandes centros comerciales, seguramente, ahí seguro se puede pagar más de veinte mil soles mensuales como renta, pero en la mayoría de casos, no se va a dar. Entonces, todos estos casos serían de conocimiento del juez de paz letrado.

Infortunadamente, este tema se discutió en el Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrado del año 2019 y se arribó a la conclusión tradicional, por mayoría se arribó a la conclusión tradicional de que en los desalojos por ocupación precaria no hay cuantía porque ya el título feneció, no hay cuantía. Entonces, siempre van a ser de conocimiento del juez especializado.

Otra alternativa y voy apurándome un poco porque me gana el tiempo, creo que debería permitirse acumular el pago de renta a todos los procesos de desalojo en donde el título haya fenecido por ese incumplimiento en el pago de la renta.

Resulta incoherente que, por ejemplo, se señale que el desalojo por falta de pago, en donde sí puedes acumular la renta, es de conocimiento del juez de paz letrado. En los desalojos por ocupación precaria, no puedes acumular el pago de renta. Es incoherente, ¿no? ¿Por qué? ¿Por qué en el desalojo por falta de pago, que es de conocimiento del juez de paz letrado, sí permites acumular renta? ¿No se supone que el acumular renta, el pago de renta, el acumular una pretensión haría más complejo el proceso? ¿Y por qué el juez de paz letrado sí puede conocer reclamos relativos al pago de renta y el juez especializado en lo civil, no, él no puede? Entonces, es incoherente. Debería permitirse que en todos los desalojos se pueda acumular el pago de renta. Repito, desalojos que hayan, en donde el título haya fenecido, justamente, a consecuencia del incumplimiento de esa contraprestación.

Otra alternativa es que, en los procesos de desalojo, las apelaciones deben ser concedidas sin efecto suspensivo. Esto necesita reforma, obviamente. Actualmente, si se apela a un desalojo en cualquiera de las tres vías tradicionales que he comentado, si se concede la apelación, la apelación tiene que ser con efecto suspensivo. Debería reformarse para que sea sin efecto suspensivo.

De esa manera, los arrendatarios morosos no van a tener interés en apelar una sentencia desfavorable. Actualmente lo hace porque apelando, ganan de seis meses a un año más en posesión del bien. Entonces, les resulta beneficioso a estos sujetos plantear apelaciones. Van a pagar un monto, un arancel judicial menor para quedarse seis meses o un año más en posesión del bien. En cambio, si les dices que, por más que apelen, igual van a ser lanzados porque la apelación va a ser concedida sin efectos suspensivos, pues, no van a tener incentivos para apelar, pues, no lo harán y los procesos acabarán más rápido.

Además, esta iniciativa ya se ha adoptado, por ejemplo, en el proceso único de función de desalojo y en el procedimiento con intervención notarial. Ahí las sentencias o los autos finales, mejor dicho, son apelados sin efecto suspensivo. Otra alternativa que me pareció interesante es establecer la conciliación. La conciliación extrajudicial debe ser facultativa en todos los procesos de desalojo. El titular del derecho a la restitución que tenga interés en iniciar la conciliación extrajudicial, lo puede hacer, pero que no sea obligatoria.

Actualmente, es obligatoria porque la restitución de un bien es un tema perfectamente conciliable. No se puede compartir, por ejemplo, la conclusión plenaria a la que se arribó en el pleno jurisdiccional nacional civil llevado a cabo en Chiclayo el año 2017, en donde se dijo que los desalojos por cláusula de allanamiento futuro, los desalojos *express*, no es obligatoria la conciliación extrajudicial. Los jueces se olvidan de que ellos no son conciliadores. La Ley de Conciliación en ningún momento se ha modificado para decir que los desalojos y por cláusula de allanamiento a futuro, no son conciliables o la conciliación es facultativa. No. Los jueces no pueden crear normas a través de sus plenos jurisdiccionales, y menos mal que no son vinculantes esos plenos. Los plenos casatorios, sí; los jurisdiccionales, no.

Pero, repito, debería darse una reforma legislativa para decir que la conciliación extrajudicial en los desalojos, en todos los desalojos es facultativa.

Y, finalmente, la otra alternativa; sexta, séptima ya, alternativa de solución que podríamos plantear, es que las actas de conciliación puedan ejecutarse contra terceros de mala fe.

Se está viendo, cada vez con más frecuencia, que, por ejemplo, A y B, arrendador y arrendatario, que el plazo concluye del contrato de arrendamientos, se produce la invitación a conciliar, el arrendatario dice: «OK, te devuelvo el bien en un mes. Dame un mes para entregarte el bien». Se firma el acta de conciliación, pasa el mes, no se devuelve el bien y el arrendador inicia su proceso de ejecución de acta de conciliación. Gana el proceso al cabo de uno o dos años, y cuando se va a producir el lanzamiento, se encuentra a un tercero en posesión de ese bien. Ya no se encuentra al arrendatario, se encuentra, por ejemplo, a un familiar, un amigo del arrendatario en posesión del bien. Y lo que hacen algunos juzgados es decir que «Bueno, el acta de conciliación no está firmada por ese tercero y el acta de conciliación no se puede ejecutar contra un tercero que no firmó dicha acta».

Pero qué pasa si ese tercero es de mala fe. Si ese tercero actuó en contubernios con el arrendatario. Se han coludido para, justamente, frustrar el lanzamiento. Yo creo que en esos casos sí debe proceder el lanzamiento contra esos terceros. Afortunadamente, esa es la conclusión a la que se arribó en el último Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrados del año 2020.

Bien, señores. Esas son algunas ideas que quería compartir con ustedes. Muchas gracias.

**Diego Pesantes Escobar:** Comienzo por agradecer a los expositores que han estado aquí antes, al doctor Ronquillo y al doctor Mejorada por sus temas de exposición, por contribuir a la discusión sobre esos temas, y también, obviamente, al doctor Marcos Silva Santisteban por haberme invitado y por haber confiado en mí, pese a mi juventud, todavía.

Muchos de los que están aquí, pues, ya llevan algún tiempito escribiendo y aportando a la doctrina nacional.

Bien, este es el título de mi exposición que, en realidad, se refiere a un trabajo recientemente publicado: «¿Una usucapión venida a menos?: críticas a la tesis que le otorga eficacia interruptiva a la remisión de cartas notariales».

Si bien es cierto, voy a usar algunas de las ideas que están plasmadas en ese artículo. Créame que he vuelto a refrescar los conocimientos sobre esto para esta exposición, así que muy posiblemente para aquellas personas que lo hayan leído van a haber algunos argumentos adicionales a favor de la tesis que yo sostengo.

Primero que nada, algo bien básico. El artículo 950 del Código Civil establece requisitos para poder consumir la adquisición de la propiedad, mediante la prescripción adquisitiva de dominio. Te dice: «debes tener el *animus domini*, debes tener posesión pacífica, debes poseer, todo eso que es la base interrumpidamente... Todos estos requisitos, incluso el de la posesión, que es la base, deben desplegarse, configurarse ininterrumpidamente.

Ahora, también se exige la publicidad y, del otro lado, como quiera que, incluso sus propios requisitos lo dan a entender, por ejemplo el de la publicidad, que, incluso, el del *animus domini*, especialmente el de la continuidad, con este requisito de continuidad, tiene al frente el poseedor usucapiente, aquella persona que, mediante la posesión, con esos requisitos, durante, por ejemplo, diez años, pretende adquirir un inmueble, del otro lado tiene al propietario, quien no poseyendo; y, de repente, tomando la noticia de que alguien más se encuentra en posesión de su inmueble, de repente, un invasor, nace la pregunta de ¿qué es lo que puede hacer para impedir tal consumación de la usucapión? Para impedir que su propiedad pueda ser adquirida. Entonces, ahí tenemos la figura de la interrupción.

Nuestro Código Civil regula en el 953 lo que es la interrupción natural, que no es, precisamente, la que va a entablar el propietario, no, sino que este 953 nos habla de una pérdida natural de la posesión. Es decir, si el poseedor usucapiente pierde la posesión, no se va a interrumpir este plazo de prescripción que estaba avanzando, si es que la recupera dentro de un año. Si es que la recupera dentro de un año no se habrá interrumpido el plazo de prescripción.

Ahora, respecto de la interrupción civil, se habla acerca de los procesos judiciales que pueda entablar el propietario. Por ejemplo, una demanda de reivindicación o una de desalojo, que puede entablar el propietario para evitar la consumación de la usucapión. Es decir, quiero recuperar la posesión de mi bien: interpongo una demanda de reivindicación, de desalojo. Eso es lo que se conoce como la «interrupción civil», pero hay otra institución que se llama la «suspensión».

Entonces, para diferenciar «interrupción» y «suspensión» vamos a decir lo siguiente. La interrupción, mediante la interrupción, cuando se configura la interrupción de la usucapión, todo el plazo anterior ya no se va a contar más. Se ha perdido todo el plazo anterior. En cambio, mediante la figura de la suspensión, lo que ocurre es un asunto totalmente distinto. El Código Civil establece algunas circunstancias por las cuales este plazo no va a correr. Por ejemplo, cuando no se puede acudir hasta los tribunales para reclamar el ejercicio del derecho. O sea, se da a entender que el plazo se va a suspender, no va a avanzar. No como la interrupción con la cual se pierde todo el plazo anterior, no, sino que en la suspensión este plazo va a entrar como en una especie de pausa, que, luego, si es que esa circunstancia que ha hecho que se pause, se va o ya no está presente, el plazo se va a reanudar, ¿correcto?

Entonces, esa es la diferencia entre «interrupción» y «suspensión». Sin embargo, ¿qué sucede? Que, de repente, a veces, damos algunas cosas por hecho; y, entonces, para eso es bonito este evento y es diferente la forma en la que yo he tenido acceso a este tema, pero me pongo a pensar la forma en la que puede tener acceso a este tema alguien en el año 2021. Entonces, estamos 2021, entonces, vas a una librería y compras el libro más reciente de derechos reales, que es el del profesor Mario Castillo Freyre, y el profesor Mario Castillo Freyre señala que la usucapión puede ser afectada judicial y extrajudicialmente, por aplicación del inciso 2, que habla de la constitución en mora al deudor. Entonces,

él cree que, mediante actos no solamente judiciales, sino también extrajudiciales, se puede afectar la usucapión, y, precisamente, señala una especie de doble afectación: una afectación a la posesión pacífica como requisito de la usucapión y, a la vez, no solamente afectación de la posesión pacífica, sino también, interrupción. Aquí está, el inciso 2 que les mencionaba. De hecho, ese es el que se pone en debate porque el 3 es claro, citación con la demanda, obviamente, que se interrumpe, dicen todos.

En el pleno de Ventanilla se preguntaban si es que los requerimientos judiciales o extrajudiciales interrumpen. Dijeron que no afecta la posesión pacífica porque la posesión es un hecho y nada más pacífico que una demanda. Y, solamente, interrumpiría. No afecta la posesión pacífica, solamente interrumpe. Parece que se vienen persuadidos por la tesis del profesor Fort Ninamancco y hay una sentencia inferior que ahí ustedes pueden ver, que es la de Cusco y la otra de Lima, en la cual también dicen: «Los requerimientos extrajudiciales interrumpen, no afectan la posesión. No afectan la posesión pacífica, solamente interrumpen el plazo de prescripción adquisitiva». Y, la verdad es que persuadidos también por este inciso 2 del 1996 que opera perfectamente en el caso del acreedor y un deudor. El acreedor que le dice al deudor «págame», mediante una carta notarial, por ejemplo.

Miren, para avanzar, similar pregunta se hicieron en Ventanilla, y ahí nada más cuatro meses después los magistrados se hicieron la misma pregunta.

No contentos, hace cuatro meses, cuatro meses posteriores a la anterior, se hicieron la misma pregunta, y se vieron persuadidos nuevamente por el *amicus*, que fue el profesor Fort Ninamancco que fundamentó *amicus* en el posterior pleno.

El profesor Fort Ninamancco ya ha sustentado su tesis en diferentes ocasiones, ahí las pueden ver, incluso, creo que fue profesor también de un curso de examen tipo PROFA, y este fue el cuestionario, y dijo, ante la posibilidad de qué sucede con los requerimientos extrajudiciales, en ninguna de las alternativas está la posibilidad de que, realmente, los requerimientos extrajudiciales no interrumpen. En ninguna. Para todos aquellos que creemos que las cartas notariales no interrumpen la usucapión, no podemos marcar correctamente ninguna alternativa.

Ahora, seguimos con el desarrollo de la tesis de quién persuadió, digamos, a los magistrados del pleno.

Fort Ninamancco acudió a un argumento de derecho comparado. Dijo: «En Argentina, Brasil y Alemania tienen un artículo, un dispositivo legal que dice: “[...] lo mismo que sucede en la extintiva se va a aplicar para la adquisitiva”». Un argumento también económico: sí se puede interrumpir, digamos, una deuda de un millón porque un bien que vale... extrajudicialmente se puede interrumpir una deuda de un millón porque un bien que vale un millón no se puede interrumpir judicialmente».

Yo he acudido también a un argumento del VII Pleno entre la relación que se ha establecido entre crédito y propiedad.

Sin embargo, el profesor Fort Ninamancco y el profesor Castillo Freyre no son los únicos que sostienen tal tesis.

Ahora, hay que tener cuidado, sobre todo, con el primer argumento, ya el derecho comparado. Ya vamos a ver por qué. Ahí pueden ver una lista de profesores y autores que también sostienen que las cartas notariales interrumpen.

Sin embargo, ¡oh, sorpresa!, yo hice este cuadrado tras investigar; compré algunos libritos por ahí, de otros países, y miren cómo está el panorama de que los requerimientos extrajudiciales no interrumpen. Miren toda la jurisprudencia de Italia, la jurisprudencia de Brasil, la jurisprudencia española. Miren la cantidad de doctrina de Argentina, de Italia, Perú y España. ¡Carambas! ¿No será que estábamos dando por hecho las cosas tan apresuradamente? Y, por el contrario, el panorama de que sí interrumpe es ese.

Entonces, parece que las cosas se habrían tomado por verdad tan rápido. Ahora, nuestras razones para descartar la tesis de la interrupción con carta notarial de la usucapión. Hay un falso argumento del derecho comparado. El profesor Fort Ninamanco decía: «¿Vamos a dar la espalda a los códigos civiles más modernos del mundo?». No, no es que le vamos a dar la espalda; más bien, creyendo en su tesis, como lo hicieron los magistrados, se le daba la espalda al mundo. ¿Por qué? Porque miren la doctrina y jurisprudencia de esos países. Y es que ¿qué sucede? Que esos países: Argentina, Brasil y Alemania, sí tienen una norma; Italia, incluso, se mencionó a Italia; muy importante Italia, ¿ah? En esos países sí tienen un artículo que dice: «Lo que pasa en la extintiva puede ser trasladable en cuanto aplicable, puede ser, incluso [la palabra «puede ser»] adquisitiva». Eso ya debió haber prendido las alarmas, pero parece que no le causó total curiosidad, en ese momento al profesor se le pasó, como le podría pasar a muchos de nosotros, pero es importante enfocar el foco de la linterna a este hecho, porque, al parecer, se estaba entendiendo equivocadamente.

Pero qué sucede si vamos a Argentina, tenemos que el panorama es así, que va con el punto 2: «Los ordenamientos que le otorgan algún efecto, solamente al requerimiento extrajudicial». «Diego, ¿hay algún ordenamiento que le otorga algún efecto, aunque sea, al requerimiento extrajudicial? Sí, Argentina».

Yo no entiendo por qué en ambos Plenos se menciona Argentina. Sí es cierto, sí, que tiene un 2532 del Código Civil y Comercial de Argentina, que habla de que, bueno, se puede trasladar la regla de prescripción adquisitiva, pero no se menciona el 2541, y el 2541 no dice que los requerimientos extrajudiciales interrumpen. Dicen que suspende el plazo por una sola vez y durante seis meses.

Entonces, con esto de acá evitamos mandar carta notarial, carta notarial, carta notarial, una, una y otra vez, que es poco serio, en realidad. Vas a suspender una sola vez y durante seis meses, ¿por qué? Porque vas a tener esos seis meses para interponer tu acción judicial. Es decir, sí o sí, amiguito, amiguita, vas a tener que recurrir al reclamo judicial. Eso es lo que les está diciendo en buena cuenta. Entonces, ya no entiendo por qué se mencionaba, y tampoco entiendo por qué se mencionaba Italia y puedo seguir.

Pero en Italia sí tienen un artículo que dice que va a ser en cuanto aplicable de la ley extintiva y adquisitiva. Pero vamos a su doctrina, por ejemplo, Messineo; Messineo que acá está citado, señala: «Esta cuestión de la puesta en mora no se aplica para la adquisitiva», dijo. Y ahora alguien puede decir: «De repente la puesta en mora como que la están entendiendo muy literalmente». Ya, pero si nos vamos, por ejemplo, Moisés Arata dice: «Ya, está bien». «Sí es cierto que, por el término “puesto en mora” ya no sería suficiente para descartarla por una cuestión terminológica. Pero vamos a su función». Y dice: «tampoco». Lo ve poco serio y va a tener que ver un poco con la razón que estamos viendo acá.

Ni continuar con Brasil y Alemania, porque, si hablamos de doctrina, jurisprudencia y normativa, en ningún lado dice que interrumpe. Parece que nos hemos quedado en ese artículo que dice que se puede extender la extintiva, la adquisitiva, en cuanto aplicable, pero no se ha avanzado. No se ha revisado doctrina, jurisprudencia, ni los demás artículos de ese cuerpo normativo que se cita.

Entonces, tercera razón por la cual estoy en desacuerdo: interés en adecuar la realidad jurídica a la realidad fáctica.

Resulta que, en España, la acción reivindicatoria prescribe. Entonces, un poco lo que han hecho ellos, en nuestro país no prescribe, un poco lo que han hecho ellos es hacer coincidir el inicio del plazo prescriptivo de la acción reivindicatoria con el inicio de la posesión *ad usucapionem*. ¿Por qué? Quieren que coincidan ambos plazos. ¿El mensaje cuál es? O tú propietario me juntas posesión y propiedad, recuperando tu posesión; o tú poseedor me juntas posesión y propiedad, adquiriendo la propiedad, pero uno de ustedes dos me las va a juntar, no me van a dejar esto separado. Y, si bien es cierto, acá la acción reivindicatoria no es que prescriba, pero se puede... ese mensaje no deja de ser cierto en este tema. Hay que adecuar la realidad jurídica a la realidad fáctica, y aquella persona que solo envía cartas,

se convierte en un contribuyente de la disociación entre el derecho que dice que tiene y su contenido, que sería la posesión.

El requerimiento judicial debe culminar necesariamente con la recuperación de la posesión. Sí, a pesar de que hay una sentencia, que la estoy mostrando ahora, que dice que por más de que la demanda culmina en improcedente, infundada, igual habrá interrumpido, porque no podemos echarle la culpa del mal abogado que haya tenido esa parte, y hay que tener que igual haber interrumpido.

Lo cierto es que, por ejemplo, en España se entiende que tiene que culminar exitosamente ese proceso judicial, si no, no ha interrumpido, ¿ah? Y, aunque acá no tenemos un artículo igual, yo creo que sí, porque yo creo que igual habría que entender que el proceso debe culminar con éxito. ¿Por qué? Porque sino habría una incoherencia también. Habría una doble exigencia para el requerimiento judicial. Es decir, interponerlo y, mediante el cual, luego se notifica la demanda, y el posterior éxito, una sentencia fundada que, posteriormente, se ordene la devolución del bien. Es decir, momento uno y momento dos. Doble exigencia para el requerimiento judicial como debe ser y como debe ser entendido. Y, solamente, el requerimiento extrajudicial tendría solamente un requisito nada más: interponerlo. Y ya está.

Habría una anomalía de coexistencia del requerimiento judicial y extrajudicial. Uno, que tendría que saltar dos vallas, como si fuese un corredor que tiene que saltar dos vallas; y el otro, el camino del requerimiento extrajudicial, que tiene que saltar uno nada más. Habría una coexistencia anómala. Como les digo, en España lo tienen clarito ese tema en su Código Civil y dicen que no, que debe culminar con éxito, sino, lo siento, fuiste. Así es la vida.

A diferencia de un deudor que puede prescribir su deuda quedándose de brazos cruzados, el poseedor que desea prescribir debe emprender una actividad plasmada en el artículo 950 del Código Civil peruano.

De nuevo, hay que entender la diferencia entre «extintiva» y «adquisitiva». En la extintiva, el deudor prescribe de los brazos cruzados, no tiene que hacer una actividad. En cambio, el poseedor usucapión se pone una mochila con un montón de requisitos y tiene que subir la montaña. Es una actividad y el propietario debe dirigirse contra esa actividad. Hay diferencia aquí. Se quiere pasar por alto esto, o no es que se quiera, de repente, no se ve.

Ahora, seis, imaginemos una carta notarial que es dirigida a uno solo de sus coposeedores, ¿afecta a los demás coposeedores? Le diriges una carta a uno no más, de uno de los coposeedores, ¿afecta a los demás? ¿Lo interrumpiste a los demás?

Hay algunos que dicen que interrumpen las cartas notariales porque el propietario sale de la inercia o muestra interés. Ya. Dirigiéndose a un solo coposeedor ha mostrado interés en el bien, salió de su inercia, salió del sueño, pero no. Parece que no fuera el fundamento porque no vas a aceptar a los demás coposeedores, te lo va a decir un montón de jurisprudencia, no solamente, principalmente, extranjera. Entonces, parece que por ahí no va, parece que no es. No es el salir de este sueño así nada más, sino que es salir de este sueño y lograr algo en el otro lado. Son dos cosas.

Imaginemos que el propietario le comunica al poseedor que pronto estará vendiendo el bien. ¿Acaso no hay acá una muestra de interés en el bien? «Sal de mi bien porque voy a venderlo». Mostró interés en el bien. ¿Te interrumpí? Yo creo que no, realmente.

En mi artículo tengo esta pregunta un poco más formalita y más técnica, por si a alguien le suena un poco de ruido a esto, lo puede leer.

Imaginemos que solo uno de los coposeedores realiza el reconocimiento del derecho del propietario, ¿ese reconocimiento afecta a los demás?

Como ustedes saben, otra de las causales de interrupción, es que el propio poseedor reconozca el derecho en el propietario. Le manda algunas comunicaciones al propietario diciéndole: «Ya no quiero prescribir, mejor concertémonos un precio de venta del bien. Nos reunimos hoy, de acá a un mes, de acá a dos meses. Me gusta este precio, mejor bájale».

O sea, ahí se tutela el tema de la confianza, según la teoría del reconocimiento. O sea, lo has puesto en una situación de confianza. El propietario: «¡Ah, parece que ya no quiere prescribir contra mí!». Entonces, se interrumpe para tutelar la confianza en la que has hecho caer al propietario. Esa interrupción por reconocimiento.

Aquí, ya no debemos valorar la inactividad del propietario respecto de los coposeedores. Ojo, solamente uno de los coposeedores ha reconocido tu derecho y se ha autointerrumpido, por así decirlo.

Entonces, ese es el panorama respecto a este punto. El poseedor continuará desarrollando toda la actividad requerida en el 950. No se va a parar esa actividad por un requerimiento extrajudicial.

Otras posturas se desprenden de una reflexión sistemática. El propietario no tiene por qué creer o confiar que ya interrumpió con una carta notarial y le dice: «salga de mi predio en diez días», le comunica esto, le dice extrajudicialmente que salga, y no sale. Pasan diez, doce días, un mes, dos meses y no sale. ¿Acaso tiene que confiar en que ya interrumpió? Yo creo que no.

Cómo hay una pregunta un poco picante: ¿Será que el propietario, por fin, descubre que existen los reclamos judiciales?

Por último, y con esto ya termino. Se ha dicho recientemente que, mediante la remisión de una carta notarial al poseedor, se lograría algo que luego, y yo lo he bautizado como «interrupción virtual», porque así lo llama. El autor menciona que se interrumpiría, habría una especie de interrupción virtual porque le mandas una carta notarial, y si el poseedor desocupa el bien, la carta ha tenido la virtualidad de interrumpir.

Y, entonces, ¿qué hacemos sobre el artículo 922 del Código Civil, sobre el abandono de la posesión? Creo, más bien, que, en ese caso, se ha extinguido la posesión por abandono.

Eso es todo. Muchas gracias.

**MESA 5**  
**LA BUENA FE REGISTRAL**

*Fort Ninamancco Córdova*<sup>1</sup>  
*Emilio Balarezo Reyes*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la misma casa de estudios, en la UPC y en la Universidad Tecnológica del Perú.

<sup>2</sup> Abogado. Magíster, con estudios completos de doctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Cuenta con curso de especialización en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Miembro ordinario del Instituto Peruano de Derecho Civil y docente en la Facultad de Derecho de la USMP.



**Fort Ninamancco Córdoba:** Buenas tardes. Doctoras, doctores, gracias por su participación, por su conexión.

Bien, voy a ser breve para respetar el tema de los tiempos. Solamente me permitiré precisar nada más que, por ahí, algunas citas que hizo mi buen amigo, Diego. Ya habrá ocasión de poder debatir con más detalle ese temita tan interesante de la interrupción de la prescripción.

A mí me toca aquí hablar de otro asunto, que es el tema de la buena fe. Yo creo aquí, doctoras, doctores, que hay algunos problemas que tienen que analizarse, que están pendientes de evaluación. Quizá el principal de ellos sean las repercusiones que va a tener en el tráfico inmobiliario, por un lado, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el tercero de buena fe; y, por otro lado, las repercusiones que va a tener el VIII Pleno Casatorio Civil, en el tráfico de los bienes inmuebles.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional previa a la sentencia del VIII Pleno nos trae un poco la idea, la novedad de que el que adquiere, en base al registro, no tiene protección suficiente, sino que tiene que analizar la situación posesoria del bien.

¿Qué significa esto y hasta qué punto? En principio, yo tendría que cerciorarme... lo principal es que, si yo voy a adquirir del sujeto «A», que está inscrito en Registros Públicos, algún derecho inscribible, yo tendría que verificar, yo tendría que cotejar que este sujeto «A» tiene control sobre el bien, tiene posesión. De este modo, si yo adquiero de un sujeto que aparece con una titularidad inscrita; sin embargo, no tiene control del bien, ahí puedo tener un pequeño problema.

Pero aquí es necesario hacer otra precisión. No se trata, doctoras, doctores, que la persona que no tiene posesión del bien no pueda disponer del mismo. O sea, cuidado con eso. O sea, no puede ser posible que, por ejemplo, se cometa el error y es necesario esclarecerlo, que, si yo adquiero un derecho de una persona con titularidad inscrita, luego se pretenda señalar: «Oiga, cuidado de que quien le está vendiendo no tiene posesión del bien. Hay un tercero que está poseyendo, así que no le compre usted a ese titular registrat».

Yo me pregunto, si esta persona que está poseyendo, no tiene derecho a poseer, los titulares registrales, por el hecho de que, por alguna circunstancia de la vida, no tengan posesión de su bien, por ese solo hecho ya ¿no se les puede comprar a ellos? O sea, cuidado, ¿no?

O sea, si yo, por ejemplo, le compro un predio al doctor Marcos Silva, que aparece como titular del mismo en el registro, pero resulta que no, él no lo está poseyendo, lo posee un extraño, un tercero. Aquí surge ese problema: yo le compro al doctor Silva y, luego, quiero plantear un desalojo, de repente, contra ese tercero.

Será correcto, será adecuado que ese tercero pueda decir: «Oiga, usted le compró a alguien sabiendo que yo estaba acá, así compró de mala fe. Usted ha comprado, a sabiendas de que su transferente no poseía. Así que usted es un adquirente de mala fe. Su demanda no puede ser aceptada».

Evidentemente, un razonamiento como ese no tiene el menor sentido. El solo hecho de meterse al bien no me habilita poseer. ¿Cuándo aplica, entonces, este criterio del Tribunal Constitucional? Cuando el sujeto que está dentro del bien, cuando el sujeto que ha entrado a poseer, resulta que tiene un derecho oponible. O sea, es como que el doctor Silva me dice: «Fort, te vendo el predio a un buen precio, y te lo vendo a un buen precio, ¿sabes por qué? Porque hay un problemita posesorio. Hay un problemita posesorio, pero que tú lo puedes resolver con mucha facilidad, sin mucho problema, fácilmente, así que vamos, te lo vendo».

Y yo le digo: —«Esta persona que está poseyendo, no tiene derecho a nada, ¿no, Marco?». —«No, no. No tiene derecho a nada, por favor. En un descuido se metió, y, bueno...». —«¡Ah! OK». Y cerramos la compraventa.

Luego, yo voy a demandar por desalojo a este supuesto precario, y este sujeto aparece con una contestación de demanda diciendo que le compró a un apoderado del doctor Silva, de Marco.

Entonces, pues, para mí va a ser una sorpresa ingrata, una mala sorpresa que este sujeto venga con una titularidad. Yo podré decir: «No, es que yo adquirí del Registro Público. Sí, pero yo no fui a visitar la posesión».

Tuve manera, de repente, de saber que el sujeto que está dentro contaba con un título, pero el problema viene acá, doctoras, doctores.

Si al visitar el bien, hay problemas. Yo voy a visitar el bien, y aparece, no sé, la enamorada del poseedor, el amigo, el hermano menor, «X» persona y dice: —«No, acá hay otro dueño que por acá. Oiga, sí, pero yo lo quiero comprar. Y, bueno, el señor Silva, titular registral, me ha dicho que ustedes son unos invasores». —«No, no tiene la razón». —«Bueno, por favor, ¿puede darme el título? ¿Puede mostrarme el título por el que supuestamente están acá, para ver si le compro el bien al doctor Silva o no?». —«No, no, no. Nosotros no tenemos por qué mostrarle nada», y me tiran la puerta en la cara.

—«¿Ves, Fort? No tienen nada. Son unos pícaros que se han metido en un descuido». —«Bueno, será, ¿no?». Y le compro al doctor Silva. Hago la demanda y el poseedor aparece con lo que les mencioné hace un rato, con un contrato celebrado con un antiguo representante del doctor Silva.

Pero yo visité el bien, pero, por alguna situación circunstancial no pude. ¿Cómo vamos, en un proceso judicial, debatir? Porque yo visité el bien, pero por alguna circunstancia no tomé conocimiento del título. Y ese es el problema, ¿no? Daría la impresión que la sentencia del Tribunal Constitucional parte de la premisa de que por el solo hecho de ir a visitar, no va a haber problema alguno, no va a haber ningún inconveniente. Un poco extraño, ¿no?

Y, en fin, hay otras contradicciones porque el TC dice que tiene que haber diligencia. Está el tema de la alerta registral, ¿no es cierto? El titular, para evitar que haya algún tema de indebida disposición de sus bienes, debe estar atento de la situación registral del mismo; pero no sé.

O sea, al titular registral le dice que tenga cuidado con los actos de disposición, pero al adquirente del Tribunal Constitucional le dice que no se fíe del registro. O sea, total, ahí hay una inconsistencia. Una inconsistencia, ya para ir terminando, doctoras, doctores, que se vuelve un poco más problemática en el marco del VIII Pleno Casatorio.

¿Qué ocurre si yo le compro al doctor Marco el inmueble, y tiempo después aparece su esposa, aparece, de repente, su conviviente, cuestionando esa adquisición? Y yo diré: —«Oiga, disculpe, ¿no?, pero yo he hecho todo lo posible por indagar la situación del doctor Marco, y yo, pues. Su DNI dice “soltero”, la adquisición dice “soltero”, yo no tenía ni idea de que usted era su señora ¿no? Yo actué de buena fe». Pero ella dirá: —«Con razón. Sí, pero ¿sabe qué? La nulidad no se subsana con la inscripción. Su acto es nulo, señor Fort. Y el hecho de que usted lo haya inscrito, no purga el defecto de nulidad. Yo no soy, ciertamente, un tercero. Yo tendría que haberlo vendido, por ejemplo, a mi buen amigo Emilio Balarezo, que en un momento lo van a escuchar». Si yo lo hubiera adquirido al doctor Silva y, luego, yo le vendía al doctor Balarezo, la esposa del doctor Silva, la conviviente del doctor Silva no podría cuestionar nada. O sea, no podría cuestionarle nada al doctor Balarezo porque es un tercero de buena fe. Y vale mencionar que, a los terceros, el Pleno Casatorio sí los protege. A los terceros, o sea el que le adquiere al esposo, el que le adquiere a la esposa, a su vez, transfiere a un tercero; a este último se le protege. Pero yo que adquirí confiado en toda la apariencia del registro, no tengo ninguna protección, dice que hay nulidad.

Entonces, uno podría preguntarse ¿por qué se impone la nulidad? Dice que para proteger el interés de la familia. En este caso, la familia del doctor Marco. Pero yo me sigo preguntando, pero si yo estoy adquiriendo el bien para mi familia, ¿qué, mi familia no cuenta? Porque si se sanciona con nulidad esa vivienda, en la cual mi familia con el tiempo, en meses o algún par de años, cogió arraigo, ese desarrollo familiar se frustra. ¿Porque la familia del transferente vale más que la familia del adquirente?

Si estamos en supuestos en donde la nulidad se justifica para proteger a la familia, cabría preguntarse seriamente, doctores, doctoras, lo siguiente: ¿será posible que esa regla de nulidad del VIII Pleno solamente aplique, solo sea pertinente, solo sea oportuna si es que doctoras, doctores, ¿si es que del otro lado no hay una familia? Porque para que se diga que es por la familia de Marco, entonces, el adquirente, yo Fort no tengo un interés familiar.

Pero si yo también tengo un interés familiar, creo que deberíamos tomarnos en serio la posibilidad de que la nulidad no aplique, porque ya, entre familias, todas son iguales, entraría a tallar, de repente, otro tipo de consideración o la razón de ser de la nulidad no va, entonces, sería la por negación, por exclusión, la ineficacia. Y la ineficacia, recordemos, si se purga con la inscripción registral.

Creo, doctores, doctoras, que hay que analizar críticamente, y tomarnos en serio algunas tesis, como la de la doctora Rosario Guerra, expresidenta del Tribunal Registral, entre otros, pero de lo más reciente podría citarla a ella, que, de repente, los bienes que ya están inscritos en Registros, hacer obligatoria la inscripción, por un lado; y, por otro lado, darle más fuerza o más tutela al que adquiere confiado en la apariencia del registro. Como ocurre, por ejemplo, con la simulación, 194 del Código Civil. Yo le adquiero a un titular aparente, y estoy protegido y no soy tercero de buena fe, porque yo, el verdadero titular va a decir: —«Oye, esa persona no tenía nada. Era un mero titular aparente. Te ha vendido sin tener nada». —«Sí, pero el 194 me protege».

Un criterio como el 194, de repente, debería extenderse más. Lo someto a la consideración, doctoras, doctores, de los que me están escuchando ahora o después.

Bueno, yo le agradezco mucho al doctor Marco Silva Santisteban Valdivia por esta oportunidad, que recordaba yo en la tarde, seguramente, Marco recordará también, hace ya siete años atrás o hasta más atrás todavía, cuando hacíamos, justamente, en Idepriv varios temas académicos, varios seminarios, y qué bueno que estas actividades que buscan la difusión, compartir ideas, ya hace ya tantos años, se mantenga, que esa llama por compartir conocimientos libremente se mantenga de lleno, y con eso, pues, la labor de Idepriv se siga manteniendo en el tiempo.

Muy bien, doctoras, doctores, les agradezco mucho y a toda la organización. Muy buenas noches.

**Emilio Balarezo Reyes:** Buenas noches. Es un placer saludarlos, y, en primer lugar, quiero agradecer la invitación a Idepriv y en la persona del doctor Marco Silva Santisteban por darme la oportunidad de reflexionar sobre este tema tan interesante, polémico que es el tema de la buena fe registral y también su aplicación en lo que es el ámbito de la realidad nacional.

Como bien se ha mencionado, sobre todo, en las reflexiones del doctor Fort Ninamancco que me antecedió en el uso de la palabra, este tema ha tenido diferentes aristas de análisis del punto de vista de pronunciamientos desde el Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de la República, como también desde el punto de vista doctrinal.

A lo largo de este tiempo, de la dación del Código Civil, en 1984, y la ubicación de la aparición del 2014, y la interpretación que se le ha venido dando, definitivamente, el tema ha pasado bastante por el tema doctrinal, y cómo han sido asimilados los conceptos por parte de los jueces, al momento de poder validar la intencionalidad, como también los resultados que han venido dándose, con respecto a la aplicación del mismo.

La realidad es que el Perú, la sociedad, la dinámica en la cual se presenta la transferencia de bienes inmuebles en nuestro país, definitivamente, se sostiene bajo la figura del 949. Es la cantidad que la doctrina francesa estipuló en lo que es la transferencia espiritualizada, muy tratada ya ampliamente por la doctrina en innumerables libros, como también en el ámbito de las posiciones que se han venido dando.

Pero esto ha ocasionado que, con el devenir del tiempo, pues, se vean resultados totalmente distintos con respecto a ello: la inseguridad jurídica, el tema de la posesión, la incidencia subjetiva que pueda tener ese contraste entre lo que dice el registro como organismo que trae consigo esa declaración, esa publicidad, y ese mensaje de entre comillas «otorgar seguridad jurídica a las transacciones». Que muchas veces contrasta con la realidad que se plasma, justamente, que, cuando uno tenga esa palabra clave, a mi parecer, que debe de jugar siempre una revalorización en el ámbito de los derechos reales, como en el ámbito del derecho registral, que es la diligencia.

Y la diligencia no es un concepto que es monopolizado por el derecho registral del Perú. Que sí y no tengo dudas de lo que voy a afirmar, juega un rol relevante para el respeto, para el reconocimiento de lo que es el ámbito de los derechos que surgen respecto al mismo.

Entonces, por ende, actual con diligencia en el Perú, llevar a cabo lo que es el ámbito de la investigación o la confianza que se tenga en la información con respecto al bien que se quiere trasladar, comprar, adquirir, definitivamente, muchas veces, ese contraste no basta.

Entonces, ¿qué es lo que ha pasado? Se ha tratado de dar, sobre todo, soluciones importantes a los diferentes inconvenientes o problemas que se ha venido dando con respecto al tema del tráfico de bienes. Se dio esta ley, la 30313, si mal no recuerdo, que trató de marcar, sobre todo, un antes y un después en el control y la depuración de los actos que se llevaban a cabo respecto de los mismos, pero, de un tiempo a esta parte, y me acuerdo mucho, cuando comenzó a surgir esa norma y las diferentes disposiciones que emanaban de ellas, las críticas no comenzaron a hacerse esperar; y, segundo, también, uno de los principales reflejos que trajo consigo fue el encarecimiento de las transacciones y también al acceso a los mismos, con lo que es el ámbito de dejar de lado los asientos e ir al estudio de títulos.

Es una situación que nos habla mucho de que la persona como adquirente lleva a apostar el incremento de la búsqueda de seguridad jurídica en un país, donde muchas veces, dar normas, dar soluciones, o recurrir a la doctrina de manera recurrente, tomando como base, modelos que, de repente, otra realidad, puedan tener efecto, lamentablemente, pues, no ha traído consigo de manera concisa, los resultados que todos esperábamos.

Entonces, ¿qué hay que tomar en consideración? Bueno, que el tema de los artículos, primero, hubo un primer momento que está en el Código Civil, en el 2014. Y, luego, la dación de normas complementarias que trajeron consigo que se modificara ese artículo, y la aplicación y los concurrentes de todos los sujetos en las transacciones que podrían darse respecto a la transferencia de bienes inmuebles, habla, efectivamente, que no puede ser abocada a una solución única y exclusivamente tomando como base la doctrina. No tomando únicamente la legislatura, sino también de manera conjunta los dos antes mencionados, más el conocimiento pleno de la sociedad con respecto a los mecanismos que se puedan dar.

No se ha mencionado aquí lo que es el ámbito de la alerta registral, de lo que es el ámbito del registro, la función que este cumple. Se ha avanzado, nadie puede negar que esto no ha sido verdad. Se ha avanzado; se ha avanzado un montón debido, justamente, a que la tecnología ha permitido, en cierta manera, llevar a cabo, ¿qué cosa?, controles antes de los sucesos que puedan, efectivamente, desencadenar en los sucesos, situaciones irreversibles, jurídicamente hablando, patrimonialmente hablando, encaminados, sobre todo, a determinados aspectos que deben de ser debidamente viabilizados para otorgar esa tranquilidad a la sociedad, al momento de llevar a cabo transacciones.

Y eso es lo que primigeniamente se quiso con la redacción del 2014, pero, y vuelto a repetir, la realidad supera al derecho. Estudiar, efectivamente, derecho hipotecario, estudiar derecho francés; traer consigo modelos registrales, de sistemas que responden a otra sociedad, no quiere decir que asegure el éxito de la misma.

En nuestro país, o sea, la coyuntura, efectivamente, trae consigo que los mecanismos de protección creados hasta un determinado momento, no ha funcionado de tal manera para otorgar esa seguridad que tanto se quiere. Entonces, por ende, lo que hay que tomar en consideración es apoyarnos en la nueva realidad, sin descuidar, efectivamente, algunos aspectos subjetivos que, lamentablemente, que, por falta de conocimiento, por falta de recursos, la propia sociedad, al momento de llevar a cabo este tipo de situación, no logra en todo, en toda su consolidación, asegurar y dar seguridad a todas las personas que están inmersas dentro del tráfico jurídico. Sobre todo, uno de los más palpables, neurálgicos, diría yo, como es la transferencia de bienes inmuebles, que, cada vez que uno habla con respecto a las consultas. La población habla con respecto a la adquisición, la venta de lo que es el ámbito de la transferencia de bien inmueble, pues, se está hablando de temas mayores, preocupación; y, sobre todo, el efecto contrario, si podríamos decir así, la inseguridad.

Y el tratamiento es sumamente interesante, desde temas de derecho de familia, que están vinculadas, con respecto al VIII Pleno casatorio, hasta los pronunciamientos, desde un punto de vista macro, que manifiesta, pues, el Tribunal Constitucional.

Pero, de un tiempo a esta parte, y yo también me aúno a una posición un poco más ecléctica; creo que el tema del deber de diligencia, con respecto a la persona interesada en la adquisición o en la venta, o en el seguimiento del bien, tiene que verse reflejado.

Lamentablemente, a eso no va, muchas veces, las personas desconocen, para poder obtener resultados apropiados en torno a ello.

Ahora, el tema del estudio de títulos, el contenido del acto jurídico, como también, primero, el ámbito del cerco territorial con respecto a las transacciones que podrían darse con intervención a los notarios, y luego el límite provincial que se puso, ha ido, si podemos decir, en cierta cuenta, restringiendo el margen de error, pero, definitivamente, este persiste. Este persiste por el tema de la inseguridad, sobre todo, en ese contraste. Yo me fío, yo confío en lo que dice el registro, entonces, en base a eso, realizo la transacción. Pero cuando yo voy al lugar donde se encuentra el bien físicamente, el contraste es totalmente distinto. Entonces, justos pagan por pecadores.

Yo leía la vez pasada algunas reflexiones, no tan nuevas, pero tampoco tan antiguas con respecto a este tema, y siempre el círculo contenía, efectivamente, este tipo de salida o la finalidad de recalcar del estudio de cada caso particular.

Lo que se puede delinear, como línea, si podemos decir de guía para futuras soluciones por parte del derecho, no solo del derecho registral, que es el derecho *ad hoc*, que ve estos temas, es una implementación de estrategias, sobre todo, que lleguen a la sociedad y que creen ese clima, no esa barrera, en la cual, mucha gente desconoce la real situación. No, definitivamente, los mecanismos se han creado, pero del acceso del conocimiento, y es fácil uno darse cuenta, en una encuesta, no más a toda la población, al momento de comprar y vender, que la asesoría especializada, muchas veces, no es accesible a todos, la mayoría.

Entonces, por ende, ante esos vacíos, ante la falta de diligencia, ante la falta de conocimiento, es donde pulula las modalidades que, efectivamente, se han ido brindando con respecto a este tipo de situación.

Ahora, ¿qué cosa tenemos que tomar en cuenta? Los problemas, los inconvenientes, como también la mala fe y la buena fe, han ido, sobre todo, entendiéndose y concurriendo respecto a las soluciones que se han venido dando en el tema tan sensible, que es el tráfico de bienes. Las modalidades,

como también, las conjunciones, para causar el bien como causar el mal, hacen, pues, que uno analice fríamente, hablando en términos más coloquiales, la inteligencia que utilizan las personas para sacar la vuelta a la ley.

Entonces, lo que hay que tomar en consideración es que los atributos, que puedan, sobre todo, establecerse, como una posesión, puedan vencer lo que dice el registro, la falta de diligencia, como también el ejercicio posesorio que tiene mayor o menor peso con respecto a los derechos reclamados. Definitivamente, es un tema bastante acorde con los resultados que, muchas veces, en contraste, no logran ese objetivo principal, que es el ámbito de la seguridad jurídica.

¿Qué podemos pensar ya? Terminando esta parte final. Avizorar futuros cambios en el 2014. Creo que más que una reforma normativa, tiene que aterrizar la norma e impregnarse dentro de la sociedad, y no ser una norma única y exclusivamente de nivel técnico, que, muchas veces, no se entiende, que no sea tampoco una biblia, ni tampoco, pues, temas que no sean de comprensión para el común denominador de nuestra población.

Los adquirentes, muchas veces, no cuentan con la asesoría técnica para poder fiar lo que es uno de sus anhelos importantes: tener una casa o un terreno.

Entonces, lo que trae a acotación es que el aspecto normativo, si bien es importante, no lo es todo en este tema, sino, lo que hay que tomar en consideración es el actuar de acuerdo a las disposiciones o medios que el propio Estado pueda poner para poder plasmar, sobre todo, lo que es el ámbito de la diligencia.

Eso cuesta, sí, eso va a traer consigo rechazo, como también aprobación. Sí, pero, por ende, si no se hace nada, bajo este tipo de inacción que se ha venido dando, en lo que amerita, sobre todo, respuestas eminentemente técnicas, muchas veces, la gente no sabía cómo aplicar la 30313. Recuerdo mucho. Nadie, ninguna zona registral, ni notario tenían bastantes dudas sobre la aplicación, las implicancias y las consecuencias.

Yo me acuerdo que, cuando recién salió esta norma, era el Cuco. La gente decía: «No, mejor voy a ver cómo lo hace tal colega, para después, de ahí, guiarme. Si él se equivoca, ya, entonces, yo no hago eso».

Entonces, ese temor reverencial, que, muchas veces, puede desprenderse de este tipo de situaciones, se ve reflejado en una sola palabra «la inseguridad jurídica». Contrarrestar eso no va a ser una tarea de un mes, de cincuenta normas, de un día; sino, todo lo contrario, creo que eso va de la mano con una cultura. Una cultura donde los conceptos tienen que estar bien claros; y, sobre todo, donde tenga que establecerse de manera adecuada lo que es el ámbito de la seguridad jurídica, pero no una seguridad jurídica teórica, no una seguridad jurídica de doctrina, sino una seguridad jurídica que tenga que valerse, sobre todo, en lo que es el ámbito de la realidad. Hacia eso aspiramos.

¿Se ha tocado este tema? Podríamos decir que este tema siempre ha estado de moda, pero, siempre, sucesivamente, cada determinado lapso de tiempo ha salido nuevamente a la palestra, con la finalidad de poder traerlo a la moda y poder, definitivamente, nuevamente, sacar a la luz, tanto los beneficios como las deficiencias que pueda traer el tráfico de bienes en nuestro país.

Quiero concluir agradeciendo, nuevamente, en la persona del profesor Marco Silva, por permitirme haber expresado frente a ustedes estas reflexiones. He tratado de ser lo más simple y concreto posible porque el nivel de tecnicismo, creo que no es necesario en un tema tan álgido, ya que eso traería consigo la complicación en su asimilación, o sea, nosotros aplicamos el derecho civil para todo, no solo para los abogados; y, efectivamente, eso es lo que se debe de buscar, porque, si vamos a recaer en situaciones que puedan traer consigo, sobre todo, ámbitos de aplicación que no calen en la sociedad, nos vamos a llenar de normas, nos vamos a llenar de libros enteros de doctrina, nacionales y extranjeros, como lo hemos tenido, pero no vamos a encontrar soluciones. Muchas gracias.

**MESA 6**  
**DERECHO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA**

*Manuel Bermúdez Tapia*<sup>1</sup>

*Fiorella Vásquez Rebazza*<sup>2</sup>

*Carlos Manuel Valdivia*<sup>3</sup>

*Walter Vásquez Rebazza*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>2</sup> Magíster en gestión y desarrollo inmobiliario por la ESAN Graduate School of Business. Doctora en Derecho por la PUCP, con experiencia en derecho civil, patrimonial y procesal civil, así como en gestión inmobiliaria. Ha sido coordinadora en la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales y asesora en la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República. Jueza especializada en materia civil. Cuenta con certificación de especialista en materia de gestión de bienes estatales y contrataciones con el Estado. Autora de diversos artículos en materia civil y administrativa, así como es miembro del Módulo de Litigación Oral de la Corte de Justicia del Callao.

<sup>3</sup> Abogado en derecho constitucional por la Universidad Federico Villarreal. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor de posgrado en derecho civil y procesal civil. Juez especializado civil de carrera de Ayacucho.

<sup>4</sup> Abogado y magíster por la PUCP. Profesor de Derecho Civil a nivel de pregrado y posgrado en dicha casa de estudios. Profesor visitante en la Universidad Externado de Colombia. Asociado principal en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Investigador inscrito en el Registro Nacional Científico Tecnológico y de Innovación Tecnológica. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de Construcción y del Grupo de Armonización del Derecho en América Latina. Árbitro y consultor.



**Manuel Bermúdez Tapia:** Muchísimas gracias, en primer lugar, por la amable invitación al doctor Marcos Silva Santisteban, y permítanme ahora desarrollar una exposición sobre un tema muy significativo.

El proceso de transformación del derecho de familia responde, esencialmente, al manejo de la jurisprudencia, ¿correcto?

Para nadie es un secreto que el derecho de familia tradicional, decimonónico, aquel derecho de familia tan restringido en el ámbito de la dogmática, en el ámbito de la casuística procesal, responde, pues, a una visión absolutamente ajena a la realidad del año 2021, quienes están considerando, actualmente, ¿qué cosa? Que estamos ante una realidad de cambios, que, en esencia, esto viene desde el año 2013, en adelante, y se ha expuesto no solamente de sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, en el ámbito de la Corte Suprema, inclusive, a nivel de juzgados especializados en constitucional, ajenos a lo familiar.

Por ejemplo, el año pasado, el décimo juzgado constitucional de Lima, validó el *exequatur* que reconocía el matrimonio de Susel Paredes con respecto de su pareja, que es también una mujer. Ya se reconoció, entonces, en este sentido, al menos, en una primera instancia, que fue apelado un derecho absolutamente vinculado a esta progresividad en el ámbito del derecho de familia.

La razón, a pesar del nivel, muy limitado, por cierto, o de Reniec de impugnar esta decisión, que no encuentra justificación, más allá de indicar ¿qué cosa? Que en la Constitución dice: «matrimonio varón y mujer». Sí, pero recuérdese que nuestra Constitución está en un punto intermedio debajo de los tratados internacionales, e, inclusive, debajo de la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, para ello, podemos observar el caso Duque versus Colombia, del año 2016, que, definitivamente, va a avalar esa decisión de un juzgado de primera instancia, y que, probablemente, en el contexto judicial, no necesite ir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero véase cómo otro órgano judicial, Tribunal Constitucional no ha respondido con la misma condición, con la misma categoría, con respecto del pedido de Óscar Ugarteche, con su pareja, otro varón, en instancia jurisdiccional constitucional.

El Tribunal Constitucional en una decisión dividida: cuatro contra tres; cuatro personas muy mayores, por cierto, versus tres personas que interpretan la progresividad de los derechos humanos, derechos fundamentales y de la realidad social, determinaron que no. Nuestra Constitución no tiene ningún tipo de contradicción, muy a pesar de que el artículo primero de la Constitución detalla que el fin del Estado es ¿qué cosa?: la tutela de los derechos de la persona; ¿y cómo se puede desarrollar la persona? A través de sus libertades, a través de sus derechos, porque así lo determina el artículo 3 de nuestra Constitución.

Entonces, cuando nosotros nos integramos: derecho constitucional, derecho internacional, derecho de familia, derecho civil, nos damos cuenta de que la norma en nuestro país es muy disfuncional, a tal nivel, que, por ejemplo, en la actualidad, nuestro Código Civil tiene muchos errores, no solamente en el ámbito sucesorio, no solamente en el ámbito familiar, sino también en otras instancias. Por ejemplo, en el ámbito registral nuestro sistema normativo civil, ¿tiene qué cosa?, dos sistemas procedimentales en lo administrativo que son contradictorios: el sistema registral y el sistema constitutivo.

La razón de por qué este nivel de disfuncionalidad nos permite, entonces, indicar que los problemas no son, solamente, en el ámbito de familia. Esa ley nació en un contexto absolutamente diferente: 1984 no había internet; 1984: las mujeres no tenían los mismos derechos que en la actualidad. Ni siquiera tenían una legislación particular respecto de la cuota.

Hoy por hoy existe ¿qué cosa?, la alternancia y la paridad, que es un concepto totalmente distinto y diferente. En 1984 no existía la tutela de grupos vulnerables; no existía el concepto de vulnerabilidad. La razón principal, la ley normalmente responde, pues, a estos valores, de condición abstracta, general, atemporal, vinculante. No se cumplen, no se garantizan, no se pueden establecer en cuestiones, por ejemplo, de discriminación positiva, porque recién, a partir de 1989, es que ese concepto de tutela y de acción tuitiva, a favor de grupos vulnerables, se reconoció como normas afirmativas.

Entonces, véase que, de forma objetiva, el concepto de «norma», ley, Código Civil de 1984, ya de por sí quiebra un concepto de realidad porque no se ajusta, porque no logra responder a los futuros cambios.

Como insisto: 1984, no había Internet, es más, recuérdese que, inclusive, cuando el Código Civil, es decir, cuando el Código Procesal Civil detalló la notificación por correo electrónico, ya de por sí suena absolutamente radical, ¿y dónde es que vino a tener muchísima vigencia? En época de pandemia. Literalmente, es casi, casi treinta años después.

Entonces, si tenemos una norma paquidérmica, sumamente obsoleta, con muchos elementos de inconstitucionalidad es, por ende, que la legislación permite que el juez pueda desarrollar varios ámbitos de desarrollo, no solamente de la jurisprudencia, por lo que podrá generar precedentes vinculantes, porque podrá generar precedentes a nivel de doctrina judicial, y, eventualmente, podrá ¿qué cosa?, inclusive, apartarse de los precedentes vinculantes, siempre y cuando se fundamente la decisión por medio de la cual se cambia, ¿qué cosa?, una condición de continuidad, porque, al final de cuentas, lo que se está restringiendo, ¿cuál es?, es el concepto de predictibilidad.

Entonces, cuando comenzamos a detallar por qué los jueces han comenzado, primero, a darse cuenta de que la ley tiene muchísimos defectos, es porque, anualmente, la presión social y el contexto de nuestra realidad social nacional, permitía decir varias cosas.

Uno, el registro de violencia. Dos, el registro y limitación de muchísimos elementos negativos, especialmente, en los entornos familiares. Tres, la acreditación de nuevas realidades familiares. Por cierto, en ese contexto de las nuevas realidades familiares, quien les habla, desde el año 2003, está preparando, está proponiendo, está publicando; tengo los registros desde el año 2003, sobre estos temas de transformación, a tal nivel que en el año 2008 publiqué el libro de *Derecho procesal de familia*, que hoy por hoy es el que literalmente sustenta todos los procesos de exposición de muchísimos profesores, en el entorno familiar. El que no lo quieran reconocer, ese es otro tema. Es muy distinto, pero en el año 2008 ya estaba el sustento. Y ese libro proviene de textos publicados desde el año 2003.

Por lo tanto, la teoría, la originalidad de la idea es mía, que, además la complementé con otro texto también muy utilizado recurrentemente en nuestra esfera, cual es *La constitucionalización del derecho de familia*.

Lo paradójico acá, y saliendo un poquito del tema principal, es que, por ejemplo, el fin de semana que tenemos un congreso nacional en el país, sobre derechos de familia, mis principales críticos que decían: estamos hablando de constitucionalización del derecho de familia, estamos hablando de derecho procesal de familia, no sirve, no tiene sentido; esto es absolutamente ridículo, las principales voces críticas de mis posiciones ideológicas desde el año 2003, sus ponencias son sobre esos temas.

Es paradójico, pero ahí nos damos cuenta, entonces, de que este proceso de transformación era inevitable. El gran detalle está en que, aunque eran magistrados, aunque eran especialistas en el ámbito del derecho de familia, la realidad judicial es totalmente distinta frente a la realidad teórica. Tan es así, que hasta el día de hoy mantienen algunos conceptos absolutamente decimonónicos. Por ejemplo, nótese que el Código Civil sigue hablando del hijo extramatrimonial, muy a pesar de que el contenido del último párrafo del artículo 6 de la Constitución, detalla que no debería haber una referencia sobre las categorías o condiciones de los hijos. Y esto por una razón especial, antes del Código de 1984, en el Código de 1936, existían varias categorías de hijos: el matrimonial, el extramatrimonial y también el

mancebado. ¿Qué significa esto? El nacido en convivencia. Si no me creen, revisen, por favor, ese código, y se van a dar cuenta de que estas categorías, inclusive, para quienes son de mi edad, y comenzaron a sacar sus DNI en el documento de identidad que, en su época, se llamaba libreta electoral, sobre la fotografía decía «raza», sin tomar en cuenta que, en realidad, la única raza que existe es el *homo sapiens sapiens*, porque no existen subcategorías.

Probablemente, hayan querido confundir o, de repente, desarrollar el concepto de etnia, que es otro elemento, pero eso está más vinculado a lo cultural que lo racial. Entonces, ahí nos damos cuenta de que esa legislación de 1984 ya nació con graves defectos en su origen. Primer elemento, hijo matrimonial, hijo extramatrimonial. ¿Dónde se hizo evidente? Constitución de 1993, porque ya la visión de los derechos humanos, evidentemente, transformó todo en una nueva realidad.

Dos, señores, hasta el día de hoy existe la figura del hijo alimentista; un error sin precedentes, más aún cuando desde el año 2001, existe el procedimiento de filiación extramatrimonial, insisto, mal denominada la norma, pero que garantizaba la ejecución de una prueba de ADN para determinar la filiación.

Quien les habla participó en la promoción y aprobación de esa mencionada ley, porque yo siempre he sido asesor parlamentario, veinte años de labor en el congreso, pero eso me permitió indicar también grandes deficiencias de esa inicial propuesta. ¿Por qué? Porque desde el año 2000, nosotros presentamos un proyecto de ley, por medio del cual el demandado debía ser el que asuma el costo de esta operación.

Al final de cuentas, recuérdese que esta ley fue modificada ocho años después de su promulgación, ¿para qué cosa?, para ampliar los márgenes; y, luego, seis años después, ¿para qué cosa?, recién revertir el concepto del pago para la ejecución de la prueba, porque muchos demandados, inicialmente ¿qué decían? «No tengo plata», así que, si es que yo no puedo cubrir, no se puede hacer la prueba de ADN.

Pero eso no invalidaba ¿qué cosa?, evaluar, ¿qué cosa?, el concepto del hijo alimentista, que es inconstitucional e inconvencional, porque, por ejemplo, el hijo alimentista no sucede; el hijo alimentista, después de los dieciocho años no accede a una pensión de alimentos; el hijo alimentista no gana, ni siquiera por cuestión de temporalidad, el concepto de posesión o estado del hijo. Por lo tanto, resulta absurdo manejar un concepto de presunciones, teniendo una prueba científica. Solamente para detallar.

Y así vamos a encontrar una serie de elementos que, inclusive, se amplifican en el concepto de las sucesiones, como, por ejemplo, hoy por hoy se habla mucho porque ha salido hace poco una casación a nivel de Ucayali, que provenía del Ucayali, que hablaba de la sucesión intestada, respecto de la sucesión de la posesión.

En otras palabras, si una familia vivía en una casa y el padre o la madre, que eran quienes habían ejecutado el dominio sobre un bien inmueble, a nivel de posesión, si uno de ellos fallecía, esa posesión se podía trasladar conforme índica el Libro de Sucesión en nuestro Código Civil. Y la Corte Suprema dictaminó que eso no tiene ningún tipo de inconvenientes, si se aplica. Es más, la adaptó un poquito para dar algún efecto práctico.

Pero, un momento, esas son las sucesiones en el manejo y concepto de una familia matrimonial, o mínimo, de una familia nuclear, el concepto tradicional de nuestro Código Civil; Código que, por cierto, no detalla, no analiza otras categorías o tipos de familia. El error ¿cuál es? El error es no entender el concepto de evolución del derecho de familia; y, dado que nosotros somos abogados, recuérdese, los abogados tenemos que hablar técnicamente, porque, al final de cuentas, a nosotros nos debe la justicia, no el pueblo. La justicia es para favorecer a la población, y no podemos relativizar los conceptos teóricos, solamente con un elemento, ¿qué cosa?, absolutamente de carácter trivial.

No, señores, por eso es que también la sociedad nos ve mal. La formalidad, porque esto implica un lenguaje técnico, obliga a indicar que esa sucesión intestada en el ámbito de la sucesión sobre una posesión, se traslada a los sucesores forzosos, pero acá ahora viene un gran problema, eso aplicable en 1984 al 2000, probablemente, pero hoy por hoy, donde existe la complejidad de las relaciones familiares donde se generan familias sucesivas, familias paralelas, familias secuenciales, familias extendidas, familias de carácter de LGTB, acuérdense que el año pasado, inclusive una norma emitida por el Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, reconocía derechos sucesorios a personas de LGTB. Cambia, pues, el panorama, cambia la perspectiva de evaluación, transforma nuestra realidad y nos permite, entonces, indicar el porqué de la jurisprudencia en el ámbito de nuestro país. Y esto, señores, es bastante significativo, especialmente, porque vamos a encontrar algunas jurisprudencias, no solamente respecto a ello en el Tribunal Constitucional, sino también a nivel de Corte Suprema. He tenido el gusto, he tenido el gran honor de formar parte como abogado defensor, en alguno de estos casos.

La primera casación sobre la emisión parental es mía, como también algunos otros elementos como, por ejemplo, la tutela del matrimonio real, frente al matrimonio, ¿qué cosa?, formal que es del año 2003, y por eso es que desde el año 2003 me dedico a cuestionar al derecho de familia, no porque sus conceptos o instituciones estén mal, sino porque se aplican mal.

Recuérdese que, inclusive, en el ámbito constitucional existe una valoración de la ley en el tiempo, y eso se llama «mutación». ¿Por qué? Porque se mantiene el mismo léxico, la misma terminología, la misma denominación literal, pero el contenido es totalmente distinto. Y les voy a dar un ejemplo absolutamente fácil de comprender, pero empleando la técnica. Primero, la Constitución de 1923, nuestra primera Constitución, ¿qué es lo que detalló? Que los ciudadanos solamente eran varones mayores de edad, con patrimonios libres de impedimento penitenciario, o eventualmente, con juzgamiento, que podían desarrollar, ¿qué cosa?, funciones o actividades de carácter político. Ser representantes o, eventualmente, votar. Ese concepto de ciudadanía en 1823, hoy por hoy ya no se puede admitir, porque eso cambió en el año 2004, cuando se ejecutó un proceso de reforma, en el cual el Congreso de la República habilitó la ciudadanía a los miembros integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, otorgándoseles nuevamente el derecho al voto. Un derecho al voto que lo tenían en el siglo XIX, pero que, a raíz de los sucesivos golpes de Estado que estaban propalando, se les restringió.

Entonces, véase que esos elementos de ciudadanía no son considerados iguales en el tiempo. Las perspectivas del concepto de ciudadanía se transforman, se adapta en el tiempo. Y eso también tiene muchísimo que ver con el concepto del matrimonio. ¿Por qué? Porque la sociedad, conforme al Instituto Nacional de Estadística, conforme a la propia realidad que suena a una verdad de Pedro Grullo, ¿qué nos permite decir? Que hoy por hoy existe, fíjense bien, el triple de convivencias a matrimonios, y el doble de separaciones a matrimonios. Cada año hay menos matrimonios. Cada año hay menos condiciones formales, en las cuales se desarrolla este concepto de matrimonio. Las razones principales, el concepto de las intimidades y el concepto de las condiciones privadas de las partes, hoy por hoy adquiere un valor mucho más referencial que lo que existía en 1984, 1990, el 2000. La razón principal: la sociedad cambió. Tan es así que, si ustedes van por la calle, antes de pandemia, e inclusive, durante la pandemia, la mayoría de las personas quedan absortas en el uso de su celular, y, literalmente, el mundo no les importa. Ese concepto de individualidad, ese concepto de tener un celular y, literalmente, enterarse de lo que sucede en Rusia, de lo que sucede en Alaska, de lo que sucede en Brasil o en África, o, eventualmente, en un mundo musulmán, hoy por hoy lo tenemos, literalmente, al alcance de algunos megas, en alguna red social. Cambió. Ya no podremos tener una ley que, inclusive, no había previsto el servicio del Internet. Señores, a tal nivel que, inclusive, en el contexto civil puro, comienzan a generar, ¿qué cosa?, las reformas, por ejemplo, en la prestación de algunos servicios.

En España existe el tributo al sol. En otras palabras, quienes tienen redes eléctricas provenientes del servicio eólico o, eventualmente, del servicio del sol, esto es, energía natural, deben pagar un impuesto al Estado. Y muchos dirán: «Pero ¿por qué tengo que pagarle al Estado, si el Estado no me da

nada? Es porque el Estado gastó en las instalaciones eléctricas que usted debía utilizar, pero como usted dispuso no emplearlas, eso eleva un costo a los demás ciudadanos.

Por lo tanto, usted tiene que contribuir a mantener esa tasa social del acceso a la energía pública. Eventualmente, en otros países, se está tomando en cuenta, ¿qué cosa?, el nivel de contaminación y se ha generado impuestos. El impuesto a votar o a administrar, ¿qué cosa? Basura. Recuérdesse que el mundo está en proceso de cambio. Y con mayor razón, el contexto de pandemia. Muy, por lo tanto, podemos volver a nuestro tema original. Si la ley inmutable, la ley general, la ley que busca establecer determinados patrones de referencia no se adapta, ¿quién va a obligarla a adaptarse? Va a ser el juez, y el juez en tres niveles: Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o juez peruano en cualquiera de sus niveles, utilizando la normatividad convencional, el juez que, en este caso, es el magistrado del Tribunal Constitucional, o los jueces a un nivel de control difuso de la Constitución en el sistema judicial peruano. En todos los niveles, desde el juez de paz hasta el juez de la Corte Suprema cuando integró un colegiado.

Pero, un momento, ¿cuáles son las jurisprudencias más significativas para nuestra exposición?, y con lo cual vamos dando pasta a nuestra tercera etapa de exposición.

Vamos a mencionar solamente algunas, principalmente, porque hemos participado en la construcción de estas, y provienen, si se dan cuenta, entre los años 2006 al año 2016; y muchos se han preguntado por qué en esa época es que se dieron las primeras sentencias. La explicación no viene del primer contexto procesal porque, además, es disfuncional; no viene del contexto civil porque tampoco es un vinculante; esto proviene del derecho internacional.

La razón es muy sencilla. Surge la finalización de la Segunda Guerra Mundial y se revaloriza, ¿qué cosa?, un concepto histórico que había sido dado por Sócrates, el concepto de la humanidad, y retornan, gracias a Aristóteles, el manejo de los derechos naturales postulados por Santo Tomás en la Escuela Escolástica, en la alta Edad Media.

Sobre estos postulados, entonces, Kelsen, de alguna manera, limita y restringe, ¿qué cosa?, la teoría positivista del derecho porque se da cuenta de que el hombre no podía proveer ni proyectar todos los hechos, más allá de su imaginación. Y por eso es que existen los derechos naturales, y gracias a eso es que se juzgó los casos de Nuremberg y de Tokio.

Pero ¿qué tiene que ver eso con familia? Muy bien, sobre esa interpretación: 1948, Declaración Universal de los Derechos de la Persona; 1966, viene el tratado que desarrolla los derechos económicos, sociales y culturales; 1981 en adelante, vienen los convenios que desarrollan intereses de tercera generación, a nivel de derechos humanos, como la paz, la tutela del medioambiente, el derecho al desarrollo, etc.

Sobre esa base, es que surge el Convenio Kyoto, la Comisión de Derechos del Niño, pero, recuérdesse, viene en una continuidad. ¿Por qué? Porque entre 1966 a lo que estamos viviendo hay peldaños que se suelen omitir. ¿Cuáles son esos peldaños? 1960: en el mundo surgen dos grupos vulnerables que exigen tutela, en particular, cuando son las partes involucradas mujeres y personas afrodescendientes en Estados Unidos.

Surge, entonces, la tesis de la defensa de los derechos civiles en el contexto norteamericano y eso se propala en el mundo y comienza a generarse la exigencia de poder revalorizar algunos derechos, en particular, para personas o en situación de vulnerabilidad, o en una situación de contexto de vulnerabilidad. Dos niveles: una persona o el colectivo. Pero, fíjense, la persona en vulnerabilidad también puede formar parte del colectivo vulnerable.

Sobre esta base, entonces, 1979, se da el Cedaw, que es la Comisión para eliminar toda forma de discriminación de la mujer a nivel mundial; 1979, se da el Convenio 169 de la OIT; 1989, diez años después, el Convenio que reconoce los derechos del niño y el adolescente; 2004, el Convenio que

reconoce los derechos vinculados a las personas en situación de minusvalía o en situación de discapacidad.

¿Qué logro además? Perfecto. Vamos cerrando. Estamos en la última etapa. Y, sobre esta base es que se tutelan estos derechos. Por eso es que para 1969 se da la Convención Americana y esa Convención Americana que recién entra en vigencia, a partir de la década de los ochenta y con mayor visión para el Perú, a partir de 1991, cuando, por ejemplo, se evalúa el caso Castillo Petruzzi, cuando se evalúa el caso Barrios Altos-La Cantuta, comenzó a tener vigencia, ¿qué cosa?, una jurisprudencia muy vinculante, a partir de 1990, más aún, cuando se desarrolló el caso Almonacid Arellano versus Chile, donde surge el concepto de derecho convencional. A partir de este momento el juez, no solamente la Corte, sino los jueces nacionales, comenzaron a entender que toda norma interior a la Constitución, en el caso peruano, Código Civil, debía adaptarse, no solamente la Constitución, sino la convención.

Y por eso es que comenzó a interpretarse nuevamente el alcance de los derechos naturales, el alcance de los derechos fundamentales, y por eso es que surgen, las sentencias 06572-2006, proceso de amparo Tribunal Constitucional, caso Janet Rosa Domínguez y en complemento, en el mismo año, surge el Caso n.º 09332-2006, proceso de amparo Tribunal Constitucional, caso Reynaldo Shols. Y ese caso Reynaldo Shols, es el que nos permite detallar esto. ¿Cuál? El reconocimiento a nivel mundial de una nueva categoría de familia que no estaba reconocida ni en la ley ni en la práctica jurisdiccional. Así surge la tutela de la familia ensamblada. Familia que venía de progenitores que ya habían desarrollado un primer núcleo familiar, y que, luego, con todas las formalidades de la ley, forman un segundo núcleo familiar, y el Tribunal Constitucional reconoce dos derechos fundamentales: autónomos, a los ya arreglados en el artículo primero, artículo 2 y artículo 3 de la Constitución; el derecho a fundar una nueva familia, y el deber de proteger a la familia sobre la base del vínculo familiar; elementos que nosotros habíamos expuesto y desarrollado teóricamente en muchísimas publicaciones en el Perú como en el extranjero, desde el año 2003.

Así es que surge el derecho procesal de familia, así es que el derecho de familia se constitucionaliza, y esos son los postulados que nosotros hemos expuesto, y que, hoy por hoy, toda la doctrina, en el ámbito del derecho de familia, la desarrolla. Claro, no me cita, pero la desarrolla. Con lo cual, eso es más que suficiente.

Muchísimas gracias, ilustres compañeros.

**Fiorella Vásquez Rebaza:** En virtud de mi experiencia como jueza, dado que es la materia de la exposición los comentarios a la jurisprudencia, justo realicé hace un mes atrás, un análisis de los procesos que más han ingresado en materia civil, en el año 2020 y el 2021, hasta esa fecha de corte que fue en octubre, aproximadamente, y justo evidenció que era el proceso de desalojo, en un porcentaje alrededor de 40 % y 50 %.

Entonces, consideré pertinente comentar una sentencia de desalojo. Algunos podrían pensar que el desalojo, por ser un proceso sumarísimo, y, bueno, tener también estos procedimientos especiales, hasta cuatro tipos de procedimientos, incluido el desalojo extrajudicial también que se realiza en defensa de los bienes estatales, podría pensarse que es un proceso y procedimiento sencillo, pero, en realidad, también presenta ciertas complejidades, como las que vamos a advertir en el comentario de la presente jurisprudencia, que un poco nos llama, a los operadores de justicia a, más allá de resolver un conflicto legal, hay un conflicto social de fondo, que se evidencia; y, ciertamente, y lo digo con claridad, ahora con este impacto de la pandemia se ha observado que ha sido repetitivo este conflicto que les voy a mencionar por, justamente, el problema de la vivienda. Muchas personas han quedado desempleadas; y, por tanto, no tienen dónde vivir, y lo que suelen hacer es acudir a bienes sustitutos o alquileres, o bien, a la casa de los familiares.

Y también se ha evidenciado un incremento, también en los procesos de petición de herencia, en atención, como ustedes saben, a los lamentables decesos que han ocurrido de estas personas que han fallecido de esta enfermedad.

Entonces, por eso he creído a bien comentar esta sentencia que podría ser un poco polémica y discutible también. No quiero decir que acá tengo la razón, porque, evidentemente, no. Me puedo equivocar como cualquier ser humano, pero tengo un punto de vista respecto a este tema.

Vamos, entonces, a comenzar con este análisis que va a ser superbreve en atención al tiempo y a la hora también, que estamos muy avanzados de hora.

Bien, entonces, este proceso versa, como les dije, sobre uno de tipo de desalojo, básicamente, existe, pues, una demanda en virtud de la cual se indica que el título de propiedad está inscrito, pues, en una partida. Se señala qué tipo de partida es, y, bueno, que ahorita se encuentra en posesión una persona sin indicar mayor fundamento del vínculo que tiene con esta persona, que no tiene, pues, ningún título vigente que determine algún derecho de poseer, o si lo tuvo en su oportunidad, ya feneció. Esta es la clásica que te dicen así. Yo tengo la propiedad, y no solamente el propietario puede desalojar, sino el administrador, el que tenga el derecho a poseer, en realidad.

Bueno, en este caso, se arguyó la propiedad y, por tanto, hay que lanzar a la persona para que yo vuelva a disfrutar de ese uso, y disfrute, finalmente, de mi propiedad. Entonces, ¿qué pasa? Que, bueno, se admite la demanda, pero, en este caso, hay una contestación por parte del ocupante de este inmueble. Entonces, en esta contestación, lo normal, y lo digo así en los términos generales, es que existan, pues, excepciones, tachas, cuestionamientos a los medios probatorios, pero que no se vayan al tema de fondo. O sea, que no insistan en que tienen un derecho a poseer. En algunos casos, sí, es verdad, por ejemplo, algunos recuerdo que decían que el título que, en virtud del cual, tienen la propiedad, ha sido declarado nulo. Nulo con sentencia ya consentida. Entonces, ya por ahí va el análisis, atacar un poco el primer punto controvertido, respecto a si es que tiene, si es que puede, en todo caso, desposeer el demandante, pero en este caso, fue muy interesante el argumento que dio la demandada para «sustentar», entre comillas, un derecho posesorio. Como les digo, es polémico este argumento. Puede ser que sí, para algunos puede ser que no.

Entonces, ¿qué dice? Que, básicamente, vamos a observar un poco, perdón, más abajo para hacer una lectura respecto a los argumentos de la demandada.

Normalmente, en los procesos de desalojo, lo importante es que se determine adecuadamente, y eso lo digo también para un tema de calificación de demanda. Todos los procesos que versen sobre algún tipo de derecho sobre un inmueble, hablese de mejor derecho de propiedad, mejor derecho de posesión, desalojo, reivindicación, etc., es necesario que se precise la ubicación de este predio. Si es que se cuenta con un título antiguo, lo mejor, en mi punto de vista, es levantar un levantamiento topográfico o tener, por lo menos, unos planos perimétricos y de ubicación, que den cuenta de la actualización de las colindancias. Eso es bueno porque, digamos, en el Perú tenemos un gran problema de saneamiento de predios. Algo que todos conocemos.

Entonces, no es que no pueda acceder a una tutela, o del derecho que pueda tener respecto a este inmueble, sino que se necesita que, para este tipo de procesos, se precise, se identifique, de manera indubitable, la ubicación, para que después no haya problemas, en caso de que se funde, de poder lanzarse, ejecutarse la decisión.

Bueno, entonces, fuera de eso, que era un comentario adicional, pues, sí en ese caso, no existe problema alguno en cuanto a la determinación de que existe un derecho que tiene, en este caso, el propietario, evidentemente, de poseer un inmueble de su propiedad.

Ahora, vayamos al punto número dos, que es el más importante, respecto a los argumentos expuestos por la demandada.

Ella dice, ¿qué dice? «Respecto al segundo extremo, o sea, al derecho de poseer, señala la demandada que tendría, la demandada, en este caso, un título justificado. ¿Y por qué dice que tendría un título justificado? Porque ella es madre del menor con iniciales R.R.F. con edad de trece años, procreado con el señor Segundo Arturo Rodríguez Bobadilla, quien falleció de una enfermedad neoplásica».

Entonces, ¿qué es lo que ella está evidenciando?, que tiene un vínculo, en todo caso, de afinidad al ser la madre de un menor que es el sobrino del propietario del inmueble. Por eso ella dice, básicamente, como su papá falleció y dado que ella solamente, si mal no recuerdo, recibe una pensión de mil soles, que no tienen dónde ir a vivir, y es lo único que ella puede poseer.

Entonces, señala, pues, que, en ese sentido, diciendo que es un menor de edad también el que está viviendo ahí, básicamente, el desalojo no lo plantea contra este menor de edad, sino lo plantea solamente contra la señora. Entonces, ella alega este vínculo de familiaridad como un supuesto título que justifica su posesión.

Entonces, ahí se genera un poco el tema en debate y un tema polémico, si, justamente, el título de familiaridad que, en este caso, no es consanguíneo, bueno, con el sobrino, sí, pero con ella, pues, afinidad, pero como murió, bueno, algunos podrían decir que ya la afinidad murió, que se extinguió, bueno, igual queda el vínculo con ese sobrino. Entonces, y ahí es donde justamente, entra a talla, en mi punto de vista, un caso difícil, porque, efectivamente, con la madre, podría decirse que ya no tiene ese vínculo, correcto, porque ya murió; es el caso del señor, pero con el sobrino, sí. Pero el sobrino no es sujeto, en este caso, del desalojo, pero también es cierto, bueno, en este caso, lo que se pensó es que el sobrino, al ser todavía un adolescente, y dado que también existe una protección especial, para los niños y los adolescentes, que está en el Código del Niño y Adolescente, en el Convenio del Niño, entre otras normas internacionales, también es cierto que hay que hacer un análisis del caso, en aplicación de estos artículos y principios.

Y también es cierto que, a esa edad es necesario que mantenga ese vínculo con la madre, dado que, justamente, su padre ya falleció.

Entonces, el niño requiere, o, bueno, en este caso, el adolescente, el niño, requiere, justamente, ese vínculo, mantener ese vínculo materno-filial. Y, por otro lado, también existe una norma, dentro del Código de Familia, que señala que también los familiares, en caso de que uno de los padres haya fallecido, también están en una obligación; y, evidentemente, el otro padre no pueda tener, digamos, el sustento necesario para prestar alimentos, básicamente, que es lo necesario para que este niño pueda subsistir y desarrollarse en la sociedad, también los familiares, en su defecto, el Estado puede coadyuvar a esa labor.

Entonces, en ese sentido, en la aplicación conjunta de este principio, de protección al adolescente, el interés superior del adolescente y de este artículo, si mal no recuerdo, 93 del Código Civil, se señaló que existe una justificación para que, en este caso, la madre, justamente, por el vínculo materno-filial que tiene para con el sobrino del propietario, pueda seguir, digamos, poseyendo el inmueble, al menos, hasta que se desarrolle, termine de desarrollarse este niño.

Entonces, considero que este es un caso complicado, es muy polémico porque, desde un punto de vista netamente civil, uno diría, pues, «eso no es un título posesorio». Un título posesorio, no, eso es un derecho de poseer. Eso, en todo caso, sería la controversia a analizarse. Y, en este caso, se sostuvo que, si esta norma, en aplicación de esta norma sí justificaría la posesión, pues, en este caso, de un familiar para el predio.

Bueno, este sería mi aporte con respecto al comentario de una jurisprudencia. Muchas gracias.

**Carlos Manuel Valdivia:** Muy buenas noches a todos. Gracias por la gentil invitación, y siguiendo un poco el tema de la mesa que comparto con los colegas que me han antecedido, me toca, en este

contexto, referirme a, siguiéndole la posta a la doctora Vásquez que me antecedió, un tema que es recurrente dentro de lo que se viene dando en el ámbito de la justicia civil, que es, en este caso, el tema relativo a algunas circunstancias que perturban la marcha de los procesos judiciales.

Y siempre vamos a identificar que existen reproches, existen circunstancias inadmisibles, en torno a la duración de los procesos, que esto, finalmente, deriva en que los jueces, frente a los abogados, impongan multas, impongan sanciones disciplinarias; y dado que las consultas que pueden ser desplegadas en este ámbito por quienes pueden delatar injustificadamente los procesos judiciales, por algún tipo de actitud maliciosa, por algún tipo de actitud temeraria, que puede, en cierta manera, entorpecer el normal desarrollo del proceso judicial.

Y, para esto, nos situamos en el contenido del artículo 52, 53, 109, 110 y 111 del Código Procesal Civil, el cual establece multas y algún tipo de medidas para evitarse este tipo de prácticas; y, finalmente, tomar algún tipo de medidas correctivas, pero, ahora me pongo al otro lado del mostrador, cuando la demora se da por parte de las autoridades judiciales.

En ese sentido, puedo hacer referencia al caso Muelle Flores versus Perú, del 6 de marzo de 2019, en el cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció en relación al incumplimiento de los Estados en el deber de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y la protección judicial, así como las autoridades judiciales no actúan dentro de ese nivel de celeridad que exige una situación de vulnerabilidad que se pueda presentar en el proceso. Y es así que esa sentencia señala, respecto a la conducta de las autoridades judiciales, la Corte ha entendido que, para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, las autoridades judiciales deben actuar con celeridad y sin demora, debido a que el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, requiere que los procedimientos de ejecución sean llevados a cabo sin obstáculos o de maneras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral.

En este contexto, y concuerdo en que los procesos de desalojo son los que, mayormente, tienen mayor incidencia en los diversos órganos jurisdiccionales de la especialidad civil. Y, en ese contexto, es que, justamente, para atenderse este tema de la eficacia de la atención sin mayor demora, se ha venido impulsando por parte del Consejo Consultivo del Poder Judicial, a través de diversos instrumentos normativos, lo que es el proyecto piloto para la modernización de los despachos judiciales en materia civil. Y es así que puedo comentarles que mi Corte también ya se encuentra dentro de este proyecto piloto y, a la fecha, existen veinte Cortes incorporadas, siendo la última la Corte de Piura, con la cual ya se va a proceder a la inauguración en los días del mes de diciembre.

En este contexto es que me voy a permitir con ustedes comentar la Casación n.º 4088-2019 de Arequipa, la cual aborda el tema también, como les digo es recurrente, de desalojo por ocupación precaria, porque, principalmente, las diversas situaciones generan que se emplee como un mecanismo en el cual, la persona que tiene derecho a poseer porque tiene algún título que la ampare, pide la restitución de la posesión que no la tiene, y se la reclama a una persona, la cual tendrá que demostrar que cuenta con un título, siguiendo lo establecido en el IV Pleno Civil Casatorio, para continuar poseyendo ese predio.

En este contexto es que, dentro de este proyecto piloto de modernización de los despachos judiciales en materia civil, se impulsa mucho cuatro aspectos. Ahí podemos ver el rol del juez, un juez con poderes en el proceso, aparte de un juez conciliador, un juez que establece los puntos controvertidos y no controvertidos, la admisibilidad de recepción de la prueba y la expedición de las sentencias orales, que todo esto, en conjunción, hace que el proceso resulte y se torne en más eficaz.

Bueno, vayámonos al tema que es compartir una casación con ustedes, y, en ese sentido, hago referencia a esta casación 4088 del año 2019, Arequipa, que se constituye en el primer caso que llegó en casación, a la máxima instancia judicial, que fue resuelto el 19 de diciembre de 2019, por parte de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. En este proceso debemos notar que se inició el 28 de diciembre del año 2018, en la ciudad de Arequipa; fue sentenciado el 29

de enero del 2019, y la sentencia de vista fue expedida el 4 de junio del 2019, siendo, finalmente, declarado improcedente el recurso de casación. Pero lo que podemos anotar de todo este recurso procesal, es que podemos apreciar que este caso fue resuelto en un plazo de un año.

Y esto conlleva a que, principalmente, uno de los problemas que existen, dentro de la sede casatoria, si hacemos un estudio, es que existe mayor número de recursos de casación, los cuales son declarados improcedentes, de los cuales son declarados procedentes. Y es que, en este ámbito de esta discusión que se da en la sede judicial, yo puedo comentar desde la experiencia que tuve, porque también tuve la oportunidad de trabajar algún tiempo como secretario de confianza en la Corte Suprema; y, justamente, por estos temas relativos a lo que es la carga procesal excesiva, es que se genera que, principalmente, se vayan algunos aspectos para buscar que no entre a una cuestión de fondo. Esta casación máxime aún con los aspectos que establece, y que se encuentran vigentes en el Código Procesal, que establece causales específicas, que son la infracción normativa y el apartamiento inmotivado de un precedente judicial.

Entonces, en esta casación en comentario, esta fue a dos aspectos. En primer lugar, la afectación a lo que es el derecho al debido proceso, y la interpretación errónea del artículo 911 y la inaplicación de la Casación n.º 2195-2011-Ucayali, que es el IV Pleno Civil Casatorio.

Y una de las cuestiones que se cuestionaban en esa casación, es la que conlleva al desarrollo de este plan piloto de modernización de los despachos judiciales en los juzgados civiles, que fue impulsado en la Corte de Arequipa, que señala que ha generado una suma celeridad en el proceso, lo que ha ocasionado indirectamente un estado de indefensión en esta parte, toda vez que, mientras se interpuso la documentación original de la demanda de prescripción de desalojo, no contaron con los medios probatorios para contestar la demanda. Es decir, que se asume que fue una celeridad excesiva que le generó indefensión.

Qué dijo al respecto la Corte Suprema de Justicia de la República en este ámbito, que, como fue analizado por parte de la instancia superior, por parte del órgano de la sala superior que vio este caso, señaló que no se adjuntaron los anexos que se indicó en la contestación de demanda, que no se respaldó la documentación alguna, y se advirtió una actitud de temeridad y mala fe procesal; y, en su defensa técnica. Y, asimismo, que era una poseedora precaria, tal como precisa nuestra legislación, y se estableció por parte de la sentencia de primera y de segunda instancia.

En ese sentido, es que muchas veces, en sede de casación, todos los justiciables consideran que pueden acudir a la Corte Suprema como si fuera una suerte de tercera instancia, como sabemos, es una instancia que, tan solo va a revisar cuestiones de aplicación normativa, en aplicación o aplicación errónea. Y, en este contexto, no estamos hablando de que el recurso de casación se constituye en una tercera instancia donde puedan ventilarse temas distintos a sus fines y su naturaleza, conforme a lo establecido por el artículo 384 del Código Procesal Civil.

Pero ahí podemos ver el área positiva en que se sustentó esta casación y que fue la que dio el espaldarazo a todo este proyecto piloto que se viene impulsando por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la ETI de la realidad civil, que es que este proyecto piloto, para la modernización de los despachos judiciales de los juzgados civiles, no genera, en este caso, indefensión para las partes, y menos para la parte demandada, ya que, como se dijo, por parte de la sala superior que revisó este caso, dicho proyecto se encuentra enfocado en cambios significativos de la organización, administración y gestión de reglas y prácticas operativas de trabajo para hacer más eficiente y accesible la composición de conflictos, bajo el esquema de un procesamiento oral establecido en las resoluciones administrativas respectivas, dentro de un marco de respeto irrestricto de los principios procesales que componen el debido proceso desarrollado en nuestro marco procesal civil, y en la Constitución Política del Perú, y en este caso señala, sino también se impulsa el principio de oralidad, congruencia recursal, ello conjuntamente con el ejercicio del derecho de defensa. Y señala, finalmente, como pueden apreciar, que esta buena práctica procesal orientada a hacer viable el principio de cele-

ridad, concentración o transparencia, no atenta contra el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Y, en el caso concreto, no se aprecia violación ni restricción al debido proceso, ni a la defensa de la parte quien ejerció plenamente su derecho contradictorio, su derecho a ofrecer y actuar pruebas, a la impugnación de las resoluciones, entre otros.

Entonces, esta casación dio el espaldarazo a estos y también situémonos en lo establecido en el IX Pleno Civil Casatorio, en cuanto a la naturaleza del proceso sumarísimo, que señala que es un proceso plenario, en el cual se pueden desarrollar las diversas etapas procesales, un poco de circunstancias, transiciones pequeñas, pero que no afectan, de modo alguno a lo que es el derecho de defensa de cada una de las partes.

Evidentemente que esta casación no evaluó los temas de fondo en cuanto al desalojo, pero, sin embargo, es la que permitió dar ese espaldarazo por parte de la máxima instancia judicial a todo esto que se viene gestando por parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Yo considero, en ese sentido, que todo este proyecto piloto y lo que se quiere encaminado hacia adelante, cuenta, en este caso, principalmente, con un juez activo, un juez que va a desarrollar su actividad en un ámbito en el que, lo que busca es resolver el conflicto de manera eficiente, y dejarse de lado el aspecto introductorio con el cual comencé mi disertación, que es en relación a la mora procesal, que, incluso, ha sido denunciado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque tan solo se ve esto desde el ángulo de las malas prácticas de los abogados, pero no del lado de la justicia civil, que, muchas veces, por el tema de carga procesal u otro tipo de circunstancias no se genere esa respuesta oportuna al litigante. Es por esto que este proyecto piloto de modernización de los despachos judiciales en materia civil, viene impulsando todo esto para que se pueda dar una respuesta oportuna. No me dejará mentir que los resultados iniciales en Arequipa, en las cortes incorporadas, llegan a reflejar hasta una disminución de la duración de los procesos en un 40 %; y, principalmente, estos procesos de naturaleza sumarísima, como el que he comentado el día de hoy, dentro de esta Casación n.º 4088-2019, nos muestra que los procesos sumarísimos pueden seguir lo establecido en el artículo 555; es decir, pueden culminar con la expedición de una sentencia después de escuchar los alegatos de clausura dentro de la propia audiencia única; y esto, principalmente, generará una disminución que, en el caso de los jueces, esto lo que va a generar es que ya no tengamos que desarrollar toda la fundamentación fáctica, sino, ir a analizar el problema en concreto, fundamentando esa decisión, de acuerdo a lo apreciado y de acuerdo a lo apreciado, de acuerdo a lo recabado en ese debate que se va a generar en este escenario de la audiencia, principalmente, la audiencia única dentro de ese proceso sumarísimo. A ello aunemos ya las reglas claras establecidas para los supuestos de precariedad contenidas en el IV Pleno Civil Casatorio, en lo pertinente en el IX Pleno Civil Casatorio. Y, finalmente, todo ello va a coadyuvar, va a permitir que la justicia civil pueda acelerar procesos, pueda dar una respuesta oportuna, y romper este esquema de lo que es la mora procesal.

Hay un tema pendiente, que es la ejecución de la sentencia que en esta pandemia se ha visto mayormente perjudicada porque no se han estado efectuando lanzamientos, en muchos casos, diligencias fuera del juzgado, por este tema de protección, tanto al juez como al personal del módulo corporativo, pero, poco a poco, se van viendo mecanismos de cómo irse desarrollando estas gestiones, ya contando la mayoría de las personas con una vacuna que pueda hacer que no nos afectemos con los estragos que trae todo esto.

Yo considero que, como lo señala, finalmente, esta casación, debemos seguir impulsando esto porque es una buena práctica que hace viable los principios de celeridad, concentración y transparencia.

Y, finalmente, si se quiere ir mejorando, como señaló la Corte Suprema, sustantivamente los procesos civiles, se requiere la participación activa, responsable de los señores abogados, ajustando su actitud a los deberes de diligencia y buena fe, lealtad procesal, constituyéndose realmente en colaboradores del sistema de justicia eficaz para, de esa manera, obtener una decisión ajustada a derecho, adecuada al proceso y con criterio de justicia.

Bueno, creo que con eso me ajusto un poco al tiempo que se me ha concedido, y le agradezco a mi amigo Marcos Silva por la gentil invitación de compartir esta mesa con los destacados colegas que me han antecedido y los que continúa. Muchas gracias.

**Walter Vásquez Rebaza:** Buenas noches. Muchas gracias por su presencia.

El tema sobre el cual voy a exponer esta noche se titula «El IX Pleno Casatorio Civil y la resolución por incumplimiento».

Ustedes se preguntarán por qué hablamos de la resolución por incumplimiento en el IX Pleno Casatorio Civil, si este pleno casatorio, a lo que se abocó, fue a un tema, digamos, de interfase civil procesal, que es la posibilidad de determinar la nulidad manifiesta del acto jurídico en un proceso sumarísimo, como el proceso de otorgamiento de escritura pública.

Es cierto, ese fue el tema principal, pero hay aspectos, digamos, que si bien no forman parte de los criterios vinculantes, son muy muy ricos para el análisis desde el punto de vista del derecho contractual, y algunos aspectos tienen que ver con este remedio jurídico en la resolución por incumplimiento, que es, probablemente, el más importante del mundo del derecho de los contratos, al menos, en lo que atañe a remedios funcionales, a remedios, digamos, que se dan por una causal sobreviniente a la formación, al perfeccionamiento del contrato.

Para analizar la relevancia del IX Pleno Casatorio Civil, en el marco de la resolución por incumplimiento, lo primero que debemos hacer es distinguir los universos planos de relevancia, de un remedio jurídico. Hablamos de cualquier remedio jurídico, no solo la resolución. Hay que distinguir requisitos, efectos jurídicos y límites al ejercicio del efecto jurídico derivados del remedio.

Los requisitos son todos aquellos elementos que se encuentran al nivel del supuesto de hecho y que tienen que configurarse para que el remedio jurídico nazca, para que los efectos jurídicos que provee el remedio, por ejemplo, en el caso del derecho a resolver, en el caso de la resolución, el derecho a resolver, para que esa situación jurídica nazca en cabeza del acreedor contractual. ¿Qué cosa tiene que verificarse para que nazca en cabeza del acreedor el derecho a resolver?

Número dos, ¿cuál es el derecho que nace en el acreedor, si es que se verifican los requisitos. En el caso de la resolución, pues, es el derecho a dejar sin efecto el contrato, el derecho a resolver. No siempre es así, podría ser el derecho a aplicar una penalidad, podría un derecho a reducir el precio, podría ser un derecho a acelerar un financiamiento, etc.

Y, por otro lado, tenemos el plano de los límites, que es cuando ya se configuró la situación jurídica, subjetiva, nacida de la verificación de los requisitos que, en cabeza del acreedor contractual. Los límites determinan que, en el caso concreto, podría haber ciertas restricciones para el ejercicio libre del derecho por parte del titular. Las restricciones normalmente están asociadas al comportamiento, según la buena fe. Si es que no se cumple con este requisito externo, pues, podría ser que el ejercicio del derecho sería ineficaz, podría ser que la buena fe inhiba; podría ser que la buena fe neutralice en el caso concreto el ejercicio de un derecho contractual.

Entonces, siguiendo este esquema lógico, vamos a ver un poco cuáles son los requisitos, efectos y límites a la resolución por incumplimiento.

En primer lugar, para que exista un incumplimiento resolutorio, pues, es un lugar común considerar que no todos los incumplimientos son resolutorios, pero, para que exista un incumplimiento resolutorio, se necesita un incumplimiento esencial. Esa es la tendencia del derecho moderno de los contratos.

Por ejemplo, vemos acá el artículo 3.7.3.1, de los Principios Unidroit, en su versión 2016, señala explícitamente qué se necesita para resolver un contrato, el incumplimiento, pues, sea un incumplimiento esencial, específicamente.

El Código Civil peruano, en cambio, no dice específicamente, exactamente, que, para resolver un contrato, el acreedor necesita que el deudor recaiga en un incumplimiento esencial, pues no lo dice textualmente. Sin embargo, este requisito de la esencialidad del incumplimiento, se deriva de tres principios muy importantes que integran el estatuto de los contratos. El principio del *pacta sunt servanda* o fuerza vinculante, el principio de buena fe objetiva, y el principio de conservación del contrato.

La aplicación o la operativa conjunta de esos tres requisitos, hace que surja en el caso de la resolución por incumplimiento, en el acreedor contractual la necesidad de determinar que un requisito del incumplimiento del deudor que habilite la resolución, sea la esencialidad.

Pues, la buena fe y la esencialidad están asociadas, lo ha reconocido esta casación que estamos viendo, 3130-2016, señala que se necesita para aplicar el artículo 1428, que es el cual enmarca la resolución por incumplimiento, que el incumplimiento sea relevante bajo los términos de la buena fe, para justificar la resolución del vínculo contractual. O sea, ya esto no lo dice específicamente la norma. Esta casación agrega un requisito adicional que no está contemplado en la norma, pero que se justifica totalmente en los principios que hemos visto anteriormente como requisito para la resolución del contrato.

¿Cómo se relaciona el *pacta sunt servanda* con la esencialidad? Pues, el *pacta sunt servanda*, básicamente, nos dice que, en los contratos válidamente celebrados, las partes se encuentran sujetas a su cumplimiento; deben honrarlos. No pueden arrepentirse, no pueden cambiar unilateralmente sus términos y condiciones. Sin embargo, si es que se permitiese al acreedor contractual resolver un contrato por cualquier tipo de incumplimiento de su deudor, pues, lo que se estaría generando, es que el acreedor, ante cualquier incumplimiento nimio, chiquito, insignificante del deudor, podría salirse del contrato, y, en el fondo, esto podría enmascarar una actitud estratégica, una actitud de, digamos, rehuir al compromiso contractual; una excusa, simplemente, para arrepentirse de la celebración del contrato.

Entonces, Carrasco Perra, un autor español contemporáneo, ha señalado claramente que esto no puede ser. Que estas aspiraciones meramente oportunistas del acreedor, pues, no pueden permitirle salirse del contrato, no pueden permitirle abandonar un mal negocio, o no pueden permitirle, simplemente, rehuir a un compromiso que ya ha dejado de interesarles. Por eso se necesita que haya una violación verdadera del interés contractual del acreedor, con la necesidad de la esencialidad del incumplimiento.

Por otro lado, tenemos el principio de conservación del contrato, que, básicamente lo que nos dice es, digamos, que si tenemos un... es como cuando un ingeniero ve una estructura; lo primero que piensa no es tumbarla, sino hay que ver que el efecto que tiene la estructura, es un defecto subsanable, es un defecto que se puede corregir, un defecto que permita la conservación de la estructura. Lo mismo pasa con el negocio jurídico. Si el negocio jurídico está afectado con una patología, lo primero que debería pensar el juez o el árbitro, no es aplicar el remedio del cual adolece esa patología. O sea, no es la causal de invalidez, o la causal de resolución, necesariamente vaya a afectar a todo el contenido y a todos los efectos del contrato, sino que hay que ver si es que esta patología puede ser aislada, puede ser subsanada. Hay que salvar lo salvable. Entonces, si el incumplimiento es pequeño, si el incumplimiento es de escasa entidad es nimio, pues, no amerita la extinción de la totalidad de la estructura contractual, simplemente, podría ameritar un remedio jurídico distinto a la resolución, como es el de los daños y perjuicios, las penalidades, etc., o la reducción del precio, pero no la resolución.

Otro gran problema es ¿qué cosa es el incumplimiento esencial? Hemos dicho anteriormente que el incumplimiento esencial, pues, deriva de tres principios contractuales en el sistema peruano, pero el Código Civil peruano nos dice que ¿qué cosa es el incumplimiento esencial?

Si vamos al derecho moderno de los contratos, tenemos que los Principios de Unidroit sí definen qué cosa es el incumplimiento esencial con relativo detalle. No quisiera ocuparme de cada uno de los supuestos de incumplimiento esencial, digamos, de los Principios de Unidroit, porque me tomaría más tiempo del que dispongo para esta exposición. Sin embargo, el principal criterio que establece Unidroit para determinar cuándo un incumplimiento es esencial es que el incumplimiento le quite al acreedor aquello que esperaba, que tenía la expectativa de obtener en virtud del contrato, siempre y cuando este impacto sea previsible ese impacto de retirarle al acreedor lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, sea previsible por el deudor. O sea, si el deudor, pues, vende una maquinaria a la cual le falta una pieza, y es una pieza de muy escasa entidad, pero sin esa pieza, la máquina no funciona y es imposible o muy difícil reemplazar esa pieza por el repuesto que no tiene disponibilidad en el mercado, pues, el incumplimiento de la entrega de esa pieza o la falta de esa pieza o la omisión de esa pieza, será un incumplimiento esencial. ¿Por qué? Porque le quita al acreedor contractual aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Es un criterio que establece Unidroit, repito, no es el único, hay varios. No quisiera entrar a analizar cada uno de ellos porque acá lo que se trata de analizar es qué es lo que pasa en el Perú. En el Perú no hay una regulación de qué cosa es un incumplimiento esencial, según el Código Civil.

¿Cuál era el *statu quo* antes del IX Pleno Casatorio? Pues, antes del IX Pleno Casatorio ¿qué cosa era un incumplimiento esencial? Había tres criterios para determinar la esencialidad:

Número uno cuando la ley dice que el incumplimiento es esencial; eso es clarísimo porque la obligación es esencial: si incumple una obligación esencial, tendremos un incumplimiento esencial. ¿Cuándo la obligación es esencial? Pues, básicamente, cuando la ley o el pacto lo digan. ¿Cuándo lo dice la ley? Tenemos ejemplos frente a nosotros: la obligación esencial del vendedor de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien a favor del comprador. Si se incumple esta obligación, pues, el acreedor podrá resolver el contrato. También podríamos hablar de incumplimiento esencial, cuando hay un incumplimiento de obligaciones principales, según cada tipología contractual. Por ejemplo, el arrendamiento. ¿Cuál es la obligación principal del arrendador? Pues, entregar y mantener en el uso del bien al inquilino por toda la duración del contrato. ¿Cuál es el incumplimiento esencial del inquilino? Por ejemplo, el pago de la renta. Y acá el Código Civil desglosa criterios de cuándo, cuánto tiempo tiene que durar el incumplimiento en el pago de la renta para que sea considerado esencial, me refiero al artículo 1697.

También es un incumplimiento esencial, pues, lo que el contrato diga que es un incumplimiento esencial, ya que es, básicamente, la aplicación de la famosísima cláusula resolutoria expresa, que tiene como función esencializar los incumplimientos *prima facie* no son esenciales.

Sin embargo, el IX Pleno Casatorio Civil aportó algo que me parece que es bien importante el *statu quo*. El IX Pleno Civil en la consideración 99 dijo: «Oye, no solo eso es incumplimiento esencial que habilita la resolución, también es un incumplimiento esencial sin importar que es un incumplimiento absoluto, un incumplimiento relativo, o cumplimiento inexacto. No importa eso; lo que importa es que la prestación incumplida por el deudor, afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento».

¿Qué quiere decir eso? Que no solamente son esenciales los incumplimientos que hemos visto anteriormente. Los que la ley dice que son respecto a obligaciones esenciales, las obligaciones que, por su naturaleza, en la tipología contractual son esenciales, con lo que el pacto diga que son esenciales. No, también podría haber un incumplimiento de obligaciones accesorias, pero que impacte la economía del contrato; o de, imaginemos, los famosísimos deberes de protección o deberes de la buena fe, que impacten en la economía del contrato gravemente, lesionando el interés del acreedor, y de manera sustancial, de manera material; y eso también va a ser un incumplimiento esencial que permita al acreedor resolver el contrato.

Bueno, si es que se configura el incumplimiento esencial, que es, básicamente, el requisito, a nivel de supuesto de hecho para la aplicación del remedio resolutorio, nace en cabeza del acreedor una situación jurídica. Un derecho potestativo que es el derecho a resolver. El derecho a resolver por incumplimiento, es un derecho potestativo de actuación judicial o extrajudicial, dependiendo de la modalidad de resolución a la cual se acude, y le permite a la parte afectada, al acreedor contractual, dejar sin efecto la relación jurídica. No es lo mismo que invalidez, sino que actúa a nivel de la relación jurídica, a nivel de los efectos proyectados del contrato.

Este derecho potestativo, al resolver un contrato, se caracteriza porque es de actuación discrecional, es decir, el acreedor puede ejercerlo o puede no ejercerlo. Está en su nivel de decisión. Si él quiere, espera el incumplimiento; si él quiere, aplica otro remedio; si él quiere resuelve. Es un derecho de activación discrecional.

Ahora bien, este derecho a resolver el contrato tiene límites; sí, tiene límites. ¿Qué cosa son los límites? Ya lo dije, pero lo repito. Se trata de circunstancias externas que, ya existiendo, ya habiendo surgido el derecho a resolver en cabeza del acreedor contractual, estas circunstancias inhiben, debilitan, hacen que, en el caso concreto y solo para el caso concreto, el acreedor contractual no pueda ejercer un derecho que ya tiene. No puede ejercer el derecho a resolver un contrato.

Y, sorpresivamente, el IX Pleno Casatorio, también, no les llama límites, pero sí regula límites al derecho a resolver. O sea, regula situaciones por más que el acreedor tenga el derecho a resolver, no va a poder ejercer su derecho. ¿Cuáles son esos límites? Pues, fíjense ustedes, acá lo he puesto de una manera más esquemática.

Son límites al derecho a resolver, conforme al IX Pleno Casatorio, cuando el acreedor que quiere resolver el contrato, no ha cooperado de cara al incumplimiento que alega como causal de resolución. Yo tengo que la carga de cooperación como acreedor, no coopero, y como, a causa de mi falta de cooperación, el deudor no puede cumplir con su obligación; y yo, por ese incumplimiento que yo generé, cuya causalidad deriva de mí como acreedor; por ese incumplimiento de mi deudor, yo le pretendo resolver. En ese caso, mi derecho a resolver va a estar limitado. No puedo ejercerlo; lo tengo, pero no puedo ejercerlo, salvo en el caso concreto porque la causalidad del incumplimiento es reconocible al acreedor.

Lo mismo pasa con un incumplimiento previo del acreedor. El acreedor está en incumplimiento previo; ya sea, desde mi punto de vista, que causó el incumplimiento, entre comillas, «resolutorio del deudor», o, ya sea que es un incumplimiento esencial, distinto del acreedor. Por ejemplo, el acreedor le debe al contratista dar un adelanto para materiales, para movilización, pero no le da un adelanto, y está en incumplimiento grave del acreedor, y el comitente, que no le ha dado el adelanto al contratista, está en incumplimiento grave y después le pide al contratista movilizar, y si no moviliza, le resuelve el contrato. «Oye, pero tú no le has dado el adelanto». Entonces, por lo menos, no le pueden resolver el contrato por esa causal porque tú estás en un incumplimiento resolutorio previo como comenté.

Otra causal, otro límite al ejercicio de resolver por parte del acreedor contractual, es la tolerancia del acreedor frente al incumplimiento, pues acá entran a tallar la confianza que esa tolerancia puede haber generado en el deudor. Esto, básicamente, aplica para los contratos de ejecución periódica, de ejecución duradera, donde la prestación se ejecuta o se va ejecutando, digamos, en diversos bloques que se reparten a través del tiempo; y, pues, imaginemos que en un contrato de suministro de hidrocarburos, el grifo, el acreedor ha tolerado, pues, 15 veces una entrega tardía del combustible por el deudor; y, a la vez, 16, a la oportunidad 16 porque está escrito en el contrato, pretende resolverle el contrato, siento que ha tolerado 15 incumplimientos predios sin activar ningún remedio. En ese caso, el acreedor no puede resolver. Está limitado en su derecho de resolver.

No significa que ya, en lo sucesivo, si hay otro incumplimiento, no puede resolver. No es que pierda su derecho a resolver. Él puede volver a la línea base del contrato, dando una notificación de buena fe al deudor, al vendedor del hidrocarburo, podría decirle: «Oye, si vuelves a incumplir, te voy

a dar un preaviso, pero si vuelves a incumplir de ahora en adelante, te resuelvo el contrato». Lo que no puede es resolver abruptamente, siendo que ha habido 16 veces anteriores que ha tolerado el incumplimiento del suministrador de hidrocarburos.

Entonces, ¿qué pasa si es que el derecho a resolver está sometido a límites, pues, básicamente, si es que el derecho a resolver está sometido a límites, y el acreedor contractual resuelve el contrato, y esto también aplica para cuando no se configuran los requisitos del derecho a resolver, ni siquiera hay un incumplimiento esencial, y el acreedor, aun así, se manda a resolver el contrato. Si eso ocurre, el contrato, supuestamente resuelto, realmente está mal resuelto. Como consecuencia de ello, el contrato sigue vigente; y, además de ello, el que, supuestamente, había resuelto el contrato, pues ha ejercido irregularmente el derecho a resolver, y podría encontrarse en una situación de incumplimiento, en la modalidad de repudio del contrato. O sea, «yo ya te di por resuelto el contrato, pero está mal resuelto». Pues, en el fondo, lo que estoy haciendo es repudiando el contrato. Estoy violando mis deberes de buena fe, estoy diciendo «De ahora en adelante no estoy vinculada contigo», y eso *per se*, ya es un incumplimiento, y le podría dar, de hecho, a mi contraparte; es decir, a quien yo le resolví el contrato, supuestamente, pero lo resolví mal, esa contraparte podría terminar a través de un contraataque, resolviendo correctamente el contrato por mi repudio derivado de mi resolución errónea.

Entonces, conclusión; la moraleja acá es que hay que tener muchísimo cuidado a la hora de resolver contratos, y estas también son lecciones aprendidas del IX Pleno Casatorio Civil.

Bueno, ese ha sido el contenido de la exposición. Espero que haya sido de su agrado.

24 NOVIEMBRE DE 2021

MESA 7

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

*Víctor Madrid Horna*<sup>1</sup>

*Jorge Beltrán Pacheco*<sup>2</sup>

*Mario Solís Córdova*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente en la Facultad de Derecho de la PUCP. Tiene estudios en la Universidad del Pacífico, en el área de contratos, derecho civil patrimonial y arbitraje. Árbitro.

<sup>2</sup> Bachiller y magíster en derecho por la PUCP. Abogado por la misma casa de estudios y con estudios concluidos en la Licenciatura en Educación con Mención en Educación para el Desarrollo de la Facultad de Educación de la PUCP. Especialista en Educación Virtual por la Universidad de Alicante, España.

<sup>3</sup> Abogado por la PUCP. Profesor de Derecho Civil en las facultades de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, UPC y Universidad de San Martín de Porres. Autor de diversas publicaciones en materia de derecho civil.



**Víctor Madrid Horna:** Muy buenas, tardes.

En primer lugar, agradecerles de manera muy especial al Instituto de Derecho Civil peruano y a las personas que me acompañan, dos dilectos amigos, como es Mario y Jorge. De verdad, es un gusto encontrarnos, como se dice, en cámaras, para poder dialogar sobre temas tan importantes como en esta mesa nos toca, como el tema del negocio jurídico.

No tenemos mucho tiempo para hacer mucho preámbulo, así que voy a, simplemente, adelantar dos cosas que quiero contar.

La primera de ellas es que no cabe duda de que entre el proyecto de enmiendas que se empezó a trabajar del Código Civil peruano, hubo muchas preocupaciones por parte de quienes estuvieron integrando las comisiones y también hubo preocupaciones, obviamente, en torno al Libro de Acto Jurídico, que, justamente, es el que nos convoca hoy en día. No son pocos los problemas y las reflexiones que un libro como este merece en el ámbito del derecho civil privado, porque, como todos sabemos, la teoría general del acto jurídico, tal y como la ha concebido el Código Civil peruano, es una piedra angular, a partir de la cual se van desarrollando o albergando u hospedando una serie de figuras distintas.

Lo primero que debo decir, sin ánimo de, obviamente, agotar tan complejo y tan vasto, es que, pues, el Código Civil, obviamente, adoptó la teoría del acto jurídico bajo una perspectiva fundamentalmente de influencia francesa. Ya decía, en su momento, Lizardo Taboada, que el Código Civil peruano, víctima de su tiempo, había cedido a adoptar una visión del acto jurídico, si bien es cierto, centralizando el rol de la voluntad de quienes, obviamente, son capaces de producir efectos jurídicos, como una cuestión, que, si bien es cierto, en su momento fue muy comprensible, dada la trayectoria del Código Civil y su influencia, que luego ha sido un poco, digamos, contrastada con la moderna teoría del negocio jurídico, que, también, por su parte, ha sufrido una serie de evoluciones, de discusiones, de replanteos.

Una pregunta que siempre ha sido crucial y permanente, insistente, sobre todo, en la cátedra, yo diría, ¿cuál es la diferencia que tiene nuestro Código Civil, regulando la teoría del negocio jurídico versus la doctrina del negocio jurídico, que, generalmente, es en la clave en que se escribe ya la doctrina más avanzada, referido, justamente, a aquellos actos que importan voluntad y que producen efectos jurídicos que el legislador quiere regular, de una u otra manera, como, justamente, el átomo del derecho civil patrimonial.

La respuesta, lamentablemente, como lo dice el mismo Lizardo Taboada, no es sencilla. La doctrina del acto jurídico que tiene el Código Civil peruano es o fue en su momento equivalente, a la del negocio jurídico, por lo menos, en su primera versión, por una razón importante. Porque centraliza el rol de la voluntad; y, sobre todo, de la manifestación de voluntad, como, digamos, la fuente capaz de crear, de regular, de modificar o de extinguir las fuentes jurídicas que vamos a ver, luego, que son, finalmente, determinadas o reguladas por el ordenamiento jurídico.

No son pocas las críticas que, en su momento, me refiero después del año 1984, se hicieron al Código Civil. Sin embargo, la teoría del negocio jurídico, supera de una u otra manera, no necesariamente la esencia de la teoría del acto jurídico, sino, yo diría la metodología con la que aborda la problemática un poquito más amplia, más rica. ¿Por qué? Porque siempre estamos hablando de lo mismo. Es decir, la manifestación de voluntad que producen los actos jurídicos que el legislador quiere reconocer, quiere regular, quiere precisar, quiere modular, obviamente, a través de las disposiciones que, en su caso, están incluidas en el libro de acto jurídico.

Sin embargo, hoy en día, digamos, para estar un poco más sintonizados, sabemos que, incluso, en un momento, la teoría del negocio jurídico fue, prácticamente, idéntica a la del acto jurídico, pero después ya no. Y no lo fue porque, en realidad, estamos hablando de cosas diferentes, y no lo que hoy día, lo que nosotros conocemos como acto jurídico o negocio jurídico, es el acto jurídico negocial, que trata, de alguna manera, de marcar distancia, y creo que esto es sano y bueno al decirlo, de lo que se conoce en doctrina como el acto jurídico en sentido estricto. Es decir, aquellos supuestos de hecho en los que hay manifestación de voluntad, pero que, en las consecuencias jurídicas, vienen determinadas de una manera automática por la norma, mientras que el acto jurídico negocial, o el negocio jurídico, se caracteriza porque la voluntad es querida y es pretendida por las partes.

Sin embargo, este punto, no solamente es el único que, digamos, empieza a marcar distancia, sino que las teorías, porque no ha sido una, sino varias del negocio jurídico, han sabido encontrar otros aspectos en los cuales se generan verdaderas riquezas conceptuales.

La primera de ellas es que el centralismo, el voluntarismo francés, miraba, sobre todo, a la voluntad desde el eje de la autonomía privada, como aquella capaz de producir mutaciones en las situaciones jurídicas, y en lo que el ordenamiento, luego, va a reconocer como verdaderos actos de regulación. Sin embargo, las teorías del negocio jurídico han sabido entender que no es la voluntad del hombre la que es capaz de producir, digamos, de manera indiscriminada las consecuencias jurídicas, sino que es el ordenamiento jurídico el que, finalmente, decide, qué es lo que valida o reconoce de los supuestos de hecho, que están constituidos, fundamentalmente, por actos de autonomía privada.

Por eso, hoy en día, si bien podemos decir que el acto jurídico equivale al negocio jurídico, desde la perspectiva del acto jurídico negocial, para, digamos, no salirnos de terminología, hay que entender, y así lo entendió, además, la práctica jurisprudencial, que no basta, simplemente, una voluntad, una intención, sino también basta un reconocimiento, a partir del cual estén estos actos de autonomía privada como supuestos de hecho; es decir, léase elementos y ya no una homonimia entre manifestación de voluntad y acto jurídico, sino simple y llanamente supuestos de hecho que conforman o constituyen el negocio jurídico, hoy día, digamos, se ha visto enriquecido.

Eso, un poco, básicamente, para homologar o, digamos, ponernos al día en cuanto a esta terminología que, de frente o de cara nos puede generar un problema, porque el Código Civil sigue hablando de acto jurídico, nuestra jurisprudencia sigue hablando de acto jurídico, y estamos hablando, efectivamente, de negocios jurídicos, pero no de actos jurídicos, en sentido estricto.

Ahora, yo quería aprovechar estos minutos para, básicamente, dejar planteadas dos problemáticas en el marco de este Congreso Internacional de Derecho Civil y Arbitraje, que se presentan y que me parecen, que vale la pena, digamos, entre otros más, porque, obviamente, hay muchos más comentados.

El primero tiene que ver con la nulidad virtual. La nulidad virtual, como se sabe, y el Código Civil lo reconoce también, es un fenómeno de bastante complejidad, que tienen otras legislaciones y que permiten que el operador jurídico pueda sancionar la nulidad, aunque ella no ha sido prevista de manera expresa en la norma. Por eso se le llama «nulidad virtual».

Si bien es cierto, la nulidad virtual tiene todo un tópico y toda una temática que voy a comentar en breves segundos, sí me parece que esto se conecta con problemas que también trascienden al ámbito de lo puramente negocial. Me refiero al ámbito jurisdiccional, particularmente, del arbitraje, considerando que estamos en ese entorno.

Muchas veces los árbitros se encuentran en una disyuntiva tremenda. No se ha planteado la nulidad de determinado contrato o acto jurídico, como pretensión, sin embargo, ellos consideran que debe ser sancionada, debe ser declarada, o, por lo menos, debe ser operativizada en la secuela del proceso, y, sobre todo, en el laudo. Y entro en un problema porque, claro, los árbitros tienen solamente una competencia, en función de lo que las partes tienen a bien delegarles.

Entonces, he estado revisando mucha experiencia contractual en materia de arbitrajes sobre nulidad virtual, y resulta que los tribunales, casi unánimemente, son reacios a pronunciarse sobre nulidades virtuales, habida cuenta de que estas no han sido delegadas por las partes, como parte de la materia sometida a su competencia.

Entonces, si bien es cierto, este es un aspecto, más que nada, procesal arbitral, me obliga a hacer una reflexión sobre los alcances de lo que se conoce como nulidad virtual, sobre todo, en sede negocial.

¿De qué hablamos cuando hablamos de nulidad virtual? Nosotros sabemos que la nulidad, bajo el principio de reglas que gobierna el Código Civil está conectada con el principio de legalidad. Es decir, lo nulo tiene que estar previstamente sancionado como nulo. Es decir, la nulidad solamente puede ser sancionada por causa prevista en la ley. Esta prohibición legal, conocida también como «principio de legalidad», se extiende de una manera enorme en el Derecho Civil, sobre todo también en el Derecho Procesal Civil. Sobre eso no hay discusión. Sin embargo, por ejemplo, nosotros tenemos un dispositivo, estoy pensando de manera específica, en el artículo 219, cuando dice que «el acto jurídico es nulo en el caso del artículo quinto, del Título Preliminar». Se refiere, obviamente, al Título Preliminar del Código Civil. Y cuando uno acude al artículo quinto, nos vamos a ver que «es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público y las buenas costumbres».

Es decir, por remisión, tenemos, una «causal de nulidad» que nos lleva de la mano al Título Preliminar del Código Civil, a su artículo 5.

Este es un artículo superusado, superempleado en la práctica y que no tiene nada de nuevo, pero sí creo que es importante reflexionar sobre los alcances de la llamada «nulidad virtual», sobre todo, en sede civil, y su impacto en la competencia de los árbitros para decidirla de oficio.

Yo sé que estoy saliéndome un poquito del ámbito negocial, pero lo conecto en el contexto de que estamos en un evento en el que también se están tratando temas de suma importancia, referidos al ámbito arbitral.

Son nulos los actos jurídicos contrarios a normas que interesan al orden público y las buenas costumbres. Esta norma, según los comentarios, digamos, más acertados que se han escrito, nos está señalando que el operador jurídico porque, obviamente, esa nulidad tiene que decretada en sede jurisdiccional, podría ser sancionada sin previsión legal expresa. Es decir, el principio de legalidad nos lleva de la mano a considerar que la nulidad solamente podría ser sancionada por motivos absolutamente específicos y concretos previstos en la ley. Lo que se conoce como una «regulación *clausus*» o una «regulación taxativa», que es, por ejemplo, más o menos lo que tiene el 219 en el Código Civil y otras normas similares u homónimas en otros cuerpos normativos.

En este caso, el operador califica el supuesto de hecho y, eventualmente, puede decidir la nulidad. Sin embargo, en el caso particular que estamos comentando, me refiero a la nulidad virtual, asistimos a un problema, no digamos un problema, pero una situación que puede generarnos varios problemas o más de un problema. ¿Por qué? Porque el artículo es un artículo abierto que deja en manos del operador la interpretación de aquel acto que es contrario a normas de orden público.

Entonces, esto nos lleva a varias reflexiones. La primera de ellas es ¿de qué hablamos cuando hablamos de acto jurídico? Sabemos que nuestro Código Civil tiene, por ejemplo, una sistemática que, en el Libro de Acto Jurídico, habla que el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que el contrato es una especie, en tanto se trata de relaciones jurídicas con contenido patrimonial.

Pero nos referimos básicamente a actos jurídicos negociales, en lo que, como decía al comienzo, está presente la intención de las partes. ¿Por qué? Porque en aquellos casos en los cuales asistimos, siguiendo la nomenclatura más actual. Entonces, actos jurídicos, en sentido estricto, esto carecen,

fundamentalmente de intención; no de voluntad, pero de intención. Y, por tanto, consideramos que cuando esta norma, bajo comentario, alude a actos jurídicos, está pensando fundamentalmente en supuestos de hecho constituidos por actos de autonomía privada, pero que gozan de intención y que, por lo tanto, en tanto tales pueden ser transgresores del orden público; o, en su caso, de buenas costumbres.

Pero esto es un asunto menor porque, de pronto, el de mayor envergadura, es el referido a establecer ¿de qué hablamos cuando hablamos de orden público.

Y esto es un pequeño problema porque, cuando uno acude a la literatura disponible, se da cuenta de que no necesariamente existe unicidad en conceptos de lo que hablamos de orden público. Bueno, ustedes me pueden decir: «Bueno, sí, pero, más o menos, se entiende. Fíjense que estamos hablando de un concepto que va a ser utilizado por el operador jurídico de turno para decidir la nulidad de un acto jurídico.

Y cuando hablamos de la nulidad, y acá hago una pausa, estamos hablando de una sanción y de última ratio que impone el ordenamiento jurídico para privar de efectos a un acto jurídico que transgrede, elementos, presupuestos o requisitos fundacionales para que el propio ordenamiento pueda reconocerlo como tal.

Entonces, no estamos hablando de poca cosa. La nulidad es una sanción sumamente drástica y que tiene consecuencias sumamente drásticas, y que, obviamente, por su propia naturaleza, está causalizada en los preceptos legales como los que estamos leyendo ahorita.

Entonces, sin embargo y sin perjuicio de todo esto, resulta que, por una aplicación directa, del artículo quinto del Título Preliminar, que también es citado en el 219, los operadores jurídicos podrían decidir la nulidad cuando estamos frente a un acto jurídico que contradice, léase transgreden normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

¿Por qué hago esta reflexión que, de pronto, es algo, es un lugar común, de hecho, en el ámbito del análisis de las nulidades, del régimen de nulidades? Porque cada vez más los operadores jurídicos, sobre todo en sede arbitral, se encuentran con un verdadero dilema. ¿Por qué? Porque tienen frente a ellos actos jurídicos que ellos consideran que son transgresores del orden público, y la pregunta que ellos hacen es, ¿qué pasa si yo detecto un acto jurídico que considero que violenta el orden público, pero no ha sido pretendido como tal? ¿Puedo sancionarlo de oficio? ¿Se trata de una verdadera pretensión implícita? ¿El ordenamiento me autoriza para que yo pueda sancionar con esta nefasta consecuencia jurídica que es privar de efectos completamente al acto jurídico en cuestión?

Entonces, esto nos lleva rápidamente a revisar de qué hablamos cuando hablamos de orden público. Sabemos nosotros que la clasificación o la taxonomía de las normas puede, digamos, adoptar diferentes maneras de agruparse. Por ejemplo, por su jerarquía las normas pueden clasificarse en leyes, decretos, etc., pero en función de la disponibilidad de la norma, sabemos nosotros que en sede de derecho privado o en sede contractual, las normas se clasifican en normas disponibles y normas imperativas.

Las normas disponibles, son aquellas que permiten que las partes puedan, como su nombre lo indica, disponer, modificar o, incluso, derogar estas disposiciones normativas para que la voluntad pueda, obviamente, imponerse. De hecho, en sede contractual, la mayoría de normas, goza de un carácter de disponibilidad.

En cambio, las normas imperativas, en contraposición a lo que acabo de mencionar, son aquellas que sea que obliguen o que prohíban conductas, le imponen a los sujetos un actuar sin lugar a la disponibilidad. Es decir, ellos no pueden derogarlas, no pueden modificarlas ni menos regularlas, ni mucho menos, obviamente, establecer pacto en contrario.

Bueno, esto, más o menos, es claro. Lo complicado, y acá viene el eje, de pronto de esta reflexión, considerando el tema que estoy tratando de compartir con ustedes, que es la problemática que nos puede plantear la nulidad virtual en sede de acto jurídico, es que las normas imperativas hospedan o dan cabida a una subespecie que, en palabras de muchos autores, se llaman normas de orden público. Es decir, las normas de orden público son normas imperativas que constituyen una especie de estas, pero que no son estas, son un grupo menor. Es decir, toda norma imperativa, no necesariamente es de orden público, pero toda norma de orden público, necesariamente lo es.

La pregunta es si las normas imperativas a secas, y las normas de orden público son imperativas todas ellas, cuándo estamos frente a una norma de orden público, porque es evidente que las normas no vienen con esta etiqueta.

La doctrina pacífica en señalar que hablamos de normas de orden público, cuando nos enfrentamos a disposiciones que, de una u otra manera, revisten o representan un interés nacional, o representan una ideología para el Estado, o representan intereses generales que el Estado o un determinado Estado pretende cuidar o hacer prevalecer.

Son normas primordiales son normas que, independientemente, de las simplemente imperativas, cobijan, de alguna u otra manera, un interés general. Pero si ustedes se dan cuenta, estas definiciones, más allá de que pueda seguir dando vueltas, son o configuran un ámbito bastante impreciso. Es decir, uno podría someter a una fuerte discusión cuándo estoy frente a una simple norma imperativa, o cuándo estoy frente a una norma de orden público.

Si bien es cierto, esto puede ser discutible, el tema se vuelve más álgido, si consideramos que un operador jurídico podría decretar, de manera virtual la nulidad de un acto jurídico, porque considera que está transgrediendo el orden público, y como acabamos de ver, esto podría constituir una plena causal de nulidad.

Entonces, de qué hablamos, entonces, cuando hablamos de la problemática que puede acarrear la famosa nulidad virtual a la que nos remite el artículo 219, numeral 8 y que nos remite al artículo quinto.

La primera de ellas, y es una cosa que quiero dejar planteada, es que la nulidad es una sanción fundamental que el ordenamiento, precisamente, les asigna a determinados actos de autonomía privada, cuando inobservan, violentan o transgreden requisitos fundamentales para ser reconocidos como tales, dentro del ordenamiento jurídico.

No es una sanción menor, es la máxima sanción porque no solamente desaparece al acto en cuestión, sino que también destruye todos y cada uno de los efectos que pudiera haber producido en el tiempo.

Entonces, si estamos hablando de nulidad y el Código Civil, y en la doctrina también esto es igual, reconoce que existe la posibilidad de una nulidad virtual, entonces, es evidente que lo que este sistema, este mecanismo que puede ser muy positivo, definitivamente, abre las puertas a una discrecionalidad tremenda en manos del operador jurídico de turno, léase el árbitro o el juez, porque él podría tranquilamente considerar a un acto jurídico como transgresor del orden público, porque el orden público no está definido en ninguna norma; que aunque lo esté, como cualquiera comprenderá, esto también podría ser interpretable, pero ni siquiera lo está, entonces, se vuelve todavía muchísimo más relativo y muchísimo más abstracto el ámbito de discrecionalidad que tiene un operador jurídico para considerar que esto podría ser sancionado nulo. Y eso no es lo único. Voy terminando.

Y lo último que quería agregar a esta problemática es que, en los procesos, en los que las partes, generalmente, plantean pretensiones orientadas a generar la invalidez de actos jurídicos, a veces, postulan la nulidad porque consideran que se transgrede el artículo quinto. Y, a veces, esto es lo más grave

y con esto quiero cerrar esta reflexión, los árbitros se dan cuenta de que esto ocurre sin que esto haya sido planteado por los jueces.

Entonces, acá se genera un doble problema. Si ya es un problema, la determinación de lo que, definitivamente, es transgresión, o invasión o negación del orden público, que es reconocido en determinado Estado, cuánto más poder sancionarlo en el marco de un proceso en el que, ni siquiera ha sido postulado como pretensión. ¿Pueden los árbitros hacerlo?

Termino con esta reflexión. En muchos procesos en los cuales, se han generado, por ejemplo, graves actos de corrupción, las partes se pueden defender diciendo: «acá ha habido actos de corrupción». Los jueces o los árbitros pueden detectar que ha habido actos de corrupción y muy graves. La pregunta es, ¿podrían sancionar de oficio una pretensión que no ha sido expresamente postulada por las partes?, porque chocaría con el ámbito de la arbitrabilidad objetiva, por un lado, pero, además, también chocaría con el hecho de que están, digamos, avanzando en un terreno bastante confuso, considerando las consecuencias, porque estamos hablando de nulidad.

Bueno, esta reflexión que yo comparto con la mesa es, básicamente, para abrir este debate, abrir la conversación, escuchar a mis dilectos amigos, y hablar un poco sobre las problemáticas que la teoría negocial enfrenta y que siempre nos está trayendo a reflexión.

Yo quiero agradecerles mucho por su paciencia, y nada. Quedo a lo que tenga a bien disponer la mesa.

Muchas gracias.

**Jorge Beltrán Pacheco:** Interpretación del acto jurídico es el tema que he considerado para esta conferencia. Estas son las tres reglas principales que tiene el Código Civil sobre interpretación del acto jurídico. Digo principales, porque existen otras que están a lo largo del Código Civil peruano, y que, de alguna u otra manera también solemos utilizarlas.

Cuando tenemos un problema con la poca claridad al momento de establecer la declaración de voluntad; y, por lo tanto, los alcances de la misma, se dice que, primero tenemos que evaluar lo que se haya expresado en esta declaración, y ceñirnos al [fallas de audio] este Código, en la parte correspondiente al artículo 169 del Código Civil peruano, señala que cuando tenemos algunas discrepancias en el contenido, en el cuerpo y, nuevamente, entre comillas, «se hace mención a las cláusulas» de los actos jurídicos, debemos nosotros interpretar los aspectos dudosos o poco claros, las unas por medio de las otras, tendiendo [fallas de audio], manifestando en distintas estipulaciones previstas en el texto del acto, que no debemos confundirlo con el acto propiamente dicho. Y, por tanto, cuando hay, entre comillas, nuevamente, «cláusulas dudosas», debemos asignarle el sentido del conjunto del acto.

Y, finalmente, nos dice el Código Civil peruano que [fallas de audio] objeto del acto. Un concepto objeto que ha merecido diversas interpretaciones o lecturas, y que, de alguna manera, es importante hacer algunas precisiones al respecto.

Respecto del tema que estoy abordando, me importa realizar algunas reflexiones preliminares. Específicamente, si nos restringimos a la manera cómo en el sistema francés se efectúa una interpretación, ahí vamos a poder encontrar lo que se conoce como la interpretación intracontractual, donde se hace referencia al contexto contractual y a la productividad jurídica, siendo el contexto contractual aquello que establece que, si existen algunas estipulaciones, las cuales son contradictorias entre sí, debemos entender una por medio de las otras, asignándole el sentido al conjunto del acto. Muy parecido a lo que el Código Civil regula.

Y cuando hacemos referencia a la productividad jurídica, tenemos que, si una estipulación tiene diversos sentidos, debemos utilizar aquel que le dé mayor eficacia o le dé eficacia efectiva, valga la redundancia, esta redundancia expuesta del acto celebrado.

Y cuando hablemos de la interpretación extracontractual, nos hacemos referencia a los hechos anteriores, coetáneos y posteriores, que complementan la formación de la voluntad, y que nos hacen entender mejor el alcance del negocio.

La aplicación sistemática vendría a ser que, en caso de dudas o ambigüedades o vacíos, aplica-mos lo que las normas jurídicas pueden haber señalado, y, finalmente, el criterio de la equidad, bus-cando que se atribuya el sentido siempre más favorable para aquel que no ha participado en la forma-ción o en la creación propiamente de lo declarado.

En el sistema alemán tenemos las circunstancias del caso, entendiendo los hechos anteriores, coetáneos o posteriores, como un primer momento; los fines económicos, entendiendo que, cuando exista alguna duda o ambigüedad, también nosotros debemos priorizar los propósitos económico-sociales que se buscan con el negocio jurídico, el sentimiento jurídico que está relacionado con la aplicación sistemática, que quiere decir que el juez, cuando interpreta una ambigüedad o un vacío, va a tener que considerar aquello que, habitualmente, se establece en la práctica social, pero también lo que establecen las normas jurídicas, los usos sociales, que es muy importante para el sistema alemán, entendiendo como las prácticas cotidianas que generan obligatoriedad para las partes, y la buena fe, *true klaffen*, que tiene diversas manifestaciones en reglas de aplicación, una de las cuales dice que, en caso de duda, hay que interpretar en contra de aquél que redactó o estableció aquella estipulación o cláusula dudosa.

Y, finalmente, en el sistema italiano, desde un punto de vista mixto, es decir, que prioriza tanto la declaración como la manifestación, se tiene el criterio hermenéutico de buena fe, como una inten-ción la conservación del contrato que, en caso de duda, debemos nosotros priorizar aquello que sea importante, que termine la eficacia del contrato, la responsabilidad y la confianza en la declaración por la que se establece la redacción de una determinada estipulación, debemos entender que aquel que lo ha elaborado, es el que tiene que soportar las consecuencias de su imprecisión; y, por tanto, el receptor es quien actúa de buena fe, el que considera entender el mejor aspecto o el mejor sentido aplicable para esta declaración y la ponderación equitativa de intereses.

En el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, del cual hemos participado, al igual que tam-bién mis queridos compañeros hoy en la mesa, han participado con sus importantes propuestas, tene-mos lo siguiente como propuestas; y, casualmente, las quiero compartir porque todos, yo sé que han podido haber tenido algún alcance con el anteproyecto, pero, de alguna u otra manera, es importante precisar.

En el artículo 168 se hace la precisión respectiva. Si bien dice, la interpretación se deberá limitada al sentido literal de las palabras, en ningún caso la interpretación se deberá limitar al sentido literal de las palabras, aquí hay que extenderlo. Debemos evaluar el comportamiento del autor o los autores del acto jurídico de forma integral.

[fallas de audio]

En este caso concreto, debiéndose evaluar el comportamiento integral del autor o los autores del acto jurídico. ¿Y esto qué significa? Que cuando nosotros estamos quedando, cuando estamos concibiendo la declaración de voluntad, exteriorizando aquello que importa: las reglas del negocio jurídico o del acto jurídico celebrado, debemos considerar, no solamente aquellas conductas al mo-mento de la celebración del negocio o elaboración del acto, del documento, sino los actos anteriores, coetáneos y posteriores. Ya lo habíamos destacado en la interpretación del sistema francés; ya lo ha-bíamos destacado en la interpretación del sistema alemán, que es importante entender la completitud del acto que se está celebrando, a través de los comportamientos que preceden, que son coetáneos y posteriores al mismo.

En el artículo 168-A se establece que, en el caso concreto de la utilización de las reglas de la buena fe, que para nosotros es un criterio hermenéutico de interpretación, y que no es aplicable para

todo tipo de acto, el acto en donde sí le resulta aplicable la regla de la buena fe, es en el acto jurídico recepticio. Y esto, como lo habíamos previsto, vinculado con lo que concierne a la teoría de la confianza y a la teoría de la declaración.

Esto quiere decir que aquel que recibe nuestra declaración imprecisa, es el que tiene que invocar la buena fe, entendiendo que es lo que normalmente o comúnmente entiende, a partir del contexto celebrado, del acto celebrado; y, por tanto, el que ha declarado de modo incorrecto o inadecuado, es el que tiene que soportar las consecuencias.

Artículo 169, las disposiciones. Ya no hablamos de «cláusula» porque en el acto jurídico no todos son bilaterales, son también actos jurídicos unilaterales, y en los actos jurídicos unilaterales no podemos hacer referencia a cláusulas, aludimos solamente a disposiciones; por lo tanto, consideramos que la disposición es un concepto mucho más amplio para englobar, tanto aquello que importa los actos bilaterales, como también los actos unilaterales. Y en estos casos, hay que interpretarlos, según una por medio de las otras, atribuyéndole las dudosas el conjunto de todas ellas.

Cuando tenemos que las expresiones que tengan varios sentidos, deben entenderse al más adecuado a la naturaleza y al propósito del acto. Fíjense que ya no hacemos referencia a la noción de objeto. En la noción de objeto, ha sido materia de varios debates. Solo la de objeto podría merecer una mesa acá con mis compañeros. El objeto puede ser concebido como el propósito perseguido, es decir, la finalidad lograda con el acto, como que también podemos concebir al objeto como el bien, o aquello sobre el cual recae la valoración del sujeto. Por tanto, es mejor precisar la noción de objeto y cambiarla acá por la de propósito. ¿Cuál es el propósito perseguido por los sujetos mediante el acto realizado? Lo cual lo vincula también con la noción de causa, que nosotros consideramos que también es parte de la estructura del acto jurídico.

En lo que concierne al artículo 170-A, se propone la idea, el criterio de la conservación del acto. Como ya lo habíamos señalado en la parte inicial de las reflexiones preliminares de nuestra intervención, cuando un acto tiene disposiciones que son diversas, son sentidos que podrían llevar a una confrontación, debemos tratar de rescatar la eficacia del acto celebrado; y, por tanto, buscar conservar sus efectos.

Entre dos lecturas, una que conserve y otra que perjudique los efectos del acto, debemos priorizar la conservación.

Y ya casi terminando con nuestra disertación, el 170-B nos hace referencia a dos criterios específicos agregados, que son subsidiarios. Esto quiere decir, a falta de otros criterios, el que, en caso de que exista una regla, una norma contenida en el acto, la cual puede ser ambigua, dudosa, y se mantenga de esa manera, debemos utilizar la equidad. La equidad que ya había sido establecida en el sistema francés. Una equidad en la ponderación de los intereses de las partes. Esto quiere decir un equilibrio, siempre mantener el equilibrio del acto que se ha celebrado, cuando este es a título oneroso. Y cuando es a título gratuito, no podemos establecer un gravamen mayor a aquel sujeto que *per se*, ya ha realizado la liberalidad.

¿Esto qué quiere decir? Que lo que se busca es evitar que aquel sujeto que ya se ha desprendido mediante el acto de liberalidad, no tenga un mayor «perjuicio», entre comillas, una mayor afectación que aquella que ha asumido.

Y para ir cerrando mi intervención, ¿qué es lo que se propone, entonces? Se propone la introducción del criterio hermenéutico de buena fe. Como les señalaba, la buena fe no aplicable para todo tipo de actos, sino para aquellos establecidos con carácter recepticio.

Segundo, el criterio de conservación del contrato, que no está previsto todavía en la normatividad nacional, pero que también es un criterio de interpretación.

El criterio de la ponderación equitativa de los intereses para cuando se trata de actos onerosos.

Y, finalmente, el criterio de la afectación mínima para los actos a título gratuito para evitar que exista una mayor afectación de aquello que *per se* es sujeto que ya ha liberado un bien, pueda estar asumiendo.

**Mario Solís Córdova:** Buenas noches.

Vamos a colocar algunos artículos del Código Civil que más o menos guíen lo que quería comentar hoy y comentar, además, que este tema del negocio jurídico, con lo que dijo Víctor Madrid, que justo me leía la mente, porque ayer estaba en una disyuntiva de este tipo, esta nulidad virtual y la equiparación a esos temas de orden público y de normas imperativas. No siempre toda norma de orden público es norma imperativa y al revés.

La lógica es variable, pero la ambigüedad es enorme. Ese es el problema. No hay una referencia o una guía más o menos consistente en este asunto. Tal vez, a veces, habría que decidir, por un lado, como este tema de la nulidad de las transferencias de propiedad suscritas por un solo cónyuge. Las disyuntivas eran la ineficacia o la nulidad. Bueno, al final, se decidió por la nulidad y yo estaba por la ineficacia, pero ya hay una salida, al menos.

El sistema opta por algo. Y, bueno, ya, ni hablar, pues, en los temas de hermenéutica y la interpretación que Jorge domina también y que venía exponiendo.

Este tema del negocio jurídico, además, engarza con el asunto de la Comisión Revisora del Código Civil, que tiene aportes, evidentemente, sustanciales, pero que también tienen una guía ideológica y jurídica que prevalece en ella, que es, básicamente, la del derecho civil italiano, de enorme influencia en nuestro país.

Qué importante es, creo ya, a estas alturas del partido, definir la figura del negocio jurídico, ya a nivel positivo, como se vienen intentando, por ejemplo, en Colombia, porque, si bien la judicatura nacional está muy pegada, pues, a los temas sobre la concepción del acto jurídico, yo creo que después del primer libro de Lizardo Taboada y de todo lo que se ha escrito posteriormente. A veces, nosotros creemos que nos quedamos en los noventa, pues, don Víctor y don Jorge, pero ya es bastante tiempo desde esa época. Desde el primer libro de Taboada, cuánto ha pasado. A quien tuve de profesor, cuando aún lo visitaba un jovencísimo Erick Palacios. Y desde esa época a ahora, la figura del negocio jurídico y los aportes del negocio jurídico, la discusión sobre el tema del negocio, de la manifestación de voluntad con efectos jurídicos deseados por las partes o no. Creo que es necesario ya replantear el asunto y asumir la figura del negocio jurídico.

Pero ¿por qué? Porque, en realidad, lo que sucede es que todo se ha vuelto muy complejo. Los italianos desarrollaron este tema a partir del contrato, y, al final, pues, casi todas las normas contractuales se podrían fijar a partir del negocio. Nosotros empezamos por tener, como otros códigos, una parte especial sobre la regulación pura de la manifestación de voluntad y sus efectos. Esa fue nuestra opción legislativa, y creo que asumir la figura del negocio jurídico positivamente, engarza con esa tradición o engarza con esa intención inicial del legislador.

Bueno, y por qué, además. Porque uno podría decir, bueno, las figuras son similares, al final, son sinónimos. No, yo creo que, si en el Perú se conociera, por parte de los estudiantes hasta los jueces, la figura del acto jurídico en sentido estricto, que es todo un universo. Tendríamos mucho más claras las cosas.

Y en el ámbito de los derechos reales, que es un pequeño comentario que voy a hacer, bueno, esto sucede en cada momento, porque hay como un vacío. Hay como un vacío en el análisis de muchas figuras y muchas categorías del acto jurídico, de los derechos reales y de su relación con los negocios jurídicos.

Durante mucho tiempo en el Perú, insignes profesores y docentes como nuestro querido profesor, Martín Mejorada, defendieron la idea de que no debería existir una frontera entre derechos reales y derechos obligacionales. Y, que, bueno, los negocios jurídicos, pues, crean, básicamente, derechos obligacionales bajo la figura del contrato.

Yo creo que ser diferente no significa ser opositor. Entonces, si la teoría del negocio jurídico y la teoría general de los derechos reales pueden llevarse perfectamente. Deben, además, tener una dinámica, es la dinámica del día a día en el mercado. No son entidades aisladas, sino que trabajan de forma dinámica; y, por lo tanto, los conceptos de ambos deben encajar, y no generar vacíos como constantemente se da en la norma.

La transferencia de propiedad, primer tema interesante porque, si digo que la transferencia de propiedad en el 947 opera por el viejo sistema romano de título en modo, entonces, estoy buscando un título.

De hecho, esto me empuja a ser pensado porque me dice que, para que opere la transferencia de propiedad de bien mueble, se debe hacer tradición, o sea, la entrega a quien es debido, a su acreedor. Por lo tanto, habrá un deudor. Por lo tanto, previamente, habrá una relación obligatoria. Por lo tanto, qué fuente de la relación obligatoria sería.

Siempre me he preguntado, si la fuente no se encuentra en el Libro Fuente de las Obligaciones, ¿dónde, por ejemplo, se encontrarían las transferencias de propiedad de origen legal? ¿En qué momento operaría la transferencia, por ejemplo, que, si el Estado, de carpas, frazadas o no sé qué, a damnificados? ¿Desde el momento en que sale la norma o desde el momento de la entrega? Básicamente, hemos pensado este asunto, a partir de contratos. Pero la transferencia de propiedad es un fenómeno que escapa a, únicamente, a la materia contractual. Es un fenómeno independiente, es un fenómeno de la realidad. El momento en que ocurre este traslado de la titularidad de una persona a otra.

Si dijésemos, por ejemplo, que la transferencia de propiedad tiene como título el acto jurídico en sentido lato, lo que involucra, pues, a los negocios jurídicos, y a los actos jurídicos en sentido estricto, tendríamos una mejor visión de cómo puedo operar la transferencia.

Yo he oído muchas veces a algunas personas decir que, por ejemplo, no puede operar en el caso de una promesa unilateral. Pero ¿por qué? Si es fuente de las obligaciones. Estamos contractualizados en todo nuestro pensamiento, es como cuando se estudia compraventa... ese es el defecto: se estudia contratos y solo se piensa en compraventa. O se estudia derechos reales y solo se piensa en propiedad.

El mismo problema ocurriría con el artículo tantas veces analizado y discutido, que es el de la transferencia de propiedad inmueble. Acá también nace la figura del acreedor y del deudor. ¿Qué pasa con las transferencias ordenadas por ley? ¿Operan desde la creación de la sola obligación? ¿Es esa obligación estatal similar a la obligación civil?

Entonces, ahí creo que de separar los tres conceptos que, además, en su momento, Lizardo Taboada a mí me lo enseñó como una enorme esfera dentro de la cual estaban dos más. Cualquiera sea el esquema, en realidad, del hecho jurídico, del acto jurídico y el negocio jurídico, mucho mejor se entenderían otras variables existentes en el sistema de transferencia de propiedad.

Una figura importantísima es la posesión. El artículo 896 del Código Civil, pues, define a la posesión de una manera, la verdad, ambigua y con muy poca referencia doctrinaria, lo que es la figura posesoria en sí. Casi parece ser que, si seguimos las tesis de Savigni, cuando, en realidad, todo el Código Civil, o toda la parte posterior del derecho real y el análisis de la posesión, acepta fervientemente la figura o la tesis de Ihering.

Entonces, si yo me pongo a pensar como la posesión, que no es un derecho real, sino un hecho que tiene determinados efectos jurídicos de tutela y protección, a quien ejerce, pienso, bueno, si es un acto, porque las personas poseen voluntariamente, ¿por qué nos quedamos en llamarlo hecho jurídico? ¿No es en realidad un acto? ¿Un acto jurídico en sentido estricto? Porque hay una manifestación de voluntad. No será escrita, pero es muy más evidente que un documento.

La doctrina brasileña crea, dentro del acto jurídico, en sentido estricto, la figura del acto real, que es, en realidad, donde encaja la figura de la posesión, si hubiese un entendimiento mayor sobre la diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico. No caeríamos, pues, en esta especie de necesidad de paternidad que tiene la posesión en alguna judicatura, que urge mostrarla como un derecho real similar a la propiedad, por la cual se grita a todas luces la existencia de un mejor derecho de posesión, cuando eso no existe.

Entonces, ahí también, por ejemplo, si supiésemos mucho mejor lo que sucede en el ámbito, mejor, en el entendimiento de las categorías del negocio jurídico, del acto jurídico en sentido estricto, en sentido lato; y, dentro de eso, del acto real, por ejemplo, que es esta, es una manifestación de voluntad de alguien que empieza a poseer porque, obviamente, un orate no posee, pues, ¿no?, ni aquel que no tiene conciencia de que está poseyendo. Incluso, un menor de edad podría empezar a poseer porque tiene conciencia de ello. No hay la figura similar de discernimiento que tanto se hablaba en responsabilidad civil y que fue borrada de un porrazo, en responsabilidad civil extracontractual, hace algunos años.

La posesión es un acto jurídico, si nos podemos a analizar fríamente eso porque es una manifestación de voluntad con efectos jurídicos, claro, con una categoría especial que sería un acto jurídico.

Otro problema es el tema de las formas de constitución. En el Perú, y yo he tratado de leer. Se saca la vuelta un poco. Se hace una jugada a lo Ronaldinho, cuando se trata de contrarrestar la vieja opinión de don Manuel de la Puente y Lavalle, por la cual, en el Perú, no existen contratos con efectos reales. De hecho, se lo he oído hasta tu querido amigo Rómulo Morales, en este tema. Entonces, quiere decir que, de alguna u otra forma, existe un sistema de título en modo aún, pero nuestro Código Civil tiene artículos en donde, de frente, se dice que se constituye el usufructo por ley, por contrato y por testamento. Y esto también lo podemos ver en el ámbito del derecho real de superficie. Entonces, ahí habría que diferenciar: el negocio jurídico o el acto jurídico generador del derecho real y el derecho real en sí mismo.

La regulación de derechos reales del Código Civil, de cada derecho real, un 50 % de regulación del negocio que da origen al derecho real. O sea, requisitos personales, requisitos del contrato, todo eso no compete al derecho real, sino al contrato típico que da origen al derecho real.

Otra forma de constitución: el derecho de superficie. Claro, yo podría aplicar la analogía como dice Gunther González. Acá el 1031, como es un derecho real inmobiliario, le aplico el 949. Ya, podría ser, no hay problema. Pero, igual, llamar «formas de constitución». La constitución es el momento en que se inicia la vigencia de un derecho real, el nacimiento de un derecho real sobre cosa ajena, y nadie dice nada de estos artículos. No se toca este tema, porque sino tendríamos que decir que el efecto real es inmediato. Y le daremos la razón al querido profesor Hugo Forno.

Y con esto termino. En la hipoteca es donde esto se ve con mayor claridad. Muchas veces los jueces no logran diferenciar cuándo hablo de hipoteca y cuándo hablo del acto que le da origen. Si yo tengo un artículo tan triste como el 1098, que dice que la hipoteca se constituye por escritura pública, entonces, ¿qué estoy pensando? Que el nacimiento del derecho real se da por la escritura pública. Y, luego, cuando veo el 1099, ¿y el registro? ¿No que es constitutivo?

Entonces, ese artículo no tiene razón de ser porque, ni siquiera aplica la sanción de nulidad. ¿Es *ad solemnitatem*? No. Está de más, ¿no? Y, nuevamente, esos mismos errores, o, mejor dicho, esa parte del entendimiento entre las figuras del negocio jurídico y del acto jurídico se ve cuando se exige validez

a un derecho real. La invalidez de la nulidad es una categoría que solamente puede aplicarse a la categoría del acto jurídico que están en nuestro Código Civil, a contratos, a negocios jurídicos unilaterales. Ahí sí puede haber requisitos para la persona, que sea el propietario, requisitos calificados para ver quién negocia o quién suscribe el negocio.

Resumo el asunto. Hoy es ya el momento de aceptar la teoría de que, claro, no es tampoco el negocio jurídico, una teoría que está todo determinado como un decálogo de virtudes. No, no, no. Obviamente, hay mucha discusión todavía. Ni los creadores se pueden de acuerdo exactamente en qué es. Pero resulta una categoría más útil para entender diversas figuras que se dan en otros ámbitos de derechos diferentes al libro de acto jurídico del negocio jurídico. Por tal razón, en un momento próximo, debemos asumirla, debemos utilizar sus categorías, y debemos desarrollarlas convenientemente en la aplicación diaria del derecho, y debemos internalizarlas también en nuestra judicatura, para que todo el discurso jurídico que sea, finalmente, un discurso de orden, tenga, pues, un cauce lógico y no esté cargado de una serie de contradicciones.

Eso es todo.

**MESA 8**  
**DERECHO DE LAS OBLIGACIONES POSPANDEMIA**

*Sergio García Long*<sup>1</sup>

*Carlos Tamani*<sup>2</sup>

*Héctor Campos García*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado a Vargas Pareja Abogados. Su actividad profesional y académica se enfoca en derecho de contratos, societario, fusiones y adquisiciones, financiamientos y arbitraje. Ha sido adjunto de docencia en los cursos Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y en temas de derecho societario en la PUCP. Autor de libros, artículos y coordinador de obras colectivas en temas de su especialidad.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Máster en Derecho Privado Patrimonial. Doctorado en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú.

<sup>3</sup> Magíster en Derecho Civil Comercial por la UNMSM. Asociado sénior en Linares Abogados, área de prevención y solución de controversias. Profesor de la Maestría en Derecho Civil en la Escuela de Postgrado y en la Facultad de Derecho de la PUCP. Coordinador de la Clínica Jurídica en Derecho Privado de la PUCP.



**Sergio García Long:** Buenas noches con todos. Un saludo muy cordial a los profesores que se encuentran participando en este interesante evento, y un especial agradecimiento a la organización y al doctor Marcos Silva Santisteban por la oportunidad de poder participar con ustedes en esta mesa.

Me han invitado a conversar brevemente sobre el derecho de obligaciones en la pandemia, y me gustaría hacer un breve comentario sobre diferentes temas que se volvieron repentinamente de moda, en época de la pandemia en relación al derecho de contratos.

El año pasado, a mitad de año, organicé un congreso en la Universidad Católica en donde se hizo una pregunta a profesores de diversas jurisdicciones, y era si es que el derecho de contratos habría fracasado durante la pandemia, debido a los nuevos desafíos que presentaba, precisamente, el corona virus en la ejecución de los contratos. Sobre todo, frente a las tradicionales excusas contractuales que todos conocemos: el caso fortuito o fuerza mayor, o la excesiva onerosidad de la prestación y aquellas otras figuras que se intentaron discutir en estas épocas, como la frustración del propósito del contrato, o *finis*, finalidad del contrato, y también sobre la invocación de la buena fe y el deber derivado de renegociación.

Y lo que se conversó en este momento, bueno, lo que conversaron estos profesores internacionales en este momento, fue que el derecho de contratos debía estar y permanecer tal y como estaba, que no era necesario una modificación que estuviese justificada en las nuevas necesidades de exigencias que demostraban la pandemia. Porque la pandemia, al ser un evento extraordinario, pero, digamos, extremadamente extraordinario, tal vez la solución no debía buscarse en una modificación del derecho privado; y, en general, en el derecho privado, sino, tal vez, en el derecho público.

Como nosotros hemos visto, el Estado, en estas situaciones extraordinarias, extremadamente extraordinarias, ha tenido que intervenir en materia contractual, y, curiosamente, mientras que años atrás, había un fuerte debate sobre el artículo 62 de la Constitución, y su relación con el artículo 1355 del Código Civil, sobre la eventual potestad del Estado de limitar el contenido de los contratos, curiosamente en épocas de la pandemia, no muchos se atrevieron a recortar esta regla, o a, incluso, inferir que algunas de estas intervenciones estatales sean inconstitucionales porque, claramente, no es lo mismo que el Estado intervenga en una época prepandemia, donde, claramente, el Estado no tiene que intervenir en materia económica, en general, en los derechos de propiedad de los contratos, en iniciativa privada, a diferencia de lo que pueda ocurrir en una época de pandemia, en donde los contratos en Perú han sido afectados de la misma manera como fueron afectados en China, en Inglaterra, en Japón, en España, en Italia, en todo el mundo.

Un evento que tenía tal característica de ser de alcance global, claramente, el análisis legal de los expertos en derecho contractual fue un poco más, en mi opinión, tenue, y, tal vez, no tan extrema, como en otras oportunidades.

Entonces, teniendo en cuenta esa introducción, me gustaría comentar de manera muy breve, cuatro ilusiones contractuales, también del derecho de obligaciones, que se mencionaron en épocas de pandemia; y digo que son ilusiones contractuales porque realmente se trataron de instituciones que no podían ser invocadas y que no eran útiles en épocas de pandemia, pero que, a pesar de ello, se trataba de forzar la figura para que se tratase de aplicar a los casos concretos.

Y el problema no estuvo en sí, en las instituciones mismas, sino en el hecho de que la pandemia generó nuevas exigencias, nuevos desafíos que hacían que, incluso, instituciones, como las excusas contractuales pensadas para situaciones extraordinarias, no sirvieran para situaciones extremadamente extraordinarias, como las presentadas por la pandemia.

Y, nuevamente, para regresar a la conclusión de por qué en épocas de pandemia, tal vez, lo más interesante no es buscar soluciones en el derecho privado, sino en el derecho público.

La primera institución, la primera ilusión contractual es la fuerza mayor, y tomemos como referencia los contratos de arrendamiento comercial, o los contratos de prestación de servicios educativos que fueron los tipos contractuales, tal vez, más afectados en esta época. Si partimos de la premisa, tal vez, de los arrendamientos, no solamente los comerciales, sino también los de uso y habitación, la fuerza mayor realmente no tiene mayor aplicación, si partimos de la premisa de que el bien ya fue entregado, pensemos en un departamento; y, sobre todo, si el arrendatario, con mayor razón, por la inmovilización social obligatoria, tiene que estar dentro del departamento.

Desde que la fuerza mayor está pensada en la imposibilidad de las prestaciones, no hay imposibilidad en la entrega de un bien que ya se entregó, ni tampoco hay la imposibilidad en el uso del bien, si con mayor razón, el arrendatario tiene que quedarse en el bien y no puede salir a la calle. La fuerza mayor, dentro de este contexto, no tiene sentido.

Tal vez, hubo mayor discusión respecto a los arrendamientos comerciales. Por un lado, el propietario podría señalar que ya entregó el bien, y que, por ende, no puede haber imposibilidad de la entrega de un bien, si el bien ya se entregó a la satisfacción del arrendatario, pero, tal vez, se podría discutir el alcance de la obligación del propietario. Simplemente, es otorgar el bien para el fin comercial pactado, o también de conservar al arrendatario en el uso del bien, pero, adicionalmente, garantizarle el uso para el cual fue pactado.

De cierta manera, esta obligación del propietario fue interpretada de manera extensiva para que involucrase también el riesgo comercial, la explotación del bien. Por ejemplo, pensemos en los restaurantes que, por muchos meses, ya no pudieron abrir.

En mi opinión, la obligación del propietario de conservar al arrendatario en el uso pacífico del bien, es, básicamente, una obligación de no molestar, por lo cual, si no te estoy molestando, te estoy garantizando el uso pacífico y el hecho de que el bien arrendado se presume para el uso pactado, más que se presume, si ya está pactado, claramente, que tiene que servir para ese fin, no implica necesariamente el riesgo de explotación comercial, lo cual, dentro de unos estándares normales de mercado, no tendría sentido porque el propietario no comparte el riesgo de explotación económica. El propietario del inmueble donde está Central, o donde está Maido, o donde está La Mar, Oso, no va a compartir el riesgo de explotación, por la simple razón de que tampoco participa en las utilidades de la facturación del restaurante. No tendría sentido pensar o inferir, o asumir el propietario asume ese riesgo, y que, en consecuencia, si es que el restaurante no puede abrir, se tiene que producir una reducción de la renta. En mi opinión, esto no sería algo razonable, con lo cual, tampoco la fuerza mayor podría ser invocada dentro de este contexto en los arrendamientos comerciales.

Si pasamos al otro caso de los contratos educativos, se presenta también un caso muy interesante porque, fíjense que cumplen los requisitos para invocar fuerza mayor: extraordinariedad, impredecibilidad e irresistibilidad, y lo que hicieron los centros educativos, fue oponerse al requisito de la irresistibilidad de la fuerza mayor porque tomaron las medidas necesarias para evitar que el elemento impeditivo, en este caso, las consecuencias de la pandemia, lo impidan cumplir con el contrato, al cambiar de una modalidad presencial, hacia una modalidad virtual que, al final, lo que les permitía era cumplir con la finalidad del contrato que, dentro de un interés, ya no privado sino público, es lograr que no se interrumpa el año académico, y que, al final del día, a esta fecha no podamos estar ante estudiantes de colegio, primario o universitario, que hayan perdido dos años, con lo cual, si es que los centros educativos logran vencer el requisito de la irresistibilidad de la fuerza mayor, no hay fuerza mayor; y, en consecuencia, no procede una reducción de la contraprestación.

Eventualmente, se discutía si, tal vez, no se podría justificar una reducción muy alta, pero alguna reducción en cierto sentido, porque, al final, se presume que la virtualidad es más barata que la presencialidad. Sin embargo, creo que muchos centros educativos alegaron que había muchos gastos

involucrados en tener plataformas virtuales, y creo que, a la fecha, para nadie es desconocido, el enorme esfuerzo que han tenido que asumir los profesores de colegios, jardín y universidad para tratar de amoldarse, adaptarse a esta nueva modalidad.

Rápidamente, la segunda ilusión contractual es la excesiva onerosidad de la prestación. Esto resultaba bien llamativo que se discutiese sobre la excesiva onerosidad de la prestación durante la inmovilización social obligatoria, cuando la excesiva onerosidad en el Perú y, en general en los sistemas del *civil law*, es un remedio judicial, con lo cual implica que tengo que demandar ante un juez o un árbitro. ¿De qué me servía hablar de la excesiva onerosidad cuando el Poder Judicial estaba cerrado? En todo caso, era como una recomendación, cuando, eventualmente, abriera el Poder Judicial o se habilitaran las audiencias virtuales en el arbitraje. Pero, en ese momento, tal vez, el que más, entre marzo, abril, junio, no tenía sentido, realmente, discutir sobre la excesiva onerosidad, al ser en el Perú un remedio judicial.

Pero, adicionalmente, fíjense el problema económico que generaba la pandemia, no tenía nada que ver con la excesiva onerosidad, porque las consecuencias de una crisis sanitaria y económica es que hay menos flujo de dinero, si es que las personas pierden su trabajo, si es que los centros, los negocios no pueden abrir, eso significa que hay menos dinero en el bolsillo de las personas, pero estos problemas económicos personales y subjetivos no son base para invocar excesiva onerosidad, porque la excesiva onerosidad se refiere, a como está regulado, en general, el derecho comparado y de manera específica en el Perú, a un incremento en el costo de la prestación o una devaluación de la contraprestación.

Entonces, si los costos de producción de mi prestación o del producto que tengo que generar no aumentan, o el valor de la prestación no se devalúa, como podría ser una gran inflación referida a obligaciones dinerarias, simplemente, no puedo alegar excesiva onerosidad, pero no por un problema de la excesiva onerosidad, sino porque realmente la excesiva onerosidad no está pensada para ello.

Adicionalmente, lo civil como tampoco lo hacen otras codificaciones, no señalan cuál es el estándar para la legal excesiva onerosidad. En la versión de 1994 de los Principios Unidroit, se señalaban en los comentarios a las disposiciones sobre *hardship* de que, eventualmente, un incremento del 50 % o un desequilibrio del 50 %, sería suficiente para alegar excesiva onerosidad. Pero, finalmente, este comentario fue quitado de las versiones posteriores de los principios Unidroit del 2010 y 2016 porque, simplemente, prefería el análisis de qué tan excesivo, oneroso se había vuelto el contrato, tenía que ser algo casuístico. Claramente, por un lado, la subjetividad económica no es base para alegar excesiva onerosidad, por otro, alegar excesiva onerosidad en base a estándares objetivos, es extremadamente difícil. Y, además, es necesario ver cuál es el modelo optado o por la legislación específica, a veces, se alegaba y se mencionaba la excesiva onerosidad; y, de hecho, lo he visto en alguna conferencia, que se mencionaba que se podía resolver el contrato a través de la excesiva onerosidad, pero el modelo peruano no otorgó un remedio resolutorio sino un remedio a lo preservativo del contrato que se materializa en la adaptación. Y una adaptación bien limitada porque el artículo 1440 habla de que se puede demandar o la reducción de la prestación o el incremento de la contraprestación, no cualquier adaptación. Con lo cual, realmente, si la intención es librarme del contrato porque no tengo dinero, la excesiva onerosidad no me sirve.

Y las dos otras ilusiones contractuales son la frustración del propósito del contrato y la renegociación legal, que las agrupo porque, digamos, se caen, desde un análisis estricto legal, por el simple hecho de que no tienen base legal. Argentina tiene reconocido, por ejemplo, la frustración del propósito del contrato o de la finalidad del contrato, pero el Perú no lo tiene. Y uno no puede invocar cláusulas generales como la buena fe para justificar una resolución por frustración del propósito del contrato, por ejemplo, porque no pude explotar mi inmueble para el destino de restaurante por la simple razón de que no está definido por ley el ámbito de aplicación, los presupuestos que debo probar para invocar excesivamente la institución y cuál es el remedio aplicable. No me basta, simplemente, decir que existe la buena fe o, eventualmente, justificarlo en la causa, y es que el ámbito de aplicación, los requisitos y las consecuencias no están definidas claramente en una ley. Y lo mismo ocurrió con la

renegociación. Eventualmente, la renegociación de los contratos puede pasar de manera convencional porque está pactada, y, de hecho, hay muchas cláusulas o pactos de renegociación estandarizados en el mercado, o porque ocurre de manera convencional porque las partes, simplemente, quieren renegociar libremente. Pero una renegociación legal como tal no existe en el Perú, no existe en otras codificaciones civiles, y la excepción está en aquellas codificaciones que han incluido un esquema de excesiva onerosidad con una primera etapa de renegociación, como en el caso de Francia, y, eventualmente, también Argentina.

Pero estos casos son excepcionales, y para casos específicos, el Perú no tiene una renegociación de fuente legal, y, de hecho, que el debate se volvió a tomar en serio con las declaraciones, en su momento, del expremier Bellido, cuando señaló que iba a proceder a renegociar contratos petroleros, cuando, claramente, no tenía ninguna base legal que le permita, y muchos trataron de invocar a la buena fe como base legal, pero, nuevamente, la renegociación sin una regulación expresa, deja muchas cuestiones en el aire: cómo se inicia la renegociación, por cuánto tiempo tengo que renegociar, es, simplemente, un deber de mejores esfuerzos o de medios de cómo sé cuándo incumplo la renegociación, qué pasa cuando se incumple la renegociación, cuál es el remedio aplicable, procede la ejecución forzada frente al incumplimiento de la renegociación, o solamente el pago de daños. Hay veinte preguntas, al menos, al respecto, y ninguna se responde por aquellos comentaristas que, eventualmente, se limitaron a señalar que la renegociación podía ser invocada, simplemente, alegando a la buena fe.

Entonces, teniendo en cuenta la falta de base legal para la frustración del propósito del contrato o la renegociación, y teniendo en cuenta que la fuerza mayor y la excesiva onerosidad no ha servido en muchos casos. Realmente, las soluciones frente a eventos de carácter mundial no tienen que buscarse, en mi opinión, en el derecho privado sino en el derecho público. El derecho privado tiene que quedar tal y como está. En respeto de reglas fundamentales del derecho de contrato con el *pacta sunt servanda*, la santidad contractual y la libertad contractual, de elegir con quién negocio y para definir libremente el contenido de los contratos.

Por el contrario, cuando ocurren crisis de esta índole, lo que corresponde es que el Estado intervenga. Y recordando, básicamente, el postulado de Ronald Pose, cuando los costos de transacción son bajos, las partes podrán renegociar y celebrar contratos, pero cuando los costos de transacción sean altos, corresponde al Estado intervenir en materia contractual para proveer una solución. Pero una solución guiada imitando al mercado, enténdase, la solución que las partes hubieran adoptado de poder negociar sin que existan esos costos de transacción. Entonces, tampoco es que la intervención del Estado sea totalmente aleatoria.

Entonces, solamente para concluir, mi impresión es que después de dos años de pandemia, el derecho privado, sobre todo, en materia de obligaciones y contratos, debe quedar tal y como está, en respeto del pacto de las cuatro esquinas del contrato, y si se tiene que buscar soluciones dentro de circunstancias que afectan a todos el planeta, es mejor, tal vez, confiar, pero de manera muy excepcional en el Estado. O, en todo caso, las partes, ya habiendo aprendido de la pandemia, son aquellas las que mejor conocen sus intereses y las que tienen que incluir las cláusulas contractuales que mejor se vayan a acomodar a sus intereses. Por ejemplo, ya muchos contratos incluyen cláusulas covid para regular los efectos de la pandemia, o ya muchas cláusulas de fuerza mayor o de *hardship*, incluyen expresamente el «evento pandemia» como un evento dentro del listado de eventos específicos que, eventualmente, podrá invocarse para alegar las cláusulas de fuerza mayor o excesiva onerosidad.

Eso ha sido todo lo que quería conversar, les agradezco mucho por su tiempo, por su atención, y, nuevamente, un cordial agradecimiento a la organización.

Muchas gracias.

**Carlos Tamani Rafael:** Básicamente, lo que he visto oportuno comentar de manera bastante breve también, es un poco el panorama de las formas diferentes, pues en las que se ha reaccionado en otros

ordenamientos, en atención a lo vinculado, en particular, a los préstamos. Sí, a los contratos, básicamente, de préstamos, en atención a como ya lo han venido mencionando también el ponente anterior, justamente, a las cuestiones derivadas de la pandemia por COVID-19, vinculadas, pues, al aislamiento social, al impacto económico que ha tenido.

Ahora, propiamente, en el escenario comparado, podemos ver que, una vez ocurrido el evento del aislamiento, o sea, más que la pandemia es el hecho del aislamiento social, el primer desarrollo del comercio, los diferentes ordenamientos han decidido, a través de una regulación, propiamente, atacar el problema. Esto porque los remedios existentes que pudieran ser útiles, en su mayoría, son, pues, justamente, pensados para un momento adversarial, un momento judicial, un momento conflictivo. Y, ciertamente, ante la detención de todas estas posibilidades de accionar en todos estos países, que es una cuestión global, se vio más oportuno intervenir legislativamente, generando escenarios que buscaran, de alguna manera, solucionar estos problemas que los particulares pudieran tener. Y, en particular, en el caso de los préstamos, y más, particularmente, porque, de hecho, por cuestiones de tiempo, no se puede abordar las cuestiones vinculadas a préstamos entre *business to business*; también en cuestiones vinculadas al arrendamiento de negocios, al arrendamiento de vivienda, que han tenido propiamente intervenciones legislativas también particulares, o con cuestiones vinculadas también al tratamiento de algunas figuras jurídicas que se consideran relevantes en estos ordenamientos. En particular, solamente me voy a concentrar en los temas vinculados a los préstamos de consumo propiamente, a los préstamos que vinculan a bancos con clientes, con consumidores.

Podemos ver, por ejemplo, en el caso francés, que se realizó una modificación que se estableció directamente que existía, digamos, la necesidad de establecer un plazo de gracia para cada contrato en particular, y también se estableció la posibilidad de iniciar algunos trámites vinculados al sobreendeudamiento.

Este plazo de gracia era, básicamente, la suspensión de cumplimiento de la obligación durante un plazo máximo de dos años, nótese los tiempos que se van a ir estableciendo en la diferente regulación europea. También suspensión de efectos de las cláusulas que establecían sanciones por el incumplimiento. También posibilidades de decretar que no se devenguen intereses durante el periodo de gracia. Determinación también de modalidades de pagos aplicables, una vez que ha expirado este periodo de gracia. Esto es, que el último pago no puede tener lugar tampoco más allá de dos años tras la fecha de inicialmente prevista para el reembolso del préstamo.

Es decir, se planteó una regulación que buscara solucionar la mayor cantidad de problemas que pudieran surgir en atención al evento pandémico.

En el caso alemán, que también es particularmente intenso, se estipula una moratoria de tres meses en el pago de cuotas de préstamo, desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2020, si el deudor no puede cumplir el contrato debido a la pérdida de ingresos causada por la pandemia. Solamente en ese escenario que se acreditara que el consumidor, en efecto, no tenía ingresos.

El deudor también no está obligado, pues, a pagar intereses durante este periodo, se excluye de la resolución del contrato de crédito; o sea, incluso, se limitan posibilidades de accionar de parte de los acreedores, tanto en el caso alemán y en el caso francés, se excluyen también las medidas que hemos visto vinculadas a la moratoria en los casos cuando no sea razonable para el inversionista, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Es decir, igual se estipula una especie de salvaguarda para los acreedores. Algo similar en el caso alemán también se hizo respecto de los arrendamientos de vivienda y de comercio para salvaguardar la supervivencia de los propietarios, en el caso de que fuera su única fuente de ingreso.

Podemos ver también en el caso italiano, lo que ocurrió. Una intervención legislativa similar, a través de un decreto ley, además, bastante temprano, el 2 de marzo de 2020, cuando recién, digamos, bueno, cuando ya había cierto impacto. Estas medidas de urgencia, de apoyo a las familias, a los trabajadores, a las empresas relacionadas con la emergencia, una suspensión, en ese caso, del préstamo

en diferentes circunstancias. Suspensión de trabajo por un periodo mínimo de treinta días, reducción del horario laboral por un periodo mínimo de treinta días consecutivos, y durante un periodo ilimitado de nuevos meses, también, pues, se estableció la posibilidad de solicitar la suspensión del pago del préstamo, en el caso de los trabajadores autónomos y los profesionales que hubieran registrado en un trimestre posterior, en el periodo, digamos, de esta solicitud.

Y, bueno, también un plazo de gracia, pues, aplicable tanto al crédito, digamos, al consumo como al crédito de los escenarios inmobiliarios. Estamos también frente a un escenario de fuerte intervención legislativa. En el ámbito de los contratos se observa notas ya, que se van repitiendo. Plazos de gracia se estipulan en circunstancias también de inhabilitación de acciones por parte de los acreedores, frente, claro está a cada escenario planteado.

Una cosa similar ocurre en el caso español. Salen reales decretos ley: RD Ley n.º 8/2020 de 17 de marzo, RD Ley n.º 11/2020 de 31 de marzo de 2020, donde también la atención a los préstamos con garantía hipotecaria, sean por adquisición de una vivienda habitual o alquilada o inmuebles, digamos, afectos a una actividad económica, también, ¿no?, se establecen moratorias o aplazamientos en el pago de estos por un plazo de tres meses. No se devengan, pues, intereses mediante ese periodo de aplazamiento y hay una ampliación también de la fecha de vencimiento del préstamo en su totalidad. Es decir, en buena cuenta, son reprogramaciones, pero sin intereses.

Entrando ya, digamos, al escenario de la región, podemos apreciar, por ejemplo, el caso colombiano, el Decreto n.º 493 también de 29 de marzo de 2020, donde tenemos periodos de gracia en capital, en intereses para los créditos destinados a la financiación, adquisición de vivienda, que cuenten, pues, con el beneficio de este beneficio de cobertura de interés, que existe en el caso colombiano.

En el caso chileno también hay una comunicación de esta entidad que es el mercado financiero del 27 de abril de 2020, que también reitera, nótese diferencia. Ya desde el caso colombiano, y en el caso chileno, con mayor razón aún, la diferencia del caso europeo, vemos cómo ya la intervención no es tan fuerte. Son, más bien, suerte de consejos. Reiteran, pues, a las entidades la importancia de entregar la información clara, precisa sobre las ofertas de negociación, las ofertas de reprogramación que pueden existir.

Y, en el caso mexicano, también ocurre una circunstancia similar. Hay la orden también de diferir parcialmente los pagos de capital y de intereses hasta por cuatro meses, con posibilidad de extenderlo todavía más. Nótese también que los plazos en Latinoamérica han sido extendidos de manera más pequeña, a diferencia del escenario europeo.

Los saldos, a veces, tal vez, que podrán descongelarse sin cargo de intereses, siempre y cuando el crédito se encuentre especificado como dije antes.

Y ahora sí vamos al caso peruano. Podemos apreciar en sede extranjera, a menos que la intervención en el escenario europeo ha sido mucho más intensa, mucho más también completa, a diferencia de los casos latinoamericanos reseñados brevemente como el mexicano, el colombiano, el chileno, que han tenido, más bien, regulaciones más acotadas, casi temerosas, se puede decir, más cuidadosas, si se quiere, de no perturbar al acreedor.

Y en el caso peruano ha ocurrido algo similar. ¿Por qué reseño este artículo 85? Porque antes del evento pandémico hay un régimen vinculado al escenario financiero, justamente, algo que se llama «normas prudenciales», que permite a las entidades modificar, alterar los contratos de manera unilateral, sin que se requiera la autorización del consumidor.

Este es un escenario distinto a las modificaciones que también se pueden hacer de forma unilateral por las entidades financieras, pero que cuentan necesariamente con la autorización posterior de los consumidores anteriores. Mejor dicho, que esté en el escenario, más bien, de las contrataciones que no deben hacerse de la manera forzada.

En el escenario del artículo 85 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en cambio, está estableciendo propiamente la posibilidad de una modificación unilateral, en este caso, de las entidades financieras bajo ciertos escenarios, bajo ciertas circunstancias que son justamente estos de las normas prudenciales, que, básicamente, se refieren a la administración de riesgos de sobreendeudamiento, es decir, me doy cuenta de que mi cliente está sobreendeudado, y, entonces, le reduzco la línea de crédito, por ejemplo. ¿Para qué? Para evitar que, luego, yo me vea perjudicado.

También por consideraciones del perfil del cliente, vinculado a temas de lavado de activos. ¿Yo qué puedo hacer? Me doy cuenta, me entero, a través de mis unidades de investigación de la entidad financiera que esta persona está en el marco de una investigación por lavado de activos, o está vinculada a algún tema de financiamiento del terrorismo, narcotráfico. Entonces, ¿qué hago? Corto mi relación con él o, simplemente, también sirve esto para no contratar. Pero, en principio, puede uno terminar y no estamos en el escenario de las normas prudenciales.

Esto se vincula con el Reglamento de Gestión de Conducta del Mercado del Sistema Financiero, que tiene un artículo 41, que establecía cuál era el procedimiento para realizar esta modificación en atención a las normas prudenciales, que, básicamente, exigía que hubiera una notificación de la modificación ya realizada, ya hecha efectiva, como máximo, siete días después.

No exigía que hubiera una aceptación del consumidor porque no se requiere esa aceptación. Es suficiente con la decisión que se toma por parte de la entidad financiera.

Hay, digamos, un escenario regulatorio que se genera a partir de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que son los oficios múltiples, a través de diferentes oficios múltiples generados a partir de la pandemia, se van generando suerte de un marco para que las entidades financieras puedan, pues, solucionar el problema de los préstamos. ¿Y qué es lo que hacen? Lo que hacen, básicamente, por ejemplo, a través de este primer oficio múltiple, es brindarle las facultades a través del escenario de las normas prudenciales que, en los casos en que los deudores requieran o hayan presentado atrasos al momento, digamos, de cancelarse sus pagos o las fechas de vencimiento, se les va autorizando poco a poco la posibilidad de realizar una modificación. Eso se nota de manera mucho más intensa en este oficio múltiple de 16 de marzo de 2020, donde ya se le hace esa referencia respecto a los deudores minoristas que existe la posibilidad, en atención a ese artículo 85, cumpliendo lo señalado en el artículo 41 de modificar los contratos de forma unilateral, sin que sea necesaria la autorización de los consumidores.

Esto, al día de hoy, ha generado muchos asuntos, sobre todo, porque no ha sido del todo clara la comunicación de este oficio múltiple, y todavía, en atención a la gran cantidad de casos que se están presentando en el escenario del Indecopi, se está estableciendo, terminando de establecer, digamos, cuáles son los criterios o la forma en la que se está interpretando esa posibilidad que estaba a cargo de las entidades financieras en ese momento.

Hay una serie de muchos oficios oficiales que van precisando el escenario de la comunicación, se establecen plazos, momentos a través de los cuales se les va a obligar a comunicar o no, y esto ha terminado, digamos, en un escenario ya modificadorio del Reglamento de Gestión de Conducta, propiamente, que establece, ahora sí, una regulación general que se adelanta a los escenarios posibles, futuros, esperemos bastante lejanos, de circunstancias similares. Lo coloca en esta disposición complementaria final sexta, que señala que, en el marco de una declaratoria de estado de emergencia y otras que sean aplicables, deben establecerse por políticas, procedimientos para el tratamiento de los clientes que pudieran verse afectados, y ofrecer alternativas acordes con su situación financiera y capacidad de pago.

En buena cuenta, lo que se está haciendo es solucionar, de una manera, digamos, integral, pero no tan intensa, como se ha visto en otros ordenamientos, pero ahora sí se brinda esa posibilidad absoluta a las empresas, a las entidades financieras para que efectúen estas modificaciones contractuales.

Hay, como les digo, un gran esfuerzo desplegado por la SBS, pero esta regulación, por ejemplo, que estamos viendo, esta modificación llega recién el 30 de agosto de 2020, cuando ya había pasado, quizá la peor parte o el peor escenario.

Por comparación, podemos ver que en las regulaciones europeas, el ejemplo, digamos, el ingenio de estas economías, que es cierto, son mucho más fuertes, pero la intervención fue también mucho más intensa y brindó soluciones también mucho más integrales que, probablemente, no hubieran generado un escenario tan competitivo como el que tenemos al día de hoy, frente a circunstancias, por ejemplo, de modificaciones unilaterales, de falta de entendimiento de las condiciones por las entidades financieras y por la propia mala dirección que provino por parte del ente regulador; o sea, de la SBS.

Entonces, justamente ese es el panorama y, bueno, esto todavía está por definirse un poco cuál va a ser, finalmente, la manera en la que se van a terminar interpretando todas estas reglas. De hecho, al día de hoy, hay muchos casos en trámite ante el Indecopi, que va a ser, finalmente, por las características particulares de nuestra realidad vinculada al consumidor, es que va a terminar definiendo cuáles van a ser las reglas que, eventualmente, esperemos muy cercano, terminaremos utilizando frente a situaciones similares en el futuro.

Eso es, brevemente, lo que he querido compartir.

**Héctor Campos García:** Buenas noches con todos por acompañarnos en esta segunda mesa.

Muchísimas gracias a los organizadores del evento, al Instituto de Derecho Privado, en especial, al doctor Marco Silva Santisteban por la invitación, y saludar a los profesores Carlos Tamani, Sergio García, Víctor Madrid, Félix Ramírez y Jorge Beltrán Pacheco; en especial, al profesor Beltrán Pacheco con quien guardo una elevada estima y un elevado respeto académico, y siempre que puedo, lo digo, que fue la primera persona que me permitió dictar una clase de derecho, entonces, le estaré infinitamente agradecido.

En esta ocasión he preparado también una presentación, y dado que la temática materia de la presente mesa es la situación de las relaciones de obligación en la etapa post pandemia, pues, preferí, sabiendo un poco que Carlos y que Sergio iban a abordar el tema jurídico relacionado a las vicisitudes y a la intervención que se ha dado, tanto a nivel normativo como a nivel teórico con relación a las distintas teorías que se han podido dar para solventar la problemática de la pandemia, y el impacto que esta pueda tener en el cumplimiento de las obligaciones, preferí abordar un tema que es post pandemia, coyuntural para nuestra situación, y que, por alguna extraña razón no ha tenido el adecuado seguimiento, no solo por parte de abogados, sino también por parte de otros profesionales que se encuentran directamente vinculados a la práctica obligacional; me refiero al ámbito de los peritos, y hacia el final de la presentación voy a indicar por qué.

En ese sentido, el tema que he escogido para presentar es el del riesgo del tipo de cambio en las obligaciones dinerarias. En principio, quiero desarrollar solamente tres ideas.

La primera es acercarnos a la noción del riesgo del tipo de cambio; la segunda es ver cuáles son los mecanismos de estabilización que, de forma jurídica se pueden realizar frente al riesgo de tipo de cambio para, finalmente, prestar atención a cuáles son los límites que, desde la legislación se han dado, se están dando y se van a dar para o contra la gestión de este tipo de riesgos.

Si empezamos por lo primero, tratando de explicar el riesgo de tipo de cambio, el tipo de cambio o el riesgo de tipo de cambio es una manifestación de un riesgo particular. Hay muchas clasificaciones de riesgo o riesgos sistemáticos, o riesgos no sistemáticos, pero yo prefiero en esta ocasión presentar una que se centra en las diferentes manifestaciones en las que se puede presentar un negocio. La clasificación que prefiero utilizar en este caso divide los riesgos en tres tipos: (i) riesgos de traslación de negocio; (ii) riesgos de transacción; y (iii) riesgos económicos.

Riesgos de traslación de negocios son aquellos riesgos que se generan, por ejemplo, cuando una determinada empresa que viene desarrollando actividades económicas en una unidad geográfica determinada, comienza a pensar, o planea realizar esas actividades económicas, en un ámbito geográfico distinto.

Entonces, esa posibilidad de ejecutar o de realizar prestaciones económicas, prestaciones financieras, prestaciones contractuales, prestaciones empresariales en un nuevo territorio, pues, permite que se vea enfrentado a una serie de riesgos particulares de tipo de negocio. Quizás el más conocido, el más representativo de esta clase de riesgos es el riesgo político.

Qué duda cabe que el cambio de elección de un mandatario, que el cambio de elección de un determinado parlamento; la demora en la elección de un determinado representante puede condicionar, minar, limitar o generar zozobra en el mercado, y eso incluye a los inversionistas que van a realizar negocios desde su propio territorio a un territorio distinto.

En el ámbito de los riesgos de transacción, acá podemos diferenciar a lo que es los riesgos operativos, a los riesgos legales, a los riesgos financieros. Por ejemplo, dentro de los riesgos legales está el riesgo de modificación normativa, es decir, el riesgo de que una nueva disposición contractual, una nueva disposición legal, vaya a ser de aplicación a una relación contractual de ejecución continuada, y que está en fase de ejecución.

En ese caso, surge la coyuntura, surge la duda de saber si esa disposición jurídica afecta o no afecta la relación contractual. Y eso que, en términos económicos es algo patente, es algo tangible desde la discusión jurídica, desde la discusión dogmática, ha generado muchos inconvenientes, porque hay quienes han considerado que, en virtud de una lectura literal del artículo 62, pues este riesgo de modificación normativa no se da porque hay una disposición constitucional que dice que los contratos no se modifican por leyes posteriores.

En cambio, siempre desde la reflexión jurídica, se ha dicho que no, que, a veces, sí se pueden encontrar excepciones a través de las cuales las normas que se den con posterioridad a la celebración de un contrato pueden terminar incidiendo en la ejecución del mismo. De hecho, la posición mayoritaria es la segunda, con muchas variantes, con muchas tesis eclécticas que no viene al caso precisar en este momento.

Y, dentro de los riesgos de transacción, encontramos, por ejemplo, de los riesgos financieros. Los riesgos financieros cubren los riesgos del mercado, los riesgos de crédito, los riesgos de liquidez. Y, en específico, dentro de los riesgos del mercado, pues, tenemos el riesgo del tipo de cambio. Es decir, el riesgo de que, en el futuro, se produzca una situación no deseada: la alteración, la modificación del valor de la divisa con el cual se fija el tipo de cambio para las obligaciones establecidas en moneda nacional para un determinado país. Esta noción de riesgo como evento no deseado, o por la alteración o por la modificación del valor de las divisas, funciona, claro está, para la moneda nacional, para la moneda que se dice es del curso legal, pero es que siempre, poniendo un ojo, en el valor de otras monedas que puedan servir de referencia o de anclaje o de indemnización para la moneda nacional.

Y, por último, tenemos a los riesgos económicos, los riesgos estratégicos o los riesgos de negocio respecto de los cuales no me voy a detener en esta ocasión.

Entonces, el riesgo de tipo de cambio es un tipo de riesgo de transacción, en específico, un tipo de riesgo de transacción vinculado a lo financiero.

¿Qué sucede cuando se presenta este riesgo en la realidad? Desde el derecho, ¿qué reacciones se pueden establecer? Depende. Si vemos los mecanismos de estabilización, uno puede dividir, quizás, estos mecanismos de estabilización en una clasificación muy pueril, en una clasificación muy básica, en dos grandes tipos. Esquemas contractuales simples que ayudan a estabilizar el tipo de cambio y esquemas contractuales complejos que ayudan a estabilizar el tipo de cambio.

¿Cuáles son esos sistemas contractuales simples? Las clásicas cláusulas de estabilización que están vinculadas o que están reguladas en el Código Civil, y que permiten anclar a un modelo de referencia el tipo, el valor nominal de una moneda para poder garantizar o estabilizar el valor de adquisición que tiene esa moneda en el tiempo, de manera que no solo nos rijamos a través del nominalismo, que es la regla legal aplicable de forma supletoria a las deudas dinerarias, sino que, adicionalmente, se pueden establecer pactos de naturaleza o valores.

Adicionalmente, y esto es una cláusula que, en particular, hoy por hoy, cuando se ha pactado, ha establecido escenarios en los cuales se han generado controversias entre las partes, son las cláusulas limitativas al cumplimiento de obligaciones dinerarias con la moneda de curso legal existente en un determinado país.

¿A qué me refiero? Recordemos, por ejemplo, que, en el ordenamiento peruano se pueden pactar monedas en deuda extranjera, y que estas monedas en deuda extranjera se pueden pactar en moneda nacional. Eso, a libre elección del deudor, salvo, dice el 1237, si es que no me equivoco, salvo que las partes establezcan algo distinto. Es decir, las partes podrían establecer que una obligación dineraria pactada en una moneda extranjera se termine pagando con esa moneda extranjera, y solo con esa moneda extranjera.

¿Por qué digo que esta cláusula está generando o ha generado controversias? Porque, precisamente, dada la fluctuación del sol con el tipo de cambio, al deudor no le conviene realizar el pago con moneda nacional, a pesar de que pacta la deuda en moneda extranjera e incluye la posibilidad de establecer pactos entre acuerdo entre las partes para fijar el tipo de moneda extranjera con el que se tiene que pagar. Pero esto genera una complicación adicional porque en los escenarios de renegociación que, de forma voluntaria, en esto comparto lo que ha mencionado Sergio, con relación a los límites de la renegociación. Particularmente, yo, de hecho, ni siquiera considero que sea un remedio contractual. Es un mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, pero en los casos donde se ha dado renegociación, donde se han dado escenarios de renegociación, se han presentado por parte de los deudores que no están dispuestos a cumplir, alegaciones bien particulares con relación al impacto que puede tener, por ejemplo, que yo haya pactado una moneda, una obligación en moneda nacional, y que luego haya pactado una obligación en moneda extranjera para protegerse del tipo de cambio.

¿Qué clase de argumentos se han dado, por ejemplo? Por ejemplo, se ha opuesto ese tipo de cambio de moneda, que ese cambio del tipo de moneda ha producido un supuesto de novación. ¿Por qué un supuesto de novación? Porque una obligación en moneda extranjera terminaría siendo incompatible con una obligación en moneda nacional, y como la obligación en moneda extranjera, a veces tiene y a veces no tiene el pacto con el cual solo se paga en moneda extranjera, se genera un escenario de incompatibilidad que, por las reglas generales de novación, llevaría a considerar que la primera obligación se ha extinguido, y que no solamente se ha producido un cambio modificativo.

¿Y esto genera controversia? Claro que genera controversia porque el efecto práctico de esto es discutir si las garantías que se habían pactado para la obligación establecida en moneda nacional perviven o no para la obligación en moneda extranjera.

Si estos esquemas simples de estabilización del riesgo de tipo de cambio generan problemas, pues, no son menores los problemas que se generan con los sistemas contractuales complejos, sean aquellos que se comercializan en bolsa, pensando en futuros o en opciones, o sea aquellos escenarios en los cuales los esquemas contractuales implican una comercialización fuera de bolsa. Me refiero, en particular, a los casos de *forwards*, *swaps* y algunos exóticos que se puedan plantear.

¿Estos mecanismos de estabilización tiene algún tipo de limitación legal, dada por el ordenamiento? Y la respuesta es sí, y esto es algo que, en mi experiencia, recientemente, he podido advertir que alguno, inclusive, abogados, y algunos peritos, al momento de realizar las liquidaciones de intereses, al momento de realizar liquidaciones de deuda, omiten. ¿Y qué es lo que omiten? Que el régimen

de obligaciones dinerarias en moneda nacional tiene, para ciertos casos, topes máximos. Y esos topes máximos en el Perú nos estuvieron acompañando, a través de una gran Circular, la 021-2017 hasta el año 2019, y lo que, a veces, no se advierte, es que, a partir del año 2019, se ha producido en tres años una modificación de esa circular que regula los intereses derivados de obligaciones dinerarias y que, a pesar de que esos cambios se han dado, en la práctica se sigue aplicando esa Circular n.º 021-2017.

No les miento. Han llegado ya a mi mano pericias, elaboradas por peritos contables, liquidando deudas de intereses con esa circular, y no han tomado en consideración, por ejemplo, que hacia el 2019 se emitieron dos circulares, la 018 y la 020, con la cual ya no es que las tasas máximas, en este caso, aun solamente para obligaciones fuera del sistema financiero, están sometidas, pues, al promedio de operaciones en el sector financiero de créditos a la microempresa, que era lo que decía la 021, sino que, en estas disposiciones en particular, se estableció una alternativa, y es: o se aplica la tasa correspondiente al promedio de operaciones de créditos financieros de la microempresa, o el promedio de operaciones financieras realizadas en actividades de consumo, la que resulte mayor. Y eso se aplicó desde el 2019.

Entonces, el recálculo de las liquidaciones de intereses que se han producido en ese intervalo de tiempo, tienen que ser adecuadas a la circular.

Esto, inclusive en el 2020, fue modificado. Fue modificado para exonerar ciertas operaciones de este límite de tasas máximas. Eso lo hizo el Decreto de Urgencia n.º 013-2020, esta norma de promoción de *start-ups* y de emprendimientos, que lo que hizo fue para operaciones vinculadas a fideicomiso, para operaciones supervisadas por la SMV, la SMV estableció que no existían esas operaciones.

Y todo esto fue nuevamente trastocado con la entrada en vigor de la Ley n.º 31143, que es esta Ley de Protección contra la Usura, que se aprobó por insistencia del parlamento, y que dio lugar a dos circulares, la Circular n.º 008-2021 y la Circular n.º 0010-2021, que modificaron de forma completa el tradicional esquema que nosotros teníamos de operaciones dentro del sistema financiero. Las tasas de interés se rigen por la oferta y demanda, operaciones fuera del sistema financiero, existen tasas máximas.

Con esas dos circulares, a raíz de esta legislación, se tiene ahora un sistema de este tipo: operaciones fuera del sistema financiero que tienen tasas máximas, dentro de la misma lógica y dinámica que se tenían con la misma existencia y limitación que se tenía desde la Circular n.º 021.

Y, adicionalmente, dentro de las operaciones del sistema financiero, hay que distinguir entre las operaciones que se realizan con créditos al consumo, y las operaciones que se realizan con microempresas.

¿Y por qué hay que distinguir en estos dos escenarios? Porque para este tipo de operaciones se ha implementado un mecanismo de cálculo de tasas máximas de interés, de forma determinable a nivel progresivo.

¿A qué me refiero con esto? Lo que dice esta circular, es que la tasa máxima, por ejemplo, del interés convencional compensatorio va a ser equivalente, parece un trabalenguas, pero va a ser equivalente a dos veces el promedio de las observaciones de fin de mes de las tasas de interés promedio del sistema financiero para créditos de consumo, en moneda nacional, que publica la AFP, en el periodo de cálculo establecido por el Banco Central, siendo ese periodo de cálculo actualizable semestralmente. Por ejemplo, en el periodo de cálculo de octubre a marzo, tiene vigencia de mayo a octubre y se publica en mayo; o el periodo de cálculo abril-septiembre tiene vigencia noviembre a abril y se publica en noviembre. O sea, este mes está por publicarse ese nuevo promedio para poder determinar la tasa máxima.

Esta, creo yo, ha sido una fórmula inteligente que ha utilizado el Banco Central de Reserva, para que, precisamente, el establecimiento de esas tasas máximas de interés para este tipo de operaciones que se realicen dentro del sistema financiero no terminen generando, lo que en teoría económica se le denomina como «efecto cobra», es decir, no termine generando, en vez de un beneficio para aquellas personas que, dadas las altas tasas de interés no pueden acceder a financiamientos, se terminen generando mercados informales o mercados negros con relación a este tipo de operaciones.

La Clínica Jurídica en Derecho Privado de la PUCP, el ciclo pasado, en el 2021-I, elaboró un informe donde, precisamente, criticaba la constitucionalidad de la Ley n.º 31143, y esta nueva regulación, y con esto termino, y esta nueva regulación de los límites para las tasas máximas de interés, qué duda cabe, afecta o altera la posibilidad de que las partes, mediante un pacto, puedan establecer un adecuado mecanismo de control frente a las variaciones de su cuota.

Muchísimas gracias.

## MESA 9 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

*Miguel Ramos Miraval*<sup>1</sup>

*Tania Bocanegra Risco*<sup>2</sup>

*Félix Ramírez*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado. Maestro en Derecho Civil y Comercial. Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (USMP), con un posgrado de Especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor en la sección pregrado y posgrado de la USMP y Unifé. Socio del Estudio Elías Montero Abogados.

<sup>2</sup> Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Trujillo. Egresada del Programa de Doctorado en la Universidad Nacional de Trujillo. Especialista en Gestión de Talento Humano por la Universidad ESAN. Especialista en Políticas Públicas por la Universidad del Pacífico. Especialista en Perspectiva de Género por la Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>3</sup> Egresado de la Universidad Nacional de Trujillo. Es máster por la Universidad de Jaén de España, Magistratura Contemporánea del Siglo XXI. Maestría por la Universidad César Vallejo. Estudios combinados de doctorado por la Universidad César Vallejo. Viene cursando estudios en el Máster de Derecho de Familia por la Universidad de Jaén, España, como también estudios de la especialidad de Derecho Procesal de Familia por la Universidad Abierta Interamericana en Argentina. Juez civil titular en el Módulo Básico de Justicia de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Actualmente, es juez superior provisional en la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.



**Miguel Ramos Miraval:** Muy agradecidos a los organizadores del evento que me permiten compartir con ustedes esta noche, participando de algunas ideas que uno tiene en torno al derecho de familia.

El tema que quisiera desarrollar en los minutos que se me está concediendo es respecto al tratamiento de la unión de hecho, e, inclusive, cómo es que en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil se está manejando esa figura, y, por último, haremos también referencia a supuestos que no han sido previstos aún en el anteproyecto y que consideramos que es necesario.

Partiendo por la definición de la unión de hecho, vamos a encontrar que en el Código Civil de 1984, que hace referencia, pues, a la necesaria heterosexualidad de los convivientes. Tiene que ser la unión mantenida entre varón y mujer, y también lo rescata esto el anteproyecto del Código Civil, e indica, luego, libres de impedimento matrimonial.

Y aquí hacemos una primera reflexión, porque va a implicar, entonces, que quienes se quieran someter a la ley, y que quieran constituir una unión de hecho, no pueden tener impedimento matrimonial. No pueden estar inmersos entre los supuestos que regula la ley que imposibilitan un matrimonio.

Pero uno hace una reflexión. Si es que alguien quiere contraer matrimonio, digamos, Juan quiere contraer matrimonio con Teresa, pero, a su vez, está conviviendo con María. ¿Habría alguna limitación para que se celebre este matrimonio? Si revisamos el Código Civil, no habría ninguna limitación, ¿ah? Esta persona puede estar conviviendo con María; y, sin embargo, casarse con Teresa, y la ley no ha previsto este supuesto, al extremo que esta persona válidamente puede celebrar un matrimonio, puede casarse conviviendo con otra persona.

Y ahí viene una primera reflexión, ¿por qué esto no lo ha previsto el Código Civil, ni mucho menos consta ello en el anteproyecto del Código. Debería establecerse como un impedimento matrimonial, no solo que no pueda contraer con nadie matrimonio el casado, sino también aquella persona que está conviviendo con otra, convive con otra pareja. Y esta restricción que debería imponérsele, va a evitar que se produzca la situación que acabamos de comentar, porque, si no, sería un tremendo desorden.

Sí es cierto, señores, que en el Anteproyecto se hace referencia, pues, a esta situación, que el conviviente, digamos, va a tener a algunas restricciones, en el caso de que quisiera mantener su convivencia. Y vean ustedes el artículo 326-B en la nueva redacción, que señala lo siguiente: «La unión de hecho termina por matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho».

Es decir, la posibilidad de que Juan conviviendo con María, se case con Teresa; si se casa con Teresa, dice: «Bueno, esto va a provocar el cese de la unión de hecho». OK, está previsto como cese, pero no está previsto como un impedimento matrimonial. Y consideramos que ello debería analizarse y poder considerarse esta posibilidad.

El Código Civil indica, pues, que esta unión de hecho, cuando se mantiene la misma por un plazo de dos años, va a dar origen a una sociedad de bienes, a la cual le va a ser aplicable en lo que fuera pertinente, las normas de la sociedad de gananciales. No indica que surja una sociedad de gananciales, como equivocadamente, a veces, leemos. No, no dice eso. La sociedad de gananciales solo surge en el matrimonio.

Aquí lo que va a producirse o lo que va a surgir es una sociedad de bienes. ¿Y qué normas le van a ser aplicables? Las normas de la sociedad de gananciales en lo que fuera pertinente.

El Anteproyecto del Código recoge la posibilidad de que los concubinos puedan optar por una separación de patrimonios. Y nos parece algo sano y lógico porque no podría, en una convivencia casi matrimonial, someter a estos convivientes a un régimen patrimonial que, de repente, no sea el que ellos desean tener. Y, si es que tienen libertad para convivir, ¿por qué no pueden tener libertad para escoger el régimen patrimonial que gobierne las relaciones patrimoniales en su convivencia? Bueno, el anteproyecto ya recoge esta posibilidad, pero nosotros creemos que, con la redacción del 326, existe un régimen patrimonial paralelo al de la sociedad de bienes.

Me explico.

Uno, como lo han afirmado algunos autores, no hay ninguna restricción en el 326 para que los convivientes puedan pactar una separación de patrimonios. Y lo que no está prohibido, está permitido.

En segundo lugar, ¿por qué yo creo que sí existe un régimen patrimonial alterno? Porque imaginemos que Juan convive con María. A Juan se le somete a un procedimiento concursal, y lo que se va a buscar, en el caso de que él tenga un crédito impago y que, con motivo de este procedimiento concursal, lo que se quiere saber es cuáles son los bienes que tiene él para responder por esta deuda, él es sometido y nos preguntamos: ¿Si es que él convive con María y es sometido a un procedimiento concursal, qué acaso ello no conllevaría a que se le ponga fin a la sociedad de bienes que mantenga con su conviviente? Yo creo que sí porque no podríamos conocer del patrimonio que tiene Juan, si es que no liquidamos la sociedad de bienes que tiene con su conviviente. Y pregunto yo, si es que este procedimiento concursal provocaría el cese de la sociedad de bienes, y Juan manifiesta su interés en seguir conviviendo con María, ¿cuál sería el régimen patrimonial que gobernaría esta unión de hecho?

Ustedes dirán: «Bueno, el 326 no dice nada». No dice nada, pero ante la cero eficiencia de la ley, yo creo que aquí debería aplicarse el criterio que se establece en el artículo 330, que es aplicable, sí, es cierto, es aplicable para las parejas que están sometidas a un matrimonio, y vean el 330, lo que dice es: «Bueno, si se sigue este procedimiento concursal, se le pone fin a la sociedad de gananciales, y surge una separación de patrimonios».

Bueno, si aplicamos este criterio para el caso de la unión de hecho, y se le pone fin a la sociedad de bienes, tiene que haber un régimen alterno, porque no podría seguir subsistiendo esta unión de hecho, si es que no hay un régimen patrimonial que gobierne sobre las relaciones patrimoniales entre los mismos.

Entonces, yo creo que tiene que haber necesariamente un régimen alterno. No puede haber, en el caso planteado, tiene que, debe decir algo similar a la separación de patrimonios, que permita que esta unión de hecho subsista, aun cuando uno de sus convivientes, uno de sus miembros ha sido sometido a un procedimiento concursal.

No indica, como vuelvo a repetir, el Anteproyecto de Reforma del Código, permite que exista la separación de patrimonios, pero es el anteproyecto. Es el anteproyecto y seguro va a ser esto materia de discusión.

También consideramos que, en el caso de la unión de hecho, debería preverse la extensión de la presunción de paternidad. Y me explico. Si los hijos habidos dentro del matrimonio tienen por padre al marido, y en la unión de hecho, los convivientes se comportan como si fueran marido y mujer, por qué no pensar en o por qué no proponer que los hijos habidos dentro de una unión de hecho tengan por padre al concubino. ¿Se imaginan ustedes cuántos procesos judiciales podríamos evitar con este tipo de propuestas? No recoge esta propuesta el Anteproyecto del Código. Sin embargo, las proponemos también para discusión. ¿Qué problema habría en que se extienda la presunción de paternidad? Si hoy en día tenemos que cuando la pareja quiere publicitar su unión de hecho, van al notario y tramitan la declaración de existencia, o van donde el juez, también para que él declare la existencia de la unión de hecho.

¿Por qué no favorecer las uniones de hecho cuya existencia ha sido declarada con la extensión de la presunción de paternidad? No le demos, entonces, nada negativo a que esta propuesta pueda alcanzar una materialización en el Código.

Y, por último, el tema del cese de la unión de hecho. Veán, en el Código Civil encontramos los supuestos de cese y el cese también se encuentra previsto para que pueda ser declarado por el notario. Si revisamos el texto de la norma que le concede a los notarios la posibilidad de intervenir en los procesos no contenciosos, encontramos que el artículo 52 de esta ley, va a permitirle al notario que él declare si es una unión de hecho, cuando se acercan los convivientes a afirmar dicha situación.

Pero, pregunto yo, ¿qué ocurre si es que uno de los convivientes se acerca, no va con su pareja, va él solo y le indica al notario: «Señor notario, ¿pido que usted recoja mi voluntad de ponerle fin a la unión de hecho»?

Cuando planteamos esta pregunta, la gran mayoría nos dice: «No es posible». No es posible porque, de acuerdo a este artículo 52 de la Ley n.º 26662, el notario interviene para declarar el cese cuando se acercan ambos convivientes.

Pero yo creo que eso está equivocado porque eso no dice el artículo 52. Y, es más, afirmar ello implica negar lo que establece el Código Civil, cuando indica que la unión de hecho termina por decisión unilateral.

Me dirán ustedes: «Oiga, pero, es que el notario exige una intervención de ambos, porque este es un proceso no contencioso. Pero dónde está aquí el pleito, dónde está la litis, el cuestionamiento, si la ley indica que la unión de hecho termina por decisión unilateral. No dice que, necesariamente, tiene que terminar por la voluntad de ambos cónyuges».

Siguiendo con ese razonamiento. Ya, imaginemos que el notario no puede declarar el cese de la unión de hecho. ¿Van a obligar a que esta persona vaya a un proceso judicial a pedirle que el juez declare que dé por terminada la unión de hecho porque él no quiere seguir conviviendo?

Pregunto si es que él sigue este proceso judicial, cuál sería aquí, digamos, el cuestionamiento, dónde estaría el conflicto, si solo por su voluntad se le pone fin a la unión de hecho, no es justo que el razonamiento sea que esto lo declare un juez.

Yo creo que este artículo 52 tiene que ser interpretado, y así inmediatamente debería preverlo el Anteproyecto del Código, que el cese de la unión de hecho sea declarado por la manifestación de la voluntad de uno de los convivientes, y no necesariamente cuando vayan los dos, por favor, porque eso no dice la ley.

Esta referencia que efectuamos a la interpretación que se hace al artículo 52 de la Ley n.º 26662, les puedo asegurar que no es la que tienen los notarios; y, por último, nadie le va a obligar a un notario a que declare o que intervenga en la declaración de cese de la unión de hecho cuando no se encuentran los dos convivientes, pero, vuelvo a repetir, si es que se exige la presencia de los dos y no se permite que el cese de la unión de hecho sea declarado cuando uno de ellos lo manifieste, cuando uno de los convivientes lo manifieste, van a obligar a que esta persona, innecesariamente, siga todo un proceso judicial para que se declare algo que tan solo depende de su voluntad.

Entonces, estas reflexiones que, en estos pocos minutos, he podido haberles manifestado, creo que son necesarias y que se puedan discutir en una nueva redacción del Código Civil, y con ello superar los inconvenientes que, a la fecha, podemos advertir de la figura de la unión de hecho.

Gracias.

**Tania Bocanegra Risco:** Muy buenas noches. Agradecida con la invitación. De verdad resalto y felicito que se esté promocionando, sobre todo, estos eventos en los que se incluye la constitucionalización del derecho de familia, un tema que, en realidad, ya hace un largo tiempo, hay una corriente de doctrinarios que están fortaleciendo, justamente, la constitucionalización del derecho de familia. Uno de ellos, el doctor Manuel Bermúdez Tapia, quien está participando también de este congreso. Él, incluso, tiene un libro respecto a la constitucionalización del derecho de familia y estoy segura de que ha servido de base para muchos, incluso, para promover este tipo de eventos.

Bien, como les había mencionado, justamente, estamos en una corriente rumbo a reivindicar, de alguna manera, el derecho de familia, a partir de la constitucionalización del mismo. Y es, como les había señalado, no es algo novedoso, en realidad, afirmar que la dinámica de los procesos de familia, ahora, en el mundo contemporáneo, ha develado, en definitiva, una necesidad que considero urgente de implementar y desarrollar procedimientos, cada vez más humanos, acorde a nuestra realidad, sobre todo, en aquellos donde los litigios versan o podemos hablar acerca de grupos familiares, qué es lo que el Estado, en sí, pretende proteger. Sin embargo, estos conceptos han ido cambiando, y como lo había mencionado, el doctor Manuel Bermúdez Tapia, con el que he tenido la oportunidad de escribir algunos artículos, hemos resaltado, justamente, un principio específico, como, por ejemplo, el principio de debida diligencia estatal en el proceso de un trámite de familia, en el que asumimos una postura clara de que son los operadores de justicia, quienes deben asumir y aplicar este principio en su real dimensión.

Y, bueno, de lo que se trata aquí, sobre todo, es de dar un inicio, de construir, de alguna manera, el derecho y dejar atrás algunos conceptos adicionales a los que hemos estado acostumbrados. Y, para ello, es pertinente en esta conferencia, evocar el informe anual 2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe al que ya nos tiene acostumbrados de manera anual, en el que, por ejemplo, la Corte Interamericana resalta que se ha dado un aumento exponencial referido a la violencia contra las mujeres y las niñas en sus hogares.

Entonces, eso nos lleva a poder entender que, tal vez, este concepto «hogar» viene a ser un concepto ya ahora estereotipado, porque surge, justamente, en esas figuras tradicionales, que el hogar era un concepto, tal vez, concebido como aquel espacio de cuidado y de especial protección, en el que ahora, a la luz de este informe, nos revela que, más bien, se convierte en un estereotipo cultural en donde los altos índices de violencia, incluso, se gestan dentro de los hogares, por decirlo así, el hogar o el seno del hogar familiar. Por eso es por lo que el Estado tiene que analizar ello y verificar cómo se han ido modificando, de alguna manera, estas figuras, y no analizarlo como un ente abstracto, sino que la protección, considero, debe estar dirigida específicamente a los integrantes o a los que conforman este grupo familiar, teniendo también especial relevancia, justamente, aquellos integrantes que tienen, por ejemplo, alguna condición de vulnerabilidad o que tienen mayores condiciones o factores de riesgo.

Corresponde también así analizar cuál sería, en todo caso, la situación actual de los procesos de familia y de sus mecanismos de protección para sus miembros. Ello, en definitiva, en aras de reforzar esa tendencia a construir un derecho de familia con instituciones, con procesos, con principios propios que permitan, en definitiva, materializar su real autonomía, lo que nos lleva a dejar atrás, justamente, aquellos criterios tradicionales que permitan legitimar decisiones judiciales que se ajusten realmente a los intereses en conflicto que se pueden presentar dentro de un proceso judicial.

Creo que lo que sí ha logrado esta construcción propia con instituciones, con principios, con enfoques, incluso, es, justamente, la lucha contra la violencia dirigida hacia las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en la que, con la aprobación del Texto Único Ordenado, hace un año, un mes, aproximadamente, tenemos un texto que sí contiene enfoques propios y principios que han permitido, de alguna manera, dotar a esta especialidad de una real autonomía. Lo que se viene buscando por tanto tiempo en el derecho de familia, y que aún, todavía no se ha podido lograr.

Es importante también hacer un análisis o verificar cuál es la tendencia en América Latina para que, de alguna manera, podamos corroborar qué es lo que está pasando o cómo vamos avanzando en el caso peruano.

En definitiva, en América Latina hay una tendencia a la codificación normativa de las relaciones sociofamiliares, e identificar, sobre todo, aquellos países que sí han logrado tener una codificación especializada. Por ejemplo, tenemos el caso de El Salvador, de Chile, de Argentina, Bolivia, algunos estados de México que ellos han, en base, al descubrimiento de estas nuevas formas de grupos familiares, que toman en cuenta esa nueva dinámica de las relaciones interpersonales, es que empiezan a esta codificación *ad hoc* o a esta codificación especializada.

Y, a partir de esa tendencia a emitir leyes de familia específicas o leyes especiales de familia, también apuntan a reconocer y a construir un derecho de familia autónomo, no solo a nivel sustantivo, sino también a nivel procesal, porque va de la mano, efectivamente, establecer reglas procesales propias para poder, justamente, encontrar esa real protección que, en mayor medida, se da, por ejemplo, a través de los marcos de normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

Y, efectivamente, en el caso peruano no hemos sido ajenos a esta situación, pues, en nuestro país, la protección de los derechos de las familias viene afrontando también una tendencia hacia la humanización del proceso. Y, de alguna manera, se ha dado una modernización, por decirlo así, pero no a nivel normativo, sino a nivel de nuestra jurisprudencia, y resalto, la actividad jurisdiccional de los mismos jueces de las cortes superiores de justicia del país, que, sin encontrar una limitante o una barrera a no tener esta codificación autónoma, tanto sustantiva como procesal, es que, a partir de sus resoluciones judiciales, a partir de sentencias emblemáticas en algunos casos, han podido dotarle de esta real autonomía.

Entonces, nos lleva, de alguna manera, también a la reflexión y establecer, si es que los operadores de justicia están realmente capacitados para superar esta ausencia de normatividad autónoma en el derecho procesal de familia, y que esto no le resulta, tal vez, un obstáculo para garantizar este real acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, o corresponde, tal vez, que el Estado a través de la implementación de políticas públicas y eficientes, a través de una política pública, incluso, de especialización y capacitación a los operadores de justicia, y a todos los actores que intervienen dentro de esta materialización, corresponde estar a la altura y eliminar estos obstáculos para que, justamente, estos operadores asuman el verdadero rol, que es un rol protector del ámbito familiar, quienes, como les menciono, algunos jueces ya aplican este derecho convencional y constitucional para dar respuesta a algunos conflictos familiares.

Lo que yo siempre voy a comparar, de alguna manera, con lo que pasa también en el tema de violencia, que también antes de la dación del Texto Único Ordenado el año pasado, igual teníamos resoluciones, teníamos sentencias también importantes en las que se utilizaba mucho el tema de la convencionalización; principios convencionales para poder resolver situaciones, tal vez, o casos difíciles, pero no fue un obstáculo para ellos. Y en esa línea también el derecho de familia construye ello, que los operadores asuman ese real rol para poder materializar, y, sobre todo, dar una respuesta coherente, una respuesta ágil, una respuesta oportuna ante estos conflictos familiares, que son, tal vez, por llamar a otro estereotipo aquí, o por mencionar otro estereotipo, es que la ciudadanía puede pensar que, con la decisión judicial se estaría poniendo fin al conflicto familiar. Pero la realidad supera definitivamente, y nos muestra que es con la decisión, muchas veces, que se agudiza el conflicto familiar. Entonces, corresponde, justamente, tener o analizar ese escenario.

También quería mencionarles que este proceso de constitucionalización del derecho de familia inicia en el caso peruano, tal vez, una de las sentencias más emblemáticas, en la que se puede dar este inicio, por decirlo así, es, justamente, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la 9332-2006, que refiere acerca del caso Reynaldo Shols, de las familias ensambladas; el caso Janet Rosas Domínguez, también, respecto a la pensión del conviviente supérstite. Esta es la sentencia 6572-2006, lo cual, en definitiva, nos hace visualizar una necesidad urgente, de una creación de un derecho procesal de

familia; un derecho autónomo con principios, con enfoques propios de la especialidad. Y es también aunado a ello, claro, muestra de ello es el III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde también detalla y ratifica aquella necesidad de flexibilizar esas instituciones, que, a lo largo, se han visto como instituciones rígidas, a través de instituciones que, muchas veces, han limitado, incluso, un real acceso a la justicia; una real tutela jurisdiccional efectiva.

Entonces, es en este marco, también a partir de estas sentencias, que el Perú también dice: «es momento de establecer esta autonomía; es momento de codificar, tanto en el ámbito sustantivo, como en el ámbito adjetivo».

Asimismo, considero que otra de las cosas que deben ser analizadas es cómo en esa ruta de lograr una constitucionalización del derecho de familia, nuestro actual contexto, la presencia de la pandemia del covid-19, ha exigido o exige, en todo caso, un cambio en la forma de administrar justicia, en tanto, esta pandemia lo que ha logrado es, de alguna manera, por no afectar el normal desarrollo, por decirlo así, del sistema de justicia, nos ha acelerado una virtualización, a través del uso de herramientas digitales, con la finalidad, claro está de acelerar estos procesos judiciales. Y en esa línea es que un órgano que ha funcionado, o que ha, en este tiempo de pandemia, ha emitido, a través de documentos administrativos, ha emitido unas diversas directivas, por ejemplo, que también lo que buscaban era hacer un proceso más ágil, y este es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de su programa presupuestal por resultados, el número 0067, justamente, referido al tema de celeridad de los procesos de familia.

Claro, tenemos, por decir, la directiva, la 07, tenemos la 010, la 017, todas estas emitidas en el año 2020, y lo que buscaban era dotar de esta virtualidad, justamente, establecer herramientas ágiles que permitan, a través de estos documentos administrativos, dotarle de celeridad a los procesos. Pero su principal herramienta era el medio tecnológico, y aquí nuevamente tenemos que reflexionar que si en el país estamos a nivel de implementación de productos tecnológicos, estamos en una línea o estamos en un nivel de avance que permita que esas directivas, que estos intentos de dotar de agilidad a los procesos puedan realmente constituir una herramienta eficaz.

Y, justamente, considero que la idea es, si por un lado, queremos dotar de virtualidad, a través de estas herramientas tecnológicas, también tenemos una obligación de establecer alguna política, de alguna manera más inclusiva, que abarque, tal vez, aquellos órganos jurisdiccionales que, por ejemplo, no tienen acceso a los recursos tecnológicos, o aquellos órganos jurisdiccionales que funcionan, incluso, en aquellas zonas de difícil acceso. Estamos pensando en aquel ciudadano que tiene, de alguna manera, una limitación para acceder a estas herramientas virtuales.

Entonces, aquí, nuevamente, hacemos esta reflexión: ¿acaso no estamos viviendo un panorama donde surgen aquellas barreras modernas, incluso, que señalan así: barreras modernas de acceso a la justicia?

Entonces, considero ya, soy consciente de que tenemos poco tiempo para explicar esta tendencia de especialización que, efectivamente, los países latinoamericanos lo están aplicando, y que, sin duda, considero que está muy ligado también a cómo funciona el sistema de justicia, y que va a exigir, sin duda alguna, la creación de órganos especializados en la materia, con la finalidad de materializar una justicia acorde con la complejidad de un conflicto familiar.

Bueno, en el Perú no es un aliciente, en definitiva, porque nos guiamos mucho por datos fríos, por estadísticas que muchas veces evocan la llamada carga procesal. Nos centramos en la carga procesal para dar una creación de órganos jurisdiccionales.

Entonces, en el Perú, actualmente, el tema de la creación de órganos jurisdiccionales de familia está paralizado. La tendencia es, de alguna manera, a convertir y generar esta subespecialidad que está ganando mucho más espacio, que es el tema de la violencia familiar o la violencia contra las mujeres, en el que sí se está dando una mayor, en este caso, no creación, sino conversión. Estamos quitando,

de alguna manera, juzgados de familia, para convertir, en razón de la carga procesal, juzgados de la especialidad de violencia; pero, en realidad, dentro de un mismo presupuesto.

Entonces, lo que estamos haciendo es tratar de cubrir un espacio y estamos descubriendo otro. Entonces, considero que tiene que haber un enfoque mucho más general, un enfoque integral, en el que pueda seguir esta línea, en el caso peruano, hacia la especialización, que vaya de la mano con la creación de órganos jurisdiccionales. Y el reto mayor, creo, de la especialización, es, justamente, generar esta especialización, no a nivel solo de órganos jurisdiccionales de primera instancia, sino también de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia.

Y un dato certero también es que, a nivel nacional solamente tenemos dos salas especializadas de familia que están en el Distrito Judicial de Lima, entonces, eso es un reto mayor para el sistema de justicia, porque, de alguna manera, estamos dotando de una especialidad en primera instancia, pero ¿qué pasa cuando revisan esas decisiones, tal vez, esos enfoques de los que tanto hablamos en la constitucionalización del derecho de familia, que van a primar, en primera instancia, por decirlo así, y en segunda instancia, todavía tenemos las instituciones rígidas que queremos deconstruir.

Entonces, considero que el reto es alto y, nuevamente, agradezco la invitación. Espero haber contribuido, de alguna manera, con la experiencia que podemos tener en esta área.

Muchísimas gracias por la invitación.

**Félix Ramírez:** Muy buenas noches con todos los presentes. Agradecer la invitación y, bueno, creo que los que me han antecedido poco han dejado para comentar sobre un tema tan importante, pero voy a tratar de hacer algunas pinceladas o algunas ideas desde el punto de vista jurisdiccional, que es el ámbito donde más me desempeño y hablar sobre este proceso de constitucionalización del derecho de familia.

Una idea elemental sobre la cual debemos iniciar, que, evidentemente, nuevos vientos soplan en el ámbito del derecho de familia y procesal de familia, las que se manifiestan, evidentemente, en dos situaciones concretas y visibles.

La primera, si ustedes pueden apreciar, es la intensa reforma legislativa que vienen sufriendo diversos artículos contenidos en el Libro de Derecho de Familia del Código Civil, ya un poco vetusto, de 1984, como también del mismo propio Código del Niño y Adolescente, sumado a la incorporación, pues, numerosos e importantes, y cada vez leyes especiales y complementarias que han generado todo un efecto de hiper regulación, y por qué no decirlo, la presencia de un nuevo marco normativo, pero algo disperso.

Como ustedes pueden apreciar, hay una normatividad que ha ido, en cierta manera, separando de una regulación madre que era el derecho civil.

Y esta primera situación, para ser muy concretos, es que, anteriormente, el tema del derecho de familia, o todas las relaciones que tenían que ver con el ámbito familiar, se establecían bajo el marco de una teoría privatista, y se entendía que este era un tema privado.

Sin embargo, esta regulación y este apartamiento, o esta separación del Código Civil, tiene una razón muy elemental que la vamos a señalar más adelante, solamente para hacer esta precisión.

Entonces, este fenómeno de la hiperregulación, se ve complementado con una intensa, digamos, presencia cada vez en mayor demasía por parte de nuevos criterios jurisdiccionales, que se vienen desarrollando a nivel de los distintos órganos jurisdiccionales, y que amplían y maximizan los derechos e instituciones propias de la materia, y están replanteando, deconstruyendo, es decir, estableciendo nuevos contenidos y también modificando las que ya habían establecido anteriormente, o que por años también se concebían de una manera tal. Por ejemplo, el tema de patria potestad, cuando hoy

día no debería hablarse de patria potestad, sino de responsabilidad parental. No se puede hablar de tenencia, sino se debe hablar, en todo caso, de custodia; se habla de custodia compartida, por ejemplo, hoy en día, son nuevas tendencias, o nuevas innovaciones que han venido incorporándose, en algunas legislativamente y en otras jurisprudencialmente.

Y es que estas reglas interpretativas, se han generado por influencia también de un marco tan interesante como son las sentencias de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del propio Tribunal Constitucional, ya sea a través de precedentes vinculantes o doctrina vinculante de manera reiterativa, donde fijan criterios interpretativos, respecto al tema de los ámbitos de familia.

Este panorama de intensas reformas legales y jurisprudenciales se originan por las situaciones nuevas que se generan también en el ámbito de las relaciones familiares que obligan, en cierta manera, tanto al legislador; y, sobre todo, a los jueces, a abordar tanto el ámbito legislativo como el jurisdiccional, pero, sobre manera, se debe a la influencia intensa y viviente de las normas convencionales, los tratados internacionales de derecho firmados por nuestro país, y las interpretaciones de la Corte Interamericana.

Y este fenómeno, tanto de dispersión y de alejamiento del ámbito privado para una regulación especial y este ámbito jurisprudencial se debe, en esencia, a lo que nosotros hemos llamado, y por eso es que se nos convoca, a este nuevo fenómeno llamado «constitucionalización del derecho de familia».

Y es que la constitucionalización del derecho de familia, parte de un principio elemental, como es la supremacía constitucional y primacía de lo convencional, en la cual establece muy claramente, bajo esta relación de humanización post segunda guerra, es que se genera el tema de que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los países miembros, en este caso, el Perú, forman parte de una manera subsidiaria y complementaria al sistema normativo, pero con un nivel constitucional. Pero no solamente eso, sino las interpretaciones. Es decir, en otras palabras, lo que se ha incorporado, es que ese proceso de constitucionalización y convencionalización, basado en el principio de supremacía constitucional, ha incorporado, vía integración normativa y vía integración interpretativa, que está establecido en el artículo 55, como es la cuarta disposición final y transitoria de la propia Constitución ha incorporado y le ha dado nivel constitucional.

Por tanto, hoy en día, el bloque constitucional, en realidad, no solamente son las normas constitucionales, sino los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, las interpretaciones, como también las interpretaciones del máximo intérprete constitucional, y dejando en claro que, bajo esa regla normativa de principio de supremacía, rige un principio elemental que se aplique en el derecho de familia, que es el principio *pro homine*, en este caso, *pro* [fallas de audio] o de los grupos vulnerables.

¿En qué sentido? Que, de existir contradicción entre normas de rango constitucional, incluyendo los tratados, y la Constitución, o entre interpretaciones, debe elegirse aquí el que maximice los derechos fundamentales.

¿Y por qué señalo eso? Porque ha habido una influencia tal de los tratados sobre el tema de derechos humanos, por la Convención Americana de Derechos Humanos, por la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, la Convención de Belém do Pará, la Convención Interamericana de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, como la Convención sobre la Eliminación, de todas formas de Discriminación, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ha generado un tema muy interesante y muy expansivo, por así decirlo, porque ha reconocido dentro de esa magnitud de normatividad internacional con rango constitucional, algo muy importante. Ha hecho una premisa que nos parece resaltar, y es que reconoce a la familia en un sentido amplio como un elemento, no solamente natural y fundamental de la sociedad. También reconoce que la finalidad, no solamente es la procreación, sino es la fuente donde debe inculcarse los

valores, siendo un agente de desarrollo para los integrantes del grupo familiar; y reconoce, en este caso, un derecho humano tan elemental, en formar y entrelazar los lazos familiares que permitan el desarrollo personal de sus miembros; y, por ende, tiene un correlativo, que es la obligación del Estado, de protegerlos, sobre todo, a los más vulnerables. Y reconoce la necesidad, en este caso, de la protección de la familia y los sujetos de derecho que la conforman, y, en especial, los grupos vulnerables. Y esto tiene una correlación, obviamente, con el artículo 4 y 5 de la propia Constitución.

¿A qué me refiero? Es que la influencia, tanto de las interpretaciones de la Constitución, como de los tratados internacionales, ha generado, por ejemplo, una idea distinta a la que se concebía en el Código del 1984, el tema de la familia. Es decir, por ejemplo, hablamos hoy en día sobre que existe una referencia a un concepto amplio de familia y ya no restringido y solamente ha establecido como un reconocimiento, de repente, a la familia, solamente a aquellos que, formalmente, están constituidas con el matrimonio o la unión de hecho propia. Es decir, excluyendo a cualquier otra forma de unión familiar; y, por tanto, de protección constitucional y legal.

Y es que, hoy en día, por ejemplo, se puede hablar de la familia nuclear clásica consanguínea como una cuestión ya no exclusiva dentro del concepto convencional y constitucional, sino, hablamos de una diversificación de familia. Y es que, al reconocer que esto es parte de la familia, estas nuevas formas que se vienen generando, le genera un tema de protección. ¿Y por qué? Ahora podemos hablar de una familia monoparental que tiene un tema de protección a la luz de la Constitución, y replanteando, en todo caso, la definición del Código Civil; el de los padres separados, tenemos las familias extensas: abuelos, primos, tíos; las familias ensambladas o reconstituidas, y sobre la cual la doctora Tania ha hecho mención a una de las sentencias del Tribunal, a la que se podría sumar la Sentencia n.º 124-2017, un proceso de amparo interesante, donde también se habla sobre este tema muy interesante de una trabajadora que ha sido declarada hijastra y no tenía un beneficio, por ejemplo, el tema de la EPS, ni un grado de extensibilidad de interpretación constitucional a las familias ensambladas, que son, hoy en día, un tema bastante interesante, las familias de acogida; el tema de los adultos mayores o las familias monoparentales.

¿A qué me estoy refiriendo? Las influencias que se han generado a nivel de este bloque de constitucionalidad y las interpretaciones han originado una influencia de tal, como son vinculantes, a cambiar, primero, a reinterpretar las normas del Código Civil y todas las normas que están dispersas, y a generar nuevas tendencias y a deconstruir las nuevas posiciones. Y son cuatro los principios básicos sobre los cuales se constitucionaliza o se basa el tema del derecho de familia. Para hacer, simplemente, algunas pinceladas, vemos el tema de la protección de la familia, como un elemento natural, como ya lo he señalado, y fundamental de la sociedad, y el crecimiento. Y, en especial, a la protección a aquellos miembros que la conforman y que tienen un grado de vulnerabilidad: adulto mayor, personas con discapacidad, los niños, que han generado un tema de tutela efectiva diferenciada, incluso, como lo han señalado anteriormente los que me han precedido. Y es que es interesante, porque, por ejemplo, se introduce ahí una nueva concepción en el tema del derecho de familia, hablar del elemento de socioafectividad como un elemento primario.

Tenemos, por ejemplo, alguna influencia, por ejemplo, la Opinión Consultiva n.º 24 del 2017, que habla del tema de las uniones del matrimonio. Entendía esta que el matrimonio es una forma de protección a la familia e incluyendo dentro de ella a aquellos matrimonios entre personas del mismo sexo, por ejemplo. Por tanto, el caso a partir de la situación que se había generado, en el caso Pamela Estela, un desarrollo del Tribunal Constitucional sobre cambio de sexo, y luego cambiado, de una manera muy acertada, en el Expediente n.º 6040-2015, caso Rodolfo Enrique Romero, caso Ana Romero, en cierta forma, para ser más preciso, que aceptaba el cambio de sexo, pero el Tribunal fue cuestionado por un ámbito del derecho de familia, al no reconocer en el caso Ugarteche, por ejemplo, el tema del matrimonio de las personas del mismo sexo, porque contravendría una interpretación que ya ha venido desarrollando, por ejemplo, el tema del Tribunal Constitucional.

Miren cómo ha cambiado el tema de la concepción del derecho de familia. Solamente para hacer unas pinceladas, dentro del tema del derecho que son dispersas, obviamente, la Ley n.º 30364, a la

cual han hecho referencia, la ley que establece parámetros, garantías procesales a la consolidación del interés superior del niño, la Ley n.º 30364, o el Decreto Legislativo n.º 1297, sobre la protección de los niños y adolescentes y cuidados parentales, por ejemplo.

¿Cómo es que hay la influencia del sistema interamericano, las interpretaciones y cómo se genera en el acto señalado?

El artículo 7, por ejemplo, de la Ley n.º 30364, habla de las personas que son sujetas a violencia familiar; la violencia intrafamiliar ¿y quiénes serían los sujetos?

Dentro de ellos hablan, obviamente, de las relaciones parentales y socioafectivas, y aquellos que habitan en el mismo lugar, y que tengan un tema de convivencia. Ahí se incorpora de socioafectividad, pero, por ejemplo, si nosotros vamos a una sentencia reciente que ha emitido, por ejemplo, en el caso Villa Hernández, la Corte Interamericana versus Honduras, es un caso bastante interesante porque ha introducido dentro de la Convención de Belém do Pará, que es un poco lo que desarrolla la Ley n.º 30364, en violencia materia de familia, algo interesante de lo que ha dicho, como es un tema de violencia por condición de tal, ese concepto es una violencia de género y no es una violencia por una cuestión de carácter biológico.

Por tanto, en el caso Vicky Hernández de manera textual una interpretación bastante interesante y que tiene influencia hoy en día en el derecho de familia, sobre todo, en la subespecialidad de violencia, es lo siguiente, lo que ha señalado en esa sentencia es que, por ejemplo, como es un tema de género, la mujer trans, que se autopercebe como tal, como mujer, también es sujeto de protección y se encuentra dentro del marco de un enfoque de género; y, por tanto, también debe ser considerado como sujeto de protección dentro de la Convención de Belém do Pará.

Por tanto, bajo esta interpretación, hoy en día, habrá un pleno reciente en materia de familia y subespecialidad, y, evidentemente, deben seguir la misma línea interpretativa y vinculante de la Corte Interamericana, y establecer que estarían inmersos, pese a que no está de manera expresa en la Ley n.º 30364, en el ámbito del derecho de familia, las medidas de protección.

De más está decir, por ejemplo, que los otros principios sobre los cuales se pide la protección del matrimonio, al principio de igualdad, de igualdad entre cónyuge y los hijos. Solamente para mencionar hubo la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, la 2970-2019, sobre el tema de la declaración o el control difuso que se ejerció sobre el artículo 20 del Código Civil, y sobre la prelación y preferencia, bajo un tema de estereotipo de género, de establecer primero el apellido paterno. Entonces, se estableció, por ejemplo, bajo los márgenes de la constitucionalización del derecho de familia, que exigen un principio de igualdad e, incluso, entre cónyuges, y entre los hijos entre sí.

De más está señalarlo, en cuanto al tema también antes que me olvide. Creo que alguien que me precedió era el tema de la protección de las uniones de hecho, aparentemente, bajo un concepto amplio de familia, no solamente estaría concebido dentro del grado de protección, ojo, ¿ah?, no solamente el matrimonio ni aquella unión, aquellas personas que están libres de impedimento para casarse, sino aquellas también conocidas por nosotros como «uniones impropias».

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, por ejemplo, habla de concubinato *amasiato*, es decir, aquella impropia que la conocemos nosotros, y bajo una concesión convencional y constitucional, ha establecido que también tienen derecho, y, por tanto, tienen protección. Aquellas personas que, por ejemplo, han aportado. Una persona que ha sido casada, pero conviven veinte años y tienen cinco o seis hijos; y eso tiene que replantearse en las nuevas reformas del Código Civil. De más está decirles, por ejemplo, que podemos hablar ahora del tema de la filiación, hablar del vientre, por ejemplo, de la reproducción asistida y hablar como un elemento importante que ha sido también desarrollado por la Corte Interamericana, por ejemplo, por el tema de la voluntad procreacional, como un elemento determinante también de filiación, por ejemplo, en estos casos que suelen ser tan interesantes.

Y, bueno, para finalizar, también se ha establecido un principio de protección a las partes más débiles de la relación en el marco del derecho de familia. ¿Y a qué me refiero? Me refiero, por ejemplo, al grupo bastante interesante, sobre todo, en el tema de los derechos del niño y adolescente. ¿Qué ha replanteado? Como ya les dije, ahora se establece un tema de responsabilidad parental, y no de patria potestad como un tema del ejercicio del derecho del padre sobre los hijos. Es una concepción errada, por ejemplo, bajo el marco constitucional, porque lo que está en juego cuando hay conflictos respecto a la tenencia, régimen de visita, procesos de protección, etc., jamás están en juego los derechos del padre sobre los hijos; está el derecho del hijo como sujeto de derecho, bajo la teoría de la protección integral del niño en el marco del derecho de familia, el ejercicio irrestricto de sus derechos fundamentales como sujeto de derecho.

Tan es así, por ejemplo, que se establece como interpretar la tenencia que no debería llamarse «tenencia», en todo caso, «custodia», que está interrelacionado con un derecho fundamental, que es el derecho del niño a vivir en familia y a interrelacionarse con el entorno familiar. Tan es así, que, incluso el régimen de visitas, que, aparentemente, era exclusivo para aquel padre que no tenía la tenencia en caso de separación, se ha hecho extensivo a los abuelos. ¿Por qué? Por la familia extensa, es decir, puede plantear algún familiar o aquella persona que tiene una relación de socioafectividad, y con la cual se ha interrelacionado y ha tenido un lazo, prácticamente, familiar con una persona, solicitando un régimen de visitas. ¿Puede la abuela, el tío, la tía establecer un régimen de visitas?

Antes se entendía, por ejemplo, bajos los cánones del Código Civil, que solamente era exclusivo, en todo caso, de los padres. Sin embargo, bajo una interpretación constitucional, se ha establecido, por ejemplo, que los niños, niñas adolescentes, necesitan, para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, y que, al carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulneran sus derechos fundamentales. Por ello, ha sostenido que solo razones muy poderosas, como ya se indicó, ya sea por una norma jurídica o por decisión judicial, se puede afectar la unidad familiar. Solamente en cuestiones excepcionales, donde ponga en peligro, por ejemplo, la vida del menor, o la integridad, o algún derecho, pero tiene que haber una justificación.

Pero, por otro lado, debe asegurarse el tema de la afectividad. Tan es la importancia que tiene el tema o la constitucionalización del derecho de familia, y con eso termino, es que existe un principio que debe regir cuando hay un conflicto. Todo conflicto familiar tiene relevancia constitucional. Por tanto, la tutela jurisdiccional debe ser diferenciada, y debe partir de una premisa: que ya no es privada, sino es pública. Por tanto, la protección debe darse en su mayor amplitud posible, en aras de asegurar los derechos fundamentales de la familia, ponderada con el derecho de los más débiles: adulto mayor, niño, niño adolescente.

Entonces, aquí es importante que se tenga en cuenta cómo es que ha venido desarrollando este proceso de constitucionalización que ha deconstruido todas las instituciones del derecho de familia; y, sobre todo, que la nueva reforma tiene que estar conllevado dentro de este marco, y hablamos de una solución integral del conflicto, en la cual se dispone, por el abordamiento y la naturaleza propia y por el interés público, no solamente porque lo dice el III Pleno Casatorio, sino porque el VIII Pleno Casatorio, cuando habla de la nulidad, habla de la sociedad de gananciales como un bien de interés público, normas de orden público. Imagínense.

En consecuencia, se reconoce un tema de constitucionalización y de protección en ese sentido.

Solamente eso he querido reflexionar. Algunas de las cosas que se vienen generando y una protección integral total que puede dictar hasta monedas de protección muy al margen de las pretensiones de tenencia, de oficio. Ya ese es otro tema, que es justamente el tema del derecho procesal de familia, que debe estar acorde con la finalidad y la naturaleza propia del conflicto de familia que ya no, que ha dejado de ser un tema privado para ser un tema de interés público y de tema constitucional, sobre todo.

Con eso, bueno, simplemente he querido dar algunas ideas de lo que se viene generando, a nivel de la jurisprudencia y de estos cambios vía interpretación de las instituciones del derecho de familia y que exigen un cambio normativo necesario, y esa autonomía que tanto se exige.

Gracias.

25 NOVIEMBRE DE 2021

**MESA 10**  
**ANULACIÓN DE LAUDO. TEORÍA Y PRÁCTICA**

*Gonzalo García-Calderón Moreyra*<sup>1</sup>  
*Sergio Casassa Casanova*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos y Valores y de la Ley de Arbitraje. Director de la Cámara de Comercio de Lima. Ex teniente alcalde de San Isidro. Árbitro internacional y nacional de la lista de la Cámara de Comercio de Lima y del CARC PUCP.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster por la Pontificia PUCP con mención en Derecho Procesal. Profesor de posgrado y pregrado en la PUCP y en la USMP. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Asociado al Estudio Martínez y Torres Calderón Abogados.



**Gonzalo García-Calderón Moreyra:** Antes que nada, agradecer por la invitación. Agradecer a la mesa, a mis colegas que están conmigo y a todos ustedes por estar presentes en una conferencia que va a tratar los temas en materia, o que ya han venido siendo tratados desde hace varios días, tanto derecho civil como derecho arbitral.

Me han pedido que hable un poco sobre el tema del recurso de anulación de laudo, y la verdad que es un tema bastante tratado, de mucha actualidad. Yo no quisiera repetir lo que ustedes ya conocen, sino centrarme en temas que considero podrían mejorar la norma vigente.

A ver, creo que no hay duda de que el recurso de anulación tiene que existir. El recurso de anulación es un mecanismo garantista, es un mecanismo de fiscalización, es un mecanismo de seguridad para las partes que intervienen en un arbitraje, frente a cualquier exceso, frente a cualquier abuso que pueda ocurrir al interior del desarrollo arbitral.

Es evidente que los árbitros, siendo seres humanos, pueden equivocarse, y, entonces, el derecho tiene, no es que puede, debe tener contrapesos. Todo aquel que ejerce un poder requiere un contrapeso.

¿Cuál sería, de no existir el recurso de anulación, el contrapeso de los árbitros? Eso sería inaceptable. Es decir, el árbitro se convierte en un señor feudal. El árbitro no tendría contrapeso alguno. Es instancia única. Lo único que cabe es un recurso de reconsideración, y si al señor árbitro no le da la gana de aceptar el recurso de reconsideración, ¿dónde me quejo?

Estamos hablando de un tema de forma. Estamos hablando de un tema del debido proceso. Estamos hablando de una tutela procesal efectiva. Estamos hablando de los derechos fundamentales de ser escuchados. De derecho a contradecir; derecho a que el tribunal arbitral resuelva en base a las pruebas que han sido aportadas al expediente y que han sido actuadas en el expediente. No, y ahí coincido muchas veces, otras no, pero coincido algunas veces con las decisiones de la Sala Comercial cuando, por ejemplo, le jalan la oreja a un tribunal arbitral, cuando este se pronuncie en un laudo arbitral, respecto de una prueba que ha sido ofrecida en el informe oral, o que ha sido ofrecida con alegatos. Oiga, ¿y la otra parte tuvo derecho a objetar, a tachar? ¿Tuvo derecho a presentar una contraprueba?

No se puede vulnerar esos derechos. Y, entonces, el recurso de anulación —creo que está muy clara la idea que quiero formularles— el recurso de anulación tiene que existir. El recurso de anulación es un recurso garantista.

Ahora, este recurso de anulación hay que entenderlo como la ley quiere que se entienda, y no como los litigantes quieren entender el recurso de anulación como un recurso de apelación; como un recurso para seguir discutiendo la decisión respecto al fondo.

Eso no es posible. La ley de arbitraje ha sido, la ley peruana que sigue la Ley Modelo Uncitral, ha sido clarísima, y yo les recomiendo a todos que se aprendan de memoria el segundo párrafo del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, que señala con claridad meridiana, que los jueces están prohibidos bajo responsabilidad funcional entrar al fondo de la controversia.

Pero no solo eso, el legislador ha querido establecer que entendemos por fondo de la controversia, no solo la decisión, ojo, sino también la interpretación que realizan los árbitros para llegar a un resultado determinado.

También implica fondo, los criterios que el tribunal arbitral ha utilizado para llegar al fondo de la controversia. La motivación no puede ser tampoco susceptible de revisión, a través de un recurso de apelación.

Entonces, teniendo eso claro, el contrapeso que ejerce el Poder Judicial, que podría ser otra institución. Podría ser a través de un juez constitucional, en fin, lo importante es que haya un contrapeso, un contrapeso, no diversos contrapesos como alguna vez ocurrió. Terminado el recurso de anulación y abría la ventana de la acción de amparo. Entonces, eso creo que ha quedado cerrado en nuestro país con el caso María Julia, con el caso 142, en donde se ha establecido que la vía única e igualmente satisfactoria que el amparo, es la vía del recurso de anulación, y que no cabe contra ella ninguna otra posibilidad.

Entonces, este recurso de anulación lo que busca es generar, entonces, una seguridad formal, una seguridad del debido proceso.

El Tribunal Constitucional ha utilizado una frase que a mí me gusta mucho repetir, al hablar de la naturaleza jurídica del arbitraje, y señala que forma parte del orden público constitucional, y como tal debemos entenderlo. Como tal debemos entender la institución de la anulación de laudo.

Ahora, cualquier institución podría ser el contrapeso. Fíjense que en una ponencia, hace un año, hablando de los cambios, de los avances que ha sufrido históricamente el arbitraje, y la evolución, creo yo, para bien, que se ha dado en el arbitraje internacional, y en el caso peruano también.

Primero, se tenía que solicitar la colaboración al Poder Judicial para la designación de los árbitros, en la hipótesis de que una de las partes no lo hiciera.

Se acordarán ustedes de que la ley anterior, la 26572, establecía ese mecanismo. Y, entonces, uno acudía al Poder Judicial. Hoy día, esto nos parece totalmente arcaico, antediluviano, prehistórico. Hoy día todos sabemos que se recurre a la Cámara de Comercio de Lima, en caso no se haya pactado otra institución, o en el caso de arbitraje con el Estado, sería el OSCE. Pero hay una institución que no es el Poder Judicial, el que designa a los árbitros, al igual que la recusación, que con la ley anterior la resolvía también el Poder Judicial. Hoy día no. Hoy día lo resuelve un instituto de arbitraje al cual las partes se han sometido, y en defecto de ello, el centro que establece la legislación nacional.

Y, entonces, siendo o teniendo esa premisa fundamental de que debe existir una institución que proteja, que cautele, que fiscalice, que supervise, que sea el contrapeso de la labor de los árbitros para evitar una arbitrariedad, una del *iter* procesal, evidentemente, la pregunta que podríamos formularnos es ¿tiene que ser la Corte Superior? ¿Tiene que ser la judicatura? ¿Tiene que ser el Poder Judicial? ¿No podríamos delegar esa función a un centro de arbitraje o a los centros de arbitraje a los cuales nos hemos constituido?

Y, entonces, la colaboración judicial ya no tendría que darse a nivel tampoco de la revisión de la anulación del laudo arbitral porque esa garantía, esa protección, esa fiscalización va a ser dada por una institución arbitral a la cual las partes se han sometido. Qué mejor, además, que esa institución que tiene unas reglas que forman parte del convenio arbitral, que tiene un Código de Ética, que tiene un Consejo Superior de Arbitraje, un Tribunal de Honor o como quieran llamarle, que es el que lleva adelante la estructura, el desarrollo, la organización del arbitraje para que sea la que fiscalice sí, efectivamente, se ha cumplido o no con los requisitos que establece la norma a través de las causales taxativas del artículo 63.

Y, entonces, ¿podríamos llegar a ese tema? ¿Es posible o esto está restringido al Poder Judicial? Dejo abierta esa posibilidad. Yo, en lo particular, creo que sí. Creo que sería muy interesante, así como es interesante y hasta hace unos años era previsible que existiesen los denominados «árbitros de emergencia», por ejemplo. La medida cautelar fuera del proceso se tramitaba ante el Poder Judicial. Hoy no. Hoy podemos tramitar, y durante la pandemia en este año y medio que hemos tenido pandemia

en nuestro país, los árbitros de emergencia, a nivel de la Cámara de Comercio de Lima, de la Católica o de Amcham, han solucionado una serie de problemas de manera muy celer, muy ágil y muy eficiente. En consecuencia, ha habido, no sé, pero me aventuraría a decir, unos cincuenta casos, entre estos centros de arbitraje, sobre árbitros de emergencia, que han permitido, justamente, no acudir al Poder Judicial y resolver o tomar una decisión, una medida de no innovar, un *statu quo*, en fin, una protección a futuro del laudo.

En consecuencia, creo que son posibilidades que hay que ir viendo, para efectos de una evolución en materia arbitral, y que el arbitraje se convierta en una jurisdicción autónoma, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial para que el Poder Judicial actúe como el hermano mayor de la institución arbitral.

Todavía tengo un poco de tiempo, y quiero, simplemente, centrar este desarrollo de la anulación del laudo arbitral, dentro de las mejoras que se proponen, hay un artículo que a mí me interesa mucho, sobre todo, en lo que respecta al arbitraje internacional, y es cuando el legislador peruano establece que es posible solicitar, a través del recurso de anulación, que este suceda con relación a materias no susceptibles de arbitraje o cuando violen principios de orden público internacional, y está señalado así en el inciso f) del artículo 63. Dice: el laudo podrá ser anulado cuando, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o el laudo sea contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional, y la pregunta es ¿por qué no incorporar o por qué el legislador no incorporó también como parte de las causales taxativas, la vulneración del orden público nacional en los casos de arbitraje nacional.

Está claro que para el caso del arbitraje internacional, la violación del orden público internacional es una causal de anulación, ¿por qué no incorporar una causal en el arbitraje nacional de la violación del orden público nacional? La pregunta sería: ¿todas las causales consagradas en el artículo 63 cubren el concepto de orden público nacional o no? Porque si lo cubren, no sería necesario el pedir lo que estoy señalando, pero si no lo cubren, sí sería conveniente establecer una incorporación de una causal taxativa, en el caso de que se violente el orden público nacional.

¿Cuándo se podría violentar el orden público nacional? Y con esto termino. Podría violentarse el orden público nacional como acaba de señalarlo el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en un caso emblemático que me parece interesantísimo y con el cual yo comparto.

Les hago un paréntesis muy breve. Está ocurriendo lastimosamente en nuestro país, que no hay un control sobre centros de arbitraje, y se están creando centros de arbitraje como se creaban antes de la existencia de la Sunedu, universidades en garajes. Y estos centros de arbitraje son chichas, no tienen una estructura seria, no tienen, y en uno de estos casos, concretamente, se incorporó al Banco de Crédito como parte no signataria.

Y esto fue materia de un amparo por el banco, que ha salido hace muy poco, hace un mes, más o menos, publicado; la sentencia del Tribunal Constitucional, en donde declara fundada la acción de amparo y le jala la oreja al árbitro único, en donde le dice: «Oiga, señor, usted ¿con qué derecho ha incorporado a un banco que no es parte en el convenio arbitral? No, porque...». Eso decía la decisión del árbitro único. Decía que: «Como el banco no cumplió con la medida cautelar de embargo, entonces, debe ser incorporado al proceso para ser penalizado». Una barbaridad, realmente una barbaridad.

Entonces, a través de esta acción de amparo se ha enmendado este gravísimo error cometido por este árbitro, y que, por lo demás, en este proceso arbitral, entre la señora que demandaba y la empresa demandada, que es una demanda de responsabilidad extracontractual, tampoco había convenio arbitral. Es decir, una barbaridad llevada al nivel máximo. Eso será, evidentemente, corregido, no tengo duda, en la Corte Superior, a través del recurso de anulación. Pero, nuevamente, ¿por qué les pongo este ejemplo? Porque eso forma parte del orden público nacional. Lo que se debe preservar y el recurso de anulación busca, ¿es preservar qué? Preservar que se cumpla con los principios fundamentales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos de orden público internacional, y que un laudo arbitral no viole principios de orden público internacional, estamos hablando, evidentemente, de principios que sustentan un sistema jurídico.

En el caso de orden público nacional estamos hablando de principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico; y, en consecuencia, un laudo no puede violentar esos principios fundamentales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico. Y eso no sé si calza dentro de una de las causales señaladas en el artículo 63, pero son, como ven ustedes, mejoras que estoy trayendo para compartir con ustedes, y que, evidentemente, hay que darle vueltas, conversarlas, a nivel académico primero, a nivel doctrinario y, luego, establecer si es necesario o no y el momento adecuado para plantear una reforma legislativa.

Comentar, entonces, que con estas propuestas legislativas lo que se busca, finalmente, es mejorar el recurso de anulación. Mientras tanto, el recurso de anulación, como saben ustedes, se tramita en la Corte Superior, y tenemos un problema fundamental el día de hoy con la Corte Superior, que es respecto a que el noventa y tantos por ciento de los laudos que son anulados tienen como base, como sustento, la insuficiente o indebida o inadecuada e incongruente motivación.

Ese es un tema que hay que corregir, los estándares que se exigen a nivel del sistema de la Corte Superior, de las salas comerciales, creo que son estándares que no deberían aplicárseles, pero, en fin, eso da para otra charla; y, simplemente, quería terminar con el tema de la necesidad de uniformizar criterios en las salas comerciales a efectos de tener un criterio que, a través de la jurisprudencia de la propia sala, puedan ir adecuando y formulando estos criterios para que los árbitros, los tribunales arbitrales tomen conocimiento de qué es lo que esperar la judicatura al momento de revisar un laudo arbitral en un procedimiento de anulación que se presente ante la judicatura.

Dicho esto, nuevamente, agradeciéndoles por el tiempo, por la paciencia, quedo de ustedes para cualquier pregunta que tengan a bien.

**Sergio Casassa Casanova:** Agradezco al Instituto por la invitación. Difícil exponer el tema después de la ponencia de Gonzalo.

Bueno, de una u otra manera, voy a intentar, no sé, conversar con ustedes algunos temas que me parecen interesantes; aspectos generales, más que nada, con relación a lo que yo llamo «pretensión impugnatoria de anulación del laudo arbitral». ¿Y por qué digo esto?

A ver, vamos a empezar con una noción muy casera, y a todos nos ha pasado alguna vez. Siempre hay un hermano mayor, un hermano menor, y cuando el hermano mayor impone su autoridad, el menor, ¿qué es lo que hace el menor?, el menor va corriendo y se queja ante papá. Cuando papá castiga al hijo, al hijo no le gusta el castigo, y se va corriendo donde el abuelo.

¿Y eso qué quiere decir? Que todos tienen derecho de pataleo. O sea, la necesidad de impugnar parece responder a una tendencia natural del ser humano. A las personas les carcome la posibilidad de que todo se acabe de una sola vez sin ningún tipo de control. O sea, tiene una necesidad psicológica de objetar. O sea, contradecir e impugnar. El ser humano le tiene repulsión a la arbitrariedad; y, por ende, necesita que se controle el poder. O sea, se siente más seguro cuando sabe que los excesos van a ser controlados.

Algo que es muy común y he escuchado en varias ponencias, es el cuestionamiento al nombre. Hay cierta aversión al término «recurso de anulación». Porque dicen que no es un recurso, no hay un neto traslado de la cognición a un juez superior.

Lo que pasa es que, si bien es cierto, el término «recurso» como categoría genérica de acudir a impugnación es un recurso extraordinario, recordemos que, en la teoría de la impugnación, esta se desdobra en dos. Hay una teoría de la impugnación recursal y una teoría impugnatoria, mediante una

pretensión autónoma, y no hay por qué hacernos tanto escándalo, si consideramos que la nulidad de cosa juzgada es fraudulenta, el amparo contra la resolución judicial, la propuesta de revisión civil que tiene modificaciones del Código Procesal, son pretensiones, digamos, autónomas, que tienden a impugnar una decisión final.

Entonces, si bien es cierto ese recurso no lo entendemos dentro de una teoría recursiva, propiamente, sino con la teoría impugnatoria de pretensión autónoma, con lo cual no habría por qué horrorizarnos por el tema. Igual, llamémosle recurso, y la impugnación a los laudos es un tema interesante que, a raíz de esta conferencia he podido revisar.

No sé si ustedes sepan, por ejemplo, y hablando de nuestro referente español, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en su artículo 809, permitía o establecía que contra la sentencia arbitral, se procedía el recurso de apelación, ojo, un recurso de apelación en términos amplios, y aparte cabía la casación ante el Tribunal Supremo.

En 1881, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirma la posibilidad de recurrir en vía de apelación, inclusive, con el famoso «ambos efectos» contra laudos arbitrales de derecho. Pero, ojo, estableció que el recurso de casación, y se extendió dicho recurso también, a los arbitrajes de equidad.

No fue sino hasta diciembre de 1953, donde la Ley de Arbitraje de aquel año deja subsistente el recurso de casación para los arbitrajes de derecho, y limita, ojo, limita el recurso de nulidad para los arbitrajes de equidad. Pero, ojo, suprime por completo el recurso de apelación. Ojo con la fecha: 1953.

Si ustedes me preguntan ¿cuál fue la razón? ¿Por qué suprimieron la apelación en el proceso arbitral?

Veán, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 permitía una intervención judicial muy amplia. O sea, y en consecuencia, existía la posibilidad de que las partes sometieran a los jueces los extremos de la controversia, en los que discreparan entre sí los árbitros del colegio arbitral; y, de alguna manera, juzgaran en ese concreto el arbitraje. Cabía, además, el recurso de apelación contra la sentencia dictada por los jueces, pero también era posible apelar contra el laudo dictado por los árbitros. Y acá, obviamente, generaba situaciones de descoordinación horribles.

Ahora, si queremos complicar más el tema, se dice que también se podía someter a arbitraje cuestiones pendientes de un proceso en segunda instancia.

Entonces, el legislador justificó esta reforma de erradicar el recurso de apelación, más que nada, lo que quería era evitar, en el fondo, esta descoordinación que había entre los árbitros y los procesos ordinarios, y, además, la tesis contractualista se imponía en aquella fecha, porque, si el arbitraje era un contrato, cualquier intervención de la autoridad judicial habría de ser considerada como un ataque a la autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora, esta Ley de Arbitraje de 1953 fue reformada en el año 1984 y, ojo, se mantuvo que contra los laudos de arbitraje de derecho hubiera recurso de casación y contra los laudos de arbitraje de equidad, recurso de nulidad. Veán la diferencia. Obviamente, se ampliaba este recurso; y, de alguna manera, es el antecedente actual del recurso de anulación en España.

Ahora, en 1988 se suprime el recurso de casación y solo queda el de anulación.

Entonces, si queremos hacer dos momentos determinantes en la historia de la recurribilidad de los laudos arbitrales, apuntemos, 1953 se suprime la apelación, con lo cual, todos estuvieron conformes, pero en 1988, cuando se suprime la casación, ahí sí hubo revueltas. Albaladejo, de alguna manera, criticaba esta supresión, y eso lo hacía porque él consideraba de absurdo que se le confiaran los efectos y atributos de cosa juzgada a un laudo que estaba contrario al ordenamiento jurídico, sin que tuviera este la posibilidad de revisión, y era un privilegio que, inclusive, no gozaban las sentencias judiciales

en primera instancia. Y todos aquellos, de alguna manera, criticando tenían la misma idea, la misma noción; era inaceptable que el derecho permitiera la existencia sin oportunidad de revisión de un laudo directamente contrario al derecho.

Las posturas que estaban a favor de la erradicación del recurso de casación justificaban la misma en que el recurso de casación desnaturalizaba la figura del arbitraje porque sostenían que lo entorpecía, de alguna manera, suprimía el poder dispositivo de las partes o bien que las partes ya realizaron una renuncia de la jurisdicción ordinaria al someterse al arbitraje y, por lo tanto, no tendría sentido que si el laudo les es adverso, se les permita echarse para atrás.

Veán que, inclusive, Salvatore Satta. Claro, ojo que en lo que les digo, hay que partir del punto de vista de la teoría de la acción según Satta, y Satta decía que las partes, al realizar el convenio arbitral, no solo le daban confianza abstracta al árbitro, sino que dicho convenio es algo absolutamente concreto que se centra en las cuestiones que las partes le proponen al árbitro.

En el momento de proponer las cuestiones, las partes están introduciendo derecho, pues, siempre, y esto según la teoría sattia, le dan al juez su versión del ordenamiento. Por ello, si se permiten impugnar el laudo, el juez estaría atacando el mismísimo derecho introducido por las partes, lo cual era contrario a la naturaleza del arbitraje.

Si queremos aterrizar que en nuestro recurso de anulación de laudo, el artículo 63 hace mención a diversas causales: que el convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, inválido, ineficaz, que una de las partes no ha sido debidamente notificado, el nombramiento de un árbitro o las actuaciones arbitrales, que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, que el tribunal arbitral ha resuelto en materias no sometidas a su decisión, ojo, inclusive, de oficio el tribunal puede coger la anulación cuando su antecesor ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, no son susceptibles de arbitraje, que, según las leyes de la República, si el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, claro, esto es cuando son arbitrajes internacionales, y que la controversia ha sido decidida fuera de plazo por las partes, lo cual también tiene un tema polémico.

Bien, eso es lo que dice la Ley de Arbitraje. Y si nosotros lo podemos saber muy bien, qué tan frecuente es que esta causal se constituye tal cual. No mucho. Si, solamente, nosotros dijéramos en *numerus clausus*, que estas causales son las únicas que pueden cuestionar la admisión de un laudo, creo que la carga procesal bajaría en las salas comerciales.

Hay una puerta falsa en donde, prácticamente, todos buscamos indirectamente, inconscientemente, un reexamen de la controversia, y es la famosa duodécima disposición final, cuando, obviamente, hace referencia a que el recurso de anulación de laudo es la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado. Y cuando decimos esto, basta que hablemos de debido proceso en sus vertientes formal, material. Señores, ya abrimos toda la compuerta.

Y ¿qué pasa? Si ustedes tienen la oportunidad de ver un trabajo de Gino Rivas sobre la motivación de las decisiones arbitrales, que lo hizo en el año 2017, él tuvo la paciencia de ver entre el año 2010 y el año 2017, revisó 821 casos de las salas comerciales sobre anulación de laudo. 485 casos invocaban o argumentaban la causal de indebida motivación o de motivación defectuosa. Es decir, el 59,08 % de los casos de anulación de laudo iban por esta causal. Y de ese universo, solo 65 eran fundados. Es decir, si entendemos que 485 es el 100 %, solo el 13,40 % era amparado.

Y, señores, si ustedes se ponen a buscar en la Ley de Arbitraje, directamente, es una causal implícita que se desprende y deriva de la duodécima disposición final. Y, es más, y si queremos hablar ¿qué se entiende por defecto de motivación del laudo? Pues, vamos a tener que ver, queramos o no, lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia n.º 3943-2006, que es un proceso de amparo.

Y, señores, vamos a hablar que defecto de motivación, inexistencia de motivación, motivación aparente, falta de motivación interna de razonamiento, deficiencia de motivación externa, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente, motivaciones cualificadas. Señores, hay todo un menú de supuestos de motivación; y, ojo, que solamente deberían ser pertinentes tres: inexistencia de motivación, motivación aparente y motivación insustancialmente incongruente. Esas son las tres que deberían ser inaplicables en el arbitraje; el resto no.

Y voy a coger un ejemplo que puso el profesor Castillo Freyre, en una conferencia, en el año 2018, el cual me pareció interesante y lo puse en práctica en una clase. Y era invitar a los alumnos, como nosotros invitamos a los abogados: «A ver, señores, acá tienen un laudo arbitral. Tienen tanto tiempo y redáctenme una demanda de anulación de laudo por motivación defectuosa».

Señores, van a ver la creatividad que tienen y tenemos todos los abogados para buscar la cuadratura del círculo y hacer que encaje esta causal, pese a que no es la correspondiente. Y por eso se masifica, y cuando queremos, de una u otra manera, cuestionar el fondo encubiertamente, utilizamos esta causal.

Entonces, esta causal que, prácticamente, satura los recursos de anulación de laudo, es lo que, de alguna manera, digamos, motiva impugnar.

Entonces, escuchando a Gonzalo, él enfáticamente decía que el recurso de anulación no debe desaparecer.

Y, siguiendo una serie de Disney que dice: «¿Qué hubiera pasado si...?». ¿Qué diríamos si desaparecemos el laudo? Es decir, si desaparecemos el recurso de anulación. Pongamos un universo paralelo en donde no exista anulación de laudo, ¿qué pasaría? ¿Qué tan grave podría ser? Y, ojo, que esto no es tan absurdo, si consideramos que en Bélgica y en Malasia, años atrás ese ejercicio se hizo. De una u otra manera, se estableció un laudo a instancia única, impidiendo que las partes o que el perdedor pueda recurrir a un recurso de anulación de laudo. ¿Y cuál fue el resultado?

Vean, la prohibición del recurso de anulación en controversias no solo no incentivó a los comerciantes a resolver sus controversias en Bélgica y en Malasia, sino que, vean el efecto, los ahuyentó; y, ciertamente, no resultó atractivo a los inversionistas arbitrar en sedes, donde el abuso de poder, la corrupción y la arbitrariedad no pueden ser controlados. La posibilidad de que las decisiones sean revisadas da a las personas cierto ambiente, cierto respiro de estabilidad y tranquilidad. Por ende, la arbitrariedad, obviamente, es rechazada por todos.

Nosotros estamos en un Estado constitucional de derecho y el control y el poder es una arista fundamental, pero, ojo, no me quiero alejar de la premisa inicial. Si bien es cierto, hay que controlar el poder, el control no tiene por qué implicar una revisión exhaustiva del caso. Ahora, no es necesario la existencia de un recurso de apelación, en que se revise el fondo del asunto. Sin embargo, tampoco es admisible el prescindir de un mínimo mecanismo de revisión porque implicaría admitir que existen actos jurisdiccionales que están exentos de control, con lo cual, nosotros tenemos que llegar a un punto medio, y el balance ha sido encontrado, justamente, en el recurso de anulación de laudo. A través de este mecanismo se ha encontrado un balance entre necesidad de controlar el poder y la efectividad del procedimiento arbitral. O sea, ninguna de las causales del recurso de anulación, ciertamente, están dirigidas a revisar el fondo de la controversia. Claro, las del 63, no. Su objetivo, únicamente, es resguardar ciertas cuestiones fundamentales con el propósito de evitar arbitrariedades.

Ahora, el hecho de que podríamos prescindir del recurso de anulación. La verdad yo creo que sí. Ustedes me dirán: «Pero, total, decídete. ¿Hay que controlar o no hay que controlar?». No, perdón, no es incompatible. Está bien que hay que controlar, pero ¿qué tal si en vez de recurso de anulación yo genero otro mecanismo de impugnación legislativamente, que no necesariamente es la anulación?

Ahora, hoy en día, el recurso de anulación es indispensable como Estado constitucional, porque no tenemos otro mecanismo de control. Y, ojo, satisface la necesidad psicológica del pataleo que tiene el ser humano, y, además, constituye una herramienta democrática que apunta el control del poder.

Pero qué les parece si, de alguna manera, con la estadística puesta, claro, un poco atrevida porque está desfasada porque se quedaron contando hasta el 2017, qué tal si manteníamos el recurso de anulación únicamente para los supuestos del artículo 63, que en esa estadística representa casi el 40 % de casos. Y los otros, ejemplo, el tema de la motivación, los derivamos al recurso de apelación. Qué tal si, como había en España, con lo cual inicié mi ponencia, en los años 1955, 1981 y hasta antes del 1953, mantenemos un recurso de apelación en sede arbitral, donde sea un tribunal arbitral el competente para ver. ¿Y saben qué? Sinceremos el tema. ¿Quieren segunda instancia? Pongámosles segunda instancia, pero en sede arbitral. No queremos que se vea el tema de fondo, queremos proteger el debido proceso. Perfecto, que lo vea un tribunal arbitral. Y el Poder Judicial que se mantenga con el 63. Porque, obviamente, así dejamos, como quien dice, que la ropa sucia se lave en casa. Que los cuestionamientos al arbitraje se resuelvan al interior del arbitraje respetando el acuerdo de las partes, la autonomía de voluntad. Y, señores, le restamos un poco de protagonismo al Poder Judicial. No está exento de control, y de una u otra manera, puede equilibrar la necesidad de conciliar seguridad y efectividad.

Muchísimas gracias.

**Pregunta para el doctor Gonzalo García-Calderón:** ¿Usted cree viable la posibilidad de que, mediante el recurso de anulación, la corte puede entrar a revisar y declarar la nulidad del contrato donde está el convenio? ¿O solo del convenio mediante la causal a)?

**Gonzalo García-Calderón Moreyra:** La idea del inciso a) de la causal establecida en la norma del artículo 63 tiene por objeto, justamente, evitar que se produzca una desviación de la jurisdicción predeterminada por ley, a la que tiene derecho toda persona. Es decir, no puede ser desviado de la jurisdicción ordinaria, aquel que no quiere formar parte de un arbitraje.

Y, entonces, volvemos a lo mismo que señalaba hace un rato. Qué ocurre si es que un tribunal arbitral considera que sí existe un acuerdo arbitral válido, cuando no lo hay. Lo que decía Sergio: ¿dónde me quejo? O sea, ¿quién me protege frente a ese exceso, frente a esa arbitrariedad, frente a ese abuso? Y estamos hablando de un tema formal, ojo, es un tema de forma. Hay o no un convenio arbitral. Hay o no un acuerdo que me permite alejarme, apartarme del Poder Judicial, de la jurisdicción predeterminada por ley. He cumplido o no con la formalidad establecida en la norma. En el Perú existe forma escrita, pero en otros países exigen escritura pública, en fin, cada país establece sus propios criterios para la validez del convenio arbitral o la materia.

Entonces, creo que es lógico que exista una revisión. Me gusta el planteamiento de Sergio, en el sentido de que ya, por ejemplo, como saben ustedes, perfectamente, en materia de arbitraje de inversiones, ante el CIADI hay una segunda instancia, justamente, en materia de revisión de forma, con lo cual, la propia institución arbitral está llevando por ese camino la revisión del mismo, pero, para contestar la pregunta concretamente formulada por esta persona, me inclino a ratificar lo que señala el inciso a), que, además, sigue la Ley Modelo Uncitral en ese aspecto.

**Pregunta para el doctor Sergio Casassa Casanova:** ¿Usted cree que la defensa del debido proceso es diferente en el arbitraje, vía anulación, que en un proceso judicial?

**Sergio Casassa Casanova:** A ver, que sea diferente, no. O sea, no veo que el tema sea diferente. El debido proceso como categoría genérica es uno. Obviamente, inclusive, si me quiero salir un poco del tema, el Tribunal Constitucional ha dicho que el respeto al debido proceso, las garantías del debido proceso se extienden también al debido procedimiento, si quisiéramos hablar de procedimientos administrativos. Con lo cual, no es indistinto, no es una exclusividad, no es un regalo que solo tiene el

juez ordinario de poder ver ello. También el acto podría revisar tranquilamente porque ejerce jurisdicción una revisión del debido proceso en sede arbitral.



**MESA 11**  
**MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJES COMERCIALES**  
**Y EN CONTRATACIONES ESTATALES**

*Ángela Cámara Chumbes*<sup>1</sup>  
*Kevin Villanueva Sotomayor*<sup>2</sup>  
*Héctor Josué Verástegui*<sup>3</sup>  
*Miguel Delgado Ramos*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con estudios de especialización en arbitraje internacional y de inversión por la Universidad del Pacífico y American University. Asociada principal del área de litigios del Estudio Echeccopar Asociado a Baker & McKenzie International. Miembro de Peruvian Young Arbitrator y adjunta del Curso de Valoración de la Prueba del Programa Segunda Especialidad de la PUCP.

<sup>2</sup> Abogado por la PUCP. Asociado del área de litigios y arbitrajes de Garrigues Lima. Especialización en Contratos, Estándares Nacionales en Construcción por la UPC.

<sup>3</sup> Abogado y candidato a magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Tacna. Socio fundador del Estudio Jurídico FBC y miembro del Instituto de Derecho, fundador del Círculo de Estudios Jurídicos Ius Nova.

<sup>4</sup> Abogado por la PUCP. Árbitro de la nómina de la Cámara de Comercio de Lima. Con más de quince años de experiencia de contrataciones con el Estado y arbitraje de obra. Fundador de MDR Abogados.



**Ángela Cámara Chumbes:** Buenas noches.

Quiero compartir con ustedes algunos comentarios sobre el árbitro de emergencia.

La mesa es sobre tutela cautelar, medidas cautelares, y, bueno, yo voy a compartir esta alternativa que ya no es tan nueva, de hecho, para nosotros. Seguramente, ya han escuchado antes del árbitro de emergencia, ya se han implementado algunos casos de árbitro de emergencia, de hecho, también. Entonces, ya no es una figura tan nueva para nosotros, pero creo que sí es bueno recordar algunos aspectos de esta figura para tenerla muy presente y evaluarla como una opción real.

Y, bueno, ¿a qué me estoy refiriendo con el árbitro de emergencia? ¿Qué es el árbitro de emergencia? Quizás recapitulando un poco de estas nociones que les quiero compartir este día sobre esta figura.

Es un procedimiento por el cual se va a designar a un árbitro, y este árbitro va a tener como misión, su misión es, específicamente, resolver pedidos de medidas cautelares o medidas provisionales. Todas las medidas cautelares son provisionales.

Y esto, ante una situación, como el nombre lo dice, «de emergencia», estamos ante una situación muy urgente, en la que necesitamos tener tutela cautelar, y en la que no podemos esperar a la constitución del tribunal arbitral.

Como todos conocemos, en un arbitraje, quien tiene la potestad para poder otorgar medidas cautelares resolver los pedidos de medidas cautelares; y, finalmente, ver si es que la concede o no, es el tribunal arbitral el que va a resolver el caso. Pero ¿qué pasa cuando aún no tenemos un tribunal arbitral constituido? Bueno, en ese caso, tenemos una especie de contradicción, porque, como no tenemos un tribunal arbitral constituido que es a quien tendríamos que recurrir para conseguir nuestra medida cautelar, y como les acabo de mencionar, estamos ante una situación urgente, en la que requerimos obtener una medida cautelar, entonces, llegamos a esta situación contradictoria, en la que no tenemos más opción que recurrir al Poder Judicial porque todavía no hay un tribunal constituido.

Entonces, uno pacta una cláusula de arbitraje para escapar del Poder Judicial, pero termina uno en el Poder Judicial al que uno no quería acudir. OK, será una etapa corta, y, específicamente, para la obtención de la medida cautelar, pero se puede generar esta contradicción.

Entonces, y, bueno, con la serie de complicaciones que esto puede traer, que vamos a, luego, en una comparación entre árbitro de emergencia y medida cautelar ante el Poder Judicial.

Entonces, justamente, para no tener que recurrir al Poder Judicial en esta etapa, se presenta como alternativa la ruta del árbitro de emergencia. Y esto a la espera de que se constituya el tribunal arbitral. Una vez que se constituyó el tribunal arbitral, incluso, el tribunal arbitral, como lo haría con una medida cautelar dictada por el Poder Judicial, va a poder evaluar si realmente la mantiene, si la revoca, si la modifica.

Entonces, este procedimiento es la otra vía a ir a conseguir una medida cautelar ante el Poder Judicial cuando aún no tenemos un tribunal arbitral constituido. Únicamente para eso, pero bastante importante.

Les hablaba de la urgencia, y creo que el nombre es bastante claro. Estamos ante una situación de emergencia. Tiene que cumplirse una valla de peligro en la demora bastante alto. Incluso, si revisamos, y ahí es superclaro el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, que fue de las pioneras en regular este procedimiento de árbitro de emergencia, incluso, te dicen, que tiene que ser, «este

procedimiento se activará cuando se requieran medidas cautelares que no pueden esperar a la constitución del tribunal», porque si no, como la vía natural sería ir al tribunal, espérate a que se constituya.

Y, como les decía, hacía una comparación, ¿por qué esta ruta y no me voy al Poder Judicial?

Yo ya les mencionaba una razón, y es que si las partes han pactado arbitraje, es porque no quieren ir al Poder Judicial. Entonces, por qué hacer que vayan por ese camino que ya decidieron que no quieren tomar cuando existe una vía dentro del ámbito del arbitraje que te puede dar esa solución.

Entonces, una primera razón por la cual podríamos optar por este procedimiento.

Bueno, me podrían decir: «Bueno, pero no es lo mismo porque, finalmente, yo quería escapar del Poder Judicial para que no me resuelva el Poder Judicial mi controversia del fondo. Una medida cautelar, OK. Buenos, hay otros argumentos adicionales, que creo que es bueno ponerlos sobre la mesa. Un primer punto es una mayor eficiencia. Definitivamente, el Poder Judicial ya está bastante cargado de causas en las que esa es la vía a la cual se tiene que ir. Donde no pactaron arbitraje o porque no es una materia arbitrable.

Entonces, tienes un Poder Judicial ya con una carga excesiva, entonces, definitivamente, y creo que, en realidad, creo que todos la conocemos, poder obtener una medida cautelar en el Poder Judicial es algo que, por más urgente que sea tu pedido, va a demorar.

En cambio, el procedimiento de arbitro de emergencia, al menos, por cómo está regulado, y en la práctica también es muchísimo más rápido. Entonces, allí sí, realmente, tienes una alternativa que responde a la emergencia que estás teniendo.

Otro punto y quizás vinculado al primero, es un tema de especialidad. Sobre todo, si estamos ante controversias complejas.

OK, no es que estás yendo al Poder Judicial para que te resuelva el fondo de tu caso, pero si tienes una materia, una discusión que es bastante compleja y que por eso querías llevarla a arbitraje donde un tribunal arbitral especialista pueda resolver ese caso, no vas a encontrar necesariamente ese criterio de especialidad; no tendrías por qué encontrarlo en el juzgado que vaya a ser competente para resolver tu medida cautelar, pre, digamos, constitución del tribunal.

Entonces, y, finalmente, si bien no van a resolver el fondo de tu causa, sí debemos recordar que uno de los elementos para obtener una medida cautelar es el de verosimilitud en el derecho.

Entonces, finalmente, si bien va a ser una revisión bastante superficial de tu caso, sí va a ser mejor que quien lo revise sea un especialista que pueda entender rápidamente de qué trata tu caso y, por lo tanto, por qué tendrías verosimilitud en el derecho y por qué requieres y debes obtener esa medida cautelar.

Otro punto que a veces, no tenemos en cuenta, y eso, quizás, pueda ser no necesariamente una desventaja, sino que vamos a ver un punto en el que podría ser una ventaja, dependiendo de la situación, es que si te vas al Poder Judicial a pretender obtener tu medida cautelar, los juzgados van a revisar tu medida cautelar teniendo en cuenta las exigencias del Código Procesal Civil.

Entonces, por ejemplo, si se trata de una medida innovativa, una medida de innovar en la que quieres que se cambie la situación de hecho, más bien, que se mantenga, el Código Procesal Civil te dice que tienes que acreditar un perjuicio irreparable.

Entonces, es una valla bastante alta que tendrías que acreditar si te vas al Poder Judicial. El juez va a aplicar esos requisitos, los que están en el Código.

Y ahora, ¿por qué decía que podría ser una ventaja y no tanto una desventaja en este punto en específico?

Recordemos que, en el caso del Poder Judicial, la regla es que no se corre traslado a la contraparte del pedido de medida cautelar, sino que se resuelve sin escuchar a la contraparte. Entonces, si vemos que hay un elemento sorpresa que podría ser, en algunos casos, interesante de tener, en el arbitraje la regla es a la inversa, e, incluso, en los procedimientos de árbitro de emergencia, hay algunas regulaciones que te dicen, bueno, necesariamente corremos traslado.

Dicho esto, la competencia de los árbitros de emergencia, y acá hay diversos argumentos que pueden entrar en juego, pero, en conclusión, a ver, la Ley de Arbitraje, si uno la revisa, no dice nada del árbitro de emergencia. OK, no, la verdad es que tampoco es necesario que lo diga. ¿La ley de arbitraje que sí plantea? Plantea, por un lado, que los árbitros tienen competencia para otorgar medidas cautelares. Bueno, este es un árbitro de emergencia, podríamos entrar en discusión, pero, no, bueno, es que realmente no es un tribunal arbitral porque no es el que has designado por las partes. Pero, bueno, es un árbitro, al fin y al cabo, pero si ese argumento no fuera suficiente, recordemos, además, que la Ley de Arbitraje da a las partes la libertad de regular su procedimiento de arbitraje.

Entonces, ¿qué pasa? La Ley de Arbitraje no dice nada sobre el árbitro de emergencia. ¿Y cómo así llegamos, entonces, al árbitro de emergencia?

La ruta que vamos a tomar es la del arbitraje institucional. Las instituciones de arbitraje, en su reglamento, establecen la opción de árbitro de emergencia.

Entonces, si tú como parte tienes libertad de regulación en tu procedimiento y has decidido que vas a aceptar las reglas de ese reglamento, en donde dice que está abierta la posibilidad de cualquiera de las partes, o el demandante obtenga una medida cautelar a través de un procedimiento de árbitro de emergencia, estás aceptando eso; y, por lo tanto, es una posibilidad que puede darse, y no podrías, ya en el momento decir. «Ah, no, quiero que esta regulación no se me aplique».

Entonces, no hay realmente una discusión ni problema con la competencia de un árbitro de emergencia para poder otorgar estas medidas cautelares.

Otro punto es, bueno, el procedimiento, y acá para verlo muy rápidamente, en realidad, porque no tenemos muchos minutos, en Lima, los tres principales centros de arbitraje recogen ya, nos faltaba Amcham Perú y el OSCE, su reglamento de este año, hay un nuevo reglamento de este año y ya incorporó la figura del árbitro de emergencia. Y esta regulación, bueno, primero fue la Cámara de Comercio de Lima, luego la PUCP, y como les digo, ahora Amcham. Y si revisamos reglamentos de centros de arbitraje en provincia, luego vamos a ver algunos logos, vamos a encontrar que ya muchos centros de arbitraje han venido implementando esta figura y la ofrecen dentro de las posibilidades de su reglamento, como para tenerlo en cuenta al momento de elegir también una institución.

¿Qué es lo que nos dicen estas reglas? En el caso de la Cámara de Comercio de Lima, nos dice: «OK, tú puedes aplicar este procedimiento», pero para poder aplicarlo, ojo, solo va a poder ser aplicable, si el convenio arbitral fue suscrito después de la entrada en vigencia del reglamento.

¿Cuál es la lógica de esto? La lógica de esto es que las partes, cuando decidieron someterse a las reglas de la Cámara de Comercio de Lima, tendrían que haber sabido que esta era una posibilidad. Esa es la lógica, digamos, que está detrás de esta disposición. Y el procedimiento es bastante, bastante corto en comparación a lo que sucedería en el Poder Judicial, donde solo obtener una primera resolución, que puede ser «subsano una inadmisibilidad» puede tomarte un mes y medio, dos meses, tres, cuatro y podemos seguir sumando. Los plazos están en la diapositiva, son bastante cortos. Básicamente, es presentar la solicitud, el consejo, no las partes, el consejo designa este árbitro, se abre la posibilidad a un procedimiento de recusación muy expeditivo, y, digamos, en paralelo, el procedimiento va corriendo. El árbitro de emergencia decide cómo va a disponer, digamos, su procedimiento,

obviamente, tratando de ser lo más expeditivo posible, y emite la decisión. Puede el árbitro de emergencia, y yo entendería que, además, es lo que usualmente pasaría, pedir una garantía, como una contracautela. Ojo, una vez que se emite la decisión va a correr este... la lógica de una medida cautelar en el Poder Judicial, la tienes, se ejecuta, tienes un plazo para iniciar tu arbitraje, ya, una lógica similar.

En el caso del centro de arbitraje de la PUCP, también aplica convenios arbitrales suscritos después de la entrada en vigencia del reglamento del 2017. La lógica es bastante parecida con una diferencia.

En este caso, sí te dice expresamente que habrá la posibilidad de correr traslado o no corres traslado. Les decía que algunos reglamentos no distinguen esto. Este reglamento sí lo hace. También puede haber una recusación, evidentemente, y terminado el procedimiento, también va a haber un plazo para poder iniciar el arbitraje.

En el caso del reglamento de Amcham, digamos, es un poco más la novedad, aunque ya estamos acabando el 2021, este reglamento ya vigente, desde este año incorpora esta figura. Bastante similar, digamos, a la Cámara de Comercio de Lima, no está esta posibilidad de correr o no correr traslado, también recusación, siempre van, se habrán dado cuenta, la corte es quien designa al árbitro, no es que las partes van a seguir un procedimiento para designarlo.

Algunas particularidades con el Estado, y aquí ya voy terminando, son las siguientes, y acá sí hay que tener un especial cuidado porque lo que les acabo de decir, van a ser las reglas que van a aplicar al árbitro de emergencia en cualquier arbitraje, pero si tenemos al Estado, como jugador, digamos, en este proceso, habrá que ver la regla específica para arbitrajes con el Estado.

Por ejemplo, Amcham nos dice, bueno, esta regla del árbitro de emergencia no va a ser aplicable cuando el Estado sea parte del arbitraje. Entonces, ya te canceló la posibilidad. Simplemente, no.

La Cámara de Comercio de Lima establece una opción que podríamos decir que es intermedia, pero en la práctica yo creo que es lo mismo que Amcham. La Cámara de Comercio de Lima te dice: «Ya, vas a poder aplicarlo, pero, únicamente, si es que hubo un sometimiento expreso en el convenio arbitral a procedimiento de árbitro de emergencia; si no, no».

Y, claro, acá la pregunta es ¿encontraremos un convenio arbitral en donde, expresamente, el Estado, siendo parte y suscriptor de este convenio, diga: «sí me voy a someter al procedimiento de árbitro de emergencia». La verdad, yo no lo he visto, si es que alguien lo ha visto, sería bueno, que lo comparta, pero a mí, la verdad, me parece que puede ser bastante complicado que se produzca. Entonces, en la práctica, probablemente, no se ve.

Y el centro de arbitraje de la PUCP (CARC PUCP) no dice nada. Entonces, como no dice nada, sí, todo lo que les he comentado va a ser aplicable a todos los arbitrajes, incluyendo aquellos en los que participa el Estado.

Otro punto importante a tener en cuenta cuando participa el Estado, es el siguiente, y no tanto por el procedimiento en sí del árbitro de emergencia, sino por aplicación de este decreto de urgencia que, por ahí, quizás alguien más lo comenta, pero muy en cortito es, recordemos que este decreto de urgencia nos dice que cuando quiera obtener una medida cautelar, que, finalmente, es tutela cautelar y el Estado es parte, y va a ser, además, la parte afectada con la medida cautelar, hay que presentar una garantía.

Entonces, eso también va a ser aplicable al procedimiento de árbitro de emergencia. No nos vamos a librar de eso.

Una rápida comparación con otros centros de arbitraje, bueno, acá vamos a ver que se mencionan, tanto centros de arbitraje internacional, que son, digamos, la práctica... el procedimiento de

árbitro de emergencia nace de la práctica internacional de estos reglamentos de arbitraje de instituciones extranjeras. Y, en el caso del Estado vamos a ver que, digamos, a qué me refiero con el *opt-in* y *opt-out*. *Opt-in* significa que te exigen que, además de haber pactado que se apliquen las reglas de tal centro de arbitraje, tiene que haber un sometimiento expreso, diciendo «yo sí quiero, además, expresamente, que me apliquen el procedimiento de árbitro de emergencia». La Cámara de Comercio de Lima lo exige. Amcham sí creo que debería salir de allí.

En el caso de arbitrajes con el Estado, si vemos la práctica internacional, en realidad, esa no es una exigencia que la pongan, incluso, en arbitrajes con el Estado.

Por ahí, salvando el tema de arbitraje de inversión, en el que sí, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional ha excluido el procedimiento de árbitro de emergencia para casos de arbitrajes de inversión.

Y con eso yo creo que ya termino. Muchas gracias.

**Kevin Villanueva Sotomayor:** Buenas noches con todos los participantes, con los miembros del panel y con la organización.

El tema que he elegido exponer para esta presentación son algunos asuntos generales respecto a la concesión de medidas cautelares en arbitrajes comerciales.

Hay algunos temas que, incluso, siendo generales que he decidido omitir por cuestiones de tiempo, pero creo que igual podrán ser de utilidad para los participantes.

OK, como un pequeño preámbulo, me gustaría situar a todos los oyentes en la justificación de las medidas cautelares.

Como ustedes saben, tanto en procesos judiciales como en arbitrajes, existe una relación de tensión entre el tiempo y el derecho de defensa que justifica la concesión y la ejecución de medidas cautelares.

¿Qué ocurre? Ningún juez, ningún árbitro pueden decidir una causa ni en una semana, y, seguramente, tampoco en un mes, sino requieren mucho más tiempo para resolver una controversia. Y es a partir de esto que las medidas cautelares tienen sentido.

¿Por qué tienen sentido? Veamos dos ejemplos. Un primer ejemplo en donde tenemos un acreedor y un deudor, y este deudor tiene únicamente un bien.

Evidentemente, el acreedor no va a esperar tranquilo la conclusión de un arbitraje que podría demorar un año para recién, después de que el tribunal le dé la razón, pueda rematar el bien del deudor, y con ese bien, cobrarse. Claramente, no va a estar tranquilo hasta obtener el laudo. Lo que va a querer es obtener una medida cautelar que pueda individualizar ese bien, embargarlo, y con ese embargo generar un gravamen que, luego, le permita poder ejecutarlo sin ningún problema, incluso, si cambiara de titularidad.

En un segundo ejemplo, tenemos una discusión referida a la titularidad de un bien, en posesión del demandado. De igual manera, en un caso como este, el demandante no va a estar tranquilo hasta la conclusión del arbitraje, en la medida de que su contraparte, el demandado podría, en cualquier momento, dañar el bien que es de su propiedad, o, incluso, canibalizarlo. Por eso se justifica en esos casos también, las medidas cautelares. En este caso sería, si nos asimilamos a la tipología de Código Procesal Civil, que, claro está, no aplica supletoriamente, sería una medida de secuestro.

OK, las medidas cautelares son una manifestación de la tutela asegurativa, y esto está relacionado a lo que venía comentando. No es parte de la tutela satisfactiva, pues, no se emiten como una

medida definitiva, como una medida final, que decida la controversia, sino, son medidas que buscan garantizar, justamente, la efectividad del laudo y buscan respetar, de alguna u otra forma, esta relación de tensión que comentaba que existe entre el tiempo y el derecho de defensa del afectado con la medida cautelar.

Por ello, es que resultan siendo instrumentales, instrumentales porque responden a la controversia principal. Sabemos, pues, que ahí donde decaiga la controversia principal, sea por cuestiones de fono o de jurisdicción, o incluso por algún desistimiento o allanamiento, ya no tendrá ningún sentido la medida cautelar. Son provisorias también porque no se emiten ni se ejecutan pensando que van a perdurar de forma indefinida en el tiempo, sino que van a tener siempre un límite. Y son variables porque estas pueden ser modificadas, dependiendo de las circunstancias durante el arbitraje.

OK, un primer punto que me gustaría tocar sobre estas características; y, sobre todo, antecedentes históricos de las medidas cautelares en el arbitraje, es si es que los árbitros pueden brindar este tipo de tutela.

Hoy por hoy, no cabe duda de que es así, pero en un primer momento, hace algunas décadas, sí existía una discusión muy grande al respecto. ¿Por qué? Porque no estaba regulada esta posibilidad. Y al no estar regulada, en muchos casos, se decidía en función a doctrina y a jurisprudencia arbitral, y se decidía a partir de la naturaleza jurídica del arbitraje. Claro, allí donde se decía que el arbitraje tenía naturaleza jurisdiccional era mucho más sencillo aplicar o brindar esta potestad cautelar a los árbitros, en la medida que, pues, la tutela cautelar es parte de tutela jurisdiccional efectiva.

Felizmente, ya desde hace algún tiempo no necesitamos hacer este ejercicio que, ciertamente, resultaba bastante tedioso, pues a partir de la Ley Modelo del CNUDMI, en su versión del año 1985, en su artículo 17, propone a los Estados brindar este poder a los árbitros. Que los árbitros puedan emitir medidas cautelares. Y, felizmente, la gran mayoría de legislaciones a nivel mundial, adoptaron esta recomendación, que, en el caso peruano esto ocurrió con la Ley de Arbitraje vigente, la del 2008, que recoge la potestad cautelar de los árbitros.

Perfecto. Son pocas las excepciones de Estados que no permiten que los tribunales arbitrales emitan medidas cautelares, entre ellos se encuentran Italia, República Checa y otros más.

En cuanto a los requisitos que se deben verificar para conceder medidas cautelares. Como sabemos, esta es una facultad discrecional de los árbitros, y en la medida de que es una facultad discrecional, los árbitros tienen ciertas opciones de, en base a qué poder conceder estas medidas cautelares.

Los requisitos de las medidas cautelares no están regulados en nuestra Ley de Arbitraje, y en la medida de que no están regulados en nuestra Ley de Arbitraje, es que los árbitros tendrían que acudir a las opciones que coloco ahí en tres numerales, entre estas, aquellas reglas que resulten más apropiadas según las circunstancias del caso, los principios arbitrales, y los usos y costumbres en materia arbitral, todos estos regulados en los artículos primero y tercero del artículo 34 de la ley vigente.

Así es que, eventualmente, un tribunal arbitral podría decidir otorgar medidas cautelares, en función a los requisitos que se usan en el Poder Judicial, que son verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, y proporcionalidad o adecuación.

Esto, sin embargo, no quiera decir que las medidas cautelares deban ser solicitadas, y, mucho menos, concedidas, en base a la normativa del Código Procesal Civil, pues, como todos sabemos, esta legislación no es aplicable de forma supletoria a los arbitrajes.

Lo que podría usar el tribunal arbitral son los requisitos en base a la primera facultad discrecional que tienen los árbitros, regulada en el numeral primero del artículo 34.

También podría, y, de hecho, es lo que creo sería más recomendable, por la propia práctica arbitral, podrían utilizar los requisitos que recoge la Ley Modelo, ya en su enmienda del 2006, en el artículo 17, literal a), numeral 1.

Este artículo de la Ley Modelo CNUDMI del 2006, recoge dos requisitos. El primero, en caso de no otorgarse las medidas cautelares, debe existir una probabilidad de daño. Y esta probabilidad de daño debe implicar que este daño no sea resarcible de forma adecuada, mediante una indemnización; y que, además, sea más grave que el daño que pueda sufrir la parte afectada por la medida cautelar.

Como segundo requisito establece que estas medidas cautelares podrán ser dictadas por un tribunal arbitral, si es que existe alguna posibilidad razonable de que la demanda sobre el fondo prospere.

Podemos observar aquí que existe cierta similitud entre los requisitos recogidos en la Ley Modelo CNUDMI que, para conceder medidas cautelares, y los requisitos que, normalmente, nosotros utilizamos en la práctica, incluso, judicial.

Si vamos al literal b), la posibilidad razonable de que la demanda pueda prosperar sobre el fondo no es otra cosa que la verosimilitud en el derecho.

Por otro lado, la existencia de una probabilidad de daño ante el otorgamiento de las medidas cautelares no es otra cosa que peligro en la demora, e, incluso, respecto del requisito de razonabilidad recogido también en el ámbito judicial, vemos que es compatible con lo relativo en la Ley Modelo CNUDMI, cuando señala que esta probabilidad de daño no puede ser, mejor dicho, es o debe ser más grave que la que pueda sufrir la parte afectada con la medida cautelar.

¿A qué se refiere cuando señala que esta probabilidad de daño debe ser más grave que la que pueda sufrir la parte afectada con la medida cautelar? Pues, por ejemplo, este requisito busca descartar que puedan existir medidas cautelares que no sean proporcionales, como, por ejemplo, un caso en donde hay una deuda por diez dólares, poniendo un ejemplo llevado al extremo, pero que, no obstante, se pide un embargo sobre un bien que sea de un valor exponencialmente mayor.

En ese caso, de no otorgarse la medida cautelar al demandante, claramente, la probabilidad de daño sería ínfima, porque está en discusión, únicamente, un monto menor, como diez dólares.

Sin embargo, sí podría haber una probabilidad importante de daño, al menos mayor a la que se le generaría al solicitante de la medida cautelar, si es que llega a haber un embargo sobre este bien. Imaginemos que es un inmueble, pues, por ejemplo, existen algunas cláusulas en contratos de mutuo con garantía hipotecaria, sobre todo, con bancos, que, ante la inscripción de cualquier tipo de embargo en la partida registral del inmueble, se produce una aceleración del contrato de mutuo.

Evidentemente, en casos como este, el perjuicio que se le generaría al afectado con la medida cautelar sería mucho mayor que el que podría sufrir el solicitante de la medida cautelar, si es que a este no se le otorgara la medida solicitada.

Un punto importante a resaltar es que la Ley Modelo de la CNUDMI regula la posibilidad de que existan medidas cautelares que busquen preservar elementos de prueba, lo cual sí es, al menos, ciertamente novedoso, respecto de la legislación judicial. Y señala esta Ley Modelo que estos requisitos que hemos analizado, no necesariamente se van a tener que verificar en esta medida cautelar específica sobre elementos de prueba.

Aquí sí, respecto de los tipos de medidas cautelares que podrían adoptarse en la vía arbitral, aquí sí que nuestra Ley de Arbitraje recoge cierta tipología, que es, en realidad, prácticamente, una copia de lo que se recoge en la Ley Modelo, en su enmienda del 2006.

¿Por qué? Porque respecto de las que conocemos como medidas innovativas y de no innovar, estas se encuentran previstas en el literal a) del numeral 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje. Lo mismo ocurre con la Ley Modelo.

Respecto de las medidas temporales sobre el fondo e, incluso, las medidas que nosotros conocemos como genéricas, se encuentran previstas o podrían adoptarse en virtud del literal b) del numeral 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje peruana y también de la Ley Modelo.

Gracias a esta fórmula genérica que se recoge, relativa a impedir algún daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral.

Como tercera medida típica, estarían las medidas para futura ejecución forzada, que, como sabemos, es el tipo que recoge los géneros de los embargos, los secuestros y las anotaciones de demanda.

Esta medida estaría recogida también en el literal c) del numeral 2, del artículo 47 ya comentado.

Por último, recoge la Ley de Arbitraje y la Ley Modelo de CNUDMI las medidas que ya anticipaba, referidas a la preservación de los elementos de prueba. Y ahí coloco como pregunta, si, realmente, es una novedad. Podría serlo en parte, pero no debemos olvidar que, respecto de los procesos judiciales, existe una figura no del todo similar, porque no es una medida cautelar, pero que sí busca resguardar, al menos, antes del inicio del proceso, ciertos medios de prueba. Tan es así que se permite actuarlos antes del inicio del proceso judicial, y este es el de la prueba anticipada, regulado en los artículos 33, 284 y siguientes del Código Procesal Civil.

Nuevamente, por si alguien recién se está conectando, reitero que, como creo que está claro para todos, el Código Procesal Civil no se aplica de forma supletoria a los arbitrajes; mas sí podrían aplicarse algunas nociones recogidas en este Código, con base en la facultad discrecional de los árbitros, respecto a la integración o creación de reglas procesales.

Por último, coloco otra pregunta ahí ¿siempre las medidas cautelares son a pedido de partes?

Normalmente, estamos acostumbrados o estábamos acostumbrados a que lo sean, pero a partir de la modificación del 2015, a la Ley de Arbitraje peruana, recogida en el numeral 5 del artículo 39, tenemos, pues, que en nuestra legislación existe hoy un supuesto de medida cautelar típica y, además, legal, que es la de anotación de demanda o reconvencción, cuando estas están referidas a algún bien o acto inscribible.

Como recordarán, esta modificación a la Ley de Arbitraje se da a partir de los famosos casos, los famosos arbitrajes de la corrupción de Orellana.

El siguiente aspecto general sobre concesión de medidas cautelares en el arbitraje que me gustaría tocar, es el de la oportunidad.

Estas medidas cautelares pueden ser adoptadas, tanto antes como después de la constitución del tribunal arbitral.

Antes de la constitución del tribunal arbitral, como ha venido siendo durante muchos años, se pueden adoptar a través del Poder Judicial. Estas medidas adoptadas a través del Poder Judicial no resultan incompatibles con el arbitraje, ni se consideran una renuncia a él, y esto está establecido desde la Ley Modelo del año 1985 y también está previsto en nuestra Ley de Arbitraje vigente.

Respecto de la competencia para dictar estas medidas cautelares en sede judicial, de forma previa a la constitución del tribunal arbitral. Esta competencia está establecida para los jueces comerciales, o, en su defecto, para los jueces civiles del lugar en donde se debe ejecutar la medida cautelar o deba producir sus efectos. Esto está recogido en el artículo 8, numeral 2 de la Ley de Arbitraje vigente.

Un punto muy importante es el asunto de la caducidad de estas medidas cautelares. Estas medidas cautelares adoptadas en sede judicial de forma previa a la constitución de los tribunales arbitrales caducan por dos supuestos: el primero, si es que no se inició el arbitraje durante los diez días siguientes a la ejecución de las medidas cautelares. Ojo, dice «ejecución» y/o si es que no se constituye el tribunal arbitral durante los noventa días siguientes al dictado de la medida cautelar.

Aquí, en realidad, se genera con el segundo supuesto, muchas veces, un problema porque al decir «dictado», uno entiende o se podría entender que se refiere a la concesión de las medidas cautelares, pero noventa días entre la concesión de una medida cautelar en sede judicial, y la constitución de un tribunal arbitral, parece, realmente, poco tiempo, por más de que sean noventa días hábiles, son, prácticamente, cuatro meses calendarios, podría ser, en muchos casos, poco tiempo porque, suponamos que estemos en un caso en donde la medida cautelar en sede judicial es otorgada, pero existen dificultades para su ejecución. Esa ejecución podría demorar bastante tiempo, podría demorar un mes, un mes y medio, si es que, por ejemplo, existe alguna dificultad con Registros Públicos o con alguna otra entidad que tenga que cooperar para que se pueda llevar a cabo esta ejecución.

En ese caso, lo recomendable sería que, pese a que ya se tenga la medida cautelar, el demandante o solicitante de la medida cautelar, ya haya iniciado previamente o, durante el trámite de esa cautelar en sede judicial, el arbitraje, a fin, pues, de acelerar la constitución del tribunal arbitral, que, de todas formas, escapa a su control, más ahora que han establecido reglamentos que, si es que se designa un árbitro, que no está inscrito en su nómina de arbitraje, antes de su confirmación, esta va a tener que ser realizada por parte de las cortes de arbitraje, lo cual, a veces, puede tomar bastante tiempo, sobre todo, porque estos reglamentos no recogen un plazo específico para ello.

Con esto doy por concluida mi presentación.

Muchas gracias.

**Héctor Josué Verástegui:** Muy buenas noches, muchas gracias por la invitación a participar en este congreso, en este evento de derecho privado. Agradezco la invitación del doctor Marcos Silva Santisteban Valdivia, de verdad, para exponer en este evento académico.

Hemos escuchados dos ponencias muy interesantes acerca de las medidas cautelares. Creo que ya se ha dicho mucho acerca de cómo, cuál es su naturaleza, cómo funcionan, y en qué casos, en temas de arbitraje.

Y, bueno, yo esta noche quiero hablarles de algo más concreto, a través de una pequeña historia les quiero contar cómo es que se viene o se podría aplicar el tema de las cautelares en temas relacionados a contrataciones con el Estado.

A ver, se supone, se entiende, pongámonos en un supuesto en que el Estado, una municipalidad firma el contrato con una empresa privada, por ejemplo, para una construcción de una pista, en todo caso, por un monto considerable. Entonces, al presentarse este concurso público antes de la adjudicación de la buena pro y demás, se presenta una garantía de fiel cumplimiento. Cuando ya se le adjudica la buena pro y todo, para asegurar el tema de la obra, de continuar con la obra, se pueden dar ciertos adelantos. Espero que me estén siguiendo con esto, y se tienen dos garantías más: garantías por adelantado. Estoy seguro de que ustedes conocen que estas se encuentran reguladas en el reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, en el artículo 33, si mal no recuerdo, se habla acerca de la naturaleza de estas garantías. El artículo 33 de la Ley de Contrataciones con el Estado, es cuando se establece qué son las garantías.

Muy bien, dice qué son las garantías. El artículo 33.1 señala que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento de contrato y por los adelantos. Sus modalidades, sus montos, sus condiciones y excepciones son reguladas en el reglamento. Además, dice este artículo que las garantías que acepten las entidades deben ser

incondicionales, deben ser solidarias, irrevocables, y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten.

Muchas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, y deben estar autorizadas para emitir garantías o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría, que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

El artículo 33.3 señala algo muy interesante. Dice que, en virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías, debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales a favor de la entidad. Además, señala el inciso 4, que las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente norma, facilitan el acceso de estas a las entidades públicas beneficiarias, debiendo, para el efecto, implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición.

Muy bien, como hemos dado lectura al artículo 33 de la Ley de Contrataciones, podemos entender que existen tres, bueno, las garantías por fiel cumplimiento del contrato y por adelantos, y estas dicen que deben ser incondicionales, solidarias y, además, son de realización automática en el país.

Entonces, ¿qué pasa en el supuesto en que una entidad financiera, al ser requerida con que se hagan efectivas estas garantías; se ejecuten, por así decirlo, se niega a hacerlo. ¿Qué pasa? ¿Qué puede hacer la entidad? ¿Cómo actúa el ente público en esos supuestos? Hay varias alternativas, y una de ellas ha de ser la presentación de una medida cautelar.

Muy aparte de que se presente una denuncia o queja ante la Superintendencia de Banca y Seguros, respecto a esta entidad por no cumplir, lo que le interesa a la entidad es recuperar el dinero; o sea, tener el dinero de las garantías.

Y para eso, usualmente, se suelen recurrir a medidas cautelares. Medidas cautelares que, en primer lugar, van a ser fuera del proceso, que se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil.

¿Y por qué son fuera del proceso? Pongámonos en otro ejemplo, en otro caso. Supongamos que es una persona natural. ¿Qué pasaría si una persona natural le debe al banco? ¿Qué va a hacer el banco? El banco va a ir por todos tus bienes. Le va a querer embargar sus bienes para poder cobrarse la deuda. ¿Qué hacen las personas en su razonamiento más simple? Lo que hacen es deshacerse de sus bienes para que así el banco no tenga nada que cobrarles.

Entonces, ante ese escenario posible, probable, que, al final va a causar un gran daño a la entidad, ¿qué pasa si la entidad no puede cobrar la garantía? Se ve afectada porque, usualmente, en estos contratos con el Estado, no estamos hablando, pues, de diez mil soles, veinte mil soles; estamos hablando, pues, de millones, como 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 100 millones; y, en efecto, se necesita recuperar el dinero de las garantías para poder continuar, a veces, con la obra, o destinarlo a un mejor uso.

En esos supuestos es que se puede presentar una medida cautelar fuera de proceso. Sí, en esos supuestos es que se puede presentar una medida cautelar fuera de proceso.

Espero que todos los que nos están oyendo, esto es lo que yo detesto de la virtualidad, que no hay un *feedback*. Yo puedo estar hablando y puede ser una sesión de espiritismo porque, tal vez, no hay nadie allí. En cambio, lo presencial me gusta más porque podemos conectar con lo que las personas están mirando, están pensando o están sintiendo.

Bueno, volviendo al tema, y en este caso quiero hablarles de una medida cautelar para fuera de proceso. ¿Y para qué? ¿Cuál sería el petitorio de mi medida cautelar? Sería una medida cautelar para futura ejecución forzada; para una futura ejecución forzada.

Un pequeño detalle respecto a las cartas fianza. Las cartas fianza que podrían ser ejecutadas luego de resuelto o declarado nulo un contrato, solo son las de adelanto, según el reglamento, mas no las garantías de fiel cumplimiento porque la ley expresamente señala que estas, obviamente, cuando se anula un contrato, o cuando la entidad resuelve el contrato, o, a veces, la misma empresa resuelve el contrato, al final se va a terminar yendo a un arbitraje.

Entonces, son las garantías de fiel cumplimiento las que no se pueden cobrar hasta que el laudo se quede consentido, o sea declarado firme.

Entonces, cuando vamos a hacer esta medida cautelar, solamente nos vamos a poder referir a aquellas que sí tengan la naturaleza o calidad de cartas fianza de adelantos. ¿OK? Adelantos directos, adelantos de materiales.

¿En qué nos vamos a basar? Técnicamente nos vamos a basar en el artículo 608 del Código Procesal Civil. ¿Y qué dice este artículo 608? Nos dice que el juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer las pretensiones de la demanda. «El juez puede, a pedido de parte dictar medida cautelar, antes de iniciado el proceso o dentro de este, salvo disposición distinta establecida en el presente Código». Y todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demanda, y la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Bueno, esa es o esa va a ser nuestra base legal para una medida cautelar fuera de proceso. ¿Para asegurar qué? El cumplimiento fiel de una sentencia, una futura ejecución, ¿verdad?

¿Suelen darse estos casos? Si, suelen darse estos casos. Estamos en Perulandia. A veces, las entidades financieras que emiten estas cartas fianza no son entidades financieras que tengan, realmente, el respaldo económico para poder emitir cartas fianza. Y, lamentablemente, a veces, sorprenden a las entidades públicas cuando se presentan en los concursos. Ha pasado en varios casos.

A ver, ¿qué más? Cuando voy a presentar una medida cautelar es muy importante establecer la verosimilitud del derecho. Sé que hay muchas críticas en la teoría cautelar, por ejemplo, pueden leer los libros de mi buen amigo, Omar Sumaria. Él tiene unas críticas muy abundantes respecto a cómo está estructurada la medida cautelar de nuestro Código Procesal Civil. Pero esto es lo que tenemos, y a esto es en lo que nos vamos a tener que basar cuando presentemos una medida cautelar. Y lo primero que se pide es verosimilitud del derecho invocado.

Y, bueno, dentro de mi experiencia profesional he podido trabajar en juzgados. Entonces, en juzgados civiles, como asistente, como secretario, y he visto siempre que el tema de la verosimilitud del derecho, para que el juez esté convencido de poder otorgarte tu medida cautelar, es porque los hechos expresados y el derecho que se puede aplicar al caso concreto son muy claros y evidentes. Si hecho y derecho tienen que haber sido explicados de manera muy clara, muy clara. Y tienen que estar vinculados en forma muy directa. Caso contrario, el juez no va a encontrar la verosimilitud del derecho. O sea, no se trata solo de decir: «Señor juez, tengo la norma, tanto, tanto, tanto...», para que se pueda conceder mi medida cautelar.

Por ejemplo, en este caso de las cartas fianza, ¿cuál sería la norma y el hecho que me permita a mí poder solicitar una medida cautelar, y que esta pueda entenderse que tiene verosimilitud del derecho.

Yo diría que, por ejemplo, si el juez no conoce mucho de las normas de contrataciones con el Estado, tal vez, me va a decir: «Oye, pero si hay un arbitraje, entonces, todavía no puedes ejecutar ninguna carta fianza», y me va a declarar improcedente mi medida cautelar. Pero si yo le explico: «Señor juez, es cierto, hay una resolución de contrato, y es cierto, señor juez, estamos en arbitraje, pero hay una norma que me habilita en que, a pesar de que estamos en arbitraje, se puedan ejecutar las cartas fianza de adelanto directo; y esa norma sí la vamos a encontrar en el reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Si mal no recuerdo, ello está en el artículo 155.1.d., que señala que, a pesar de que se encuentren en litigio... el artículo 155, para comenzar, nos habla de la ejecución de garantías.

El 155.1 habla de las garantías que se ejecutan en los siguientes supuestos; y el punto d) habla de las garantías por adelanto, y dice así: «La garantía por adelanto se ejecuta cuando resuelto o declarado nulo el contrato, no se realice la amortización o el pago, aun cuando este evento haya sido sometido a un medio de solución de controversias.

Entonces, el juez, en este caso, no me va a poder decir «Oye, no, esto está continuado en un laudo arbitral». A diferencia, por ejemplo, de que, si es que yo pidiera la ejecución de una garantía de fiel cumplimiento, donde la norma expresa claramente que esta no se puede ejecutar, sino hasta que se declare el laudo o el laudo haya quedado firme, por ejemplo.

Entonces, como les dije, la verosimilitud del derecho va a tener que ver con la conexión intrínseca entre hecho y derecho, y eso es lo que va a tener que estar expresado en nuestro escrito cautelar.

Por eso, este ejemplo me parecía muy claro y tiene que ver con contrataciones con el Estado, así que me pareció muy interesante poder compartirlo esta noche con ustedes.

Tendríamos que demostrar también que el contrato ha sido resuelto; tendríamos que demostrar que no se han dado las amortizaciones o que existe una justificación también o una respuesta injustificada de parte de la entidad financiera, en el caso concreto.

OK, está bien. Justamente, iba a hablar, por último, respecto al peligro en la demora y en la razonabilidad de la medida.

Como también ha hablado la anterior ponente, el peligro en la demora tiene que ser revisado, no en abstracto o en genérico, sino en forma concreta, atendiendo a las especiales circunstancias de cada caso en concreto. Así que el poder sustentar peligro en la demora para el Estado tiene que ver, muchas veces, con la ejecución del presupuesto mismo o con la ejecución de la obra. Que es no se va a poder realizar, que esta no se va a poder hacer, que le falta presupuesto o algo así. O el daño, bueno, o la afectación a otros principios del Estado.

Entonces, la razonabilidad de la medida va a implicar que el dinero no se va a ejecutar inmediatamente; la razonabilidad de la medida es que, simplemente, queremos salvaguardar las garantías; que no se pierdan, que no desaparezcan. Algo así.

Bueno, agradezco una vez más la invitación. Espero que haya podido aportar en algo a sus conocimientos o les haya puesto en duda de algo, o haber aclarado algo.

Muchas gracias. Con esto concluyo mi participación.

**Miguel Delgado Ramos:** Muchas gracias al Instituto de Derecho Privado, a los organizadores, al doctor Silva Santisteban. También, muchas gracias a los participantes, a mis colegas panelistas, por supuesto.

Bueno, el tema de las medidas cautelares, yo creo que ya ha sido abordado de manera muy exhaustiva en todos los paneles anteriores, creo yo, con bastante solvencia profesional, realmente, de

muy alto nivel académico las ponencias que me preceden, justamente, sobre esta materia, y ya para, digamos, no repetir lo ya dicho o no entrar, digamos, ya en un poco más de lo mismo, yo me quiero centrar, sobre todo, en mi experiencia, basándome mucho, sobre todo, en mi experiencia que me ha tocado desarrollar, en una cuestión muy particular, que, además, me ha tocado verlo con bastante recurrencia en la práctica, tanto judicial como arbitral en materia de controversias con el Estado.

Estamos hablando en el ámbito de los arbitrajes... las medidas cautelares dictadas, tanto en sede judicial como en arbitraje, en materia de contrataciones con el Estado. Ya sabemos que, en sede judicial, una vez dictadas, hay un plazo hasta de tres meses para que se constituya el tribunal arbitral; y, en el marco de ese arbitraje, el tribunal arbitral ratifique o no ratifique esa medida cautelar, o, en todo caso, pueda conocer la oposición que podría interponer, dado que es el Estado la contraparte en estos casos.

Me quiero referir puntualmente al tema de la contracautela que se tiene que emitir en el marco de estas controversias con el Estado.

Como todos sabemos, y también ya lo expuso la doctora Cámara al iniciar el panel, desde el año 2020, cuando no había congreso, la contracautela tiene requisitos bastante específicos, de obligatorio cumplimiento, sin duda, y quiero aquí hacer una pausita para leer justamente la parte específica de este Decreto de Urgencia n.º 20-2020, que es la modificación al artículo 8 de la Ley de Arbitraje, añadiendo un párrafo, que ya creo que todos lo sabemos, prácticamente, de memoria: «En los casos en los que el Estado peruano es parte, es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial, solidaria, incondicional y de realización automática, en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el juez o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar. Dicho monto no debe ser menor a la fianza de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el juez o por el tribunal arbitral, según corresponda».

Teóricamente, en un plano bastante abstracto, y también por los motivos que dieron lugar a la emisión de esta norma, podría encontrarse razonabilidad o justificación, inclusive. ¿Por qué? ¿Por qué llega a existir este decreto de urgencia? Porque, y esto es una realidad que todos los que vemos obras públicas estamos al tanto, a través de las medidas cautelares que se venían dictando, ya sea en sede judicial, después ratificadas por tribunales arbitrales, incluso, por los mismos tribunales, se estaban obteniendo, con, creo yo, bastante facilidad, medidas cautelares que impedían, entre otras cosas, ejecutar cartas fianza por concepto de adelantos no amortizados [...].

Se paralizaban obras a través de medidas cautelares, a propósito de que la duración del proceso; se evite que la duración del proceso termine generando más daños al contratista, entonces, el contratista decía: «Yo no quiero ejecutar la obra, mientras no se concluya este arbitraje». Entonces, el tribunal arbitral paraliza la obra y se paralizaba la obra. ¿Y qué había a cambio? Digamos, como contragarantía porque, generalmente, la contracautela tiene por propósito el resarcimiento de los daños y perjuicios a los que pudiera sufrir la parte afectada con la medida cautelar, en caso de que las pretensiones cauteladas fueran, pues, infundadas.

Entonces, en el mejor de los casos, se encontraba una caución juratoria sin firma legalizada. O sea, se encontraba en el mismo texto a las medidas cautelares y ofrecemos a través de este escrito la caución juratoria otorgada por el representante del consorcio contratista, y firma la demanda el abogado. Una cosa o la medida cautelar, firmaba el abogado.

Entonces, sin duda, había una situación, creo yo, ya de abuso de las medidas cautelares, a través de las cuales, estaba otra vez, creo yo, obteniendo con bastante facilidad, con, prácticamente, onerosidad cero, medidas cautelares que, siendo objetivos, resultaban lesivas a los intereses del Estado peruano porque hay medidas cautelares que, definitivamente, pues, perjudican el interés público, como lo es la paralización de una obra, o una obra que vino mal por causa, por culpa del contratista, que no pueda volverse a licitar como saldo de obra porque los adelantos están congelados, porque las cartas

fianza no se pueden ejecutar en un arbitraje que dura diez años porque la idea del arbitraje, con esas medidas cautelares, es que no se puedan ejecutar en el máximo tiempo posible, mientras se refinancian esos adelantos con otras obras.

Entonces, y así, como se llama coloquialmente, el carrusel. Y, evidentemente, estas prácticas estaban generando perjuicios al Estado.

Entonces, teóricamente, efectivamente, podemos encontrar razonabilidad en la emisión de esta norma porque la problemática era una problemática.

Pero ¿qué es lo que pasó? Se pasó de un extremo a otro. ¿Qué es lo que pasó? A propósito de esta exigencia se generó, y esta fue la primera interpretación que se tuvo apenas se emitió este decreto de urgencia. Que todas las cartas fianza o, mejor dicho, que todas las contracautelas en este ámbito, debían ser otorgadas por bancos. Esa fue la primera lectura, creo yo, muy apresurada de la norma. Todos entendieron que debían ser fianzas bancarias solamente porque solo la carta fianza bancaria es incondicional, es solidaria, y es de realización automática.

Incluso, varios tribunales arbitrales, no digo todos, modificaron medidas cautelares que habían sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia n.º 20-2020 para, ahora, entrar a exigir esa contracautela. Otra vez, no todos los tribunales arbitrales, pero sí algunos que, contra la entrada en vigencia de la norma, exigieron esta contracautela, o, mejor dicho, solicitaron una variación, exigieron una variación de la contracautela, a fin de adecuarse a esta norma.

Evidentemente, muy pocos contratistas pudieron lograr, esta, vamos a llamarlo así, esta adecuación, y se terminaron dejando sin efecto muchas medidas cautelares.

Entonces, se pasó de un extremo a otro. Se pasó, vamos a decirlo así, de un ejercicio abusivo de las medidas cautelares que, ciertamente, podrían haber generado lesiones al interés público protegido por el Estado peruano, al extremo de que el acceso a la tutela cautelar resultaba, pues, o podía resultar sumamente oneroso para un contratista, al punto de que, obtener una medida cautelar, colocando una fianza bancaria por un monto no menor al 10% del precio del contrato, terminaba siendo una carga tan fuerte que era preferible analizar la resolución del contrato o abandonar la ejecución de la obra porque para un contratista no resultaba atractivo continuar ejecutando una obra con el riesgo de ejecución latente de las cartas fianza, porque, como todos sabemos, cuando hay un riesgo, un temor fundado a que, en cualquier momento, aparezcan las penalidades.

Entonces, evidentemente, se generó, lamentablemente, se generó en la práctica una afectación, incluso, pero que las que se tenía con el régimen anterior a la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia n.º 20-2020.

Ahora bien, evidentemente, esta primera lectura de carta fianza bancaria como regla única para ser aceptado como una contracautela de medidas cautelares, se fue «flexibilizando», vamos a decirlo así, a propósito de la palabra «patrimonial» porque, recordemos, que el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, al añadir este párrafo, establece fianza bancaria y/o patrimonial. Entonces, se abre el espectro de potenciales entidades emisoras de estas cartas fianza que cumplan con ser solidarias, incondicionadas y de realización automática. Claro, si se permite que una, por ejemplo, una aseguradora, una financiera que son entidades, así como los bancos, también adscritas a la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, puedan emitir cartas fianza por adelantos, por fiel cumplimiento, no hacía mucho sentido que estas mismas entidades, compañías de seguros, entre otras, no puedan emitir cartas fianza por concepto de contracautela y que tengan que ser exclusivamente bancos. No hacía sentido.

Entonces, se fue migrando, se fue, digamos, flexibilizando el criterio de la carta fianza bancaria por cartas fianza otorgadas por cualquier entidad, pero con el requisito de que sea supervisada por la SBS.

Evidentemente, si una persona natural, si Miguel Delgado firma una contracautela o un contrato de fianza en el marco del Código Civil, a favor del contratista que ha asumido la medida cautelar, diciendo que yo, Miguel Delgado me obligo como fiador del contratista a resarcir a la entidad en caso de cualquier daño o perjuicio que sufra por el dictado de la medida cautelar, eso no va a tener o no tendría mayor seguridad, no representaría mayor seguridad para que ningún tribunal arbitral o juez pueda dictar esa medida cautelar, sabiendo que hay, pues, efectivamente, un respaldo a favor del Estado.

Entonces, el criterio es amplio y ya no se restringió a que sean solamente bancos quienes pudieran emitir estas contracautelas; y, en general, las entidades adscritas supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Y ahora sí aterrizamos a la problemática específica que quiero plantear. Las cartas fianza otorgadas por cooperativas de ahorro y crédito. ¿Qué pasa con estas cartas fianza? Que, en algunos casos, no son aceptadas como contracautela de medidas, y en otros casos sí.

Hay una experiencia que vamos a calificar de mixta, híbrida porque hay algunas experiencias en las cuales esas fianzas son aceptadas; otros casos en los que no; otros casos en los que se dice «A»; otros casos en los que se dice «no A».

Entonces, a propósito de esta experiencia que continúa hasta el día de hoy, hemos advertido que hay varias aristas que merecen ser esclarecidas, para el que haya visto, haya tocado ver uno de estos temas, va a entender perfectamente cuál es el problema, y también va a entender perfectamente de qué es, cuáles son, justamente, las problemáticas que nosotros queremos esclarecer.

El primer punto. Hay quienes afirman, por ejemplo, y esto es bastante recurrente: las procuradurías públicas. Hay quienes afirman que las cooperativas no son entidades supervisadas por la SBS.

Esto, para empezar, es un error, porque, desde el año, aproximadamente, 2017, las cooperativas están obligadas para, a fin de operar, están obligadas a registrarse ante la Superintendencia de Banca y Seguros. Deben estar autorizadas.

De hecho, el portal institucional de la Superintendencia de Banca y Seguros cuenta con un listado de cuáles son las cooperativas, en qué localidad se ubican, y si están o no en ese listado, significa que están o no autorizadas. Si están en el listado, están autorizadas, si no lo están, evidentemente, no cuentan con el registro otorgado por la SBS.

Y el segundo punto, y que para nosotros, es el más importante, y es, si las cooperativas pueden o no otorgar fianzas en el marco de arbitrajes en los que participa el Estado. ¿Cuál es el problema? La Superintendencia de Banca y Seguros ha sido consultada, creemos, en muchas oportunidades, y, a su turno, la SBS también ha emitido varios oficios en los que dice, y lo dice así: «Las cooperativas no pueden emitir cartas fianza en procesos de contrataciones con el Estado». Las cooperativas no pueden emitir cartas fianza en procesos de contrataciones con el Estado.

¿Qué cosa es un proceso de contratación con el Estado? Y aquí viene, justamente, las discrepancias o los criterios distintos. Hay quienes entienden que el arbitraje, dado que involucra a una entidad del Estado, entonces, es un proceso de contratación con el Estado. Entonces, esa carta fianza otorgada por concepto de contracautela por una cooperativo de ahorro o crédito, no tiene ningún valor, por lo que, señor contratista, señor solicitante de la medida cautelar, coloque otra carta fianza que cumpla con los requisitos del Decreto de Urgencia n.º 20-2020.

Y hay quienes entienden que una cosa es un arbitraje, un proceso arbitral, y otra cosa es el proceso de contratación con el Estado, entendido este como el proceso de la licitación. Porque sí, en una licitación no se puede otorgar una carta fianza, ninguna carta fianza emitida por una cooperativa de ahorro y crédito.

Entonces, se genera o se ha generado en la experiencia, esta disyuntiva. La cooperativa, ¿una cooperativa de ahorro y crédito puede o no otorgar una carta fianza en el marco de un arbitraje en el que participa el Estado?

Y aquí, nosotros creemos bastante importante, y vamos a dar lectura a una sentencia dictada por los juzgados comerciales, que ya han desarrollado este tema y queremos plantear, no tienen que estar de acuerdo con este criterio, pero queremos plantearlo, justamente, para, posiblemente, abonar a una solución a esta problemática para quien la haya visto. Y vamos a leer. En este caso son los fundamentos cuarto y quinto de esta resolución que dice lo siguiente sobre el punto, en particular, de la contracautela.

Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia de la misma página web de la SBS, que dicha cooperativa de ahorro y crédito solo puede realizar operaciones de nivel 1.

Sobre el particular, se verifica que la Ley n.º 30822, que modifica la vigésimo cuarta disposición final y complementaria de la Ley n.º 26702, que las restricciones que dicha norma hace son para la emisión de cartas fianza para procesos de contratación con el Estado, por lo que, de conformidad con el principio procautela, al cual nos adherimos, se debe tener en cuenta que en el presente caso se trata del otorgamiento de una carta fianza, en calidad de contracautela, dentro de un procedimiento cautelar, cuyo proceso principal se ventilará en sede arbitral, y cuyo fin último es el de constituirse en un resarcimiento por lo potenciales daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de la medida cautelar. Ello, conforme ordena el primer párrafo del artículo 63 de la norma objetiva.

En consecuencia, resulta evidente que la restricción de la norma antes indicada no alcanza a las contracautelas otorgadas, dentro de un procedimiento cautelar. A mayor abundamiento, el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, que es el añadido por el Decreto de Urgencia n.º 20-2020, exige que cuando sea el Estado la parte afectada, se debe otorgar carta fianza bancaria y/o patrimonial, solidaria, incondicionada, y de realización automática.

La norma citada solo señala que la carta fianza debe ser solidaria, incondicionada y de realización automática, características que, efectivamente, reúne la presente carta fianza, lo que no enerva que la judicatura verifique el nivel modular de la cooperativa de ahorro o crédito que otorga la carta.

Entonces, esta problemática, que es bastante recurrente en la práctica, creemos, tiene ya indicios para, de alguna manera, ser dilucidada, y, eventualmente, llegar a un punto en el que, realmente, la tutela cautelar, que es parte de la tutela jurisdiccional efectiva, derecho fundamental constitucional, pueda ser, efectivamente, ejercida por los contratistas, por las partes solicitantes de esta medida cautelar.

Y un último punto que también forma parte de esta problemática, tiene que ver con la capacidad que tienen estas entidades para, realmente, respaldar los montos que colocan en esas cartas fianza.

Y aquí el tema para nosotros es claro. Vamos a decirlo así: quien tiene la carga de la prueba, de que esa cooperativa no cuenta o sí cuenta, mejor dicho, no cuenta con ese respaldo patrimonial, es la parte que se opone a la medida cautelar. En este caso, sería el Estado. Lo que el Estado no podría hacer es trasladar esa carga de la prueba al tribunal arbitral en este caso, para que sea el tribunal arbitral quien, de alguna manera, haga el trabajo de investigar y descubrir, si esa cooperativa tenía o no el respaldo final, la espalda financiera que dijo tener, a fin de emitir esa carta fianza.

Entonces, con este punto, digamos, ya habiendo planteado esa problemática, para el que la haya visto, la conoce, y, en nuestra experiencia, esto es lo que más nos ha llamado la atención en el tema de medidas cautelares, y lo queríamos plantear para que todos los oyentes y los profesionales puedan, justamente, o conocer la problemática o tener algunos insumos, mayores insumos para formarnos un criterio al respecto. Muchísimas gracias.

**MESA 12**  
**EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS**  
**Y OTROS TERCEROS**

*José Antonio Beraín Barrantes*<sup>1</sup>

*Milagros Rojas Blas*<sup>2</sup>

*Gloria Noriega Monar*<sup>3</sup>

*Roger Vidal Ramos*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Economista por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y licenciado en Sociología por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Encargado académico de las maestrías en Derecho Civil y Comercial y en Derecho Procesal de la Universidad de Huánuco (UDH). Docente de pregrado y posgrado en la UDH. Es juez civil titular de Huamanga, miembro del Instituto Peruano de Derecho. Presidente de la Comisión de Fútbol y gerente legal de CSDC Alianza UDH. Autor de artículos de su especialidad y autor del libro *Los contratos de arrendamiento y compraventa en el contexto de la pandemia COVID-19*.

<sup>2</sup> Árbitra peruana e internacional con especialización en disputas comerciales complejas entre inversionistas y con amplia experiencia en resolución de disputas en derecho internacional público. Miembro de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bélgica y Luxemburgo, y de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de México, con estudios de maestría en el área de Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en Derecho Administrativo Económico en la Universidad del Pacífico del Perú. Abogada en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

<sup>3</sup> Abogada corporativa, asesora de empresas y grupos económicos del sector financiero, agroindustria, construcción e inmobiliaria, telecomunicaciones y otros. Máster en Derecho Internacional de la Empresa por la Universidad de Barcelona y Máster en Derecho Civil por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista de derecho corporativo por ESAN, docente de posgrado de ESAN, consultora de empresas y escritora de Editorial Académica Española.

<sup>4</sup> Abogado por la Universidad Nacional Emilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y cursando el posdoctorado en la Universidad Católica de Paraná, Brasil. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Nacional Emilio Valdizán de Huánuco y Universidad de Huánuco. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y del Instituto Brasileño de Derecho Contractual. Fundador de Estudio Vidal Ramos y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.



**José Antonio Beraún Barrantes:** Muchísimas gracias. Expresar mi agradecimiento al doctor Marcos Silva, así como al Instituto de Derecho Privado por permitirme participar en esta tercera mesa acerca del tema «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y otros terceros».

Un tema muy interesante y, probablemente, escape un poco a la extensión del convenio, a las denominadas «partes no signatarias y otros terceros».

¿De dónde viene esto de la extensión del convenio arbitral o del acuerdo arbitral a las denominadas «partes no signatarias»?

Viene del artículo 14 de la ley que norma el arbitraje, que es el Decreto Legislativo n.º 1071, y se establece que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, o al que el convenio esté relacionado.

Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. Entonces, esta es la extensión del convenio arbitral a las denominadas partes no signatarias. ¿Por qué digo que este es un tema que, probablemente, tiene más aristas? Porque, en realidad, y, bueno, iba a estar Roger Vidal, pero creo que no está presente. En realidad, aquí lo que vemos es esta discusión sobre la formalidad del convenio arbitral para que sea exigible esta vía jurisdiccional; es un tipo de jurisdicción privada, pero para que esta vía sea exigible a los particulares.

Hemos visto recientemente una sentencia del Tribunal Constitucional, me refiero a la sentencia expedida en el Caso n.º 305-2021, en un proceso de amparo que interpuso el Banco de Crédito del Perú contra una persona natural por lo siguiente: Voy a referirme muy brevemente al caso.

En un supermercado una persona sufre un accidente porque se cae y se desprenden unos sacos de azúcar. Entonces, esta persona decide demandar al supermercado para que lo indemnice por los daños que se le había ocasionado. Hasta ahí todo bien, pero no acude al Poder Judicial, acude a un centro arbitral, no recuerdo el nombre ahorita, no lo menciono tampoco, pero ya he estado en otros casos similares.

Entonces, la señora acude ante esta entidad arbitral y la entidad arbitral emplaza al supermercado y el supermercado le responde: «Oiga, no hay convenio arbitral. Yo con la señora nunca he firmado un convenio arbitral, nunca he firmado un contrato. Nadie entra al supermercado y firma un contrato. No. Y cuando se va a la caja registradora a pagar sus productos, tampoco firma su contrato. Se celebra un contrato, sí, de un contrato de compraventa de los bienes muebles que vas a llevar, pero no se incluye una cláusula arbitral».

Entonces, ¿qué sucedía acá? La demandante en el arbitraje, pese a que no existía convenio y se propuso la excepción en ese sentido por parte de los hipermercados Tottus, la señora pidió una medida cautelar; solicitó una medida cautelar. El árbitro se la concedió, le concedió la medida cautelar. Y resulta que tenía que ejecutarse esta medida cautelar ante el Banco de Crédito del Perú. Eran varios bancos, pero en donde había dinero era en el Banco de Crédito del Perú. Para evitar que el Banco de Crédito se niegue a ejecutar esta medida cautelar, el árbitro en aplicación de esta norma, la 14 de la Ley de Arbitraje, determinó que el Banco de Crédito era una parte no signataria, es decir, que no había firmado el convenio arbitral, pero a la que se le debía extender el acuerdo. Bueno, el «acuerdo» entre comillas porque no hay acuerdo, no hay pacto, no hay convenio arbitral entre la señora que fue víctima de un accidente y el mercado.

Entonces, es un tema complicado. ¿Qué resolvió en primera instancia un juzgado constitucional sobre este caso? Resolvió declarar improcedente la demanda porque no se adecuaba lo discutido al marco de un precedente vinculante emitido en el caso de Minera María Julia, el año 2011, que cambió el precedente anterior sobre el amparo arbitral, pero donde el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida con motivo del Expediente n.º 142-2011, proceso de amparo TC, caso Sociedad Minera María Julia, determinó que el amparo procedía solamente en tres supuestos, el amparo contra el laudo arbitral.

Primero, cuando se invoca la vulneración directa y frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

Segundo, cuando en el laudo se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención del artículo 6 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, del antiguo Código Procesal Constitucional.

Y, tercero, y esto es importante, cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales, a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 que hayamos leído, y es, precisamente, el que se refiere a la parte no signataria que, en el caso concreto, el árbitro único en este procedimiento arbitral determinó que el Banco de Crédito era una parte no signataria, lo que, de por sí, es cuestionable. ¿Por qué? Porque el Banco de Crédito no solo no era parte no signataria, sino que, además, no había convenio de arbitraje. Entonces, yo voy a ese trasfondo.

Este mismo, hace muchos años antes que yo tenga el privilegio y el honor de ser juez, tuve un caso como abogado, donde yo era asesor legal de una universidad, y un estudiante alegaba que se le habían ocasionado daños también, producto de una actuación de la universidad, y decidió ir a este mismo centro, a esta misma entidad arbitral a demandar indemnización por daños y perjuicios. Y también tuvimos una medida cautelar, pero ¿cuál era la particularidad? Nunca existió convenio. No existía convenio arbitral y aún así el árbitro único también en ese momento declaró su competencia, y tuvimos que ir a un proceso judicial para lograr el levantamiento del embargo. Nunca se emitió laudo.

Entonces, probablemente, todo esto tenga detrás un tema mayor en el trasfondo. ¿Y cuál es ese tema mayor? Ese tema mayor es, si podemos seguir permitiendo que estas cosas sucedan, o como ha propuesto en su tesis doctoral el profesor Roger Vidal, necesitamos dotar de formalidad esencial, de validez, al convenio arbitral para evitar este tipo de abusos. Eso no implica que la parte no signataria va a desaparecer. No, pero creo que detrás el problema, en realidad, no es la parte no signataria. El problema es la formalidad del convenio arbitral.

Entonces, es, básicamente, lo que yo quería compartir en este panel. Gracias.

**Milagros Rojas Blas:** Antes de iniciar mi ponencia, quiero brindar unas palabras de agradecimiento al Instituto de Derecho Privado por brindarme la oportunidad de participar en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje, donde, considero yo, que se ha brindado un espacio muy suspicaz en poder hablar sobre un importante tema, que es la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

¿Y por qué considero que es muy importante este tema? Porque, justamente, este *topic* es analizado en muchos MOOT de competencias de arbitraje internacional.

Yo empezaré mi ponencia señalando que si bien hoy aún se debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, existe un consenso de atribuirle un carácter contractual al acuerdo de arbitraje. Y es que,

en razón de ello, por regla general en la materia, es que todo convenio arbitral, el acuerdo de arbitraje obliga solo a las partes que han suscrito este acuerdo.

Así, en principio, en primer lugar, consideraremos como principio general, que esos efectos de acuerdo arbitral solo tendrán efectos a las partes que lo han suscrito, pero hay, en ciertos casos, ciertos supuestos de extensión que, en el transcurso de los años, han aparecido, y la gran pregunta es ¿a qué se debe su existencia? Y es que, estos supuestos hacen que el enfoque sea totalmente diferente, lo cual constituye el corazón de estas ponencias, y se entra en el desarrollo ya de una práctica jurisprudencial, tanto nacional e internacional, lo que da origen a posiciones doctrinarias, así como una práctica jurisprudencial muy sólida, siendo uno de los pilares, la jurisprudencia norteamericana y la casuística francesa.

Ahora bien, hay diversos supuestos que han aparecido, y esto es por una cierta razón. La razón que justifica ello es, justamente, que hoy en día las relaciones comerciales jurídicas son altamente sofisticadas, y es por ello que estos supuestos de extensión del convenio arbitral no pueden dejar de considerar esas situaciones.

Ahora bien, creo yo que es preciso diferenciar ciertos aspectos teóricos, como es la parte signataria y la no signataria.

Previamente, las signatarias son aquellas partes del acuerdo de arbitraje, que lo han suscrito, y que, por lo tanto, se ven alcanzadas y obligadas por él; mientras las no signatarias, normalmente, no son partes del acuerdo de arbitraje; y, por tanto, no están sujetas a sus términos y no pueden ser obligadas a incorporarse a un proceso arbitral.

Ahora bien, las posibilidades de extensión del convenio arbitral, estos supuestos de extensión a partes no signatarias se van a ver referidas solo a casos concretos, y es que las legislaciones domésticas que han aparecido son fruto, justamente, de esos supuestos, pero todo el desarrollo de estos supuestos nace de la resolución de casos; y, por ello, todas estas pautas o sugerencias están relacionadas al análisis de los casos concretos.

Me permito señalar brevemente lo que nos comenta la doctora María Inés Corral, justamente, que, como abogados latinoamericanos, nosotros caemos en un error porque, antes de sistematizar o de ir en aplicación del caso concreto, nosotros sistematizamos los principios generales, y sistematizamos estas doctrinas antes de ir ciñéndonos a estos casos concretos, lo cual dificulta y genera ciertos desvíos en la parte de la práctica. ¿Por qué? Porque si, digamos, nosotros nos encontramos en un caso de un grupo de sociedades, muchas veces se puede deducir que sería compatible la práctica de la extensión de los efectos de este acuerdo arbitral, lo cual es totalmente falso.

Ahora, entre los supuestos de extensión del acuerdo arbitral a las partes no signatarias, tenemos varios. Por ejemplo, es el *estoppel* o actos propios y el grupo de sociedades.

En este segundo supuesto yo me quiero detener porque es uno de los primeros casos que se ha ido desarrollando en todas las prácticas jurisprudenciales. En este grupo de sociedades se ha considerado que en la cláusula arbitral contenía un contrato que es vinculante para la sociedad controlante de una de las partes o para otras sociedades del grupo, aunque no hayan sido signatarias del contrato.

Ahora bien, me permito señalar un caso emblemático que considero muy importante, que es el caso Dow Chemical. Este caso nació del derecho francés, y es que, nuevamente, ahí se hace un análisis de la relación de los grupos, y en este caso, inclusive, involucraba a partes signatarias como a partes no signatarias con la parte francesa. Lo que se veía aquí es, justamente, una presencia de la casa matriz en las relaciones comerciales en donde había una fuerte presencia de esta casa matriz en todo este tramado de las relaciones contractuales de este caso.

Entonces, es muy importante citar este caso emblemático porque, justamente, se dio la razón a que se podía extender estos efectos del acuerdo arbitral a partes que no habían suscrito el pacto.

Y es que, justamente, al considerar que una parte no signataria puede ser alcanzada por estos efectos del acuerdo arbitral, hay que considerar ciertos factores como que el comportamiento efectivo y preponderante de esta parte no signataria, sea tal que haya podido participar en todas las etapas de la relación jurídica. Sí hay etapas, por ejemplo, de la negociación, la etapa de la celebración, de la ejecución, o, incluso, de la terminación de la relación jurídica, y es que lo que se tiene que probar, específicamente, es que la parte no signataria y a la parte que queremos nosotros introducir el pacto arbitral, actuó o ejerció una decisión tan determinante y relevante, que pueda ser considerada para que sea alcanzada con estos efectos el acuerdo arbitral.

Hay otros supuestos, entre los cuales está el levantamiento del velo societario. Esta teoría es usada, justamente, para probar los casos, digamos, de utilización fraudulenta, dolosa, malintencionada, y como lo señala también el doctor Roque Caivano, en su artículo «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», la utilización, justamente, señala el autor de esa doctrina, implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, cuyo efecto es evitar la consumación de un fraude de tercero.

Y, por último, yo quisiera señalar, en la práctica jurisprudencial, el año pasado salió un caso de la Corte Suprema de Estados Unidos. Justamente, es el caso de General Electric. ¿Yo hoy por qué les menciono eso? Porque este caso se considera muy importante y reciente, es un *link case*, en el cual, la jurisprudencia de Estados Unidos, para ser más específica, la Suprema Corte de Estados Unidos, señaló, en base a este caso, en el cual se generaba un reconocimiento de ejecución de un pacto arbitral, en el que se quería hacer un *firming* del pacto arbitral, en que se daba la situación de un no signatario rechazando diversas demandas judiciales. En el Circuito n.º 5, la Corte Suprema, justamente, hace alusión a la teoría del *estoppel* o los actos propios, que tenía la misión específica de poder determinar si es que era válida la extensión del acuerdo arbitral a esta parte no signataria.

¿Y cuál es lo simpático de este caso? Justamente, en ese caso emblemático, la Corte Suprema, si bien devuelve los actuados a los tribunales federales, que son los tribunales ordinarios de Estados Unidos, justamente, hace mención de la Ley General de Arbitraje, la ley peruana, Decreto Legislativo n.º 1071, específicamente, el artículo 14, y para lo cual se genera una gran jurisprudencia, mediante la cual la Corte Suprema sostiene que la Convención de Nueva York, específicamente, el artículo 2, genera un gran silencio en determinar, si es que es posible o no excluir o aludir a la aplicación de la doctrina doméstica para, justamente, aducir si es posible extender los efectos del acuerdo arbitral o no.

Entonces, justamente, en ese *link case* y con la aplicación jurisprudencial que está en nuestro país, me permito señalar brevemente que hay diversas sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, la STC n.º 142-2011, un proceso de amparo nos permite señalar y ver cómo ha sido la aplicación de este artículo 14 de la Ley General de Arbitraje. Y es que esta aplicación de la extensión del convenio arbitral, en otras legislaciones, es tan relevante, que las consecuencias de extender este acuerdo arbitral a partes no signatarias, en primer lugar, cambia la forma de analizar e implementar el consentimiento; en segundo lugar, considero que persiguen una mayor protección de los derechos de las partes, ya que va a determinar y procurar determinar quiénes son las verdaderas partes del acuerdo arbitral, aspirando a asegurar las garantías del debido proceso y en defensa del juicio de las partes.

Y, además, un tercer aspecto que no hay que descuidar, es que, gracias a la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, evita la multiplicidad de acciones al prevenir, justamente, los múltiples litigios que se podrán suscitar en el ámbito local e internacional. Y es así que nosotros podemos constatar del impacto de poder determinar o aplicar esos efectos del acuerdo arbitral a partes no signatarias, pues una de las cuestiones a futuro, que yo también me permito señalar en esta ponencia, es que por la naturaleza del acuerdo de arbitraje, sigue siendo esencial extender sus efectos, exclusivamente, a quienes son parte de él, debiendo definirse sobre su aplicación a sujetos no signatarios, va a ser la

interpretación y conceptualización del consentimiento, que es la fuente del arbitraje, es el consentimiento de las partes. Y segundo, que, excepcionalmente, pueda ser factible extender los efectos del acuerdo de arbitraje a partes o terceros no signatarios.

Bueno, esas son algunas apreciaciones que yo he podido señalar del tema de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias; y, nuevamente, un agradecimiento especial al Instituto de Derecho Privado.

Muchas gracias.

**Gloria Noriega Monar:** Buenas noches con todos.

El arbitraje es una institución que se funda en la autonomía privada, en la libertad contractual. Y, bueno, quién más como que yo soy de derecho corporativo, soy bastante tecnicista con el tema del respeto a los contratos, y el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad para someterse a estas controversias, a una jurisdicción extraordinaria y privada que, justamente, es el arbitraje, y que, justamente, excluye el tema jurisdiccional del Poder Judicial.

Esta extensión que han mencionado los doctores anteriores, que está en el artículo 14, yo para ser un poco más corta en estas disertaciones, y en lo que dice la doctrina, respecto a si los no signatarios son terceros o no son terceros, y hay algunos que lo extienden porque dicen que son personas que no han firmado el convenio, sin embargo, las obligaciones sí les demandan a ellos. O sea, son obligaciones que ellos deben de cumplir, y alguien que habla sobre este tema es Bullard.

¿Por qué? Porque Bullard tiene un enfoque económico, y ese enfoque económico que él maneja muy bien porque es profesor y yo también soy profesora de postgrado y de pregrado, yo enseño, justamente, el enfoque del derecho desde un enfoque económico porque, a través del tiempo el derecho ha ido cambiando. Yo considero que no voy a hablar muchas cosas de las definiciones porque, muy bien, Milagros las ha hablado que no voy a redundar en ello, pero hay unos aspectos, sí, importantes, en cuanto a este tema del arbitraje.

Por ejemplo, hay dos posiciones de la doctrina, que es la fuente del arbitraje, es contractual. Supone que dos o más personas han decidido contraer estas obligaciones y se someten a este arbitraje.

Por el otro lado, es la fuente consensual de la que habla la doctrina en cuanto al arbitraje, de donde se desprenden dos características esenciales. Una es el consentimiento de las partes para llevar al tribunal arbitral, y otro es el vínculo contractual que obliga a aquellos que han aceptado este convenio.

Considero, ya desde un enfoque económico que yo sí soy muy devota de ello. Por ejemplo, hay un caso en donde una empresa «A» contrató a una compañía para que le brinde un servicio de transporte de flete, de cargamento, en fin. Y el contrato proveía una responsabilidad de esta persona a quien contrató a esta compañía por daños, pérdidas, robos, asaltos, sustracción, en fin, que pudiera ocurrirle a la carga, cuando esta se encontraba en custodia de la empresa que le daba el transporte o el flete. Y había una cláusula arbitral.

Entonces, en esa cláusula arbitral la compañía tenía una póliza de seguro e incluyó, extendió, digamos así, el convenio arbitral a la compañía de seguros.

En mérito a eso, yo podría decir, sin temor a equivocarme —y con el asterisco que el doctor José habló de la tesis de Roger, quien es mi gran amigo, todavía no la he leído la tesis de Roger. Entonces, yo considero, sin haber leído la tesis de Roger—, que el tercero o los sujetos no signatarios se tienen que coger de una manera excepcional.

Considero que, por ejemplo, en temas administrativos, que es un derecho público, en donde, lo más importante es la necesidad del interés público. O sea, el derecho administrativo es tan rico que tiene unos principios, y que la finalidad del derecho administrativo es otro. Desconocido por muchos porque no les gusta el derecho administrativo, pero bastante interesante para los abogados. Por eso es que yo podría decir con este asterisco de leer la tesis de Roger, que, para temas de administración pública, yo sí excepcionaría, y como temas estos del seguro, también, porque yo sí extendería el convenio arbitral, a pesar de que yo soy muy de *pacta sunt servanda*; o sea, yo sí considero que los contratos son ley entre las partes.

Considero mucho que un convenio arbitral es entre dos partes. O sea, no, creo yo, y estaba ahora buscando la exposición de motivos, porque yo soy amante, cuando quiero exponer sobre algo, me tengo que ir a la *ratio legis*. No he encontrado la exposición de motivos, ¿tú la has encontrado, Roger? No está, ¿no? Oye, un jalón de pelo a todos esos que hacen las leyes, que la exposición de motivos es algo, son la razón que ha tenido el legislador para dar esas leyes. Yo no podría complementar mi ponencia porque no he podido encontrar la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje y es algo que yo enseñé a mis alumnos que lo primero, que antes de decir algo hay que leer la exposición de motivos, pero no la he encontrado. Tendría que tocarle la puerta a quienes han hecho la ley de arbitraje, pero no la he encontrado porque quería saber qué cosa quiso decir el legislador con el artículo 14, que es lo básico que tendría que haber analizado y no lo he encontrado.

Entonces, yo creo que podemos ir por ahí, qué cosa es lo que quiso decir el legislador en ese artículo 14.

Y lo otro es que yo sí creería que los convenios se deben de respetar entre quienes aquellos que han firmado, salvo temas administrativos públicos, temas administrativos porque hay otro interés que es diferente a los privados. Por ejemplo, si yo no tengo un convenio entre una empresa constructora que está haciendo una concesión con el Estado, puede ser que yo invite, pues, al ente regulador. ¿Para qué? Para que, justo el otro día estábamos viendo una audiencia con Ghersi que estaba de abogado de, justamente, de unas empresas que estaban en cláusula de arbitraje, y que participaba Osinergmin, como esta extensión de estos sujetos no signatarios.

Entonces, yo sí considero que en un convenio arbitral privado, salvo las excepciones del seguro, que me parece interesante, y cómo no llamar, pues, al seguro, que es el que tiene la plata, y yo siempre con un enfoque económico, pero en temas administrativos yo sí creería que los árbitros deben conocer derecho administrativo en contrataciones del Estado, en fin, y cómo se maneja todo eso para poder decidir si, finalmente, incluyo a ese no signatario o si... yo lo dejo en el aire, yo considero que debe de tomarse excepcionalmente la extensión de no signatarios en un convenio arbitral. O sea que no debería ser general, y como todo en el derecho, bueno, estamos libres de interpretar cómo uno consigue, yo interpreto como Gloria, no puedo interpretar como nadie más. Entonces, yo lo dejo, creo que ahí. No podría tocar más porque ya me han precedido dos ponentes importantes, y yo sí considero que es obligatorio leer la exposición de motivos, para poder, de repente, finiquitar.

Yo sé que hay derecho comparado que he estado leyendo el derecho comparado sobre ello, pero la verdad que lo dejan como que al aire. A ver, qué opina el tribunal arbitral y no hay algo muy concreto, pero yo sí concreto que esa extensión debe ser excepcional en casos concretos con un análisis en cada caso. No considero que esa extensión deba ser general.

Muchas gracias.

**Roger Vidal Ramos:** Buenas noches. En primer término, agradecer al doctor Marcos Silva por la invitación y tener la confianza de que lo acompañe por cuarta vez en este congreso tradicional de Idepriv.

De manera breve, sobre lo comentado del doctor Beraún es importante en el tema de los no signatarios y la extensión del convenio arbitral es importante entender qué dice el Tribunal Constitucional. Tanto el precedente Minera María Julia, el caso que el doctor Beraún comentó, que es bastante modesto, que, en alguna oportunidad, compartimos esta asesoría, que marca un hito en poner una pauta, cuando de manera abusiva sin la existencia de un convenio arbitral, seudo árbitros extienden el convenio.

En la parte final voy a hacer un comentario de este fallo del Tribunal Constitucional en el caso BCP, respecto a la doctora Rojas, me parece muy importante que ella destaque la buena reputación del arbitraje peruano en el fuero norteamericano porque este caso que ella nos comentó destaca la importancia del artículo 14, muy importante. Y, respecto a la doctora Gloria, es importante destacar cuando ella manifiesta que, de manera excepcional, se puede extender el convenio arbitral. Con lo cual, estoy de acuerdo, pero también veo que a Gloria no le agrada mucho el artículo 14.

Y, finalmente, el artículo 14 es de agrado y desagrado, dependiendo de en qué lado te encuentras: como árbitro, como demandante o como demandado.

Voy a comentar tres casos un poco para hacer esto más didáctico.

El primero es la extensión del convenio arbitral en casos de contratación pública, que, si bien este laudo está publicado, pero por temas de confidencialidad, la voy a comentar de manera general. Podríamos pensar que en contratación pública se podría aplicar la figura del no signatario.

En este caso, pasa lo siguiente. Una municipalidad, dentro de su organigrama, mantiene una empresa municipal.

Esta empresa municipal tiene como fines realizar la limpieza. Firma un contrato con una empresa para el traslado del personal de limpieza. El contrato estuvo vigente un par de años, y, lamentablemente, esta empresa municipal de limpieza, no le pagó la contraprestación.

Al momento que iniciamos el arbitraje, planteamos la petición, ¿y cómo contesta esta empresa municipal? Nos dice dos cosas: «Mire, no tengo cómo pagarte, no tengo dinero, pero te aviso que quien maneja mi presupuesto es la municipalidad». Adjunta su estatuto y el único accionista de esa empresa es la municipalidad.

Entonces, nosotros planteamos al tribunal arbitral que, conforme a lo dicho por la empresa demandada, se extienda el convenio arbitral por el tema de la figura del no signatario. Para nuestro agrado, ese fue un caso que lo llevé en la defensa y el tribunal admite al no signatario, y la municipalidad da el grito al cielo, plantea su objeción. Ojo que esa es la forma como uno tiene que actuar, si te extienden el convenio, tienes que oponerte con fuerza y ser firme. Eso corresponde.

Entonces, yo pensé que el laudo iba a ser favorable si iba a extender el laudo a la municipalidad porque es la que tiene el patrimonio, la que tiene cómo pagar.

¿Qué dice el tribunal? Lo cual no comparto. Eso es lo más sencillo, dijo que no se podía extender el laudo a la municipalidad y declaró improcedente respecto a la municipalidad, respecto a la empresa municipal, la declararon fundada.

En pocas palabras, siendo un poco más objetivos, fue lo correcto. Pero quizás esto se planteó porque es un arbitraje en contratación pública. Si el tribunal hubiera extendido el convenio, y, por ende, el laudo hubiera condenado porque con la probanza está acreditado que quien da el presupuesto de la municipalidad a esta empresa de limpieza. Quizás se hubiera generado todo un debate en materia de construcción pública. Siempre hay mucho debate en la forma como se puede fallar.

Segundo caso lo comento también en el tema de la defensa donde la extensión del convenio, si bien la jurisprudencia nacional e internacional en sede nacional, hay un caso de las Pesqueras Caleta, Dorada y PCG, que generó, pues, que el tribunal arbitral aplica la autoridad del levantamiento del velo societario porque una empresa, para no pagar deudas, traspasó todo el patrimonio y se generó un fraude, y el laudo aplicó la solidaridad y el levantamiento del velo. Se va a anulación y la Suprema ratifica, pues, en buena cuenta, lo que indicó el tribunal. Ahí estuvo presente en ese tribunal, Alfredo Bullard y el doctor Montezuma. Y esto se dio antes de que la ley arbitral peruana del 2008 esté vigente. O sea, no teníamos el 14.

Y lo que hacen los árbitros es algo muy osado para ese tiempo, es importante que también, dentro de los límites y la doctrina, los árbitros sean creativos, pero acorde a derecho. En este caso, no había norma, y quienes proponen el 14 son Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias, y eso tampoco parte de una creatividad peruana porque estos casos, como lo comentó la doctora Rojas, Dow Chemical, antecedido por el caso Salomón de Inglaterra, ya hay casos anteriores, lo que hace el legislador peruano es, lo legisla, y es importante eso porque, si encuentras una norma legislada, proteges a las partes y al árbitro porque te amparas en una norma. Porque sí sería bastante descabellado que apliques el convenio a no signatarios y levantamiento de velo, cuando no tienes un instrumento jurídico que te ayude. El 14, para bien o para mal, te permite una puerta y hay que saberla utilizar.

Bueno, ¿qué sucede en este caso? Es un contrato de arrendamiento. El propietario alquila por un plazo de tres años. El primer año el contrato estaba perfecto, y antes de la pandemia se deja de pagar las rentas. Eso es un tema que ha pasado mucho. Entonces, el hijo del inquilino manda un correo electrónico y le manda una carta notarial, donde él se compromete a que, a partir de la fecha, va a pagar todas las deudas y va a poner un negocio de SPA, dado que su está en la imposibilidad de poder continuar.

Entonces, él ocupaba, sigue ocupando el inmueble hasta la presente fecha. Al momento que planteamos la demanda, desde el inicio, en la petición de arbitraje y en nuestra demanda, hemos incorporado al no signatario. ¿Y quién es el no signatario? El hijo. Si bien no firmó el contrato con el padre, pero en el *iter* contractual, en la ejecución del contrato el hijo ingresa, pone un negocio, paga parte de las deudas, y en una carta notarial que contesta, te indica que él solo va a pagar una parte que le corresponde y la otra parte a su padre, porque hay dos fechas del contrato.

Ojo, acá no hablamos de que hay una adenda del contrato, lamentablemente, las personas naturales no seguían formalidades, y, finalmente, pues, lo que pasa en los hechos reales es lo que caracteriza el contrato. Y recordemos que el artículo 14 nos habla de tres etapas del *iter* contractual: negociación, celebración, ejecución, de acuerdo con el 1362 del Código Civil y agrega a la parte que tiene la responsabilidad en la terminación del contrato.

Entonces, si bien aplicar el 14 en el grupo de empresas puede resultar sencillo porque la casa matriz y la filial tienen un poder de dominio, hay correos, hay cartas, hay información, pero el 14 también puede ser aplicado a personas naturales, no solo está designado para empresas.

Finalmente, voy a compartir con ustedes lo que el doctor Beraún comentó, que sí me parece peligroso la forma como este centro de arbitraje viene actuando.

Miren, brevemente, de qué trata esta Sentencia n.º 855-2021 del Banco de Crédito. Trata de lo siguiente.

La señora, María Jesús Villamar acudió a Supermercados Tottus y se accidentó. Le cayeron, según el caso, dos sacos de azúcar y se accidentó. No sabemos si sufrió fractura del pie, de las manos, pero se accidentó. Bajo esto, creo que para nadie va a ser contundente y establecer que estamos frente a un daño extracontractual, pues, porque no puede existir algún vínculo contractual, por lo menos, para mí así lo veo desde este punto de vista, por el accidente.

Ella se accidenta y lo que hace la señora es acudir a este malicioso centro de arbitraje, y presenta su petición de arbitraje, y de manera posterior, su demanda. Plantea la demanda contra Tottus S.A. y le pide a Tottus que le pague un resarcimiento de 190 mil soles. Yo entendería que, por lo menos, Tottus debe de haber planteado una excepción de inexistencia de convenio arbitral y una excepción de incompetencia del convenio arbitral, porque no existe el convenio arbitral.

Sucede que el árbitro único admite la demanda y, a petición de parte, admite una medida cautelar.

En esta medida cautelar pide al BCP, al Scotia, al Banco Continental que se embarguen cuentas. Y sucede que el BCP, parecido al caso que comentó el doctor Beraún, porque ya está curado en salud, porque en aquella oportunidad, la sala comercial y le jaló las orejas al juez comercial porque le dijo: «así tengas un mandato arbitral de embargo de cuentas, tienes que verificar la preexistencia del convenio arbitral y no existía, y declara nulo el embargo y este monto dinerario se reembolsa a la universidad.

Yo especulo que el BCP, lo que hace es, como conoce a ese centro de arbitraje, es no complirse y no dar cumplimiento al mandato cautelar. Recordemos que los bancos, en fuero judicial o arbitral actúan como órganos de apoyo al juez o al árbitro, pero los árbitros no tenemos o no tienen la fuerza, por lo tanto, que el interesado debe de acudir al juez para que esta medida cautelar se haga cumplir. Pero sucede algo que es temerario y, absolutamente, distorsiona el 14, y preocupa esta mala práctica, y lo dio el fundamento sexto. ¿Qué dice? El razonamiento del árbitro único: «En el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se encuentra el principio de primada». Le han puesto «primada» porque yo entiendo quiso decir «primacía de la realidad», que es un tema del derecho laboral. Pero bueno. Que modula es aspecto relativo del convenio arbitral, con lo que se hace necesario extender sus efectos a las entidades bancarias como parte no signataria.

Esto es, absolutamente, un atropello a la esencia del arbitraje porque un órgano de auxilio judicial o auxilio arbitral es parte del proceso. Si el BCP no cumplió con el mandato cautelar, el interesado, el demandante puede acudir al fuero judicial para que se haga cumplir este mandato cautelar, pero convertir en una parte procesal al BCP y a todos los bancos, vulnera el debido proceso, el derecho de juez natural, el derecho de designación, y lo que me preocupó más es que el BCP presenta su amparo. En primera instancia, declaran improcedente el amparo. La sala ratifica este tema y no nos podemos estar amparando bajo el precedente María Julia, que es otro tema muy distinto, pero el TC lo que dice es, brevemente, el fundamento 2: «Este Tribunal Constitucional considera que la extensión del convenio arbitral realizada por el árbitro emplazado resulta, a todas luces, arbitrario, debido a que, en ningún momento, el recurrente consintió aquella extensión».

Este actuar temerario del árbitro único trastoca la buena reputación del arbitraje peruano y nos trae como reflexión que el artículo 14 es peligroso. Es peligroso cuando las personas naturales o jurídicas lo aplican de manera perversa, es peligroso cuando llamados «árbitros» se amparan en el artículo 14; y, finalmente, ¿cuál es el resultado nocivo? Te embargan propiedades, cuentas y te emiten laudos vulnerando todo tipo de derechos procesales fundamentales.

Finalmente, veamos la parte positiva. Considero que, para solicitar la extensión del convenio arbitral, tiene que haber buena fe.

El demandante, al momento que analiza el caso, tiene que saber que hay una parte no signataria, y tiene que ser leal en presentar el caso desde la petición de arbitraje, y pedir que «mi parte signataria es tal persona» y que se extiende y tener medios de prueba fuertes.

Y el tribunal arbitral, luego de tener el contradictorio, porque, obviamente, nadie va a querer que se les extienda, pero si tiene sustento probatorio, lo que queda es admitir al no signatario, lo cual no quiere decir que, necesariamente, va a ser condenado.

Quizás, en el proceso, te das cuenta de que, finalmente, ese no signatario no ha tenido presencia en la toma de decisiones, no ha ejercido poder, y, simplemente, lo declaras improcedente en cuanto a él, y te vas con el deudor principal. Pero sí es importante que la buena fe exista por las partes. O sea, sería insólito que se pida. Recordemos que en el proceso civil tenemos el litisconsorte, también se tiene la intervención del tercero civil, en el arbitraje todo esto se junta en el no signatario, pero sería insólito que se requiera el ingreso del no signatario cuando se cierra la etapa probatoria o en la última audiencia. Obviamente, el tribunal arbitral también tiene que sujetarse a las reglas arbitrales y no podía estar distorsionando el ingreso de no signatarios que no fueron peticionados al momento inicial o postuladoria de la demanda. Y eso también implica que el no signatario tiene que ejercer todos sus derechos. Puede presentar excepciones, presentar testigos, quizás, a mi criterio hasta podrían recusar árbitros porque, al ser incorporados, se convierten en parte procesal y la parte procesal tiene que ejercer sus derechos procesales de defensa, sin ningún tipo de restricción.

Lamentablemente, el problema es que el no signatario no participa de la designación del árbitro. Por otro lado, no queda clara si va a pagar honorarios arbitrales, porque, finalmente, los tendrá que pagar el interesado.

Y, bueno, son temas muy importantes, y como mensaje final, el artículo 14 es positivo. La incorporación del no signatario no siempre va a estar de la mano con el levantamiento del velo societario.

En el caso que les he estado comentando de las personas naturales, en el contrato de arrendamiento, no hay que levantar velos porque son personas naturales y con cartas notariales, por dicho de las partes, es sencillo.

En el caso de contratación pública les puse un ejemplo, pero sí resulta más compleja la aplicación, pues, de la teoría del levantamiento del velo societario porque también se aplica para temas judiciales y arbitrales. Es un tema, que, quizás, merece otro panel.

Muchísimas gracias, tengan todos, buenas noches.

26 NOVIEMBRE DE 2021

MESA 13

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL PERUANO

*Vincenzo Barba*<sup>1</sup>

*Carlos Agurto*<sup>2</sup>

*Jairo Cieza Mora*<sup>3</sup>

*María Pía Díaz*<sup>4</sup>

*Julio Santiago Solís Gozár*<sup>5</sup>

- 
- <sup>1</sup> Graduado en la Universidad Luiss Guido Carli en 1997. Obtuvo su Doctorado en Derecho Contractual y Administración de Empresas. Ganó el concurso como investigador en el 2002. Es profesor titular y catedrático desde el 2009. Es profesor de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino. *Visiting professor* de la Universidad Paradesia de Blur. *Visiting professor* de la Universidad de La Habana en Cuba. *Visiting professor* de la Universidad de Lleida. Miembro del Consejo de Profesores del Doctorado en Persona, Mercado e Instituciones de la Universidad de Samnio y del Doctorado en Derecho Romano, Teoría del Orden y Derecho Privado del Mercado en la Universidad de Roma La Sapienza.
- <sup>2</sup> Profesor de Historia General del Derecho y de Derecho Peruano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la UNMSM, Universidad de San Martín de Porres (USMP), Universidad de Huánuco, Universidad Nacional de Cajamarca. Magister por la Universidad de Bolonia, Italia. *Visiting Scientist* por la Universidad de Padua, Italia. Exsecretario del Grupo de Trabajo encargado de la Revisión y Propuesta de Mejoras al Código Civil peruano. Miembro asociado del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia, Italia. Miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo de la Universidad Sant'Orsola Benincasa de Nápoles en Italia. Miembro del Comité Científico de los Anales del Departamento Jurídico de la Universidad de Molise, Italia. Miembro del Comité de los Reffer de la revista *European Journal of Privacy Law and Technology* de Italia. Investigador Maria Rostworowski, nivel 2, por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec).
- <sup>3</sup> Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima (UL). Es investigador del Instituto de Investigación Científica de la UL. Profesor de derecho civil en la UNMSM y en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Socio del Estudio Cieza Abogados y árbitro de la Cámara de Comercio de Lima.
- <sup>4</sup> Profesora de la USMP y de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Huánuco. Doctora en Derecho de la Universidad de Turín. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Magister en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca.
- <sup>5</sup> Socio del Estudio Jurídico Melgarje Abogados. Profesor de Derecho Romano y Derecho Civil. Fundador del Centro de Investigación Philos Iuris. Ha sido miembro del Equipo Técnico de la Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Secretario de investigación científica en el Instituto Peruano de Estudios para la Función Pública y del Derecho Disciplinario.



**Vincenzo Barba:** Muchísimas gracias por invitarme. Es un honor para mí estar aquí y poder compartir estos minutos con vosotros para dar una charla. Y el tema sobre el que me voy a centrar es un tema de historia del derecho o, más bien, de historia que estamos viviendo hasta ahora del derecho; y más bien, de la constitucionalización del derecho civil italiano.

La constitucionalización del derecho civil italiano ha sido una necesidad en la que todo el derecho civil italiano, los profesores del derecho civil italiano, los juristas italianos, se han encontrado, pese a la situación en la que nace el Código Civil, en la que se desarrolla el Código Civil, el derecho civil y el Código Civil italiano y los eventos históricos, políticos importantes que hemos vivido. De no haber tenido una constitucionalización del derecho civil, se podría decir que el mismo derecho civil, o sea, el Código Civil que hoy constituye la fuente del derecho civil más importante en el derecho civil italiano no podía seguirse aplicando.

Para entenderlo, tenemos que considerar el derecho civil italiano, la primera formulación de un derecho civil italiano nace en 1865; o sea, poco después de la unidad de Italia que es de 1861. Y, en aquel entonces, la necesidad era como unificar la legislación de gente y sustituir todas las leyes, las reglas, las normas que existían de los Estados preunitarios. Los Estados que existían en la Península Itálica antes de que llegara o se realizara la unidad de Italia. Y, entonces, el primer código unitario italiano es un código de 1865. Un Código Civil que toma como modelo de referencia el Código Civil francés; y, efectivamente, tanto en la partición de la materia como en el contenido, es evidente la influencia que tuvo la jurisprudencia y la doctrina española, al punto que se puede decir que el Código Civil italiano de 1865, que fue el primer Código Civil después de la mitad de Italia, es un código de clara inspiración francesa y de impostación francesa. Se parece mucho al Código Civil de Napoleón de 1804.

Y también el género literario que se utilizó en aquel entonces para desarrollar la ciencia jurídica, es un género que refleja la influencia francesa; y, efectivamente, el género literario más importante es el del comentario, en el sentido de que lo que prevalece es la teoría de la interpretación exegética, y, entonces, un comentario, una interpretación casi literal de las normas y el género más importante son los comentarios entre el 1865 y hasta la primera mitad del 1900, las obras jurídicas más importantes que constituyen una referencia para la doctrina italiana, son, básicamente, los comentarios, y hay muchos comentarios. Mientras que el estudio monográfico y también el estudio del tratado tiene una relevancia menor.

Y en este sentido, es fundamental la interpretación de ley literal, sobre todo, porque se quería que una explicación de la ley fuertemente conexas al texto de la ley para que el Poder Judicial fuera el menor posible.

Además, tenemos que considerar que en 1865 el Código Civil es de verdad un Código Civil, en el sentido de que regula solo y exclusivamente las relaciones entre los privados y los contratos civiles, porque, además, en 1882, viene aprobado un Código de Comercio. Y, entonces, teníamos un Código Civil de 1865, el primer Código Unitario y un Código de Comercio de 1882. El género literario más extenso era el comentario y la teoría hermenéutica que constituye el elemento más importante es, sin duda, la exégesis.

La situación tiene que cambiar en 1942, cuando vamos a reformar la codificación civil. Son los años del fascismo, y, entonces, eso es importante para tener en cuenta cuáles son los principios y los valores con los que la legislación de aquel entonces se desarrolla. Entre 1940, 1942, o sea, cuando ya estábamos en la Segunda Guerra Mundial, y hasta 1942, perdón, entre 1939 y 1942, el entonces ministro de justicia, nombra una comisión de profesores universitarios para reformar la legislación vigente. Y, entonces, hay dos y tres proyectos de Código Civil, y estos proyectos se terminan con la adopción, en 1942, del nuevo Código Civil.

¿Cuáles son las novedades del Código Civil de 1942, respecto al Código Civil de 1865?

Primero, ya no tenemos una distinción entre Código Civil y Código Comercial porque el Código Civil de 1942 es un Código Civil que contiene dentro de sí el Código Comercial. Es un Código Civil general, y, entonces, no tenemos más la distinción entre contratos civiles y contratos comerciales y la regulación del derecho civil está integralmente contenida en el Código Civil.

Segundo, cambia la referencia principal porque el Código Civil de 1942 no tiene como referencia principal el sistema francés, sino el sistema alemán. Y, efectivamente, la influencia de la pandectística alemana, de la jurisprudencia alemana ha sido fundamental, y ha determinado un cambio radical. Se deja, básicamente, la experiencia francesa, y lo único que queda de la experiencia francesa es el principio del consensualismo y también buena parte del principio de la ley hipotecaria; o sea, de la publicidad, pero, por lo demás, la experiencia principal: la alemana. Y, efectivamente, el Código Civil italiano de 1942, también por las razones históricas, en las que viene aprobándose, sufre y tiene una influencia muy fuerte de la doctrina.

Esto determina también un cambio en el modo de estudiar el derecho civil, ya que la interpretación exegética ya no satisface a los juristas y se pasa hacia un sistema sistemático. Por esta razón, el género literario ya no es como el más importante lo del comentario, sino el del tratado, donde hay una sistemática y los argumentos no se tratan según las normas, según el orden de las normas en el Código Civil, sino según una sistemática. Todavía el Código Civil de 1942 es un Código Civil fascista. O sea, los principios y valores que inspiran ese código son los del fascismo. Y, entonces, es un código civil que te pone a la cumbre de los valores, la propiedad privada y la iniciativa económica, la iniciativa, la empresa, son los valores patrimoniales.

La situación cambia radicalmente en 1948, cuando como es trillado, se aprueba en Italia la Constitución Republicana que, de verdad, es una constitución de 1947 que entra en vigor el 1 de enero de 1948.

La Constitución lo cambia todo. Es una Constitución larga en la que después de lo que fueron los horrores de la Segunda Guerra Mundial, se afirman los derechos fundamentales de la persona, los derechos inviolables, y se pone en la cumbre de los valores y principios, la dignidad de la persona humana y la protección de la persona humana.

Esta modificación de los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico, determina la necesidad de una relectura del Código Civil, porque el Código Civil estaba como emprontado, tenía como referencia principal las situaciones jurídicas patrimoniales y casi se desinteresaba de las situaciones existenciales de la persona humana y de la dignidad, y por esta razón, desde 1948, y, sobre todo, 1955, cuando ya entra en función el Tribunal Constitucional italiano empieza un momento, o de interpretación o de relectura constitucional del derecho civil. Esta relectura del derecho civil ha sido muy importante porque todas las normas desde las de contenido patrimonial hasta las de contenido no patrimonial, tuvieron que releerse, según Constitución, según los principios y valores constitucionales.

Por fin, el último, podríamos decir, en esta muy breve historia del derecho civil italiano, el último momento importante es lo que concierne al sistema europeo, la participación de Italia al derecho europeo, sobre todo, después de 1997 con el Tratado de Lisboa y el 2000 con la Carta de Niza. O sea, cuando se pasa de una Comunidad Económica Europea a la Unión Europea, y la aprobación de la Carta de Niza como un documento que reconoce los derechos y valores fundamentales, y se puede decir, una constitucionalización del derecho europeo.

En este sentido, ya no es suficiente una lectura del derecho civil que sea conforme, acorde con los principios y valores constitucionales, sino que tiene que ser también acorde con los principios y valores expresados por el Tratado de la Unión Europea y la Carta Europea de los Derechos Humanos Inviolables de 2000 y 2007.

Y, en este sentido, este es el último paso hacia una constitucionalización y una europización del derecho civil italiano. Y, además, tiene como su ventaja la posibilidad de que todos los derechos europeos como tienes que ser acorde con los principios y valores europeos tendrán que uniformarse hacia este sentido.

Este es el momento en el que ahora todos los juristas nos encontramos, y el reto, el desafío al que nos enfrentamos, el de releer el derecho civil, de modo que sea acorde, no solo con los principios y valores de la Constitución de 1948, sino también con los principios europeos.

Muchísimas gracias.

**Carlos Agurto Gonzales:** Buenas tardes a todos. Muchísimas gracias por la invitación, muchas gracias a todos los amigos del Instituto de Derecho Privado, al doctor Marco Silva por la invitación, mi querido amigo, y, exponer después del querido profesor y amigo Vincenzo Barba es un poco complejo porque nos ha dado una brillante clase magistral sobre la constitucionalización del derecho privado en Italia. Tema que, en realidad, es de fundamental importancia, no solamente en Italia sino también en el Perú. Ya es imposible ver el derecho civil solamente con el derecho civil, sino que también está en relación con el derecho constitucional y con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La exposición de Vincenzo lo ha demostrado claramente y también la exposición que a hacer la profesora María Pía Díaz Díaz, que también la saludo en el tema de identidad personal, así que, esta tendencia de la legalidad constitucional, que, precisamente, en la experiencia italiana hablaba el maestro Pietro Perlingieri, es algo que no se puede evitar, es algo totalmente parte del derecho civil moderno. Y eso lo digo porque a veces hay posiciones en el Perú, ya, en realidad, bastante reducidas que mencionan esta centralidad del derecho civil, pero la centralidad del derecho civil se entiende desde la óptica enriquecida del derecho constitucional, del derecho de la sentencia de la Corte Interamericana que, precisamente, incluso, en el Perú, tienen rango obligatorio para la sentencia de las cortes.

Ver, por ejemplo, el tema del daño, ver el tema de la identidad personal, ver el tema de la protección del derecho de las personas sin el derecho constitucional o sin el sistema interamericano de los derechos humanos, ya es algo que ni siquiera Domat y Pothier podrían hacer en nuestros tiempos.

Así que, de hecho, saludo con efusivamente la exposición del querido profesor y amigo, y maestro también, porque es un prestigiado jurista, uno de los más brillantes de Italia, no porque es un amigo mío, sino porque, evidentemente, lo es el profesor Vincenzo Barba, a quien le doy un gran saludo hasta Roma.

El día de hoy quiero yo exponer un tema que todavía sigue causando mucha confusión, y es uno de los temas claros que representó dentro de su investigación, el querido maestro Carlos Fernández Sessarego, que es el tema de la visión tridimensional de la persona jurídica.

Y es que, todavía, la persona jurídica sigue para cierto sector de la doctrina, y cierto sector, no diría de la doctrina, porque, incluso, el Tribunal Constitucional ya, en el año 2008, emite una sentencia en la cual reconoce ese sentido ontológico de la persona jurídica. Ya no como una entelequia, un fantasma, sino como, básicamente, una organización de personas que se unen por fines valiosos y que son reconocidos por los Registros Públicos.

Pero eso atrás tiene una historia. Galgano, en su famoso texto escrito sobre la fábula de la persona jurídica que está en *Tutto il rovescio del diritto*, en esta bellísima colección que publicó junto con Pablo Chandon, que es, básicamente, una colección que toma un poco el pelo a los juristas, ve al derecho más allá con esta irreverencia, o, en realidad, verlo más allá de la seriedad que ya, en su momento, en el siglo XIX había criticado a Ihering con bromas civiles en la jurisprudencia.

Y en este texto Galgano establece el tema de la fábula de la persona jurídica. Hace un parangón entre la soberbia humana frente a la creación divina de Dios. Y que el hombre, el ser humano, por este espíritu de lucha con su creador, crea a la persona jurídica.

Pero esto tiene una historia que tomo de Galgano, pero también para sentar sus bases con la experiencia peruana. Y es que Galgano nos hablaba de una fábula, historia de la persona jurídica desde los orígenes romanos, en la cual, si bien no se conoció en *stricto sensu* la persona jurídica, se conocían ciertas formas asociativas organizativas que utilizaron en la antigüedad.

Y, en realidad, de persona jurídica que, incluso, los romanos tenían esa noción de *corporation* o de cuerpo; cuerpo moral dirían los franceses en el siglo XIX, para sentar las bases de algo que también era, precisamente, lo que no era lo material.

Debemos recordar que el derecho es hijo de su tiempo. Los códigos, las mentalidades jurídicas son propias de una determinada mentalidad histórica. No son productos objetivos. Yo creo, al igual que parte de la cultura italiana, especialmente, la comparatista, que el derecho es el conocimiento nunca definitivo al cual arriba un observador jamás imparcial. Es decir, quien dice que el contrato, el negocio, el proyecto de vida, es algo así y esto es la verdad absoluta, negándolo o afirmándolo, evidentemente, es lo contrario a la ciencia jurídica.

Y, además, también porque el observador no es jamás imparcial, porque los juristas, los abogados, los profesores son abogados, partes de estudios jurídicos, etc. Siempre tiene algo un interés. Y es que, en el tema de persona jurídica, lo que se ha querido, precisamente, es, ya lo decía Fernández Sessarego, recuerdo que, en la última sesión de la Comisión de Reforma del Código Civil, la cual yo tuve el inmenso honor de ser uno de los tres profesores secretarios. Él mencionaba esto. El tema fundamental de esta oscuridad en la persona jurídica es limpiar la responsabilidad de los miembros. Claro, cuando se liquida la persona jurídica, ahí todos somos miembros de la persona jurídica, pero el tema de la responsabilidad siempre ha sido parte de esta lucha por considerar a la persona jurídica como una entequeia y un ente.

Y es así, que si en la época de Sinibaldo dei Fieschi, el papa Inocencio IV, que se puede encontrar, incluso, algunos atisbos de la llamada teoría de la ficción, aunque hay un libro muy interesante de un sacerdote jesuita que mencionaba que, en realidad, encontrar una paridad entre la teoría de la *fiction* de Savigny con la del papa Inocencio IV es un error, y es que con el iluminismo, la lucha del poder entre la burguesía y los intelectuales burgueses, que quitan el poder al rey, surge, pues, esta, la protección de la propiedad y la protección del patrimonio en los códigos.

Los códigos son, básicamente, nacen los primeros códigos con una inmensa preocupación por la tutela del patrimonio, y es por eso que Fernández Sessarego lo decía en el Perú por décadas, pero si no queremos citar a un nacional, pues, citemos a la doctrina extranjera. Pienso, por ejemplo, en el trabajo de Guido Alpa y Giorgio Resta, en el libro sobre *Derecho de las personas*, 2006, primera edición, segunda edición, 2019, y el trabajo de Spe Salvi. Los trabajos de Spe Salvi nos muestran también cómo la propiedad ha sido utilizada, cómo ha sido lo imperante en los códigos.

Recuerdo que, en el libro de Roger Nelson, un gran jurista francés que dedicó un libro muy interesante también sobre el derecho de la persona. Indicaba algo que estremecía, que de la persona no hubo interés en el Código Civil de los franceses. Fernández Sessarego nos lo dijo siempre en Perú, pero si queremos, no validar solamente por lo que dijo un peruano, sino también un extranjero, en los juristas extranjeros hay esta consonancia.

Y es que como saben, hijo de su tiempo, surge esta teoría de la ficción, considerando que solamente son personas jurídicas los nacidos de mujer, y los demás son entequeio. Y eso está en el sistema del derecho romano actual, tanto en la edición española del siglo XIX, como aquella italiana traducida por Victoria Shaloya, hacia el 1800, los últimos quince años del siglo XIX.

Y que pasa también en Yerik con su teoría orgánica, y que también, en el siglo XX va a ser asumida por él, justificando, evidentemente, estas posturas, pero, igualmente, conduciendo a la categoría de persona a ser solamente un centro de aplicación de normas, con la teoría que el CNNA, de la teoría pura de Kelsen. Y es curioso porque no sé si ustedes, es un dato que revela Galgano que a mí me impactó mucho es cómo también se disgregaba la persona jurídica por la pertenencia. O sea, si la persona jurídica tiene una raza, si es que este concepto, evidentemente, no existe. Pero cómo utilizaban los poderes totalitarios a través de la política para también aniquilar no solamente a las personas físicas, como lo hacían en los campos de concentración, sino también a las personas jurídicas, porque, si había una gran cantidad de personas que eran judíos, o, por ejemplo, en Estados Unidos, que eran afroamericanos, también se les disgregaba, también se les eliminaba.

Y, entonces, siguiendo un poco la historia de Galgano, Dios, digamos, luchando con esta soberbia humana, incita a dos perseguidos de las leyes raciales en Italia y en Alemania, Kelsen y Ascarelli, nuevamente afirmar el sentido de nacidos de mujer de las personas, y rechazando la calidad de sujeto de derecho a las personas jurídicas.

Sabemos que Ascarelli llega a Brasil y tiene una importancia radical con el nacimiento de la Escuela Comercialista brasileña. Es más, Ascarelli llega a visitar San Marcos en el año 1951, junto con uno de los hermanos Mazzeu, junto con Carnelutti y uno de los hermanos Mazzeud. Si no mal recuerdo, creo que fue León.

Y, entonces, vienen los años cincuenta y sesenta, la crítica hacia los modelos establecidos en mayo del 1978 y surge en Italia también la figura de Galgano. Galgano, gran jurista, gran maestro. Yo tuve la suerte de conocerlo personalmente, en la última ocasión que estuve en un evento académico público, fue muy amigo del maestro Fernández Sessarego, y el impacto de, por ejemplo, esta... me expresaba mucho Fernández Sessarego en este sentido, de después de considerar a la persona como sujeto de derecho, también el tema de la expresión lingüística de la cual Galgano daba en este libro juvenil, porque era de edad juvenil cuando lo publicó el año 1969, *Personas jurídicas*.

Pero ¿qué pasaba en el Perú? Pues, en el Perú, frente a todos estos desarrollos, Fernández Sessarego hace su tesis de la teoría tridimensional en el año cincuenta y plantea la centralidad de la persona y el personalismo jurídico. Además, también por base en el contexto que se estaba viviendo en América Latina, ya lo hemos dicho en otras sedes, hay que ver el derecho con historia, y a un compatriota del querido profesor Vincenzo, Arturo Ascarelli decía siempre: «Es necesario ver el derecho y su relación histórica».

Se vivía muchas dictaduras, civiles, militares, como decía Martín Adán y Vela, un escritor peruano, era la normalidad, dentro de la historia peruana.

Y, entonces, esta tesis de Fernández Sessarego, que, precisamente, ya va a aparecer en Italia, gracias al querido profesor Barba, eclosiona el claustró, y ya nos llama la atención para que el derecho deba centralizarse en la persona, en el sujeto de derecho, en el ser humano.

Y, entonces, el desarrollo de esta teoría tridimensional aplicada a la persona jurídica, se hace en el Código Civil, año 1984, del cual Fernández Sessarego es considerado el padre de ese Código porque fue el presidente de la Comisión que lo creó y fue el autor del Libro de Personas.

Y, entonces, él quiso que la visión tridimensional de la persona jurídica que es para autores como Juan Espinoza, o también para Enrique Varsi, una de las situaciones en las cuales la persona jurídica, la teoría tridimensional se ve nítidamente: una organización de personas que tiene fines valiosos que pueden ser altruísticos; pensemos, por ejemplo, en el caso de la fundación, o pueden ser con contenido económico, por ejemplo, la sociedad de una empresa, y que, evidentemente, para ser reconocidas como persona jurídica necesitan que estén en registros. Ahí se ven los tres elementos: conducta humana, valores y normas.

Pero no pudo hacerlo porque, como mencionamos al inicio, esta preocupación de parte de cierto sector, sobre considerar a la persona jurídica como un ente ideal, como un ente alejado de la humanidad, del sentido humano, por el tema de la responsabilidad, por el tema de la exclusión de la exclusión de la responsabilidad, no permitió, por ejemplo, sacar del código ciertas disposiciones que, en realidad, parecían escritas en el siglo XIX.

Pero cuando tuvo la oportunidad de escribir la asociación, el comité, la fundación y la comunidad campesina y nativa, Fernández Sessarego sí pudo utilizar la teoría tridimensional. ¿Por qué? Porque en estas concepciones se habla de que la persona jurídica es una organización. La organización, queridos amigos y amigas, es, básicamente, seres humanos porque la organización implica humanidad. Es una cosa muy interesante esta teoría de Fernández Sessarego, si uno compara el reciente Código Civil argentino, en materia de persona jurídica, define a la persona jurídica como una organización. Y para esto cito la traducción hecha por Monti, Federica Monti en Italia; es la mejor. Mejor revisen esa traducción que la traducción al inglés o la brasileña, según me comentaban los colegas romanistas en Italia.

Las sentencias del TC. El TC, a partir del año 2008, considera que, en una serie de sentencias, el tema organizativo en la persona jurídica, incluso, le considera ya derechos fundamentales a la persona jurídica. Había una sentencia que, incluso, debatió sobre la libertad de tránsito de la persona jurídica. Evidentemente, acogiendo esta actividad tridimensional que ya había sido elaborada en el Perú.

La persona jurídica, y con esto ya termino, porque queremos escuchar a nuestros profesores y amigos también, tiene una naturaleza tridimensional. La persona jurídica es un sujeto de derecho. La persona jurídica no es distinta de sus miembros, porque cuando uno utiliza la llamada figura jurídica de levantamiento del velo, ¿qué descubre cuando levantan el velo de la persona jurídica? ¡Ah, descubren seres humanos! Porque, en el fondo, señores, queridos amigos, en el fondo, el derecho es vida humana.

Y termino esta exposición con una frase que es muy bonita, que siempre la cito, pero es que tiene un sentido muy humano; y no es mía, sino pertenece a la profesora Patricia Stevenson, aunque la he modificado un poco. Que antes, los abogados, los juristas, los profesores de derecho, veíamos a los justiciables, a los seres humanos, solamente como parte de un expediente, de un papel o de un libro, una hoja, pero con el impacto del humanismo, del personalismo, de la centralidad del ser humano en el derecho, tenemos que, en primer lugar, preguntarnos qué es el ser humano.

Agradezco muchísimo la invitación del Instituto de Derecho Privado, a todos ustedes por su paciencia y atención.

**Jairo Cieza Mora:** Muchas gracias al Instituto de Derecho Privado. Muy agradecido a todos sus integrantes, y en especial a Marco Silva.

Bueno, tenemos poco tiempo para condensar algunas ideas.

Entonces, voy a utilizar este tiempo en dar algunas pinceladas, esencialmente.

Por supuesto, antes agradeciendo también a los concurrentes a este evento tan interesante del instituto.

Miren, estaba pensando en estos pocos minutos qué hacer o qué decir sobre la historia del derecho civil, y alguna vez recordé haber trabajado un artículo sobre lo que se llamaba «Los sueños de ébano. Una mirada a la jurisprudencia y la vida en los siglos XVIII y XIX». Fue un artículo que me di la licencia de trabajar sobre la historia del derecho civil y su vinculación con la esclavitud durante los siglos XVIII y XIX.

Entonces, esto me pareció interesante retomarlo. Esa investigación que realicé y que fue publicada en la revista *Ius Inkarri*, que es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma. Me pareció interesante traerla a colación cuando me invitaron a hablar sobre historia del derecho civil.

¿Por qué lo llame «sueños de ébano»? Realmente porque estaba vinculado a la gente negra en el Perú, y a las vicisitudes y a las contrariedades, y sumas dificultades que tuvieron que pasar para lograr su libertad. Y para eso utilizaron una rendija; utilizaron una especie de pequeño lugar, a través del cual tratar de solventar y tratar de ganar sus derechos; de tratar sus derechos poco a poco hasta lograr la liberación.

Entonces, allí estuvo el derecho civil; allí estuvieron los juristas del derecho civil.

Este artículo, como les digo, que se llama «Sueños de ébano. Una mirada a la jurisprudencia y vida en los siglos XVIII y XIX».

En primer lugar, esto lo encontré leyendo los catálogos sobre Real y Hacienda, el año 1567 a 1820, y Corregimiento de Trujillo, los tomos I y II, 1537 y 1784, publicados por el Archivo Regional de La Libertad, institución en donde se protege el acervo documentario de la Región de La Libertad, y espacio en donde transcurren muchos de los casos que pude realizar y que fueron materia de comentario en ese momento.

Así que, leyendo estos catálogos, me pude dar cuenta de la importancia que tiene el derecho civil, no solamente contemporáneo, sino en nuestra patricia y en nuestra historia que ha sido tan rica de analizar la jurisprudencia y la vida en los siglos XVIII y en el siglo XIX, hablando, sobre todo, de que estos esclavos, en el momento, o llamados «libertos», que tenían una vida oprobiosa, encontraron, de alguna forma, en la Real Audiencia y en el Tribunal Eclesiástico, o en las autoridades regionales competentes, como les decía, una rendija; una luz al final del túnel, que les permitía acercarse un poco a la libertad.

Muy bien, el contexto normativo de la esclavitud en el Perú, lo podemos encarnar en las llamadas *Siete Partidas*, en las partidas podemos enmarcar el aspecto normativo que regulaba la esclavitud, los avances y los retrocesos que en esta área se produjeron. Y ahí leí un libro sumamente interesante en materia de derecho civil y de la interpretación de la historia del derecho del profesor Fernando de Trazegnies. Y eso me entusiasmó mucho en ese momento. Leer el libro del profesor Fernando de Trazegnies, *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*.

Viendo, entonces, del análisis de las partidas, leí el libro de *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*. ¿Y por qué se llama así? También el texto del gran profesor Fernando de Trazegnies es, de alguna manera, un reconocimiento al valor del derecho, cuando casi todas las puertas se encuentran cerradas para la liberación, y, en este caso, de una persona esclava, y el tema interesante de *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*, es que quien litiga es un hombre blanco pobre que se había casado con una mujer negra esclava.

Y lo que buscaba era liberar a esa mujer negra esclava que era su esposa, y para liberarla, había que comprarla. No tenía otra opción que comprarla, y no tenía dinero para comprarla y estar juntos viviendo como esposos. Así que lo que hace es interpelar un juicio ante los tribunales nacionales de la época en el siglo XVIII, y buscar, a través del mecanismo legal, a través del mecanismo judicial que liberen a esta negra, de la cual se decía que recibía malos tratos. Por eso el pedido o la solicitud fue por violencia o por sevicia, que en esa época era la violencia psíquica o la violencia psicológica.

Y así trató de liberar a la negra, a su esposa, y señalando argumentos muy interesantes, así como, de alguna manera, anecdóticos. Le buscaba bajar el valor, el precio a su esposa, y para eso decía que no podía ya tener hijos, o decía que no tenía dientes, o decía que tenía las piernas totalmente encorvadas, o decía que tenía un caminar pausado y una situación que era no sana. Y decía que era una

mujer de rasgos no estéticos, sino que era una mujer que no tenía, no cumplía con los estándares de belleza necesarios. Le estaba diciendo a su esposa, en la práctica, que era fea, y que tenía una serie de problemas.

Pero ¿por qué le decía eso? Por amor. Por eso se llama *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*, porque estaba, de alguna manera, bajándole el precio y lograr tener acceso a poder comprarla, liberarla y vivir con ella.

Esta historia, entre historia jurídica, entre historia literaria, y entre historia, por supuesto, civilística, porque fue un proceso que llegó, pues, a los tribunales españoles; y, finalmente, su mujer fue liberada y él pudo acceder con un precio razonable a liberar a su esposa.

Este libro es bellísimo y forma parte de los anales de la historia del derecho civil: *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*.

Entonces, yo, en esa época, voy, más o menos, terminando con esto, en esa época me adentré a leer, a escribir y a aprender un poco más sobre las normas, sobre la esclavitud en el Perú, la participación de Inglaterra, por ejemplo, en la evolución de la esclavitud. También pude desarrollar en ese momento el decreto de libertad de vientre, dado por don José de San Martín, en 1821, en particular, el 12 de agosto de 1821, por el cual ya no podía nacer ningún esclavo negro en el Perú. Se terminaba la esclavitud. Sin embargo, los que eran esclavos, seguían siendo esclavos. Solamente los que nacían a partir de agosto de 1821, tenían esa posibilidad de ser libres. Eso se llamaba la «libertad de vientres». En la práctica, la esclavitud siguió dándose y las normas foráneas del Perú y las normas internas del Perú seguían representantes, seguían, de alguna forma, respaldando este sistema.

Se dio también una Constitución. La Constitución Liberal de 1823. De la misma manera, la Constitución de 1834. Un tema fundamental del derecho privado y la Constitución del Estado fue la Asamblea Constituyente de Huancayo, realmente, de 1839. Y el golpe final a la esclavitud, en el caso peruano, realmente, se da durante el gobierno de Ramón Castilla, el 3 de diciembre de 1854, en que se señaló que «los varones y mujeres tenidos hasta ahora en el Perú por esclavos o por siervos liberos, sea que sea su condición, provenga de haber sido enajenado como tales o de haber nacido en vientres esclavos, sea de cualquier modo, se hallan sujetos a servidumbre perpetua, todos sin distinción de edad, son desde hoy y para siempre eternamente libres», dice la norma del Congreso de Huancayo del 3 de diciembre de 1854.

Así que la posición de los juristas civiles con respecto a la esclavitud, también era una posición disímil. Muchos juristas civiles de la época justificaban, determinaban, de alguna manera, que la esclavitud era un elemento fundamental para el desarrollo de la economía. Por ejemplo, la posición de los juristas de la época, la posición de los juristas del Código Civil de 1852. Manuel Lorenzo de Vidaurre, por ejemplo, y su posición a favor de la esclavitud. Manuel Atanasio Fuentes, el llamado «murciélagos» en su posición a favor de la esclavitud, y argumentándola de maneras muy interesantes para la época.

La jurisprudencia, y con esto voy terminando, y de la cual me serví para desarrollar este artículo «Sueños de ébano» que estuvo, de alguna manera, inspirado en *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*, fueron el caso de don Faustino Sánchez Carrión y su bonhomía, su bondad frente a la situación de esclavitud que se vivía en el Perú, del Archivo Regional de La Libertad, él compraba esclavos para liberarlos. Él compraba esclavos y se valía de la norma civil y de la ley civil de la época para después liberarlos.

Esa era una de las facetas del gran José Faustino Sánchez Carrión, que era el secretario principal de don Simón Bolívar. Un caso de sevicia de dos negritos; el cabildo a la causa ordinaria y el expediente, el legajo de la fecha del 12 de febrero de 1807. Dos negritos, cuyos parientes buscaban su libertad frente al abuso de sus patrones. El caso de sevicia de una negra, su hija, igual en el Archivo Regional de La Libertad. La denuncia de una negra por inquietar a los vecinos. Se decía que era muy coqueta. Y sobre eso se inició una causa de un impedimento del 18 de abril de 1818; y, por supuesto,

el caso Ciriaco de Urtecho en el Archivo Regional de Cajamarca, en los autos, como he mencionado, relacionados o iniciados por don Ciriaco de Urtecho con Juan de Dios Cáceres que era el amo, el patrón de su esposa, sobre la libertad de una esclava, propiedad del segundo y mujer legítima del primero.

Así que yo terminé diciendo que esta aventura intelectual que tuve en un momento, y que, de alguna manera, la he resumido de leer los documentos de los cabildos, de los corregimientos, las intendencias en el siglo XVIII y el siglo XIX, de alguna manera, me permitieron introducirme en el derecho civil.

Pero no puedo terminar, ya que se ha hablado de historia del derecho civil, no puedo terminar sin dejar de mencionar a quien ha hecho la mejor historia del derecho civil peruano, me refiero al profesor y amigo, Carlos Ramos Núñez. Carlos Ramos Núñez es un gran historiador del derecho peruano; es el historiador más infundioso, más riguroso sobre la historia del derecho civil peruano. Tengo a la vista todos los tomos que él ha producido sobre su historia del derecho peruano, desde los cimientos, desde la parte más incipiente hasta la dogmática, hasta el código, hasta los códigos civiles, incluyendo el de 1984, el de 1936, el de 1852.

Así que este congreso, aparte de saludar al Instituto de Derecho Privado, este congreso también, creo, en esta parte, al menos, yo lo considero, desde mi perspectiva, un reconocimiento a la labor de este gran historiador del derecho civil peruano, que se nos fue muy pronto: el profesor Carlos Ramos Núñez.

Y con esto concluyo mi exposición y les agradezco mucho por su atención.

Muchas gracias.

**María Pía Díaz:** Buenas tardes. Muchísimas gracias por la invitación al Instituto de Derecho Privado, y es para mí un grato honor poder compartir esta conferencia junto a tan distinguidos profesores y académicos.

El tema que voy a tratar brevemente busca dar una mirada, pues, mucho más amplia del sujeto de derecho dentro del derecho civil. Básicamente, entendiendo la concepción de la persona desde una perspectiva que incluye también a la diversidad humana. Es un tema que es necesario tratarlo también en el ámbito académico, máxime, si esta población a la que me refiero, las personas trans de las poblaciones minoritarias diversas más discriminadas, no solo en el ámbito nacional, ámbito peruano, sino también en el mundo entero. Ni qué decir de un sector mucho más específico, que son las mujeres de este colectivo, que hace poco he leído el informe sobre el observatorio de personas trans asesinadas, lamentablemente, en el último año se han contabilizado un aproximado de 375 muertes, asesinatos, donde el 96 % corresponden a mujeres.

Y en el Perú la protección del sujeto de derecho, entendido también a la persona diversa, la persona transexual se ha venido desarrollando, pues, según una interesante evolución, a partir de una interesante evolución que ha venido dando, principalmente, la doctrina, por supuesto, a cargo del profesor Carlos Fernández Sessarego, y, posteriormente, de la jurisprudencia, no solo del Tribunal Constitucional, sino que hasta en los últimos años, más que todo, de la justicia ordinaria. Y, pues, ya el profesor Carlos Fernández Sessarego, desde el año 1989, ya por el año 1989 estudiaba y nos ilustra sobre el sujeto transexual.

Ahora, ya con el aporte del Tribunal Constitucional y de la justicia ordinaria, vemos cómo esta doctrina, este aporte doctrinario tan fuerte del profesor Carlos Fernández Sessarego se mantiene vigente hasta la fecha. Tan es así que, pues, el profesor Fernández Sessarego, precursor en tocar sobre esta materia desde el año 1989, ya hablaba de un derecho a la identidad, hablaba de un derecho a la identidad personal, que estaba compuesta, tanto por elementos estáticos y dinámicos.

Él empieza con esta teoría, y que, posteriormente, ya tendría una cobertura a partir de la interpretación constitucional, que acogería también esta doctrina del profesor Fernández Sessarego en una serie de sentencias que empiezan, aproximadamente, pues, en el caso, uno de los casos más famosos en el año 2006: el caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas.

Pero, en ese sentido, también, incluso, antes ya el profesor Fernández Sessarego ya estudiaba sentencias mucho antes que empezara el Tribunal Constitucional con esta materia, como sentencias en el año 1987, en el año 1994, donde, incluso, está la forma de o el criterio para solucionar este tipo de casos, este tipo de pedidos, se enfocaba, principalmente, en el artículo 29 del Código Civil, que está referido, por supuesto, al cambio de nombre. Sin embargo, el criterio que se utilizó en algunas sentencias, fue de extender estos alcances también al cambio de sexo. Entonces, ya desde esta época podíamos ver cómo, a partir de la justicia ordinaria, los tribunales ya se referían o daban cierta protección; daban una protección a este derecho o a este pedido enfocándolo en el artículo 29 del Código Civil, y que también, recientemente, una sentencia de este año, del Juzgado Civil de Huancayo, ha vuelto a aplicar este artículo 29, en atención a que el cambio de nombre se relaciona directa e indivisiblemente con el cambio de sexo, y ambas peticiones tienen que ver con la identidad de la persona que solicita, que está presentando esta demanda.

Entonces, de ahí la importancia de entender la protección jurídica y hablar también de un sujeto de derecho de manera amplia, entendiendo a la persona como ser humano libre y también digno, como nos decía el profesor Fernández Sessarego, y es algo que es una concepción que se ha venido asentando a lo largo del tiempo. Y también ya hemos tenido el reconocimiento de parte del Tribunal Constitucional de este colectivo que existe en el Perú y que merece protección jurídica porque es que se debe entender o se debe partir desde la concepción amplia del sujeto de derecho, entendiendo a este ser humano, pues, digno, ese ser libertad para entender que en la sociedad existen personas diversas con características diversas, y que se desenvuelven en la sociedad de la misma manera que todos nosotros, por lo que el derecho también debe estar al alcance de estas personas para su protección.

Pero esto, sobre todo, cuando hablamos de sociedades como la peruana, donde la percepción que se tiene sobre las personas con diversidades, y aquí no solo me refiero a las personas transexuales, en este caso específico, sino también a las personas con diversidades, también incluyendo aquí a las personas con discapacidad. Es bastante acentuada esta percepción y también se presenta el rechazo social hacia ellas, en general, hacia lo diverso.

Entonces, entendiendo que estas personas ya enfrentan fuertes desafíos en la sociedad por su condición, el derecho debe dar respuestas mucho más efectivas. Siempre recordando, pues, que el derecho debe existir al servicio de la persona como centro del derecho, y protegerla y permitir que esta realice su proyecto de vida.

Pero el tema de esta evolución de la protección del derecho a la identidad, ha venido todavía dando pasos muy cortos, sobre todo, en cuanto al avance que ha podido dar el Tribunal Constitucional, sin negar, pues, que, hasta donde se ha llegado, hasta la última sentencia en el 2016, sin contar, pues, que tuvimos un período de un breve retroceso en el año 2014, aproximadamente, dos años, pero que, felizmente, pues, se volvió a abrir la justicia, se volvieron a permitir los procesos de tutela del derecho a la identidad en este aspecto.

Sin embargo, hasta la fecha, lamentablemente, después de esta pandemia, sobre todo, después de entender que la persona es frágil, el ser humano es frágil frente a las adversidades, frente a las enfermedades, las situaciones críticas, las situaciones de emergencia, es, entonces, que, a estas alturas, pues, que ya ha pasado gran parte de la pandemia y que todavía seguimiento viviendo la pandemia, es que nos damos cuenta cómo es la sociedad peruana, las personas diversas sufren de una manera distinta los efectos de las situaciones graves que afectan, en general, a toda la población. Si a todos nosotros nos afecta, por supuesto, no podemos imaginar en qué grado les puede afectar también en una mayor medida a las personas diversas que, en este caso, pues, las afectaciones se acentúan con mucha mayor gravedad que en tiempos normales.

En ese sentido, pues, nos damos cuenta de que lo que se ha avanzado hasta ahora y que es interesante reconocerlo y que es un avance importante, pero todavía no logra cubrir realmente una necesidad de protección que necesitan estas personas. A estas alturas del año 2021, no resulta ya suficiente el avance logrado hasta la fecha.

Pero es importante resaltar que, de la parte de la justicia ordinaria después de la última sentencia del Tribunal Constitucional, se ha tenido un avance mucho más largo, a partir de la justicia ya la justicia ordinaria de los últimos años.

Es preciso resaltar que el derecho a la identidad que contiene también el derecho al nombre, no solamente se agota en la mera identificación de una persona, sino que trae consigo toda una serie de afectaciones en el ejercicio de otros derechos y desencadena, en consecuencia, pues, que tengamos grupos, poblaciones en situación precaria por no poder ejercer o no poder tener reconocida su identidad que le permita ejercitar otros derechos; y, por ende, también exigir el respeto de la sociedad en atención a ello.

Pero lo que sí quiero resaltar es el gran avance que se ha podido lograr a partir de la justicia ordinaria, y tan es así que hemos tenido, pues, un caso muy famoso que quizás no partió desde un pedido de una persona transexual, sino, más bien, de un pedido de una persona intersexual, pero que, finalmente, el resultado también se orienta a la protección de las personas transexuales, que, igualmente, como las personas intersexuales buscan también el cambio de nombres, el cambio de la mención del sexo en los registros.

De igual manera, a pesar de que la problemática social sea distinta. Sin embargo, pues, hemos tenido una sentencia donde se ha reconocido que la solución que actualmente se viene dando en el Perú que es, únicamente, a nivel judicial, pues, ya no basta para proteger los derechos de un colectivo. Es decir, no estamos hablando de una persona afectada, sino que estamos hablando de todo un colectivo que padece de la misma situación, y el hecho de que no exista un mecanismo de solución acorde también con los estándares de los que nos hablan los tribunales internacionales de derechos humanos, que serían la Corte Interamericana en el caso peruano, estamos hablando, pues, de que se ha declarado un estado de cosas, este juez ha declarado un estado de cosas inconstitucionales, el hecho de que no exista un procedimiento acorde con estos estándares mínimos de parte de la Corte Interamericana en el caso peruano, y tan es así que, pues, hemos visto que desde la justicia ordinaria, pues, se viene reconociendo de una manera mucho más integral este derecho, o se intenta hacerlo. Hay que tener en cuenta, pues, que esta sentencia no es una sentencia firme, por supuesto. Ha sido apelada por el Reniec, pero que, de alguna manera, demuestra la situación en que se encuentra este colectivo actualmente, y que no es algo del 2021 únicamente.

Es una problemática que se viene arrastrando desde mucho tiempo atrás. El aporte del profesor Fernández Sessarego desde el año 1989, tan importante y que sigue manteniéndose vigente en su teoría, está este entendimiento de la identidad entre elementos estáticos y elementos dinámicos que la identidad no solamente está conformada por elementos estáticos, sino también hay un aspecto que varía, que depende de la persona, depende también del proyecto de vida de la persona como ser libre, como ser digno que cambia, en el tiempo cambia, de acuerdo a su desarrollo social, etc.

Y es un argumento que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, pero que, hasta la fecha, pues, no tenemos o no existe una solución más sencilla, más rápida, más cierta también, para que este colectivo pueda ver reconocido un derecho tan importante sin el cual el ejercicio de los demás derechos, pues, no resultaría.

Y ni qué decir también de la sentencia condenatoria de parte de la Corte Interamericana al Perú en el caso Azul Rojas Marín de donde, pues, la Corte Interamericana reconoce que en la sociedad peruana existían y continúan, existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGTBI que, en algunos casos, llevan a la violencia, incluso, en el caso específico, la violencia, en ocasiones, cometida

también por los agentes estatales como Policía Nacional y Serenazgo, o como ocurrió en el caso Azul Rojas Marín.

Y, en ese sentido, pues, se puede corroborar cómo, en la sociedad, peruana las diversas formas de violencia continúan siendo parte del día a día, y que deviene en graves violaciones contra los derechos humanos.

En este sentido, pues, ya para terminar, es, simplemente, recalcar que debemos entender en el plano del derecho civil también al ser humano desde una concepción amplia, como ser con libertad, como ser con dignidad, de poder entender esta concepción compleja del ser humano, y olvidar, pues, quizás la concepción tradicional de hombre y mujer. Hay que reconocer también realidades que existen en nuestras sociedades y que también merecen protección y que es un reto del derecho civil también responder a estas nuevas exigencias de la sociedad, la persona entendida desde su diversidad. Entender que existe, pues, la necesidad de un derecho civil que vaya acorde con estos cambios.

Estamos, pues, todavía frente a una problemática que requiere de una respuesta oportuna y evitar seguir afectando el ejercicio de un derecho tan importante, como es el derecho a la identidad, el cual no solo implica la identificación de la persona, sino que su reconocimiento determina el reconocimiento de un sujeto de derecho que puede ejercer en igualdad de condiciones, sin discriminación, todos los derechos que corresponden a su condición de ser humano.

Y con esto termino mi presentación.

Muchísimas gracias, nuevamente.

**Julio Santiago Solís Gozar:** Quiero agradecer al doctor Marco Silva Santisteban, quien ha tenido la gentileza de convocarme e invitarme a este evento, pues, interesante, cuyo título, de por sí, es muy atractivo, por lo menos, para mí y sé que para muchos de los seguidores que también están viendo esta transmisión en vivo vía las redes sociales.

También quiero agradecer y felicitar a los doctores Vincenzo, Jairo, Carlos y María por sus brillantes exposiciones, vaya que esta noche ha sido muy nutritiva, dado, pues, los pensamientos y planteamientos que han tenido con los temas que han desarrollado.

Bueno, si bien es cierto, queridos doctores, el tema que nos convoca es la historia del derecho civil peruano, y ya el profesor Jairo mencionó que una de las voces autorizadas aquí en el Perú, que ha desarrollado con profundidad y con bastante seriedad el tema de la historia, fue el recordado profesor Carlos Ramos Núñez, quien naciese, pues, en Arequipa, en el año 1960, y que, en el 21 de septiembre, lamentablemente, pues, falleció y hoy está en la Gloria y en la eternidad.

El profesor Carlos Ramos Núñez escribió, acá tengo uno de los tantos ejemplares que dejó el maestro, casualmente, se titula *Historia del derecho civil peruano*. Vaya, pues, que ha sido una obra muy prolífica.

El profesor Carlos Ramos Núñez fue, sin duda alguna, un grafómano, y con grafómano entendemos nosotros: aquella persona que escribe y lo hace tan bien, y lo hace de una manera, pues, muy consecutiva, y, sobre todo, muy productiva.

En este tiempo, mes de noviembre, el Código Civil ha cumplido 37 años, ¿cuáles son las bases? ¿De dónde es que provienen las instituciones jurídicas que hoy nos alumbran el camino diario del abogado defensor, del juez imparcial y de las partes, sobre todo, que tienen un litigio de por medio?

El derecho romano, en este caso, familia jurídica que compartimos este parentesco con Italia, con Francia, con Alemania, España, Argentina y otros países más, que formamos parte de la familia del derecho romano, del derecho continental, la familia del derecho civil, si bien es cierto, exaltamos

las instituciones jurídicas que provienen del derecho romano; sin embargo, el derecho se estuvo fecundando tiempo atrás, quizá, pues, en la época de Grecia con Solón, con Licurgo, o quizá con este Código emblemático, tallado en piedra, que fue el Código de Hammurabi, 1750 antes de Cristo. Imagínense ustedes las fechas donde ya se hablaba de la responsabilidad civil, donde ya se hablaba del daño y donde se abolía lo que más adelante sería la Ley del Talión: «el ojo por ojo, diente por diente».

Entonces, hay, pues, una producción interesante jurídica tiempo atrás. Sin embargo, doctores, el derecho romano destaca por sobre Grecia porque, obviamente, tengo que decir aquí que muchas de las cosas que fabricó Roma en la literatura, en la cultura, en la filosofía, y hasta en el derecho, tiene, pues, como base Grecia. Ya les voy a contar cuando hablemos, brevemente, de las *XII Tablas*, que, en realidad el derecho romano, necesariamente, tenía que sumergirse en la sapiencia de los grandes oradores jurisconsultos griegos para poder construir el sistema jurídico. Pero ¿por qué el derecho romano fue tan exitoso, que se trasladó, pues, hasta doce siglos después? ¿A qué se debe esto, queridos doctores? Al hecho de que los romanos eran sumamente prácticos y casuísticos.

Los griegos, como ustedes saben, son poetas, son personajes, pues, que reflexionan, meditan, analizan, cuestionan. Entonces, cuando, por ejemplo, a un romano les decía ¿qué es la justicia? Es aquello que es correcto. En cambio, le preguntabas a un griego como Aristóteles ¿qué es la justicia? Y te decía, pues, que es como la estrella vespertina y daba, pues, unos argumentos muy melodiosos, pero que, en realidad, se difuminaban, de tal manera, que, luego, perdían, quizá, la esencia.

Entonces, en el derecho romano, no. En el derecho romano se trató, pues, de hacer instituciones prácticas, se trató de hacer siempre una evolución, un estudio profundo, serio, casuístico, problemático, contemporáneo, de todas las instituciones jurídicas, y es por eso que tiene el fulgor.

Queridos doctores, hay tantos juristas y académicos sobre el derecho romano: Kunkel, Iglesias, y muchos más que resaltan, justamente... el derecho romano trasciende, casualmente, por la técnica, por la intención de querer plasmar en una ley escrita en el positivismo todas sus normas; y, en cada momento, justamente, tratar de absorber todo lo que sucedía en la realidad y concretarlo en figuras e instituciones jurídicas. Por eso, que no sea sorpresivo que ya, en la época romana se hablaba, pues, de la adopción, se hablaban de figuras como los interdictos; se diferenciaba con las *XII Tablas* la propiedad de la posesión. Que no nos sorprenda.

Si bien es cierto, en el derecho romano también había normas, había principios muy drásticos, que esos sí tendrían que sorprendernos.

Por ejemplo, en las *XII Tablas* que está aquí, queridos doctores, y algunos datos para poder cautivar, quizá en esta noche.

Un deudor, en plena vigencia de las *XII Tablas*, tenía, obviamente, el deber de cumplir con su obligación, pero si ya el *index*, el juez determinaba, pues, que él debía de cumplir con la obligación, y no lo hacía, pasados treinta días, el acreedor podía cortarlo en pedazos o hasta quitarle la vida.

Entonces, imagínense ustedes, queridos doctores, que esas reglas, para nosotros, es, simplemente, exorbitante, alarmosa. Imagínense que una de las causales de divorcio en la época romana, sobre todo en la época de la república, era el hecho de la que la mujer beba vino. Una sola gota de vino era causal fulminante para que proceda el divorcio entre cónyuges.

Y ni qué decir, pues, de estos poderes excesivos que generaba la patria potestad, del *pater familias*, o que podía decidir qué hijo vivía, qué hijo no. Que podía vender a sus hijos, y que podía hacer, pues, determinados actos jurídicos con ellos, como si de bienes u objetos se hablase. Todo lo que ganaba el hijo pasaba directamente a administración del padre, por más que el hijo fuese adulto, por más que fuese un militar, un funcionario público. O sea, se daban esas figuras, pero saben qué, queridos doctores, todas estas situaciones altisonantes, fueron también solucionadas, corregidas y enmendadas en

plena evolución del derecho romano, sobre todo, aquí en el imperio. Aquí donde nace un personaje muy importante y trascendente que es Justiniano.

¿Recuerdan ustedes el *corpus iuris civiles*?, que muchos de nosotros estudiamos en los primeros ciclos de la universidad? *El Codex, El Digesto, Las Institutas, Las Novelas*. Muy bien, en esa época, pues, el derecho se hace, pues, más medible. Y antes, quizá también al acreedor que hemos comentado hace un momento, también ya se le daba cierto beneficio, cierto trato preferencial con la famosa *lex poeelia papiria*, una ley que decía que ya, no te puedes cobrar con la integridad del deudor; ya no lo vas a cortar en pedazos, ya no lo vas a poner en un saco con un mono, una serpiente, ni lo vas a aventar al mar. Ya no vas a humillarlo, ya no vas a atentar contra la integridad, sino, queridos doctores, lo que se pretendía en este caso era que el deudor solamente pueda ser responsable con los bienes que este tenía.

La famosa *lex poeelia papiria*, que hoy por hoy también está consagrada, no solamente en el Código Civil, sino también, doctores, en la Constitución Política del Perú. Por eso es que a mí, personalmente, sostengo esta tesis de que el derecho romano está vigente, que hay muchas instituciones que, simplemente, han pasado sin ningún tipo ya de alteraciones como la *lex poeelia papiria*, por ejemplo, a la codificación del siglo XXI, tanto del Código Civil como de la Constitución Política del Perú, queridos doctores.

Entonces, vamos a tener en cuenta, en ese sentido, que no solamente ha sido gloriosa en su tiempo, la famosa, pues, escuela del derecho clásico romano, la escuela de los jurisconsultos, grandes nombres que evocamos: Papiniano, Ulpiano, Modestino, el próximo Tribuniano, quien fue el artífice de este *Corpus Iuris Civilis*, y que poco hablan de él en la historia del derecho romano.

Entonces, toda esta producción trascendió. Imagínense ustedes, apunto aquí con la linterna, los glosadores y postglosadores; siglos XII, XIII, XIV, XV, XVI, personajes, pues, estudiosos del derecho romano que quisieron también hacer sus apuntes, sus comentarios a pie de página o a los márgenes de los textos que también, de alguna manera, pues, como que alteraron un poco, quizá, el devenir histórico del derecho romano, para, luego, dar paso a esta escuela, y aquí quiero sí, conectarlo con el caso peruano, una escuela de gran influencia para el derecho civil.

Como ustedes sabrán, queridos oyentes o aquellos que nos están observando por las redes sociales, el derecho civil peruano se ha gestado cuatro códigos civiles: el Código de 1836, 1852, 1936 y el vigente, de 1984. Entonces, estos códigos, pues, siempre han estado influenciados por esta corriente pandectista, que es posterior, pues, a la escuela histórica del derecho, donde también hay nombres egregios como Savigny, Ihering, Puchta, entre otros juristas alemanes, que no es nada más y nada menos, doctores, y aquí voy a hacer un trazo, permítanme ustedes, por favor, no es nada más y nada menos que la actualización de todo lo que se vivió en el derecho romano, principalmente, aquello que se vivió en la república y el imperio, adaptado al siglo XIX, que es el siglo donde nace la escuela pandectista, y de la cual bebemos el día de hoy nosotros, los profesionales del derecho; y, sobre todo, los inquietos estudiosos de la historia, principalmente.

Entonces, queridos doctores, por eso es importante evocar el derecho romano, e invitar también a conectar las instituciones jurídicas que hoy conocemos, conectar con su antepasado.

Muchas veces preguntan en clase: «Profesor, ¿por qué cuando compramos un caramelo no tenemos que hacer una minuta, una escritura pública, ir a los Registros Públicos, y por qué sí es preferente hacer eso con la compraventa?».

Pues, eso tiene mucho que ver con la *res mancipi*, la *res nec mancipi*, la *in iure cessio*, la *mancipatio*, por ejemplo, son figuras, pues, del derecho romano que te explican por qué se justifica que, hoy por hoy, las transferencias, las compraventas, la rigurosidad o seriedad va a depender del valor o el tema del sinalagma, por ejemplo, que es una historia muy simpática de las balanzas que se usaban en las compraventas en la antigüedad, que era un derecho Quiritario romano, que explica, justamente, un tema,

una figura, que muy bien ha sido tratada en libros contemporáneos, como el del profesor Manuel de la Puente y Lavalle, que en tres tomos brillantes, que, entiendo yo, ahora se han reducido a dos tomos, por una editorial, en realidad, que es el mismo contenido, pero en dos tomos, en el cual también se habla profundamente del sinalagma.

Por eso, queridos doctores, hablar del derecho civil, la historia del derecho civil es importante y necesario evocar, no solamente al derecho romano, también al Código de Hammurabi, algunas constituciones y normas conexas, pero, fundamentalmente, a la república y al imperio. Ahí está, pues, el Código antoniano, el gregoriano, teodosiano, y muchas normas que, en realidad, son muy importantes conocer, estimados doctores.

Muy bien, entonces, quiero mostrar un libro publicado aquí en el Perú sobre el latín jurídico, y en este libro, en alguna de sus páginas dice que, hace más o menos, ya treinta años que el latín no está siendo tomado en cuenta por las facultades de derecho y por los propios estudiantes de derecho.

Hay que entender que, así como el filósofo tiene que echar raíces en el griego, el abogado y el estudioso, tiene que echar raíces en el latín.

Ya se ven pocos textos jurídicos publicados, pues, por los juristas coterráneos que usan, justamente, los aforismos y locuciones para explicar con detenimiento las figuras jurídicas.

Bueno, entonces, querida doctora, disculpen por la efusividad, quizá, en la extensión, he entrado un poco en calor porque estos temas, vaya, que me alegran muchísimo.

Gracias por su atención.



## MESA 14

### COMENTARIOS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ

*José Aguado López*<sup>1</sup>

*Juan Enrique Sologuren Álvarez*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de Lima (UL). Con más de quince años de experiencia en el campo del derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho civil y arbitrajes nacionales e internacionales. Autor de artículos en revistas especializadas. Es miembro del Colegio de Abogados de Lima, también ha sido profesor adjunto de diversos cursos de derecho procesal en la UL y Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue socio en Simmons Abogados, asociado sénior en Payet Rey & Cauvi Pérez Abogados. Socio fundador de Aguado & Ruiz Abogados.

<sup>2</sup> Abogado. Magister en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Privada de Tacna. Profesor de pregrado en la Universidad Privada de Tacna y en la Universidad Continental. Profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Jorge Basadre Grohmann de Tacna. Conferencista y coautor de publicaciones jurídicas en Argentina, en Brasil, México y Perú.



**José Aguado López:** Buenas noches al público en general, a los participantes. Un agradecimiento al Instituto de Derecho Privado por permitirme estar una vez más con ustedes, y que hoy, como dijo el doctor Mejorada en su exposición, que se ha vuelto una sana tradición este congreso.

He querido hablar en esta oportunidad sobre la responsabilidad civil en el Perú, derivada de las actividades mineras. Sin querer, en una exposición que venía preparando y la coyuntura de los últimos días, al parecer, me ha dado un poco de razón en lo que yo venía pensando.

Este, sin duda, es un tema poco estudiado en las facultades de derecho, pero si recordamos el I Pleno Casatorio Civil, trató sobre responsabilidad civil.

Los aquí presentes recordarán que, en un conflicto, entre dos empresas: Minera Yanacocha y Ramsa, respecto a un derrame de mercurio en la ciudad de Cajamarca.

Si bien en este caso la discusión se centró en una transacción extrajudicial, lo que estuvo detrás fue la reparación de los daños causados a los habitantes de la zona expuestos al derrame del material, del metal.

Sin duda, este tema, al Perú ser un país minero, no es el único vinculado a estos problemas. En este año, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo ha ubicado, sin temor a equivocarme, 139 supuestos conflictos sociales. Digo «supuestos» porque, no hay que creerle en todo muchas veces. 127 son ambientales, se dice, y 59 se refieren a la actividad de los hidrocarburos.

Como dije, el Perú es un país minero, y debe tener, a mi modo de ver en el reglamento jurídico que le corresponde, una regulación específica para evitar este tipo de conflictos o para solucionarlos de la mejor manera. Y como veremos seguidamente, y como expondré seguidamente, no tenemos un detalle tan preciso.

Me explico.

De acuerdo a la Dirección General de Minería, existen casi 8000 pasivos mineros. ¿Qué son los pasivos mineros?, me dirán ustedes. Pues, bien, las empresas mineras, en general, como parte de su desarrollo y como parte de su actividad, en la etapa final, sin duda, segregan efluentes, emisiones, generan restos y depósitos de residuos, que son producidos como consecuencia de la propia actividad que realizan.

Estos llamados emisiones o efluentes son los denominados «pasivos mineros».

El principio general de la minería es «aquél que contamina, remedia». Es decir, arregla, resarce.

En la actualidad hay muchas empresas mineras, sin duda, muchas responsables y otras inactivas o abandonadas. Y esto constituye, sin duda, un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema y la sociedad. Preguntamos ¿quién asume la responsabilidad por estos pasivos ambientales?

Existe una regulación. La empresa minera titular de la concesión que explota tiene que presentar un denominado «plan de cierre» de pasivos ambientales, el cual previamente es aprobado por la Dirección General de Asuntos Mineros, y auditado por la Dirección Regional de Energía del Ministerio de Energía y Minas.

Es decir, el Estado asume la remediación única y exclusivamente, en el supuesto de que no se pueda determinar quién es el responsable de este supuesto daño o de este daño.

Entonces, el responsable ante un tercero, en apariencia sería el titular de la concesión minera, siempre y cuando se pueda identificar, y si no, como dije ya, el Estado es el que respondería.

Entonces, yo me pregunto ¿qué pasaría, si este plan de cierre, que, claramente, es aprobado por el Estado, es visado por el Estado, tramitado por el Estado, tiene algunas falencias?

Entonces, en este caso, lo que habría también es una responsabilidad del Estado, y así asumiría una responsabilidad en proporción a su participación, tal como lo establece el artículo 1983 del Código Civil.

De hecho, esta concurrencia de responsabilidad habilitaría a que la posible víctima pueda demandar el resarcimiento a todos los participantes, quienes responderían en forma solidaria.

En esta base interna, sin duda, el que paga por todos tendría la posibilidad, como bien saben ustedes, de repetir.

Aparentemente, la víctima, digan estos pobladores que sufrirían esta contaminación, estarían protegidos por tener una potencialidad, por potenciales responsables. Pero en los hechos esto no es así.

Las personas que hemos tenido la oportunidad de ver este tipo de procesos en la práctica, en el Poder Judicial, sabemos que es muy complicado litigar contra el Estado, y siempre, si bien puedes tener una decisión favorable, ejecutarla, puede tomar, cinco, seis, diez años, quizás. Va a depender, claramente, de cada entidad y del pliego presupuestal.

Es decir, tendríamos la sentencia, la persona que recurriría respecto a los daños posibles causados, nunca podría ejecutarla, o podría ejecutarla de manera muy diferida.

Entonces, en este momento, hay que tomar en atención, que, como consecuencia de lo que vengo comentando, el sistema de responsabilidad habría virado desde una mirada o de un sistema monocéntrico, a uno que se articula a través de distintos criterios de imputación. Esto, siguiendo lo que establece Stefano Rodotà.

Hay dos razones para prestar atención especial. Uno, que se construiría el modelo de responsabilidad civil de acuerdo a una serie de abiertos criterios de imputación, tal como se aumenta igualmente el valor operativo del modelo. Y dos, sumado a un estado social donde se plantea la premisa de la protección de la esfera integral de la persona.

Este autor señala que esta propensión a la protección al damnificado coincide con destacar en el interés de proteger a la víctima, como legitimar actividades económicas empresariales. En buena cuenta, internalizar las externalidades.

Ahí vamos muy bien. Parecería que tendríamos, cuando menos, un régimen ordenado con reglas claras, y nos preguntamos ¿qué pasa con las compañías mineras si únicamente tienen que ser receptoras de efectos? ¿Qué pasa con aquellas que sí, realmente, son formales? Se pueden acoger al plan de cierre, quieren cumplirlo.

En la práctica tienen muchos problemas de palco, teniendo este plan de cierre.

Como bien saben, las empresas mineras adquieren las concesiones para que puedan explotarlas. Muchas veces no pueden adquirir una al Estado, tienen que adquirir más, y se obligan a remediar, incluso, aquellas respecto de las cuales no han participado en la operación. No importa, se obligan porque tienen la espalda para hacerlo, y es lo que corresponde, sin duda. Es una minería responsable, y muchas empresas lo hacen de esa manera. ¿Por qué? Porque, como repito, es una minería responsable y eso va en beneficio de la comunidad, sin duda, del sector.

¿Cuáles son los problemas que ocurren? En estos casos, lo que viene ocurriendo muchas veces, respecto a las compañías mineras, es una fractura del nexo causal. ¿Por qué? Porque la responsabilidad es objetiva.

Como ya dije, resarce, arregla aquel que produce la contaminación. Es un principio o un adagio básico.

Pero ¿por qué hablo de una fractura del nexo causal? Porque muchas veces ocurren eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Recientemente, hay varios casos en que las empresas mineras, a pesar de tener un plan de cierre aprobado y querer cumplirlo, se ven en la imposibilidad de hacerlo. ¿Y por qué se ven en imposibilidad de hacerlo? Porque la concesión, respecto de la cual tienen un acuerdo y desean participar, está plagada de minería ilegal de una comunidad campesina que no te permite entrar para remediar, hay mucha delincuencia, y como consecuencia de ello, no pueden cumplir su plan.

¿Qué hace el Estado? El Estado es un mero observador, lamentablemente, y te dice: «Sí, pues, lamentablemente, tienes estas dificultades, estos imprevistos que no permiten que cumplas. Pero lo siento. Igual te multo. Vas a tener que, tú verás cómo remedias, cómo lo arreglas». Y, en el camino, te ponen multas millonarias. Es el mundo al revés.

Hemos escuchado en los últimos días que, sin entrar mucho al tema político que no corresponde, que se pretende o se ha decidido el cierre de determinadas compañías mineras.

Entonces, hagamos y seamos conscientes de qué es lo que pasa también, de cómo transitas estas compañías. Hoy tenían un proyecto y un plan de cierre, seguramente, de lo que se ha podido revisarse en la prensa, Decretos n.ºs 2025, 2024, el Estado, simplemente, dijo: «hasta acá».

¿Y cómo quedan ellos? ¿Cómo quedan ellos frente a sus trabajadores? Existe responsabilidad del Estado, existe una doble responsabilidad o, de incluso, obligarlos a cumplir un plan sin darle las facilidades, y de manera arbitraria, *ex post*, cerrarlos, yo creo que son respuestas que no están escritas y que deberíamos tener la posibilidad de poder generar una mayor regulación para que en un Estado social de derecho, todos tengamos las mismas oportunidades.

Eso es lo que quería compartir el día de hoy.

Muchas gracias.

**Juan Enrique Sologuren Álvarez:** Muy buenas noches, un saludo fraterno desde el extremo sur de la patria. A toda la amable y atenta concurrencia a que se ha dado cita en este espacio virtual para asistir durante toda esta semana a este interesante y prestigioso Congreso Nacional de Arbitraje y Derecho Civil que cumple su cuarta edición.

Antes de continuar, quiero agradecer la gentil invitación del Instituto de Derecho Privado en la persona de su principal promotor y artífice, Marco Silva Santisteban, dilecto colega y querido amigo, quien me ha brindado, pues, la oportunidad de estar una vez más compartiendo unas reflexiones junto a destacados colegas, como son los que me han precedido, y en este caso, pues, al doctor José Aguado, a quien tuve la oportunidad de conocerlo en el congreso anterior, muy brevemente, y es un gusto, pues, reencontrarnos. Un fraternal abrazo y felicitaciones por su interesante ponencia.

Bueno, el tema que nos convoca en esta mesa es compartir algunos comentarios y reflexiones sobre la responsabilidad civil en el Perú.

Quiero comenzar destacando, en primer término, las importantes contribuciones y aportes doctrinarios que, a lo largo de la vigencia del Código Civil, nos han brindado destacados juristas nacionales

como Fernando de Trazegnies, Carlos Fernández Sessarego, Juan Espinoza Espinoza, Gastón Fernández Cruz, Leysser León y Guillermo Chang, que ha estado presente también en este evento, que con sus análisis, sus agudas reflexiones y su incursión intelectual han impulsado y contribuyen al conocimiento y mejor aplicación del sistema de responsabilidad civil en el Perú.

Como se sabe, de un tiempo a esta parte, hay una corriente de renovación y reforma, no solamente en Europa, sino también en América Latina, que apunta hacia la armonización del derecho patrimonial, particularmente, en el ámbito de lo que son los contratos y las obligaciones con una ineludible incidencia sobre la responsabilidad civil; y, sobre todo, con un gran influjo de la Convención de Viena, en 1980.

En el año 2015 hemos sido, pues, sido testigos de la puesta en vigencia del Código Civil Comercial de la nación argentina, donde se ha unificado de manera pragmática el régimen de la responsabilidad civil.

Vemos también con interés cómo en Colombia se viene debatiendo y estudiando un proyecto de Código Civil que tiene también una innegable influencia argentina.

En el Perú no estamos tampoco alejados de esta corriente, pues, nos encontramos debatiendo en el ámbito académico, las propuestas de reforma del Código Civil elaboradas por el grupo de trabajo que estuvo encabezado por acierto por el doctor Gastón Fernández Cruz. Incluyen importantes reformas en temas de responsabilidad civil que constituyen, sin duda, una oficiosa oportunidad para repensar y mejorar nuestro ordenamiento jurídico con base en la jurisprudencia nacional y también en el derecho comparado.

Al respecto, conviene recordar que el sistema de responsabilidad civil que hemos acogido es un sistema afrancesado. Comprende un régimen dual. Por una parte, tenemos en el libro VII, en la sección sexta, que lo referente a la llamada responsabilidad extracontractual, basada en criterios de imputación o factores de atribución como también le dicen en el medio argentino y peruano que, tanto objetivos o subjetivos, sobre la base de la vulneración del deber genérico, no causar daño a los demás.

Por otro lado, tenemos en el libro VI, en la sección segunda, las reglas de responsabilidad civil por ejecución de obligaciones nacen de otras fuentes, como son los contratos, la gestión de negocio, la promesa unilateral o el enriquecimiento sin causa.

Nos centramos solamente en los contratos. La forma tradicional, como se ha entendido el incumplimiento en los códigos decimonónicos, ha sido la inejecución de la obligación o de los deberes de conducta del deudor, sin olvidar de que este término «inejecución» es un galicismo un poco innecesario en nuestro medio porque la palabra «incumplimiento» describe mejor este fenómeno.

Entonces, esto conlleva implícitamente y de manera predominante la noción «responsabilidad subjetiva» basada en el dolo, entendido como intención de no cumplir la obligación o que culpa inexcusable o leve por falta de diligencia para cumplir con la prestación prometida.

Esta concepción, en lo que se refiere al cumplimiento de obligaciones contractuales, ha estado tradicionalmente relacionada con la identificación del objeto del contrato, con la obligación del objeto de la obligación, con la prestación de dar, de hacer o no hace, pero sin que se haya relacionado con el interés particular de las partes al contratar, que está jurídicamente tutelado. De manera que resulta siempre necesario que el bien o el servicio que va a existir, tener posibilidades de existir en el futuro, bajo sanción de nulidad por posibilidad de incumplimiento originario.

Ello ha sido, por ejemplo, apreciado por el profesor Morales Moreno, que es uno de los precursores de una orientación objetiva en materia de responsabilidad contractual.

Los códigos civiles latinoamericanos, entre los cuales, indudablemente, está el Código Civil peruano, son tributarios, [fallas de audio] en materia de responsabilidad civil del influjo de los códigos del siglo XIX.

En esa medida, el régimen legal de la responsabilidad contractual que regula descansa, fundamentalmente, sobre el criterio de culpa. Es decir, el incumplimiento de un deber de conducta.

En nuestro caso, adicionalmente, como característica tenemos, se adiciona la presunción relativa de culpa.

En la práctica, hace que nuestro régimen de responsabilidad contractual funcione, ya funcionaba hasta la fecha con un sistema de responsabilidad objetiva.

Dicho esto, cabe preguntarnos hacia dónde apunta la propuesta de reforma del régimen de inexecución obligaciones que plantea sustituir los criterios subjetivos de imputación de responsabilidad con un criterio objetivo.

Para responder a esta interrogante debemos, pues, voltear la mirada hacia los modelos contractuales alternos que consideran que la noción de incumplimiento contractual fundada en criterios subjetivos de responsabilidad en estos tiempos, no resulta adecuada porque las garantías que asume un contratante frente a otro también son vinculantes y pueden originar incumplimientos, no se producen solamente por la falta de cumplimiento de un deber de conducta, sino que los hechos o los resultados garantizados no son, no se producen como debieran ser, de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

Al respecto, la concepción más actual es aquella que entiende la vinculación contractual con un alcance mucho más amplio que, comprendiendo no solamente los deberes de conducta del deudor como ser el deber [...] prestacional o el deber de cuidado, sino que más allá del correcto cumplimiento de estos deberes, el deudor garantiza al acreedor la satisfacción del interés, tal y como se aprecia, pues, en la práctica contractual.

Dicha garantía puede referirse tanto a la existencia de los hechos propuestos en el contrato o en la consecución de determinados resultados previstos en él.

Este nuevo modelo lo que propone es superar la noción del contrato vista solamente como fuente de deberes de conducta y la amplifica, a partir de la idea de que lo más relevante es conseguir o lograr el fin garantizado al acreedor.

Para ello, se parte de la concepción de un objeto ideal, contemplado inicialmente por las partes y que debe concretarse o materializarse en un momento posterior.

A partir de esta idea, de esta nueva concepción, el verdadero objeto vendría a ser ese plan o proyecto común de las partes y ya no la cosa o el hecho sobre el que recae, y que, por trasposición, normalmente, a que llegamos o entendemos como objeto.

Ahora, como parte de este nuevo modelo contractual, asociado al sistema de remedios, que vamos a ver que se encuentra el principio de conformidad, según el cual, el vendedor, por ejemplo, debe entregar un bien útil al comprador. De manera que, ante la falta de conformidad, se configura objetivamente el incumplimiento.

De esto se infiere que el principio de conformidad, la utilidad integra la regla contractual, en tanto que los códigos civiles actuales, actúan como una presuposición solamente del contrato, sin llegar a incorporarse al contenido vinculante.

Como se puede apreciar, se trata, pues, de dos soluciones normativas diferentes que apuntan a resolver un mismo problema, veo que, en el fondo, resultan incompatibles el enfoque nuevo con el enfoque tradicional.

Por otra parte, tenemos que la concepción, el objeto del contrato sigue siendo, pues, muy relevante en esta nueva concepción para los efectos del cumplimiento o incumplimiento, pero no una configuración, pues, de lo que se trata es de la satisfacción del interés del acreedor a través de la consecución de los fines garantizados por el contrato. Ya no que los elementos de la obligación y de la conducta diligente del deudor, pues, lo que en verdad interesa en este caso, es la finalidad práctica del contrato, pero en función, en atención al interés del acreedor.

Por lo tanto, la configuración del contrato y, por supuesto, de la responsabilidad civil contractual, a partir de este propósito práctico, junto con el entendimiento del objeto ideal, resulta fundamental y genera múltiples consecuencias, siendo la más importante la que se refiere a la imposibilidad inicial, y ya no implica, en esta nueva idea la nulidad del contrato. Habiendo un objeto en abstracto, el cumplimiento siempre será posible, y no como sucede ahora, la imposibilidad originaria acarrea, pues, su nulidad.

Por otra parte, la comprensión del contrato como garantía de satisfacción, significa una nueva concepción del incumplimiento contractual que ahora va a pasar a definirse como cualquier desviación del programa contractual que conlleva frustrar el interés de las partes.

En otras palabras, que se define como la insatisfacción del acreedor respecto de un resultado que debería estar garantizado por el contrato. Es así, pues, que ya no resulta necesario distinguir entre tipos de incumplimiento, pensar en un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso y como resultado de ello se logre un concepto unitario del incumplimiento.

En realidad, no se trata tampoco de una concepción nueva. Si examinamos atentamente la Convención de Viena de 1980, comprobaremos que en ella ya aparece un concepto unitario y neutro del incumplimiento. Ahí se define el incumplimiento como aquel que consiste en cualquier desviación de las obligaciones que impone el contrato, independientemente de que sea o no atribuible al deudor, independientemente del tipo de obligación, provocando que el interés del acreedor quede insatisfecho.

Como podemos apreciar, en este esquema cobra especial relevancia que, precisamente, el principio de conformidad que veníamos comentando, puede definirse como la exigencia legal, a través de la cual se obliga a la parte que debe entregar un bien, prestar un servicio o realizar una abstención, que esta sea conforme a lo estipulado en el contrato. De manera que la prestación no guarde correspondencia con el objeto programado por las partes, automáticamente y objetivamente, provoca un incumplimiento contractual.

De esta manera, el incumplimiento como generador de responsabilidad civil viene en un concepto unitario, neutro y amplio que, como regla general, ya no requiere tampoco un juicio de antijuridicidad, salvo que, en el caso de las obligaciones de hacer implica medios, las que sí, pues, necesariamente tenemos que evaluar el incumplimiento teniendo en cuenta la conducta del deudor. Es decir, en este caso sí es relevante la conducta del deudor y si actuó con dolo o culpa. De manera que se tiene que contrastar necesariamente su comportamiento con la conducta prometida. No distinguirse entre incumplimiento total, imperfecto o moratorio, y tampoco modalidades de obligaciones. Tampoco se requiere de regímenes especiales de incumplimiento que simplifica la articulación también con los mecanismos de tutela del derecho, simplificando adicionalmente el esfuerzo probatorio.

La teoría del riesgo desaparece o queda subsumida o superada en los supuestos de incumplimiento o subsiste mínimamente y reconducida a lo que es la imposibilidad sobrevenida en caso fortuito o fuerza mayor de manera subsidiaria. Lo cual también, pues, ya hace que sea inútil tener que hablar de deberes de custodia.

Bueno, quiero concluir mi intervención diciendo que esta propuesta de reforma está servida para el sano debate, de manera que queda mucho por analizar, evaluar los pros y los contras confiando en que, de la discusión, nace la luz.

Muchas gracias por la infinita gentileza que han tenido en escucharme y será para una próxima oportunidad.

ACTAS DEL IV CONGRESO NACIONAL DE  
DERECHO CIVIL Y ARBITRAJE - 2021  
INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO - IDEPRIV  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
OCTUBRE DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ



