A Laurita y Mario Eduardo

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje

Volumen 35 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje

Mario Castillo Freyre

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, diciembre 2016
Tiraje: 1,000 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

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 2016-16806

ISBN: 978-612-46837-2-5
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

	Página
Palabras liminares	11
Algunas breves consideraciones sobre la profesión de abogado y el porqué de este libro	13
Primera Parte - El Derecho Civil	29
La importancia del Derecho Civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía	31
La sucesión en las uniones de hecho	53
La prueba de los daños y perjuicios	79
Discurso de presentación de la segunda edición del Tratado de Derecho de las Obligaciones escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre	103
¿Cuándo se debe modificar un Código Civil?	111
El artículo que nunca quise escribir (a propósito del fallecimiento de Felipe Osterling)	137
El registro de deudores judiciales morosos y la cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario	141

Discurso de Orden en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi y a los codificadores de 1984, pronunciado en el Congreso Internacional de Derecho Civil en conmemoración de los 30 años del Código Civil peruano organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 167

Discurso de presentación del libro Contratos modernos, escrito por Alfredo Soria Aguilar y Madeleine Osterling Letts 191

El 326 203

¿Y la unión solidaria? 205

Algunas consideraciones generales sobre el nuevo Código Civil y Comercial argentino y en especial sobre el Derecho de Obligaciones 209

No se puede derogar 229

Entrevista sobre el Decreto Legislativo n.° 1177 231

Un año sin Felipe 245

Discurso de bienvenida al x Congreso Iberoamericano de Derecho Privado 249

Discurso de presentación de la segunda edición de la obra Código Civil. *Exposición de Motivos y Comentarios,* compilada por la doctora Delia Revoredo Marsano 253

Segunda Parte - El Arbitraje 267

Algunas reflexiones para el afianzamiento del arbitraje en el Perú 269

El amor en el arbitraje 291

Sin sentido 305

La prueba en el arbitraje 345

Los laudos parciales 373

No te quiero (¿Puede un centro de arbitraje rechazar la administración de un proceso?) 385

Mucho cuidado… (A propósito de la elección del presidente del tribunal arbitral) 395

Ni una palabra (A propósito del silencio que la Ley de Arbitraje guarda en torno al secretario arbitral) 407

¿Yo acuso? (¿Qué podría revelar un árbitro en relación a sus compañeros de tribunal?) 421

Las normas defectuosas de la Ley de Arbitraje del Perú 435

Presentación de la obra *Dispute Boards* en Latinoamérica: experiencias y retos. «Un nuevo amigo del arbitraje: el *Dispute Board*» 477

El principio de flexibilidad en el arbitraje 487

Discurso de presentación de la Biblioteca de Arbitraje (volúmenes 15, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30) 497

Entrevista 505

El desempeño como árbitro 517

Entrevista sobre anulación de laudos arbitrales 535

Entrevista a Mario Castillo Freyre con ocasión del Proyecto de Ley n.° 4505-2014, que incorpora el recurso de apelación en el arbitraje y modifica la ley arbitral 563

Las medidas cautelares en el arbitraje 573

El arbitraje comercial y el de la contratación pública ¿En qué y por qué son diferentes? 585

Tercera Parte - Otros discursos importantes 625

Discurso de presentación de la obra *Siembra,* convicción y peripecia. El socialcristianismo en el Perú (1532-2010), escrita por el doctor Antonino Espinosa Laña 627

Discurso de presentación de la obra *Escalando la vida*, escrita por el doctor Herbert Freyre Villavicencio 637

Discurso pronunciado en el marco del Congreso sobre Cine y Derecho organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. *Cine y Derecho (Argumentación y deliberación: ficción y realidad)* 645

Palabras liminares

Algunas breves consideraciones sobre la profesión de abogado y el porqué de este libro

1. Los comienzos

Los aspectos relativos a mi vida profesional pueden ser divididos en tres: los previos a mi ingreso a la universidad, mis estudios universitarios y mi ejercicio profesional.

No siempre quise ser abogado. Esto, a pesar de que mi abuelo, Juan Lino Castillo Vargas (Lima, 1901-1987) era abogado (de él me ocuparé después) y de que mi padre, Juan Cancio Castillo Vásquez, había alternado su vida profesional entre la magistratura y el ejercicio liberal de la profesión.

En mis años de infancia no dudaba de que mi vida tendría que ver con la aviación comercial.

No sólo de niño, sino de adolescente, me imaginaba como piloto comercial, volando en rutas internacionales, conociendo el mundo, en una permanente mezcla de descubrimiento, trabajo y diversión.

Algunos años después, siempre en el colegio, mis intenciones de estudio fueron variando, pero siempre se enmarcaban dentro del ámbito de la aviación, tal vez un poco más en tierra, habiendo llegado a pensar en estudiar arquitectura o ingeniería aeronáutica.

No cabe duda de que para cualquiera de las dos carreras mencionadas, mi objetivo era estudiarlas, ya sea en los Estados Unidos de América o en Europa.

Pero, ya casi por finalizar el colegio, en cuarto y quinto de secundaria, fui sintiendo que el Derecho podría ser una buena opción, sobre todo porque no iba a implicar un desarraigo y podría estudiar en el Perú.

Ingresé a dos universidades en una época difícil para mi vida, pues tuve una crisis familiar muy seria, ya que enfermaron y fallecieron mis abuelos maternos, con quienes me crié; y después enfermó seriamente mi madre, lo que determinó que mis primeros semestres en Estudios Generales Letras, fueran realmente un caos.

Pero, felizmente, las cosas se acomodaron un poco cuando empecé a estudiar Derecho, y apenas comencé con la carrera, estuve absolutamente seguro de que ése era mi mundo. Nunca olvidaré que en mi primer ciclo de Derecho obtuve como promedio ponderado 18.4, lo que me hizo olvidar los malos momentos vividos en Letras, que constituyeron un paréntesis en mi desempeño académico, ya que en el Colegio de los Sagrados Corazones Recoleta había sido el primero de la promoción durante diez años seguidos. Pero, así es la vida, pues no siempre las circunstancias están a favor de uno.

Ya en tercer ciclo de Derecho, ingresé a realizar mis prácticas preprofesionales, las que desarrollé en el Estudio Olaechea, cuando estaba ubicado en el segundo piso del antiguo edificio del Citibank, en la esquina del Jr. Lampa con la Av. Nicolás de Piérola, en el centro de Lima, en el que hoy es el local principal del Jurado Nacional de Elecciones.

Esta etapa fue muy interesante, dado que los practicantes no estábamos asignados a un abogado en específico, sino apoyábamos a todos los abogados del Estudio, que en ese momento eran doce. Para que se tenga una idea, era muy difícil que los Estudios más grandes de Lima, tuvieran en aquel momento más de ese número de abogados.

La práctica me permitió ver temas de derecho procesal civil, derecho comercial, derecho laboral, y hasta derecho tributario, pasando por marcas y patentes, temas mineros y, obviamente, derecho civil.

La cabeza de ese Estudio, el doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois, fue muy amigo de mi abuelo Juan Lino Castillo, fundador del derecho tributario en el Perú, y quien dictó por primera vez una cátedra en la materia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sin embargo, debo aclarar que cuando postulé para practicar, no le conté nada a mi abuelo y lo hice en un concurso con otros alumnos universitarios. Recién le conté a Juan Lino que estaba practicando en el Estudio Olaechea, cuando había sido admitido, lo que le alegró mucho.

Debo relatar una anécdota que es muy ilustrativa en torno al derecho civil, mi especialidad académica y profesional.

El primer día de prácticas, el doctor Manuel Pablo Olaechea me dijo que si yo decidía ser abogado tributarista, una de las oficinas del Estudio sería mía. Era evidente que lo hacía por la huella de mi abuelo Juan Lino. Con muy buena visión se imaginó que el único nieto abogado podía seguir sus pasos, y qué mejor que en su Estudio.

Por donde se le viera, algo así era absolutamente inusitado en aquella época. No nos olvidemos de que el Perú estaba en crisis absoluta, en donde la inversión extranjera era, prácticamente, nula; en donde la inflación era galopante y desbordada; y en donde el terrorismo golpeaba día a día a la sociedad y al Estado.

Que a un alumno de tercer ciclo de Derecho le diga su jefe de prácticas —y antes de comenzar el primer día de trabajo— que, si escogía una determinada especialidad en la profesión, tendría empleo asegura-

do al terminar su carrera, era, más o menos, como ganarse el premio mayor de la lotería sin haber comprado boleto.

Obviamente, hice todo lo que estuvo a mi alcance para ser tributarista.

Saqué la nota más alta del salón con el profesor Armando Zolezzi Möller, en Tributario I - Principios Generales (un ilustre catorce); pero, no obstante el extraordinario dictado de Humberto Medrano Cornejo en el curso de Tributario II - Impuesto a la Renta, ahí me convencí de que el derecho tributario no era lo mío, a pesar de ser una importantísima materia, cuyo estudio me hizo comprobar sus complicaciones y peculiaridades, y admirar aún más a mi abuelo Juan Lino.

Descubrí que quería ser abogado civilista por dos factores.

El primero de ellos, el excelente grupo de profesores con quienes llevé los cursos de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

No nos olvidemos de que el Código Civil de 1984 fue promulgado y entró en vigencia en el segundo semestre de ese año, cuando empecé a cursar la carrera de derecho.

Prácticamente, todos quienes habían elaborado el Código Civil, eran nuestros profesores en la Facultad, y el estudiar esa área del derecho en esos años, implicaba, además, el comparar permanentemente las instituciones contenidas en el nuevo código, con las del Código Civil de 1936. Era una época de descubrimientos y deslumbramientos, en la que estudiábamos figuras e instituciones que, por primera vez, se habían regulado en un Código Civil en nuestro país, lo que motivaba interesantísimos debates en clase, entre los alumnos y profesores.

Nos enseñaban derecho civil (más o menos siguiendo un orden de aparición en los semestres académicos), Adrián Revilla Vergara, Javier de Belaunde, López de Romaña, Héctor Cornejo Chávez, Roger Rodríguez Iturri, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Lizardo Taboada Córdova, Jorge Vega Velasco, Francisco Moreyra García Sayán, Felipe Osterling Parodi, Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Jorge Muñiz Ziches, Jack Bigio Chrem, Umberto Jara Flores, César Fernández Arce, César Delgado Barreto, entre otros muy destacados juristas.

Pero, también, en lo personal, escuchaba cotidianamente las críticas al nuevo Código Civil, habida cuenta de que don Manuel Pablo Olaechea se había opuesto a la promulgación de ese Código, tanto por cuestiones de orden doctrinario e ideológico, como afectivas, dado que su padre, el insigne don Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, había sido ponente del Libro *V* sobre Obligaciones y Contratos en el Anteproyecto de Código Civil, en el seno de la Comisión Reformadora del Código de 1852, que diera lugar al de 1936.

El otro factor, muy poderoso, por cierto, que motivó que escogiera el derecho civil como especialidad, fue una cuestión casual y anecdótica, y es que cuando ingresé a practicar al Estudio Olaechea, el local de la sala de practicantes, estaba ocupado por la documentación y por los liquidadores de una empresa que había sido y era un muy importante cliente del Estudio, de tal manera que, al menos durante mi primer año de prácticas, no estuve ubicado físicamente en la sala de practicantes, sino en la biblioteca del Estudio, junto con los seis o siete compañeros de práctica y hoy, varios de ellos, grandes amigos míos.

Se trataba de la biblioteca de derecho más importante del país, con miles de libros de las más diversas especialidades, pero con un acento muy arraigado en obras de derecho civil. La biblioteca reunía todas las obras que habían sido adquiridas por el Estudio, desde su fundación en

1878. Es decir, en ella se congregaba más de un siglo de desarrollo de la ciencia del derecho.

Trabajar rodeado de esos libros, era, además, absolutamente inspirador, y uno se sentía, sin serlo todavía, abogado.

Esto representó para mí la oportunidad de consultar obras muy selectas de derecho civil, y descubrir, con el paulatino estudio de los cursos universitarios, la riqueza de esta área, sin duda alguna, columna vertebral del derecho.

Era imposible, trabajando en esa biblioteca, no enamorarse del derecho civil, teniendo tan cerca y leyendo obras como los tratados de Baudry-Lacantinerie, Laurent, los Mazeaud, Huc y otros clásicos del derecho, cuya lectura marcó de manera indeleble mi formación doctrinaria. Me ayudó mucho el haber estudiado francés durante todos los años de colegio, y tenerlo como segunda lengua, dado que varios de esos textos nunca habían sido traducidos al español.

Practiqué entre 1985 y diciembre de 1988, cuando culminó mi carrera y también mi presencia en el Estudio, pues, así como tenía asegurada una oficina como tributarista, no la tuve como civilista.

Desde hacía ya algunos semestres, venía desarrollando mi tesis para optar el grado académico de bachiller, cuando el bachillerato no era automático, sino se obtenía con la elaboración y sustentación de una tesis ante un jurado.

Me llamó mucho la atención cuando cursé Contratos Típicos (con el profesor y luego periodista, Umberto Jara Flores), el tema de la venta de bien ajeno, y quise desarrollar mi tesis sobre esa materia.

Incluso, ya había avanzado alrededor de treinta o cuarenta páginas, que llevé personalmente al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, a

quien quería consultar sobre la pertinencia del tema y sobre mis opiniones preliminares en torno a él.

Grande fue mi sorpresa cuando el doctor De la Puente me dijo que, si bien se trataba de una materia muy interesante, justo la noche anterior, un exalumno se había graduado con mención de sobresaliente con una tesis sobre ese mismo tema. De la Puente se volteó de su silla, tomó esa tesis de su estante de libros y me la alcanzó, diciéndome que lo más probable era que tuviese que cambiar de tema, a menos que, luego de leer esa tesis, estuviera convencido de que mis doctrinas eran diferentes.

Había estudiado tanto sobre la venta de bien ajeno, que, de inmediato, leí la tesis —muy buena, por cierto—, pero, felizmente constaté que mis doctrinas y opiniones sobre la materia, eran distintas de aquéllas contenidas en aquella investigación.

No obstante, para no tener problemas de orden administrativo en la Facultad, no registré la tesis como «La venta de bien ajeno», sino como «Los contratos sobre bienes ajenos», abarcando su estudio, no sólo la compraventa, sino la permuta, la donación, el arrendamiento y otros actos relativos a bienes de tal condición.

Sustenté esa tesis y me gradué de bachiller algunos meses después de terminar la carrera, pero en el semestre inmediato siguiente a concluir mis estudios, me matriculé en la maestría en derecho civil de la Escuela de Graduados de la Universidad Católica, de tal manera que continué profundizando mis investigaciones sobre esa área del derecho, y desarrollé mi tesis de maestría sobre «El bien materia del contrato de compraventa», el primero de mis libros que integró la *Biblioteca Para leer el Código Civil* del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por una infinita gentileza de don Fernando de Trazegnies Granda, quien a la sazón, ocupaba la presidencia de dicho Fondo Editorial, y quien había creado tan importante y recordada colección. Se puede decir que *Para leer el Código Civil* fue el buque insignia de

la doctrina civil peruana, desde 1985 hasta el año 2000, en el que fue descontinuada.

Me gradué de magíster en 1991, apenas terminada la maestría y, paradójicamente, me titulé de abogado a fines del año siguiente.

Debo confesar que siempre me agradó la idea de trabajar por mi cuenta, y de formar un Estudio, lo que ocurrió, en los hechos, cuando me colegié, el 2 de abril de 1993; pero mi ejercicio profesional en esos años, ocupaba un porcentaje reducido de mi vida, pues, fundamentalmente, estaba dedicado al ámbito académico, escribiendo y dictando en las universidades.

Primero lo hice en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en donde empecé a dictar el 20 de agosto de 1990, por invitación de su Decana, la doctora Gabriela Araníbar Fernández-Dávila; ingresando luego a la Universidad Católica en agosto de 1993, por invitación de su entonces nuevo Decano, don Lorenzo Zolezzi Ibárcena; y años después, en 1998, a la Universidad de Lima, por invitación de su entonces Decano, don José León Barandiarán Hart, con quien me unía una amistad heredada, de aquélla que tuvieron su padre, el ilustre gran maestro del derecho civil, don José León Barandiarán y mi abuelo Juan Lino.

Los primeros años de ejercicio profesional fueron muy difíciles, pues debía hacer que quienes me conocían, supieran también que me estaba dedicando a ejercer la profesión y no sólo a escribir y a dictar sobre derecho.

Es recién en el año 2000 que transformo mi Estudio en persona jurídica y allí sigo ejerciendo la profesión.

2. Mi sociedad académica con el doctor Osterling

Pero, no puedo terminar esta parte del relato sin referirme a esa sociedad académica que tuve por más de veintiún años con mi maestro y amigo, el doctor Felipe Osterling Parodi.

Felipe había sido mi profesor de Obligaciones, junto con Carlos Cárdenas Quirós, y todos lo admirábamos por sus grandes condiciones como abogado en ejercicio, por haber sido presidente de la Comisión que elaboró el Código Civil que recién había entrado en vigencia, y por ser un político de nota. Osterling ya había sido en 1981 un excelente Ministro de Justicia, y el semestre que nos dictó, en 1985, acababa de ser electo con una enorme votación como Senador de la República.

Como queda claro de la historia ya contada en estas páginas, yo no realicé mis prácticas profesionales con Felipe, quien si bien había sido socio del Estudio Olaechea, se había apartado de él en 1980, habiendo formado otro muy prestigioso estudio de abogados, en el que tampoco trabajé.

Sin embargo, desde el verano de 1993, Felipe Osterling y yo emprendimos la tarea de escribir sobre derecho de obligaciones.

Siempre estaré muy agradecido a Dios por haberme dado la oportunidad de investigar y escribir junto a Felipe Osterling durante ventiún años, habiendo tenido un excelente amigo y permanente profesor de derecho, hasta su fallecimiento en agosto del 2014.

Con Felipe escribimos nuestro «Tratado de las Obligaciones», cuya primera edición se publicó por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, en la *Biblioteca Para leer el Código Civil,* entre los años 1994 y 2004; y que tuvo un total de dieciséis volúmenes.

Esta obra la reescribimos años después, y apareció publicada el 10 de junio de 2014, pocas semanas antes de su fallecimiento, en el último acto público en el que Felipe hizo uso de la palabra.

En el ínterin escribimos y publicamos nuestro «Compendio de Derecho de las Obligaciones» (diciembre del 2008) y más de cien artículos sobre la materia.

3. Alegrías y sinsabores

El ejercicio cotidiano de la profesión es un conjunto de alegrías y sinsabores.

Ello, en la medida de que los abogados cotidianamente realizamos infinidad de actividades relacionadas con diversos casos de la más variada índole, en todos los cuales, sin duda, ponemos nuestros mejores esfuerzos.

El caso profesional que he defendido como abogado de parte y que más recuerdo, es un arbitraje entre dos compañías mineras, que tuvo lugar en los primeros años de este siglo y que fue un proceso muy complejo y lleno de incidentes de todo orden, los mismos que plantearon una serie de cuestionamientos acerca de la autonomía del arbitraje, y que motivaron en el año 2006, una sentencia muy importante del Tribunal Constitucional a este respecto.

Puede decirse, además, que ese proceso representó el caso emblemático del arbitraje en el Perú, antes de la vigencia del Decreto Legislativo n.° 1071, y que motivó gran parte de los cambios que esta norma presenta con respecto a la anterior Ley de Arbitraje, la Ley n.° 26572.

En este caso participaron, directa o indirectamente, buena parte de los estudios de abogados más importantes de Lima, y tuve la satisfac-

ción de defenderlo hasta el final, rindiendo el informe oral ante la Corte Suprema de Justicia en el proceso de anulación de laudo y participando en las negociaciones que condujeron a que el litigio se solucionara vía una satisfactoria transacción, algunos meses después.

Recuerdo este caso en especial, pues dudo mucho de que haya existido en la historia del arbitraje peruano, y que difícilmente exista en el futuro, un proceso tan complejo como éste, en todos los órdenes.

Aquí la importancia del caso no sólo era de orden patrimonial (en donde, sin duda, se estaba discutiendo mucho dinero, en el fondo, la propiedad de un yacimiento minero de mil millones de dólares), sino procesal y sustantivo, tanto en materia de derecho arbitral, como de derecho civil, procesal, constitucional, societario, minero y algunas otras áreas del derecho.

En los años sucesivos, también he tenido el honor de defender otros casos muy importantes, ya sea como abogado único o junto con otros estudios, tanto en materia comercial como de contratación con el Estado, así como de emitir opinión jurídica en muchas otras controversias.

De igual manera, he tenido y tengo el honroso privilegio de ser árbitro en múltiples procesos de las áreas mencionadas, lo que me ha permitido compartir tribunales con ilustres colegas, de quienes he aprendido y aprendo todos los días; al igual que leer y escuchar permanentemente elaborados e inteligentes argumentos de los abogados que ejercen la defensa en dichos procesos.

4. El ejercicio en derecho civil y arbitraje

En general, el abogado debe saber que el ejercicio de la profesión es algo así como una carrera de fondo, y no una de cien metros; que la paciencia y la perseverancia deben ser el signo distintivo de ese ejercicio.

En lo que respecta al derecho civil, no creo que las condiciones que deba reunir un abogado sean distintas, propiamente hablando, de las de un abogado dedicado a otras áreas del derecho.

Siempre he ejercido la cátedra y la profesión en derecho civil, sin duda, el área en la que nací en el mundo jurídico y la que me ha acompañado los veintiséis años de trabajo en mi estudio de abogado.

Pero es, tal vez, en el arbitraje, donde se presentan algunas peculiaridades.

Resulta claro que cuando uno participa en un arbitraje como abogado defensor, debe hacerlo con toda la pasión y el celo que representa defender los intereses de su cliente.

Pero, la situación es muy distinta cuando uno participa en un arbitraje en condición de árbitro, pues, independientemente de quién nos haya designado, debemos actuar con la más absoluta imparcialidad y distancia con respecto a las partes en conflicto.

Es importante, además, que los árbitros mantengan la debida ecuanimidad a lo largo del proceso, y traten con igual respeto y consideración a las partes, no sólo en los aspectos formales, sino en la aplicación del derecho, prescindiendo de simpatías o antipatías.

Es más, si un árbitro siente simpatía o animadversión, simplemente no debería aceptar el cargo de árbitro y, si lo hubiera aceptado, debería renunciar de inmediato a su ejercicio.

5. Forma y fondo

Una vieja frase reza que «el abogado, más que una suma de conocimientos, es una manera de ser».

A los abogados nos contratan para que desarrollemos algún trabajo en particular, y para que lo hagamos bien y a satisfacción de quien nos contrate.

Para el caso, algunos ejemplos.

Si un cliente contrata a un abogado para que lo defienda en un proceso judicial o arbitral, lo importante para el cliente será la dedicación que el abogado ponga en el proceso y todo lo que haga para que el mismo concluya a su favor; y, obviamente, que el proceso, en efecto, termine con una sentencia o con un laudo favorable al cliente.

En ese sentido, el cliente no necesariamente va a valorar al abogado, en función de cuántos libros de derecho haya leído o escrito en su vida, sino por la manera en que aplica sus conocimientos al caso concreto.

Además, los escritos y las intervenciones del abogado en un proceso judicial o arbitral, deben ser muy precisos y convincentes, lo que, en la mayoría de casos, es ajeno a un desarrollo doctrinal extenso, que no esté directa y estrictamente relacionado con la materia controvertida.

Ahora bien, más allá de cualquier otra consideración, resulta evidente que todo abogado litigante debe saber derecho y saberlo bien.

Pero algo distinta, por ejemplo, será la situación del abogado al que se le contrata para redactar un informe legal, pues en este caso, el cliente sí buscará un desarrollo profundo de los temas que son objeto de consulta, y tal vez prefiera que se trate de un abogado con una vasta formación doctrinaria o académica. En buena cuenta, el informe legal servirá para guiar al cliente en su estrategia interna, o como refuerzo de los argumentos sostenidos en el proceso, si se presentara en el propio juicio o arbitraje, pero el informe en sí mismo, no representa otra cosa que una opinión jurídica, y su contenido puede ser ajeno a los actos o

estrategias procesales que hayan planteado los abogados que se ocupan directamente del caso.

Por otra parte, quiero subrayar que en la actualidad nos encontramos ante un panorama en el que la profesión no sólo tiene diversas especialidades, sino múltiples subespecialidades.

Hay casos en los cuales los jóvenes abogados terminan siendo algo así como una especie de superespecialistas de una subespecialidad, en la cual su desempeño es óptimo.

Sin embargo, todos debemos saber que no siempre la vida nos va a mantener en la misma posición, y tampoco necesariamente viendo los mismos temas.

En ese sentido, los jóvenes abogados deben cuidar mucho en tener una buena formación en los aspectos centrales de la profesión, dentro de ellos, fundamentalmente, el derecho civil, el derecho procesal y el derecho constitucional, a efectos de que puedan desempeñarse bien en cualquier área del derecho o, incluso, en alguna que todavía no exista y que se cree en el futuro.

Como he expresado antes, al ser la abogacía una carrera de largo aliento, el éxito, entendido de la manera que se quiera entender, sólo se podrá medir al final de la vida del abogado.

En lo personal, por una parte estoy satisfecho con las cosas que he venido haciendo, tanto en el ámbito profesional como en el académico, pero debo decir que soy el crítico más severo de mí mismo y que estoy permanentemente insatisfecho, por lo que trato de mejorar día a día. No sé si esto sea bueno o malo, pero no puedo evitarlo.

Sin embargo, una de las mayores satisfacciones que tengo, es el reencontrarme con antiguos alumnos y constatar lo bien que les está yendo

en la profesión; así como el cariño y el recuerdo que guardan por su profesor. Esto es absolutamente invalorable.

Por último, estoy muy satisfecho de la contribución que mi estudio de abogados hace a la sociedad, a través de dos colecciones bibliográficas, que ya tienen años y consistencia. Me refiero a la *Biblioteca de Arbitraje* y a la *Biblioteca de Derecho*, con las cuales contribuimos a la difusión y discusión de temas arbitrales y de derecho, en general, pero fundamentalmente centrados en el derecho civil.

6. Entre el derecho civil y el arbitraje

A lo largo de mi vida académica he escrito diversos artículos, algunos de los cuales llegué a enviar y publicar en revistas de derecho o diarios, pero también escribí otros que, por diversas razones, nunca remití para su publicación.

Lo mismo puedo decir de discursos y ponencias pronunciados en congresos de derecho, cuya elaboración me tomó mucho tiempo y esfuerzo.

Buena parte de estos trabajos, escritos a partir del año 2010 —los que han sido publicados de manera dispersa y los que nunca aparecieron para la lectura del público—, han sido compilados en esta obra, en la que el lector podrá apreciar de una manera muy cercana cuáles han sido mis preocupaciones y principales temas de atención en las áreas del derecho a las que me dedico, que son el derecho civil y el arbitraje (primera y segunda partes del libro, respectivamente).

Sin embargo, la obra tiene una tercera parte en la que compilo tres discursos que también considero importantes. Uno, relativo a la presentación del libro autobiográfico de mi tío y notable magistrado, Herbert Freyre Villavicencio; otro, sobre cine y derecho; y un último, que fue

mi discurso de presentación del libro *Siembra, convicción y peripecia. El socialcristianismo en el Perú (1532-2010)*, escrito por mi amigo y maestro, Antonino Espinosa Laña.

Lima, febrero del 2016

Primera Parte

El derecho civil

La importancia del derecho civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía[*]

Sumario: 1. Palabras liminares.— 2. El derecho civil como concepto.— 2.1 La división del derecho público y el derecho privado.— 2.2. El derecho privado y el derecho civil.— 2.3. La supletoriedad del Código Civil.— 2.4. El derecho civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad.— 3. La relación del derecho civil con las áreas del derecho especializado.— 4. La relación del derecho civil con el derecho público.

1. Palabras liminares

El Derecho Civil constituye el tronco común de innumerables especialidades modernas.

Y esta importancia no se explica, evidentemente, por la pirámide de Kelsen, ya que la norma jerárquicamente más importante es la Constitución Política del Estado.

Sin perjuicio de ello, no hay que olvidar que desde hace algunas décadas existen ciertas doctrinas que han venido minando —deliberadamente— la imagen del derecho civil, so pretexto de que se trata de visiones tradicionales del derecho que ya han sido superadas por la economía y por el mundo moderno. Es el caso del análisis económico del derecho.

---

[*] Ponencia pronunciada en la ciudad de Oviedo, Asturias, España, el 15 de febrero de 2012, en el acto solemne de incorporación del autor como Académico Correspondiente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia.

Además, son numerosas las materias que han merecido regulación particular, fuera del Código Civil.

Sin embargo, a decir de Ramos Núñez, «Si la centralidad y el protagonismo de los códigos han cedido ante la acelerada producción normativa de carácter especial, éste parece ser un dato más bien registrado por el jurista con sensibilidad sociológica, antes que por los finos cultores de la dogmática y su numeroso séquito de abogados, jueces y estudiantes».[1] (El subrayado es nuestro).

La cita no hace sino reafirmar la importancia del contenido dogmático de las instituciones del derecho, en especial del derecho civil,[2] en comparación con la mera función práctica de las circunstancias propias del momento. Es decir, si bien hoy en día algunas especialidades del derecho pueden estar en su apogeo, ello es sólo parte del presente, pero no necesariamente del futuro, pues los cambios de la sociedad como producto de la interacción o relación social, seguirán produciéndose constantemente.

No sucede lo mismo con el derecho civil en estricto, que brinda las herramientas necesarias para moldear las relaciones de los sujetos, que darán lugar a las especialidades del derecho del futuro.

Entonces, debemos preguntamos, qué clase de profesionales en derecho buscan formar las universidades: unos abogados útiles sólo para el presente, o abogados útiles para el presente y para el futuro.

Tenemos la firme convicción de que el abogado, no sólo debe ser un buen operador práctico de las normas, sino un buen crítico, intérprete y constructor de éstas.

---

1 Ramos Núñez, Carlos. *Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Ara Editores, 1996, 1.ª edición, p. 72.

2 Debemos anotar que el autor señala que el análisis de su libro está basado principalmente en el Código Civil.

2. El Derecho Civil como concepto

El maestro peruano José León Barandiarán señalaba que el concepto de derecho civil debe partir de la definición del concepto de derecho, definiendo a este último como la «normación jurídica»[3] y, definiendo al derecho civil como una de las ramas del derecho que tiene que ver con «todo lo que se refiere a la persona (individual o colectiva), en lo atinente a sus situaciones y sus relaciones jurídicas dentro del campo del derecho privado y, por ende, aquél concierne al *status* mismo del ente humano, en cuanto a todos los ámbitos que le son propios.

La definición de León es acertada, pues pone en evidencia cómo el derecho civil es un derecho que acompaña al ser humano incluso desde antes de su nacimiento —desde su calidad de concebido— hasta después de la muerte —a través del derecho de sucesiones—, demostrando que es un tronco completo del derecho en general.

Sin embargo, discrepamos del citado profesor cuando anota que el derecho civil no regulará los contratos que caigan dentro de algún derecho especial. Ello no es del todo cierto, pues, como veremos más adelante, muchos de los contratos propios de las ramas especiales del derecho, no sólo terminan por remitir expresamente como norma supletoria al Código Civil, sino que aun cuando las normas especiales no remitan sus contratos a las normas civiles, el título preliminar del Código Civil de mi país y el artículo 1353 de este cuerpo normativo, terminan por

---

[3] León Barandiarán, José. *Curso Elemental de Derecho Civil peruano*, p. 13.
El referido autor, en la página 8 de su obra, se refiere a las notas tipificantes de las normas, señalando que: «Toda norma tiene índole social, a virtud de que rige la vida en relación intersubjetiva de los hombres. Toda norma respecta a una relación de sujeto a sujeto, aun la norma moral [...] pese a cierta característica intimista de ella. Toda norma indica cómo debe proceder dentro de una determinada situación existencial. Por lo tanto, la norma sólo puede concernir al ente humano. Únicamente éste es libre y consciente para resultar regido por lo que es una determinada normación y, por ende, sólo él es un sujeto responsable al respecto».

imponerse a las mismas como legislación supletoria, evidenciando que constituye el tronco común de muchas de las especialidades.

2.1. La división del derecho público y el derecho privado

La historia del derecho nos cuenta que el nombre de «derecho civil» proviene de *ius civilis*[4] y que en Roma era posible encontrar al interior del *Ius Civile* instituciones privadas como la familia, la propiedad, la herencia, entre otras; pero también instituciones sobre materia penal o administrativa;[5] es decir, era un derecho tanto privado como público; era —en otras palabras— un derecho general.

Luego, con la evolución del *Ius Civile*, comenta Vidal Ramírez[6] —citando a Puig Brutau—, fue concebido por los prácticos como el derecho privado procedente de cualquier fuente; ello, en oposición a la parte del sistema jurídico referente a los intereses del Estado, distintos de los del individuo.

Cuando se inicia la era de la codificación, el derecho romano queda referido al derecho civil, identificando a éste con el derecho privado, como propio de los intereses de los particulares y trazando una distinción con el derecho público o del Estado.

Sin embargo, nos preguntamos, hasta qué punto es viable que esta división entre el derecho público —entendido como aquellas reglas relativas a la organización del Estado, a su funcionamiento, a sus servicios públicos, y a aquéllas que se refieren a las actividades en las que partici-

---

4 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, p. 22.

5 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid: Tecnos, 2002, vol. I, pp. 33-34. Citados por Landa Arroyo, César. «Constitución y Derecho Civil: una lectura constitucional del Título Preliminar del Código Civil». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 216.

6 Vidal Ramírez, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 1992, 1.ª edición, p. 15.

pa el Estado—[7] y el derecho privado —aquél que regula las relaciones de los particulares entre sí, colocados en un nivel de igualdad jurídica al abrigo de toda injerencia de una autoridad pública— se mantenga.

La respuesta no parece ser tan clara, más aún si se tiene en consideración que hoy en día ambas ramas del derecho se necesitan y complementan. Así, sin ir muy lejos, hoy en día el Estado (principal sujeto del derecho público) celebra contratos privados con los particulares, actuando en la misma condición de éstos, haciendo del Código Civil parte de sus normas regulatorias. Así también, el derecho tributario, rama propia del derecho público, necesita del derecho de personas para identificar las categorías de sus rentas, sólo por citar dos ejemplos.

Más adelante trataremos con mayor detalle las relaciones del derecho privado con el derecho público.

2.2. El derecho privado y el derecho civil

Cuando se habla de derecho privado, se piensa en el derecho civil; y es que el derecho civil —como indica Du Pasquier—,[8] no sólo es la «rama principal»[9] de éste, sino que es el derecho que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, la situación jurídica del ser humano respecto de sus semejantes y respecto de las cosas.

De hecho, como bien lo reconoce Fernando Vidal,[10] la opinión dominante identifica al derecho civil con el derecho privado; ello, como consecuencia —según sostiene— de la absorción del derecho mercantil

---

7 Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*. Traducido por Julio Ayasta González. Lima: Editora y Distribuidora Edinaf, 1990, 4.ª edición, pp. 15-16.

8 Así describe Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, p. 20, el concepto del derecho civil.

9 Optamos por poner la frase *rama principal* entre comillas porque somos de la idea de que el derecho civil no es una rama del derecho privado, sino que es el derecho privado, tronco de otras áreas especializadas del derecho.

10 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 39.

por el derecho civil, y porque el Código de Comercio (en el caso de mi país, el Perú), que contenía las figuras propias del derecho mercantil, ha venido siendo derogado en varios de sus títulos; ello, además del desuso y la proliferación de normas especiales que regulan lo que antes éste contenía.

A esto, debemos agregar que la identificación del derecho civil con el derecho privado radica principalmente en la autonomía de la voluntad del individuo, la misma que constituye fuente de todas las relaciones jurídicas que el individuo quiera entablar, concepto que tiene su más amplia regulación y fuente en el Código Civil.

En efecto, no se puede negar que el contrato de seguro (regulado en el Código de Comercio), el contrato social para constituir una empresa (regulado en la Ley General de Sociedades), el contrato de transporte y otros contratos hoy regulados por leyes especiales, lleven implícito el concepto de autonomía de la voluntad del individuo, el mismo que regulará sus intereses de acuerdo a un plan programático. Por tal razón es que las normas del derecho civil, se hacen supletorias de aquellas relaciones reguladas por leyes especiales.

2.3. La supletoriedad del Código Civil

La supletoriedad del Código Civil peruano es reconocida expresamente por el artículo IX de su Título Preliminar, cuyo tenor establece que «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

La supletoriedad supone no sólo buscar una solución al vacío legislativo a través de otras normas de carácter más general, como las contenidas en el Código Civil; sino que además implica afirmar que el derecho civil es una legislación básica, común como norma tipo.

Reafirmando el contenido del artículo IX del Título Preliminar, el artículo 1353 del Código Civil peruano otorga carácter vinculante y supletorio al Libro de Fuentes de las Obligaciones y a todos los contratos de derecho privado (entiéndase no sólo los típicos y nominados del Código Civil, sino también aquellos atípicos y aquellos innominados).

Lo que busca el artículo 1353 del Código Civil es que los preceptos de la parte general de Contratos sean aplicables a la mayor cantidad posible de relaciones contractuales, con el propósito de que dichos preceptos puedan normar —sea con carácter imperativo o dispositivo— de la mejor manera posible, dichas relaciones jurídicas; lo cual reafirma —una vez más— el carácter troncal del derecho civil.

Dentro de esta perspectiva, la lectura del artículo 1353 permite aseverar que el mismo constituye una disposición aplicable al contrato como categoría general y abstracta.

Sobre ello, Messineo[11] enseña que «existen principios comunes a todos los contratos, en cuanto cada figura particular de contrato participa, no obstante, de una común naturaleza y estructura con todas las demás figuras particulares del contrato». Es lo que el profesor italiano llama «paradigma abstracto y general», o sea la existencia de elementos formales constantes en todos los contratos.

Y es que, justamente, la constancia de estos elementos comunes, es a razón de que las ramas especiales del derecho privado, que regulan contratos especiales, tienen su origen en el derecho civil.

Asimismo, sostiene que existen normas particulares de cada contrato particular, que rigen para éste y no para los demás.

---

[11] Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, pp. 1 y ss.

En efecto, si nos ponemos a pensar, todo abogado que ejerza la profesión en derecho privado y aun aquéllos que ejerzan en derecho público, necesitará tener claros los conceptos básicos del derecho civil para poder asesorar a sus clientes en la celebración de contratos.

Por ello —manifiesta De la Puente y Lavalle—,[12] «cuando se trata de cada contrato en particular habrá que tomar en consideración, en primer lugar, los principios comunes, como son su obligatoriedad y su efecto entre las partes que lo celebran […]», porque como bien señala, son principios comunes a todos los contratos, aun los regulados en normas especiales.

Por último, debemos subrayar que si bien queda claro que las normas de la parte general de Contratos se aplicarán a los contratos típicos y atípicos, también resultarán aplicables las disposiciones generales de Acto Jurídico, Derechos Reales y Derecho de Obligaciones, constituyendo —todas ellas— un necesario e indispensable conjunto normativo que hará que las normas especiales regulen con mayor fluidez los contratos de los derechos especiales, pues las mismas proporcionan herramientas conceptuales básicas aplicables a otras áreas del derecho.

Por esta razón, se afirma que la supletoriedad no sólo reconoce la existencia de un derecho especializado, sino que termina por reafirmar al derecho civil como base de las subespecialidades, reconociendo así que los principios esenciales en los cuales se basa se originaron en el derecho civil.

En esa misma línea de pensamiento, Pietro Rescigno[13] sostiene que el derecho civil es fuente primaria del derecho privado común, de modo

---

[12] Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomo I, pp. 42 y 43.

[13] Pietro Rescigno es citado por Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En *Compendio de Derecho Civil. AA.VV.* La Habana: Editorial Félix Varela, 2004, pp. 121-122.

tal que el mismo no es meramente supletorio de un sistema de leyes especiales, sino que termina siendo la fuente primaria y jerárquicamente superior de las otras, pues finalmente las relaciones privadas surgidas en el marco de las normas especiales, terminan por subordinarse a las normas imperativas del derecho civil.

2.4. El derecho civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad

Siendo la persona humana el centro del derecho civil, no sólo han de interesar a éste las relaciones comerciales que entable con otros, pues ha de tratarlo como individuo en sus distintas facetas.

Por ejemplo, en su faceta de origen como concebido, en el matrimonio, en el testamento, entre otros, que terminan por vislumbrar que el derecho civil no ha de ser una mera rama que se ocupa de las relaciones patrimoniales de los individuos —como algunos erróneamente creen—, sino que, además, contiene principios que se extienden al ordenamiento jurídico en su integridad.

Si bien las especialidades del derecho nacen conforme a las necesidades sociales del individuo, y si esa necesidad logra establecer un objetivo, un método y un sistema propio —que no implica que sea autónomo, sino sólo más especializado— que se encuentre regulado por normas, dando surgimiento a una rama del derecho, ello no implica que esta nueva especialidad sea ajena a los principios fundantes del ordenamiento jurídico, ni a las instituciones que le dieron origen, como lo es el derecho civil; pues todas ellas buscan regular las nuevas relaciones de los individuos, que ejercen en uso de su autonomía —concepto propio del derecho civil— en campos que no alcanzan a ser regulados por el derecho civil, pero que generan obligaciones y responsabilidades entre éstos —conceptos también propios del derecho civil—, generalmente a través de contratos, este último concepto también propio del derecho civil.

Efectivamente, la materia contractual es, sin duda alguna, de vital relevancia para el orden social y económico. Está compuesta por un conjunto de instituciones que el derecho no ha inventado, sino que ha recogido de la realidad y que han surgido como respuesta a las distintas necesidades que tienen los hombres de regular sus intereses. El eje que sostiene esta compleja temática, es la autonomía privada que se manifiesta en la libertad de contratar que tienen los sujetos, así como en la libertad contractual o de configuración interna, conceptos que un abogado no podría comprender sin haber estudiado derecho civil.

3. La relación del derecho civil con las áreas del derecho especializado

Como hemos mencionado, el derecho civil no sólo regula las relaciones patrimoniales de los sujetos, sino también se ocupa del desarrollo del individuo como persona, lo que no implica —necesariamente— que tales ámbitos del individuo carezcan de contenido patrimonial.

Así, por ejemplo, a veces se entiende de manera equivocada que el derecho civil extrapatrimonial está conformado por las áreas de personas naturales, derecho de familia y derecho de sucesiones.

Sin embargo, el derecho de sucesiones establece reglas para la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte. Por tanto, si éste es su objeto, su carácter patrimonial resulta innegable.

El objeto fundamental del derecho de sucesiones es determinar las consecuencias que produce el hecho de la muerte de una persona natural respecto de las relaciones jurídicas que ésta tenía, determinando la identidad de las personas sobrevivientes que van a continuar con esas

relaciones jurídicas que son principalmente de naturaleza patrimonial y, excepcionalmente, de naturaleza extrapatrimonial.[14]

En el ordenamiento legal peruano, el testamento y la ley, vía declaración de herederos, constituyen las dos únicas fuentes del derecho sucesorio, las mismas que resultan en extremo importantes, porque de ellas provienen los títulos sin los cuales el heredero no podría ejercitar sus derechos sucesorios adquiridos a la muerte del causante.

Así pues, nos preguntamos de qué forma un abogado de derecho societario podría absolver la consulta de un cliente que quisiera saber qué ocurrirá con las acciones que tenía uno de los accionistas que ha fallecido, si es que el mismo no sabe identificar a los herederos forzosos, a los indignos; si no conoce los requisitos propios de un testamento o qué hacer en caso de que éste no exista; entre otros conceptos propios del derecho de sucesiones.

Con respecto al derecho de familia, si bien es cierto que una parte se refiere a las relaciones familiares, fruto o no del matrimonio, buena parte de la regulación del derecho de familia tiene que ver con el patrimonio formado a raíz del matrimonio o del concubinato, aspecto de claro contenido patrimonial.

Por otro lado, ni siquiera podrían ser calificadas como materias de derecho civil extrapatrimonial las de personas jurídicas y de personas naturales.

En el caso de las personas jurídicas, ello es así, dado que la mecánica del tema gira en torno a la distinción entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los socios o asociados que la conforman. Mientras que en el caso de las personas naturales, el aspecto patrimonial no puede hacerse a un lado, en la medida de que el derecho a la propiedad y a la

[14] Fernández Arce, César. *Código Civil: Derecho de Sucesiones.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomo I, p. 60.

herencia están constitucionalmente regulados como derechos de las personas, además de otros derechos de innegable contenido patrimonial, como el de contratar.

Ahora bien, hasta qué punto las nuevas especialidades del derecho privado, fruto de una progresiva y creciente economía, son totalmente independientes y ajenas al derecho civil y a sus instituciones.

Como hemos afirmado, la regulación que brinde el derecho civil a los principios generales de los contratos, a su aplicación y a las obligaciones que generan esos contratos, así como a las responsabilidades que conllevan, son materias esenciales y comunes a todas las ramas del derecho.

Nos preguntamos, por ejemplo, si acaso el especialista en derecho societario de nuestro ejemplo anterior podría prescindir, al momento de constituir una sociedad, de los conceptos básicos que brindan los libros de acto jurídico, de contratos, de obligaciones, de las nociones básicas de los Registros Públicos, de la responsabilidad civil de la empresa y de la de sus socios o directivos. Es decir, nos cuestionamos si es acaso posible que ese especialista en derecho societario pueda obviar conceptos fundamentales del derecho civil para ser precisamente un especialista. Es obvio que la respuesta negativa se impone.

Así también, se podría negar que los derechos especiales siempre terminan por otorgar derechos, deberes u obligaciones a los sujetos. Sin duda, el concepto general de «obligación» —propio del derecho civil— se encuentra inmerso en todas y cada una de las ramas del derecho.

En efecto, el derecho civil a través del derecho de obligaciones, brinda al abogado «una serie de herramientas para la transmisión de bienes en sentido amplio, así como para la solución de conflictos en los que se vulnera el interés de una parte involucrada en una relación jurídica

obligatoria o cuando el damnificado sea titular de una situación jurídica considerada digna de tutela por el ordenamiento».[15]

Lo mismo sucede con el concepto de acto jurídico, que no agota su razón de ser en el derecho civil, pues opera en muchos otros ámbitos, dando origen a diversas situaciones jurídicas entre los sujetos.

Así, por ejemplo, a través del libro de Acto Jurídico del Código Civil, el abogado tendrá las herramientas adecuadas para analizar los comportamientos legalmente relevantes para el derecho privado en su integridad, lo cual abarca a los derechos especiales.

Ahora bien, con respecto a los derechos reales, la adquisición de estos conocimientos, permitirá al abogado encontrarse en capacidad de analizar las relaciones jurídicas que surjan entre las personas a propósito de los bienes. Permitirá asignar derechos sobre bienes, analizar hasta dónde se extienden esos derechos, cuáles son sus límites, cómo se explotan y utilizan tales bienes. Así pues, la regulación de los derechos reales tiene vinculación directa con las operaciones económicas, desde las más simples y domésticas hasta las más complejas y significativas. Tiene que ver con la creación de la riqueza, el mercado financiero y, en general, con las relaciones patrimoniales del ser humano.[16]

Así, por ejemplo, Messineo[17] se refiere al derecho agrario y señala que muchos de sus conceptos se han tomado de la materia tradicional del derecho civil (régimen de las aguas, pertenencias, contratos agrarios, etc.), que entre otras partes (como las relaciones de vecindad y las servidumbres) no pueden ser exclusivas de la materia agraria, porque entran,

---

15 Fernández Cruz, Gastón. *Sílabo del curso de Derecho Civil 5: Obligaciones. 2008-2.* Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

16 Avendaño Valdez, Jorge, Francisco Avendaño Arana y Martín Mejorada Chauca. *Sílabo del curso de Derecho Civil 3: Reales. 2008-2*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

17 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 62.

en la misma medida, en el derecho civil. Lo mismo podría decirse del derecho minero, y de muchas otras áreas del derecho.

De otro lado, cuando se refiere al derecho del trabajo, Messineo señala que si bien éste, hoy en día tiene una autonomía propia, lo cierto es que en su parte máxima es derecho contractual; así, por ejemplo, se tiene al propio contrato de trabajo, los convenios colectivos, entre otros acuerdos que no son sino contratos entre el empleador y sus trabajadores.

Es más, lo que hoy es el principio de primacía de la realidad, principio base y rector del derecho del trabajo, encuentra su origen en uno de los principios del derecho civil, que señala que no importa el nombre que las partes otorguen al contrato, sino el contenido y la esencia que el mismo regula. Este principio de primacía de la realidad puede encontrarse en el texto del artículo 1531 del Código Civil de mi país.

En esa misma línea, el derecho de propiedad intelectual tiene reglas relativas a la apropiación del derecho, lo que —en estricto— corresponde al derecho privado; sin perjuicio de que las reglas que organizan las entidades oficiales que brindan protección, correspondan al derecho administrativo.

Es evidente, entonces, que el derecho civil no representa sólo un área de especialización del derecho. El derecho civil es, en buena cuenta, la base de innumerables especialidades modernas del derecho, que encuentran sustento en el propio derecho civil patrimonial.

Imaginar la existencia de un especialista en derecho financiero o corporativo que no sepa derecho civil patrimonial sería algo absurdo. Así como también sería inconcebible imaginar que un abogado experto en derecho comercial no sea también un entendido en derecho de obligaciones y contratos, o que un experto en derecho laboral, tributario o financiero sea un ignorante con respecto a las nociones de acto o negocio jurídico.

Resulta evidente entonces que el derecho civil es —como hemos señalado— la sangre que corre por la venas de todas estas áreas del derecho, a las que nutre y brinda sustento.

Hace bien Carlos Ramos en afirmar que «contra lo que pudiera pensarse, en una era de apogeo de los microsistemas y de predominio de la tecnología, las ediciones (de libros de Derecho Civil) se agotan y los auditorios se repletan, lo que, por añadidura, no podrá hacer nunca cualquiera de las ramas que se independizaron de los códigos o que se formaron al margen de éstos».[18]

Por otra parte, es innegable también que el derecho de garantías se aplica a diversas ramas del derecho civil, como por ejemplo el derecho concursal o el derecho internacional privado.

Así pues, el conocimiento del derecho de garantías resulta siendo indispensable y obligatorio para cualquier operador jurídico del derecho privado, pues a través de ellas «será capaz de satisfacer las exigencias del mercado con sencillez y eficacia a un bajo costo».[19]

Finalmente, pero no por ello son menos importantes, tenemos los conceptos propios de la responsabilidad civil. No queda duda de que los elementos configurativos de la responsabilidad civil son comunes a todas y cada una de las áreas del derecho. Si bien el tratamiento en cada área del derecho es distinto, los elementos son comunes y propios del derecho civil.

De esta manera, como enseña Juan Espinoza, «[…] el operador jurídico al aplicar la normatividad frente a un supuesto de hecho real, no sólo tendrá que valerse del Código Civil, sino de la (no poca) legislación especial. Así, si se quiere analizar la responsabilidad por productos

---

[18] Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.,* p. 72.

[19] Mejorada Chauca, Martín. *Guía de matrícula 2007-1*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 80.

defectuosos, es forzoso recurrir a la Ley de Protección al Consumidor […]; la responsabilidad civil del médico es tratada por la Ley General de Salud […]; la responsabilidad de los dueños de los perros, por la Ley […] que regula el régimen jurídico de canes; la del notario, por la Ley del Notariado […]; la derivada de accidentes de tránsito, por la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre […], el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito […], el Reglamento Nacional de Tránsito […], entre otros. Ello no impide la aplicación supletoria del Código Civil, para integrar este mosaico legislativo, el cual, a su vez, se completa con la jurisprudencia y la doctrina».[20]

Es evidente, entonces, que el derecho civil, como tronco de muchas de las subespecialidades es —y seguirá siendo— la base común aplicable a todos los derechos, incluso a las ramas propias —según la doctrina— del derecho público.

4. La relación del derecho civil con el derecho público

Sabemos que usualmente se clasifica al derecho penal dentro del derecho público. Sin embargo, ¿qué tan alejado del derecho civil se encuentra el derecho penal?

La necesaria presencia del derecho civil es incuestionable en esta materia. Así, por ejemplo, si el derecho penal se aplica para castigar al culpable del hecho punible, es, sin embargo, el derecho civil el que se encarga de la reparación que reclama la parte civil.

Asimismo, en ciertos delitos existen también atenuantes o agravantes referidos al grado de parentesco (materia civil por excelencia) que tenga la víctima con el agraviante. Por ejemplo, el inciso 6 del artículo

[20] Espinoza Espinoza, Juan. *La responsabilidad civil*. Versión digital. Introducción, p. 2.

152 del Código Penal constituye un agravante, para la imposición de la pena, basado en la relación filial y de parentesco.

De otro lado, usualmente nos referimos al derecho procesal como parte del derecho público. Sin embargo, Josserand[21] comenta que el derecho procesal fue la primera desmembración del derecho privado. Señala que esta rama del derecho determina las reglas que se han de seguir para hacer valer los derechos en justicia. Esto, sostiene, no es sino el derecho privado en acción.

Por tal motivo es que los romanos no veían en el procedimiento, más que un capítulo del derecho privado. Pese a que hoy en día el derecho procesal civil es autónomo, resulta innegable que los Códigos Civiles comprenden reglas propias referentes al procedimiento, como por ejemplo en el caso de la separación de cuerpos, la sucesión, entre otros. Asimismo, contienen términos que han sido tomados y desarrollados procesalmente, como por ejemplo, la prescripción, la caducidad, el interdicto, entre otros de origen civil.

Como afirma Du Pasquier,[22] si bien el derecho procesal civil enuncia reglas que pertenecen al derecho público, pues determina las condiciones a las cuales el Estado subordina la protección acordada a los intereses jurídicos; resulta innegable que se relaciona con el derecho civil, pues no es sino el mismo derecho civil en acción, velando así por los intereses que el propio derecho civil asegura.

Asimismo, el derecho administrativo, rama propia del derecho público, también encuentra en el derecho privado un apoyo fundamental para su desarrollo.

---

[21] Josserand, Louis. «Derecho Civil». Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. En *Teorías Generales del Derecho y de los derechos de las personas*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, vol. I, tomo I, pp. 17-18.

[22] Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, pp. 22-23.

Vivo ejemplo de ello es el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado peruano, que regula las responsabilidades de los funcionarios, estableciendo no sólo una responsabilidad administrativa, sino una responsabilidad civil. Además, el referido reglamento emplea —como no podría ser de otra manera— conceptos propios del derecho civil, tales como indemnización, contrato de obra, entre otros.

Y, por si fuera poco, varios de los artículos del referido reglamento, imponen como norma supletoria para los contratos que celebren las entidades públicas, al Código Civil, confirmando —una vez más— la importancia del buen conocimiento que debe tener todo abogado acerca del derecho civil, pues esa importancia trasciende las fronteras de los particulares, pasando a regir también al propio Estado.

De otro lado, también resulta innegable que el derecho tributario requiere de sólidos conocimientos de derecho civil; así, por ejemplo, para determinar qué tratamiento tributario ha de recibir un contrato, es necesario identificar ante qué tipo de acto nos encontramos, pues no será lo mismo el tratamiento tributario que se le dé al contrato de arrendamiento que el que se dé al contrato de *leasing*. Pese a que ambas figuras podrían ser susceptibles de confundirse, es necesario que el abogado sea consciente de las características particulares de cada contrato; para lo cual —sin duda alguna— necesitará de conocimientos estrictamente civiles. Lo propio sucederá cuando tenga ante sí un contrato de compraventa y un contrato de suministro, casos en los cuales los tratamientos tributarios difieren; y si el tributarista no estuviese bien capacitado en derecho civil, hará mal su función como «especialista» en derecho tributario.

Lo mismo sucede en materia tributaria cuando nos referimos a las exportaciones, pues para poder determinar si se ha configurado el supuesto de hecho susceptible de imposición tributaria, será necesario determinar en qué momento se produjo la venta, si con la sola firma del contrato o con la tradición del bien; lo que, sin duda alguna, requerirá que el abogado retorne a la base matriz; es decir, al derecho civil.

Finalmente, pero sin llegar a agotar la relación que el derecho civil tiene con todas las demás áreas del derecho, analizaremos la relación que guarda con el derecho constitucional.

Es cierto que el derecho civil no puede desarrollarse al margen de la Constitución, pues ésta es la norma fundante e imperante en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Ahora bien, surge la pregunta relativa a si la Constitución se vale por sí sola para la protección eficaz de los derechos constitucionales, que contiene de manera enunciativa, o si necesita de instituciones propias del derecho civil.

Al respecto, el profesor Leonardo Pérez Gallardo[23] es muy claro cuando señala lo siguiente:

> […] la Carta Magna no ofrece una regulación pormenorizada de (los) derechos, si bien en buena técnica tampoco le compete, dado que su campo de acción es el de los derechos fundamentales […] el cuerpo de leyes fundamentales de organización del Estado nos va a suministrar una Constitución puramente formal. Pero, la verdadera Constitución hay que buscarla en el resto de los Códigos del Derecho sustantivo, primordialmente en el Código Civil, ya que en ellos se detenta el proyecto de vida común enunciado constitucionalmente, los valores sociales con vigencia efectiva y la concreta redistribución de las fuerzas sociales. (El subrayado es nuestro)

5. Conclusiones

El derecho civil conserva una posición fundante y privilegiada, pues sigue siendo la fuente común a la cual es necesario recurrir siempre

[23] Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En *Compendio de Derecho Civil. AA.VV.* La Habana: Editorial Félix Varela, 2004, p. 105.

ante la omisión, vacíos o confusiones de otras normas especializadas. El derecho civil es, como recuerda el propio Ramos Núñez, «en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto, brújula entre mil nortes».[24] Creemos que el derecho civil sigue siendo no sólo el principal exponente del derecho privado, sino el paradigma sobre el cual se erigen las relaciones jurídicas.

En palabras de Josserand, «no obstante los cercenamientos sucesivamente sufridos (el derecho civil), conserva su aptitud original para regir todas las relaciones de orden privado; virtualmente ha conservado su amplitud primitiva, ha seguido siendo el derecho privado común».[25]

Y es que, en definitiva, las especializaciones de las diversas ramas del derecho no se contraponen a la existencia y vitalidad de las instituciones del derecho civil; por el contrario, lo fortalecen y vigorizan, pues no hacen sino confirmar la necesidad de una dirección general que se constituya como guía de interpretación y de aplicación para otras áreas especiales del derecho.[26]

Así pues, el derecho civil no es —como a veces, interesadamente se le quiere presentar— una rama más del derecho; es la base, pauta y guía de todas las otras áreas del derecho, es la matriz propia de las diversas instituciones del derecho aplicables a todas las ramas del derecho.

Asimismo, resulta innegable que cada área del derecho se vale no sólo de las instituciones civiles, sino que además muchas veces son éstas y no otras las que terminan por resolver sus conflictos, de modo tal que

---

[24] Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.*, pp. 84-85.

[25] Josserand, Louis. *Op. cit.*, p. 22.

[26] Luego de leer *Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Ara Editores, 1996, 1.ª edición, de Carlos Ramos Núñez, no tenemos duda alguna de que él concluiría de la misma forma; más aún si se toma en cuenta que la reflexión general de su libro se basa en el Código Civil, tal y como lo expresa en el epílogo de la obra.

todas, tarde o temprano, convergen a la fuente del derecho, es decir, al Derecho Civil.

No pretendemos restar importancia ni desconocer que cada día los microsistemas del derecho siguen creciendo, pero ello no significa que el derecho civil haya quedado atrás, como un subordinado de las especializaciones. Por el contrario, su supletoriedad no hace sino confirmar el estatus de base y matriz del derecho privado que siempre ha tenido y cuyo desconocimiento (o conocimiento incompleto, que es lo mismo) sería nefasto para los futuros abogados.

Lima, febrero del 2012

La sucesión en las uniones de hecho*

1. Antecedentes

El miércoles 17 de abril de 2013 fue publicada en el diario oficial «El Peruano» la Ley n.° 30007, que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil; además del inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil; y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley n.° 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

La Constitución de 1979, en el título I relativo a los Derechos y deberes fundamentales de la persona, capítulo II, De la familia, artículo 9, dio un paso muy importante al establecer en su artículo 9 lo siguiente:

> Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

Como no podía ser de otra manera, el Código Civil de 1984 recogió el concepto del artículo 9 de la Constitución Política de 1979. Lo hizo en su artículo 326, norma de texto siguiente:

> Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes seme-

---

* Artículo publicado en Gaceta Civil & Procesal Civil, tomo 2, con fecha agosto de 2013.

> jantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
>
> La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
>
> La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.
>
> Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

El principio contenido en el artículo 326 fue reiterado por el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, promulgada el día 29 de diciembre de 1993 y que entró en vigencia el 31 de diciembre de ese año, con la siguiente redacción:

> Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Asimismo, la Constitución Política de 1993 reguló el tema en el mismo sentido, cuando en su artículo 5 estableció lo siguiente:

> Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Como puede apreciarse, la tendencia legislativa con respecto a la protección del patrimonio de los miembros de las uniones de hecho, ha sido invariable desde la Constitución de 1979 (la misma que entró en vigencia el 28 de julio de 1980).

El propósito del constituyente de 1979 fue muy positivo, en la medida de que era consciente de los múltiples abusos que se cometían, generalmente de parte de los hombres en perjuicio de las mujeres, cuando una pareja convivía durante varios años, pero ella no estaba casada.

Como en la mayoría de situaciones el hombre era quien trabajaba y la mujer se ocupaba de la casa, el hombre adquiría los bienes (empezando por el inmueble en el que convivían y siguiendo con las demás pertenencias), a nombre propio, de manera tal que cuando se rompía esa convivencia, el varón se hacía de todo ese patrimonio de la manera más fácil, en la medida de que casi todos los bienes importantes se hallaban a su nombre.

Y esta situación era muy injusta, dado que dicho patrimonio había sido hecho por el esfuerzo común de ambos convivientes, ya que la labor de la mujer en el cuidado de la casa y de los hijos no se estaba considerando para estos efectos.

Es verdad que la norma constitucional de 1979 ya tiene una antigüedad de 34 años y que la situación de la mujer en el terreno laboral ha avanzado mucho en el Perú, no obstante lo cual ella sigue siendo desventajosa con relación al hombre debido a múltiples razones, por todos conocidas.

Por lo demás, fue un acierto que la Constitución Política de 1993 acogiera similar principio y que el Código Civil de 1984 diese una regulación pormenorizada sobre el particular en el ya citado artículo 326.

A mi generación le correspondió estudiar derecho precisamente en el tránsito del Código de 1936 al de 1984 y, de discutir en los salones de clase sobre los temas trascendentes que implicaron las modificaciones de un cuerpo normativo a otro.

En ese sentido, recuerdo muy bien que una de las materias que ya se planteaba en las aulas universitarias a mediados de los años ochenta del siglo pasado, era el relativo a si el artículo 326 del Código Civil, si bien había seguido la norma constitucional de 1979, no habría sido lo suficientemente de avanzada al no reconocer derechos sucesorios al concubino.

Recuerdo también interesantes discusiones con mis compañeros de clase y con algunos profesores en este sentido.

En aquella época, el razonamiento fundamental que giraba en torno al tema, era el relativo a si debían o no heredar entre sí los concubinos o miembros de uniones de hecho. Y recuerdo también que el argumento central que se esgrimía para negar esta posibilidad era aquél que sostenía que si se legislase en este sentido, prácticamente no existirían mayores diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho, razón por la cual se desincentivaría a las parejas para contraer matrimonio, y ellas optarían por convivir, ya que su patrimonio iba a estar resguardado tanto por un régimen similar al de la sociedad de gananciales (artículo 326 del Código Civil), como por un régimen hereditario en el cual los concubinos heredaran recíprocamente, tal como si fueran cónyuges.

Confieso que en aquella época yo era de los partidarios de que no se concediese derechos sucesorios recíprocos a los concubinos; pero hoy, transcurrido tanto tiempo, he cambiado de parecer y estimo que ese criterio del que formé parte no hacía sino perjudicar los derechos de un grupo numeroso de personas que no se encontraban allí por otra circunstancia que no fuese por el devenir de la vida, ya que uno no necesariamente escoge cómo va a vivir sino que en el camino uno va ordenándose de la mano con la realidad.

En ese sentido, fue una grata sorpresa para mí el leer la Ley n.° 30007, de abril del presente año, pues al fin se otorgaban derechos sucesorios entre los miembros de las uniones de hecho.

Por lo demás, dicha norma legal sólo efectúa este reconocimiento entre parejas heterosexuales, ya que en su artículo 1, que define su objeto, se señala que «la presente Ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho».

Asimismo, para la procedencia de derechos sucesorios, el artículo 2 establece que «para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros».

En ese sentido, el referido artículo 326 señala claramente cuáles son los requisitos para que la unión de hecho sea reconocida para efectos de una sociedad de gananciales, los mismos que se podrían enumerar del siguiente modo:

a) La unión de hecho tiene que ser voluntaria.
b) Sus integrantes deben ser un varón y una mujer.
c) Deben estar libres de impedimento matrimonial.
d) La unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.
e) Debe haber durado al menos dos años continuos.

Esto significa que el propio Código Civil excluye a todo aquél que no se encuentre dentro de los requisitos mencionados, de modo tal que, a título de ejemplo, podemos decir que no producirá los efectos de una sociedad de gananciales la unión de hecho entre una mujer soltera y un hombre casado.

En este caso, la única sociedad de gananciales que existiría (si es que no hubiera pacto de separación de patrimonios) sería la de ese hombre casado con su esposa.

Y esto es lógico, en la medida de que el Código Civil auspicia el matrimonio como modelo fundamental de familia en el Perú, independientemente de que no cabe duda de que existen otros modelos de familia distintos al matrimonial, los mismos que no constituyen objeto de análisis en estas páginas.

En otras palabras, para que se presente el supuesto del artículo 326 del Código Civil, sólo podría existir un reparo de orden moral (el convivir sin estar casados), mas no uno de orden legal.

Dentro de tal orden de ideas, el referido artículo es muy claro cuando excluye de sus alcances a todas aquellas formas de unión entre personas que no se encuentren dentro del ámbito de la propia norma.

2. La sucesión entre integrantes de uniones de hecho

2.1. Reconocimiento de derechos sucesorios

La Ley n.° 30007 establece en su artículo 3, relativo al reconocimiento de los derechos sucesorios, que:

> Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley n.° 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos o reconocidas por la vía judicial.
> Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

En buena cuenta, el inciso 3 de la Ley bajo comentario establece hasta tres formas para el reconocimiento de los derechos sucesorios, que no son otra cosa que las formas de reconocimiento de la propia unión de hecho.

Es así, que en virtud del artículo 49 de la Ley n.° 26662, pueden reconocerse e inscribirse en el Registro Personal, por mutua decisión de los convivientes, uniones de hecho de personas vivas; lo cual también puede ocurrir si dichos convivientes no eligen la vía notarial sino recurren a la vía judicial para el mismo efecto.

Es necesario subrayar que tanto la vía notarial como la judicial, mencionadas en el primer párrafo del artículo 3 de la Ley n.° 30007, parten de la idea de que los concubinos se encuentran vivos cuando se realiza dicha gestión, vale decir que el trámite no puede ser iniciado por los herederos pero sí concluido por ellos.

En estos casos, cuando se reconozca la existencia de una unión de hecho, lo importante será, para fines sucesorios, que ella tenga más de dos años de antigüedad y que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de uno de sus integrantes.

Distinto es el caso del supuesto contenido en el segundo párrafo de la Ley, ya que el mismo pasa por la situación en la cual, al momento de la muerte de uno de los integrantes de la unión de hecho, ésta no se encontrara inscrita en el Registro Personal.

En tal sentido, resulta evidente que el trámite de reconocimiento de la unión de hecho deberá ser efectuado por el conviviente supérstite, con vocación hereditaria.

Es oportuno señalar que en la inmensa mayoría de casos, los convivientes no registran sus uniones de hecho en vida, fundamentalmente por una cuestión de orden moral y social. Es claro que en las relaciones

sociales cualquiera prefiere presentarse como «esposo o esposa de alguien» (sin serlo) o incluso como la «pareja» de alguien (tal vez creando cierta ambigüedad sobre su estado civil), que presentarse como el conviviente de alguien; y no sólo eso, sino que además, se trataría de un conviviente *erga omnes*, pues figuraría inscrito con tal condición nada menos que en Registros Públicos.

Es en virtud de tales consideraciones que me temo que la nueva Ley no va a lograr que un número muy grande de personas que se encuentren conviviendo en uniones de hecho, reconozcan y registren en vida tal situación. Así las cosas, el reconocimiento de la unión de hecho, para que tenga efectos sucesorios, fundamentalmente será hecho por el conviviente supérstite en la vía judicial.

2.2. Modificación del artículo 326 del Código Civil y modificaciones indirectas a diversas normas de este cuerpo normativo

Hasta este punto nos hemos limitado a comentar cuáles son los alcances de la Ley n.° 30007 en lo que respecta a sus consideraciones generales, pero, como es evidente, dicha norma ha introducido modificaciones importantes en una serie de artículos del Código Civil.

El primero de ellos es naturalmente, el artículo 326, precepto al que se le ha incorporado (agregado) un último párrafo, de texto siguiente:

> Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil[27] se aplican al

[27] Artículo 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.
Artículo 727.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

integrante sobreviviente de la unión de hecho en los mismos términos en que se aplicarían al cónyuge.

Artículo 730.- La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

Artículo 731.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.

Artículo 732.- Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.

Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.

Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

El artículo 732 fue complementado por la Sexta Disposición Final del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo n.° 768 y que incluye las normas del Decreto Legislativo n.° 767, Decreto Ley n.° 25940 y Decreto Ley n.° 25869; publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 22 de abril de 1993), que señala lo siguiente: Salvo que este Código establezca un proceso especial, se tramitan como proceso no contencioso las solicitudes o autorizaciones del Código Civil a que se refieren los Artículos: [...] *732* [...].

Artículo 822.- El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.

Tales normas son las referidas a la sucesión del cónyuge.

De esta forma, el artículo 725 deberá entenderse como que el que tiene hijos, otros descendientes, o cónyuge o miembro de unión de hecho, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

En el mismo sentido, el artículo 727 deberá entenderse como que el que no tiene cónyuge, miembro de una unión de hecho, ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

De otro lado, el artículo 730 deberá ser leído de la siguiente manera: la legítima del cónyuge o miembro de una unión de hecho es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio o de la unión de hecho, respectivamente.

Por su parte, el artículo 731 debería ser interpretado de la siguiente manera:

> Cuando el cónyuge o miembro de unión de hecho sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal o convivencial, dicho cónyuge o miembro de unión de hecho podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la

---

Artículo 823.- En los casos del artículo 822 el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732.

Artículo 824.- El cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.

Artículo 825.- Si el causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente.

> diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.
>
> La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.
>
> En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge o miembro de unión de hecho sobreviviente.

Por otra parte, el texto del artículo 732 se deberá entender de la siguiente manera:

> Si en el caso del artículo 731 el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.
> Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
> Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos. Lo propio ocurrirá si el miembro de una unión de hecho vive en concubinato, muere o renuncia a tales derechos.

El artículo 822 del Código Civil, deberá entenderse de la siguiente manera: «El cónyuge o miembro de una unión de hecho que concurre

con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo».

Por su parte, el artículo 823 deberá entenderse así: «En los casos del artículo 822 el cónyuge o miembro de una unión de hecho puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732».

En tanto el artículo 824 se entenderá de la siguiente manera: «El cónyuge o miembro de una unión de hecho que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos».

Finalmente, el artículo 825 del Código Civil se entenderá de la siguiente manera: «Si el causante o miembro de una unión de hecho, no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente».

Como puede apreciarse, si bien es cierto el artículo 4 de la Ley n.° 30007, al incorporar un párrafo al artículo 326 del Código Civil, no ha modificado expresamente los nueve artículos que ahí menciona, es evidente que en ellos se ha producido una modificación indirecta, ya que las normas citadas no se van a aplicar solamente al cónyuge, sino también al integrante de una unión de hecho, si fuese el caso.

2.3. El supuesto de los herederos forzosos

Como sabemos, el artículo 723 del Código Civil establece que «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos».

En ese sentido, el artículo 724 del Código Civil le ha dado a los miembros de las uniones de hecho, el carácter de herederos forzosos y ha dispuesto que ellos se verán beneficiados con lo dispuesto por el

artículo 725, que establece el tercio de libre disposición para el causante que tenga hijos u otros ascendientes, o cónyuge o sea miembro de una unión de hecho.

Estas normas tienen un valioso contenido, en la medida de que se está protegiendo la calidad sucesoria del miembro de una unión de hecho, tanto como se venía protegiendo la del cónyuge.

2.4. Legítima versus condición de heredero

El artículo 730 del Código Civil subraya que la legítima del cónyuge es independiente de los gananciales que le corresponden por razón de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

Esta norma, ahora también se aplica a los miembros de las uniones de hecho.

2.5. El derecho a vivir en la casa-habitación

El artículo 731 antes sólo protegía al cónyuge en el supuesto por él contenido. Ahora también lo hace con respecto al miembro de una unión de hecho.

2.6. El orden sucesorio en las uniones de hecho

Al haberse equiparado los derechos sucesorios de los miembros de las uniones de hecho a los del cónyuge, necesariamente se tenía que efectuar una modificación en lo que respecta a los órdenes sucesorios.

Y así se ha hecho al modificar expresamente el artículo 816 del Código Civil, norma que trata acerca de los derechos sucesorios.

El referido artículo hoy tiene el texto siguiente:

> Artículo 816.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.
> El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Esto equivale a que debe entenderse que el título IV, relativo a la sucesión del cónyuge, artículos 822, 823, 824 y 825, ha sido modificado (como en efecto lo hace la Ley n.° 30007, artículo 4, al haber incorporado un último párrafo al artículo 326 del Código Civil), haciendo aplicables todos los preceptos de la sucesión del cónyuge a la sucesión del miembro de una unión de hecho.

2.7. Ampliación de actos inscribibles en el Registro Personal

Finalmente, el artículo 7 de la Ley n.° 30007 ha dispuesto que serán inscribibles en el Registro Personal «Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial». Esto, al haber agregado un inciso 10 al referido artículo 2030.

2.8. Problemas prácticos que conlleva la aplicación de la Ley n.° 30007

En principio, parecería fácil señalar que es miembro de una unión de hecho aquella persona que cumple con los requisitos que siempre estableció el artículo 326 del Código Civil; y que nosotros hemos estudiado en el rubro de antecedentes del presente trabajo.

No cabe duda de que habrá casos en los cuales no ofrecerá dificultad el determinar quién es miembro de una unión de hecho, pero habrá

otros en los que el tema sí resultará difícil de explicar, por las siguientes consideraciones.

Resulta claro que nadie que se encuentre unido en matrimonio, podrá hallarse incurso dentro del caso de las uniones de hecho, regulado por el artículo 326 del Código Civil.

Esto no representará dificultad alguna, así como tampoco el que la unión de hecho tenga que ser voluntaria.

Asimismo, el artículo 326 se encarga de establecer con claridad que los integrantes de la unión de hecho deberán ser un varón y una mujer, razón por la cual no resultan aplicables las disposiciones sobre sociedad de gananciales ni sobre derechos hereditarios, a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

En otras palabras, los problemas no estarán centrados en los requisitos que hemos indicado con los literales a), b) y c) en el punto 1 de este trabajo.

Advertimos que tales problemas sí podrán presentarse en lo que respecta a los requisitos d) y e). El primero de ellos relativo a que la unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; y el segundo, en el sentido de que ella debe haber durado, al menos, dos años continuos.

Vamos a ocuparnos del primero de tales requisitos.

Cuando la ley hace referencia a que la unión debe realizarse para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, no cabe duda de que el legislador estuvo pensando en el supuesto de que se trataba de una unión de hecho con carácter de exclusividad, así como el legislador ha entendido que el matrimonio conlleva una situación de exclusividad con respecto a los cónyuges.

Haciendo una analogía, si se puede decir que el matrimonio en la ley peruana sólo admite la existencia de dos cónyuges (ya que nadie puede estar casado más de una vez), es decir, tener más de un cónyuge a la vez, la unión de hecho se plantea en ese mismo sentido, es decir, con la idea de que nadie que se encuentre en una unión de hecho, tenga, a la vez, otra pareja también en unión de hecho.

Pero, de la teoría a la realidad en este aspecto hay un trecho muy grande, pues sí resulta plenamente posible que haya personas que, a la vez, mantengan más de una unión de hecho.

Es evidente que esas personas no podrían estar casadas con más de una persona, pues el derecho se lo impediría, pero los hechos, es decir, la realidad factual, no impide que alguien tenga, a la vez, más de una unión de hecho.

Todos, de seguro, conoceremos más de un caso y aquí tendríamos que preguntarnos si resultaría posible que una misma persona tenga diversos regímenes de sociedad de gananciales con, a su vez, diversos concubinos simultáneos.

Esto acarrearía problemas muy serios a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando, por cualquier razón, acabe la unión de hecho, ya que tendríamos que imaginar una liquidación por cada una de esas uniones, y sólo considerar dentro del patrimonio de la sociedad, aquellos bienes que fueron adquiridos con el esfuerzo común de la pareja y que, en ese sentido, tengan directa relación con esa sociedad de gananciales, fruto de la vida en común, precisamente, de esa pareja. Menudo problema.

Ésta es una posibilidad, pues la otra sería la de no considerar como sociedad de gananciales, a ninguna de las uniones de hecho existentes, ya que podría decirse que en ninguna de esas uniones el miembro de la unión de hecho que sea común a todas ellas, ha tenido la intención de

alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, en razón de que —claro está— ha incumplido el deber de fidelidad.

En este último caso, no hablaríamos de un régimen similar al de la sociedad de gananciales, sino de un régimen similar al de la separación de patrimonios, en el cual lo de cada quien, será de cada quien.

Tales consideraciones que pueden tener esta doble interpretación en materia del régimen de sociedad de gananciales, necesariamente van a tener que ser vistas desde una óptica distinta en el caso de la sucesión de los integrantes de las uniones de hecho.

Decimos esto, en razón de que si bien es admisible teóricamente en derecho, que se puedan liquidar varias sociedades de gananciales paralelas,[28] no necesariamente resultaría admisible que varios concubinos o miembros de una unión de hecho supérstites al causante, puedan ser equiparados al cónyuge supérstite para efectos sucesorios.

En este último caso, es claro que al no aceptar la ley peruana la existencia de más de un cónyuge a la vez, tampoco podría aceptar que en la sucesión, en el caso de las uniones de hecho, dos o más concubinos supérstites concurran a heredar en el lugar que ocuparía el cónyuge, si fuese el caso.

Es evidente que esta situación nunca se podría presentar cuando alguien hubiera muerto luego de tener sucesivas uniones de hecho en donde todas ellas hayan durado, al menos, dos años continuos.

Decimos esto, en razón de que los derechos sucesorios del concubino supérstite sólo son concedidos al último concubino, es decir, a aquél que mantenía una unión de hecho de al menos dos años continuos, con el causante.

---

[28] Nos referimos a la liquidación de regímenes de sociedades de gananciales paralelas, pues la liquidación de los regímenes sucesorios no resulta tema novedoso.

Ningún concubino anterior tendrá derecho a heredar; esto, más allá de que hubiese formado con cada uno de esos anteriores concubinos, uniones de hecho que generaron regímenes patrimoniales similares al de la sociedad de gananciales.

Lo que corresponderá en estas uniones de hecho y en la última, será liquidar las sociedades de gananciales, pero sólo el último concubino supérstite tendrá derechos hereditarios.

No obstante, como hemos dicho, no estamos refiriéndonos a este caso, sino a aquél en el cual exista una persona que, al momento de su muerte, haya tenido varias uniones de hecho vigentes, y todas ellas con una duración no menor de dos años continuos.

Dicho sea de paso, ello no está prohibido por la ley, pues ésta no prohíbe convivir con varias personas a la vez, cuando no se está casado.

Sólo prohíbe hacerlo cuando se ha contraído matrimonio con alguien.

Pero, si se es soltero, la convivencia múltiple, independientemente de razones de orden moral, es algo legalmente válido.

En ese sentido, y en razón de lo expuesto, no podríamos admitir la sucesión de más de un concubino o miembro de unión de hecho, pues si ése fuese el caso, tal persona no debería ser equiparada al cónyuge supérstite en materia de derechos hereditarios.

Ello sería algo así como una concurrencia de concubinos en materia hereditaria.[29]

---

[29] Recordemos que el Código Civil regula, en materias absolutamente distintas, otros tipos de concurrencia: la de acreedores de bien inmueble cierto (artículo 1135), la de acreedores de bien mueble cierto (artículo 1136), la concurrencia

En ese sentido, dicha concurrencia de derechos podría ser solucionada solamente de tres maneras:

a) Que hereden, prorrateando sus derechos, todos los concubinos supérstites.
b) Que herede el concubino que acredite haber tenido mayor posesión de estado y cuya situación hubiera tenido mayor similitud a la del matrimonio.
c) Que no herede ninguno de los concubinos.

Ya hemos manifestado nuestro parecer contrario a que la concurrencia de concubinos determine una concurrencia de derechos sucesorios.

Esta situación la consideraríamos contraria a las finalidades de la Ley n.° 30007 y estimamos que el derecho peruano no podría otorgar a varios concubinos supérstites, en conjunto, la posición sucesoria que tendría el cónyuge.

Del mismo modo, entendemos que la existencia de una multiplicidad de concubinos que concurran a reclamar derechos sucesorios, no podría hacer que los tribunales de justicia, por ese solo hecho, estimen que ninguno de ellos podrá acceder al beneficio otorgado por la Ley n.° 30007.

Esto significa que la sola concurrencia de concubinos o de miembros de uniones de hecho supérstites, no enervará la aplicación de los beneficios contenidos en la citada Ley.

Es así que, admitiendo que el tema resulta altamente opinable, nos permitimos adherir el criterio de que en casos como éstos, los tribunales de justicia sólo deberían otorgar derechos hereditarios a un concubino supérstite.

---

de arrendatarios (artículo 1670) y la concurrencia de cesionarios (en el lamentablemente derogado artículo 1217).

Pero, creemos que lo expresado requiere de una mayor explicación.

Ante todo, estimamos que sólo podrían ser considerados como miembros de una unión de hecho, en estos casos, quienes en verdad hayan tenido posesión de estado con el causante, que hubiese sido similar a la que se genera con el matrimonio, lo que conlleva necesariamente a tener un hogar en común, con independencia de si se han procreado o no hijos en esa relación.

Decimos esto, pues para tales efectos deben ser rechazadas todas aquellas relaciones que tengan un obvio carácter de eventualidad, vale decir, todas aquellas relaciones en las cuales, haya o no haya habido hijos, no se haya convivido en un hogar común, lo que equivale a decir que no se haya convivido como si estuvieran casados.

Ello significa que las relaciones sexuales o encuentros sexuales esporádicos no califican de manera alguna dentro de los alcances del artículo 326, ni para efectos de un régimen patrimonial similar al de la sociedad de gananciales, ni para efectos de derechos sucesorios concubinarios.

Como podrá apreciar el lector, este razonamiento descarta infinidad de relaciones, pues el día sólo tiene 24 horas y, *generalmente*, no se puede convivir con dos personas a la vez.

Hemos resaltado la palabra *generalmente*, en la medida de que hay casos excepcionales en donde una persona, mal que bien, podría convivir, aunque sea de manera precaria, con dos o más personas.

Es el típico caso de aquel hombre que desarrolla sus labores en dos ciudades diferentes y que ha constituido uniones de hecho en cada una de ellas.

Este caso es complejo, pues, probablemente pasará similar número de días en cada ciudad viajando realmente por razones laborales.

Éste es el caso más complicado, pues, en verdad cada una de esas uniones se parecería muchísimo a aquélla constituida por el matrimonio y ambas uniones de hecho tendrían carácter estable.

Naturalmente, podríamos pensar en alguna persona más osada y que haya constituido no sólo dos, sino tres o más uniones de hecho con similar carácter, en diversas ciudades o incluso, en la misma ciudad.

No obstante, como podrá apreciar fácilmente el lector, conforme más uniones de hecho existan, si el tiempo se repartiera por igual en cada una de ellas, tales uniones no tendrán parecido alguno con el matrimonio. Se parecerán más bien a encuentros de carácter esporádico.

Entonces, ante una pluralidad de uniones de hecho, y en caso de concurrencia de concubinos con vocación hereditaria, somos de opinión de que los tribunales deberían hacer prevalecer aquella unión de hecho más estable y que se parezca más a la unión matrimonial.

Es verdad que luego de este análisis podríamos encontrarnos con supuestos en los cuales dos uniones de hecho tengan grandes parecidos con los efectos prácticos de la unión matrimonial. En estos casos, los tribunales de todas maneras tendrían que decidir entre una y otra; y, para tal efecto, ensayamos algunos criterios de solución:

a) Se podría preferir la unión más antigua.

   Se trata solamente de un orden prelatorio, pero el mismo tendría fundamento, ya que si se tratase de una unión más antigua, sería obvio que hubiese durado más tiempo que la otra unión de hecho, pues ambas habrían terminado con la muerte del concubino-causante.

b) Se podría pensar en aquella unión de hecho en donde se hubiesen procreado más hijos.

c) Sin embargo, no creemos que ésta deba ser la solución, pues el tener o no tener hijos no depende de falta de afecto (ni siquiera de que el mismo esté presente). Se puede querer mucho a una persona con la cual uno no tenga hijos.

Es en razón de tales consideraciones que descartaríamos este criterio.

Se podría tomar en cuenta el criterio de la buena fe.

De acuerdo a este criterio, sólo deberían entrar en juego aquellas uniones de hecho que compartan las características del matrimonio, y que hayan partido de la buena fe del concubino supérstite, es decir, que cuando se iniciaron dichas uniones de hecho, el concubino supérstite no haya conocido que el concubino ahora fallecido, era parte de otra unión de hecho.

Sin duda, si aplicáramos este criterio, siempre entraría en juego el concubino de la unión de hecho más antigua, disputando el lugar de preferencia con los demás concubinos de buena fe.

No obstante, también descartaríamos este criterio de preferencia, en razón de que es muy difícil probar la buena fe y, fundamentalmente, porque no existe norma legal alguna que prohíba iniciar una unión de hecho con alguien que (siendo soltero, divorciado o viudo) es miembro de otra unión de hecho y que —incluso— la mantenga en paralelo con la segunda.

En razón de lo expuesto, nos parece que el criterio de antigüedad de la unión de hecho debería primar a efectos de preferir al concubino supérstite para concederle derechos hereditarios; ello, naturalmente, asumiendo que todos esos concubinos deberían tener una situación de igualdad de preferencia por parte del miembro de la unión de hecho

que hubiere fallecido y que constituya el causante de cuya sucesión estemos hablando.

Es en razón de esta probanza, que la Ley n.° 30007, en su artículo 8, ha modificado el inciso 4 del artículo 425 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, cuando señala que debe acompañarse a la demanda «la prueba de la calidad de heredero, cónyuge o, en su caso, de integrante sobreviviente de la unión de hecho, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea, o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses, y en el caso del procurador oficioso…».

Eso significa que a la demanda judicial para ser declarado heredero, el concubino supérstite deberá acompañar el título que acredite su condición de integrante sobreviviente de la unión de hecho.

No cabe duda de que el caso más sencillo sería aquél en que se acompañe a la solicitud, la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal, conforme a la modificación incorporada por el artículo 9 de la Ley n.° 30007 al artículo 831 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

No obstante, el tener registrada la unión de hecho en el Registro Personal no es, en absoluto, algo definitivo.

Decimos esto, en la medida de que bien podría estar inscrita una unión de hecho en el Registro Personal y haber fenecido la unión de hecho en razón de la separación de los concubinos, a pesar de lo cual continúe inscrita dicha unión en el Registro Personal.

Y si éste fuera el caso y se produjera la muerte de uno de los concubinos, es obvio que los demás herederos o el nuevo miembro de una unión de hecho que cumpla con los requisitos señalados por el artículo 326 del Código Civil, podrán hacer valer sus derechos; en el primer

caso, a efectos de no compartir la masa hereditaria, con quien tiene la unión de hecho inscrita en el Registro Personal (pero que hoy carece del derecho a heredar); y en el segundo, para ocupar el lugar de esa persona en la sucesión del concubino.

Lo expresado significa que si bien es importante que las uniones de hecho puedan estar inscritas en el Registro Personal, a efectos de la contratación con los concubinos y, sobre todo, para la disposición de bienes comunes, al existir entre ellos un régimen similar al de la sociedad de gananciales, ello no será definitivo ni para efectos de tal régimen patrimonial (pues, la sociedad habría podido fenecer en razón de la desaparición de la unión de hecho); ni mucho menos para efectos sucesorios, pues como hemos visto, es plenamente atacable y discutible la calidad de heredero del concubino inscrito en el Registro Personal, no sólo por haberlo dejado de ser, sino porque pudiera haber otra persona que también ostentara la calidad de concubino y que, como hemos visto en este trabajo, pueda discutir con éxito tal condición en los tribunales y ser preferida en prelación de derechos sucesorios por sobre aquel concubino que tenía inscrita la unión de hecho en el Registro Personal al momento de la muerte del concubino-causante.

2.9. Normas complementarias

La Ley n.° 30007 también establece en su artículo 10, la modificación de los artículos 35, 38 y del inciso 4 del artículo 39 de la Ley n.° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No-Contenciosos.

Dichas normas han quedado con los textos que se consignan a continuación:

> Artículo 35.- Solicitud.- La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá:
> 1. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley;

2. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario, y;
3. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

Artículo 38.- «Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

Artículo 39.- Requisitos.- La solicitud debe incluir:
[…]
4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme;
[…].

Lima, junio del 2013

La prueba de los daños y perjuicios

Señores profesores, estimados colegas, queridos estudiantes,

1. Palabras liminares

Al empezar estas palabras, debo manifestar mi complacencia con el hecho de que nuestra Casa de Estudios, la Pontificia Universidad Católica del Perú, haya organizado este Congreso de Derecho Civil, que reúne a tan ilustres profesores nacionales y extranjeros.

El evento constituye una reafirmación de la importancia del Derecho Civil y de su permanente vigencia en la sociedad y en la vida de las personas.

Voy a hacer uso de la palabra en relación al tema de la prueba de los daños y perjuicios, el mismo que considero medular, no sólo por su importancia en el propio Derecho Civil, sino porque representa un notable punto de conexión con el Derecho Procesal, del que necesariamente se van a servir abogados, jueces y árbitros, a efectos de acreditar tales daños y perjuicios.

En ese sentido, mi exposición versará fundamentalmente sobre el referido tema, partiendo del entendido de que en todos los casos en que

---

* Discurso pronunciado en el Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre del 2013.

trataremos acerca de él, se encontrarán presentes los otros factores de atribución de la responsabilidad.

Debo precisar también que mi exposición se centra en la prueba de los daños y perjuicios en sede de inejecución de obligaciones, aunque, por razones obvias, seguramente varios de esos conceptos, podrían también aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual.

2. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA

En primer término, debemos analizar cuál podría ser la naturaleza de la prestación incumplida, pues ello será determinante a efectos de la probanza de los daños y perjuicios que se aleguen.

Apreciaremos también, cómo el propio Código Civil, en muchos casos centra el tema indemnizatorio, estableciendo pautas para encaminar el reclamo respecto de determinados bienes o prestaciones.

En ausencia de disposición legal, estableceremos cuáles deben ser las pautas al respecto.

2.1. En las obligaciones de dar

En materia de obligaciones de dar bienes ciertos, el deudor incurrirá en incumplimiento en la medida de que no entregue el bien determinado en el título constitutivo de la obligación, conforme al artículo 1132 del Código Civil.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor afectado deberá probar los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega de ese bien cierto.

Si se tratara de una obligación de dar bienes inciertos, en la que se hubiese indicado al menos la especie y cantidad, según lo previsto por

el artículo 1142 del Código Civil, la elección corresponderá al deudor, salvo que resultara lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (artículo 1143, primer párrafo, del Código Civil).

El deudor incurriría en incumplimiento si escogiese y entregase bienes de calidad inferior a la media. De igual modo, si la elección corresponde al acreedor, éste incumpliría la obligación si escoge bienes de calidad superior a la media.

Si las partes hubiesen deferido la elección a un tercero y éste no escoge bienes de calidad media, también estaría incurriendo en incumplimiento (artículo 1143, segundo párrafo del Código Civil).

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1144, si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponderá al acreedor; aplicándose igual regla, pero a la inversa, cuando la elección deba practicarla el acreedor. Si quien omite efectuar la elección es un tercero, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigirle el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

En todos estos casos la prueba de los daños y perjuicios corresponderá a quien alegue haberlos sufrido.

Es lógico pensar que en este tipo de obligaciones, por lo general, quien incumpla no sólo con la elección de los bienes inciertos, sino con su ulterior entrega, será el deudor.

No obstante, de lo expuesto queda claro que el acreedor puede salvar una parte de ese incumplimiento, recurriendo a la elección por defecto. Sin embargo, dicho acreedor no podrá suplir la ausencia de entrega del bien por parte del deudor.

Nótese que en estos casos, tanto en aquéllos en que la elección correspondía al deudor y la hizo el acreedor por defecto, como aquellos otros en los cuales la elección correspondía ser hecha por el acreedor o un tercero y habiendo sido realizada por éstos, el bien no fuera entregado por el deudor, el acreedor deberá centrar su reclamo de daños y perjuicios derivados de la falta de entrega del bien escogido, pues ya se trataría de un bien cierto.

Por su parte, en materia de obligaciones de dar bienes fungibles, es el deudor quien debe realizar la individualización del bien —salvo que se hubiera pactado algo distinto—.

En caso de que no se individualizara el bien o, a pesar de haberlo sido no se entregara, el acreedor tendría —entre otras medidas— expedito su derecho para solicitar la ejecución forzosa, así como reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de dicha obligación. En este tipo de obligaciones, el reclamo de daños y perjuicios será más fácilmente previsible que en los bienes inciertos, pues en los bienes fungibles todos los individuos son iguales.

Por lo demás, tanto en las obligaciones de dar bienes inciertos como en las de dar bienes fungibles, resultará difícil imaginar que ellas se incumplan por perecimiento de toda la especie, ya que comúnmente estamos hablando de especies de número ilimitado —salvo que se trate de una especie de número reducido, caso en el cual nos encontraríamos ante las obligaciones denominadas *unum de certis* o *incertum ex certis*, que, como sabemos, tienen solución jurídica distinta en caso de perderse toda la especie—.

Así, si la especie se perdiera sin culpa de las partes, el deudor no deberá indemnización alguna al acreedor (*periculum est debitoris*); si la especie pereciera por culpa del acreedor, es obvio que éste no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios, pero el deudor sí tendrá derecho a ellos, tanto en lo que respecta a la contraprestación pactada, si la hu-

biere, como con respecto a la propiedad de dichos bienes, si es que la especie hubiese pertenecido al deudor.

2.2. En las obligaciones de hacer

Como es evidente, la obligación de hacer debe ejecutarse conforme a lo establecido en su título constitutivo, de acuerdo al principio de identidad y a un cumplimiento normal y de buena fe de la prestación.

Sin embargo, precisa recordarse que la ley, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1150 y 1151 del Código Civil, establece que el incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por una serie de medidas, que pasan —en términos generales— por exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; o por dejar sin efecto la obligación.

En los casos previstos por los mencionados artículos, en adición al camino por el que opte el acreedor, éste también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda (artículo 1152).

Es claro que en estas obligaciones la valoración de los daños y perjuicios en algunos supuestos se puede tornar algo más complicada que en las obligaciones de dar.

Por lo general, la experiencia enseña que, tanto en las obligaciones de dar, como en aquéllas de hacer que concluyen en un dar, la prueba de los daños y perjuicios suele ser menos compleja, en tanto y en cuanto, finalmente, los tribunales pueden valorar un objeto material o una producción intelectual tal como debió quedar terminada o entregada.

En este sentido, esa construcción de un escenario sobre la base de un objeto susceptible de ser imaginado por los jueces, cuya ausencia de

entrega cause daños y perjuicios, es más fácil de asumir a la mente humana que el valorar la no realización de una actividad que no concluiría con la entrega de un bien.

No obstante, esto no significa que el incumplimiento de las obligaciones de hacer no pueda ser probado en muchos casos con exactitud por parte del acreedor perjudicado, en tanto dicho acreedor se encuentre en capacidad de acreditar el daño emergente y/o el lucro cesante padecidos.

En sede de obligaciones de hacer, resulta necesario tener presente lo señalado por el artículo 1153, sobre el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, sin culpa del deudor; y las normas relativas al riesgo por imposibilidad de ejecución de la prestación por culpa del deudor (artículo 1154), por culpa del acreedor (artículo 1155) y sin culpa de las partes (artículo 1156); además de las consecuencias previstas para el caso en que el deudor obtuviera una indemnización o adquiriese un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida (artículo 1157).

2.3. En las obligaciones de no hacer

Sobre las obligaciones de no hacer, diremos que todas ellas deben cumplirse con estricta abstención de aquello a lo que uno se ha obligado.

Debemos recordar que el Código Civil establece en su artículo 1158 que el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor; o por dejar sin efecto la obligación; todo ello, sin perjuicio de la correspondiente indemnización a que hubiere lugar (argumento del artículo 1159 del Código Civil). Adicionalmente, y por remisión, se aplican los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157 del mismo Código.

No nos cabe duda de que en las obligaciones de no hacer la probanza de los daños y perjuicios no siempre será fácil.

Ante todo, habrá que probar el incumplimiento del deudor, vale decir, que hizo aquello que no debía.

En algunos casos, la probanza de tal incumplimiento será relativamente sencilla y en otros no.

Por ejemplo, en una obligación de no suministrar determinados productos a la competencia, bastará probar la existencia de tales productos elaborados por el deudor en los almacenes de la competencia, para acreditar el incumplimiento de la obligación.

En otros supuestos, ello será complicado, como en el caso del deudor que se ha comprometido a guardar en secreto los avances de una investigación científica que se viene realizando en un laboratorio.

En estos casos, el hecho de que tales conocimientos se encuentren en poder de terceros, no necesariamente acreditaría el incumplimiento del deudor, pues tales secretos pudieron haberse filtrado a través de otras vías.

Pero, si se llegara a probar que el autor de tales filtraciones de información es el deudor, se le podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos.

3. El incumplimiento en las obligaciones de objeto plural

3.1. En las obligaciones conjuntivas

En las obligaciones conjuntivas, el deudor cumple ejecutando todas las prestaciones que constituyen objeto de la obligación.

Si se produjera un incumplimiento total o parcial sin culpa de las partes, el deudor no será responsable por dicho incumplimiento; en tanto que si el incumplimiento obedeciera a culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho a recibir el pago de la contraprestación pactada, si la hubiere.

Finalmente, si el incumplimiento total, obedeciese a culpa del deudor, éste tendrá que indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de todas las prestaciones; y, naturalmente, el acreedor no tendrá que pagar al deudor contraprestación alguna.

Si el incumplimiento del deudor fuese parcial, por causa imputable a él, quedará en manos del acreedor decidir si acepta un cumplimiento parcial o si tal cumplimiento parcial no le resulta de utilidad, dando la obligación por no ejecutada. En el primer caso, el acreedor deberá probar los daños y perjuicios que le causen las prestaciones incumplidas, en tanto que en el segundo, el acreedor deberá probar, como es obvio, los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de todas las prestaciones.

3.2. En las obligaciones alternativas

En las obligaciones alternativas, el Código brinda un tratamiento bastante pormenorizado de los supuestos de imposibilidad de una o más prestaciones por culpa del deudor.

Así, si todas las prestaciones son imposibles por su culpa, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere y pagar la indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

En caso sólo algunas prestaciones resulten imposibles, el Código no establece que el deudor deba pagar indemnización alguna, ya que como él debía realizar la elección, se limitará a escoger entre las subsistentes.

De otro lado, cuando la elección de la prestación corresponda al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de todas las prestaciones por causas imputables al deudor, hace que la obligación quede resuelta y éste deba devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y, asimismo, debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

En cambio, si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

3.3. En las obligaciones facultativas

Como se recuerda, conforme al artículo 1168 del Código Civil, la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.

Habida cuenta de que en las obligaciones facultativas no se va a realizar una elección propiamente dicha, si el deudor incumpliere con ejecutarla por su culpa, tendrá que indemnizar al acreedor, estimándose los daños y perjuicios en base a la prestación principal.

Decimos esto, en razón de que el deudor nunca intentó cumplir con la pretensión accesoria. Simplemente no cumplió.

Distinto sería el caso en el cual, el deudor haya optado por cumplir con la prestación accesoria y haya realizado un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la misma.

En este caso nos resulta difícil pensar que la indemnización de daños y perjuicios se deba calcular en función de la prestación principal, pues ella no fue objeto de incumplimiento.

En ese sentido, al tratarse de un cumplimiento de estas características, el mismo deberá ser apreciado en función a la prestación accesoria, que es, precisamente, aquélla que, de una u otra manera, fue ejecutada.

4. EL INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE SUJETO PLURAL

4.1. En las obligaciones divisibles y mancomunadas

Si nos encontrásemos ante una obligación divisible y mancomunada, le serían aplicables las normas de las obligaciones divisibles (artículos 1172, 1173 y 1174), ya que las obligaciones mancomunadas no tienen normas propias, sino solamente un precepto de remisión (el artículo 1182), el mismo que establece que las obligaciones de esta naturaleza se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Por tales consideraciones, en una obligación divisible y mancomunada —al estar obligado cada uno de los codeudores sólo por su parte—, tanto el cumplimiento como el incumplimiento se circunscriben a las relaciones personales de cada uno de los deudores que cumple o incumple, no repercutiendo la indemnización de daños y perjuicios a que eventualmente hubiere lugar, sobre quienes sí cumplieron con la parte que les correspondía.

En tal sentido, el acreedor perjudicado deberá probar exclusivamente los daños y perjuicios que le hubiese causado el deudor incumpliente.

4.2. En las obligaciones divisibles y solidarias

Si se tratara de una obligación divisible y solidaria, serían de aplicación los preceptos de la solidaridad, ya que la fortaleza de esta institución es

incompatible con la debilidad de los principios propios de una obligación divisible.

En tal sentido, resulta aplicable la doctrina que inspira el artículo 1195 del Código Civil; es decir, que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores, determina que éstos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables sólo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida. Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán dicha indemnización.

4.3. En las obligaciones indivisibles y mancomunadas

Las obligaciones indivisibles y mancomunadas se rigen, además de las normas propias de las obligaciones indivisibles, por una serie de preceptos (los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204 del Código Civil), que si bien se hallan ubicados en el título de las obligaciones solidarias, son normas comunes a las obligaciones indivisibles, en virtud de lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1181 del referido cuerpo legal.

Sin embargo, si se tratara de una obligación indivisible y mancomunada, sería aplicable el artículo 1180 —norma propia de la indivisibilidad—; el mismo que prescribe que la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios, quedando obligado cada uno de los deudores culpables por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables sólo contribuirán con la parte de la indemnización proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida. Empero, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

4.4. En las obligaciones indivisibles y solidarias

El segundo párrafo del artículo 1181, precepto relativo a las normas aplicables a una obligación indivisible y solidaria, establece (pecando por exceso y por defecto) que en estos casos —con excepción del artículo 1177— rigen las reglas de la solidaridad.

Por ello, si estuviésemos ante una obligación indivisible y solidaria, en materia indemnizatoria serían aplicables los principios previstos por el artículo 1195, que acabamos de explicar con ocasión del análisis del incumplimiento en las obligaciones divisibles y solidarias, razón por la cual nos remitimos a lo allí expresado.

5. ¿Quién debe probar el incumplimiento?

Conforme a la regla general del artículo 196 del Código Procesal Civil, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

En materia de inejecución de obligaciones, el Código Civil contempla una regla especial, la misma que parte de establecer una presunción. Así, el artículo 1329 señala que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor. No obstante, el acreedor perjudicado deberá probar el incumplimiento, a menos que se trate de una prueba diabólica, caso en el cual la carga de la prueba corresponderá al deudor; en tanto la alegación de incumplimiento corresponde siempre al acreedor.

Como sabemos, la inejecución de una obligación puede obedecer a causas no imputables al deudor, como el caso fortuito, la fuerza mayor o haber incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria

requerida por las circunstancias; o provenir de causas imputables al propio deudor, tales como dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

No obstante, la regla de la experiencia enseña que en la mayoría de casos, cuando se incumple una obligación, tal incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor y, generalmente, tal causa imputable es el dolo, lo que en derecho de obligaciones significa el incumplimiento deliberado de la prestación.

No obstante, el legislador civil ha sido lo suficientemente considerado, estableciendo sólo la presunción de culpa leve en contra del deudor, de manera tal que este último, para liberarse de tal presunción, deberá probar que su incumplimiento obedeció a una causa no imputable; en tanto que el acreedor, si desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá acreditar que el incumplimiento de éste obedeció a culpa inexcusable o dolo.

Decimos esto, por cuanto el artículo 1321 establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; pero la norma agrega que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que, como lo establece el artículo 1330 del Código Civil, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En ese sentido, podríamos agregar que la prueba de descargo de responsabilidad, en el sentido de que la obligación se incumplió por causa no imputable al deudor, corresponderá a este último.

6. La prueba de los daños y perjuicios

Ya en lo que respecta a la prueba de daños y perjuicios y de su cuantía, diremos que ella siempre corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Esto no podría ser de otra forma, en la medida de que el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios, constituye la alegación de un hecho concreto (en este caso, el haber sufrido tales daños y perjuicios), razón por la cual la prueba de los mismos corresponde a aquél que invoca tal pretensión. Lo propio podemos decir en cuanto a la prueba de la cuantía de tales daños y perjuicios.

Nos encontramos, entonces, ante un tema de medular importancia, pues en todos estos casos rige el principio general, en el sentido de que aquél que alega un hecho, debe probarlo.

Las partes en litigio deben tener claro que ni las leyes procesales ni el Código Civil establecen alguna norma que señale alguna presunción a favor del perjudicado, a efectos de que se le conceda algún monto indemnizatorio.

En otras palabras, la cuantía de la indemnización no se presume; se prueba.

Y esta afirmación se extiende tanto a lo atinente a las indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales como a las indemnizaciones por daño moral.

Es verdad que en estos últimos casos, por lo general, será más difícil la probanza, pero la parte que pretenda tal indemnización deberá tomar los cuidados procesales del caso, a efectos de acreditar con todos los medios probatorios que estén a su alcance, tanto la existencia del daño, como la cuantía de la indemnización.

Ahora bien, hay casos en los cuales la parte que plantea esta pretensión logra probar de manera fehaciente la existencia de los daños y perjuicios, mas no tiene la misma suerte con la acreditación de su cuantía.

Para estos casos, el Código Civil ha contemplado una norma específica, el artículo 1332, el mismo que establece que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Queda muy claro que esta última mención al juez, también es aplicable a los árbitros, en función de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, que establece que a partir de su entrada en vigencia todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse hechas con respecto a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

Es así que en cuanto a la probanza en materia indemnizatoria, los árbitros también gozan de la facultad concedida a los jueces por el artículo 1332 del Código Civil.

Esta norma es uno de los preceptos de mayor utilidad tanto en los procesos judiciales como arbitrales, pues, como lo vengo sosteniendo desde hace varios años, constituye la última tabla de salvación de la justicia, cuando el perjudicado por los daños y perjuicios puede probar fehacientemente la existencia del daño, pero no su cuantía.

De no existir esta norma, los tribunales deberían declarar infundada la pretensión indemnizatoria. El artículo 1332 faculta, en el fondo, a que dicha pretensión sea declarada fundada en parte, concediendo los jueces el monto indemnizatorio que consideren conveniente, utilizando —claro está— criterios de orden subjetivo, habida cuenta de que los criterios objetivos de probanza en materia indemnizatoria no fueron

suficientes como para que el acreedor de tales daños y perjuicios logre acreditar la cuantía exacta de su pretensión.

Pero, ¿siempre habrá que probar la existencia de daños y perjuicios?

Si bien es cierto, la regla general parte de una respuesta afirmativa, en verdad, el Derecho Civil nos plantea en esta materia casos de excepción.

El supuesto central está constituido por la cláusula penal.

En los sistemas que optan por la inmutabilidad de la cláusula penal, no cabe demandar la reducción ni el aumento de la penalidad, razón por la cual tampoco tendrá sentido probar una cuantía de daños y perjuicios menor o mayor que la penalidad pactada; ello, por una razón muy simple: el monto a pagar ya está establecido y no se podrá variar.

Lo propio podríamos decir en los casos en que la penalidad inmutable haya sido establecida por la ley.

Si el sistema permite la reducción de la penalidad, como ocurre en el caso peruano (artículo 1346), se tendrá que probar el monto exacto de los daños y perjuicios sufridos, luego de haber acreditado la existencia del supuesto de hecho que amerite tal reducción (pena manifiestamente excesiva o que la prestación haya sido cumplida en parte o de manera irregular).

Ello equivale a decir que en el proceso se deberá acreditar el monto de los daños y perjuicios, con lo cual se va a desarrollar toda una actividad probatoria con respecto a tales montos, en donde el deudor tratará de demostrar que son mucho menores a la penalidad pactada, y el acreedor, en buena cuenta, tratará de probar que los daños y perjuicios reales son mayores o que, al menos, equiparan el monto de la cláusula penal convenida.

Algo similar ocurriría si el sistema de la cláusula penal permitiese no sólo la reducción, sino el aumento de la penalidad.

No olvidemos que el Código nacional establece en materia de penalidades la posibilidad de estipular la indemnización del daño ulterior (artículo 1341), caso en el cual nos encontraríamos en un supuesto similar al que acabamos de mencionar.

Ahora bien, deberíamos preguntarnos si la prueba de los daños y perjuicios también debe acreditarse en caso se tratare de una situación evidente, como sería la destrucción de un edificio por un acto negligente de la empresa constructora, que haya sido televisado; o que se trate de un hecho de pública notoriedad.

Consideramos que en el primer caso, de todas maneras habría que probar que el hecho resulta evidente y, en el segundo, que es de pública notoriedad; pero en ambos casos, el perjudicado por el incumplimiento del deudor no estará eximido de la actividad probatoria propia de esta materia.

7. Facilidad o dificultad probatoria

Si uno efectuara la clásica distinción entre daños patrimoniales y morales, no cabe duda de que la probanza de los daños y perjuicios, resulta más fácil en los daños patrimoniales, pues se trata de cuestiones tangibles, materializadas por la ausencia de cumplimiento, ya sea en la entrega de cosas, la prestación de servicios o abstenciones.

Con mayor o menor grado de dificultad, resulta claro que el daño patrimonial es más fácil de probar que el daño moral.

Y dentro de los daños patrimoniales, si los dividimos en daño emergente o lucro cesante, por lo general, probar el daño emergente es más

sencillo que hacerlo con respecto al lucro cesante, ya que hablamos de la afectación concreta al patrimonio preexistente de una persona.

Por el contrario, el lucro cesante muchas veces resulta más complicado de probar, pues implica una cierta adivinación del futuro, habida cuenta de que en ocasiones no es seguro que hubiese ocurrido aquello que se invoca, como que se pudo obtener y no se obtuvo.

No obstante, también hay casos de lucro cesante en donde la probanza será relativamente sencilla, como cuando se trata del incumplimiento de contratos con prestaciones conjuntivas, como es el caso típico del arrendamiento, en lo que respecta a la obligación del arrendatario, consistente en el pago de la renta.

En este caso, la prueba del lucro cesante es fácil, en la medida de que habrá que hacer un cálculo matemático muy simple, multiplicando los meses impagos de renta, por el monto de la renta pactado entre las partes.

Otro ejemplo en el que se probará fácilmente los perjuicios, será aquél en el cual tales perjuicios estuviesen constituidos por los intereses legales moratorios de una suma dineraria adeudada, los mismos que, de acuerdo a la legislación nacional, constituirán la indemnización total que percibirá el acreedor, a menos que se hubiese pactado la cláusula de indemnización del daño ulterior.

No ocurrirá lo mismo, por ejemplo, si se tratare de un taller de reparaciones de vehículos que incumpla con reparar oportunamente el automóvil de una persona que hace taxi de manera esporádica e informal.

Como es evidente, en este caso, al tener tal condición, el taxista no otorgará ni boleta ni factura a sus clientes, con lo cual, la alegación de daños y perjuicios por la demora del taller, seguramente terminará en

la consideración absolutamente subjetiva del juez y en la aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

Sin duda, habrá casos aún más complejos, como aquél en el cual una empresa haya incumplido con la entrega a otra, de la maquinaria que iba a constituir una nueva línea de producción de helados para este próximo verano.

¿Cuál será el lucro cesante? ¿Cuánto habrá dejado de ganar la fábrica de helados?

Pues, será muy difícil saberlo, en la medida de que se trataría de construir un futuro que tal vez nunca hubiese existido, pues nada garantiza que las pretensiones de expansión de mercado de dicha fábrica, se hubiesen hecho realidad. Tal vez hubiesen fracasado rotundamente o, por el contrario, hubiesen tenido un éxito rotundo.

Sólo un aumento sostenido y debidamente probado de la producción de helados de dicha fábrica en los últimos años, podría garantizar que los jueces hicieran convicción sobre la existencia de tales daños y perjuicios; pero aun así, la cuantía de los mismos, siempre quedaría —en última instancia— a criterio de la magistratura.

En lo que respecta al daño moral en la inejecución de obligaciones contractuales, la experiencia de los tribunales de justicia, tanto en sede judicial como arbitral, enseña que el mismo es frecuentemente alegado, pero casi nunca probado. Y no olvidemos que, de acuerdo al régimen legal peruano, para poder obtener alguna indemnización en esta materia, es indispensable probar la existencia del daño, probanza que recién autoriza a los jueces y árbitros a aplicar el artículo 1332, relativo a la valoración equitativa de los daños y perjuicios.

En ese sentido, consideramos que, de acuerdo a la legislación nacional, no es posible flexibilizar la probanza de la existencia del daño

moral, pero sí consideramos que resultará más complicado probar la cuantía exacta del mismo.

¿Pero cómo valorizarlo?

En la historia del derecho civil se han esbozado múltiples teorías.

En ese sentido, algunas teorías pasan por tomar como referencia para su valoración, la del daño patrimonial padecido en el mismo caso por el incumplimiento de la misma obligación.

Sin embargo, tales teorías adolecen de un vicio de partida importante, ya que hay casos en los cuales se aprecia la existencia de considerables daños patrimoniales, pero los daños morales no guardan proporción alguna con aquéllos.

Dentro de tal orden de ideas, no es posible aplicar un efecto espejo en cuanto a la valoración de unos y otros. Por lo demás, si esta teoría se tuviese que aplicar, queda claro que bastaría con probar el daño patrimonial y dejar de probar el daño moral, y, de todas maneras, se deberían declarar fundadas ambas pretensiones.

Esto equivaldría a decir que el acreedor cobraría injustamente el doble de aquello que se le debe.

Otro criterio muy difundido para valorizar el daño moral, es el referido a cuantificarlo en relación a la gravedad de la falta.

Esta tesis parte de la idea de estimar indemnizaciones mayores, cuando el daño moral hubiese sido causado por dolo, disminuyendo los montos indemnizatorios, cuando el mismo haya sido causado por culpa inexcusable, y disminuyéndolos aún más, cuando hubiere sido causado por culpa leve.

Dicha tesis resulta profundamente equivocada, en la medida de que en sede de inejecución de obligaciones, lo que se indemniza son los daños y perjuicios realmente causados y no la gravedad de la acción del incumplimiento o factor de atribución.

Otro criterio entiende que el daño moral debe ser valorizado de acuerdo a la conciencia social media.

No discrepamos del todo de esta tesis; no obstante lo cual, ella se aleja de la situación concreta, en la medida de que la valorización del daño moral no debe darse en abstracto, sino en concreto, para el caso del incumplimiento específico frente al que nos encontremos.

Otra teoría es la de los placeres compensatorios, la misma que sostiene que la indemnización dineraria debe ser equivalente al valor del dolor sufrido.

En otras palabras, el placer compensatorio consiste en que, al haber violado un derecho del acreedor (ya que se le ha causado un daño moral injusto e ilegal), y considerando que tal daño no resulta susceptible de ser resarcido en especie, dado que su consumación conllevó a que el acreedor haya visto violentados definitivamente sus derechos, dicho acreedor deberá ser beneficiado por el derecho con una prestación indemnizatoria que, obviamente, no sustituirá el daño moral causado, pero proporcionará al afectado la posibilidad de disfrutar con el monto de tal indemnización, otros placeres que le lleven a «olvidar» tal daño.

De ahí el nombre de «placeres compensatorios».

No dudamos de que en el fondo toda indemnización por daño moral, implica la satisfacción de un placer compensatorio, pero discrepamos en el sentido de considerar que la finalidad del resarcimiento sea ésa.

El resarcimiento no tiene por finalidad brindar otro placer; sólo tiene como objetivo resarcir el daño moral causado.

Esto significa que si tal resarcimiento indemnizatorio ocasiona de manera indirecta que el acreedor moralmente afectado disfrute del mismo en distintos sentidos, ello deberá considerarse irrelevante para efectos de la calificación de la finalidad de tal indemnización.

Finalmente, debemos manifestar a este respecto que coincidimos con el criterio de la prudencia judicial, habida cuenta de que todos los medios probatorios que aporten hacia la probanza de un daño moral fruto del incumplimiento de obligaciones, tendrán que ser valorados en conjunto por los magistrados; y determinar en qué medida ellos, exclusivamente, prueban la existencia de los daños alegados, o si a lo mejor, concurrieron o pudieron concurrir otros factores.

La experiencia vivida en la actividad arbitral me enseña que, de los pocos casos en que los tribunales amparan en el Perú el daño moral en controversias entre empresas, en esos pocos casos la cuantía de los daños y perjuicios, queda a libre criterio de los tribunales.

Como podemos apreciar, finalmente, los montos indemnizatorios son aplicados por los tribunales, conforme a la regla del artículo 1332, en base a fundamentales criterios de justicia.

Por lo demás, esta solución atiende al objetivo de no dejar desprotegida a la víctima, por lo que, probados los elementos de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, entre ellos, el daño, pero no su monto preciso, los tribunales no pueden dejar de impartir justicia.

8. Medios probatorios aceptados

En materia de la prueba de los daños y perjuicios no existe restricción alguna que impida aplicar las reglas generales del Código Procesal Civil.

En tal sentido, deberá tenerse en cuenta que los medios probatorios tendrán por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes; producir certeza en los tribunales respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188 del Código Procesal Civil).

Asimismo, resultará aplicable el principio de legalidad, recogido por el artículo 191 del referido cuerpo legal, que establece que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en ese Código, son idóneos para la finalidad prevista en el artículo 188.

En otras palabras, y dado que no vamos a analizar el régimen probatorio del Código Procesal, diremos que en materia de la prueba, tanto del incumplimiento como de los daños y perjuicios, resulta plenamente aplicable el régimen probatorio general del Código Procesal Civil.

9. Valoración de la prueba

En los procesos judiciales en el Perú, rige el sistema de libre valoración de la prueba, contenido en el artículo 197 del Código Procesal, el mismo que establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

La Ley de Arbitraje no es tan explícita como el Código Procesal Civil, cuando acoge el principio de libre valoración de la prueba, pero lo hace de manera sutil en su artículo 43, el mismo que establece que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva

la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la actuación de aquellas que estime necesarias.

En ese sentido, la valoración de los medios probatorios en materia indemnizatoria, tanto en los procesos civiles como en los arbitrales, estará sujeto al mismo principio, el de libre valoración de la prueba, que sustituyó al régimen de la prueba tasada, que recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, derogado en 1993.

10. Consideraciones finales

Para finalizar, debemos decir que las consideraciones expresadas evidentemente no agotan el tema de la prueba de los daños y perjuicios; sólo constituyen unas pinceladas en donde he tratado de ser lo más objetivo posible en cuanto al desarrollo del tema en el régimen legal peruano; y en donde también podemos apreciar que el Código Civil, en sede de Derecho de Obligaciones, contiene un régimen sumamente adecuado en lo que respecta a las pautas y criterios que se deben seguir a efectos de la prueba de la existencia del daño y de su cuantía.

En ese sentido, concluyo estas palabras, poniéndolas a consideración del público y de los prestigiosos juristas que nos acompañan.

Muchas gracias.

Lima, noviembre del 2013

Discurso de presentación de la segunda edición del Tratado de Derecho de las Obligaciones, escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

Señor doctor
César Landa Arroyo,
Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú;

Señores doctores
Fernando de Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez y Fernando Vidal Ramírez; quienes nos han honrado con la presentación de la obra;

Señora doctora
Leyla Levil,
Directora Editorial del Perú de Thomson Reuters;

Querido Felipe;

Estimados amigos,

En primer lugar, quiero agradecer las muy generosas palabras que han expresado esta noche los doctores Landa, De Trazegnies, Avendaño, Vidal y Levil, las mismas que no sólo nos honran, sino que también nos comprometen a seguir investigando y escribiendo.

---

* Discurso pronunciado en el Salón Paracas del Swissôtel de San Isidro, el 10 de junio de 2014.

Estoy muy agradecido a Dios por habernos permitido no sólo iniciar una empresa como la que comenzamos con Felipe en el verano de 1993, cuando le propuse la idea de escribir sobre Derecho de Obligaciones, sino concluirla dos veces.

Digo esto, pues, como ya ha sido señalado por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, Felipe y yo escribimos la primera edición de este Tratado entre 1993 y el 2004, obra que fue publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra Alma Mater.

Luego, emprendimos la tarea de escribir nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, libro que vio la luz en diciembre del año 2008 por Palestra Editores. Esta obra resumía nuestras principales doctrinas sobre la materia, para hacerlas de más fácil acceso al abogado y, en especial, a los estudiantes de derecho.

Debemos señalar que la segunda edición del Compendio, aunque con muy ligeras modificaciones, acaba de ser publicada en Bogotá por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana. Esta edición en el extranjero nos complace sobremanera, pues representa la posibilidad de acercar la doctrina peruana al medio académico latinoamericano.

En el año 2009 comenzamos a reescribir nuestro *Tratado de las Obligaciones*. Ello, por varias razones.

En primer lugar, porque la edición anterior fue publicada en cuatro partes, habiendo mediado diez años entre la primera y la última; y algunas de esas partes (no olvidemos que la primera es del año 1994) ya tenían la suficiente antigüedad como para ser puestas al día, a la par que la edición se agotó hace buen tiempo.

En segundo lugar, porque la primera edición tuvo una extensión muy considerable, que no permitía un acercamiento más fluido a la obra por parte de los lectores.

En tercer lugar, porque queríamos uniformizar el tratamiento de los temas. En la primera edición, si bien la mayor parte de artículos del Código Civil mereció un análisis individual y detallado, la última parte de la obra en algunos casos prescindió de tal análisis, priorizando un estudio dogmático de las materias. En ese sentido, esta segunda edición es más ordenada, pues, sin prescindir del análisis teórico de las instituciones, sigue rigurosamente el orden del Código Civil.

En cuarto lugar, la primera edición incluyó, en el tratamiento del tema de los intereses, algunas tablas numéricas que eran importantes en 1996, pero que hoy, con el paso del tiempo, el avance de la información y las bases de datos electrónicas, representan una demasía.

En quinto lugar, en la primera edición, al tratar acerca de la inejecución de las obligaciones, Felipe y yo nos interesamos por desarrollar el tema de las responsabilidades especiales, es decir, diversos supuestos en los cuales se incurría en responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, que son muy importantes en el mundo moderno y que iban desde la responsabilidad en el deporte, pasando por el contrato de obra, el SIDA, el medio ambiente y cuarenta supuestos más.

Todo este acápite ha sido excluido expresamente de esta segunda edición y viene siendo trabajado por nosotros conjuntamente con la doctora Verónica Rosas Berastain, a efectos de poder publicar muy pronto este tema de manera independiente y debidamente actualizado. Esperamos hacerlo también por Thomson Reuters.

En sexto lugar, la vida profesional, la cátedra universitaria y las lecturas, tanto de Felipe como de quien les habla, nos llevaron en muchos casos a la necesidad de querer hacer precisiones a lo expresado en la primera edición; en la mayoría de casos para reforzar los fundamentos de nuestras posiciones de siempre y, en otros, para expresar una opinión distinta.

Consideramos que los lectores tienen el derecho de conocer las teorías vigentes de los autores. Habida cuenta de que la opinión escrita vincula al autor, no es justo que habiendo cambiado de opinión, los lectores sigan creyendo lo contrario.

Además, constituye obligación de los profesores universitarios el investigar permanentemente y publicar el objeto de sus investigaciones. Así, era nuestro deber escribir una segunda edición del Tratado.

En séptimo y último lugar, publicamos esta segunda edición, porque hace ya varios años tuvimos el generoso ofrecimiento de nuestra nueva casa editora, Thomson Reuters, cuya seriedad y alcances a nivel global, permitirán una mayor difusión de la obra.

Todo profesor de derecho, al fin y al cabo, cuando escribe un libro, lo hace para que sus doctrinas sean conocidas y ellas puedan influir en el pensamiento jurídico de sus lectores. Obra que no se difunde, al igual que obra que no se lee, será tal vez un interesante esfuerzo académico del autor, pero inútil en resultados, pues no transmitirá esas ideas a quienes estaban destinados a ser sus destinatarios.

Hace pocos días visité una ciudad del interior por razones académicas, a efectos de dictar una conferencia y un grupo de alumnos de una universidad me buscó en el hotel. Ellos me solicitaron que fuera su padrino de promoción, propuesta que acepté de inmediato. Y esto me llevó a recordar —y así se los dije— que en mi vida había sido escogido en cinco oportunidades como padrino de promociones (me refiero a padrino exclusivo y no a aquellos casos en donde uno es padrino junto con diez personas más) y —curiosamente— a ninguna de esas promociones les había dictado; es decir, ninguno de sus integrantes había sido mi alumno.

En ese momento, el presidente de la promoción me dijo que sí había sido profesor de ellos, pues en numerosos cursos habían leído mis obras.

Cuento esta anécdota, pues con los artículos de revistas y con los libros, los profesores multiplicamos nuestras enseñanzas, más aún hoy, con los increíbles avances de los medios de comunicación.

Por otra parte, quiero resaltar que esta obra también se publica en conmemoración y homenaje a los 30 años del Código Civil peruano de 1984.

No cabe duda de que la labor de Felipe Osterling Parodi como Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, que dio lugar a la elaboración del Código que hoy nos rige, fue decisiva.

Digo esto, tanto en lo que respecta a la calidad del libro cuyo anteproyecto tuvo a su cargo, que es, precisamente, el libro de Derecho de Obligaciones (legislación que comentamos en nuestro Tratado), así como en lo que respecta a la labor de conducción de la propia Comisión, lo que llevó a que se pudiera culminar con la dura tarea de elaborar un nuevo Código Civil para el Perú.

Este Código ha demostrado que con la ponderación que sus autores supieron imprimir a sus normas, ha sido y es muy útil para la convivencia social, para la protección de los derechos de las personas en todas las etapas de la vida, para preservación de sus derechos, así como para la contratación en general.

En estos treinta años de promulgado (que se cumplen el 24 de julio); y de vigencia (que se cumplirán el 14 de noviembre), este Código ha demostrado ser una excelente ley, que ha servido y sirve de estudio en la legislación comparada; que ha merecido muchos elogios por parte de la doctrina extranjera; y que, fundamentalmente, ha despertado el interés de alumnos y abogados, de los jóvenes de todos estos tiempos, por el estudio del derecho y por la reflexión crítica.

Cuando las normas de los Códigos son analizadas y criticadas, ello no significa que tales Códigos sean malos; por el contrario, las críticas enriquecen a las leyes y complementan su sentido.

Esto es lo que ha ocurrido en los últimos treinta años con el derecho civil peruano y el Código de 1984.

El interés por su estudio crítico ha sido enorme; se ha escrito tanto como nunca se había escrito; y todas esas reflexiones han servido para hacer más fuerte a nuestro Código Civil, norma legal que, comparada con los cuerpos normativos peruanos más importantes, ha devenido en la más antigua de nuestro país. El Código de 1984 precede a la Constitución de 1993, al Código Penal de 1991, a la Ley de Títulos Valores del 2000, a la Ley General de Sociedades de 1998, al Código Procesal Civil de 1993 y a la Ley de Arbitraje del 2008.

Esto demuestra, entre otras cosas, que el Código es bueno y que tiene una aplicación pacífica.

Una situación como ésta no sólo tiene que ser resaltada, sino que debemos felicitarnos de que ello sea así; además de tratar de seguir difundiendo los alcances de ese cuerpo normativo en un país tan difícil como el Perú, por sus diversas regiones, costumbres, idiomas y culturas.

En ese sentido, quiero concluir mis palabras rindiendo un merecidísimo homenaje a todos los autores del Código Civil de 1984.

En primer lugar, me referiré a quienes ya no nos acompañan, como es el caso de los profesores Manuel de la Puente y Lavalle, cuya magnífica obra de contratos nos enseñó a todos que en el Perú se podía escribir en serio; a Max Arias-Schreiber Pezet, cuya exégesis del Código Civil de 1984 demostró constancia y amor por el derecho; y al maestro José León Barandiarán, jurista emblema del derecho peruano, cuya generosidad, sa-

piencia y bonhomía, permitieron el tránsito del Código Civil de 1936 al de 1984.

Asimismo, quiero personificar este homenaje en los cuatro grandes juristas que hoy nos acompañan: don Fernando de Trazegnies Granda, quien tanto nos ha enseñado sobre Historia del Derecho y Responsabilidad Civil y quien se encargó de difundir este Código desde el Fondo Editorial de la Universidad Católica, con la Biblioteca *Para leer el Código Civil*; el doctor Jorge Avendaño Valdez, quien al igual que Fernando de Trazegnies fue Decano por muchos años de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, a la par que maestro del curso de Derechos Reales por más de medio siglo e incansable difusor de las doctrinas del derecho civil a lo largo y ancho de nuestro país; don Fernando Vidal Ramírez, prolífico jurista, cuya obra sobre acto jurídico ha sido y es fuente inagotable de consulta por estudiantes y abogados y cuyo ejercicio en el Decanato del Colegio de Abogados de Lima —al igual que en el caso de Jorge Avendaño— constituyó símbolo de afirmación institucional en pro del derecho y de la dignidad de nuestra profesión.

Y, finalmente, mi homenaje, admiración y permanente cariño y afecto a mi maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, insigne jurista, político decente, gran abogado y mejor amigo, por esa vida dedicada con brillantez al derecho y al Perú.

Muchas gracias.

Lima, junio del 2014

¿Cuándo se debe modificar un Código Civil?*

Señor doctor Juan Carlos Palmero, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,
Señor doctor Julio I. Altamira Gigena, Vicepresidente de la Academia,
Señor doctor Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario,
Señores Académicos,
Señor Secretario,
Estimados colegas,
Señoras,
Señores,

Cuando en el mes de agosto del año pasado recibí la comunicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el sentido de que se había acordado mi incorporación en calidad de Académico Correspondiente, ella constituyó una de las más gratas noticias que he recibido en mi vida académica.

Digo esto por varias razones.

En primer término, por el enorme prestigio de vuestra Academia, la misma que constituye una de las de mayor renombre en Iberoamérica.

En segundo lugar, porque varios Académicos peruanos, también Correspondientes de esta Academia, han sido mis maestros, a la par que buenos amigos.

---

* Discurso pronunciado por el autor el día martes 12 de agosto de 2014 en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, con motivo de su incorporación en calidad de Académico Correspondiente por el Perú.

Me refiero a los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Carlos Fernández Sessarego, Fernando Vidal Ramírez y Carlos Cárdenas Quirós.

Y, en tercer lugar, pero el más importante para mí, porque guardo mucho afecto y amistad con varios de los Miembros de esta Academia, a quienes agradezco el honor que me han hecho de proponer y acordar mi incorporación en calidad de Académico Correspondiente.

1. Consideraciones generales

Es de rigor hacer uso de la palabra pronunciando un discurso sobre un tema jurídico determinado.

Les confieso que pensé mucho sobre la materia a escoger, habiendo discurrido entre diversos aspectos del Derecho Civil; pero finalmente recalé en un tema que también considero de los más importantes: el relativo a ¿cuándo se debe modificar un Código Civil?

Sé que este tema reviste mucha actualidad en Argentina, tal como tuvo actualidad en mi país hasta hace algún tiempo, cuando se hablaba de la reforma del Código Civil peruano.

Debo advertir que todas las consideraciones sobre las que voy a tratar versan fundamentalmente sobre mi experiencia en el Perú y en ninguna medida se refieren al derecho civil argentino, sobre cuya realidad, en materia de reforma jurídica, no podría opinar en términos específicos, no sólo por no ser un académico de este país, sino porque tampoco soy un experto en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas.

No obstante, la mayoría de mis comentarios serán efectuados en términos generales y no específicos, dado que los conceptos sobre los que voy a tratar, en verdad, los creo no sólo aplicables a mi patria, sino a cualquier país.

Como ustedes saben, el Código Civil peruano fue promulgado el 24 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año. Sustituyó al de 1936, que rigió durante cuarentiocho años, el que, a su vez, reemplazó al de 1852, cuya duración fue la más larga de los códigos peruanos: ochenticuatro años.

Es bueno señalar que en mi país se habló de la reforma del Código de 1984 desde antes de que cumpliera cinco años de vigencia, cuando yo recién había concluido mis estudios universitarios.

El Perú no había terminado de conocer —y menos de asimilar— el nuevo Código y ya se le quería modificar, en un proceso fundamentalmente impulsado por dos miembros muy importantes y prestigiosos de la comisión que, precisamente, elaboró el Código de 1984.

La razón que esgrimían los referidos profesores, se basaba en la necesidad de corregir diversos errores que contenía el Código que ellos mismos habían elaborado, a efectos de que el mismo tuviera un articulado lo más perfecto posible.

Ese proceso fracasó, al igual que todas las Comisiones de reforma que se instalaron desde 1994.

Comisión tras Comisión, proyecto tras proyecto, planteaban modificar a veces algunas decenas de artículos y, otras, varios centenares, pero siempre fracasaron en el intento.

Debo confesar, estimados amigos, que algo tuve que ver con esos fracasos, pues a lo largo de los últimos veinte años escribí diversos artículos y cuatro libros en contra de la reforma del Código de mi país.

En esta labor, a veces aparentemente solitaria, estuve acompañado por la inmensa mayoría de mis colegas abogados, y ella hizo que ganara

algunas enemistades en el ámbito académico, pero tengo la inmensa satisfacción del deber cumplido.

Paso, entonces, a exponer algunas consideraciones generales sobre la reforma de los códigos civiles.

2. Las reformas puntuales

Los códigos no se mantienen inmutables en el tiempo, pues con el paso de los años sufren modificaciones puntuales efectuadas por necesidades específicas, las mismas que son advertidas ya sea por el Poder Ejecutivo o por el Congreso de la República.

Tales modificaciones específicas se producen, fundamentalmente, en materias por demás sensibles para la opinión pública, tales como el derecho de familia, por citar el caso más emblemático.

Así como el Código Penal sufre en nuestras sociedades tantas modificaciones como casos de escándalo se conocen y debaten en la opinión pública, la materia de derecho de familia es muy sensible, sobre todo en lo que respecta a las relaciones entre los cónyuges y a la relación paterno-filial.

Tal vez si uno hiciera un recorrido por las reformas introducidas paulatinamente en los Códigos civiles de la tradición jurídica romano-germánica, se podría apreciar que la mayor parte de modificaciones se producen en esta área del derecho civil.

Esa mutabilidad obedece a que los cambios sociales afectan básicamente esta área y no tanto otras materias como, por ejemplo, el derecho de obligaciones y contratos.

Es necesario señalar que tales modificaciones puntuales a los códigos ofrecen ventajas y desventajas.

La ventaja fundamental radica en que se aborda y soluciona un problema concreto, de manera rápida y específica.

Es algo así como una cirugía puntual y muy avanzada, que sólo compromete los tejidos que se tienen que intervenir, dejando a salvo aquéllos que no serán objeto de tal intervención.

Pero lo que representa una ventaja, también constituye un problema, pues esas intervenciones puntuales, generalmente, van acompañadas de la prisa del legislador por solucionar el problema concreto, lo que determina que muchas veces ellas carezcan de una adecuada técnica legislativa y que en algunos casos no guarden armonía con los demás preceptos del Código Civil.

Por lo general, las reformas puntuales pueden ser distinguidas fácilmente por el lector de un Código, pues tanto en fondo como en forma son de diferente naturaleza que los demás preceptos del cuerpo normativo.

No obstante, tales inconvenientes no pueden ser opuestos frente a las bondades que representan las reformas parciales que resulten necesarias en los códigos en determinados momentos específicos.

Para tal efecto, uno podría preguntarse si es conveniente o no la existencia de una comisión permanente de juristas que analice las reformas parciales que sean iniciativa de los Poderes Ejecutivo y Legislativo o, incluso, que sea esa comisión la que periódicamente se encargue de proponer dichas reformas.

En lo personal y por las razones que voy a desarrollar posteriormente, me declaro enemigo de las comisiones permanentes de juristas, pues

ellas son el mayor caldo de cultivo de las tentaciones académicas que los conducen a proponer la permanente modificación de los cuerpos normativos y, en especial, de los Códigos Civiles.

Creo que si los referidos poderes del Estado hacen bien su trabajo, no son necesarias comisiones especiales.

En el caso del Congreso de la República del Perú, por ejemplo, la Comisión de Justicia cuenta con un grupo de abogados que somos consultores externos *ad-honorem* y cuya integración varía año a año. Los consejeros no guardamos relación entre nosotros y no somos convocados como cuerpo colegiado.

En ese sentido, las consultas puntuales que se nos formula a cada uno, nos permiten opinar de manera individual y no colectiva, siendo los miembros de la Comisión del Congreso, quienes, con el poder que les confiere el pueblo, juzgarán nuestros conceptos y definirán si proceden o no a efectuar la reforma legislativa específica en cuestión.

Por lo demás, las reformas puntuales son inevitables, de manera que generalmente no nos encontramos frente a un tema de opción, sino ante uno de requerimiento social.

Son las reformas puntuales, tal vez, aquéllas en las que se expresa de manera más clara y real la necesidad de modificación de un Código Civil.

Además, debemos apreciar que la necesidad social de modificar un Código nunca surge en bloque o con respecto a un conjunto de normas de diferentes temas.

La sociedad, a diferencia del pensamiento de los académicos, se maneja por vivencias específicas que deben ser satisfechas y, si ellas no son cubiertas por el Código Civil, se abre paso la necesaria reforma puntual.

Pero es claro que tal necesidad de modificación legislativa aparece de manera paulatina y se manifiesta por temas específicos y muy concretos, nunca, a manera de bloque normativo.

Queda claro, entonces, que la reforma puntual de un Código Civil es, por lo general, necesaria, pues, aunque de factura imperfecta, proviene de los poderes del Estado, que, al fin y al cabo, es decir, nos guste o no a los profesores de derecho civil, representan al pueblo.

Las reformas puntuales, precisamente por sus imperfecciones técnicas, causan desagrado en los civilistas, pues por lo general consideramos que ellas afean nuestros códigos.

Esto tal vez sea cierto, pero también es cierto que los artículos de los códigos no son señoritas concursando en un certamen de belleza, sino normas destinadas a cubrir necesidades sociales específicas.

3. La reforma sustancial de un Código Civil

Pasaremos ahora a un tema mucho más complejo, cual es el de la reforma sustancial de los códigos civiles.

¿Qué entendemos por reforma sustancial?

Reforma sustancial será aquélla por la que se modifique un número importante de artículos del Código Civil, ya sea de un libro determinado o de diversos libros, que comprenda distintas materias y que tenga un impacto jurídico de notoria importancia.

En ese sentido, en códigos que contienen algunos miles de artículos, pensamos que una reforma sustancial será aquélla que modifique al menos un centenar de ellos, en temas jurídicos y socialmente relevantes.

Por oposición, no será una reforma sustancial aquélla que tienda a modificar alguna decena de artículos de un código, los cuales no tengan mayor trascendencia en la vida social de un país.

4. ¿Cómo se originan las reformas mayores de los códigos civiles?

Es por todos sabido que los procesos codificadores civiles del siglo XIX en la tradición jurídica romano-germánica tuvieron como objetivo central la unificación legislativa, con el propósito de aglutinar a las naciones en base a esta legislación; en otras palabras, que los pobladores de un país se sintieran, en base a esos nuevos códigos, partes integrantes de un todo orgánico.

No cabe duda de que los códigos civiles, se empezaron a convertir en la constitución de la gente, parafraseando al famoso profesor francés Julien Bonnecase.

Pero, una vez instalados los códigos civiles en nuestros pueblos, debemos analizar cuáles son los elementos que conducen a sus reformas legislativas integrales, vale decir, qué lleva a que un Código Civil sufra una gran modificación normativa, o que, incluso, sea derogado y reemplazado por otro nuevo.

Una razón, sin duda, puede consistir en la mala factura del código que se quiere modificar.

Tengo un ejemplo muy cercano y propio que citar.

El Código Civil peruano de 1852, cuerpo normativo, si bien inspirado en el Código Civil francés, mantuvo muchos rezagos de la legislación colonial y, sin duda, fue de una inadecuada técnica legislativa.

La influencia del Código de 1852 en el exterior resultó muy pobre, habiendo llegado sólo a un país centroamericano.

Cinco años más tarde entró en vigencia el Código Civil que elaboró para Chile el insigne jurista venezolano don Andrés Bello, el cual, sin duda, fue —y es— un buen código, cuya influencia alcanzó a diversos países de América Latina.

Entonces, bien entrado el siglo xx y luego de ochenticuatro años de vigencia, el medio jurídico peruano, encabezado por los más ilustres civilistas de la época, consideró necesario elaborar un nuevo código, en reemplazo del de 1852.

Nótese, además, que el proceso codificador mundial se había enriquecido notablemente con la aparición del Código Civil alemán en 1900 y la del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión franco-italiana en 1927 y que luego, en gran medida, diera lugar al Código Civil italiano de 1942.

Juzgado en perspectiva, en ese momento era razonable no sólo modificar sino sustituir el Código de 1852 por uno nuevo, como ocurrió en 1936.

Nótese también cómo resulta importante apreciar el desarrollo doctrinario y la influencia que el código civil de un país pueda haber ejercido dentro y fuera de su territorio.

Generalmente los códigos malos, de sociedades poco avanzadas y de medios jurídicos muy pobres, difícilmente se pueden sostener en el tiempo, pues los mismos no habrán echado raíces.

Todo lo contrario ocurrirá con los códigos de buena factura, de sociedades pujantes, en efervescencia y desarrollo, cuya doctrina se haya enraizado de manera notable no sólo en el propio país, sino en el extranjero.

Cuando un código ha tenido estos grados de desarrollo e influencia dentro y fuera del propio territorio, su modificación integral o incluso su derogatoria será un tema en extremo complicado, pues no estaremos hablando de la sustitución de una legislación fracasada, de la derogatoria de un cuerpo normativo sin trascendencia alguna, sino de la muerte de un código exitoso, que seguramente sirvió de emblema al Derecho de una nación y que abrió las puertas a que su doctrina y sus mejores hombres de Derecho sean conocidos y respetados por el resto de naciones.

Por otra parte, a veces se argumenta para la modificación integral o para la sustitución de los códigos civiles, que el cuerpo normativo ha sufrido tantas modificaciones a lo largo de los años, que es necesario revisarlo integralmente y armonizarlo, a efectos de que recobre un adecuado espíritu de conjunto.

Cuando escucho frases como ésta, me pongo en guardia, pues todas las modificaciones puntuales que pueda haber sufrido un Código Civil, son parte de su historia de vida, son como las experiencias que acumula un ser humano, las mismas que por ser diversas, paulatinas y añosas, no ameritan el internamiento de esa persona en un nosocomio, ni mucho menos, su muerte violenta.

Las modificaciones puntuales que los códigos acumulan con los años son como las arrugas que los hombres tenemos en el rostro. Ellas reflejan que hemos vivido, que no hemos nacido ayer; que tenemos experiencia.

Modificar todas las reformas puntuales de una sola vez, junto con los artículos que no han sufrido variaciones de un código es —salvo que estemos ante la imperiosa necesidad de variar un código extremadamente malo— un proceso del todo artificial, que no responde a necesidades reales, sino ficticias.

Digo esto, en razón a que los procesos de reforma integral de los códigos, no nacen en las calles, ni en las plazas, y muchas veces, ni siquiera en los tribunales de justicia.

Nunca he visto que un proceso de reforma integral de un Código Civil nazca de una manifestación pública de los abogados; de una marcha de letrados que exijan la modificación de tales o cuales artículos del código.

Los procesos de modificación integral de los códigos tampoco nacen, por lo general, fruto de la ebullición social, de manifestaciones o comunicados públicos de sectores importantes de un país, que exijan la modificación de determinadas normas.

Éste podrá ser, tal vez, el caso puntual de los movimientos en pro del matrimonio entre personas del mismo sexo, muy discutible por cierto. Pero ahí paramos de contar.

Ni los abogados, ni la población salen a las calles ni toman carreteras o levantan barricadas para pedir que se reformen integralmente el derecho de familia, los derechos reales, el derecho de obligaciones o el derecho de contratos.

Esto constituye prueba palpable de que el inicio de un proceso de modificación integral de un Código Civil, por lo general, no responde ni a necesidades del medio jurídico, ni a necesidades del medio social.

Entonces, si la sociedad no siente necesaria esa reforma legislativa y el medio jurídico tampoco, la pregunta que uno tendría que formular es: ¿para quiénes resulta ella necesaria?

Y la respuesta es muy peligrosa, porque nos atañe a los presentes, ya que ella se circunscribe al medio académico y, en especial, a quienes enseñamos y escribimos sobre derecho civil.

Generalmente los procesos de reforma integral o sustitución de Códigos Civiles son fruto de las aparentes necesidades de reforma fomentadas por los civilistas, por los profesores universitarios.

En 1998, cuando estaban en plena ebullición las ideas de reformar el Código de mi país, publiqué una obra en dos tomos, titulada *Tentaciones Académicas: la reforma del Código Civil peruano de 1984*.

En ella, jugaba con el lector a reformar el Código peruano, dividiendo las tentaciones académicas en *tentaciones vencidas y en tentaciones que me vencieron*, modificando, suprimiendo y agregando artículos al referido cuerpo normativo, tratando de adecuar el íntegro de sus normas a aquellas doctrinas que —en lo personal— consideraba más acertadas.

Sin embargo, también advertía al lector que todo lo que hacía en ese libro era simplemente un juego y que —de ninguna manera— tales consideraciones podrían ser tomadas como propuestas para modificar el Código Civil.

Y es precisamente el título de esa obra, *Tentaciones Académicas*, el que refleja de mejor manera cuál es la expresión con la que muchas veces se puede calificar el proceso de reforma de los códigos civiles.

Así como el bebe se desvive por jugar con su sonaja y el niño por su pelota de fútbol, los profesores de derecho civil generalmente sentimos una profunda adicción por convertirnos en legisladores, intentando modificar nuestros propios códigos.

De esta forma, tratamos de convertir las normas de nuestros códigos civiles en artículos que reflejen de la mejor manera posible nuestros pensamientos y nuestras doctrinas.

¿Cómo es posible que este artículo recoja la teoría subjetiva, cuando yo creo en la objetiva? Entonces, si está en mis manos modificar el

código, pues redactaré otro texto para el artículo, a fin de que recoja la teoría en la que siempre he creído.

Esto es muy peligroso y sobre todo los civilistas somos más peligrosos con respecto a aquellos temas en torno a los cuales hemos escrito algo.

Dios libre a la sociedad de un civilista con poderes o facultades codificadoras que haya escrito sobre diversos temas, pues esa sociedad tendrá que padecer en un nuevo código civil toda cuanta doctrina considere importante ese profesor.

Y les confieso que cuando tuve la oportunidad de jugar mi propio juego de tentaciones académicas, es decir, mientras redactaba la obra del mismo título, escribía en todo momento: mientras desayunaba, mientras llevaba mi auto al mecánico, etc., etc. Nunca paraba de escribir.

No dejaba de convertir en norma legal todas las doctrinas en las que siempre había creído.

Era obvio que tenía un problema, pero felizmente para mi país, eso solamente fue un juego.

El problema real está representado cuando no se trata de un juego; cuando los civilistas nos ponemos en pie de batalla y conformamos alguna comisión reformadora del código.

Pero, mucho más peligroso que un civilista con poderes de reforma es una comisión de civilistas con poderes de reforma, pues ya no nos encontramos ante un ser humano que tendrá algunas pocas áreas de interés por modificar y que pasará por alto algunas otras.

Ahora, nos encontraremos frente a un grupo de civilistas cuyas especialidades cubren todas las áreas del derecho civil y que, de seguro, *no dejarán títere con cabeza*.

Es muy difícil, incluso, que una comisión de civilistas destinada a reformar un código no termine haciendo uno nuevo o, modificando de tal manera el anterior que, finalmente, dicho cuerpo normativo, termine, en los hechos, siendo uno totalmente distinto.

Cada uno de los miembros de una comisión codificadora sabe que para que prosperen sus anhelos legislativos, deberá transigir con sus colegas a efectos de que las ansias normativas de los demás también prosperen.

En otras palabras, la mejor manera de que todas sus doctrinas se plasmen en un nuevo Código Civil, es dejando que las doctrinas de todos los demás miembros de la comisión también se reflejen en ese código.

Así, de esa comisión nunca saldrá un conjunto de reformas puntuales; seguramente saldrá un nuevo código.

Dentro de tal orden de ideas, tenemos que preguntarnos acerca de la necesidad de estas reformas.

Conforme a lo que venimos expresando, una reforma civil que no se apoye en las necesidades de la sociedad ni en el imperativo del medio jurídico, sino exclusivamente en la academia, es una reforma que necesariamente va a tener como destino el fracaso.

Y voy a explicar por qué.

Al no existir necesidades sociales y jurídicas para la reforma, ello significa que el trabajo que vaya a realizar la comisión codificadora será

de trascendencia exclusivamente académica. La materialización normativa de tales doctrinas no ha sido buscada por la sociedad, ni por los abogados en ejercicio, ni por los tribunales.

Los académicos no debemos olvidar que no somos dueños del derecho; que el derecho le corresponde a la sociedad que organiza y regula y que la vida del derecho se aprecia en la práctica cotidiana de quienes ejercen la profesión de abogado, defendiendo las causas de la gente, así como de los magistrados que resuelven los problemas concretos de esa gente.

Dentro de tal orden de ideas, si la reforma de una norma legal no pasa por un imperativo social o jurídico, estamos ante una reforma sin necesidad real sino sólo aparente.

En buena cuenta, el único que necesitará de esa reforma es el legislador, para ver satisfechas —precisamente— sus tentaciones académicas.

Otros casos puntuales estarán dados por aquellos preceptos del código en donde exista algún manifiesto error de redacción.

En estos casos, el argumento modificatorio dirá que es necesario alterar el contenido de la norma para que el código regule el tema de manera correcta.

Como decía el ilustre profesor argentino Luis María Boffi Boggero,[30] «a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el pecado de la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas».

[30] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, tomo I, p. 103.

Y esto resulta evidente, pues si la norma legal es entendida por todos a pesar de sus imperfecciones, nada hay que aclarar, ya que la sociedad y los tribunales lo tienen todo claro.

Lo propio ocurre con aquellos artículos de los códigos cuyo contenido pudo haber sido vaciado o modificado por la jurisprudencia.

En ese sentido, no es aceptable el argumento de que la modificación de tales normas legales es necesaria. Decimos esto, en la medida en que ellas no representan peligro alguno ni para el medio jurídico ni para el medio social, pues el derecho de ese determinado país ya entiende perfectamente que la norma dice algo distinto.

He aquí el problema de muchos, que siguen identificando el derecho civil con el Código Civil, de modo tal que se alteran cuando el Código tiene este tipo de problemas y consideran indispensable su adecuación a la jurisprudencia.

Y peor aún, cuando el texto de un artículo del Código Civil es atacado no por su tratamiento jurisprudencial, sino por el tratamiento doctrinario que ha recibido.

Nada más dispar que la doctrina, de modo tal que si vamos a modificar un artículo del Código por la doctrina de algún jurista o de algunos juristas, estaremos cayendo en la tentación de tratar de que el Código Civil se convierta en un precario manual de derecho, intentando que ese manual lo diga y lo regule todo, conforme a las doctrinas que en determinado tiempo consideramos más adecuadas.

No hay que olvidar que la doctrina que comenta una norma del Código Civil, es, simplemente un reflejo analítico de su tiempo y de su autor y que ella servirá de valioso elemento para el análisis que el usuario (es decir, el abogado) plantee debe tener ese artículo en su aplicación práctica.

La doctrina es otra fuente del derecho, distinta de la ley, de manera tal que vaciar las doctrinas de los libros de derecho para llenar los códigos, es una tarea inútil, además de absurda.

Se trata de dos fuentes del derecho que no deben estar unificadas; cada una debe tener su propio espacio, resultando ambas perjudicadas con estos procesos de unificación carentes de sentido.

Y, peor aún sería, si la temeridad fuese más allá y se intentara unificar en un artículo del código civil, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre.

En este caso, el legislador no sólo pretenderá convertirse en un todopoderoso en el derecho civil, sino que además tendrá la arrogancia de creerse el derecho mismo.

Otra de las razones que a veces mueven los procesos legislativos de reforma de los códigos civiles, está planteado por la creencia de que modificando la legislación civil puede lograrse el progreso económico de los pueblos.

Entiendo que si la legislación civil consistiera en un código absolutamente limitativo de las transacciones entre particulares y de la inversión privada, podría pensarse en que esta idea es cierta.

Pero, por lo general, los códigos civiles de nuestros países, son bastante moderados en estos temas, dejando a las constituciones políticas o a las leyes especiales, el rumbo que en materia económica debe tener un país.

Como ejemplo, puedo citar el código peruano.

Ustedes saben que mi país tuvo una aguda crisis económica que se prolongó desde fines de los setenta hasta 1990, año en el cual el Perú es-

taba prácticamente destrozado económicamente y con una convulsión social, subversiva y terrorista gravísimas.

El Código Civil es de 1984 y desde su entrada en vigencia hasta 1990, rigió en una sociedad que cada día se pauperizaba más; pero ese mismo código, que continúa vigente hasta el día de hoy, es aquél en base al cual se desarrollan todas las transacciones comerciales de un país que tomó un rumbo económico de prosperidad y crecimiento.

¿Y saben cuántos artículos del código fueron modificados para estos efectos?

Pues uno solo, el cual, por añadidura, sufrió una modificación constitucional, que en la práctica resultó ser un imposible jurídico.

En otras palabras, nada varió en lo que respecta a la legislación civil.

Esto demostró que para cambiar el rumbo de la economía no había que cambiar el código; había que cambiar de políticas económicas y adoptar una legislación especial que promoviera la inversión privada.

Por otra parte, muchas veces los procesos de reforma de los códigos civiles son impulsados durante gobiernos de facto o autoritarios.

Eso pasó en el Perú con el gobierno de Alberto Fujimori, ya que desde 1994 hasta el año 2000, en que cae Fujimori, se produjo el proceso más efervescente de planteamientos de reforma del Código Civil, dirigidos por comisiones de juristas que se sentían muy cómodos y blindados, pues en los gobiernos autoritarios no se aceptan disidencias.

Nunca olvidaré aquella ocasión en la cual apareció en el diario oficial «El Peruano» una relación de nombres de profesores que habían sido convocados como asesores de la comisión de reforma del Código Civil.

En esa relación figuraba el mío.

Pero yo no quería integrar esa comisión, pues no creía, como tampoco creo, que se deba reformar integralmente el código de mi país.

Así, ese mismo día, envié una carta al presidente de la Comisión expresando lo que acabo de señalar, es decir, que no aceptaba formar parte de ese grupo de asesores.

De inmediato, también, envié una carta aclaratoria al diario oficial, la misma que nunca fue publicada.

Ante mis indagaciones en torno al porqué de ese silencio del diario oficial, un amigo que trabajaba con el gobierno, averiguó y me dio esta respuesta: «Mario —me dijo— me han comunicado que tienen órdenes de Palacio de no publicar nada que vaya en contra de la reforma del Código Civil».

Con esto todo estaba dicho.

Pero lo que también estaba claro es que, a pesar de actuar con muy buena fe y loables propósitos, había un grupo de juristas que sí se sentían muy a gusto llevando a cabo un proyecto de estas características en el marco de un gobierno de esa naturaleza.

Y es que, si nos ponemos a pensar, los gobiernos autoritarios (de origen democrático o no) son el mejor vehículo para que transite un proceso de reforma legislativa, dado que las críticas tratarán de ser minimizadas, pues se opondrán a la verdad oficial.

Los gobiernos autoritarios son un muy buen vehículo para esas comisiones, pues se convierten en vehículos blindados.

Sin embargo, es claro que las reformas que se quieran llevar adelante con la protección de ese blindaje, quedarán al descubierto y sin protección alguna cuando caiga o se debilite el régimen.

Tales reformas, además, por lo general, se llevan adelante rehuyendo el adecuado escrutinio del medio jurídico en su conjunto, pues quienes las conducen son conscientes de sus debilidades, del exceso doctrinario de las mismas, de su inutilidad práctica, de que ellas, confrontadas abiertamente con las opiniones de sus críticos, ante un medio jurídico abierto y democrático, no podrían sostenerse en pie.

Entonces, los procesos de reforma integral de los códigos, cuando ellos fueren necesarios, deberán llevarse adelante en el marco de regímenes abiertamente democráticos y sin blindaje alguno, vale decir, con las necesarias e indispensables transparencia y apertura que debe tener una discusión de temas civiles y no con la inevitable contaminación que produce la política.

Por lo demás, cuando los políticos toman banderas civilistas hay que cuidarse, pues generalmente lo harán con algún interés subalterno, ya que las materias objeto de regulación por un Código Civil son lo suficientemente técnicas y especializadas, como para estar usualmente en el debate público cotidiano.

5. ¿Cómo apreciar el futuro de la codificación civil y las reformas sustanciales de los cuerpos normativos?

Luego de todas las consideraciones formuladas, resulta necesario concluir mirando al futuro, es decir, apreciando cómo debe enfrentarse el desarrollo del derecho civil codificado.

Dentro de tal orden de ideas, creo que debemos partir por considerar que en materia de codificación civil no estamos en la era de los grandes descubrimientos; no es el momento en que se reinventa el derecho.

Debemos ser conscientes de que aquello que habitualmente se ha entendido como proceso codificador de la modernidad, es decir aquél que se inició con el código Napoleón —en 1803 y 1804—, es una etapa que ha cumplido, con holgura, más de doscientos años y que los códigos civiles se asentaron en los diversos países de la tradición jurídica romano germánica, también ya hace mucho tiempo.

La antigüedad de los códigos muchas veces ya no sólo se mide por décadas, como en el caso del peruano, que viene cumpliendo tres, sino por centurias, como ocurre con el Código chileno, que ya ha cumplido más de 157 años o como el argentino, que este año cumple 143.

Esas épocas en que el derecho civil y las sociedades se deslumbraban por los procesos codificadores, ha pasado a formar parte de la historia de la codificación nacional de cada uno de nuestros países, salvo que se trate de naciones en las cuales resulte necesario dar saltos legislativos considerables, dado el escaso nivel de su legislación civil. Pero, de estos supuestos teóricos no se me ocurren ejemplos concretos que citar.

Las instituciones ya se conocen, así como las líneas doctrinarias y jurisprudenciales que las acompañan y sustentan.

En ese sentido, las modificaciones legislativas puntuales que se realicen sobre los códigos civiles, no ofrecerán mayores sobresaltos.

Por lo demás, esas modificaciones puntuales sobre las que hemos tratado en uno de los extremos de este trabajo, generalmente no afectan los temas más finos del derecho civil, es decir aquellas instituciones, teorías, tesis o conceptos que han merecido una elaboración más hilvanada de las doctrinas y legislaciones históricas de nuestros derechos

nacionales. Por poner un ejemplo, dudamos de que en algún lugar del mundo, en el Congreso de la República se plantee modificar puntual e íntegramente el tratamiento normativo de la solidaridad.

Así las cosas, creo que es bueno dejar discurrir estas modificaciones puntuales y no hacernos problemas por ellas, salvo que representen elementos peligrosos y de disociación del propio cuerpo legal en su conjunto, caso en el cual sí valdría la pena fomentar una intervención normativa.

En cuanto a las reformas mayores de los códigos civiles, es decir, en lo que respecta a esas intervenciones de fondo y de dimensiones y alcances considerables, más allá de los peligros que de por sí representan y a los cuales me he referido extensamente, ellas llevan implícito un problema adicional, consistente en la casi inevitable fractura del medio académico.

Tales reformas sustanciales, acertadas o no, necesarias o innecesarias, buenas o malas, van a determinar invariablemente que los académicos se dividan en partidarios y detractores.

Cada artículo de ese código modificado o cada artículo de ese nuevo código, se convertirá en algo así como un pequeño *frente de batalla*; empezará una lucha *casa por casa*, es decir, artículo por artículo.

Cada uno de esos preceptos será sometido al más riguroso escrutinio y a las más feroces críticas.

Y es muy probable que en un proceso como éste, al cabo de pocos años, cada una de las nuevas normas en vigor, no concite ilusión alguna, sino profundo desencanto; pues el medio jurídico constatará que aquella reforma que tal vez auspició y consideró provechosa para el derecho nacional, habrá convertido el Código Civil en un cuerpo normativo incluso de peor factura que aquél que pretendía mejorar.

Algo así ocurrió en mi país cuando se intentó modificar el Código, hace alrededor de una década, con un proyecto normativo bastante voluminoso. Ello, habida cuenta de que los comentarios que mereció cada una de las normas que se pretendía modificar, dejaban a la vista, claramente y sin ambages, que era mejor no tocar esos artículos.

Lo que ocurre es que al inicio de las reformas legislativas, cuando recién se presentan los proyectos normativos, generalmente, se percibe el texto modificatorio con benevolencia. En todo proceso de reforma, los autores de los proyectados artículos, obviamente, sólo nos hablarán acerca de las bondades de los preceptos que proponen.

Y eso será así, primero, porque son los padres de la criatura y, en segundo lugar, porque es obvio que esas normas deberán ser evaluadas desde una óptica imparcial, desapasionada o, si se quiere, con el único apasionamiento propio de la objetividad que brindan los conocimientos del derecho civil y no aquéllos particulares de una visión paternalista con respecto a los artículos proyectados.

Dentro de tal orden de ideas, todo proceso de reforma que parta por plantear la modificación considerable de un código o la elaboración de uno nuevo, necesariamente tendrá que someter al escrutinio público los textos propuestos.

La crítica oportuna, o enmendará los rumbos equivocados del legislador o determinará que el proceso de reforma se detenga. Si tales críticas fuesen adecuadamente fundamentadas y de meridiana claridad, será imposible que no modifiquen el curso del proceso de reforma legislativa. Es claro que si esos efectos no se produjeren, nos hallaríamos ante un caso de condenable obstinación.

En estos temas, siempre es oportuno recordar las certeras expresiones de mi antiguo profesor y amigo, el doctor Fernando de Trazegnies

Granda,[31] cuando enseña que «Los Códigos no deben cambiarse a cada rato: eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa».

6. Para finalizar

Para concluir, debo reiterar que es un honor el haber sido incorporado como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Trataré de estar a la altura de tal distinción y de poner mis mejores empeños y esfuerzos en fomentar el intercambio de experiencias y conocimientos entre el derecho argentino y el derecho peruano.

Es necesario señalar en este prestigioso recinto, que desde hace muchos años, el mayor propulsor de ese intercambio fructífero y constante de ideas, a la par que motivador incansable de la amistad entre nuestros medios jurídicos, ha sido y es el doctor Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario de esta Academia y Presidente en ejercicio de las Academias Iberoamericanas de Ciencias Sociales y Jurídicas, a cuya generosa iniciativa —de seguro— ha correspondido mi incorporación a la Academia de Córdoba.

Moisset es el profesor extranjero que más veces ha recorrido el Perú, aquél que más conferencias ha dictado; quien más universidades y Colegios de Abogados ha visitado; y aquella persona que ha sabido incorporar —en ese empeño de recíproca amistad— a sus más destacados discípulos, algunos de los cuales son muy buenos amigos míos y quienes también me hacen el honor de estar presentes esta noche, como es el caso de Manuel Cornet, Fernando Márquez y Guillermo Tinti.

---

[31] De Trazegnies Granda, Fernando. «La Obligación de salvar el Derecho Civil». En Diario *El Comercio*. Lima, 23 de noviembre de 1994, p. A-2.

Y, por último, quiero rendir, como corresponde en esta ciudad y ante su medio académico y jurídico más calificado, emotivo recuerdo y homenaje a la figura de don Dalmacio Vélez Sarsfield, insigne codificador argentino, creador de uno de los cuerpos normativos de mayor trascendencia dentro de la tradición jurídica romano-germánica; código que, más allá de sus incontables bondades, tiene la enorme virtud de haber generado el proceso doctrinario más importante de cualquier código civil en América Latina.

No tengo dudas de que en cualquier país de habla hispana, los libros y tratados de los profesores argentinos han enseñado a todos quienes hemos aprendido y seguimos aprendiendo derecho civil.

Muchas gracias.

Lima, agosto del 2014

El artículo que nunca quise escribir*
(A propósito del fallecimiento de Felipe Osterling)

Ha fallecido Felipe Osterling Parodi y creo necesario recordar con estas palabras al insigne jurista y legislador, destacado político, profesor de renombre y mejor amigo.

Pocos abogados tuvieron en el siglo xx y principios del xxi el renombre y el prestigio de Osterling. Socio de uno de los principales estudios de Lima, era reconocido por todos como un gran abogado; y de hecho lo fue, en sus más de sesenta años de actividad profesional ininterrumpida. Estos méritos llevaron a que el Colegio de Abogados de Lima lo eligiera Decano en 1994, cargo que ejerció con lustre y ponderado criterio. Asimismo, presidió la Comisión que elaboró el Código Civil de 1984, de plena vigencia en nuestros días.

Político destacadísimo. En 1980, refundó el Ministerio de Justicia en el primer gabinete del segundo gobierno de don Fernando Belaunde Terry, a quien asesoró con brillantez para que cumpliera su promesa de no dormir una noche en Palacio de Gobierno sin haber devuelto a sus legítimos propietarios los diarios confiscados por la dictadura militar seis años atrás. Sobre su gestión en el Ministerio publicó la obra testimonial *En Justicia*.

Su prestigio político se acrecentó notablemente y fue elegido senador en 1985, elección que se repitió en 1990, con la más alta votación de la alianza política que integraba su partido, el Partido Popular

---

* Artículo publicado en el diario «El Comercio», página A-19, con fecha 2 de septiembre de 2014.

Cristiano, agrupación en la que desplegó toda su vida política pública de manera invariable. Condición que también tuvieron sus ideales democráticos, lo que le valió el arresto domiciliario por más de una semana luego del golpe de Fujimori en 1992 cuando ostentaba el cargo de Presidente del Senado de la República.

En la cátedra universitaria, Felipe fue formador incansable de generaciones de abogados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Todos lo recordaremos como nuestro querido profesor de derecho de obligaciones, cátedra que desempeñó durante más de medio siglo, habiéndose retirado —muy a su pesar— por razones de salud, hace algunos meses. Poco después su casa de estudios lo distinguió nombrándolo Profesor Emérito.

Sus clases eran muy didácticas y entretenidas, con muy buenos ejemplos, de ésos que uno como alumno nunca olvida; y es que Osterling sabía combinar muy bien los temas sustantivos con las cuestiones prácticas, ya que su vasta experiencia como abogado le hacía discernir de manera muy sencilla lo importante de lo accesorio, o sea, de aquellas disquisiciones teóricas que nunca ven la luz en la práctica profesional.

Asimismo, Felipe Osterling fue decano de la Facultad de Derecho de la PUCP a principios de los años setenta, en épocas muy difíciles para el país.

En lo personal, tuve el privilegio de haber sido su alumno en 1985 y desde 1993 nos dedicamos a escribir sobre derecho de obligaciones. Es así que publicamos la primera edición de nuestro tratado sobre la materia (1994-2003), el *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (Lima, 2008 y Bogotá, 2014) y la segunda edición del tratado, la misma que fue presentada hace muy pocas semanas, en el último acto público en el que disertó Felipe. Sus obras, sin duda, seguirán dando cátedra por él.

Hablé con Felipe por última vez hace pocos días, ya encontrándose muy mal físicamente, pero conservando la plena lucidez y perspicacia de un hombre cuya inteligencia y sentido del deber y la amistad fueron signos de vida.

Felipe deja una linda familia, formada con su señora Fina Letts y cinco magníficos hijos, varios nietos y hasta bisnietos, quienes —sin duda— lo recordarán siempre, al igual que todos quienes fuimos sus alumnos y amigos.

Lima, septiembre del 2014

El Registro de Deudores Judiciales Morosos y la cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario*

1. Generalidades

En mayo del presente año, fue publicada en el diario oficial «El Peruano», la Ley n.º 30201 (en adelante, la Ley), mediante la cual se creó el Registro de Deudores Judiciales Morosos.

Los puntos más importantes que aborda dicha norma, básicamente, son los siguientes:

- La creación del Registro de Deudores Judiciales Morosos.

- La modificación del artículo 594 Código Procesal Civil, en virtud del cual es posible que se produzca el lanzamiento (desalojo) de un inquilino moroso en un plazo de quince días hábiles.

Si bien es cierto, la citada ley también hace referencia a una serie de modificaciones a la Ley General del Sistema Concursal, el presente análisis sólo se centrará en los dos temas citados, los cuales, si bien es cierto están relacionados, son plenamente diferenciables, razón por la cual los vamos a abordar por separado.

---

* Este trabajo lo he escrito en coautoría con Jhoel Chipana Catalán, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Adjunto de Cátedra en la misma casa de estudios, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres, Abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre y Secretario Arbitral en procesos *Ad-Hoc*.

2. LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE DEUDORES JUDICIALES MOROSOS

La Ley, a través de su primer artículo, ha establecido la creación del Registro de Deudores Judiciales Morosos (en adelante, el Registro) como una herramienta de prevención de conflictos y protección de intereses de agentes económicos que tienen su campo de acción, principalmente, en el negocio inmobiliario.

Veamos en qué términos se ha creado dicho Registro:

> Artículo 1.- *Creación del Registro de Deudores Judiciales Morosos*
> Créase, en el órgano de gobierno del Poder Judicial, el Registro de Deudores Judiciales Morosos, en el que se inscribe, a solicitud del ejecutante, el incumplimiento de las acreencias originadas en resoluciones firmes, que declaran el estado de deudor judicial moroso en aplicación de los artículos 594 y 692-A, del Código Procesal Civil.

El citado artículo hace referencia al hecho de que el Registro se crea en el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Una primera crítica que podemos hacer a la ley es que utiliza términos que no son precisos. ¿Qué se entiende, pues, por «órgano de gobierno del Poder Judicial»? ¿Por qué no hacer referencia expresa a un órgano claramente identificado y determinado?

Entendemos que el órgano de gobierno del Poder Judicial está representado por su Consejo Ejecutivo,[32] ya que éste es su órgano de di-

[32] Debemos señalar que fruto de la poca precisión con que ha sido redactada la norma, tal vez el órgano al que ésta hace referencia sea la Gerencia General, que es el órgano ejecutivo, técnico y administrativo del Poder Judicial que tiene a su cargo las funciones de ejecución, coordinación y supervisión de las actividades administrativas no jurisdiccionales del Poder Judicial. Así, como la creación y administración del Registro es una actividad no jurisdiccional, por ende, sería la Gerencia General el organismo al que hace referencia la ley. Sin embargo, y por

rección y gestión, y tiene a su cargo las funciones y atribuciones señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese sentido, asume la dirección técnico-administrativa del Poder Judicial y de los organismos señalados por ley.

Dentro de esta línea de pensamiento, cabe tener en cuenta que el artículo 82, inciso 31, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que son funciones y atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aquéllas que le señalen otras leyes y reglamentos. Así, será pues función de dicho Consejo administrar el Registro, ya que es una ley (es decir, la Ley) la que le atribuye dicha función.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley establece que en el Registro se inscribe, a solicitud del ejecutante, el incumplimiento de las acreencias originadas en resoluciones firmes, que declaran el estado de deudor judicial moroso en aplicación de los artículos 594 y 692-A, del Código Procesal Civil.

Este extremo de la norma posee varios temas que creemos necesario comentar.

Así, el precepto señala que en el Registro se inscribirán los nombres de deudores[33] (entendemos que éstos pueden ser personas naturales, así como personas jurídicas) únicamente cuando el ejecutante así lo solicite.[34]

---

otro lado, el Consejo Ejecutivo es un órgano de dirección y gestión, razón por la cual creemos que a él es al que se refiere la ley.

[33] Cabe precisar que entendemos que este Registro está destinado a que, previa reglamentación, se pueda inscribir el nombre de una persona que sea deudor de cualquier tipo de obligación o acreencia, y no solamente de obligaciones que se originen en la falta de pago de la renta en un contrato de arrendamiento.

[34] En este punto cabe preguntarnos qué sucede con aquellas personas que han sido declaradas deudoras al interior de un proceso arbitral. ¿Se podría solicitar que se inscriba a dicho sujeto de derecho en este Registro? La ley no dice nada al respecto. Tales deudores también deberían estar comprendidos en la norma.

Dicho esto, en términos generales, cabe recordar que el ejecutante es la persona que posee una acreencia impaga y que, luego de un proceso judicial, ésta le ha sido reconocida por el órgano jurisdiccional, quien ordena que dicho pago se ejecute.

En este punto cabe preguntarnos si fue idóneo y adecuado que la inscripción se dé en mérito a una «solicitud» del ejecutante. Es decir, si lo que la norma buscaba era instaurar un sistema en virtud del cual se deseaba proteger a la sociedad para que no contrate con personas que no cumplen con sus obligaciones, ¿acaso no hubiera sido mejor que la ley señale que la inscripción en el Registro se produzca de oficio? ¿No hubiera sido adecuado que sea el juez quien ordene, como una medida preventiva, que se inscriba el nombre de la persona a quien fue adversa la sentencia, en el Registro de Deudores Judiciales Morosos?

Creemos que sí, pues de esta forma se evitarían, en cierta medida, futuros problemas en la contratación, ya que el Registro sí sería fiel reflejo de esa realidad y constituiría un medio al que se podría recurrir para evitar contratar con una persona que ya posee antecedentes que no lo hacen digno de confianza.

En este punto también cabe preguntarnos si la solicitud de inscripción en este Registro le está permitida a aquellas personas que hasta antes de la entrada en vigencia de la norma ya contaban con una sentencia a su favor. Es decir, ¿qué pasa con aquellas personas que han sido declaradas como deudores antes de la entrada en vigencia de la ley? ¿Se les puede inscribir en el Registro? Creemos que la respuesta es positiva, ya que en nuestro ordenamiento jurídico rige la denominada «teoría de los hechos cumplidos», razón por la cual toda norma será de plena aplicación a las situaciones jurídicas que se encuentren vigentes al momento de su entrada en vigor.

Ahora bien, debemos anotar que, desde nuestro punto de vista, existe un error de técnica legislativa en la redacción de la frase que señala

«el incumplimiento de las acreencias originadas en resoluciones firmes», ya que, en estricto derecho, una acreencia no se origina en una resolución firme, pues lo único que hace una resolución, generalmente y en casos como los que estamos estudiando, es declarar la preexistencia de una situación jurídica (en nuestro caso, la preexistencia de un crédito).

De otro lado, la frase «resoluciones firmes» no nos parece adecuada. Podría haberse empleado la de «resoluciones que tengan autoridad de cosa juzgada», pues ése es el nombre que otorga el artículo 123 del Código Procesal Civil a esta figura.

En ese entender, estimamos que lo adecuado hubiera sido que el artículo 1 de la ley señale que «en el Registro se inscribe, de oficio, el incumplimiento de las acreencias declaradas como tales por resoluciones que tengan autoridad de cosa juzgada».

Por otro lado, el artículo 2 de la ley establece que el acceso a la información del Registro es de carácter público y gratuito, a través del portal web institucional del Poder Judicial.

Sin duda, dicho precepto es positivo, ya que sería completamente inútil que se tenga que pagar algún monto para acceder a la *data base* de este Registro. Sin embargo, y de una búsqueda que hicimos en el portal www.pj.gob.pe, se tiene que hasta la fecha en que terminamos de elaborar este trabajo no se había implementado la publicación del Registro, con lo que en todo este tiempo (desde la entrada en vigencia la ley hasta la actualidad), no se ha logrado alcanzar los fines propuestos por este precepto.

De otra parte, el artículo 3 de la ley nos parece cuestionable, tanto en el ámbito formal como en el sustancial.

En principio, nos referimos a la forma en que dicho precepto ha sido redactado. Para ello, es necesario citarlo:

> Artículo 3.- *Vigencia de la inscripción*
> El registro de estado de deudor judicial moroso tiene vigencia hasta la extinción de la obligación por cualquiera de las modalidades previstas en el Código Civil, en cuyo caso el juzgado de origen oficia al órgano de gobierno del Poder Judicial, solicitando la cancelación de la inscripción en dicho registro, bajo responsabilidad.
> El registro permanece vigente en caso de que el ejecutado sea declarado deudor judicial moroso en otro proceso.
> Extinguida la obligación conforme a las modalidades establecidas en el primer párrafo, la inscripción queda sin efecto de pleno derecho, debiendo el Poder Judicial, a pedido de cualquier persona, proceder a su cancelación dentro del plazo de siete días calendario de presentada la solicitud, bajo responsabilidad.

Nótese la poco feliz redacción de este precepto. No vamos a entrar en el análisis de todos los extremos que merecen una crítica y es que la redundancia y repetición son evidentes. Lo que sí quisiéramos hacer es plantear una propuesta que jurídica y fácticamente diga algo mejor, como sería la que mencionamos a continuación:

> Una vez que se extinga la obligación, de oficio, o a petición de cualquier interesado, el juzgado de origen solicita al órgano que administra el Registro de Deudores Judiciales Morosos, bajo responsabilidad, que dentro de un plazo de siete días cancele la inscripción.

Creemos que con esta fórmula se dice todo lo que se quería decir con el precepto vigente del artículo tercero de la ley.

Ahora bien, en el aspecto sustancial, hay varios temas que queremos desarrollar en relación con el contenido del ya citado numeral 3 de la ley.

En primer lugar, el haber establecido que el registro de estado de deudor tiene vigencia hasta la extinción de la obligación, es una obviedad. Si no, pues, cabe preguntar hasta cuándo tendría vigencia.

Asimismo, ¿cómo se debería entender la frase «el juzgado de origen»? ¿Se refiere al juzgado que conoció en primera instancia las pretensiones de cobro por el cumplimiento de la obligación o acaso al órgano jurisdiccional ante el cual la sentencia que declara deudor a una persona ha obtenido la calidad de cosa juzgada?

Otro tema que nos parece importante mencionar es el referido a qué sucede si el órgano que tiene a su cargo el Registro no cancela la inscripción ordenada por el juez. ¿Qué tipo de responsabilidad tendría dicho órgano? El primer párrafo del artículo tercero contiene la frase «bajo responsabilidad», pero no se comprende qué se quiso decir con eso y cuáles serían los alcances de dicho hecho.

Entendemos, sin embargo, que estaríamos ante un caso de responsabilidad civil y administrativa.

Ahora bien, lo señalado por el segundo párrafo nos parece que contiene una contradicción y es que si bien es cierto la inscripción en el Registro se produce sólo a solicitud del ejecutante, con lo establecido en dicho párrafo (en el sentido de que señala que «El registro permanece vigente en caso de que el ejecutado sea declarado deudor judicial moroso en otro proceso») se estaría reconociendo que la inscripción no se produce sólo por solicitud de parte, sino también porque el ejecutado es declarado deudor en otro proceso, es decir, habría una inscripción de oficio (lo que, como ya lo hemos señalado, sería adecuado).

Es una lectura que se podría dar a este extremo de la norma; sin embargo, debemos reconocer que su contenido es poco preciso, ya que no se establece con claridad cómo es que se producirá esa «permanencia» del deudor en el registro.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 3 de la ley regula lo mismo que hacía el primer artículo y sólo añade el plazo dentro del cual el órgano que administra el Registro tiene que cumplir la solicitud de cancelación realizada por el juez.

Finalmente, cabe comentar el artículo 4 de la ley, que establece que «No se encuentran bajo el ámbito del referido registro las obligaciones derivadas de procesos judiciales contra el Estado».

Este numeral ha sido duramente criticado, y es que se podría pensar que siendo el Estado el principal deudor, el Registro debería servir para identificar qué organismos estatales son los que más incumplen y los que más deben. No vamos a ahondar en esta crítica que, por lo demás, resulta legítima, pero sí queremos dejar sentada nuestra postura en el sentido de que el contenido del artículo 4 de la ley no aporta a este mecanismo para que el índice de deudores se reduzca. Se crea un blindaje a las entidades estatales sin razón alguna y se les trata con desigualdad, beneficiando a estos sujetos de derecho que no tienen por qué contar con ese privilegio.

Además, los particulares tienen todo el derecho de saber qué entidades públicas son poco serias en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, sin perjuicio de las deficiencias que hemos identificado en los primeros cuatro artículos de la ley, creemos que el fin que persigue la creación del Registro es muy positivo.

Este mecanismo busca fomentar la cultura del cumplimiento de las obligaciones contractuales y, de esta forma, brindar seguridad jurídica a los agentes económicos ante el incumplimiento por una de las partes.

Si bien es cierto que la naturaleza de lo que va a contener tiene como origen un acto jurisdiccional (la sentencia que dicten los tribunales de justicia y que tenga la calidad de cosa juzgada), en estricto constituye un mecanismo administrativo, ya que el Registro contiene

inscripciones cuyo objeto es alertar a cualquier persona en el sentido de que un sujeto de derecho tiene la calidad de deudor y no constituye alguien que se caracterice por cumplir con sus obligaciones. Es decir, el Registro de Deudores Judiciales Morosos busca que los ciudadanos tomen conocimiento de que aquellos agentes con quienes potencialmente pueden contratar, tienen deudas impagas. Se trata, pues, de un mecanismo disuasivo de contratación con este tipo de sujetos.

3. La modificación del artículo 594 del Código Procesal Civil y del desalojo en mérito a la cláusula de allanamiento de inquilinos morosos

El artículo 5 de la ley contiene, sin duda, el aporte más importante, pues a través de él se establece la modificación a los artículos 594 y 692-A del Código Procesal Civil. Cabe señalar que en este trabajo sólo analizaremos la modificatoria realizada a la primera de las normas citadas.

Así, pues, el artículo 594 propuesto por la ley instaura un esquema de desalojo en mérito a una cláusula de allanamiento anticipado, así como otras disposiciones que veremos a continuación:

> Artículo 594.- *Sentencia con condena de futuro*
> El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.
> Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.
> En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697

> del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.
> Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.
> Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el Juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato.
> La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos.

El citado artículo regula los siguientes temas:

a) Antes del vencimiento del plazo para la culminación de un contrato, se puede demandar el desalojo para restituir el bien.

b) Si esta demanda es amparada por el órgano jurisdiccional, el lanzamiento (desalojo) sólo se podrá ejecutar a partir del sexto día de vencido el plazo del contrato.

c) Si el demandado se allana a la demanda y al vencimiento del plazo del contrato pone el bien a disposición del demandante, éste tendrá que pagar las costas y costos del proceso.

d) En los contratos de arrendamiento de inmuebles con firmas legalizadas ante notario público (o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público), que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario para la restitución del bien por término o resolución del contrato por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.

e) Si luego del sexto día de notificado, el arrendatario no acredita la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.

f) Para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, es competente el juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato.

g) La deuda judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos.

Debemos anotar que los puntos a), b) y c) establecen disposiciones que resultan aplicables a cualquier tipo de relación jurídica que dé lugar al desalojo. Recordemos que, de acuerdo al artículo 586[35] del Código Procesal Civil, el desalojo puede ser efectuado contra cualquier persona a la que le sea exigible la restitución de un bien. Así, el desalojo procede contra arrendatarios, usufructuarios, sujetos que ostenten un derecho de habitación, etc.

De otro lado, los puntos d), e), f) y g) son aplicables únicamente a los contratos de arrendamiento y constituyen la innovación que la ley pretende otorgar a los supuestos de hecho que se enmarcan en este tipo de relaciones jurídicas.

Teniendo en cuenta el panorama expuesto, vamos a referirnos, por separado a la naturaleza y alcances de la cláusula de allanamiento a fu-

[35] Artículo 586.- «Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.
Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución».

turo y a los tipos contractuales que se encuentran dentro del rango de aplicación de dicha cláusula.

3.1. El allanamiento y la denominada cláusula de allanamiento a futuro

Vamos a referirnos de manera breve a la figura jurídica del allanamiento, a efectos de determinar de forma correcta la naturaleza de la denominada cláusula de allanamiento.

El allanamiento, de acuerdo al artículo 331 del Código Procesal Civil, es una figura que nace teniendo como presupuesto un litigio judicial, tal como se puede observar a continuación:

> Artículo 331.- El demandado puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia.
> Procede el allanamiento respecto de alguna de las pretensiones demandadas.

El citado artículo establece que el allanamiento puede darse en cualquier estado de un proceso hasta antes de la sentencia. La razón de ello está en la propia naturaleza de esta figura, pues implica una «conformidad con las pretensiones deducidas por la parte contraria. Es el asentimiento que presta el demandado a lo pedido por el demandante».[36]

En otras palabras, el allanamiento es «la declaración de voluntad del demandado en cuya virtud reconoce la fundabilidad de la pretensión interpuesta por el actor».[37]

---

[36] Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008, 2.ª edición, p. 706.

[37] Palacio, Lino. *Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975, tomo v, p. 545.

El allanamiento es, en suma, la aceptación por parte del demandado (o del demandante, cuando haya reconvención) de que las pretensiones planteadas por la contraparte, dentro de un proceso judicial (o también arbitral), son válidas. En ese sentido, es evidente que la naturaleza de esta figura supone la existencia de un proceso, ya que quien se allana tiene que saber respecto de qué pretensiones lo hace.

Otro punto a tener en cuenta está en que el allanamiento es una abdicación total, ya que no es posible que el mismo se encuentre condicionado a algo, o que posteriormente a que se produzca, la persona que se allana pueda tener la oportunidad de realizar actos de defensa procesal.

Dentro de tal orden de ideas, el ordenamiento jurídico estipula como consecuencia inmediata del allanamiento, la expedición de sentencia por parte del órgano jurisdiccional. Así lo señala el artículo 333 del Código Procesal Civil:

> Artículo 333.- Declarado el allanamiento, el juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que éste no se refiera a todas las pretensiones demandadas.

Lo señalado por la norma procesal resulta lógico, porque luego de realizado el allanamiento sobre todas las pretensiones, la controversia desaparece por cuanto no hay contradicción. Así, no resulta posible la presentación de nuevos alegatos, actuación de pruebas u otros actos procesales, ya que el allanamiento implica la aceptación total, pura e integral de la demanda planteada.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante anotar que el allanamiento también podría producirse respecto a algunas de las pretensiones planteadas por el demandante, de manera que la expedición de la sentencia de manera inmediata por parte del juez no podrá producirse en este supuesto.

Teniendo en cuenta lo señalado, ahora corresponde analizar la figura denominada «cláusula de allanamiento a futuro» contenida en el nuevo texto del artículo 594 del Código Procesal Civil.

Así, debemos partir de la premisa de que esta «nueva figura» no se equipara al allanamiento propiamente dicho. Ello, debido a las siguientes consideraciones:

- La cláusula de allanamiento a futuro es un acuerdo de las partes que consta en un contrato de arrendamiento. Es decir, es una figura que existe y se presenta sin necesidad de un proceso o litigio judicial.

- Podría señalarse, incluso, que el nacimiento y origen de la cláusula de allanamiento a futuro se produce *ex ante* de una *litis*, pero que su eficacia y sus efectos se producen al interior de ésta (es decir, *ex post* al surgimiento de la controversia).

- La cláusula de allanamiento a futuro va más allá del núcleo conceptual concebido para la figura del allanamiento (que, como dijimos, importa la aceptación de todas o algunas pretensiones planteadas por la contraparte en un proceso), habida cuenta de que no resulta posible dar una aceptación a través de la inclusión de una cláusula de allanamiento a futuro en un contrato, cuando la misma se produce en un escenario en el que ni siquiera existe disputa o controversia alguna.

- El artículo 594 del Código Procesal Civil establece que, luego de interpuesta la demanda, el juez notifica al demandado (arrendatario) a efectos de que pueda contradecir la demanda en función a la vigencia del contrato o al pago de la alegada deuda. Así, con lo señalado por esta norma tampoco asoma alguna similitud con la figura del allanamiento propiamente dicho (que implica el cese de discusión por parte del allanado y, entre otras cosas,

el no ofrecimiento de nuevos argumentos o pruebas), pues las pretensiones planteadas pueden ser contradichas.

Ahora bien, cabe referirnos a la naturaleza y a los requisitos de validez que posee esta «nueva figura», ya que el nuevo texto del artículo 594 del Código Procesal Civil establece que la misma sólo podrá incluirse en los contratos de arrendamiento, pero nos surge aquí una primera interrogante en el sentido de si no hubiera sido positivo también hacer extensiva la inclusión de una cláusula de este tipo en, por ejemplo, el supuesto de un usufructuario. La norma, analizada de manera literal, lo prohíbe, pero tal vez hubiera sido importante meditar en torno a la aplicación de esta cláusula a otros tipos de relaciones jurídicas. Sin perjuicio de lo expuesto, este tema será analizado —en detalle— más adelante.

En ese entender, no sólo se trata de un contrato de arrendamiento, sino que éste debe recaer sobre bienes inmuebles.

Pero ello no es todo, pues la norma exige que el contrato contenga firmas legalizadas ante notario público, y en caso de que en el lugar donde se celebre tal acto no haya notario, será el juez de paz quien otorgue dicha legalización. En este punto podríamos preguntarnos qué sucedería en el supuesto en el cual el contrato de arrendamiento de bien inmueble no posea firmas legalizadas. ¿Debería entenderse aquí que la cláusula de allanamiento a futuro no tiene validez o simplemente no sería ineficaz?

Creemos que al no haberse establecido sanción de nulidad para dicha cláusula cuando no hayan firmas legalizadas notarialmente en el contrato que la contiene, tal cláusula sería plenamente válida, pero su eficacia se vería seriamente cuestionada. De todas maneras constituiría un medio de prueba de la existencia del acto. Éste es el argumento del artículo 144 del Código Civil.

En ese entender, será el juez quien decida, en última instancia, si dadas las circunstancias de cada caso en particular, corresponde tener

por eficaz una cláusula de allanamiento a futuro y fundar su decisión en ella.

Ahora bien, el artículo 594 del Código Procesal Civil también señala que para la restitución del bien debemos estar ante la terminación del contrato de arrendamiento o su resolución por falta de pago en los términos establecidos por el artículo 1679 del Código Civil.[38]

En ese escenario, el juez notifica la demanda al arrendatario para que dentro de seis días acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.

Aquí se debe tener como premisa que sí existe la posibilidad de que haya una contradicción, es decir, el rebatimiento de las pretensiones planteadas por el demandante (arrendador), lo cual no hace sino confirmar que la figura de la «cláusula de allanamiento a futuro» posee una denominación que no obedece a un rigor técnico-jurídico en la forma de su concepción. Ya hemos señalado que un allanamiento sólo se produce al interior de un proceso, pero en el caso bajo estudio dicho «allanamiento» se produce al celebrar el contrato de arrendamiento.

---

[38] Artículo 1697.- «El contrato de arrendamiento puede resolverse:

1. Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.
2. En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.
3. Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.
4. Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
5. Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones».

De otra parte, resulta cuestionable el extremo de la norma que señala que el arrendatario, dentro del plazo de seis días, podrá acreditar la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado, y es que el artículo 1697 no sólo hace referencia a que la resolución se produce por no haber pagado la renta, sino también por otros supuestos, como que el arrendatario dé al bien un destino diferente de aquél para el cual se le concedió, haya permitido algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres, haya subarrendado o cedido el arrendamiento, o no haya cumplido cualquiera de sus obligaciones, etc.

En ese sentido, nos preguntamos si en caso el arrendatario diera al bien que arrienda un uso distinto de aquél para el cual le fue entregado, acaso el arrendador podría demandar que desocupe el inmueble y ampararse en la cláusula de allanamiento a futuro.

Creemos que una interpretación que atienda al fin de la norma nos permitiría señalar que ello sí resultaría posible, ya que la norma es clara al señalar que dentro del ámbito de acción de esta figura se encuentran todos los supuestos establecidos por el artículo 1697 del Código Civil, con lo que la respuesta a la interrogante planteada en el párrafo anterior sería afirmativa.

Sin perjuicio de lo señalado, reiteramos nuestra posición en el sentido de que la así denominada «cláusula de allanamiento a futuro» es una nueva figura jurídica que no guarda relación con la figura procesal del «allanamiento» propiamente dicho.

3.2. La aplicación de la cláusula de allanamiento a futuro sólo a los contratos de arrendamiento

Luego de la evaluación de la naturaleza y funcionamiento de la cláusula de allanamiento a futuro, corresponde determinar su alcance. Ello, a efectos de determinar qué tipos contractuales se podrían ver relacionados a dicho supuesto de la norma.

La ley ha establecido claramente que la cláusula de allanamiento a futuro se aplica de forma exclusiva en los contratos de arrendamiento. En otras palabras, el desalojo en mérito a esta cláusula no procede para poseedores que detentan dicha titularidad en función a una relación jurídica distinta a la del arrendamiento.

Nos explicamos.

Un proceso de desalojo no sólo se produce en relaciones jurídicas enmarcadas en un contrato de arrendamiento. Un desalojo, por ejemplo, también podría producirse ante un usufructuario. Sin embargo, la redacción del artículo 594 del Código Procesal Civil nos lleva a una respuesta distinta en su tercer párrafo, al señalar que:

> En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz [...], que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil […]. (El subrayado es nuestro).

Así, ¿será aplicable esta figura para el caso de otro poseedor, como un usufructuario? Pensamos que la respuesta negativa se impone, ya que el tenor de la norma sugiere claramente que estamos ante un trámite excepcional para el desalojo. De hecho, la analogía en este caso no sería admisible, conforme lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, ya que estaríamos ante una norma que establece excepciones.[39]

La norma, entonces, ha querido regular sólo el supuesto de hecho más común que se presenta en nuestra sociedad: la resistencia por parte de un arrendatario a desalojar un inmueble; y es que no cabe duda de

[39] *Cfr*. Ninamancco Córdova, Fort. «Notas críticas sobre la denominada Ley de Inquilinos Morosos». En: *Gaceta civil y procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, n.º 12, p. 27.

que los supuestos de negativa a desocupar un bien por parte de usufructuarios u otros poseedores con quienes medie relación contractual, no son tan frecuentes.

En ese orden de ideas, creemos que el fundamento del alcance limitado de la cláusula de allanamiento a futuro radica en el hecho de proteger al propietario que desea arrendar un inmueble, pero que quiere tener la posibilidad de que su futuro arrendatario desocupe el bien lo más pronto posible en caso se vean inmersos en un proceso judicial.

Como sabemos, los procesos judiciales derivados de estos problemas suelen tomar, incluso, varios años. En dichos procesos, el propietario no tenía más remedio que recurrir al Poder Judicial a través de la interposición de una demanda de obligación de dar suma de dinero, o desalojo por falta de pago, o ambos en forma acumulativa.[40] Es más, con anterioridad a dichos procesos se debía llevar a cabo un proceso de conciliación con el arrendatario.

En ese sentido, y según lo que establece la ley, la cláusula de allanamiento a futuro sólo opera en relación a los contratos de arrendamiento.

Ahora bien, con esta nueva regulación ¿podría afirmarse que el trámite de un desalojo es más fácil y rápido?

---

[40] *Código Procesal Civil*:
Artículo 585.- «La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.
Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.
Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código». (El subrayado es nuestro).

Como se ha podido observar, los medios de comunicación y varios políticos y abogados han denominado a este nuevo mecanismo como «desalojo exprés», poniendo énfasis en que el mismo tomaría un lapso inusual y que en pocos días el arrendador ya tendría resultados. Sin embargo, debemos ser prudentes y decir que ello no será necesariamente así, habida cuenta de una serie de consideraciones que a continuación vamos a desarrollar.

En primer lugar, la norma otorga un plazo de seis días para que el arrendatario conteste la demanda planteada por el arrendador. Pero antes de que ello ocurra, el demandante tiene que interponer su demanda y, como sabemos, el tiempo que media entre que una persona presenta un escrito y aquél en que tal escrito llega a la contraparte no es menor a un mes. Esperemos, también, que esta situación mejore con las futuras notificaciones electrónicas.

Así, pues, una vez que la demanda llegue a manos del demandado, éste tiene dos caminos: allanarse o contradecir lo señalado por el demandante:

- Si se allana (o, en el peor de los casos, no contesta y guarda silencio), el juez evaluará lo presentado por el demandante y emitirá una resolución a través de la cual ordenará el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.[41] Sin embargo, dicha resolución puede ser apelada por el arrendatario si no se encuentra conforme con

[41] *Código Procesal Civil*:
Artículo 593.- «Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.
Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.
Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento».

ella (que es algo que evidentemente ocurrirá, pues así el demandado tendrá más tiempo ocupando el bien).

- Si el arrendatario contesta la demanda y la contradice, es evidente que el proceso durará más, ya que el juez tendrá que evaluar los argumentos de ambas partes y valorar los medios probatorios que se hayan presentado. De hecho, la sentencia que emita también podría ser apelada por la parte que no se sienta conforme con lo resuelto. Así, el proceso duraría incluso mucho más tiempo.

Como se puede observar, no estamos ante un proceso «exprés», ya que el mismo durará algunos meses (y si hay apelación, incluso años).

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar un hecho que nos llama poderosamente la atención, y es que al parecer la ley se ha enfocado únicamente en intentar lograr que el desalojo se produzca en un tiempo menor al que se producía hasta antes de su entrada en vigencia, pero ¿qué pasa con el dinero que el arrendatario adeuda al arrendador? ¿Debe entenderse que para este problema, muy frecuente también, la ley no ha planteado solución alguna? ¿El arrendador tiene que demandar dicha pretensión a través de un proceso de dar suma de dinero?

La ley, lamentablemente, nada dice sobre este particular.

3.3. La cláusula de allanamiento a futuro y el arbitraje

Hace algunos meses, un prestigioso abogado y profesor universitario[42] afirmaba que el arbitraje se debe incorporar en los contratos de arrendamiento, ya que ésta era la solución para desocupar de un inmueble a un ocupante ilegítimo. Y, ciertamente, no le falta razón.

---

[42] *Cfr*. Mejorada Chauca, Martín. «¿Cómo desalojar al ocupante ilegítimo?». En *Predio Legal* (Blog del Diario Gestión). http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2014/04/como-desalojar-al-ocupante-ilegitimo.html. (Visitado el 16-10-2014).

Sin embargo, existe un detalle, y es que por ocupante ilegítimo se puede entender tanto a personas que han celebrado, efectivamente, un contrato de arrendamiento, pero también podemos estar ante una persona con quien no se ha firmado contrato alguno, es decir, un tercero que no ha suscrito el convenio arbitral (recordemos que el arbitraje, salvo lo establecido por el excepcionalísimo caso del artículo 14 de la Ley de Arbitraje del Perú,[43] sólo tiene efectos entre las partes que han suscrito el convenio arbitral).

Nos imaginamos el caso en el cual en el ínterin del proceso arbitral, y ante una pérdida inminente, el arrendatario subarrienda el bien o, yendo más allá, lo cede a un tercero para que lo ocupe. Así, cuando se quiera ejecutar la sentencia, el ejecutor se encontrará con una persona que habita el inmueble que no ha suscrito el convenio arbitral y, por ende, no ha sido parte del proceso arbitral, con lo que la ejecución (es decir, el lanzamiento o desalojo) se podría frustrar.

Ahora bien, debemos reconocer las bondades que un convenio arbitral traería ante la eventualidad de que el arrendatario no quiera dejar el inmueble y se someta a un proceso arbitral, pero en realidad lo que nos estaríamos ahorrando serían los recursos de apelación que sí contemplan los procesos civiles ordinarios.

Con todo, y dada la experiencia vivida, somos de la opinión de que un proceso arbitral que tenga como objeto un desalojo también tomaría no pocos meses.

---

[43] Artículo 14.- «*Extensión del convenio arbitral*
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 pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

Con este escenario, cabe preguntarnos ¿qué pasaría si en un contrato de arrendamiento, con firmas legalizadas notarialmente, existe una cláusula de allanamiento a futuro y también un convenio arbitral? ¿Acaso lo estipulado por el artículo 594 del Código Procesal Civil no podría también ser de aplicación para el caso de un proceso arbitral?

Nuestra opinión es que sí, porque constituye voluntad de las partes y es a lo que se han obligado al momento de suscribir el contrato de arrendamiento, con lo que en el laudo arbitral sólo se estaría legitimando, convalidando y otorgando eficacia a esa voluntad de desocupar el inmueble.

Nótese que nos encontramos ante dos escenarios distintos, pues en uno estamos ante un proceso judicial en donde el artículo 594 del Código Procesal Civil resulta plenamente aplicable. En el otro, ante un proceso arbitral en donde prima la voluntad de las partes contenida en un contrato.

No debemos olvidar que en el supuesto de un proceso arbitral en el que el arrendador resulte vencedor, existe la posibilidad de que el vencido (arrendatario) no cumpla con lo ordenado en el laudo arbitral, con lo que se tendría que solicitar la colaboración de los tribunales ordinarios para ejecutar lo laudado. Es obvio que este proceso de ejecución, también toma su tiempo, con lo que en realidad no se estaría simplificando mucho las cosas.

Dentro de esta línea de pensamiento, estimamos, entonces, que las opciones existentes serían las que mencionamos a continuación:

- No incluir en un contrato de arrendamiento una cláusula de allanamiento a futuro y, en caso haya alguna controversia, establecer la competencia de la jurisdicción ordinaria.

- No incluir en un contrato de arrendamiento una cláusula de allanamiento a futuro y, en caso haya alguna controversia, establecer la competencia de un tribunal arbitral.

- Incluir en un contrato de arrendamiento una cláusula de allanamiento a futuro y, en caso haya alguna controversia, establecer la competencia de la jurisdicción ordinaria.

- Incluir en un contrato de arrendamiento una cláusula de allanamiento a futuro y, en caso haya alguna controversia, establecer la competencia de un tribunal arbitral.

4. CONCLUSIONES

Hasta antes de la aprobación de la ley, un propietario que deseaba arrendar un inmueble carecía de un mecanismo oficial que le permitiera evaluar los antecedentes y el historial de cumplimiento del posible inquilino. Este hecho conllevaba un enorme riesgo, porque realmente estaba arrendando «a ciegas», confiando en que su arrendatario es una persona seria que cumple con sus obligaciones.

Así, en caso existiera controversia, el arrendador tenía que recurrir al Poder Judicial y estar inmerso en un proceso que fácilmente podía durar varios años.

Si bien es cierto que la finalidad de la ley ha sido la de disminuir el tiempo que dura un proceso judicial de este tipo, lo cierto es que en realidad ello no será siempre así, pues existe la posibilidad de que el demandado (arrendatario) pueda contradecir lo señalado por el demandante (arrendador) e, incluso, pueda apelar la sentencia emitida por el juez, con lo que el proceso durará mucho más tiempo.

Ahora bien, y en relación al Registro de Deudores Judiciales Morosos, una vez que éste se instaure será posible que cualquier ciudadano pueda acceder a él para verificar que la persona con la que posiblemente vaya a contratar no tenga antecedentes judiciales que no lo hagan confiable y, por el contrario, demuestren que es alguien que no cumple con sus obligaciones.

Sin embargo, como ya lo dijimos, ese Registro sólo será realmente provechoso cuando se haya instaurado en el Perú una práctica que haga que los demandantes que resulten victoriosos en sus procesos soliciten la inscripción de sus deudores en el Registro. Así, a mayor número de inscritos en el Registro, mayor número de beneficiados en la sociedad.

Hasta la fecha en que terminamos de elaborar este trabajo no se ha implementado el Registro, con lo que en todo este tiempo (desde la entrada en vigencia la ley hasta la actualidad), no se ha logrado alcanzar los fines propuestos por este precepto.

De otra parte, creemos que hubiera sido mejor adoptar una fórmula legislativa a través de la cual el juez sea quien ordene de oficio, como una medida preventiva, que se inscriba en el Registro de Deudores Judiciales Morosos el nombre de la persona a quien fue adversa la sentencia.

Asimismo, debemos partir de la premisa de que esta «nueva figura» (denominada cláusula de allanamiento a futuro) no se equipara al allanamiento propiamente dicho, que es una figura propia del derecho procesal.

Resulta evidente que la norma que hemos analizado ha querido regular sólo el supuesto de hecho más común que se presenta en nuestra sociedad: la resistencia por parte de un arrendatario a desalojar un inmueble.

No estamos ante un proceso «exprés», ya que el mismo durará algunos meses (y si hay apelación, muchos más).

De otra parte, creemos importante dejar sentada nuestra posición en el sentido de que la ley carece de una adecuada técnica legislativa en cuanto a su redacción y utiliza términos que no son precisos.

Finalmente, sin perjuicio de lo señalado, creemos que el fin que persigue la creación del Registro es muy positivo.

Lima, noviembre del 2014

Discurso de Orden en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi y a los codificadores de 1984, pronunciado en el Congreso Internacional de Derecho Civil en Conmemoración de los 30 años del Código Civil peruano organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Señor doctor Alfredo Villavicencio Ríos, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Señores profesores de nuestra casa de estudios,
Estimados expositores nacionales y extranjeros,
Señores miembros de la Comisión Organizadora del Congreso,
Señores miembros y asesores de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936,
Señores miembros de la Comisión Revisora,
Señores familiares de los referidos juristas,
Estimados colegas, estudiantes y amigos,

Esta semana se conmemoran los treinta primeros años de vigencia del Código Civil de 1984, y nuestra Facultad de Derecho desea celebrar esta fecha tan significativa, dado que el Código fue elaborado por importantes juristas, muchos de los cuales, o fueron alumnos de nuestra universidad, o ejercieron en su Facultad de Derecho, la docencia universitaria. Nuestra casa de estudios se siente —institucionalmente

* Discurso de Orden pronunciado el lunes 10 de noviembre de 2014, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

hablando— parte del esfuerzo que se desplegó hace varias décadas para que el Perú tuviera el Código Civil que hoy nos rige.

En estas palabras voy a referirme a diversos aspectos relacionados con tan importante fecha.

Así, trataré acerca del Código propiamente dicho; de quienes lo elaboraron y, en especial, de quien fue presidente de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, durante trece años y en la etapa más importante de su elaboración y promulgación, el doctor Felipe Osterling Parodi.

Todas las veces que he sido invitado a pronunciar algunas palabras sobre el Código Civil, siempre he resaltado que se trata de un buen Código.

Y digo esto, pues la bondad de los Códigos se mide, no sólo por su contenido y sistemática (en los que el Código de 1984 representó un notorio avance con respecto al de 1936), sino en cuanto a su utilidad, pues el cuerpo normativo que hoy cumple treinta años, ha sido y es notoriamente útil para la sociedad peruana.

Es innegable que este Código funciona, y que funciona bien.

Prueba de ello es que durante sus seis lustros de vigencia, el medio jurídico nacional no ha advertido problemas serios en su aplicación, y que de todas las instituciones que fueron reguladas por él, sólo una devino en obsoleta con el paso de los años, como lo fue la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, cuya regulación —dada la creciente importancia del arbitraje— mereció una derogatoria completa en 1992, para pasar a formar parte de una ley especial.

No podemos decir lo mismo de la prenda, ya que el hecho de haberla sustituido por la garantía mobiliaria, sólo constituyó un tema de

opción legislativa, y bien pudo haberse concebido un nuevo régimen de prenda en el Código Civil, que unificara todos los regímenes especiales, y que no abdicara tan importante materia de los derechos de garantía a favor de una legislación privativa.

Pero, en todo lo demás el Código está ahí, no sólo en vigencia formal, sino en vigencia real.

Hace algunas semanas realizaba el ejercicio académico de revisar todos los preceptos del Código Civil que fueron modificados, derogados o adicionados durante estos treinta años, y llegué a una conclusión poco satisfactoria, en el sentido de que las normas originales, generalmente, fueron de superior factura que las normas posteriores.

Esta constatación nos lleva a meditar en el sentido de que se debe tener mucho cuidado cuando se quieran introducir reformas normativas en el Código Civil, pues ellas no sólo deben ser fruto de las necesidades sociales, sino que tienen que estar a la altura de los preceptos que se desea modificar, lo que —evidentemente— implica que ellas tampoco sean fruto exclusivo de las tentaciones académicas que tenemos todos los profesores de derecho civil, sino del consenso del medio social y jurídico.

Ésta es la tesis que vengo sosteniendo en los últimos veinte años, ante todos los auditorios interesados en el derecho civil peruano y su desarrollo doctrinario y normativo.

En ese sentido, creo que el hecho de que nuestro Código esté cumpliendo su trigésimo aniversario, representa un signo de madurez de nuestro derecho civil y del medio jurídico nacional; a la par que una muestra importante de las bondades del cuerpo de leyes a cuyos autores hoy rendimos homenaje.

Además, el hecho de que en un país donde las normas duran tan poco tiempo, este Código cumpla treinta años, es un signo importante de tolerancia con respecto a los demás, en el sentido de que ha primado el respeto hacia las mayorías, que buscan estabilidad legislativa y desarrollo doctrinario por parte de quienes, como profesores de derecho, estamos en el deber de engrandecer el derecho civil peruano de la manera más difícil, que es escribiendo y estudiando sus conceptos y doctrinas; y no proponiendo un nuevo Código Civil a la vuelta de cada esquina.

Hace exactamente veinte años, el profesor Fernando de Trazegnies, aquí presente, uno de los autores del Código Civil, acuñaba esa magnífica frase que ilustra lo difícil que es enseñar *versus* lo fácil que es proponer modificaciones legislativas. De Trazegnies decía: «cambiar los Códigos a cada rato, no es imaginación creadora, sino pereza interpretativa».

Aquí también debo recordar las palabras del doctor Felipe Osterling Parodi, escritas en 1997, cuando hacía referencia a las ideas que se venían manejando en torno a la reforma del Código Civil. Decía Osterling que ello debía hacerse:

> Con discreción, con prudencia, recordando que a la ley no hay que atreverse a tocarla sino con mano trémula, como decía uno de los personajes de Montesquieu en sus *Cartas Persas*, y alejándonos, hasta donde sea posible, de conceptos que bien pueden ser relevantes en un debate académico, pero que a menudo son intrascendentes ante una realidad social y económica en constante dinámica.

Por lo demás, si estamos conmemorando una fecha, es porque la consideramos importante y no porque queremos olvidarla o prescindir de ella.

Dentro de tal orden de ideas, si festejamos estos treinta años de vida de nuestro Código Civil, no sólo es con el objeto de ver las instituciones

con perspectiva de futuro, sino como un acto de afirmación de lo bueno que tenemos.

Los abogados que forman parte de mi generación y quienes integran las generaciones más jóvenes, somos hijos de este Código, pues empezamos a aprender derecho y a tener una aproximación a las doctrinas civiles en base a su normativa, y quienes nos hicimos civilistas, aprendimos a querer el derecho civil entre los artículos del Código de 1984.

Es así que este cuerpo normativo, no sólo tiene hijos, sino nietos y tal vez pronto tendrá bisnietos, pues muchos de quienes han sido nuestros estudiantes, hoy ya son profesores de derecho en las más diversas Facultades del país, multiplicando y renovando las doctrinas de la más importante área del derecho e inculcando ese interés entre quienes hoy son sus alumnos.

Pero, estas palabras, obviamente, no van a tratar acerca de los hijos y nietos del Código, sino de quienes fueron sus padres.

Y, en primer término, voy a referirme a quien fuera presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil, en la etapa más intensa de su elaboración, mi gran maestro y amigo, el doctor Felipe Osterling Parodi.

Y es que su repentina partida no dio oportunidad para que nuestra Facultad de Derecho le rinda el homenaje que le corresponde.

Felipe falleció el 30 de agosto del presente año, es decir, hace poco más de dos meses, y éste es el momento preciso en el cual nuestra casa de estudios rinde homenaje a tan ilustre hombre de leyes.

La mayor parte de la población conoció a Felipe Osterling en su faceta de hombre público; y ello es natural, dados los altos cargos que

ocupó: Ministro de Justicia (1980-1981), Senador de la República (1985-1992) y Presidente del Congreso (1991-1992). No obstante, su participación en la vida política se circunscribe a un período de doce años, el mismo que resulta corto, si lo comparamos con su vida profesional y académica.

Felipe ejerció la abogacía durante sesenta años, habiendo trabajado junto a juristas de nota, como el doctor Félix Navarro Irvine. Asimismo, fue importante socio del ilustre Estudio Olaechea y luego funda el prestigioso Estudio Osterling, donde ejerció la profesión hasta el final de sus días.

Fue catedrático de derecho de obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú, su casa de estudios, por más de cincuenta años. Miles fuimos sus alumnos y sólo guardamos gratitud hacia él, pues enseñaba de manera magistral y sencilla la materia más abstracta y difícil del derecho civil. Las obligaciones nacen de los contratos y de la ley, y son el vínculo a través del cual uno se compromete a cumplir algo con respecto a otro. Constituyen, en palabras de Fernando de Trazegnies, el alma del derecho, pues sin vínculo que obligue a cumplir, el derecho no tendría sentido de existencia.

Los ejemplos de Osterling eran muy efectivos, desde el típico caso de su reloj y el lapicero (con los que ilustraba casos hipotéticos), hasta una serie de situaciones complejas, fruto de la experiencia vivida. Y es que en realidad sus clases no sólo eran las de un profesor universitario, sino —fundamentalmente— las de un brillante abogado con vastísima experiencia.

Ya cuando yo era catedrático universitario y conversábamos acerca de los temas que cada uno iba dictando en paralelo, al principio Felipe solía llamarme la atención para que no me dispersara en tanta teoría, sino en los temas de mayor utilidad práctica. Debo confesar que a algu-

nas materias a las que hace veinte años destinaba una hora de clases, hoy no dedico más de cinco minutos; y viceversa.

Además, Felipe fue un hombre de muy buen humor. Sus alumnos, obviamente percibíamos al abogado formal, pero siempre con chispa y bromas producto de las circunstancias. Daba gusto asistir a sus clases, pues no era el profesor que presionaba y castigaba al estudiante, sino aquél que fomentaba su interés por el tema para lograr que aprendiera la materia por las buenas y no por las malas.

Pero Osterling, además de abogado y profesor universitario, fue un gran codificador. En 1971, por designación de la Corte Suprema de Justicia, asumió la Presidencia de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, la misma que terminó elaborando un nuevo Código, el que —como sabemos— nos rige desde 1984. Felipe fue el motor de esa Comisión, la misma que estuvo integrada por muy ilustres juristas, a los que haré referencia en unos momentos.

Felipe era uno de los más jóvenes, pero el ímpetu que puso en el trabajo, hizo que esa Comisión lograra sus objetivos.

Osterling fue ponente del libro de Derecho de las Obligaciones y me consta que siempre admiró y respetó el trabajo de quien fuera autor del mismo libro en el Código de 1936, el insigne Manuel Augusto Olaechea.

El Código de 1984, obra colectiva de ese grupo de notables profesores, constituye uno de los códigos más importantes de América Latina y ha sido objeto de múltiples elogios por parte de destacados académicos de diversas latitudes.

Felipe Osterling siempre constituyó un referente en la vida profesional, pues no sólo fue un abogado muy exitoso, el político destacado que alcanzó los más altos cargos públicos, notable codificador, Decano

del Colegio de Abogados de Lima, Presidente de la Academia Peruana de Derecho, Decano de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios, admirado maestro universitario, autor prolífico de libros de su especialidad, sino, sobre todo, un señor de señores.

Y este señor de señores siempre estuvo presente en todos los Congresos de Derecho que organizó nuestra universidad, y en aquéllos que se realizaron en los más diversos lugares de nuestro país.

En todos ellos, Felipe era el *alma de la fiesta*, era quien le ponía el toque de entusiasmo al evento jurídico, quien relataba la anécdota que venía al caso, siempre acompañado de una gran voluntad de enseñanza y de una notable cercanía a los alumnos y profesores más jóvenes, a quienes dispensó el mayor respeto y consideración.

No tengo duda de que uno de los mayores difusores de la doctrina del Código, a lo largo y ancho de todo el Perú, fue Felipe Osterling, quien se encargó de promover incansablemente el interés por el derecho.

Fue colaborador activo de todas las revistas y, en general, de todas las publicaciones que requirieron de su participación y, hasta cuando sus fuerzas se lo permitieron, brindó entrevistas a asociaciones de estudiantes, contando sus experiencias y fomentando el amor por el derecho.

Siempre estaré agradecido de haber podido escribir lo que escribí junto a Felipe, y de haber aprendido lo que aprendí de él; pero, fundamentalmente, nos demostraba a todos de manera cotidiana, la verdad del contenido de esa vieja frase que reza que: «el abogado, más que una suma de conocimientos, es una manera de ser».

Felipe leía mucho. Fue un hombre muy culto en lo jurídico y en cualquier otro ámbito de la vida, pero su don de gente, tanto en el ejercicio profesional, como en la vida amical, y su relación con las personas

del medio académico, hacían que fuera un personaje muy respetado y querido.

Felipe nos demostró, a lo largo de su vida, que la aceptación y el cariño de los demás, es algo que no se compra en tienda, y menos en las librerías de derecho.

Este congreso de derecho civil es el primero que organiza nuestra universidad en el que Felipe ya no nos acompaña, no obstante lo cual debo confesar que todavía pienso que podría ingresar en cualquier momento al auditorio. Pero está presente su familia, encabezada por su señora esposa, Fina Letts Colmenares y por sus hijos, entre quienes se encuentra nuestra querida Madeleine, quien al igual que su padre, ejerce con lustre la profesión y la cátedra universitaria.

Ellos representan hoy a Felipe y agradecemos mucho el que nos acompañen esta noche.

Pero, el Código Civil, obviamente, no sólo fue obra de Felipe Osterling, sino de una serie de notables hombres de derecho que pusieron sus mejores esfuerzos en el éxito de esta empresa tan difícil e importante.

Voy a referirme brevemente a cada uno de ellos.

Debo comenzar, como es natural, por el maestro de maestros, don José León Barandiarán.

La obra de León Barandiarán es prolífica y todos hemos estudiado en ella, más allá de que la misma se centra en el Código Civil de 1936, pues León fallece, apenas tres años después de haber sido promulgado el Código de 1984.

León Barandiarán fue Ministro de Justicia y Trabajo, y dictó cátedra en diversas universidades, empezando por su casa de estudios, la Uni-

versidad Nacional Mayor de San Marcos, de la que fue Rector y de cuya Facultad de Derecho fue Decano y Profesor Emérito.

A mi juicio, el maestro León fue quien inclinó la balanza a favor del Código Civil de 1984. Esto es obvio, pues en perspectiva histórica, si León no hubiese estado de acuerdo con que se elaborara y promulgara este nuevo Código, su peso específico en el derecho nacional hubiese sido definitivo para impedir que se modificara integralmente el Código de 1936.

Lamento haber conocido a León sólo de manera muy breve, a pesar de que su familia y la mía, tienen una antigua amistad.

León era muy amigo de mi abuelo Juan Lino Castillo, y conservo, con mucho cariño, varios libros dedicados por León a Juan Lino, con las mayores muestras de afecto y consideración.

Conocí a su hijo Pepe —muerto prematuramente— y conozco a su hija Ana María, madre de María José Acosta León Barandiarán, quien se dedica al arbitraje y con quien me comunico de manera cotidiana. Ambas nos acompañan esta noche.

También integró la Comisión Reformadora don Max Arias-Schreiber Pezet, ilustre abogado y profesor universitario en San Marcos y en diversas casas de estudios, a la par que Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

Tanto León Barandiarán como Arias-Schreiber, dictaron por breves períodos de su vida, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Max Arias-Schreiber tuvo una muy activa participación en la elaboración del Código de 1984, habiendo plasmado muchas de sus doctrinas en materia de derecho de contratos. Su obra *Exégesis del Código Civil*

peruano ha servido y sigue siendo de mucha utilidad, a los estudiantes de derecho y abogados, que encuentran en ella una cercanía muy precisa a los conceptos que deben conocer del referido cuerpo normativo.

El esfuerzo desplegado por Max Arias-Schreiber, acompañado por sus discípulos Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias-Schreiber, Elvira Martínez Coco, entre otros, es digno de la mayor gratitud por todo el medio jurídico.

Hoy también nos acompaña el doctor Jorge Avendaño Valdez, uno de los profesores emblemáticos de nuestra Facultad de Derecho, de la que fue decano en cuatro ocasiones, durante un período de doce años.

Jorge Avendaño ha sido profesor de miles de alumnos en el curso de derechos reales. Me cuento entre ellos y, además, dentro de los que están muy agradecidos por sus valiosas enseñanzas.

Avendaño es precursor en el desarrollo del método activo en la enseñanza del derecho, y la claridad de sus conceptos siempre fue extraordinaria.

Cada vez que llega a mis manos alguna consulta sobre derechos reales, recuerdo vivamente las clases de Avendaño, pues lo que bien se nos ha enseñado, nunca se olvida.

El doctor Avendaño también ha sido Pro-Rector de la Universidad Católica, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

Uno de los grandes juristas peruanos del siglo xx fue, sin duda, don Héctor Cornejo Chávez, formado en las aulas de la Universidad San Agustín de Arequipa, y quien ejerció cátedra en la Universidad Católica durante muchos años, en los cursos de derecho de familia y derecho de sucesiones.

Las clases de Cornejo Chávez eran algo así como las de un profesor de Matemática avanzada. Eran perfectas.

La claridad de sus conceptos iba de la mano con sus desbordantes conocimientos de la materia, a la par que con una extraordinaria lucidez, no sólo en el dictado del curso, sino en la absolución de las preguntas que formulaban sus alumnos.

La obra escrita por Cornejo Chávez, fundamentalmente centrada en su libro *Derecho familiar peruano*, redactado primero bajo el amparo del Código Civil de 1936, y luego con el Código Civil de 1984, constituye una pieza de extraordinaria calidad y plena vigencia.

Además, en Cornejo hay que destacar la prudencia de sus consideraciones y doctrinas, en un área hoy tan trajinada por conceptos y propuestas que, en verdad, no sé adónde llevarían al derecho de familia, si se materializaran en el terreno legislativo.

El conservadurismo de Cornejo Chávez constituyó y constituye el mejor dique de respeto y resguardo a la institución familiar en el Perú.

Hoy nos acompaña en el auditorio, su hija, la doctora María Teresa Cornejo Fava, también profesora de derecho de familia y heredera de las doctrinas y conocimientos del maestro.

Don Manuel de la Puente y Lavalle, también fue miembro de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (igualmente llamada Comisión Reformadora).

De la Puente nos enseñó en estas aulas el curso de derecho de contratos, el mismo que dictó durante muchos años, habiendo sido en esta materia el maestro de maestros. Fue quien nos enseñó hasta dónde podía llegar la doctrina peruana de derecho civil, cuando escribió *Estudios sobre el contrato privado*, obra dogmática desarrollada durante la vigen-

cia del Código de 1936, pero que recogía las doctrinas que formaban parte del proceso de elaboración del Código de 1984 que, prácticamente, había concluido.

Luego, De la Puente escribió un enjundioso comentario de la parte general de Contratos del Código Civil, que publicó a partir de 1993 en la colección denominada «Biblioteca Para leer el Código Civil» de nuestra casa de estudios.

Siempre sentí la mayor admiración por don Manuel de la Puente, a quien acompañé como secretario de la Comisión del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica, durante más de diez años, y con quien guardaba una profunda amistad, que nos llevaba a almorzar juntos, al menos, una vez cada dos meses.

La modestia personal de De la Puente y su don de gentes lo hicieron fuente de inspiración de todos quienes fuimos sus alumnos y, especialmente, de quienes nos dedicamos al derecho civil.

También nos acompaña esta noche, don Fernando de Trazegnies Granda, miembro de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, y cuya valía intelectual, académica y profesional, hacen que sea uno de los juristas más ilustres que tiene nuestro país.

De Trazegnies fue Decano de nuestra Facultad durante doce años, el período ininterrumpido más largo en que cualquier profesor ejerció el Decanato.

Ahí lo conocí, cuando integré el Consejo de la Facultad como representante estudiantil durante año y medio.

Don Fernando de Trazegnies fue mi profesor en la maestría y en el doctorado, y siempre he admirado en él su inventiva, su espíritu innovador y su precisión como investigador del derecho.

Todos hemos leído su múltiple bibliografía, pasando desde *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, El país de las colinas de arena y La responsabilidad extracontractual*, obra compuesta por dos volúmenes de profundos estudios sobre la materia, en los cuales el maestro De Trazegnies sentó las bases de todo aquello que luego se ha escrito en el Perú sobre la materia.

Pero, no podemos olvidar que De Trazegnies es una de las personas que más ha promovido la difusión del Código Civil de 1984, cuando crea, apenas promulgado el Código, y siendo presidente del Fondo Editorial de esta universidad, la «Biblioteca Para leer el Código Civil», colección en la que, tanto los autores del Código, como quienes nos habíamos formado en él y llegamos a la docencia en años posteriores, escribimos sobre los más diversos temas, interpretando este cuerpo normativo.

Por otra parte, debemos mencionar al ilustre maestro de derecho de las personas, notable catedrático sanmarquino, y quien también ejerció la docencia en las aulas de la Universidad Católica, el doctor Carlos Fernández Sessarego.

Las doctrinas de Fernández Sessarego sobre la materia han sido ampliamente difundidas, conocidas y reconocidas, no sólo en nuestro país, sino en el extranjero.

Es uno de los juristas más ilustres que han nacido en el Perú y a quien estoy agradecido por el afecto y el aprecio que me dispensó desde mis primeros años de investigador.

Fernández Sessarego siempre tuvo la preocupación de que el Código Civil estuviera a la altura de los tiempos, y creo que el hecho de que el mismo esté cumpliendo treinta años, es el mayor premio que pueden haber obtenido no sólo él, sino los otros autores de esta obra, ya que ello demuestra que tiene plena vigencia.

Él fue el promotor de que se iniciara el proceso de Reforma del Código de 1936, a la par que primer presidente de la Comisión Reformadora.

El doctor Rómulo E. Lanatta Guilhem también integró esta Comisión.

Lanatta fue catedrático de derecho de sucesiones en la Universidad de San Marcos, casa de estudios que luego lo distinguió como Profesor Emérito. Escribió numerosas obras sobre su especialidad, como su *Curso de Derecho de Sucesiones, La capacidad del testador*, entre otras.

Hoy nos acompaña su nieto, el distinguido profesor de nuestra casa de estudios, doctor Ramiro Portocarrero Lanatta.

La doctora Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, miembro de la Comisión Reformadora, hizo un gran trabajo en la discusión y elaboración del libro de Derechos Reales del Código Civil. Su Anteproyecto sobre esta materia es prácticamente una obra de doctrina.

Fue una notable jurista, fallecida prematuramente. Obtuvo en 1966 el Premio Nacional Fomento a la Cultura «Javier Prado» por su obra *La sociedad anónima en el Perú, Francia, Italia, Alemania y España*; habiendo escrito numerosos títulos de derecho comercial y Civil, y ejercido cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Recuerdo que el primer libro de derecho que compré fue un Código Civil de 1936 sumillado por ella, cuando llevé el curso de Introducción al Derecho en Estudios Generales Letras, en 1983.

Hoy nos acompañan, en representación de la familia de la doctora Maisch, sus hijos, los destacados profesionales Javier y Gonzalo Portocarrero Maisch.

También integró la Comisión Reformadora del Código Civil, el doctor Jorge Vega García, alumno y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en los cursos de Acto Jurídico, Derechos Reales y Contratos.

Vega García fue magistrado por un breve período; habiendo sido socio del Estudio Olaechea desde 1951 hasta su prematuro fallecimiento en 1973. Allí ejerció la profesión con notable brillo.

El valioso borrador de Anteproyecto que preparó sobre el libro de Derecho de Obligaciones fue objeto de prolijo estudio en la Comisión.

Vega García es padre del doctor Jorge Vega Velasco, quien fue catedrático en nuestra Facultad de Derecho durante muchos años.

Vega García es también abuelo de Jorge Vega Soyer, distinguido abogado y catedrático en derecho civil.

De igual modo, integró la Comisión Reformadora, el doctor Fernando Vidal Ramírez, quien hoy nos acompaña, distinguido abogado sanmarquino y connotado profesor universitario en diversas casas de estudios.

Vidal Ramírez enseñó durante muchos años en nuestra Facultad de Derecho el curso de Acto Jurídico.

Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima, además de Presidente de la Academia Peruana de Derecho, y es un connotado abogado en ejercicio en el Estudio Rodríguez Mariátegui & Vidal.

La obra de Fernando Vidal es prolífica y destacan dos libros que son de los más reeditados y de mayor circulación en el Perú y de los más leídos entre estudiantes de derecho y abogados. Me refiero a *Acto Jurídico* y *Prescripción y Caducidad.*

Asimismo, integró la Comisión Reformadora el doctor Valentín Paniagua Corazao, distinguido constitucionalista, profesor universitario, político y abogado en ejercicio.

Paniagua Corazao, como todos sabemos, fue un permanente y valiente defensor del estado de derecho, incluso en los tiempos más difíciles.

Esto le valió ser Ministro de Estado en las Carteras de Justicia y Educación, y ser elegido diputado y Presidente de la República en momentos muy aciagos para la patria.

Hoy nos acompaña su hijo, el doctor Valentín Paniagua Jara, muy reconocido abogado y amigo, con quien fuimos compañeros de promoción en esta Facultad.

También integró la Comisión Reformadora el doctor Manuel García-Calderón Koechlin, el más ilustre de los especialistas en derecho internacional del siglo xx.

García Calderón estudió, tanto en la Universidad Católica como en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especializándose en la Universidad de Michigan.

Ejerció la docencia en la Universidad de San Marcos, en donde fue honrado como Profesor Emérito.

Esta noche nos acompaña su hijo, Gonzalo García-Calderón Moreyra, ilustre abogado y académico, egresado de nuestras aulas.

El doctor Félix Navarro Irvine, también integró esta Comisión. Navarro Irvine fue un destacadísimo abogado en ejercicio, que fundó en 1950 el Estudio que lleva su apellido, habiendo sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Navarro era un hombre muy estudioso, a la par que cordial y ameno. Su versación jurídica hacía que muchas veces su opinión fuera dirimente.

Fue un gran informante en los tribunales; abogado de fuste, preocupado no sólo por el funcionamiento de la justicia ordinaria, sino también por la de los más pobres, como es el caso de la justicia de paz.

Parafraseando a Fernando Vidal Ramírez, se puede decir que si bien Navarro Irvine no ejerció la docencia en las aulas universitarias, hizo de su vida una permanente docencia del derecho.

Nos hemos comunicado con diversos descendientes de tan ilustre jurista; y para mí es muy grato que quien los represente esta noche sea su bisnieto y también sobrino mío, Ricardo Padilla Navarro Grau, hijo de mi querido primo Ricardo Padilla Freyre.

También integró la Comisión Reformadora el doctor Alberto Eguren Bresani, quien llegó a presidir la Corte Suprema de Justicia de la República y la propia Comisión Reformadora.

Finalmente, otro de los autores del Código Civil fue el profesor Ismael Bielich Flores, quien tuvo una breve participación en la Comisión Reformadora, y quien además, era muy amigo de mi familia.

Por otra parte, debemos señalar que la Comisión Reformadora tuvo siete distinguidos asesores.

Carlos Cárdenas Quirós, aquí presente, brillante exalumno y profesor de derecho de obligaciones de esta universidad, colaboró activamente con el doctor Felipe Osterling Parodi en el proceso de elaboración del libro de Obligaciones del Código Civil y en su exposición de motivos.

Cárdenas fue mi profesor y nunca olvidaré cuando en una ocasión, en que me escapaba de clase con dos amigos para hacer campaña electoral para postular al tercio estudiantil, nos buscó en el patio y nos hizo volver, diciéndonos que el curso era más importante que la campaña. Obviamente, tenía toda la razón.

Como hemos señalado, Cárdenas Quirós colaboró con el doctor Arias-Schreiber en la obra *Exégesis* y es autor de muchos trabajos sobre derecho civil.

Sergio León Martínez, quien también nos acompaña, es un destacado abogado en ejercicio y reconocido árbitro, quien también colaboró activamente con la Comisión Reformadora.

Jorge Muñiz Ziches, aquí presente, es un distinguido exalumno de la Universidad Católica, donde ejerció con brillantez la cátedra de Contratos durante muchos años.

Muñiz fue congresista de la República y es un muy connotado abogado en ejercicio, socio principal de uno de los más grandes y prestigiosos estudios de abogados del Perú.

La doctora Delia Revoredo Marsano también es exalumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde ejerció durante muchos años con brillantez la cátedra de derecho internacional privado.

Revoredo Marsano es una distinguida abogada y árbitro.

Se le recordará siempre por su notable gestión como Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y por su emblemática defensa del estado de derecho como Magistrada del Tribunal Constitucional. En ambos casos, fue la primera mujer en ocupar tan altos cargos públicos.

Delia Revoredo tuvo la brillante idea de compilar los antecedentes y la exposición de motivos de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, obra que publicó en seis tomos en 1985 y cuya segunda edición aparecerá en los próximos meses.

Jorge Vega Velasco, quien hoy nos acompaña y a quien ya me he referido al hablar de su padre, el doctor Jorge Vega García, también fue asesor de la Comisión Reformadora. Es un notable abogado que ejerció la profesión en el Estudio Olaechea y en el Estudio Osterling, del que fue socio; y hoy lo hace en su propio Estudio. Habiendo sido su alumno, soy testigo de lo interesantes que eran sus clases de derecho de garantías, curso que dictó, durante muchos años, en nuestra Facultad.

También asesoró a la Comisión Reformadora la doctora Shoschana Zusman Tinman, egresada de nuestras aulas, en las que ha ejercido la docencia durante años, en diversos cursos de derecho civil, especialmente en acto jurídico y últimamente en destrezas legales.

Shoschana Zusman es una distinguida abogada en ejercicio.

También fue asesor de la Comisión Reformadora, el doctor Rafael Rosselló de la Puente, ya fallecido; notable abogado, quien se especializó en Derecho Mercantil.

Rosselló fue mi profesor en esta casa de estudios y sus alumnos siempre apreciamos la claridad de sus conceptos, la precisión de sus ideas y su capacidad y talento para innovar y responder a los requerimientos de los tiempos.

Hoy nos acompaña su hija Milagros, a quien agradecemos su presencia.

Luego de concluido el trabajo de la Comisión Reformadora, aquél fue objeto de análisis por parte de otra Comisión, denominada Reviso-

ra, presidida por don Javier Alva Orlandini, en ese entonces, Senador y Segundo Vice-Presidente de la República.

Alva Orlandini es un muy destacado político y abogado en ejercicio.

Asimismo, fue miembro y Presidente del Tribunal Constitucional y gran promotor de la renovación de las más importantes leyes del país.

La participación de Alva fue muy activa y permanente en la Comisión Revisora, que presidió.

Esta Comisión tuvo como Vice-Presidente al doctor César Fernández Arce, quien hoy nos acompaña; destacado jurista, exalumno y catedrático de nuestra universidad.

Don César Fernández Arce fue dos veces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a la par que miembro del Congreso Constituyente que elaboró la Carta Política de 1993, que hoy nos rige, en cuya factura tuvo decisiva participación.

Es especialista y maestro en derecho de sucesiones, curso que dicta con calidades magistrales y en el que tuve el privilegio de ser su alumno.

Su obra escrita sobre materia sucesoria, es verdaderamente notable.

El doctor Jack Bigio Chrem fue miembro de la Comisión Revisora y antes fue asesor de la Reformadora, razón por la cual —al haber sido el único presente en el trabajo de las dos Comisiones— tuvo pleno conocimiento de la labor de ambos órganos colegiados.

Bigio, destacado abogado en ejercicio y profesor de esta casa de estudios, tuvo una notable participación en la Comisión Revisora e impulsó y trabajó su exposición de motivos. Fue ponente de seis libros en dicha Comisión y contribuyó con el valioso aporte del artículo 21 del

Código Civil, norma que prescribe que ningún hijo extramatrimonial que sólo fuera reconocido por uno de sus padres, se quedará con un solo apellido.

Guardo por Jack Bigio profunda gratitud, pues fue en su curso de Contratos Típicos I de esta universidad, donde comencé a dictar cátedra, aunque de manera informal, habiéndolo reemplazado en algunas clases a las que no pudo asistir, a finales de los años ochenta.

También integró la Comisión Revisora el doctor Roger Cáceres Velásquez, aquí presente, a la sazón, senador de la República.

Cáceres Velásquez, ocupó una curul en el Congreso durante varios períodos parlamentarios, dadas sus altas calidades como político y legislador.

En la Comisión Revisora, Cáceres tuvo valiosos aportes en materia de retracto entre colindantes y en lo que respecta a la anticresis.

También integró la Comisión Revisora el doctor Guillermo Velaochaga Miranda, gran abogado, quien fuera profesor principal de esta universidad; hijo de uno de sus fundadores y profesor de deontología forense, curso en el que tuve el privilegio de conocerlo.

Asimismo, integró la Comisión Revisora el doctor Ricardo Castro Becerra, a la sazón, diputado, a quien se le recuerda por su entusiasmo y permanente colaboración, a la par que por haber sido muy responsable y minucioso en el trabajo de la Comisión, a la que se daba tiempo de asistir, a pesar de sus recargadas labores parlamentarias.

Completan esta Comisión los doctores Edmundo Haya de la Torre, entonces senador de la República, Rodolfo Zamalloa Loayza, diputado y Roberto Ramírez del Villar, también diputado y quien años más tarde llegara a ser Presidente de esa Cámara Legislativa.

Ellos también formularon valiosos aportes al texto del Código Civil.

A todos los juristas mencionados y a sus familiares, el reconocimiento del medio jurídico y académico y, en especial, el de nuestra Facultad de Derecho, la misma que rinde homenaje —con este Congreso Internacional— a este grupo tan destacado de hombres de derecho que elaboró nuestro Código: el Código Civil peruano de 1984.

Muchas gracias.

Lima, noviembre del 2014

Discurso de presentación del libro *Contratos modernos*, escrito por Alfredo Soria Aguilar y Madeleine Osterling Letts

Señora doctora Milagros Morgan, Vice-Rectora de Servicios Universitarios de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas,
Señor doctor Luis García Corrochano, Decano de la Facultad de Derecho,
Señor Jorge Bossio Montes de Oca, Director de Gestión del Conocimiento,
Distinguidas autoridades universitarias,
Señora doctora Madeleine Osterling Letts y señor doctor Alfredo Soria Aguilar, autores de la obra que hoy presentamos,
Señor doctor Juan Ramón Balcells Olivero, Secretario General de Telefónica del Perú,
Señores profesores,
Estimados amigos,

Hace algunas semanas, Alfredo y Madeleine me solicitaron presentar el libro que han escrito titulado *Contratos modernos. Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales.*

Para mí fue muy grato que se me formulara este pedido, el mismo que acepté inmediatamente, dada mi amistad con los autores.

Conozco a Madeleine desde hace más de veintiún años, desde que empecé a escribir con su padre, el doctor Felipe Osterling Parodi sobre

---

* Discurso pronunciado en la sede principal de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, el 26 de noviembre de 2014.

Derecho de Obligaciones, tiempo desde el cual Madeleine y yo nos hicimos buenos amigos.

Es más, resulta muy grato para mí constatar que Madeleine ejerce la docencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en la cátedra correspondiente al curso de Contratos; pero debo contar algo que seguramente pocos saben y es que en el año 1995, cuando yo dictaba en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y era Decana de la misma, la doctora Gabriela Araníbar Fernández-Dávila, la invitamos, precisamente, a dictar el curso de derecho de contratos, en una cátedra que compartió con otra joven profesora.

Desde aquellos tiempos, Madeleine ya mostraba su vocación docente, la misma que corre por sus venas al ser hija de un ilustre maestro de tantas generaciones como lo fue su padre.

En ese sentido, me alegra sobremanera el que Madeleine haya retomado la cátedra universitaria, y no sólo eso, sino que lo esté haciendo con brillo y se encuentre profundizando investigaciones sobre aquellos temas que son fruto tanto de su experiencia académica como de su vasta y muy rica vida profesional.

Pero esta obra también es del profesor Alfredo Soria Aguilar, quien desde hace muchos años ejerce la docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, casa de estudios en la cual tanto los autores como quien hace uso de la palabra, estudiamos derecho.

Alfredo, al igual que Madeleine es catedrática de derecho de contratos en la UPC.

Conocí a Alfredo en la Universidad Católica y siempre hemos tenido la más cordial y respetuosa relación.

Alfredo es una persona cuyo carácter ha contribuido mucho a que mantenga buenos términos con todos los profesores del área de derecho civil, la misma que, creo que por nuestra propia naturaleza, se torna muchas veces conflictiva y no exenta de celos académicos y profesionales. Creo que voy a pedirle a Alfredo que me diga cuál es el secreto.

Como hemos dicho, la obra se titula *Contratos modernos* y está prologada por el doctor Felipe Osterling, en un muy preciso prólogo en el que describe su contenido, el cual constituye una de sus últimas producciones académicas, pues —como todos sabemos— falleció pocas semanas después de haberlo redactado.

Por otra parte confieso que he disfrutado mucho con la lectura de esta obra, por las razones que voy a describir seguidamente.

En primer lugar, porque se trata de un libro escrito de manera bastante ágil y accesible no sólo para quienes somos abogados e investigadores del derecho, sino también para el alumno universitario.

No me cabe duda de que *Contratos modernos* es un texto muy logrado, que contiene las ideas precisas, que cita lo necesario y que adopta los conceptos más claros que busca un lector ávido de conocimientos sobre la materia.

Podríamos decir que *Contratos modernos* está dividida en dos partes muy marcadas, una que se extiende hasta la página 51, en donde desarrolla el capítulo I sobre los *contratos típicos y atípicos*, en tanto que entre las páginas 53 y 251 se estudia los contratos de *know-how, franchising*, agencia comercial, distribución, concesión privada, estimatorio, *hosting* y *advergaming*.

En cada uno de estos contratos, Osterling y Soria se encargan de resaltar sus elementos esenciales, su contenido mínimo negocial, los pactos que se suelen incorporar en ellos, las obligaciones de las partes; así

como las reglas aplicables al contrato, ya sea por los métodos analógico, de absorción o de combinación.

De igual manera, se encargan de señalar las diferencias entre cada uno de estos contratos y otras figuras con las que guardan ciertas semejanzas.

El esquema descrito, que es reiterado, en mayor o menor grado en cada uno de los ocho contratos, resulta de mucha utilidad, en la medida de que tratándose de negocios que no revisten regulación legislativa, es indispensable la labor de la doctrina —en este caso representada por Soria y Osterling— para delimitar sus verdaderos alcances.

Debo precisar que no resulta frecuente una obra que verse sobre contratos atípicos, en la medida de que la atipicidad legal de un contrato constituye un indicio importante de que el mismo no es de uso masivo en la sociedad.

Ello no significa que tal contrato no se emplee cotidianamente, sino que quienes terminan siendo sus usuarios, es decir quienes contratan bajo esta forma jurídica son un grupo reducido de personas, en comparación con aquellos sectores de la población que lo hacen masivamente bajo otros esquemas negociales.

No hay duda de que por cada contrato de *know-how* o de concesión privada que se celebre en el Perú, existe un millón de contratos de compraventa.

Este indicador nos ilustra de manera muy clara cuál es la razón que explica por qué se escribe más acerca de los contratos típicos y menos sobre los contratos atípicos; y, como correlato, por qué la demanda de lectura de temas relativos a contratos típicos es mayor que aquélla referida a contratos atípicos.

Pero aquí también radica el valor de la obra de Madeleine y Alfredo, ya que han emprendido la tarea de escribir sobre aquellos contratos sobre los que es más difícil hacerlo.

La mayor parte de mi obra en materia de contratos radica en el estudio de los contratos típicos y en ese caso el problema no se basa ni en la falta de bibliografía, ni en la escasez de materiales, ni en la tipicidad reiterada de la experiencia vivida, pues sobre ellos se han escrito y se siguen escribiendo centenares de libros.

Cuando se escribe acerca de un contrato típico, la dificultad radica en poder decir algo nuevo sobre ese contrato y tratar de sistematizar, de la mejor manera que sea posible, las ideas y conceptos vertidos por la doctrina.

Sin duda, no es una labor fácil, pero de lo que un autor no se podrá quejar es de la falta de apoyo teórico sobre la materia.

En cambio, cuando se escribe sobre contratos atípicos, el reto es distinto, dado que los autores que deseen abordar estos temas, no contarán con mucha bibliografía, pero aquélla que les sirva de base para escribir, no podrá ser contrastada con la legislación nacional en vigencia.

En otras palabras, si se quiere escribir sobre un contrato típico, podrá realizarse un estudio de su articulado en el Código Civil o en alguna ley especial, en tanto que si se deseara escribir sobre un contrato atípico, la primera dificultad radicará en que no existe legislación peruana alguna que comentar y, lo más probable, es que tampoco exista legislación sobre la materia en muchos otros países del mundo.

Esto obligará a los autores —como de hecho debe haber obligado a Madeleine y a Alfredo— a desarrollar cada uno de los contratos, fundamentalmente contrastando el marco teórico y doctrinario existente

sobre los mismos, con la intensa práctica profesional de los propios autores.

No sé si sea posible escribir un buen libro sobre contratos típicos sin tener una rica experiencia en el ejercicio de la profesión de abogado, pero de lo que estoy seguro es de que resulta absolutamente imposible escribir una buena obra sobre contratos atípicos sin tener una vasta experiencia en la materia.

No voy a referirme a cada uno de los contratos estudiados por Madeleine y Alfredo, pues ello no corresponde a un acto de presentación de la obra como éste, pero sí voy a formular algunas reflexiones generales relativas tanto a los contratos modernos como a la tipicidad y a la atipicidad.

En primer término, tendríamos que preguntarnos qué debemos entender por contratos modernos, y la respuesta no sería sencilla, pues se definirían por oposición, en el sentido de que contratos modernos son, precisamente, aquéllos que no revisten notoria antigüedad.

En este último rubro se encuentran todos los contratos cuya configuración conocemos, prácticamente desde el derecho romano e incluso desde mucho antes.

Si bien es difícil conocer cuál es el contrato más antiguo, es muy probable que estemos hablando de la permuta, pues el mismo se basa en el intercambio de propiedad de cosas, que ambos permutantes necesitan para satisfacer sus necesidades recíprocas.

Nótese, además, que la permuta es —por naturaleza— mucho más antigua que la compraventa, la misma que aparece sólo después de la existencia del dinero.

Pero más allá de estas consideraciones históricas, ambos contratos tienen antigüedad inmemorial.

Lo propio podemos decir de la donación, del mutuo, del comodato y de los contratos de prestación de servicios, acerca de los cuales tratan todos los códigos civiles de la tradición jurídica romano germánica.

Pero eso no sólo significa que únicamente los contratos de muy antigua data tengan regulación legislativa, pues es evidente que otros negocios de más reciente configuración ya han alcanzado tipicidad legal.

Voy a limitarme a citar cuatro ejemplos concretos.

El primero de ellos es el suministro, el mismo que obtuvo tipicidad legal en el Código Civil italiano de 1942 y en el Perú con el Código Civil de 1984.

No cabe duda de que el suministro es un contrato de antigua data, pero el mismo —por lo general— era apreciado como una modalidad más del contrato de compraventa.

Otro contrato civil que pasó a tener tipicidad legislativa en el Código, es el arrendamiento venta o alquiler venta, el mismo que se halla regulado, aunque de manera muy escueta, por el artículo 1585 de este cuerpo normativo.

Saliendo del ámbito civil, en 1979 se publica el Decreto Ley n.° 22738, que marca el inicio de la regulación del *leasing* o arrendamiento financiero, momento desde el cual este contrato pasó a tener tipicidad legislativa en el Perú; así como en el año 1996, la Ley n.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, introdujo la regulación del fideicomiso.

Nótese que de estos cuatro contratos citados, los dos últimos son de naturaleza claramente mercantil y bancaria, respectivamente.

Quiero precisar que no necesariamente será la presencia masiva de un nuevo contrato en la sociedad, aquello que le otorgará en el futuro esa carta de ciudadanía llamada tipicidad legal, pues podemos encontrarnos con contratos de escasa o muy escasa celebración que ya hayan merecido regulación legal específica.

Es verdad que la situación inversa resulta prácticamente imposible de presentarse; y me refiero a aquélla en la cual nos encontremos en presencia de un contrato típico social, nominado y de reiterada celebración en la sociedad, que con el paso de los años y teniendo en cuenta estas características, no haya merecido regulación legislativa.

Esto nos demuestra que pueden ser otras las razones que conduzcan a que el legislador tome la opción de legislar acerca de un determinado contrato.

Muchas veces esa decisión se basa en razones de seguridad jurídica, cuando se quiere que esos contratos revistan determinadas formalidades específicas o cuando se busca que determinados aspectos de su estructura negocial se encuentren necesariamente legislados y con carácter de normas de orden público, a efectos de que los particulares no puedan sustraerse de su aplicación, porque ese apartamiento sería considerado de alto riesgo por el derecho.

Otra pregunta que debemos formularnos es la relativa a dónde regular aquellos contratos modernos sobre los cuales se estime necesario legislar.

Y la primera respuesta que se nos viene a la mente es la de incluirlos en el Código Civil.

Recuerdo que ésta fue la tesis del doctor Max Arias-Schreiber Pezet cuando escribió sobre la materia hace más de veinte años. Incluso, haciendo memoria, viene a mi mente un anteproyecto sobre contratos modernos que el propio Arias-Schreiber hizo circular entre varios profesores de derecho de contratos de aquella época, a efectos de que opináramos sobre el particular.

Mi opinión fue negativa, en la medida de que se trataba de una cantidad muy numerosa de contratos modernos, la misma que superaba la veintena.

Esto, de por sí, ya hubiera acarreado un problema serio con respecto al Código Civil, habida cuenta de que se hubiese adoptado un número mucho mayor de contratos de aquellos que el propio Código regula.

Pero más allá de ese problema —que de por sí iba a deformar el propio Código—, había otro que era el principal obstáculo para tal propósito. Se trataba de cuáles debían ser los elementos esenciales de cada uno de estos contratos y cuáles debían ser las obligaciones, también esenciales, que la ley estableciera para cada una de las partes.

Allí radicaba el mayor problema.

El tema fue discutido extensamente en el año 1993 en una Comisión que sesionó en el Colegio de Abogados de Lima y que conformamos el doctor Arias-Schreiber, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle y yo, descartándose la inclusión de tales contratos en el Código Civil, pues en buena cuenta, no hubiésemos sabido qué legislar ni cómo hacerlo.

Esta anécdota, con más de veinte años de antigüedad, tiene plena vigencia y se relaciona directamente con este magnífico libro de Madeleine y Alfredo, pues ellos han hecho un notable esfuerzo para darle ros-

tro definido a aquellas figuras negociales atípicas cuya exacta identidad no siempre se conoce.

Y aquí correspondería preguntarnos cuándo es que en verdad se conoce por completo la identidad de un contrato atípico.

Dar respuesta a esta pregunta no es sencillo, pero podríamos afirmar que, en definitiva, ese rostro sólo estará delimitado con absoluta claridad, cuando tales contratos encuentren regulación en la ley.

Con esto no quiero decir que no se conozcan en la vida real cuáles son los elementos que los integran y cuáles las obligaciones a las que se comprometen las partes; ya que es evidente que cuando celebran tales actos, su identidad es conocida a grandes rasgos y la práctica jurídica cotidiana les da ese rostro que la ley todavía no reconoce de manera oficial.

No obstante, encontrándonos frente a un derecho netamente positivista, es claro que los contratos típicos son lo que la ley dice que son; en tanto que los contratos atípicos son lo que la práctica enseña.

Así, siendo la práctica muy variada y llena de matices, muchas veces resulta difícil conocer con exactitud el rostro e identidad de tales contratos, a los cuales la doctrina está en la obligación de aproximarse.

En ese sentido, Madeleine y Alfredo han hecho un excelente trabajo de aproximación para que el medio jurídico conozca de la manera más cercana y certera posible las características de ocho importantes contratos modernos.

Y, mejor aún, es que los autores han anunciado en su libro, que van a seguir escribiendo sobre esta materia, de modo tal que lo más probable sea que en el próximo año tengamos un segundo tomo de *Contratos modernos*, con la misma calidad, dedicación y precisión conceptual que caracterizan a esta obra.

Por lo demás, me alegra mucho que los autores hayan expresado en el libro, que el mismo constituye un homenaje que se enmarca dentro de las celebraciones por los primeros treinta años de vigencia del Código Civil peruano de 1984.

Madeleine y Alfredo han optado por el camino más difícil que tiene por delante cualquier profesor de derecho y que consiste en estudiar a profundidad las instituciones jurídicas, contrastando la doctrina con la experiencia vivida, pues esta obra no hubiese podido ser escrita si los autores no fuesen tan sólidos académicos y excelentes abogados.

Por último, debo agradecer que ambos sean tan buenos amigos míos, al permitirme escribir y pronunciar estas palabras.

Felicito también a la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, en la persona de su Decano, mi amigo el doctor Luis García Corrochano, por publicar una obra tan importante, dada su enorme trascendencia dentro y fuera de las aulas universitarias.

Muchas gracias.

Lima, noviembre del 2014

El 326*

Buena parte de las intervenciones de quienes crean opinión hace rato que dejaron de ser reflexivas para convertirse en militantes en torno a la unión civil; y la militancia no sólo resta sino suprime objetividad.

Las reivindicaciones de un sector de la población deben armonizar con los también legítimos reparos de buena parte del país, que no comparte todas esas banderas.

Éste no es un tema de discriminación, pues en el Perú todo hombre que se quiera casar con una mujer y viceversa, puede hacerlo.

Se busca otorgar reconocimiento jurídico a una situación distinta (como podría haber sido el caso de la poligamia, por sólo citar otro ejemplo), cual es el que dos personas del mismo sexo contraigan un vínculo jurídico parecido al matrimonio, pero expresamente diferenciado de él. No olvidemos que el proyecto en cuestión plantea una *unión civil no matrimonial.*

Creo que la sociedad tiene todo el derecho de legislar o no determinadas situaciones de hecho; y pienso —en el caso concreto— que se debería reconocer diversos derechos a las parejas del mismo sexo, lo que evitaría que padezcan injusticias de orden personal y patrimonial.

Pero para ello, sólo bastaría con efectuar algunas modificaciones y adiciones al artículo 326 del Código Civil, que hoy regula las *uniones*

---

* Artículo publicado en el diario «El Comercio», página A-30, con fecha 7 de abril de 2015.

de hecho, es decir, aquéllas que se entablan de manera prolongada entre personas heterosexuales que no han contraído matrimonio.

Tales uniones tienen en el Perú —desde hace muchos años— derechos patrimoniales similares a los de una sociedad conyugal y, en el 2013, se otorgó a sus integrantes el derecho a heredar entre sí. Esos derechos, pienso, podrían extenderse a la mutua obligación alimenticia.

Pero esos beneficios son insuficientes, pues el concubino también podría tener —reconocidos en el Código— los mismos derechos que un cónyuge en materia de visitas a establecimientos penitenciarios, centros de salud, nacionalidad, seguridad social, toma de decisiones en tratamientos médicos o quirúrgicos, y otros, conforme a las leyes de la materia. Es injusto que quien convive de manera estable y prolongada con otra persona, carezca de estos derechos civiles, omisión que debería ser corregida. Y todos estos derechos, como es evidente, los he tomado del proyecto de ley de *unión civil*.

Así, enriquecido el 326, se podría extender y reconocer los mismos efectos legales a las *uniones de hecho* no inscritas entre parejas del mismo sexo (gran vacío en el proyecto de ley en cuestión), así como regular de manera sucinta en el mismo artículo una nueva figura que podría denominarse *convenio* social, abierto para dos personas cualesquiera, con plena capacidad de ejercicio, y con prescindencia de si existe o no entre ellas relación convivencial; que no deberán estar casadas, ni hallarse dentro de las prohibiciones que para el matrimonio contempla el propio Código. Estas personas gozarían, apenas inscrito el *convenio* en registros públicos, de idénticos derechos que los miembros de las *uniones de hecho*; pero ni aquél ni éstas, modificarían el estado civil. La modificación legislativa que propongo es puntual y ella constituiría un acto de justicia tanto para concubinos heterosexuales, inscritos o no en registros públicos (quienes incrementarían notoriamente sus derechos), como para aquellas parejas, fundamentalmente homosexuales, sea que se registren o no formalmente.

Lima, abril del 2015

¿Y la unión solidaria?*

Con fecha 6 de abril de 2014, publiqué en el Diario *El Comercio*, un artículo en el que proponía enriquecer el artículo 326 del Código Civil, a propósito del debate en torno a la unión civil.

En aquel momento creía, y lo sigo creyendo, que la sociedad tiene todo el derecho de legislar o no determinadas situaciones de hecho; por lo que se debería reconocer diversos derechos a las parejas del mismo sexo, lo que evitaría que padezcan injusticias de orden patrimonial.

Para ello, sólo bastaba con efectuar algunas modificaciones y adiciones al artículo 326 del Código Civil, que hoy regula las *uniones de hecho* (obviamente referidas a parejas heterosexuales), con el fin de (i) extender su aplicación a uniones heterosexuales que no impliquen una relación de concubinato; y uniones no heterosexuales de cualquier clase; y (ii) ampliar los derechos y beneficios de dichas uniones en materia de visitas a establecimientos penitenciarios, centros de salud, nacionalidad, seguridad social, toma de decisiones en tratamientos médicos o quirúrgicos, entre otros que puedan ser extendidos a estos grupos sin desnaturalizar las leyes que las sustentan.

Tiempo después, con fecha 10 de marzo de 2015, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República rechazó y archivó el dictamen del Proyecto de Ley de la Unión Civil.

Ahora bien, a pocas semanas de archivarse el proyecto de unión civil entre personas del mismo sexo, propuesto por el congresista Carlos

---

* Artículo publicado en «La Ley» n.° 10, página 22, con fecha abril de 2015.

Bruce, llego el momento de que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos se pronuncie sobre el proyecto de Unión Solidaria, elaborado por la congresista doctora Martha Chávez Cossío.

La unión solidaria, tal como se ha propuesto, protegería no sólo a uniones de personas del mismo sexo, sino también a uniones heterosexuales, sin necesidad de que tales personas hagan vida de pareja.

Algo que resulta importante es que la unión solidaria no otorga vínculo de parentesco y, por ende, no crea un nuevo estado civil, como sí lo pretendía el proyecto de unión civil. En mi opinión, esta diferencia resulta positiva. Así, al no alterar el estado civil, ni la relación de parentesco de sus integrantes, el Proyecto de Unión Solidaria no desnaturalizaría ni colisionaría con la integridad y armonía del Código Civil y con la institución del matrimonio.

Por lo demás, la unión solidaria reconoce tantos derechos de carácter patrimonial como los contenidos en el proyecto de unión civil.

Dentro de tal orden de ideas, la unión solidaria, según su propia Exposición de Motivos, se propone como un régimen patrimonial que regula las relaciones entre las personas, con el fin de proteger sus intereses y derechos como consecuencia de una situación estable de solidaria vida en común.

Precisamente, teniendo en cuenta que el propósito es regular aspectos patrimoniales y otros previstos en la ley, para su formalización se propone que se constituya mediante instrumento notarial y que se inscriba en el Registro Personal de los Registros Públicos, cuyo contenido es de acceso público.

Entonces, ¿por qué algunos se oponen a la unión solidaria cuando en la práctica otorga los mismos derechos patrimoniales que la unión civil? La respuesta creo que está impregnada de pasiones y pretensiones

maximalistas que no se condicen con el sentir de la mayoría de nuestra sociedad.

Si quienes promueven la unión civil pretenden que se otorgue una serie de derechos a las personas del mismo sexo, que conviven o que quieren hacer una vida de convivencia, que no están regulados en la ley, dicho propósito también se vería plenamente consagrado con la unión solidaria.

Quizá la unión solidaria, dentro de tantas exigencias, sea la más oportuna para aquellas personas —homosexuales o heterosexuales— que apoyándose y asistiéndose hagan una vida en común.

Voltaire decía «El tiempo es justiciero y pone cada cosa en su lugar».

Lima, abril del 2015

Algunas consideraciones generales sobre el nuevo Código Civil y Comercial argentino y en especial sobre el Derecho de Obligaciones[*]

Distinguidos miembros de la Comisión Organizadora de la Quinta Jornada Sanjuanina de Derecho Civil y del Primer Congreso Internacional de Derecho Privado,
Distinguidos profesores,
Apreciados colegas,
Queridos amigos,

1. Introducción

En primer lugar, quiero agradecer profundamente la generosa invitación formulada por los organizadores del evento, para asistir a esta hermosa ciudad de San Juan, que tengo el placer de visitar por primera vez. En especial, mi agradecimiento al profesor Pascual Alferillo, quien tuvo la gentileza de convocarme para participar en estas clásicas Jornadas.

No cabe duda de que el Derecho argentino vive una etapa muy especial, en la medida de que, dentro de poco tiempo, entrará en vigencia un nuevo Código Civil.

En lo personal, viví una etapa similar cuando recién comenzaba mis estudios de Derecho en el Perú, dado que, precisamente, los inicié

[*] Ponencia pronunciada el viernes 15 de mayo de 2015, en la ciudad de San Juan, República Argentina, en el marco de la Quinta Jornada Sanjuanina de Derecho Civil y del Primer Congreso Internacional de Derecho Privado.

en agosto de 1984, cuando todavía regía el Código Civil de 1936, pero acababa de ser promulgado, el 24 de julio, el Código que empezaría a tener vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año.

Recuerdo cómo, durante toda mi carrera, fue inevitable que nuestros profesores, muchos de los cuales habían sido autores de ese nuevo Código, compararan minuciosamente en sus clases, el contenido del cuerpo normativo de 1936, con el de 1984.

Una reforma legislativa tan importante como aquella que consiste en cambiar de Código Civil, plantea no sólo debates, sino también cuestiones ineludibles que resulta necesario mencionar y que, sin duda, van a reproducirse en, prácticamente, todos los países en donde se dé un proceso de esta naturaleza.

2. LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS Y SUS PROBLEMAS

Antes de proceder a abordar algunas ideas sobre el derecho de obligaciones en este nuevo Código, voy a permitirme tratar un tema de fondo, que me parece indispensable para situar en contexto las opiniones que se vierten acerca del nuevo Código y del Código que se está derogando.

2.1. Todo nuevo Código tratará de llenar los vacíos que la doctrina y la jurisprudencia detectaron en el anterior.

Ello, pues la reforma de un artículo o de una materia abordada en un Código Civil, carecería de objeto si no se hubiese producido, con el transcurso de los años, un proceso en el que se hubieran detectado falencias en la norma.

Dicho esto, lo que corresponderá saber es si el nuevo precepto contiene aspectos que ha resultado necesario o indispensable reformar, o si, por el contrario, sólo es fruto de tentaciones académicas.

En otras palabras, la pregunta de fondo será si, en caso no se hubiese modificado la norma original, el derecho del país en cuestión, hubiese seguido interpretando lo mismo en torno al problema bajo tratamiento.

Así, siempre estará presente la discusión —inacabable, por cierto—, entre quienes sostengan la imperiosa necesidad de la reforma producida, y quienes estimen lo contrario.

En lo personal, siempre he sido muy cauto en torno a introducir en los Códigos, todo aquello que la doctrina y la jurisprudencia han dado como contenido de vida a una norma legal precedente.

Los profesores de derecho debemos tener mucho cuidado al transitar ese difícil camino que implica el saber cuándo resulta necesario modificar una norma o una institución en un Código Civil, y cuándo no lo es.

En otras palabras, si la doctrina y la jurisprudencia han dejado aclarado el sentido de un problema, puede que ese «problema» ya no exista en la vida real, habida cuenta de que el derecho no sólo es la norma legal, sino todas las fuentes que lo integran.

2.2. De lo expuesto, resulta inevitable que siempre haya partidarios y detractores de un nuevo Código Civil.

Es claro que todo proceso de reforma va a acarrear como consecuencia, el que parte del medio jurídico y social apoye la reforma, y otra parte la rechace.

Tomar partido *a priori* por alguno de estos grupos de pensamiento no es lo que corresponde a un extranjero, como es mi caso, quien, sin duda, tiene buenos amigos, tanto en uno como en otro; además de que no soy un experto en el derecho de este país.

Pero, lo que sí me corresponde es pronunciarme sobre algunas cuestiones que, al igual que las desarrolladas en el punto anterior, considero de validez casi universal.

Ellas pasan por el hecho de que no necesariamente el apoyar un nuevo Código Civil implica estar a la vanguardia del derecho; lo que acarrea como correlato que tampoco resultará *a priori* cierto, que quienes se opongan a esta modificación legislativa tengan una visión retrógrada del mismo.

No existe un terreno más opinable que aquél referido a cómo debe legislarse una determinada figura o institución; de modo que será totalmente lícito estar a favor de la modificación integral de un Código Civil, como preferir que ella no hubiera ocurrido.

Por lo demás, encontrándonos ante un objeto legislativo tan voluminoso, en la mayoría de casos no se tratará de adhesiones completas en uno u otro sentido.

Es claro que ni los propios autores de un nuevo Código Civil estarán de acuerdo sobre el sentido de todas sus normas, habida cuenta de que legislar de manera colectiva o en comisiones de trabajo, implica una permanente transacción, lo que es inevitable entre todo grupo humano que quiere llevar adelante una determinada empresa.

2.3. Cuando el medio jurídico ha estado dividido en torno a la idea de cambiar o no de Código Civil, y el proceso ha sido duro, a la vez que difícil, no cabe duda de que el mismo siempre dejará heridas entre quienes han participado en la batalla.

Pero, en estos casos, tampoco debe pensarse que la guerra se ha ganado o perdido cuando se aprueba un nuevo Código, pues allí empiezan otras batallas —tal vez tan o más difíciles que las anteriores—, las mismas que consistirán en demostrar las bondades del

Código con respecto a su predecesor, a la par que probar, con el paso del tiempo y de la práctica jurídica, que las nuevas normas son, no sólo en la letra, sino en la vida real, superiores y más beneficiosas que las del Código precedente.

Este proceso, que se inicia con la promulgación legislativa de todo nuevo Código Civil, determinará que la doctrina y la jurisprudencia vayan poniendo en su sitio los nuevos preceptos y aquilatando su verdadero valor jurídico.

Ello significa que el tiempo, finalmente, o dará la razón a quienes propugnaron y elaboraron el nuevo cuerpo normativo, o se la dará a sus adversarios, o, simplemente, que la historia reconocerá que la razón estaba compartida, lo que usualmente ocurre en la vida real.

2.4. El riesgo de las doctrinas hechas ley.

Siendo el derecho fuente de permanente debate en cuanto al alcance de los conceptos de las diversas figuras e instituciones que lo componen, y siendo nosotros los civilistas expertos en discutir y debatir tales conceptos, a la par que en asumir los propios y rebatir los ajenos, hay un punto sobre el que resulta necesario formular una advertencia; y es el relativo a introducir en los nuevos Códigos conceptos o definiciones que, supuestamente, zanjen el sentido o discusión de las instituciones que se abordan.

Por poner un ejemplo en abstracto, si sobre un tema ha existido siempre una discusión acerca de la conveniencia de interpretar una norma en el sentido de que ella recogía la teoría subjetiva o la teoría objetiva, y tanto la doctrina como la jurisprudencia, se encontraban divididas sobre el particular, no necesariamente será sano que un nuevo Código Civil opte por uno de los dos criterios, pues al fin y al cabo, se trataría de una toma de partido, probablemente, inútil, en la medida de que si esa discusión era tan fuerte en la doctrina y

jurisprudencia, el legislador no tendrá suficiente autoridad jurídica como para zanjarla de un plumazo.

Por lo demás, si se pensara que con una decisión de esta naturaleza el problema habría sido superado, se incurriría en una profunda equivocación, pues la nueva norma legal no disipará la divergencia del medio jurídico, sino, probablemente, la acentúe y encrespe.

Así, no se habrá solucionado nada, sino se habrán empeorado las cosas.

2.5. El derecho civil y la política

Lo ideal es que el debate sobre las modificaciones normativas en el campo civil, no esté contaminado por la discusión político-partidaria.

Cuando hablamos de la modificación legislativa integral en materia civil, no hay duda de que estamos ante un tema de la mayor importancia para la población, y ella debe producirse de cara a la sociedad en su conjunto, pero fundamentalmente, ser objeto de un debate técnico, académico y estrictamente ceñido a los ámbitos de la profesión.

Me temo que cuando las modificaciones de los Códigos se contaminan con la discusión política, poco o nada bueno aporta esta situación al ámbito civil.

No olvidemos que no estamos ante el debate de una nueva Constitución, sino ante el de un nuevo Código Civil.

Además, si sumamos las pasiones políticas a las pasiones jurídicas, es fácil advertir que nos encontraremos ante una combinación altamente explosiva. Ello ocurrió en mi país, cuando la más reciente

dictadura emprendió la frustrada tarea de una reforma integral del Código.

Digo esto, en razón a que los Códigos Civiles deben tener una firme vocación de permanencia en el tiempo, lo que brinda estabilidad y progreso a las sociedades que están destinadas a regir.

2.6. Por último, los debates y las críticas que ineludiblemente surgirán en todo proceso de modificación legislativa, deben estar dirigidos al combate de las posiciones jurídicas y no al de sus autores.

En el derecho civil y en la vida profesional y académica debe prevalecer la mayor consideración por el otro, por más de que sus posiciones las estimemos profundamente equivocadas.

En casos como éstos, lo que uno debe pretender es vencer la posición del otro; no destruir al otro.

Quisiera que me disculpen por haber destinado la primera parte de mi ponencia al desarrollo de estas ideas generales sobre la reforma de los Códigos Civiles, las mismas que he trabajado y desarrollado a lo largo de los años, en razón de la experiencia vivida en mi país, cuyo Código, de 1984, no obstante su juventud, ha intentado ser reformado —sin éxito— de manera integral en múltiples ocasiones, prácticamente cada cinco o diez años.

Siempre me opuse frontalmente a todos los intentos y comisiones reformadoras de ese Código, situación que, confieso, me acarreó la pérdida de algunos buenos amigos en el medio académico.

Pero, en estas materias, lo más importante es exponer aquello en lo que uno cree, siendo consciente de que nadie es dueño de la verdad absoluta.

3. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL NUEVO CÓDIGO Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES

La segunda parte de mi ponencia se va a centrar en el análisis de algunos preceptos relacionados al derecho de obligaciones que ha regulado el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Me centraré en la referencia de algunas de dichas normas, pues no constituye objeto de esta ponencia el análisis integral de esta parte de la legislación de un país distinto al mío, lo que, por lo demás, escaparía razonablemente a las pretensiones de esta intervención.

3.1. El concepto de obligación (artículo 724 del nuevo Código)

Como sabemos, las obligaciones constituyen una de las más importantes partes del derecho privado, pues la vida social depende de ellas.

Como acertadamente sostiene el profesor Ordoqui Castilla,[44] el derecho de las obligaciones ha cobrado particular trascendencia en el mundo moderno, pues sobre sus fundamentos jurídicos se apoyan las instituciones económicas internacionales en mayor nivel por su importancia y participación en el desarrollo económico y cultural de América y del mundo.

Tal trascendencia en el mundo moderno, conduce —a mi criterio— a la necesidad de que los Códigos definan cada vez menos figuras sobre las que no se requiere una definición específica o —peor aún— sobre las que hay infinidad de conceptos.

Debemos recordar que Vélez Sarsfield, en la nota a su artículo 495, explicitó las razones por las que consideraba impropio o extraño a un Código de leyes la formulación de definiciones: lo estimó ajeno a las atribuciones del legislador, pero sí «del dominio del gramático y del

[44] *Cfr*. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: Ediciones «del Foro», 1998, tomo I, p. 23.

literato en el lenguaje ordinario y atribución del profesor cuando la expresión es técnica».

Digo esto y, al mismo tiempo, me refiero concretamente al concepto de obligación que plantea el nuevo Código a través de su artículo 724, según el cual:

> Artículo 724.- *Definición*
> La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés.

Como se puede apreciar, la definición recogida en el citado numeral pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la estructura institucional de la obligación, en la que aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria. Es más, muchos profesores de derecho, entre ellos quien hace uso de la palabra, podríamos suscribir el concepto contenido en el artículo 724.

Sin embargo, lo aparentemente útil de dicha definición es que intenta ingresar —de modo implícito— al debate en torno al carácter de las denominadas obligaciones naturales, categoría de obligaciones que carecen del rasgo de exigibilidad. Y ello es así, ya que con la frase «derecho a exigir» se estaría estipulando que cuando no existe exigibilidad, nos hallaríamos en presencia de un típico caso de obligación natural.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentinas, ya se han encargado de precisar conceptos en torno a este asunto. Así, la referencia a la exigibilidad que hace la norma del nuevo Código, con el término «exigible», resulta reiterativa e innecesaria, ya que ella es presupuesto de toda obligación. En tal sentido, en lo que se refiere a este aspecto, dicho extremo de la definición legal, resulta innecesario.

Otro tema que creo podría ser reconsiderado en relación al contenido del artículo 724 del Código Civil, es el extremo en el que señala que ante un incumplimiento se podrá forzar a la parte que no cumplió a la satisfacción de dicho interés.

Como sabemos, esta afirmación no necesariamente constituye el único camino ante un incumplimiento, y es que también podría pensarse en la posibilidad (por lo demás válida y completamente lógica en términos prácticos y jurídicos) de permitir que se deje sin efecto la obligación, con el consecuente pago de la indemnización por los daños y perjuicios que tal incumplimiento hubiera causado, si fuese el caso; lo cual, además, no constituye la satisfacción del interés (que era la prestación incumplida), sino más bien la única alternativa que el acreedor ahora poseería.

Por otra parte, es claro que no siempre se podrá obligar a una persona a cumplir con la obligación. Ello, en muchos casos, colisionaría con la libertad del ser humano y con los límites que —desde ya hace mucho— impone el derecho civil al cumplimiento forzoso de las obligaciones. Tampoco el acreedor conservará necesariamente el interés en un cumplimiento en especie de la obligación.

Aspecto que merece comentario aparte, es el referido al uso en singular que se realiza de los términos «acreedor» y «deudor» y es que con ello se está dejando de lado la figura —muy común, por cierto— de la obligación con pluralidad de sujetos. Lo mismo ocurre con el término «prestación», ya que con esa referencia se deja de lado a las obligaciones de objeto plural, en que hay que ejecutar más de una prestación, y específicamente me refiero a las obligaciones conjuntivas. Así las cosas, en este sentido, la definición que otorga el nuevo Código al término «obligación», no sólo es imprecisa sino incompleta.

Debemos poner énfasis en el hecho de que toda definición siempre regulará aspectos que, en algunas ocasiones, podrían considerarse ob-

vios y, por ende, innecesarios. Por el contrario, toda definición siempre dejará de lado aspectos muy importantes, como los que nos hemos permitido señalar.

Además, debe tenerse en cuenta que una definición implica un corte en determinado tiempo, espacio y lugar; es decir, es como una fotografía que se toma a una realidad específica. En ese sentido, si un Código Civil contiene definiciones, su vocación de permanencia (que de por sí le debería ser inherente, ya que nadie promulga un Código pensando en derogarlo luego de corto tiempo) se desvirtuaría. Es como si el propio autor de una obra la condenara a una muerte prematura antes de nacer.

Por eso es que siempre he creído que la tarea de definir debe ser dejaba a los profesores de derecho, en los libros que escriban.

Dentro de tal orden de ideas, me parece que hubiera podido prescindirse del contenido del artículo 724 del nuevo Código.

3.2. Obligaciones de dar dinero (artículo 765 del nuevo Código)

Voy a leer el artículo 765 del Código:

> Artículo 765.- *Concepto*
> La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Como se puede observar, la primera parte del citado artículo es obvia y, tanto el supuesto de hecho como su consecuencia, resultan plenamente válidos. Por ello es que no me voy a detener en este punto.

Lo que sí me llama la atención, es el contenido de la segunda parte, que establece que «si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal».

En principio, quiero poner énfasis en el hecho de que el numeral bajo análisis se encuentra contenido en el Parágrafo 6, «Obligaciones de dar dinero», de la Sección 1, «Obligaciones de dar», del Capítulo 3, «Clases de obligaciones», del Título 1, «Obligaciones en general», del Libro Tercero, «Derechos personales», del Código Civil y Comercial.

En ese sentido, una primera interrogante es la relativa a por qué se mezclan conceptos y se incluyen supuestos y figuras normativas que no poseerían una relación directa, como es el caso de las obligaciones de valor (concepto distinto a las obligaciones de dar dinero, que se regula en el artículo 772).

Si nos encontramos ante un parágrafo, como el sexto, que regula expresamente las obligaciones de dar dinero, pues entonces, sólo este concepto debería encontrarse regulado en el parágrafo; y no otro.

Como señalaré más adelante, las obligaciones de dar monedas extranjeras, son obligaciones de dinero, y la nueva norma recurre al eufemismo y al error conceptual de considerarlas obligaciones de dar cosas distintas al dinero.

El supuesto normativo establece que si la obligación se constituye en moneda que no es de curso legal en el país, se «deberá» considerar la deuda como una de dar cantidades de cosas. Así, hubiera sido preferible, primero, señalar que dicha deuda se deba pagar en la moneda extranjera pactada. Total, si a las obligaciones de dar monedas extranjeras se les considera obligaciones de dar cantidades de cosas (distintas al dinero,

ya que éste también es una cosa), pues entonces, lo lógico sería que se entreguen tales cosas dentro del artículo 766 del propio nuevo Código.

Lo mismo que ocurre si me obligo a dar mil naranjas, debería ocurrir cuando me obligue a dar mil dólares americanos. Aquí manda el principio de identidad.

Ésta debería ser siempre la primera opción, y la facultad de pago podría dejarse como se ha señalado, es decir, facultando al deudor para pagar esa prestación en moneda argentina.

Por otro lado, un aspecto importante a destacar es que la norma no aclara cómo es que se determinará el «equivalente en moneda de curso legal».

Y éste no es un tema menor, ya que tengo la impresión de que el contenido del precepto no otorga seguridad jurídica a las transacciones que reúnan los supuestos que regula esta norma. Digo ello, ya que no necesariamente existirá coincidencia entre la cotización oficial de la moneda extranjera con la moneda nacional, y el tipo de cambio o cotización comercial, de la misma. Esto generaría que se pueda terminar pagando un valor diminuto, expresado en pesos argentinos.

Compartimos el parecer de Salerno,[45] cuando señala que en casos en que el tipo de cambio oficial tenga una clara distorsión con el valor comercial de la moneda extranjera, adoptar una solución como ésta implicaría un riesgo de grave inequidad para el acreedor. Lo correcto en casos como éstos, es que el deudor deba —necesariamente— pagar en la especie pactada, es decir, en la moneda extranjera en la que se contrajo la obligación.

---

[45] Salerno, Marcelo. «Obligaciones dinerarias». En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina & El Derecho, 2012, p. 359.

Dentro de tal orden de ideas, debo anotar que el artículo 765 del nuevo Código posee una serie de aspectos que bien podrían afinarse, en aras de otorgar mayor seguridad jurídica cuando nos encontremos ante obligaciones que deban pagarse en moneda distinta a la del curso oficial.

Por lo demás, sólo una reflexión final al respecto, y es la relativa a la naturaleza de las monedas extranjeras.

Vieja es la discusión en el sentido de si ellas son o no dinero.

Es evidente que dentro de una perspectiva absolutamente nacionalista, sólo será dinero del país la moneda de curso oficial; situación que no constituye obstáculo alguno para considerar que las monedas extranjeras también son dinero en sus respectivos países.

Por lo demás, las deudas contraídas en monedas extranjeras, no son deudas de valor, sino deudas dinerarias que deberán pagarse en el dinero del país en cuya moneda se ha contraído la obligación.

Prueba de ello es que cuando uno contrae una obligación en dólares americanos, o en cualquier moneda de país extranjero, no se está obligando a dar un valor, sino una cantidad de dinero de ese país.

El tema del valor sólo entra a tallar cuando la ley concede la facultad de pago en moneda local, como ocurre en la Argentina y en el Perú, en donde las obligaciones contraídas en moneda extranjera, son obligaciones de carácter facultativo, siendo la prestación principal el pago en la moneda extranjera pactada, y la prestación accesoria el pago en moneda peruana, en principio, al tipo de cambio del día del vencimiento de la obligación, regla que sufre algunas variaciones en caso el deudor incurra en mora.

Debo aclarar que entiendo la razón por la cual el tema se trata de esta manera en el nuevo Código argentino, habida cuenta de que aquí existe una política macroeconómica de control de cambios, y no un régimen de libre mercado en cuanto a las monedas extranjeras.

3.3. La cláusula penal (artículos 790 y siguientes del nuevo Código)

El nuevo Código Civil y Comercial argentino, ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, puedan establecer una cláusula penal en el contrato que celebren.

Como sabemos, la cláusula penal es la estipulación que se incluye en un contrato y se refiere a la pena o penalidad (cuantificada usualmente en términos monetarios), convenida para el caso en el que una de las partes incumpla alguna prestación.

No voy a referirme a aspectos gramaticales o accesrios del tema, sino a uno fundamental, cual es su mutabilidad o inmutabilidad.

El artículo 793 del nuevo Código estipula:

> Artículo 793.- *Relación con la indemnización*
> La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente.

Creemos que aquí se habría cometido un error y es que podría —verdaderamente— presentarse el caso en el cual los daños y perjuicios sean mucho mayores que el monto pactado como penalidad.

Como sabemos, la cláusula penal posee una función «formalmente» indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como

cuando resultare diminuta o excesiva. Y decimos «formalmente», pues sólo lo será en tanto indemnice daños y perjuicios causados. Cualquier exceso podrá tener carácter punitivo, mas no indemnizatorio.

Si la cláusula penal fuera diminuta, teniendo en cuenta la regulación que posee el nuevo Código, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre, en este caso, sólo indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. Ello es injusto, pues las penalidades se pactan a manera de sanción y disuasión del incumplimiento contractual, pero bien podría ocurrir que tales previsiones terminen siendo diminutas si se comparan con los daños sufridos.

Aquí hubiera sido conveniente establecer como excepción el caso del pacto de indemnización por daño ulterior.

Otro tema que me parece interesante abordar es el relativo a la posibilidad de que los jueces disminuyan las penas. Dicha facultad se encuentra regulada en el artículo 794 del nuevo Código:

> Artículo 794.- *Ejecución*
> Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.
> Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Aquí nos encontramos ante la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, lo que conllevaría —en principio— a desnaturalizar la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando la considerase desproporcionada, dicha parte —y también el acreedor— tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los

daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma estipulada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la penalidad, entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta por ley, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal, o que, incluso, son superiores a dicho monto.

No quiero que el auditorio piense que soy partidario de la inmutabilidad de la cláusula penal, porque en realidad no lo soy.

Si bien en mis obras siempre he respaldado la fuerza que debe tener dicha cláusula y las facilidades que deben existir para su cumplimiento, ello no implica que en la práctica toda penalidad deba pagarse tal cual haya sido convenida.

Creo que los jueces sí deben tener, como de hecho también lo tienen dentro del ámbito del nuevo esquema argentino, la posibilidad de reducir las penalidades cuando la obligación ha sido parcialmente cumplida (artículo 798 del nuevo Código).

Es claro que en un caso como éste, si el deudor solicitara la reducción de la pena, y la porción de la prestación que se hubiese ejecutado revistiera utilidad para el acreedor, entonces, corresponderá reducir el monto de la penalidad.

Idéntico razonamiento podemos desarrollar cuando el cumplimiento de la obligación es defectuoso o irregular, pero a pesar de no tratarse de un cumplimiento idóneo, el mismo hubiera revestido beneficio para el acreedor.

En ambos casos, claro está, cabe que los tribunales, a solicitud de parte, reduzcan el monto de las penas, simplemente, porque de lo contrario se estaría consumando una injusticia.

El problema central se plantea cuando entramos al terreno de la subjetividad, que en el caso del nuevo Código argentino, se consagra con la extensa, alambicada y, a mi juicio, complicada expresión: «cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor».

Este problema en el Perú lo tenemos con el artículo 1346 del Código de 1984 y la posibilidad de reducir la pena a solicitud del deudor, «cuando ella sea manifiestamente excesiva».

Creo que podemos coincidir en que, tanto la fórmula peruana como la argentina, otorgan importantes facultades a los jueces para reducir la penalidad, pero el artículo 794 del nuevo Código incluye la referencia a un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, lo que creo complica aún más las cosas.

En ese sentido, estimo que estas fórmulas de reducción de la penalidad a que acabo de hacer referencia, deberían ser analizadas dependiendo del carácter o naturaleza de la relación contractual en que se hubiese pactado la pena; ello, pues de no hacerlo, generalmente derivarán en que siempre se pueda reducir el monto de la misma.

En síntesis, creo que la reducción de las cláusulas penales podría prosperar en tanto y en cuanto nos encontremos frente a deudores que han celebrado contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación, pues en ellos será evidente que el deudor poco o nada habrá podido hacer para el establecimiento del monto de la penalidad.

Sin embargo, no pienso lo mismo cuando nos encontramos frente a contratos paritarios o de negociación previa, caso en el cual la reducción de la penalidad sólo debería proceder en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, a solicitud del deudor y con las características explicadas en su momento, pero no con la fórmula general, abierta y subjetiva de la última parte del artículo 794 del nuevo Código Civil.

Siempre he pensado en cuál sería la fórmula más justa para regular y aplicar en la práctica la cláusula penal; y ella no pasa, ni por su inmutabilidad absoluta, ni por la permanente posibilidad de reducir el monto pactado.

De igual modo, si hacemos una lectura conjunta de los numerales 793 y 794 del nuevo Código Civil y Comercial, podremos constatar que existe una evidente disparidad entre los derechos que se otorgan al deudor y los derechos que se otorgan al acreedor. Y ello es así ya que, por un lado, se permite que el monto de la cláusula penal pueda ser disminuido por los jueces si éste resulta desproporcionado, pero, contradictoriamente, no se permite que dicho monto pueda ser superior o, en todo caso, no se permite que se pueda reclamar a título indemnizatorio, otro monto distinto al establecido en la citada cláusula penal.

Así, pues, nos preguntamos si ello resulta justo; y creemos que la respuesta negativa se impone. En todo caso, reiteramos, lo idóneo hubiera sido que el legislador permita que se pueda estipular la indemnización de un daño ulterior como medida justa ante un supuesto en el que la cláusula penal resulte cuantitativamente menor al daño ocasionado por el incumplimiento.

4. Comentarios finales

Para concluir estas palabras, quiero señalar que reconozco muchas bondades en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, comenzando por la propia unificación y la importancia que, de por sí, conlleva.

Analizar y referirme a ellas hubiera sido imposible, dada la naturaleza de mi exposición y la jornada en la que se enmarca.

Sólo nos queda esperar la maduración de este nuevo cuerpo normativo y que la doctrina y la jurisprudencia cumplan el papel que les corresponde, interpretando y logrando exponer sus verdaderos contenidos.

Un evento tan importante como las Jornadas Sanjuaninas, hace posible que el medio académico continúe debatiendo sobre los alcances del nuevo Código.

No olvidemos que la Argentina tiene un reto muy grande. Tratándose del país con la más rica doctrina civilista de América Latina, toda ella centrada en el Código de Vélez Sarsfield, tendrá ahora que asumir un cambio en su eje de rotación.

Hoy, cuando el objeto de estudio es otro, los países hermanos, que siempre hemos aprendido de la doctrina y del derecho argentino, estamos ávidos de conocer todos los nuevos aportes y enseñanzas que recibiremos de ustedes.

Muchas gracias.

Lima, mayo del 2015

No se puede derogar*

Hace pocos días se presentó al Congreso de la República un anteproyecto de ley que pretende modificar 43 y derogar 47 artículos del Código Civil.

La historia empieza cuando el Perú ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en el seno de las Naciones Unidas, que establece que los Estados parte reconocerán a las personas con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones con otras personas en todos los aspectos de la vida; premisa que compartimos plenamente, ya que estas personas deben ser respetadas y tratadas con dignidad.

Sin embargo, el anteproyecto otorga la misma capacidad de ejercicio a todas las personas, sin importar si éstas poseen, por ejemplo, problemas mentales, incluso graves (lo que es alarmante), proponiendo que exista un sistema de colaboración o apoyo en el que prime la voluntad de la persona con discapacidad. Es decir, permite que, por ejemplo, una persona adicta a las drogas, con una capacidad de discernimiento severamente limitada a causa de su adicción, pueda —él mismo— vender todos sus bienes (con el «apoyo» o asesoría de algunas personas, nombradas por él mismo), o que los retardados mentales severos puedan celebrar contratos de un contenido patrimonial importante. ¿Resulta ello lógico? ¿Dónde queda la seguridad jurídica en el tráfico comercial? ¿Quién protege los intereses de estas personas y de quienes contratan con ellas?

---

* Artículo publicado en el diario «El Comercio», página A-22, con fecha 22 de mayo de 2015.

Hoy en día, las figuras de la capacidad e incapacidad se rigen por reglas de carácter objetivo, que otorgan seguridad jurídica no sólo en el tráfico comercial, sino también en las relaciones interpersonales de la vida en sociedad. No obstante, el anteproyecto pretende permitir que todas las personas, sin excepción, puedan celebrar todo tipo de actos y contratos sin limitación alguna, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, donde los incapaces, siempre que no estén privados de discernimiento, pueden celebrar contratos que se circunscriban a las necesidades de su vida diaria. Es obvio que un incapaz absoluto, privado de discernimiento, siempre deberá actuar a través de un curador.

La incapacidad, en términos jurídicos, no es automática, y prueba de ello es que un sinnúmero de personas que poseen problemas mentales que no son graves, se comportan y desenvuelven en nuestro país con total normalidad y es obvio que nunca se les podría declarar interdictas.

Además, el anteproyecto cree —erróneamente— que quien ejerce la curatela de una persona con discapacidad, jamás toma en cuenta su voluntad, razón por la cual plantea que dicha figura deba ser eliminada y que, en su lugar, se implante un sistema de «apoyos» para esa persona. Así, nos preguntamos, si una persona no posee las aptitudes mentales necesarias como para cuidarse a sí misma, ¿cómo es posible que una ley, en virtud de un malentendido trato igualitario, permita que realice y celebre actos y contratos de todo tipo? Se estaría dejando a esa persona en el desamparo con respecto al cuidado de sus propios intereses. Su propia «voluntad» lo podría dejar en la ruina.

Si se pudiera derogar la incapacidad mental en virtud de una ley, el mundo sería más feliz. El problema es que ello no resulta posible.

Lima, mayo del 2015

Entrevista sobre el Decreto Legislativo n.° 1177[*]

1. Con el nuevo Decreto Legislativo n.° 1177, se estableció el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda. ¿Considera que era necesaria una regulación sobre la promoción del arrendamiento de vivienda? ¿Con esta disposición se limita la libertad contractual?

En relación a la primera interrogante que se plantea, considero que el objetivo de la nueva ley resulta plausible, ya que a través de ella se busca otorgar mayor dinamismo al mercado de la construcción y al tráfico comercial en lo que a bienes inmuebles se refiere y, por otro lado, constituye un mecanismo que hace frente al problema del déficit habitacional en nuestro país, el mismo que afecta a los sectores de clase media y baja de la población.

En ese orden de ideas, el Decreto Legislativo n.º 1177 (en adelante, la ley), en su artículo 1, sobre el objeto de la norma, crea un «régimen especial y facultativo para la promoción, facilitación y seguridad jurídica del arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda».

Este nuevo régimen obedece a la consecución de los fines que ya hemos mencionado y busca, a través de una fórmula legal, otorgar una serie de preceptos guía para que las personas que no posean los medios económicos que exige el mercado, hoy puedan acceder y adquirir una propiedad inmueble.

---

[*] Entrevista publicada en *Actualidad Civil* n.° 14, agosto de 2015.

Ahora bien, en relación a la interrogante planteada, en el sentido de si esta ley limita la libertad contractual, debo recordar que el concepto de libertad contractual importa la capacidad que posee un sujeto de derecho para regular o moldear el contenido del contrato que vaya a celebrar, atendiendo a los intereses, fines y objetivos que dicha parte posee, los cuales deben encontrar sintonía con aquéllos que su contraparte tiene.

En ese sentido, y al señalar la propia ley que el régimen que establece es uno de tipo facultativo, su dación no importa, en modo alguno, limitación al principio de libertad contractual, ya que las personas se encuentran en total libertad de optar o no por dicho régimen.

2. Los formularios comprendidos y que servirán para celebrar y suscribir los contratos de arrendamiento de una vivienda, arrendar con opción de compra de una vivienda, y arrendar financieramente: ¿qué finalidad cumplirían en la promoción del arrendamiento? (¿Mera formalidad? ¿Agilizarían y brindarían seguridad jurídica?, ¿permitirían más inversiones?)

El artículo 4 de la ley crea los siguientes formularios:

- Formulario Único de Arrendamiento de inmueble destinado a vivienda (FUA).
- Formulario Único de Arrendamiento con Opción de Compra de inmueble destinado a vivienda (FUAO).
- Formulario Único de Arrendamiento Financiero (*leasing*) de inmueble destinado a vivienda (FUAL).

Asimismo, la propia ley establece que mediante dichos formularios se celebran y suscriben los contratos de arrendamiento de inmueble destinado a vivienda, de arrendamiento con opción de compra de inmue-

ble destinado a vivienda y de arrendamiento financiero de inmueble destinado a vivienda.

En ese sentido, la finalidad que cumplirían dichos formularios sería múltiple.

Por un lado, con ellos se busca desburocratizar y facilitar la información que las partes contratantes deseen consignar. Es decir (y haciendo un ejercicio especulativo, por cuanto los citados formularios y sus partes aún tienen que ser aprobados, lo cual ocurrirá cuando se emita el Reglamento de la ley), existirá una serie datos que necesariamente se tendrán que consignar, lo cual importa que formalmente se va a estandarizar una serie de aspectos relacionados al contrato a celebrar. Ello permitirá identificar de manera rápida qué es lo que las partes acordaron en relación a un tema determinado, no como ocurre en la actualidad en donde las partes, en pleno uso de su libertad contractual, muchas veces no poseen el asesoramiento necesario y adecuado y se comprometen, en muchos casos sin ningún orden lógico y a veces de forma incoherente, a una serie de actos.

En ese sentido, se agiliza el tráfico comercial pero, a la vez, se otorgaría seguridad jurídica a los contratantes, ya que al existir información básica que deben consignar, se les permite conocer, en su verdadera dimensión, las consecuencias de los actos que vayan a celebrar. Recordemos que la seguridad jurídica constituye un principio que tiene como base la denominada «certeza del derecho», otorgando a las personas naturales o jurídicas la seguridad de que se conoce o se puede llegar a conocer aquello que la ley prohíbe, permite y manda, respecto de ellas mismas frente a terceros y viceversa. Por tanto, los formularios cumplirían también con el fin de otorgar seguridad jurídica a este tipo de negocios, a lo que se aúna el hecho de la intervención del notario, quien dará fe de los actos que se están celebrando.

Además, los citados formularios cumplen otro rol de vital importancia, pues el numeral 4.3 de la ley, establece que los mismos tienen mérito de ejecución, siempre que estén suscritos ante un notario, debidamente habilitado, o en su defecto ante un Juez de Paz Letrado, de acuerdo a la normatividad vigente. Así, al ser éstos títulos ejecutivos, servirán para que, en caso exista un conflicto de interés, las partes ya no tengan que iniciar ni lidiar con un largo proceso judicial de conocimiento, sino que más bien deberán acudir al órgano jurisdiccional para que, a través de un proceso de ejecución basado en la naturaleza que la ley le ha otorgado al formulario, soliciten lo que consideren conveniente ejecutar.

Asimismo, estos formularios resultan de vital importancia a efectos de dar publicidad sobre las personas que no cumplan con las obligaciones que han asumido.

En efecto, el numeral 4.5 de la ley establece que los formularios deben contener el asentimiento expreso e irrevocable del arrendatario a favor del arrendador, para dar a conocer la puntualidad o morosidad en el pago de las rentas de arrendamiento, cuotas periódicas, y conceptos complementarios del inmueble arrendado, proporcionando dicha información al Registro a que se refiere el artículo 5 de ley y a cualquier otro registro de historiales crediticios que lo solicite.

Esto implica que, en los hechos, todo arrendador que haya celebrado un contrato con una persona que no cumple con sus obligaciones, tendrá el derecho de publicar ese hecho en el Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda (en adelante, el RAV) creado por la misma ley, y en cualquier otra central de riesgo, de tal manera que la información en el sentido de que determinada persona es un mal pagador se haga pública y se prevenga a la población de no contratar con ella.

Finalmente, cabe anotar que la ley no establece alguna sanción por el no uso de estos formularios, de tal manera que no nos encontramos

ante una forma solemne. Lo que la ley sí establece es que dichos formularios deberán llenarse a efectos de acceder a los beneficios que la propia ley establece, los mismos que son de carácter tributario y procesal (cuando se esté ante un desalojo, por ejemplo).

Como se puede apreciar, todas estas bondades, sin duda, permitirán que las inversiones en este campo puedan incrementarse, pero al mismo tiempo constituyen una importante herramienta para la población, ya que al tener información respecto a las características de la persona con que se quiera contratar, se estará permitiendo prever futuros fraudes.

3. El formulario que se suscriba con todas las formalidades será inscrito en el Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda: ¿consideraría que dicha inscripción es relevante? (no es suficiente con el Registro de Deudores Judiciales Morosos), ¿cuál es la finalidad de inscribir los contratos de arrendamiento? (vivienda, con opción de compra y de *leasing*).

La finalidad de inscribir los contratos de arrendamiento es justamente otorgar a los operadores mayor seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, considero un acierto la creación del RAV, toda vez que, de acuerdo al numeral 5.2 de la ley, «el acceso a la información del RAV es de carácter público, pudiendo ésta ser utilizada para evaluar la capacidad financiera de los arrendatarios por parte de las empresas del sistema financiero y para evaluar el otorgamiento de beneficios en programas de vivienda a cargo del Estado».

La finalidad de este «nuevo registro» es otorgar la posibilidad de verificar previamente la buena conducta en la ejecución contractual de los potenciales arrendadores o arrendatarios.

Por otro lado, cabe señalar que, hasta donde tengo conocimiento, el Registro de Deudores Judiciales Morosos no ha podido cumplir con los fines para los cuales fue creado, y es que se trata de un registro general, en donde no existen incentivos para que las partes perjudicadas inicien los trámites correspondientes a efectos de que las personas que les deben algo puedan figurar allí.

Creo que en el caso del RAV los incentivos sí existen, pues no sólo se trata de personas naturales las que podrán acceder a dicha información, sino también personas jurídicas, quienes son las directas interesadas en evaluar la conducta y capacidad financiera de las personas con las que a futuro podrían contratar.

Sin duda, la finalidad de inscribir los contratos de arrendamiento importa también la creación de una sana cultura de buenas prácticas contractuales. Somos testigos de que los casos de fraude e inquilinos morosos no son pocos, razón por la cual se hace necesario que, a través de normas, el Estado motive a los ciudadanos para que tengan las herramientas idóneas y puedan contratar bien y, al mismo tiempo, luego de celebrado el contrato, se puedan cumplir con todas las prestaciones y obligaciones a las que las partes se han sometido (principalmente, aquélla referida al pago de la renta).

4. ¿Considera que esta nueva regulación beneficia más a las inmobiliarias que a los arrendadores privados?

El artículo 16 de la ley establece un régimen tributario especial para las personas jurídicas que se dediquen a las actividades de construcción, de arrendamiento financiero o inmobiliaria, al disponer que gozarán por un plazo tres años, contado a partir de la entrada en vigencia de la norma, de la exoneración del Impuesto General a las Ventas por los servicios de arrendamiento de inmuebles destinados exclusivamente a

vivienda que presten a favor de personas naturales en virtud de contratos celebrados en el marco de la ley.

En ese sentido, sí se puede observar un claro beneficio para estas personas jurídicas.

Por otro lado, debe ponerse de manifiesto el hecho de que la modalidad de *leasing* inmobiliario podría implicar un menor riesgo crediticio para el banco.

Recordemos que bajo la modalidad del *leasing* inmobiliario, el contrato de arrendamiento es uno con opción de compra del inmueble y en él participan el arrendatario (futuro propietario del inmueble si ejerce la opción de compra) y el arrendador, que es una entidad bancaria.

De esta forma, se tiene que si estamos ante un *leasing* inmobiliario, la entidad bancaria mantendría la propiedad del inmueble, pues sólo estaría otorgando en arrendamiento (no en propiedad) el bien al arrendatario. En ese sentido, si dicho arrendatario no cumple con sus obligaciones, el banco podría retomar la posesión del bien y solicitar el desalojo del inmueble. Ello resulta más beneficioso si se le compara con lo que sucede hoy en día, pues si estamos ante un crédito hipotecario, se tiene que el deudor del banco sí es propietario del inmueble y si éste incumple con sus obligaciones de pago, la entidad financiera tendrá que iniciar todo un proceso judicial de ejecución de la hipoteca constituida, cuya duración y costos —como todos sabemos— importan recursos no sólo dinerarios, sino de capital humano.

Sin perjuicio de lo señalado, no creo que la ley, pese al evidente beneficio que otorga a las inmobiliarias, establezca desventajas para los arrendadores. De hecho, la posibilidad de que dichas personas puedan ingresar información al RAV constituye, de por sí, una gran ayuda que dará publicidad gratuita y de acceso público sobre los malos pagadores.

De la misma forma, no debe perderse de vista el hecho de que la ley prevé un mecanismo especial para el desalojo de los arrendatarios que no cumplan con sus obligaciones.

Empero, no debe dejarse de lado el objetivo mismo de la ley y es que a través de ella se busca que personas que por motivos económicos no puedan adquirir un inmueble (debido, principalmente, al monto que implica pagar la cuota inicial), ahora puedan hacerlo a través de los mecanismos que la propia norma establece.

Si se tiene en cuenta este hecho, los mecanismos ideados por la ley resultan de mucha ayuda, y es que aquí no se estaría causando un perjuicio ni mucho menos un beneficio menor a los arrendatarios (futuros propietarios del inmueble), sino más bien se les otorgaría un marco legal que se ajusta a sus circunstancias económicas y personales. En ese sentido, creo que la ley también beneficiará a estas personas naturales.

5. Una de las peculiaridades reguladas en este decreto es establecer una cuenta de abono, como forma de pago, y detalla expresamente los conceptos que deben pagarse de conformidad con lo acordado en el contrato. ¿Considera que la sola presentación de este *voucher* constituiría el recibo de pago de la renta?

El artículo 7 de la ley, regula el tema de la cuenta de abono. Así, se establece que el arrendador debe indicar la cuenta de abono (número, tipo y moneda de la cuenta), en una empresa del sistema financiero autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - SBS, en la que el arrendatario debe abonar, al inicio del contrato, el importe que haya acordado con el arrendador en calidad de garantía por los eventuales daños al inmueble; y, mensualmente, la renta o cuota convenida y una serie de conceptos complementarios, según lo acuerden el arrendador y el arrendatario en el respectivo contrato (como, por ejemplo, la cuota mensual ordinaria de mantenimiento, la cuota mensual asignada al in-

mueble por servicio de agua, la cuota mensual del seguro por riesgo de pérdida, entre otros).

En ese sentido, según la ley, el monto total que el arrendatario, a través de un único pago, abonará mensualmente en la cuenta del arrendador, comprende el pago de la renta o cuota convenida y de los conceptos complementarios conforme lo hayan pactado las partes.

Teniendo en cuenta lo señalado, y considerando los principios y preceptos que posee nuestro Código Civil en lo relativo al pago (Libro vi del citado cuerpo normativo), estimo que la presentación del *voucher* de abono a esta cuenta constituye el recibo de pago de la renta, pues se trata del comprobante de pago realizado en la cuenta convenida por las partes para esos fines. De esta forma, el *voucher* del abono representa la prueba del cumplimiento de la prestación objeto de la obligación de pago de la mensualidad ordinaria y demás conceptos pactados por las partes en el contrato suscrito en el formulario correspondiente.

Recordemos que uno de los principios que regula la figura del pago, es que éste se reputa válido siempre y cuando se realice en la forma y lugar en que fue acordado por las partes. Así, al haberse establecido en detalle la manera en que el pago se considera efectuado, el *voucher* que el arrendatario posea de dicho pago, implicará nada más un medio de prueba que, ante el requerimiento de su contraparte, podrá exhibir para demostrar que ha pagado bien.

Cabe anotar que la ley prevé que en el supuesto de que se cierre la cuenta de abono, el arrendador debe comunicar al arrendatario, mediante carta notarial, la información de la nueva cuenta de abono, con una anticipación no menor de tres días calendario al vencimiento de la siguiente renta mensual. En caso el arrendador no cumpla con comunicar el cambio de cuenta en el plazo indicado, el arrendatario puede consignar extrajudicialmente la renta pactada en el Banco de la Nación. Si la notificación de la referida carta notarial comunicando la nueva cuen-

ta, se produce fuera del plazo antes indicado, impidiendo al arrendatario realizar el abono respectivo en la fecha acordada en el contrato de arrendamiento, no podrá considerarse como incumplimiento de pago.

6. ¿Las causales de terminación de los contratos de arrendamiento son de aplicación distinta a las que regula el Código Civil? ¿Se derogó implícitamente las disposiciones sobre arrendamiento del Código Civil?

En principio, cabe anotar que la ley establece un régimen especial que deberá aplicarse, en caso así lo acuerden las partes, a los contratos que regula dicho cuerpo normativo. Es decir, estamos ante una regulación especial y específica de determinados supuestos.

En ese sentido, al no existir en dicha ley una derogación tácita ni mucho menos expresa de las normas que regulan la figura del arrendamiento en nuestro Código Civil, no podría pensarse que éstas ya no tienen efectos.

Dentro de tal orden de ideas, las normas sobre conclusión del arrendamiento que contiene la ley, son de aplicación únicamente a los contratos que la misma ley regula, mientras que las normas contenidas en el Código Civil constituyen las reglas generales que deben aplicarse a todos los contratos de arrendamiento.

Por último, no debe perderse de vista el artículo 1712 del Código Civil, ya que el mismo estipula que «Los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales se rigen supletoriamente por las normas de este título». En ese sentido, a la ley que nos encontramos analizando, le serán de aplicación, cuando ello resulte posible, las normas que nuestro Código Civil posee sobre arrendamiento.

7. Dentro de las causales de terminación del contrato, se señala que ante el incumplimiento de dos cuotas consecutivas procedería el desalojo. ¿Considera razonable el período de incumplimiento para que amerite el desalojo? ¿Se derogaría implícitamente el numeral 1 del artículo 1697 del Código Civil?

Debe tenerse en cuenta que el numeral 14.2. de la ley establece, en su literal c), que «El desalojo procede por terminación del contrato, por cualquiera de las siguientes causales: […] c. Incumplimiento de pago de la renta convenida o cuota periódica pactada por dos meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono».

A su turno, el Código Civil establece en el artículo 1697, inciso 1, que el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.

Teniendo esto en cuenta, cabe anotar que yo hubiera preferido, a efectos de que haya armonía y uniformidad en las sanciones que la ley establece para situaciones jurídicas similares (por no decir iguales, pues nos encontramos ante una falta de pago de cuotas), que el plazo que la ley estipule para que proceda el desalojo sea el mismo que establece nuestro Código Civil.

Sin perjuicio de ello, considero que el no pago de dos meses resulta razonable a efectos de que sirva como supuesto de hecho para que proceda el desalojo.

> Por otra parte, creo —como ya lo manifesté— que la ley bajo análisis, al ser una norma que crea un régimen especial de arrendamiento, no afecta en modo alguno los preceptos generales que sobre este contrato posee nuestro

Código Civil, los mismos que son, además, los que deben aplicarse a cualquier contrato de arrendamiento que no se enmarque, por propia voluntad de las partes, en el régimen creado por la nueva ley.

8. ¿El incumplimiento de pago de los otros conceptos consignados que deben ser abonados debió ser incorporado como pagos necesarios y no una causal de desalojo? ¿Por qué distinguir entre las consecuencias del incumplimiento de dos y seis cuotas de los conceptos de renta y de otras cuotas?

El numeral 14.2 de la ley señala que el desalojo procede por terminación del contrato, por cualquiera de las siguientes causales: «d. Incumplimiento de pago de los conceptos complementarios señalados en el numeral 7.1 del artículo 7 del presente Decreto Legislativo, por seis meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono o la liquidación del saldo deudor emitida por la empresa respectiva».

Por su parte, el numeral 7.1. de la ley dispone que constituyen conceptos complementarios la cuota mensual ordinaria de mantenimiento, la cuota mensual por servicio de agua, la cuota mensual del seguro por riesgo de pérdida y otros conceptos definidos en el contrato correspondiente.

Teniendo esto en cuenta, considero que, al tratarse de un régimen especial y dadas las particularidades que el mismo ostenta, el incumplimiento del pago de estos conceptos sí amerita que dé origen a una causal de desalojo, toda vez que el no pago de dichos conceptos genera, al igual que el incumplimiento del pago de la renta, un perjuicio para la otra parte del contrato (léase, arrendador). Mi premisa es ésa.

Sin embargo, no encuentro fundamento (y la ley no lo dice) para que varíen los plazos en el caso de este tipo de incumplimiento, ya que

para el caso del no pago de la renta se está a dos meses y para el caso del no pago de los otros conceptos se está a seis meses.

Con lo señalado no quiero que se me malinterprete, pues resulta lógico que se imponga una sanción más grave para el caso del no pago de la renta, pero me queda la sensación de que seis meses (dadas las particularidades de esos otros pagos) resulta un plazo cuestionable. En todo caso, creo que lo idóneo hubiera sido que el plazo para que opere la causal de desalojo cuando estemos ante el incumplimiento de estos otros pagos, debió ser no de seis, sino más bien de cuatro meses.

Lima, agosto del 2015

Un año sin Felipe*

Este domingo 30 se cumple un año del fallecimiento de don Felipe Osterling Parodi, a quien —para aquéllos que lo conocimos en las diversas facetas de su vida—extrañamos y mucho.

En el Foro, se recuerda al gran abogado, al consultor de respuesta certera, al Decano que dio brillo a la Orden.

En la vida pública, se extraña al político honesto, al ministro ejecutivo y lleno de iniciativas, al senador firme y de sólidos principios democráticos.

En la Universidad, se extraña al profesor sapiente, quien enseñaba por amor a la docencia y gratitud a la casa de estudios por la que siempre dio todo sin esperar nada a cambio.

En la academia, se extraña a quien escribió incansablemente, para dejar testimonio de su vida y de sus conocimientos, como lo hizo en su muy recordado libro En Justicia, donde relató sus experiencias como restaurador del Ministerio de Justicia; o en *Páginas del Viejo Armario*, oportunas memorias, de ineludible lectura; o en *Las Obligaciones*, exposición de motivos del libro del mismo nombre del Código Civil de 1984; o en su *Tratado de Derecho de las Obligaciones* y en el *Compendio* de la misma materia, obras cuya autoría tuve el honor de compartir.

---

* Artículo publicado en el diario «El Comercio», página A-20, con fecha 24 de agosto de 2015.

En la vida, extrañamos al amigo, al consejero prudente, al alma de las reuniones y a quien siempre tenía algo interesante para contarnos.

Pero, sobre todo, los peruanos que creemos en el sistema democrático extrañamos a alguien que siempre aportó a la defensa de las libertades públicas, la prensa libre, la libre empresa y todos aquellos principios y valores que sustentan la democracia representativa, siempre militando en un mismo partido político.

Se extraña al exalumno de la Universidad Católica que ocupó —con brillantez— más cargos públicos en su historia. Por si las dudas, recordemos que fue Decano de la Facultad, Ministro de Justicia, Senador de la República en dos períodos, último Presidente del Senado, Decano del Colegio de Abogados de Lima, y presidente de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1984.

Felipe constituyó siempre una garantía para los sectores democráticos del Perú, pues en ninguna de las etapas de su vida comulgó con opciones totalitarias.

Es curioso que a lo largo de este año no se hayan producido muchos homenajes recordando la memoria de Felipe Osterling, pero escribiendo estas líneas entendí cuál era la razón; y es que su trayectoria de vida estuvo ajena a los caminos sinuosos por los que transita gran parte de la clase política nacional y de aquéllos que diciéndose demócratas por conveniencia, conservan intactos una hoz y un martillo en sus corazones.

En el fondo, debemos alegrarnos de que diversos sectores del *establishment* político y académico no deseen recordar al político y demócrata triunfante, a quien cuando tuvieron que enfrentar, siempre obtuvo la victoria en el ineludible escenario de las urnas.

Es claro entonces, que a Osterling Parodi lo recordamos todos: quienes valoramos y admiramos su trayectoria personal, política, pro-

fesional y académica; y quienes lo recuerdan con envidia por haberlos vencido siempre con las ideas, con las palabras, con la inteligencia, con el derecho y, por si fuera poco, en olor de multitudes.

Lima, agosto del 2015

Discurso de bienvenida al x Congreso Iberoamericano de Derecho Privado*

Señor doctor Oswaldo Hundskopf Exebio,
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima,
Señor doctor Carlos Humberto Montoya Ortega,
Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado,
Señores miembros de la Asociación,
Señores profesores,
Estimados colegas y amigos,

Para mí es muy grato pronunciar estas palabras referidas al x Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Resulta muy común en nuestros días ver la publicidad de determinados Congresos de Derecho que son fruto de muy buenas iniciativas académicas, pero que, lamentablemente, no están enmarcados dentro de una continuidad en el tiempo.

La Asociación Iberoamericana de Derecho Privado agrupa a un conjunto de profesores, académicos y hombres de derecho de diversos países de Iberoamérica, quienes desde hace ya varios años, realizamos una intensa actividad, lo que ha determinado que nuestra asociación haya venido organizando diversos Congresos, varios de los cuales se han desarrollado en Colombia y Argentina, siendo éste el segundo que se convoca en el Perú.

---

* Discurso pronunciado en el Aula Magna «B» de la Universidad de Lima, el miércoles 10 de diciembre de 2015.

El primero se realizó en las aulas de la Pontificia Universidad Católica.

Estas breves palabras quiero que sirvan para agradecer, en primer lugar, la acogida brindada por la Universidad de Lima, prestigiosa Casa de Estudios, representada por el Decano de su Facultad de Derecho, doctor Oswaldo Hundskopf Exebio, quien en su calidad de destacado profesor universitario y referente del derecho comercial peruano, nos ha brindado todas las facilidades para desarrollar este Congreso en la Universidad.

Además, debo agradecer y felicitar al Presidente de la Asociación, nuestro querido amigo Carlos Humberto Montoya Ortega, por haber tomado con entusiasmo la propuesta de realizar este Congreso en la ciudad de Lima.

La presencia de Carlos Humberto y el auspicio académico de la Universidad de Colombia, son siempre fundamentales para el curso de las actuaciones de nuestra querida Asociación.

También quiero referirme al entusiasmo de los directivos de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, con respecto a la realización de este evento, y el manifiesto interés de los abogados, profesores y estudiantes que fueron invitados a participar en este Congreso.

Mi agradecimiento también a la doctora Delia Revoredo Marsano, miembro de la Comisión Consultiva de la Universidad de Lima, quien ha contribuido de manera muy entusiasta y decidida a la visita de los prestigiosos profesores que hoy nos acompañan.

Quiero también agradecer a la editorial Thomson Reuters, especialmente en la persona de su gerente legal, la doctora Xaviera Pérez, por haber financiado parte importante de los costos de este Congreso, el mismo que se realizará en paralelo con la presentación de la obra titula-

da *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, cuya compiladora es la doctora Revoredo, y en la cual han escrito buena parte de quienes elaboraron el Código Civil peruano de 1984, y un importante número de profesores jóvenes que han contribuido a la puesta al día de tan importante obra.

No quiero concluir estas palabras sin agradecer a las personas de mi Estudio que hicieron posible, con su trabajo silencioso y abnegado, la realización de este Congreso.

Me refiero a las señoras Mónica Benavides Segura, Katya Rosales Báscones y Gabriela Bailly Badiola.

Quiero concluir señalando que los eventos académicos que tendrán lugar durante estos tres días, se enmarcan en la conmemoración del trigésimo primer aniversario del Código Civil peruano y constituyen una reafirmación —desde la doctrina civilista— de la importancia de dicho cuerpo normativo, a la par que nos permitirá explorar todas las nuevas tendencias de la doctrina y la codificación contemporáneas, a efectos de enriquecer los alcances interpretativos de nuestro cuerpo legal y así poder recrear la proyección y vigencia de sus normas desde nuevas perspectivas.

Muchas gracias a todos ustedes.

Lima, diciembre del 2015

Discurso de presentación de la segunda edición de la obra *Código Civil.* *Exposición de Motivos y Comentarios*, compilada por la doctora Delia Revoredo Marsano (jueves 10 de diciembre de 2015)

Señor Presidente y señores Miembros del Tribunal Constitucional,
Señores Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República,
Señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima,
Distinguidas autoridades,
Señores Miembros de las Comisiones que elaboraron el Código Civil de 1984,
Querida Delia;
Queridos profesores Carlos Fernández Sessarego; Eduardo Vidal Ramírez y Jorge Avendaño Valdez
Señores coautores de la obra,
Señores directivos de Thomson Reuters Latinoamérica y Thomson Reuters Perú,
Señor presidente y señores miembros de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado,
Estimados colegas,
Señoras y señores,

En el mes de mayo del 2014, mi gran amigo y maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, me convocó a su casa para conversar.

Felipe estaba muy disminuido físicamente, pero mantenía la lucidez que siempre lo caracterizó.

Me contó que la doctora Revoredo se había puesto en contacto con él para convocarlo a integrar el Comité Editor de la segunda edición de la obra *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, que pretendía contuviera la actualización de los comentarios al Código Civil referidos a las modificaciones producidas en este cuerpo normativo en sus treinta años de vigencia.

A Felipe le entusiasmó mucho la idea y aceptó de inmediato ser parte de ese Comité, pero él sabía que las fuerzas no lo acompañaban para coadyuvar a tamaña tarea.

Así Felipe, esa mañana me pidió conversar con la doctora Revoredo y ayudarla a lograr este empeño. Felipe Osterling falleció tres meses después de esa conversación.

Debo confesar que mi contacto en la vida con la doctora Revoredo había sido muy escaso. Ella no fue mi profesora, pues en esos años estuvo alejada de la docencia, y tampoco habíamos coincidido en actividades académicas.

Sin embargo, tuve oportunidad de tratar con ella en virtud de una defensa profesional que asumí años atrás.

Cuando Delia me explicó en detalle la idea, acepté participar en el proyecto, sintiéndome muy honrado de que se me convocara para integrar el Comité Editor junto a los profesores Osterling y Vidal.

Actualizar la exposición de motivos y comentarios del Código Civil era un reto mayúsculo, pues imponía el tener que buscar a quienes participaron en la primera edición de la obra de 1985, para que comentaran los artículos del Código que habían sido modificados, derogados o que habían sufrido alguna adición.

En el caso de quienes estaban con vida, ello no representaba mayor problema, pues en su gran mayoría estuvieron dispuestos a emprender esta tarea.

El problema radicaba en aquellos casos en que los autores ya habían fallecido, supuesto en el cual había que encargar los comentarios a otros catedráticos.

En ese sentido, con Delia tuvimos el cuidado de convocar a académicos muy representativos del medio en esas áreas, cuya colaboración resultó en extremo valiosa, como podrá ser apreciado por los futuros lectores de esta obra.

Las dificultades que tuvimos que afrontar para la edición de los libros que hoy presentamos fueron mayúsculas.

Más allá de la diversidad de autores, nos enfrentábamos al problema de que los textos de 1985, no se encontraban en archivo digital, razón por la cual ellos debieron ser mecanografiados de nuevo, a la vez que resultaba indispensable cotejar cada palabra y signo de puntuación transcritos, para que guardaran fidelidad con la obra original.

Como ustedes comprenderán, esta sola situación representaba un esfuerzo inconmensurable, pues estamos hablando de una obra que en su primera edición tuvo 4,540 páginas.

Una segunda dificultad consistió en poder contar con todos los comentarios de los nuevos autores, a quienes se les tuvo que indicar pautas formales a seguir, para que la obra guardara coherencia interna; pero independientemente de ello, el proceso de corrección y edición de los textos, acarreó muchos inconvenientes, pues conforme avanzábamos, advertíamos que había muchos más detalles por uniformizar.

A ello debemos agregar el inusual y voluminoso proceso de corrección de las diversas pruebas de imprenta, pues no se trataba de un libro de trescientas o cuatrocientas páginas escrito por un solo autor, ya que esta segunda edición es, nada menos, que una obra de seis volúmenes, con un total de 5,308 páginas, escrita por decenas de autores.

En ese sentido, debo señalar que en mi Estudio procedimos a hacer muchas de esas correcciones y, para tal efecto, obviamente, conté con un grupo de personas que trabajó de manera incansable en este proyecto durante los últimos doce meses, equipo conformado por las señoras Mónica Benavides Segura, Katya Rosales Báscones y Rosana Rosales Báscones.

A ellas se sumó la dedicada labor del equipo de Thomson Reuters, encabezado por su gerente legal, la doctora Xaviera Pérez y por quien ha dirigido el proceso de edición de la obra, el señor Christian Ávalos.

Asimismo, nuestro agradecimiento al equipo que trabajó al lado de la doctora Delia Revoredo Marsano, compuesto por la señora Roxana Molina, y las señoritas María Rosa Vásquez y Andrea Neira.

También contamos, para la labor de corrección de estilo, con la valiosa colaboración del señor Álex Ortiz Alcántara y de la señorita Sheila Salazar.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud a los miembros de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, prestigiosa institución que reúne a ilustres profesores de Iberoamérica, especialistas en derecho civil, doce de cuyos integrantes han venido a Lima para participar en el x Congreso de la Asociación, y para asistir a la presentación de esta obra.

Por otra parte, quiero referirme a la importancia que reviste la obra que esta noche presentamos.

Recuerdo que cuando comenzaba mis estudios de derecho, en el año 1984, nos encontrábamos en una etapa de transición y deslumbramiento del derecho civil.

De transición, en la medida de que el 24 de julio se había promulgado el nuevo Código, el mismo que entraría en vigencia el 14 de noviembre de ese año.

Eso obligaba a que los profesores de derecho civil, durante varios semestres académicos, dictaran sus cursos comparando el contenido del Código de 1936 con el de 1984.

Esto representó algo muy positivo para mi generación, en la medida de que pudimos apreciar —de manera muy cercana— cuáles eran las innovaciones que el nuevo cuerpo normativo había aportado a la legislación peruana.

Pero no sólo eso, pues la mayoría de quienes nos enseñaban derecho en la Universidad Católica, habían elaborado el Código Civil de 1984. En otras palabras, los autores del nuevo Código nos explicaban los detalles de la transición de un Código a otro.

Esta etapa, además, generó un deslumbramiento en muchos de nosotros por el derecho civil, dado que éramos la generación que se nutría de esos avances legislativos, por boca de sus propios autores.

Cómo olvidar las magníficas clases que recibíamos en derecho de familia, de Héctor Cornejo Chávez; en acto jurídico, de Fernando Vidal Ramírez; en derechos reales, de Jorge Avendaño Valdez; en derecho de obligaciones, de Felipe Osterling Parodi y de Carlos Cárdenas Quirós; en garantías reales, de Jorge Vega Velasco; en derecho de contratos parte general, de Manuel de la Puente y Lavalle y Jorge Muñiz Ziches; en contratos típicos, de Jack Bigio Chrem; en derecho de sucesiones, de César Fernández Arce; en filosofía del derecho, de Fernando de Trazegnies

Granda; al igual que de muchos otros profesores que, si bien no habían participado en la elaboración del Código, siguieron muy de cerca su proceso formativo.

Como es obvio, toda la doctrina nacional en materia civil se centraba en el Código de 1936, dado que el nuevo Código recién entraba en vigencia.

Sin embargo, hubo dos ideas precursoras e importantísimas que contribuyeron de manera notable a la difusión del Código de 1984 y de sus contenidos.

La primera correspondió a Fernando de Trazegnies, quien el mismo año en que apareció el Código, concibió la «Biblioteca Para leer el Código Civil», del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que presidía el propio De Trazegnies. Esta colección durante más de dos décadas publicó alrededor de una veintena de títulos y muchísimos más volúmenes acerca de los diversos libros del Código de 1984.

Se puede decir que esta *Biblioteca*, que fue apareciendo año a año, constituyó el buque insignia de la doctrina civilista nacional.

La otra idea precursora para la difusión de la doctrina del Código de 1984, corresponde a la doctora Delia Revoredo Marsano, cuando compila y llega a publicar en 1985, la primera edición de *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, obra que tuvo muchas virtudes.

La primera, consistió en haber compilado todos los antecedentes de cada uno de los artículos del Código de 1984, remontándose hasta el Código de 1936, anotando cada una de las normas del proceso de formación del Código, fruto de los diversos anteproyectos, proyectos y ponencias elaborados durante este largo proceso, comprendido entre los años 1965 y 1984, tanto en la Comisión Reformadora, como en la Comisión Revisora.

Pero, además, esta obra contiene la exposición de motivos y comentarios de quienes redactaron o contribuyeron a redactar los diversos libros del Código.

Ese esfuerzo debe haber sido muy importante, pues la primera edición se publicó a los pocos meses de entrado en vigencia el Código Civil; ello, aunado a los escasos desarrollos que en materia informática y editorial existían en el Perú de ese tiempo.

La primera edición de la obra, además, representó una valiosa fuente de estudio del Código de 1984, por la que obligatoriamente transitó toda mi generación.

Ello, dado que los codificadores y, en general, los profesores de derecho civil, recién comenzaban a comentar el nuevo Código, por lo que sólo paulatinamente empiezan a aparecer las obras individuales escritas sobre el Código de 1984, varias de las cuales, precisamente, se basan en lo publicado en la obra compilada por la doctora Revoredo.

En lo personal, la primera edición me fue de mucha utilidad, por el contenido de sus doctrinas, que constituyen primera y valiosa aproximación a este cuerpo legal.

Pero también me fue de utilidad porque los antecedentes legislativos contenidos en los volúmenes I y II me sirvieron de valioso elemento de trabajo para mis investigaciones sobre derecho de obligaciones y contratos, para luego extender el alcance histórico de tales fuentes hasta los inicios de la República y la Colonia.

No debemos olvidar que la primera edición también contenía el volumen III, que era el texto del Código Civil de 1984 en su versión original y que ahora publicamos en versión oficial trabajada y coordinada estrechamente con el Ministerio de Justicia, institución a la que agradecemos este noble esfuerzo.

Esta obra reproduce los volúmenes I y II con los antecedentes legislativos del Código, anotando, sin embargo, cuando alguna de dichas normas ha sufrido alteraciones en estos 31 años de vigencia, a cuyo efecto remitimos al lector al contenido del Código Civil actualizado, que se encuentra, al igual que en la edición de 1985 —y como ya he señalado—, en el volumen III de la obra.

Debo destacar que otro de los elementos que dificultó esta segunda edición fue la inevitable aparición de normas legales que, a lo largo de los últimos dos años, han modificado diversos preceptos del Código Civil.

En ese sentido, hicimos un gran esfuerzo para que la obra que hoy se presenta, esté actualizada al día de hoy. Puedo decir, con toda satisfacción, que tanto el texto del volumen III del Código Civil, como los volúmenes IV, V y VI de exposición de motivos y comentarios, contienen todas las modificaciones introducidas al Código Civil hasta el día de hoy, jueves 10 de diciembre de 2015.

Quiero también referirme al valiosísimo trabajo desplegado en esta obra por los diversos coautores que se incorporaron al proyecto, comentando las modificaciones producidas en estos 31 años de vigencia del Código Civil.

Como se recuerda, la exposición de motivos del Título Preliminar del Código Civil estuvo a cargo del maestro don José León Barandiarán, sin duda, la figura más notable de la doctrina civil peruana del Código de 1936, respetado maestro de muchas generaciones y apreciadísimo y muy querido profesor universitario.

A mí me correspondió el honor de actualizar las modificaciones de esta parte introductoria del Código.

En derecho de personas contamos con la valiosísima participación del profesor Enrique Varsi Rospigliosi, muy apreciado profesor de la Universidad de Lima, brillante tratadista y muy querido amigo de quien les habla.

Los sólidos comentarios de Enrique acompañan la versión original del maestro don Carlos Fernández Sessarego, cuyas doctrinas sobre Derecho de Personas, han sido destacadas en América y Europa, convirtiéndolo en el profesor peruano más conocido y apreciado por sus obras, en el extranjero.

En derecho de familia la obra original contaba con los comentarios al Anteproyecto del Libro respectivo, elaborado por el maestro don Héctor Cornejo Chávez.

Cornejo tenía precisión matemática y brillante oratoria. Su razonamiento era impecable, al igual que el rigor en la exigencia y calificación de sus alumnos.

Las palabras del profesor Cornejo Chávez, fueron complementadas por los comentarios efectuados por su hija, la doctora María Teresa Cornejo Fava, destacadísima profesora de derecho de familia, a quien tuve el gusto de conocer y apreciar en mis primeros años de enseñanza universitaria, cuando era profesor en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Allí también trabé amistad, a inicios de los años noventa, con quien —al igual que María Teresa Cornejo— también ha participado comentando las modificaciones producidas al Libro de Derecho de Familia. Me refiero al profesor Álex Plácido Vilcachagua, permanente estudioso de esta materia, valioso profesor, que ha publicado varias obras que permanentemente ilustran a la comunidad jurídica sobre los avances de la doctrina y de la jurisprudencia en esta importante especialidad.

Como todos recordaremos, la exposición de motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales en la primera edición, estuvo a cargo de la doctora Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, destacadísima maestra universitaria, en cuyo *Código Civil sumillado* inicié mis estudios de Introducción al Derecho, cuando aún estaba cursando Letras en la Universidad Católica; y cuya prematura muerte privó al medio jurídico nacional de sus aportes y enseñanzas.

Las modificaciones introducidas al Libro de Derechos Reales han sido comentadas por don Jorge Avendaño Valdez, ilustre maestro universitario, ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y del Colegio de Abogados de Lima.

Fui alumno de Jorge Avendaño y sus clases eran de lo más entretenidas, haciendo que todos nosotros nos fuésemos entusiasmando cada mañana por convertirnos en civilistas.

Los conceptos que aprendimos en las clases del profesor Avendaño han sido imposibles de olvidar.

En materia de Acto Jurídico, la exposición de motivos estuvo a cargo del muy prestigioso profesor y notable jurista Fernando Vidal Ramírez, quien también se encargó de actualizar esta parte de la obra.

En lo que respecta al libro de Derecho de Sucesiones, la exposición de motivos estuvo a cargo del maestro Rómulo E. Lanatta Guilhem, y la actualización a cargo del profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, ilustre colega y notable catedrático, quien ha escrito valiosísimas obras en acto jurídico, sucesiones y arbitraje, cuando esta materia aún formaba parte del Código Civil.

En sede de Derecho de Obligaciones, como sabemos, la exposición de motivos original fue elaborada por mi querido maestro y amigo, el

doctor Felipe Osterling Parodi, con la colaboración del profesor Carlos Cárdenas Quirós.

Tuve el gran honor de ser alumno de ambos, quienes se dividieron el curso, de tal manera que pudimos apreciar sus distintos estilos de dictado, los mismos que marcaron a mi generación en el estudio del derecho de las obligaciones.

La actualización de los artículos de este Libro, corresponde a Felipe y a quien habla, habiendo sido extraídos tales comentarios de la segunda edición de nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, que presentáramos en este mismo hotel hace exactamente año y medio, el 10 de junio de 2014. Para mí constituye un gran honor compartir los comentarios al Libro de Obligaciones, junto a quienes hace treinta años fueron mis maestros del curso.

Ya en lo relativo a Fuentes de las Obligaciones, diremos que respecto a Contratos Parte General, los comentarios en 1985 estuvieron a cargo del maestro Manuel de la Puente y Lavalle, y ahora han sido actualizados por Carlos Cárdenas Quirós, quien tuvo el acierto de seleccionar para tal efecto las palabras que el propio profesor De la Puente había escrito en la última edición de su obra *El Contrato en general.*

Los contratos típicos, que en la edición original de la obra habían sido comentados por el profesor Max Arias-Schreiber Pezet, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós y Ángela Arias-Schreiber Montero, también han sido actualizados por Carlos Cárdenas.

La excepción, en estos casos, está constituida por los contratos que originalmente comentaron Fernando Vidal Ramírez y Jorge Muñiz Ziches (permuta y arrendamiento, respectivamente), los mismos que no han sufrido modificaciones expresas en sus textos originales.

Enriquecimiento sin causa estuvo a cargo de Delia Revoredo. Gestión de negocios fue comentado por Cárdenas Quirós y Promesa unilateral por Manuel de la Puente. En los tres casos se han mantenido los textos originales de la Exposición de Motivos de 1985.

El Libro de Prescripción y Caducidad, fue comentado originalmente por don Fernando Vidal Ramírez, ilustre catedrático de Derecho Civil y ex Decano del Colegio de Abogados de Lima, quien también se ha encargado de actualizarlo.

El Libro de Registros Públicos, hace treinta años fue comentado por el doctor Jorge Orihuela Iberico, con la colaboración de los doctores Manuel Reátegui Tomatis y Nelly Calderón Navarro. La actualización corresponde al profesor Jorge Ortiz Pasco, connotado abogado en ejercicio, catedrático de derecho registral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y muy apreciado amigo.

El Libro de Derecho Internacional Privado fue comentado originalmente por la doctora Delia Revoredo Marsano, quien también se encargó de actualizar la materia en la obra que hoy presentamos.

La exposición de motivos del Título Final del Código Civil, fue elaborada por el doctor Rómulo E. Lanatta Guilhem. Dado el carácter transicional de las normas contenidas en el referido título, no fue necesario proceso de actualización alguno.

Para concluir, debo señalar que esta obra constituye un elemento importantísimo de afirmación del derecho civil peruano; de valoración de sus fuentes históricas; del enorme respeto que debemos tener por quienes nos antecedieron en el ejercicio de la cátedra universitaria y en la obra escrita; a la par que una muy esforzada actualización y puesta en valor de la obra de 1985, la misma que hoy cobra nueva vida y nuevos alcances.

Pero no sólo eso, ya que *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios,* por primera vez podrá ser leída en cualquier lugar del mundo, dado que Thomson Reuters, nuestra casa editorial, también la comercializará en formato virtual.

El derecho nacional está muy orgulloso de su Código Civil y del derecho sustantivo que lo acompaña. Esta obra constituye testimonio contemporáneo de esa amalgama de generaciones de juristas que han hecho sus mejores esfuerzos para que la doctrina peruana avance en beneficio de la justicia y de la población en su conjunto.

Termino reiterando mi agradecimiento más profundo a la doctora Delia Revoredo Marsano, jurista de nota, valiente ex Decana del Colegio de Abogados de Lima e integrante del Tribunal Constitucional, en los tiempos más difíciles para la juridicidad; por la confianza depositada, al haberme incorporado como miembro del Comité Editor de la obra y haberme permitido coordinar directamente su proceso de elaboración.

De igual modo, mi agradecimiento a Thomson Reuters, por el valiosísimo apoyo que nos brinda, y por la importante apuesta que está haciendo por el derecho en el Perú.

Y a ustedes, queridos amigos, por acompañarnos esta noche de manera tan generosa.

Muchas gracias.

Lima, diciembre del 2015

Segunda Parte

El arbitraje

Algunas reflexiones para el afianzamiento del arbitraje en el Perú*

1. Palabras liminares

Señor doctor
Jorge Avendaño Valdez,
Presidente de la Academia Peruana de Derecho,
Señores académicos de número y académicos honorarios,
Señor doctor Alberto Vásquez Ríos,
Vice Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima,
Señores miembros de su Junta Directiva,
Señores magistrados,
Colegas, amigos todos,

Para mí es un honor pronunciar esta ponencia en este acto de la Academia Peruana de Derecho.

Quiero agradecer profundamente las generosas palabras del doctor Felipe Osterling Parodi, quien me ha abrumado con el discurso que acaba de pronunciar.

Es una satisfacción muy grande que estas palabras las pronuncie mi amigo y maestro desde las aulas universitarias, con quien además he compartido y comparto la grata labor de escribir y seguir escribiendo sobre derecho de obligaciones.

---

* Ponencia pronunciada el 8 de abril de 2010 en el Auditorio José León Barandiarán del Colegio de Abogados de Lima, en el acto de incorporación como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Asimismo, es para mí una gran satisfacción incorporarme a la Academia bajo la Presidencia del doctor Jorge Avendaño Valdez, mi recordado profesor de derechos reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y quien, por esas coincidencias que tiene la vida, fue Decano de la Facultad cuando egresé de ella y también fue Decano del Colegio de Abogados cuando obtuve mi colegiatura.

Quiero también recordar a mi amigo, el doctor Luis Aparicio Valdez, notable jurista, pionero en las investigaciones de derecho laboral y comprometido propulsor de valiosas iniciativas de difusión del derecho en el Perú, Académico de Número que falleciera hace algunos meses, y cuya vacante me honraré en ocupar en la Academia Peruana de Derecho.

También debo agradecer al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, doctor José Antonio Ñique de la Puente y a su Junta Directiva, por la iniciativa que tuvieron para inscribir este evento dentro de los actos conmemorativos del Día del Abogado y de convocar a todos nuestros colegas a este auditorio que lleva el nombre del insigne maestro, don José León Barandiarán.

Debo advertir y confesar que hice todos los esfuerzos para que mi discurso de incorporación versara sobre derecho civil.

Es más, dediqué los días feriados de Semana Santa a terminar de escribir un trabajo relativo a la aplicación de los principios *favor debitoris* y *favor creditoris* en el Código Civil peruano de 1984.

Debo decirles también que, a pesar de encontrarme satisfecho con el resultado de ese trabajo, el mismo es extremadamente técnico y aburrido, y hubiese sido impropio de pronunciar en una ocasión como ésta, fundamentalmente, en consideración a que parte de este auditorio no está compuesta por abogados.

En ese sentido, decidí que mi ponencia versara sobre arbitraje, un área a la cual me he dedicado, junto con el derecho civil, en los últimos años.

Así, creo será más entretenido abordar algunas consideraciones encaminadas a perfeccionar el arbitraje en el Perú.

El día martes 16 de marzo del presente año, se publicó en el Semanario *Jurídica* del diario oficial «El Peruano», un artículo de mi autoría titulado *Lo bueno, lo malo y lo feo en el arbitraje.*

Esta ponencia se inspira en ese artículo y ahonda en los problemas y fórmulas de solución que el arbitraje debe tener en el país.

2. Introducción

No cabe duda de que el desarrollo del arbitraje en el Perú ha representado un fenómeno único en América Latina.

No existe otro país en nuestro continente en donde esta institución haya tenido un desarrollo tan rápido y vertiginoso.

Tal crecimiento ha obedecido a una serie de factores.

El primero de ellos, el adecuado marco normativo que ha venido teniendo el arbitraje con la ley de 1992[46] (que derogó el vetusto esquema de cláusula compromisoria y compromiso arbitral que regulaba el Código Civil de 1984),[47] y las leyes de 1996[48] y del 2008.[49]

Todas estas normas han ido afirmando la institución y estableciéndole un blindaje y autonomía, lo suficientemente fuertes como para que el arbitraje se siga abriendo camino en el Perú como medio eficaz de solución de controversias.

---

[46] Ley General de Arbitraje, Decreto Ley n.º 25935.
[47] Artículos 1906 a 1922 del Código Civil.
[48] Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26752.
[49] Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071.

No cabe duda, además, de que un notorio componente del desarrollo del arbitraje está representado por las sucesivas normas de contratación estatal, que desde 1998[50] establecen la obligatoriedad de incluir convenios arbitrales en todos los contratos que el Estado celebra con particulares, para la provisión de bienes, servicios u obras.[51]

Esta efervescencia arbitral ha ido acompañada de un apreciable esfuerzo académico, en virtud del cual cada vez más personas escriben más sobre más temas arbitrales.

A la par, las revistas de derecho se han ido poblando de artículos sobre arbitraje y han surgido diversas publicaciones de carácter periódico, en soporte papel o magnético, dedicadas exclusivamente a temas arbitrales.

Es importante destacar también que desde hace ya varios años, diversas universidades del Perú incluyen al arbitraje como curso electivo en las currículas de sus Facultades de Derecho. Y si el camino de crecimiento del arbitraje continúa, tal materia terminará teniendo la condición de obligatoria.

Por lo demás, los volúmenes patrimoniales controvertidos en sede arbitral, han superado con creces aquellos otros controvertidos en el Poder Judicial, fortaleciendo el medio arbitral de tal manera que, a pesar de no constituir un Poder del Estado, ni tener organicidad, creo que puede empezar a hablarse de la existencia del denominado «Poder Arbitral».

---

50 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.° 26850.

51 Antes de dicha ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas —Rulcop— y el Reglamento Único de Adquisiciones —RUA—, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso-administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Son múltiples las ventajas que ha ofrecido el arbitraje en los varios lustros que ya tiene de vigencia en nuestro país, especialmente, porque ofrece una justicia mucho más especializada que la justicia ordinaria y porque aquélla usualmente es más rápida y eficaz que esta última.

Sin embargo, no es propósito de esta ponencia resaltar las bondades del arbitraje, sino el ocuparme de cuáles son los problemas que presenta en la actualidad y cuáles serían los mecanismos para superarlos, en beneficio del arbitraje, de la justicia y de la sociedad peruana en su conjunto.

Considero que los principales problemas del arbitraje no se hallan en su regulación normativa, la misma que, como hemos señalado, ha venido evolucionando paulatinamente desde 1992, hasta llegar a la última ley del año 2008, que recoge las principales experiencias vividas por los tribunales arbitrales durante la vigencia de la Ley n.° 26572.

Estoy convencido de que los principales problemas del arbitraje en el Perú son problemas humanos y que los principales obstáculos para que el arbitraje constituya el medio eficaz de obtención de justicia que todos queremos, están en la sociedad y en el medio jurídico en particular.

Dentro de tal orden de ideas, voy a ocuparme de los que considero son los principales problemas del arbitraje en el Perú.

3. Los principales problemas del arbitraje en el Perú

3.1. La necesidad de que el arbitraje no sea representativo de la sociedad

Cuando las encuestas de opinión consultan al ciudadano sobre la representatividad de las instituciones públicas, éstas generalmente salen reprobadas.

Ello ocurre con el Poder Ejecutivo, con el Poder Legislativo, y especialmente, con el Poder Judicial, contra el cual se centran muchas de las baterías de los encuestados y de la población en su conjunto, la misma que considera que este Poder del Estado concentra una serie de defectos y problemas de los que debería ser ajeno.

En ese sentido, siempre he considerado que, en realidad, los peruanos queremos que nuestras instituciones no sean representativas de la población.

Y no está mal que ello sea así, pero sí estaría muy mal el pensar que los problemas de nuestras instituciones públicas, son ajenos a la sociedad de la que forman parte.

Sería iluso pensar que tales problemas no son fielmente representativos de la sociedad, en la que también encontramos aquellos defectos que la propia sociedad critica en quienes la gobiernan o administran justicia.

Sin embargo, esta aparente contradicción no es reprobable, sino un indicador bastante ilustrativo de que la sociedad peruana, independientemente de compartir todos esos problemas, es consciente de que sus gobernantes deberían ser ajenos a ellos.

Es decir, lo que ocurre es que la sociedad peruana quiere verse representada por personas que sean ajenas a tales problemas y que, por lo tanto, sean capaces de tomar distancia de ellos e intentar solucionarlos.

Sin duda, se trata de un fenómeno social y político muy interesante y que merecería ser estudiado, no sólo desde el punto de vista político o jurídico, sino desde las más diversas perspectivas.

¿Y qué hay del arbitraje?

El problema de partida del arbitraje en el Perú, es que se enmarca dentro de una determinada sociedad y que, por consiguiente, no puede ser ajeno a las debilidades y amenazas que le plantea una sociedad con muchos problemas y un medio jurídico que también arrastra tales problemas y que —en gran proporción— los ha venido arrastrando a la justicia ordinaria.

En ese sentido, debemos apuntar a que el medio arbitral constituya una justicia verdaderamente particular y contribuir a blindarla desde todos los ámbitos en que sea posible.

Dentro de tal orden de ideas, debe importarle a la sociedad y al medio jurídico, en particular, que el arbitraje se salve de estos agentes contaminantes, ya que, tal vez, sea más factible y más rápido salvar el arbitraje que salvar a la justicia ordinaria, la misma que, a pesar de la existencia de notables y esforzados magistrados, debe cargar con muchos lastres que no permiten su liberación definitiva en camino de la justicia.

3.2. La designación de árbitros como abogados de parte

Es, precisamente, fruto de los problemas que presenta el medio jurídico a que hemos hecho referencia, que existe en muchos abogados la tentación de que el arbitraje no sea una institución encaminada a lograr justicia, sino a obtener la razón, por más de que para tal efecto se tenga que recurrir a métodos vedados por la propia institución del arbitraje.

El más directo y antiguo de estos métodos está constituido por la designación de árbitros para que cumplan la función de abogados de parte.

Como recordamos, el inciso 3 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece que «los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo […]».

En tal sentido, las partes tienen libertad para establecer en el convenio arbitral el mecanismo que emplearán para el nombramiento del árbitro, ya sea que ellas mismas designen a los árbitros o lo haga una institución arbitral o cualquier tercero.

Sin embargo, hay que precisar que dicha libertad para establecer el mecanismo que mejor estimen, no puede quebrantar el equilibrio que debe existir siempre entre las partes.

En efecto, si bien la Ley de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros, en todas esas formas es exigible que las partes guarden una posición *igualitaria* o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

Asimismo, cabe resaltar que las características fundamentales que debe tener todo árbitro son su imparcialidad e independencia.

Es así que debería constituir una sana práctica arbitral la de designar como árbitro a alguien en cuyo criterio confíe la parte, y no a alguien que sea un dependiente de esa parte.

Esta situación es lo suficientemente grave, al extremo de que muchas veces uno se encuentra frente a tribunales arbitrales, en donde la decisión se sabe que *será tomada* por el presidente del tribunal arbitral, pues desde el momento de la constitución de dicho tribunal, se conoce cuál será el sentido de los votos de los árbitros de parte.

Esta práctica pervierte notablemente el arbitraje y, por ello, debiera ser desterrada.

3.3. La designación de presidentes vía mecanismos de presión o poco transparentes

Si bien la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), regula el procedimiento para elegir al presidente del tribunal, dicha regulación es supletoria, de tal manera que los árbitros gozan de la más absoluta libertad para proceder a efectuar tal designación.

No obstante, los mecanismos de designación del presidente del tribunal no están exentos de las deformaciones a que hemos hecho referencia en el punto precedente.

Una de las situaciones más comunes que se aprecian en la vida práctica, es cómo algunos árbitros de parte, se presentan con una o dos cartas bajo la manga, de nombres de personas cuyo nombramiento se trata de forzar.

En tales casos, y sin poner en tela de juicio las condiciones profesionales o morales de alguien a quien uno no conoce, lo que corresponde es decir que no, o sea, no aceptar a esa persona como presidente del tribunal.

La elección del presidente constituye, sin duda, un acto de confianza, un acto de fe en alguien en quien uno confía. Sería un despropósito, entonces, escoger como presidente a una persona desconocida de quien no se tenga referencias previas.

Como se puede comprender, es muy fácil negarse a designar a alguien a quien uno no conoce.

Pero, las cosas se complican cuando el árbitro de la otra parte viene con el nombre de alguien a quien uno sí conoce.

En estos casos el asunto es más difícil, pues, incluso, uno podría plantearse la posibilidad de que la relación con esa persona se deteriore si llegara a tomar conocimiento de que uno se niega a elegirla como presidente.

Pero el tema también tiene matices, pues habrá ocasiones en las cuales el nombre propuesto sea el de una persona intachable. Y otros casos, en donde el propuesto genere algunas dudas.

Creo que una sana política en este sentido debería pasar por descartar a la persona sobre la cual uno tiene dudas.

En estos temas hay que aplicar la vieja frase de Descartes: «en la duda, abstente».

Considero que en los casos relativos a elección del presidente del tribunal arbitral, debe haber un juego lo más limpio y transparente posible.

En este sentido, lo ideal sería que ambos árbitros traigan al debate una lista, conteniendo los nombres de las personas en quienes ellos confiarían el cargo de presidente; y, confrontándolas, vean si existen nombres en común.

Por otra parte, considero que también debería desterrarse la mala práctica de llevar en consulta los nombres del eventual futuro presidente.

En otras palabras, transmitir a la parte que lo ha nombrado, los nombres de aquellos árbitros que el otro árbitro de parte propone para presidente.

Esa práctica no abona precisamente, a favor de la independencia de ese árbitro de parte.

Estimo, incluso, que en casos como éstos, el árbitro que le propuso algunos nombres, podría legítimamente retractarse de su propuesta, o

exigir que el otro árbitro proceda a designar en ese mismo momento al presidente del tribunal.

Cuando como árbitro de parte uno observa en el otro árbitro demasiadas reticencias a efectos de designar al presidente del tribunal, es mejor no proceder a designar al presidente y someter su designación al órgano que corresponda.

En síntesis, queremos resaltar la importancia de la designación del presidente del tribunal arbitral, y creemos que todo mecanismo de seguridad y la preservación de las reglas de transparencia y equidad en dicha designación, resultan absolutamente indispensables para preservar las bondades del arbitraje.

3.4. La designación supletoria de árbitros por parte de las Cámaras de Comercio

Como todos sabemos, la Ley de Arbitraje ha establecido un nuevo mecanismo para la designación supletoria de árbitros, en defecto de designación por las partes, y en defecto de elección del presidente por los árbitros de parte.

Como se recuerda, anteriormente dicha labor estaba conferida por ley a los jueces civiles.

La razón fundamental que motivó este cambio en la legislación obedeció a la celeridad, en la medida de que se consideraba que los tribunales ordinarios demoraban demasiado en proceder a efectuar tales designaciones.

El medio arbitral en su conjunto acogió de manera mayoritariamente favorable esta modificación legislativa, no obstante lo cual, tal cambio no estuvo exento de algunos cuestionamientos.

En ese sentido, el principal cuestionamiento al respecto es de orden constitucional, en la medida de que si las partes preferirán recurrir a un arbitraje *ad-hoc* y no a uno administrado por la Cámara de Comercio de la localidad, esto obedecerá a múltiples razones, entre ellas, a que podrían no confiar en dicha Cámara de Comercio.

No obstante, la Ley de Arbitraje ha establecido el apartamiento de la jurisdicción ordinaria (el acudir al juez para la designación supletoria de los árbitros) y la realización de las funciones antes mencionadas por las Cámaras de Comercio.

Considero atendible la observación de orden constitucional, mas no estoy convencido de la inconstitucionalidad de este procedimiento, sobre todo para aquellos casos en donde los convenios arbitrales se han celebrado con la vigencia de la actual Ley de Arbitraje, que ya contempla este mecanismo.

Pero lo que me preocupa es el mecanismo de designación supletoria que lleven a cabo las Cámaras de Comercio.

He dicho reiteradas veces —en múltiples artículos y conferencias— que el principal activo del arbitraje está en la confianza que las partes tengan en la institución y, específicamente, en los árbitros que dirijan el proceso.

Esa confianza debe estar presente también en las Cámaras de Comercio, que cumplen la delicada función de designar supletoriamente a los árbitros.

En ese sentido, las Cámaras deberían proceder de la manera más transparente posible a efectuar tales designaciones.

Eso significa que la designación supletoria debe ser un acto derivado del azar, y no de la decisión del órgano de gobierno en materia arbitral de la Cámara de Comercio de la localidad.

Esta afirmación tiene base legal, pues el artículo 25 de la Ley de Arbitraje, establece en su inciso 5, que la Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Y por si fuera poco, el inciso 6 del referido artículo 25, se encarga de subrayar que, en el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento, siguiendo su procedimiento de designación aleatoria, por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

No me cabe duda de que las Cámaras de Comercio podrían decidir designar a un determinado árbitro con carácter supletorio, dadas sus notables cualidades personales, pero también dicha elección podría obedecer a un favoritismo personal o, incluso, podrían haber sido influenciadas por alguna de las partes en conflicto.

En ese sentido, el mecanismo más transparente sería que todos los árbitros que reúnan las condiciones establecidas por el respectivo convenio arbitral, por el reglamento de la institución y por la propia ley, entren en un sorteo que se realice en presencia de las partes del proceso y, supletoriamente, es decir, si al menos una de ellas no asistiese, en presencia de notario público.

Por lo demás, las propias Cámaras —y cualquier otro órgano que tenga esta función— deberían evitar que los funcionarios que trabajan en ellas elaboren ternas o nóminas reducidas, con el propósito de que se hagan sorteos dentro de tales listas.

Decimos esto, en la medida de que sería muy fácil manipular el contenido de tales nóminas y, al final, aunque se procediera a efectuar un sorteo en presencia de las partes o de notario público, lo único que se estaría legalizando sería una injusticia, que seguramente marcaría el curso y resultado del futuro proceso arbitral.

Lamentablemente, la Ley de Arbitraje no contempla la prohibición que sí establece el Código de Ética del OSCE, aprobado mediante Resolución n.° 258-2008-CONSUCODE-PRE, en el sentido de impedir que los funcionarios de dicha institución, presten servicios de secretaría arbitral en procesos *ad-hoc*.

En el caso de las Cámaras de Comercio, la ley debería prohibir (para los arbitrajes en que ellas intervengan en designaciones supletorias de árbitros), que los funcionarios de los Centros de Arbitraje de las propias Cámaras presten servicios de secretaría arbitral en los procesos que no sean organizados y administrados por dichas instituciones; e impedir el mecanismo de designar supletoriamente para un arbitraje *ad-hoc*, a alguien cercano a las personas de la institución, a efectos de que este árbitro proceda a proponer e inducir la elección como presidente del tribunal arbitral *ad-hoc*, de aquel funcionario que lo puso en la nómina y que al final, seguramente, también forzó su designación supletoria.

Estas consideraciones, obviamente, se aplican —*mutatis mutandis*— a cualquier Centro de Arbitraje, sea de la naturaleza que fuere.

3.5. Las sociedades secretas en el ejercicio profesional

Recuerdo que la primera vez que actué como abogado de parte en un arbitraje, fue defendiendo a unos clientes en 1998.

Nosotros, como correspondía, designamos como nuestro árbitro a una persona absolutamente intachable, cuya designación no fue cuestionada y quedó firme.

Nuestra contraparte designó como árbitro a un alto funcionario de la propia compañía, quien, por decoro, no aceptó el encargo.

Acto seguido, nombró como árbitro de parte a otro abogado, quien tenía su propio Estudio.

Pero, dio la casualidad de que, hurgando en Registros Públicos, descubrimos que este abogado tenía una sociedad anónima —prácticamente secreta— dedicada a actividades jurídicas, junto con el alto funcionario de la empresa que no había aceptado desempeñar el cargo de árbitro, quien ejercía la profesión en otro Estudio.

Es decir, en apariencia, ambos ejercían la profesión en Estudios independientes, pero en la realidad, fuera de sus actividades en esos Estudios, compartían un negocio común: otro Estudio de Abogados.

Éste es el típico caso de una sociedad secreta, pero no siempre tales sociedades secretas son susceptibles de ser identificadas o descubiertas, habida cuenta de que la inmensa mayoría de ellas son sociedades de hecho, en las que se comparten trabajos, se comparten recomendaciones, se comparten designaciones como árbitros, se comparten consultas profesionales, a pesar de que —formalmente— ambas personas no tienen relación profesional alguna.

Es importante resaltar estos casos, pues tal práctica resulta en extremo peligrosa, en la medida de que cuando uno designa a un árbitro o a un presidente de tribunal, se busca que esta persona guarde distancia e independencia con respecto a los otros dos árbitros.

Es evidente, entonces, que si se hubiese sabido tal vinculación, lo más probable es que no se habría designado a tal persona como presidente del tribunal arbitral, pues existiría una proclividad en ella (dada la sociedad o comunidad de negocios existente) para favorecer los intereses de una de las partes.

La equidistancia del presidente de un tribunal arbitral con respecto a ambos árbitros de parte, garantiza su imparcialidad.

3.6. La infracción a la confidencialidad durante el desarrollo del proceso arbitral

Es práctica habitual en los procesos arbitrales, que las partes pacten el deber de confidencialidad, el mismo que se extiende, no sólo a los árbitros y las partes del proceso, sino también al secretario arbitral, a los asesores de las partes y de la institución arbitral, a los abogados informantes o asesores externos, a los peritos y a todas aquellas personas que, de una u otra forma, hubiesen tenido conocimiento del contenido total o parcial del proceso.

Es evidente también que este deber de confidencialidad cesa si es que el laudo arbitral fuese objeto de impugnación, vía el recurso de anulación del laudo.

En tal sentido, muchas veces causa sorpresa leer en los diarios o revistas, informaciones relativas a procesos arbitrales en curso, cuyo contenido resultaría imposible que haya sido redactado solamente por periodistas, sin la ayuda de vital información proporcionada por alguna de las partes.

Si bien he cuestionado en algún trabajo anterior la absoluta confidencialidad de los laudos arbitrales,[52] sí estoy de acuerdo en que, mientras dure el proceso, debe regir dicha confidencialidad.

No cabe duda de que uno de los factores que debe evitarse en el desarrollo de todo proceso arbitral, es el de la injerencia de la opinión pública, la misma que, a mi juicio, resulta muy influyente en el caso de

---

[52] Castillo Freyre, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 8. Lima: Palestra Editores, 2009, pp. 287-298.

los procesos que conoce el Poder Judicial, en donde muchas veces los magistrados resuelven más en función del juicio de la población, que del de la Historia.

No olvidemos que los tribunales arbitrales también están integrados por seres humanos, y es innegable que la presión mediática puede afectar el sano juicio de muchos.

3.7. La confidencialidad después del laudo

Uno de los aspectos que siempre se tuvieron como correspondientes a la confidencialidad del proceso, era la reserva del laudo, es decir que, como hemos señalado, si dicho laudo no se impugnaba ante los tribunales ordinarios, su contenido debía permanecer secreto.

No obstante, tanto la legislación como la doctrina, han empezado a horadar este alcance de la confidencialidad.

En ese sentido, ya nos hemos pronunciado el doctor Fernando de Trazegnies, y quien les habla, en dos ponencias sustentadas en Congresos de Arbitraje.

No olvidemos que las normas sobre contrataciones del Estado, imponen al OSCE el deber de publicar los laudos arbitrales administrados por dicho organismo, o que se hayan instalado en él, a efectos de que sean de conocimiento del público que acceda a su página web.

Así, debería acelerarse el proceso para que todos los laudos que han recaído sobre arbitrajes, en donde se haya controvertido fondos públicos, sean publicados por el OSCE, incluso aquéllos que hubieren sido administrados por otros Centros de Arbitraje.

Estimamos que cuando se trata del dinero de todos, no hay confidencialidad que valga después de emitido el laudo.

Por lo demás, sostenemos que la publicidad de los laudos arbitrales contribuirá a que el medio jurídico y la sociedad en su conjunto puedan evaluar abiertamente el comportamiento de los árbitros y juzgarlos en función de sus decisiones.

La publicidad de dicha información contribuirá a obligar a los árbitros a cumplir de manera más fidedigna con el deber de declaración, pues serán más públicos sus antecedentes en materia arbitral, los casos resueltos por ellos, las partes que los nombraron, los árbitros con los que compartieron el tribunal y, finalmente, el sentido de sus decisiones.

De otro lado, la publicidad de los laudos arbitrales, contribuirá de una manera muy generosa, a enriquecer el debate jurisprudencial y académico en el Perú.

Muchas veces en el medio jurídico se oyen quejas acerca de la falta de desarrollo teórico de la mayoría de sentencias judiciales.

Este fenómeno, sin duda, obedece a la excesiva carga procesal de los magistrados, quienes se ven impedidos, las más de veces, de ingresar a efectuar un análisis exhaustivo de los problemas jurídicos.

Ese problema no está presente en los tribunales arbitrales, ya que los árbitros son contratados para dicha función en particular, y, por más arbitrajes que tengan, carecen de la carga procesal de cualquier magistrado.

En ese sentido, es frecuente encontrarse con laudos bastante extensos, en donde se hace un desarrollo pormenorizado de los problemas jurídicos que se presentan.

Hay ocasiones en las cuales uno ha tenido la oportunidad de acceder a la lectura de laudos arbitrales que constituyen notables piezas

jurídicas, cuyo conocimiento público está vedado por el deber de confidencialidad.

Invito a quienes me escuchan, a imaginar cuán diferentes serían las discusiones en las aulas de derecho y cuán enriquecedor sería el debate, si tuviera como objeto de estudio los principales laudos arbitrales que año a año se emiten en nuestro país.

No hay que olvidar que ésta también es jurisprudencia y, si bien la misma carece de algunas de las características que comparte toda la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, ello no obsta a que deba ser de conocimiento e instrucción públicos.

3.8. El control constitucional del arbitraje

Como último punto de esta ponencia, quiero abordar lo relativo al control constitucional del arbitraje.

Y no he dejado este tema para el final porque sea el menos importante, pues el mismo tiene importancia capital en esta materia.

Dentro de tal orden de ideas, cabe recordar que hace algunos años, en la sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC,[53] el Tribunal Constitucional de nuestro país, con muy acertado criterio, delimitó el control constitucional del arbitraje, estableciendo que el control de los tribunales de justicia, debía ser necesariamente, *ex post*, y no *ex ante*.

En ese sentido, en diversas sentencias muy significativas para esta área de la práctica jurídica, el Tribunal Constitucional estableció la imposibilidad de que los tribunales ordinarios de justicia, sea de la natu-

[53] Los fundamentos n.ºs 8, 11, 12, 13 14, 17 y 18 de la referida sentencia, son vinculantes para todos.

raleza que fueren, interfieran en el desarrollo de un proceso arbitral en curso, bajo responsabilidad.

Además, se estableció claramente que la única forma de impugnar el resultado de un proceso arbitral, era a través del recurso de anulación del laudo; y, ulteriormente, del recurso de amparo.[54]

Los principios consagrados en dichas sentencias, se vinieron aplicando rigurosamente durante varios años y ordenaron el arbitraje en el Perú, a la par que fomentaron su progreso y desarrollo.

En ellos, además, se fundó el Decreto Legislativo n.° 1071, actual Ley de Arbitraje, la misma que contiene, en muchas de sus normas, los referidos principios establecidos por el Tribunal Constitucional, principalmente, el artículo 3 sobre principios y derechos de la función arbitral.

No obstante, en los últimos meses, el medio jurídico ha tomado conocimiento, con sorpresa, de dos resoluciones del Tribunal Constitucional,[55] que vulneran la solidez del arbitraje, al haber permitido que prospere una acción de garantía interpuesta contra un laudo arbitral, sin haberse agotado la vía previa, a través del proceso de anulación de laudo, y que se analice el valor de los medios probatorios que efectuó un tribunal arbitral.

Como ya lo manifesté en dos artículos publicados recientemente sobre estas sentencias del Tribunal Constitucional,[56] no puedo sino dis-

---

[54] Cabe hacer referencia al Fundamento 4 de la sentencia recaída en el expediente n.° 04195-2006-AA/TC, en donde el Tribunal Constitucional estableció ciertas reglas, a efectos de determinar su ámbito de actuación, cuando conoce amparos contra laudos arbitrales.

[55] Nos referimos a las sentencias recaídas en los expedientes n.º 5311-2007-PA/TC y n.° 02386-2008-PA/TC.

[56] CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje. Comentarios a la sentencia recaída en el expediente n.º 5311-2007-PA/TC». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009,

crepar de ellas, en la medida de que constituyen serias amenazas para la seguridad jurídica de nuestro país y para la solidez del arbitraje, como jurisdicción contemplada por la Constitución Política del Perú.

Si bien se trata de sentencias emitidas por Salas del Tribunal Constitucional y no por el pleno del mismo, ellas no dejan de representar un peligro.

En tal sentido, esperamos que muy pronto el pleno del Tribunal Constitucional se pronuncie nuevamente, reiterando la senda trazada hace algunos años, de la que el Tribunal nunca se debió apartar.

4. Conclusión

Para finalizar, debo decir que la sociedad, el medio jurídico, el medio arbitral, en particular, y el Tribunal Constitucional, deberían tomar nota de estas situaciones, a efectos de adoptar las medidas correctivas del caso, y fortalecer al arbitraje como medio alternativo a la justicia ordinaria y verdadero motor de una nueva forma de administrar justicia en el Perú.

Muchas gracias.

Lima, abril del 2010

---

n.º 105, pp. 27-40; y Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «¿Otro cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje? Comentarios a la sentencia recaída en el expediente n.º 02386-2008-PA/TC». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, n.º 136, pp. 23-28.

El amor en el arbitraje*

No cabe duda de que el amor es uno de los sentimientos más importantes e incluso uno de los motores de la vida cotidiana.

El amor generalmente es apreciado por sí mismo, vale decir, es analizado por sí y ante sí, pero todos sabemos que tiene connotaciones jurídicas, estando ellas centradas, fundamentalmente, en el derecho de familia.

Ello no quiere decir que el amor sea necesario antecedente de la formación de una familia o incluso de la paternidad o maternidad, habida cuenta de que puede haberse formado una familia o procreado hijos sin que exista amor; a la par que, puede existir mucho amor en una pareja y no haber ni matrimonio ni hijos.

Es evidente que no pretendo en estas páginas escribir un tratado sobre el amor. Tampoco pretendo abordar el tema dentro del derecho de familia, pues, como resulta claro, ello no constituye objeto del presente estudio.

Lo que busco es abordar las repercusiones de las relaciones amorosas o sentimentales en materia arbitral.

Ocurre que generalmente *arbitraje* y *amor* o *relaciones sentimentales* son dos temas que se aprecian como compartimentos estanco, pero

---

* Artículo publicado en el Suplemento «Jurídica» del Diario Oficial «El Peruano», página 6, con fecha 9 de julio de 2013.

pretendo demostrar que ello no es así y que las implicancias entre uno y otro son mucho más estrechas e interesantes de lo que cualquiera pudiese imaginar.

Para el desarrollo de esta materia voy a proceder a dividirla en determinados ítems que me permitirán ordenar mis ideas en razón de los objetivos trazados.

Trataremos acerca de temas pacíficos y de temas complicados, pues así es el amor, a veces tranquilo y a veces apasionado, pero lo es aún más cuando se mezcla con el arbitraje.

1. EL AMOR EN LA DEFENSA ARBITRAL

Salvo que uno ejerza la profesión de manera individual, situación cada vez más escasa, dado que los Estudios tienden a tener un número cada vez mayor de integrantes, será frecuente que la defensa de parte radique en más de un abogado, razón por la cual podrían existir relaciones amorosas o sentimentales de cualquier tipo entre los miembros de la defensa de una parte.

Sería el caso, por ejemplo, en que dos abogados integrantes de la defensa de una de las partes hayan contraído matrimonio o mantengan una relación amorosa.

Todo ello, así como cualquier otra situación de éste o de otro tipo al interior de la defensa de una de las partes, resultará irrelevante con respecto al proceso arbitral, ya que no existirá riesgo alguno de conflicto de interés, pues estas situaciones sólo serían concernientes a la parte defendida por ese Estudio de abogados.

Sin embargo, el problema podría suscitarse si es que se produjera una ruptura notoria, difícil y abrupta entre las personas que mantienen

esa relación sentimental, pues ello podría dificultar la futura defensa del proceso, en la medida de que se podría llegar al extremo de que una de esas personas, abogado de parte, deje la defensa, precisamente motivada por la ruptura sentimental.

Entonces, como podrá presumir el lector, la pregunta que corresponde formular aquí es si en situaciones como ésta, el cliente o, mejor dicho el futuro cliente, debe ser informado, al momento en que se contrate al Estudio, acerca de la existencia de esa relación sentimental; o, si ella no existiese al momento de la contratación, si el cliente debería ser informado cuando ella se inicie.

Puede ocurrir que para algunos clientes una situación como ésta resulte irrelevante, en la medida de que no se dude del profesionalismo de los abogados, independientemente de sus vínculos sentimentales; pero bien podría ocurrir lo contrario; es decir, que el cliente no se sienta cómodo y que prefiera ser defendido por un equipo en el cual no estén presentes este tipo de situaciones que, de una manera u otra, podrían representar una contingencia futura en la calidad de su defensa arbitral.

Es natural que en estos casos sólo me esté refiriendo a la eventual necesidad de informar al cliente acerca de relaciones de carácter formal o cuasi formal, tales como matrimonios o noviazgos, las mismas que pueden ser puestas en conocimiento de manera coloquial; y, obviamente, sin necesidad de formalidad alguna. Es claro que resultaría ridículo hacerlo formalmente, así como también lo sería informar acerca de relaciones sentimentales esporádicas o que se encuentren en un estado de maduración que no ameriten una revelación al cliente.

En síntesis, este tipo de casos sólo tendrán relevancia entre el Estudio de abogados y el cliente; y, como es obvio, en lo absoluto comprenderán al tribunal arbitral, ni mucho menos, a la contraparte.

2. AMOR ENTRE ESPINAS: ME ENAMORÉ DE LA ABOGADA DE MI CONTRAPARTE

A diferencia del punto anterior, el que vamos a desarrollar ahora sí ofrece una problemática bastante compleja, pues plantea el caso en el cual un miembro de la defensa arbitral de un cliente, parte de un Estudio de abogados, precisamente, se enamore de una abogada, miembro del equipo legal de la contraparte.

Menudo problema.

En tales casos, es ineludible el deber de revelación del cliente al que uno defiende, para que dicho cliente pueda juzgar, con la libertad que le corresponde, si confía en la defensa del Estudio de abogados cuyo equipo arbitral tiene a uno de sus miembros en amores con una persona del equipo arbitral de la parte contraria.

En casos como éstos, no cabe duda de que el cliente podrá poner fin a la relación contractual con el Estudio de abogados, precisamente, por no confiar que en una situación como ésta se puedan mantener siempre las cosas en su sitio y que la confidencialidad que corresponde al asunto en particular, se mantenga en los niveles exigidos en cualquier circunstancia.

Para evitar soluciones como la descrita, podría ocurrir que cada uno de los Estudios aparte a la persona comprometida del equipo de defensa, de manera que el patrocinio arbitral sea ejercido por personas ajenas a cualquier vínculo sentimental.

Pero aun así, estaríamos frente a una situación en la cual uno de los abogados del Estudio que defiende a cada parte, estaría vinculado sentimentalmente con un abogado de la otra parte.

Más allá del deber de comunicar una situación como ésta a los respectivos clientes, las soluciones al problema serán fundamentalmente

las descritas en el acápite anterior, pues siempre podrá ocurrir que el cliente confíe o no en un Estudio que se encuentra en una situación como ésta; más allá de que la persona comprometida no ejerza directamente la defensa arbitral.

Por otra parte, es claro para nosotros que una vinculación sentimental como la descrita, no necesariamente deberá ser comunicada o puesta en conocimiento del tribunal arbitral. Dado que el sentido de la revelación al tribunal arbitral consiste en que la referida comunicación sea puesta en conocimiento de la parte contraria, en un caso como el descrito, ello sería absolutamente irrelevante.

Se podría decir que en el rubro que venimos tratando en este punto, la defensa de cada una de las partes se encontraría en igualdad de condiciones con respecto a la otra. Y nos referimos tanto al caso en el cual ninguno de los sujetos vinculados sentimentalmente se aparte de la defensa directa del caso, como a aquellos otros supuestos en los que ambos sujetos se aparten o al caso extremo en el que uno de ellos se aparte y el otro continúe defendiendo a su cliente.

Decimos esto, pues en las tres situaciones mencionadas, el abogado comprometido tendrá la facultad de conocer —directa o indirectamente— los entretelones del caso en su propio Estudio de abogados.

Es necesario subrayar que estos deberes de revelación al propio cliente los entendemos circunscritos a aquellos casos en los cuales estemos hablando de abogados, en tanto dicho deber se irá atenuando y tal vez suprimiendo cuando nos encontremos frente a asistentes legales o a practicantes de Derecho.

3. TODO QUEDA EN CASA: EL AMOR ENTRE ÁRBITROS

La teoría relativa al deber de declaración de los árbitros establece que éstos deberán revelar a las partes y a sus colegas de tribunal todas aquellas circunstancias preexistentes o sobrevinientes, que aquéllos deban conocer en razón de que las mismas tuvieren relevancia con respecto a aspectos inherentes a su independencia o imparcialidad.

Nos planteamos entonces el caso en el cual, al momento de conformar el tribunal arbitral, dos árbitros de parte mantengan una relación sentimental.

No nos cabe duda de que en un caso como éste, tales árbitros deberían revelar la existencia de dicha relación sentimental, pues la misma podría no agradar a las partes en litigio, quienes, tal vez, prefieran que no existiese vínculo entre los árbitros de parte.

Naturalmente me estoy refiriendo a situaciones confesables, como podría ser el que ambos estuvieran saliendo juntos en una relación de enamoramiento; pero no me estoy refiriendo a otro tipo de situaciones que obviamente no podrían ser reveladas a las partes, como cuando se trate de un amor ilícito, el mismo que se presentaría cuando el árbitro de parte y la árbitro de parte estuvieran casados con una tercera y cuarta personas.

En estos casos, la respuesta sólo sería una y es que al momento de la conformación del tribunal arbitral, uno de los dos no debería aceptar el cargo de árbitro; más aún, habida cuenta de que tratándose de un hecho de revelación indispensable, el mismo no podrá ser revelado y las partes no podrán juzgar esta situación a efectos de considerar la eventual recusación de tales árbitros.

Situación similar se presentaría en caso tal relación sentimental se presente entre uno de los árbitros de parte y el presidente del tribunal

arbitral, supuesto en el cual dicho presidente, al momento en el cual es elegido por los árbitros, no debería aceptar tal nombramiento.

Sin embargo, en cuanto al presidente, distinto es el caso en el que mantenga una relación pública, notoria y formal con uno de los árbitros de parte, como ocurriría cuando uno de los árbitros de parte fuera su esposa.

Debo confesar que en una oportunidad, un colega muy amigo mío y mi esposa acordaron designarme presidente de un tribunal arbitral y estuve tentado de aceptar tal nombramiento, en la medida de que el mismo había satisfecho —obviamente— a tales árbitros.

No obstante, creo que con buen criterio, el secretario general del respectivo centro de arbitraje me solicitó no aceptar dicho nombramiento, a efectos de que el mismo no pudiera ser malinterpretado; petición a la que accedí con mucho gusto.

Como es natural, estos deberes de revelación de relaciones sentimentales entre los miembros del tribunal arbitral no sólo se circunscriben al momento en que uno es designado como árbitro, sino que se extienden durante todo el arbitraje, de manera tal que no habrá excusa para dejar de revelar una situación de esta naturaleza.

Ello, lo repetimos, en la medida de que se trate de situaciones confesables, pues si se tratara de las otras, allí lo que corresponderá será la inmediata renuncia (o no aceptación al cargo, si fuese el caso) de uno de los dos árbitros.

Por otra parte, dentro del tema que venimos tratando, podrá ocurrir que una vez informado el hecho por los árbitros, las partes lo consideren irrelevante, pues estimen que cada uno de ellos conservará su natural autonomía para proceder de manera justa, independiente e imparcial;

como también podría ocurrir lo contrario, conduciendo tal situación a la eventual recusación de ambos árbitros.

Y decimos de *ambos*, ya que no habría razón alguna para recusar a uno solo de los árbitros, pues ello implicaría un prejuzgamiento en torno a la conducta del recusado, en beneficio de aquél a quien no se recusa.

Estimamos también que al tratarse de situaciones sentimentalmente tan complejas e inherentes al ser humano, una recusación en el sentido descrito debería ser declarada fundada.

4. LAS RELACIONES SENTIMENTALES ENTRE UN ÁRBITRO Y UN MIEMBRO DE LA DEFENSA DE UNA DE LAS PARTES

Éste sería el caso en el cual un miembro de un tribunal arbitral de conformación plural o unipersonal, se haya relacionado sentimentalmente con uno de los abogados que integran el Estudio que ejerce la defensa de una de las partes.

Si éste fuera el caso, queda claro que el árbitro no debería aceptar asumir el encargo, pues nunca podrán encontrarse ambas partes en igualdad de condiciones, dado que, al menos en el aspecto formal, una situación como la descrita resultaría intolerable para una de esas partes.

Si la relación fuese sobreviniente al nombramiento del árbitro; es decir, que ella se suscitara en pleno desarrollo del proceso arbitral, me queda claro que el árbitro tendrá que escoger entre el ejercicio de su cargo y su relación sentimental; y si se quisiera quedar con las dos, evidentemente, tendría que comunicarlo a las partes, las mismas que podrán dispensar tal situación.

Algo similar podría presentarse en el caso en el cual la relación sentimental que tuviera el árbitro fuera con alguna persona integrante del Estudio de una de las partes, por más de que tal situación no comprometiera a los abogados que ejercen directamente la defensa de la parte.

5. Las relaciones sentimentales entre un miembro del Estudio de uno de los árbitros y un miembro del Estudio de una de las partes en litigio

Esta situación es distinta, y entendemos que en la medida de que los miembros de un tribunal arbitral no tienen por qué conocer acerca de la vida privada de los integrantes de los Estudios de abogados que conforman, podría ocurrir fácilmente que uno de los miembros de su Estudio entable relación sentimental con un integrante de uno de los Estudios que ejercen la defensa de las partes en controversia.

Si uno de los vinculados sentimentalmente fuese un superior jerárquico del árbitro en cuestión y se tratare de una relación formal y pública, dicho árbitro deberá revelar tal hecho a las partes, dado que una situación como ésta podría ser interpretada, sobre todo, por la parte que no está inmiscuida en el asunto, como una potencial situación de influencia de su contraparte con respecto al referido árbitro.

Claro está que no ocurrirá lo mismo en la situación contraria; vale decir, cuando se trate de personal subalterno del árbitro y estemos frente a relaciones que el árbitro no conozca o que, aun conociéndolas, no sean formales.

6. El personal administrativo de los Estudios

Creemos que no debería ser descartada de estas consideraciones, la eventual relación sentimental entre uno de los árbitros y un miembro

del personal administrativo de uno de los Estudios de abogados que ejerza la defensa de una de las partes; pues podría tratarse de una situación que conduzca a generar dudas justificadas en torno a la imparcialidad del árbitro.

7. ¿CÓMO CONOCER ACERCA DE LAS RELACIONES SENTIMENTALES?

Nos encontramos ante uno de los aspectos más complejos del tema sobre el que venimos hablando, pues para que un árbitro pueda revelar la relación sentimental de uno de los miembros de su Estudio con uno de los miembros de otro Estudio de abogados, tendría que establecerse al interior del Estudio de abogados del árbitro, un *banco de información sentimental relevante*.

Nos explicamos.

Es conocido por todos, que muchos Estudios colectivos mantienen actualizado un banco de información relevante en cuanto a clientes, a efectos de no poder contratar con clientes que les generen incompatibilidades o conflictos de interés. Tales bancos de información también son empleados por los miembros de estos Estudios, a efectos de verificar si carecen de conflictos de interés para aceptar un eventual nombramiento como árbitros de parte o como presidentes de tribunales arbitrales.

Nos preguntamos si sería posible extender este banco de información a las relaciones sentimentales.

Consideramos que la respuesta negativa se impone, pues una firma de abogados no podría establecer este deber de revelación para sus integrantes, a menos que se quiera violar el derecho constitucional a la intimidad, pues, como es obvio, toda esta información no sólo debería ser proporcionada sino permanentemente actualizada por socios, aso-

ciados, asistentes legales, practicantes, secretarias, procuradores, amanuenses y hasta por la señora que hace la limpieza.

En ese sentido, la revelación de asuntos referidos a relaciones sentimentales sólo se centrará en aquellos aspectos que sean de conocimiento natural del árbitro designado. En otras palabras, éste revelará lo que buenamente conoce y no podrá revelar aquello que forma parte de la vida íntima de sus compañeros de trabajo, se trate de superiores jerárquicos, pares o subordinados.

Por lo demás, existen relaciones sentimentales públicas y relaciones sentimentales ocultas. Es claro que sobre las primeras se podrá decir algo, pero sobre las segundas ello resultará imposible, a riesgo de violar la intimidad y respeto que debe guardarse hacia esas personas.

Lo propio podríamos decir acerca de las relaciones fugaces y de las relaciones permanentes.

Todas estas consideraciones cobran mayor importancia cuando la tendencia moderna conlleva a que existan Estudios de abogados en los que trabajan cientos de personas y hasta cientos de abogados. Hoy en Lima, es fácil encontrar varios Estudios que tienen en su nómina a más de cien abogados.

Esta situación dista mucho de lo que ocurría hace pocas décadas en el ejercicio profesional, cuando era muy común el ejercicio de la profesión en solitario, acompañado en exclusiva por una secretaria y un procurador.

8. LAS RELACIONES SENTIMENTALES CON LOS FUNCIONARIOS DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Todo lo expresado se aplica —*mutatis mutandis*— cuando nos encontremos ante supuestos de vinculación entre un árbitro o un miembro de su Estudio de abogados, con algún funcionario, directivo y, más aún, con un accionista de alguna de las partes en conflicto.

9. LAS RELACIONES SENTIMENTALES ENTRE UN ÁRBITRO Y LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Dado que también podría existir una relación sentimental previa o sobreviniente entre un árbitro y la secretaria del tribunal arbitral, son aplicables a este supuesto, *mutatis mutandis*, todas las consideraciones expuestas en este trabajo.

10. DESAMOR, INDIFERENCIA Y ODIO

Todo lo expresado en torno a las relaciones sentimentales también resulta aplicable para cuando se quiebren tales relaciones y se planteen entre los sujetos situaciones de desamor, indiferencia u odio.

Naturalmente, el desamor, la indiferencia y el odio, no necesariamente serán fruto de la ruptura sentimental, pues ellos pueden provenir de un sinnúmero de razones, ajenas a las propias relaciones sentimentales.

Queda claro que no resulta necesario efectuar un análisis extenso sobre el particular para llegar a la conclusión de que, a ellas se les aplica, *mutatis mutandis*, las consideraciones formuladas en torno al amor y a las relaciones sentimentales en general.

Por lo demás, son frecuentes los casos en que nos encontramos en presencia de parejas formales; vale decir, de aquéllas que se hallan unidas en matrimonio y que a pesar de la existencia de ese vínculo matrimonial, tienen una pésima relación interna.

Entonces, como podemos apreciar, la legalidad o formalidad en estos casos nos dice mucho, pero no necesariamente nos dice toda la verdad.

Es obvio que si hubiese un problema de esta naturaleza, el involucrado necesariamente debería declararlo, en cualquiera de las situaciones sobre las que venimos tratando en el presente estudio.

Como puede apreciar el lector, es difícil medir objetivamente el grado de cercanía o lejanía de una pareja; no siendo el aspecto formal sino una de las consideraciones a tomar en cuenta, pues si bien dicho grado puede ser importante, a pesar de que una pareja no mantenga entre sí una relación formal, puede tener grandes aficiones comunes o una gran amistad que lleve, incluso, a que su relación sea más estrecha que la de una pareja amorosa o sentimental, en términos formales.

Por lo demás, dado que el arbitraje puede durar uno o más años, un árbitro, durante el desarrollo del proceso, podrá tener varias parejas. En estos casos, sólo estará obligado a declarar cuando tales parejas compartan la naturaleza de las descritas en el desarrollo de este estudio.

11. El amor después del arbitraje

En el supuesto de que cualquiera de las relaciones sentimentales que hemos abordado en el presente estudio, se generara una vez concluido el proceso arbitral, estimamos que ese hecho resultaría irrelevante para el arbitraje.

Sin embargo, es claro que si existiese en camino un proceso de anulación de laudo, las personas involucradas deberían tener mucho cuidado, pues la parte perdedora en el proceso arbitral podría utilizar tal situación como argumento de defensa para influir ante la Sala de la jurisdicción ordinaria que conozca la causa, deslizando el argumento de la parcialidad del extribunal arbitral, y que ella se derivó de la situación antes descrita.

Si bien serían sólo fuegos artificiales, sería mejor evitarlos.

12. No se trata de un *numerus clausus*

Queda claro que este estudio no representa una enumeración taxativa de casos, pues el amor y el arbitraje ofrecen infinidad de supuestos en los cuales podríamos relacionarlos.

En esos casos, pues, aplicaremos las consideraciones formuladas, cambiando lo que —dada la particularidad de cada caso— haya que cambiar.

Lima, julio del 2013

Sin sentido*

Sumario: 1. Motivación.— 2. Palabras liminares.— 3. El arbitraje como juicio privado: breves reflexiones sobre su definición.— 4. Arbitraje y Constitución: una simbiosis constante y existente.— 5. Alcances sobre el delito de prevaricato en el Perú.— 6. Críticas al Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR: sobre la pretendida intención de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato.— 6.1. La recusación en el arbitraje: el paradigma del control interno.— 6.2. El control de los Tribunales ordinarios.— 6.3. Arbitraje y amparo: un control ulterior e indirecto.— 6.4. ¿Quién puede ser árbitro?: el árbitro no siempre es abogado.— 6.5. ¿Y el arbitraje de conciencia?— 6.6. El árbitro no es un funcionario público: sobre su falta de exclusividad.— 6.7. La pretendida penalización de los árbitros y la calidad del medio arbitral.— 6.8. Encareciendo los costos del arbitraje.— 7. A manera de conclusión.

1. Motivación

El presente estudio gira en torno al Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR (presentado por la señora Congresista, doctora Rosa Mavila León/Acción Popular-Frente Amplio). Posteriormente, se presentaron en el Congreso otros proyectos en este mismo sentido que tiene como fina-

---

* Este trabajo corresponde en coautoría al señor Marco Andrei Torres Maldonado, quien en septiembre del 2013, cuando lo escribimos, era practicante de mi Estudio de Abogados.
Marco, a la fecha, es Asociado del Área de Derecho Civil y Corporativo del Estudio Fernández, Heraud & Sánchez Abogados. Profesor adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

lidad la modificación del artículo 418 del Código Penal, a fin de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato.

En el año 2015, incluso el Poder Ejecutivo consideró aprobar un Decreto Legislativo en este sentido. Felizmente nuestras autoridades acogieron las sugerencias del medio arbitral en sentido contrario.

Las siguientes páginas proponen un análisis crítico de cada uno de los supuestos que se verían afectados y las diversas consecuencias perjudiciales que se presentarían con la implementación de dicha fórmula legal. Consideramos que la aprobación de este Proyecto de Ley, únicamente tornaría el arbitraje más gravoso, extremadamente judicializado, inequitativo y poco eficiente. Estaríamos pues, ante un peligro muy grande para la administración de justicia en el Perú.

2. PALABRAS LIMINARES

No cabe duda de que el desarrollo del arbitraje en el mundo ha sido enorme en los últimos años, habiendo devenido en una vía utilizada con mucha frecuencia para la resolución de conflictos, lo que le otorga una importancia —verdaderamente— significativa. Incluso, nuestra Constitución, al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a los particulares y aun al Estado, dejar de lado la jurisdicción ordinaria o natural, recurriendo al arbitraje como fórmula alternativa.[57]

El arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria, pero para que esta convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos mecanismos. En tal sentido, Caivano[58] sostiene que así como los árbitros deben comprender las limitaciones —como

[57] En efecto, el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

[58] CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2000, p. 35.

la falta de *coertio*— que les impone su origen privado, es necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos, aceptando también sus propias limitaciones, como son la de no intervención en materias sometidas a arbitraje.

Sin embargo, debemos advertir que el arbitraje no es el reino del autoritarismo, del descontrol, un ámbito no fiscalizado y, por ende, sin responsabilidad por parte de los árbitros.

Y es por eso que llama la atención el Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR que busca modificar el artículo 418 del Código Penal, a fin de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato.

3. El arbitraje como juicio privado: breves reflexiones sobre su definición

Se suele conceder que una de las conquistas de mayor importancia en la administración de justicia es —históricamente— la pluralidad de instancia. También el azar en quien asume como juzgador de una causa juega un papel importante en lo que se pretende es la perfección de los procesos judiciales que buscan superar las injusticias de tiempos pretéritos signados por la barbarie. La publicidad de los juicios tiene la misma lógica, exorcizar el secreto que es fuente de todo abuso. Y como el abuso es lo que la justicia trata de proscribir de la Tierra, se exige que la ley sea igual para todos y, por tanto, que nadie escape a los procedimientos que ésta establezca previamente en materia de justicia, de tal modo que todos, por igual, sean medidos por la misma vara.[59]

[59] Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores y Cátedra Garrigues, 2006, vol. I, pp. 33 y 34.

De ahí que, nadie tampoco pueda pagarse su justicia sino que ésta sea accesible a cualquiera merced a la gratuidad de su administración. Porque, finalmente, de todo esto es que se trata la justicia, según se dice, en una visión popular y política[60] tan difundida que es moneda común y corriente en casi todas las constituciones[61] del mundo occidental y cuyo cuestionamiento constituiría una herejía contra la modernidad y un retroceso a las cavernas.

Pues bien, ninguno de los principios de la ortodoxia judicial expuestos hasta aquí como garantías inalienables de la administración de justicia en el mundo civilizado que se dice es, el mundo moderno, están considerados en esa otra manifestación de la justicia conocida como arbitraje.[62]

---

[60] Según Fernando de Trazegnies, se trataría de la visión del derecho liberal clásico de la administración de justicia, cuyo dogma es «[…] ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología moderna o liberal». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español: Libro Homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky*. Lima: Cultural Cuzco, 1989, pp. 546 y 547.

[61] La Constitución Política del Perú de 1993 recoge esta visión de la justicia en su artículo 139, que regula la función jurisdiccional del Estado, el mismo que prescribe al respecto:

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: […]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
4. La publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley. […]
6. La pluralidad de instancia. […]
16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. […]».

[62] «El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el derecho liberal clásico) […] el arbitraje actual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial sino que pretende sustituirse al Poder Judicial en una serie

Existen numerosas definiciones del arbitraje, acaso demasiadas, pero casi todas soslayan un elemento fundamental, esto es, que el arbitraje es el prototipo de la administración de justicia.[63] Es la forma más elemental de la jurisdicción, que, por simple, también es más eficiente.

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa.[64] Porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia, pero que ésta no es igual a la que administra el Estado.[65]

---

de campos donde considera que el sistema formal y oficial no es eficiente». De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

63 Uno de los pocos autores que hemos encontrado que hacen mención al arbitraje como modelo primigenio de la administración de justicia es Jaime Guasp. Sin embargo, el citado autor aborda este tema a partir de la importancia histórica del arbitraje, y no desde el punto de partida de la definición. Ver: Guasp, Jaime. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956, pp. 12 y 13.

64 Éste es el caso de definiciones de tratadistas como Humberto Briseño, quien afirma que se configura el supuesto de arbitraje «cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes; […]». Briseño, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21.
Como vemos, no se trata del hecho de que este medio privado de solución de controversias existe en virtud de que las partes se sustraen a la jurisdicción del Poder Judicial.

65 En esta línea se halla Juan Guillermo Lohmann, quien define al arbitraje como «la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades». Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca

Y, en efecto, así parece entenderlo en el Perú la Constitución Política de 1993 en el primer numeral del artículo 139, cuando reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado. Aquí, nuestra Carta Política instituye expresa jurisdicción arbitral. Por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma oficial —aunque no estatal— de administrar justicia.

¿Es el arbitraje una herejía como aprehensión de la administración de justicia? Todo depende del cristal con que se mire. Si lo hacemos desde el prisma del dogma de la soberanía del Estado Nación y de los principios ideológicos que lo inspiran, como el de la unidad y exclusividad de la todopoderosa función jurisdiccional del Estado, sí, sería una herejía. Si, por el contrario, miramos cómo ese dogma y sus principios agreden hoy con la ineficiencia la administración contemporánea de la justicia, hasta convertirla en una injusticia, sin duda que la herejía sería ésta y no el arbitraje.

¿Es acaso el arbitraje una manera reaccionaria de administrar justicia? Pues claro que lo es. Porque todo aquello que no funciona —y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho en el pantano de sus propios dogmas, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presente y sus circunstancias le plantean— da lugar a una reacción. Y la reacción es positiva cuando «La congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el

---

Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, volumen v, 1987, p. 39.

Sara Feldstein y Hebe Leonardi también expresan que «el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales». Feldstein, Sara y Hebe Leonardi. *El arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, p. 12.

meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial […]».[66]

4. Arbitraje y Constitución: una simbiosis constante y existente

La Constitución «Es la norma jurídica suprema y abierta que organiza el poder político, estableciendo mecanismos de control del mismo, y que regula los aspectos esenciales de la vida en sociedad desde unos postulados democráticos».[67] Ella es una verdadera norma jurídica[68] y no una mera sucesión de principios programáticos. Y como norma posee fuerza y carácter vinculante, esto es, liga los poderes públicos con los ciudadanos.

La Constitución se sitúa, a la vez, en la cúspide y centro del sistema jurídico, por lo que a ella compete recoger los aspectos básicos y fundamentales de la comunidad a la que está destinada. Dentro de las funciones que desempeña la Constitución, Schneider[69] plantea la unidad, justificación, protección y ordenación. Además de éstas, también tenemos el rol de integrar, pues su contenido cultural y valorativo le permite desempeñar esta función con tantas implicaciones metajurídi-

---

66 De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

67 Fernández Rodríguez, José Julio. *Los fundamentos del Derecho Constitucional: Derecho, Estado y Constitución*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 95.

68 Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional: «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política)». (Expediente n.º 0030-2005-PI/TC).

69 Schneider, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35 y ss. «Por su propia naturaleza, la Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y del proceso integrador». Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 62 y ss.

cas y apoyos estructurales. Por ende, la Constitución es norma y —al mismo tiempo— realidad integradora que se concreta históricamente con el quehacer de las personas.

En tal sentido, y conforme se desprende del texto expreso del artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política, el arbitraje constituye una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; puesto que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar».[70]

El propio Tribunal Constitucional[71] ha señalado que debe protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de no interferencia. En efecto, ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en otras oportunidades,[72] que el artículo 139 de la Constitución, consagra en su inciso tercero, la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza a las partes que ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

---

70 Sobre ese mismo punto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando la naturaleza jurisdiccional del arbitraje: «El artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada». (Expediente n.° 6167-2005-PHC/TC).

71 Fundamentos 12 y 13 de la sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. Cabe recordar que dichos fundamentos —al igual que el 8, 11, 14, 17 y el 18— son de carácter vinculante.

72 Fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente n.° 1567-2006-PA/TC.

De esta manera, todo árbitro tiene que estar sometido al control constitucional, por cuanto la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, como lo menciona el Tribunal Constitucional, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionalmente reconocidos.

Dentro de tal orden de ideas, los árbitros no se encuentran exceptuados de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, ya que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional.*

5. Alcances sobre el delito de prevaricato en el Perú

Según la Real Academia Española, la voz «prevaricato» se origina en el latín *prevaricatus*.[73] Y haciendo castellana esta última, dice que prevaricar es la acción de cualquier funcionario que de una manera análoga a la prevaricación, falta a los deberes de su cargo. Por prevaricación, a su vez, se entiende el actuar delictivo de los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia.[74]

---

[73] La palabra «prevaricato» etimológicamente se compone de dos expresiones latinas: *prae* y *varus*, lo que quiere decir huesos de las piernas torcidos. En consecuencia, el significado que se ha querido dar, estableciendo este nombre para determinados actos, es que las personas que los ejecutaban se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua. Así, Moreno, Rodolfo. *El Código Penal y sus antecedentes*. Buenos Aires: H.A. Tomáis Editor, 1923, tomo vi, p. 267. También tiene el sentido de trastocar, invertir el orden lógico de las cosas, ya que el juez prevaricador, en vez de la ley coloca su propio capricho. Romero Rojas, Iver. *El prevaricato*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho, 1971, p. 6.

[74] Ferreira Delgado, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, 2.ª edición, p. 123.

Ahora bien, en la actualidad la palabra «prevaricato» se emplea para designar la violación de distintos deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada.[75] La tipificación penal, se encuentra descrita en el artículo 418 del Código Penal peruano, en los siguientes términos:

> Artículo 418.- *Prevaricato*
> El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

La finalidad de la norma de prevaricación judicial y fiscal es garantizar el correcto ejercicio de la administración pública, preservándola de comportamientos que comprometan la función y el servicio público, que importen abuso de poder y arbitrariedades por parte de dichos funcionarios.

A decir de Raúl Peña Cabrera,[76] el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública. Estos delitos impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. Agrega Frisancho Aparicio,[77] «Y todo lo que signifique menoscabo grave a

---

[75] Moreno, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 8.

[76] Peña Cabrera, Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Fecal, 2002, p. 115.

[77] Frisancho Aparicio, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Lima: Jurista Editores, 2000, p. 172. «La doctrina contemporánea, en forma mayoritaria y con ciertos matices, afirma que el bien jurídico tutelado en el delito de prevaricato es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, entendida como institución fundamental para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país, preservándola de comportamientos que comprometan la función y el servicio público que importen abuso de poder

la imparcialidad transparencia y eficacia de la administración debe ser conjurado por el derecho penal. En cuanto a una expresión concreta de esa administración pública es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, de allí que la prevaricación judicial y fiscal afecta a este bien jurídico específico. Por otro lado, se considera que el comportamiento prevaricador involucra un gravísimo menoscabo a la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial». El servicio público de impartimiento concreto de justicia se ve afectado cuando se lesionan las expectativas legítimas de justicia de la ciudadanía a tener una respuesta oficial bajo estándares mínimos y suficientes de profesionalismo, ponderación y racionalidad.[78]

En relación con el sujeto activo del delito de prevaricato, es necesario recordar que se trata de un delito especial, propio y singularizado por la reducción —en extremo— del círculo posible de autores. Sólo los jueces y fiscales pueden cometer este delito y en un contexto de vinculación funcional estricta, ya que el tipo penal exige que la conducta típica se halle vinculada al acto de dictar resolución o emitir dictamen. Vale

—esto es, arbitrariedades— por parte de dichos funcionarios públicos, es decir, de la actuación arbitraria de los que integran los órganos jurisdiccionales». Peña Terreros, Luis. «El delito de prevaricato en la jurisprudencia y doctrina penales». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, año 10, n.º 77, 2005, p. 65.

[78] En tal sentido, a nivel de la jurisprudencia peruana se ha sostenido que «El artículo 418 […] se fundamenta en el principio de legalidad del Derecho Penal, es decir, que el Juez o el Fiscal realicen su trabajo en estricto cumplimiento de la Constitución y las leyes vigentes. Es uno de los delitos que más daño puede ocasionar a la correcta administración de justicia. Al establecerse que el Poder Judicial y Ministerio Público sean los encargados de solucionar el conflicto de naturaleza penal surgido en la sociedad, se exige que los magistrados integrantes de los mismos sean personas capaces de dar la solución acertada al conflicto, para lo cual, deben someter su accionar a la Constitución y a la Ley. Es decir, que la solución del conflicto no pasa ya por los usos y costumbres como en sus orígenes, sino que ahora se requiere la aplicación de la ley que corresponde al caso concreto, y que precisamente fue creada por el legislador para situaciones como aquélla». (Expediente n.° 3412-97-Lima).

decir —como indica Fidel Rojas—,[79] que los demás actos procesales de dichos funcionarios son inidóneos o irrelevantes para apreciar en ellos la posibilidad de conducta prevaricadora.

En ese sentido, para que hablemos de prevaricato, la condición *sine qua non* es que exista previamente un proceso, dentro del cual, es el magistrado quien comete este delito.[80] En nuestro país, sólo el juez y el fiscal pueden ser autores, considerados en todos sus niveles o jerarquías (Jueces de paz, de primera instancia, superiores y supremos; Fiscales Provinciales, superiores y supremos), competencias por materia (penales, laborales, civiles, de familia, etc.) y jurisdicciones (ordinaria, militar).[81]

Debemos precisar, que no toda resolución contraria a ley reviste la injusticia necesaria como para configurar la conducta típica, en cuanto existen multitud de ilegalidades leves subsanables por el sistema procesal de recursos e incluso, si hay negligencia profesional, por la vía disciplinaria o administrativa. En ese sentido, la resolución a través de la que se comete el delito, debe ser una sentencia o un dictamen fiscal.

Por otro lado, una vinculación total del juez o fiscal a la norma podría originar consecuencias no deseables, pues es sabido que hay normas formalmente vigentes pero inaplicables, bien por ser caducas al conte-

---

[79] Rojas Vargas, Fidel. «El elemento subjetivo "a sabiendas" en el delito de prevaricato: Comentarios y problematizaciones». En *Estudios de Derecho Penal: Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: El Jurista, 2004, p. 434.

[80] Salazar Sánchez, Nelson. «¿En qué consiste el delito de prevaricato?: Análisis del artículo 418 del Código Penal». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, n.° 140, 2005, p. 75.

[81] También están considerados los jueces del fuero especial militar. Para ilustrarnos respecto de los agentes del delito de prevaricato, como sujeto especial, veamos la siguiente ejecutoria: «No existe delito de prevaricato y denegación y retardo de justicia, si la denunciada no es miembro del Poder Judicial, del Ministerio Público o de la Defensa, sino que desempeña una función administrativa dependiente del Poder Ejecutivo». Rojas Vargas, Fidel y otros. *Código Penal: 16 años de jurisprudencia*. Lima: Idemsa, 2007, 3.ª edición, p. 658.

ner nociones pasadas de uso, o bien por ser nulas al infringir derechos fundamentales reconocidos en textos constitucionales o tratados internacionales vinculantes para el Perú.

6. Críticas al Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR: sobre la intención de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato

El Proyecto de Ley n.º 2442/2012-CR —que pretende modificar el artículo el artículo 418 del Código Penal, a fin de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato— tiene la siguiente fórmula legal:

> Artículo 418.- *Prevaricato*
> El juez, el Fiscal o el árbitro que dicta resolución, emite dictamen o laudo arbitral, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años». (El subrayado es nuestro).

En el contenido de la Exposición de Motivos se indica que el bien jurídico tutelado, en el caso de la comisión de los delitos de prevaricato, es la administración de justicia, se tutela la rectitud, la legalidad y la honestidad de la actividad de administrar justicia; ya sea por los órganos específicamente habilitados, por la ley o por los auxiliares. Se sanciona la ofensa inferida a los intereses públicos de la administración de justicia.

Estamos de acuerdo cuando se menciona, como sustento del proyecto de ley, que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que ella tiene su origen, y en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la Constitución.

Sin embargo, nos parece cuestionable cuando se señala que los árbitros están facultados para administrar justicia igual que los jueces y fiscales; «sin embargo, no son fiscalizados ni sancionados igual que éstos». Al respecto, debemos señalar que la jurisdicción arbitral (es decir, los propios árbitros), tiene controles internos, controles de la jurisdicción ordinaria e inclusive controles de la jurisdicción constitucional.

6.1. La recusación en el arbitraje: el paradigma del control interno

No cabe duda de que todo el sistema arbitral gira en torno al árbitro, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio descansa la confianza y la eficacia del arbitraje. Recordemos que las partes buscan nombrar como árbitros a personas que gocen de determinada capacidad y pericia para resolver el conflicto de la manera más eficaz; es decir, a profesionales especialistas respecto de la controversia que se halla sometida al arbitraje.

Al respecto, William Park[82] señala que se debe tener en cuenta que, a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

Dentro de tal orden de ideas, la importancia práctica que juega el papel de los árbitros en la institución del arbitraje es verdaderamente significativa, en la medida de que si éstos tienen una conducta que se

[82] Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, n.º 2, p. 14. «La selección de los árbitros es quizá el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más de que intervenga una institución, el éxito o fracaso dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia». Caivano, Roque J. *Op. cit.*, pp. 171 y 172.

caracteriza por la falta de imparcialidad y probidad en sus actos y decisiones, la consecuencia práctica será la pérdida de confianza en esta institución como medio alternativo eficiente de solución de controversias.

Así, es factible que se susciten ciertas dudas respecto de la imparcialidad de los árbitros, conflictos entre éstos y algunas de las partes que conducen a la inhibición del árbitro, ya sea espontáneamente o en virtud de la recusación formulada por una de las partes.

Al respecto, Leonardo Charry[83] sostiene que la importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos, sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia.

El temor a la ausencia de objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues su *ratio essendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene. Éste es un control estrictamente de las partes, pues las legitima para cuestionar la idoneidad del árbitro en relación al caso materia de arbitraje.

---

[83] Charry Uribe, Leonardo. *Arbitraje Mercantil Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 53. De manera muy similar, Fernando Vidal indica que la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. La recusación puede ser planteada por las partes no sólo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando éstos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral o por la jurisdicción ordinaria. Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 85.

El artículo 28 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, establece lo siguiente:[84]

> Artículo 28.- *Motivos de abstención y de recusación*
> 1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
> 2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
> 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
> 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

---

[84] Por lo general, los reglamentos y códigos de ética de los centros de arbitraje dicen cosas muy parecidas en cuanto a la recusación. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, establece tres supuestos como causales de recusación; a saber:
«Artículo 225.- *Causales de Recusación*
Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:
1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224.
2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

Por su parte, el artículo 224 del mismo Reglamento establece que los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento». (El subrayado es nuestro).

Esta norma —al establecer tales estándares jurídicos como causas de recusación— se sustenta sobre la base de la confianza depositada por las partes en el árbitro, siendo ese elemento fiduciario sustancial, al ser el árbitro el encargado de resolver, por lo general en única instancia, la controversia que le planteen las partes. *Ergo*, existe en su naturaleza inicial una forma de control interno al proceso respecto al actuar —potencial— del árbitro. Por ende, si se evidencian indicios contrarios al interés de uno de ellos, la parte afectada se encuentra legitimada para recusarlo y proceder a la designación de otro.

6.2. El control de los tribunales ordinarios

Como bien sabemos, el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir alguna forma de control externo sobre el proceso arbitral.

Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.[85]

[85] Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007, p. 373.

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial y al debido proceso. Por ello, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia. El artículo citado prescribe:

> Artículo 62.- *Recurso de anulación*
> 1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación.
>
> Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
> 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral». (El subrayado es nuestro).

El inciso 1 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece que contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. El referido inciso ha querido establecer, de una manera muy clara, que no existe otra vía impugnatoria para cuestionar un laudo, que el recurso de anulación. De esta manera se han cerrado todas las puertas.

La ley se encarga de señalar que el recurso de anulación no es un recurso abierto, en el sentido de que se pueda recurrir a la anulación recreando, construyendo o inventando nuevas causales que no sean las

previstas taxativamente en el artículo 63. Esto es muy importante, por cuanto la ley busca que el recurso de anulación constituya una situación absolutamente excepcional, que no pueda dar lugar a articulaciones maliciosas de las partes, de allí que su naturaleza sea la de un *numerus clausus.*

El artículo 62 de la ley agrega, en su inciso 2, que el recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestos por el tribunal arbitral.

Aquí, queda claro que el recurso de anulación no es un recurso de apelación. El recurso de anulación, evidentemente, busca, dentro de la estrategia procesal de las partes, el que quede sin valor un laudo arbitral. Sin embargo, en el fondo lo que buscan las partes es tratar de que la decisión del tribunal no se aplique, pero no es que el laudo no se va a aplicar por una cuestión de fondo, porque el tribunal arbitral se ha equivocado en la aplicación del derecho o porque las teorías adoptadas por el tribunal arbitral no son correctas.

El inciso 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje prohíbe a los tribunales ordinarios —bajo responsabilidad— que cuando conozcan este recurso se pronuncien sobre el fondo de la controversia.[86] En otras pala-

[86] Ana María Arrarte se expresa en similares términos, al señalar que si entendemos que a través de la celebración del convenio arbitral, la partes —autorizadas expresamente por el ordenamiento jurídico— han renunciado a que la controversia suscitada entre ellas, sea materia de decisión por una autoridad judicial, precisamente para someterla al pronunciamiento de un tribunal arbitral, nos parece claro que una revisión judicial, sea en el fuero común o constitucional, no puede entrar al análisis del contenido de la decisión, sino que se debe limitar a verificar los aspectos esenciales que determinan la validez del laudo. Esto es, podrá anular la decisión arbitral, mas no pronunciarse sobre el fondo de la controversia, en tanto carece de competencia para ello. Arrarte Arisnabarreta, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación del

bras, este inciso consagra y reafirma un hecho: el fondo de la controversia ha sido resuelto absoluta y definitivamente por el tribunal arbitral.

Debemos precisar que el recurso de anulación se trata de un control *ex post,* es decir, una vez concluido el proceso arbitral. La anulación de laudo arbitral constituye un recurso extraordinario que se interpone ante el Poder Judicial, en concreto, ante la Sala Comercial o Civil Competente de la Corte Superior del Distrito Judicial que corresponda, con la finalidad de revisar defectos de índole formal contenidos en el laudo, y cuya naturaleza impide toda posibilidad de revisión de elementos de fondo.[87] De esta forma, el recurso de anulación, aun cuando se tramita en sede judicial, no configura bajo ninguna circunstancia, una demanda.

Naturalmente, la existencia del recurso de anulación ha conllevado a un proceso de «judicialización» en pro de que ésta se encuentre fiscalizada con el fin de armonizar el interés privado y público.

6.3. Arbitraje y amparo: un control ulterior e indirecto

Es un principio dentro de un Estado Constitucional de Derecho que en todo proceso arbitral se tiene que respetar y garantizar los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso, siendo claro que deben establecerse los mecanismos de control que garanticen su eficacia, evitando situaciones de arbitrariedad o abusos del poder conferido a los árbitros. Esto ha conllevado a que las decisiones de los árbitros no se agoten so-

---

laudo y el proceso de amparo». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Embajada de Francia, 2008, vol. 6, p. 139.

87 Siguiendo a la doctrina española, el recurso de anulación «no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución». Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch, 2000, p. 211.

lamente ante los tribunales judiciales ordinarios, sino que son pasibles de ser sometidas a un ulterior, pero indirecto, control constitucional.[88]

> Resulta claro que el referido recurso de anulación no es una etapa procesal integrante del arbitraje. Se trata más bien, por sus propias finalidades, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito es constituirse en la vía idónea para la impugnación de laudos arbitrales. Lo expuesto, lógicamente, no impide que, posteriormente, se cuestione mediante el amparo la actuación en el proceso judicial de anulación por infracción del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional y de forma que se garantice la optimización de los bienes constitucionales comprometidos.[89]

Atendiendo a que la actividad arbitral no sólo interesa a las partes involucradas, sino que —como todo mecanismo de solución de conflictos— trasciende al interés público, es menester que el control[90] al

---

88 «El afectado también puede recurrir a los jueces constitucionales cuestionando la validez de la decisión arbitral, correspondiéndole a éstos la verificación de tal denuncia. Aquí nos estamos refiriendo al denominado proceso de amparo arbitral». Piqué Buitrón, Evelyn. «El proceso de amparo y el arbitraje». En *Arbitraje y Constitución.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 21, p. 261.

89 Álvarez Miranda, Ernesto y Gonzalo Muñoz Hernández. «La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional». En: *Arbitraje y Constitución. Ob.cit.*, p. 40.

90 «Por último, ¿quién debe tramitar y resolver el recurso que se presente para controlar el exceso de poder de los árbitros? Si estamos hablando de "mecanismos de control", obviamente no podrán ser los propios árbitros los que se "controlen" a sí mismos. Pero, ¿podrán intervenir otros árbitros o una instancia administrativa de alguna institución arbitral? Consideramos que la respuesta debe ser contestada en sentido negativo, por cuanto la articulación de mecanismos de control del arbitraje debe ser necesariamente desarrollada por instancias ajenas al quehacer arbitral. Además, debemos recordar que el arbitraje no sólo interesa a las partes del conflicto, sino también a la sociedad en su conjunto que tiene legítimo interés de que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible, pero, a la vez, lo suficientemente controlada como para que no se presenten excesos o abusos.

que hacemos referencia, sea ejercido por instancias ajenas al quehacer arbitral, por lo que nos encontramos en un escenario que compete —ulteriormente— al Tribunal Constitucional.

La primera vez que se trató acerca de un control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral data del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un tribunal arbitral y el denominado Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (Cearco Perú).[91] En aquella oportunidad nuestro Tribunal Constitucional dejó claramente establecido en el fundamento tercero de la resolución que:

> […] la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un tribunal arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar […] no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral […].

Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia en relación con el control constitucional de las decisiones judiciales (que, como se sabe, sólo permitía la defensa de derechos constitucionales estrictamente procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar la opción descrita, de una forma no menos restringida que la que ya se daba para otras manifestaciones de control.

¿Qué instancia ajena al quehacer arbitral puede desarrollar la importante labor de control? Pues únicamente el Poder Judicial». Cantuarias Salaverry, Fernando. *Op. cit.*, p. 379.

91 Sentencia recaída en el expediente n.° 189-1999-AA/TC.

En ese orden de ideas, una sentencia relativamente reciente, recaída en el expediente n.° 00142-2011-PA/TC, que data del mes de septiembre del año 2011, ha precisado, entre otras cosas, que siempre que se pretenda cuestionar un laudo arbitral o una decisión que al interior del proceso arbitral afecte algún derecho fundamental, deberá acudirse previamente a la vía procedimental específica, como es el recurso de anulación.

En consecuencia, resulta cuestionable sostener —como lo considera el Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR— que los árbitros y los laudos que éstos emiten, carecen de fiscalización alguna. En tal sentido, el hecho —imposible de evitar— de que existan algunos casos en nuestro país en los cuales los árbitros resuelven contraviniendo los principios que rigen la administración de justicia, no legitima al Estado para que —como si fuese de última *ratio*— ejerza su *ius puniendi* y despliegue su caduco sistema penal sobre los particulares, quienes de por sí —como lo hemos anotado— asumen un control —incluso extremo y lastimosamente «judicializado»— del laudo arbitral en distintas instancias judiciales (comerciales/civiles y hasta constitucionales).

Sería inconcebible creer que en el caso de un laudo que no ha sido anulado en sede comercial ni constitucional, su autor —esto es, el árbitro— pueda ser denunciado por delito de prevaricato, pues —se debe entender que— no existe sanción alguna sobre la validez del laudo; *ergo*, sería un despropósito denunciar por prevaricato a ese árbitro cuando su laudo no ha sido anulado a nivel comercial ni constitucional, es decir, cuando se trata de un laudo firme. Y, si es firme, significa que el ordenamiento jurídico lo reconoce y acepta. En consecuencia, si se pensara en comprender al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato —criterio que no compartimos—, únicamente cabría —en esta hipótesis— denunciarlo cuando el laudo arbitral hubiese sido anulado, lo que —de por sí— constituiría un excesivo control sobre el arbitraje, incluso mayor al que recae en la competencia del Poder Judicial.

Naturalmente, la sola anulación de un laudo no implica —en lo absoluto— que nos encontremos dentro de alguno de los supuestos del artículo 418 del Código Penal. Por lo demás, el prevaricato es un delito doloso, por lo que quedarían al margen todos aquellos supuestos en que se hubiese tipificado pero por negligencia.

6.4. ¿Quién puede ser árbitro?: el árbitro no siempre es abogado

Dante Barrios de Angelis[92] define que el «Árbitro es una persona designada por las partes, solas o en colaboración con el juez, o por éste exclusivamente, a los efectos de producir un arbitraje». Ahora bien, para garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros.

Generalmente, estos requisitos están referidos a la edad y la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro. Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley aplicable al arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales.[93]

El tercer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

> Artículo 52.- *Solución de controversias*
> […]
> El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con

[92] Barrios de Angelis, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 68.

[93] Cantuarias Salaverry, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 67.

> el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 220 del Reglamento establece lo siguiente:

> Artículo 220.- *Árbitros*
> El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único.
> El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados. (El subrayado es nuestro).

En primer lugar, vemos que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla la posibilidad de que las controversias sean resueltas por árbitro único o por un tribunal colegiado.

Asimismo, como sabemos, el arbitraje en materia de contratación pública es un arbitraje de derecho. Es más, la Ley de Arbitraje en la práctica relega a una condición verdaderamente mínima o supletoria al arbitraje de conciencia al cual, incluso, no denomina por su propio nombre.[94]

A nuestro entender, esto es acertado en la medida de que se trata de buscar la aplicación correcta de las normas que, por lo demás, muchas

[94] En efecto, a diferencia de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, cuyo artículo 3 distinguía entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la Ley de Arbitraje en vigencia, Decreto Ley n.º 1071, no contempla un artículo similar. El tema se trata de manera tangencial en el inciso 3 del artículo 57, sobre normas aplicables al fondo de la controversia, señalando que «[…] el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello».

de ellas son de orden público.[95] Dicha normatividad regula la contratación estatal para zanjar las diferencias referidas a la ejecución de los contratos, que precisamente es el ámbito delimitado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Reglamento, a efectos de que los tribunales arbitrales conozcan este tipo de controversias.

Sin embargo, lo usual es que los tribunales arbitrales de derecho estén compuestos por abogados, es decir, por gente de derecho. En ese sentido, si un tribunal arbitral está compuesto por abogados, se encontrará en la capacidad de conocimiento y de entendimiento, para poder laudar conforme a derecho. Es decir, para emitir un laudo de derecho. Ello, obviamente, más allá de que se pueda equivocar o pueda —voluntaria o involuntariamente— no aplicar normas legales que debía aplicar.

Lo curioso —y adecuado— es que en materia de contratación estatal, para poder laudar conforme a derecho, es decir, para emitir un laudo de derecho, no necesariamente debemos estar frente a un tribunal arbitral conformado únicamente por abogados, tal como lo permiten el citado artículo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[96] y el —también citado— artículo 220 de su Reglamento.

---

[95] Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *Arbitraje en la contratación pública*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 7, p. 142.

[96] Cabe señalar que la posibilidad de que un tribunal arbitral colegiado esté conformado por árbitros cuyas profesiones fueran distintas a las de abogado, no constituye una novedad, en tanto el tema también estuvo regulado de esta forma en los antiguos Reglamentos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En cambio, sí resulta una novedad que ahora dicha posibilidad sea compatible con la Ley de Arbitraje.
Nos explicamos.
El segundo párrafo del artículo 25 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía que «el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados». En ese sentido, si como sabemos el arbitraje sobre contratación pública era un arbitraje de derecho, siguiendo el citado artículo 25, todos los árbitros debían ser abogados. Sin embargo, la normativa de contratación pública no seguía lo establecido por el referido artículo 25, ya que contemplaba y contempla la

Si el tribunal arbitral estuviese integrado por un árbitro único, ese árbitro único tiene que ser necesariamente abogado. Y si el tribunal arbitral fuese uno colegiado, es decir, un tribunal compuesto por tres árbitros, únicamente el presidente tiene que ser abogado, pudiendo los otros dos profesionales ser de especialidades de conocimiento distintas. Es decir, podríamos encontrarnos perfectamente ante un tribunal arbitral en donde una de las partes designe como árbitro a un ingeniero y la otra parte designe como árbitro a un arquitecto. Y dichos árbitros de parte tendrían la obligación de escoger como presidente del tribunal arbitral a un abogado.

Al respecto, Kundmüller[97] señala que, en virtud del principio de especialidad, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados. Esto es posible, siempre que la presidencia del tribunal sea ejercida por un abogado, garantizando la normativa de contrataciones y adquisiciones que este tribunal produzca un laudo de derecho.

Por otro lado, la interrogante que puede asaltar al lector, es en qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente por personas de conocimientos o especialidades ajenas al derecho, podría estar en aptitud de laudar conforme a derecho. Se podría alegar, sin duda, que el presidente del tribunal debería constituir o representar una especie de guía en la resolución del caso.

Sin embargo, todos sabemos que el presidente, más allá de las facultades decisorias o de dirimencia que establece la propia Ley de Arbitra-

---

posibilidad de que siendo un arbitraje de derecho, alguno de sus árbitros sean profesionales distintos a los abogados.

97 Kundmüller Caminiti, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. 2003, n.º 34, p. 72.

je,[98] y que no corresponde desarrollar en este trabajo, es simplemente un árbitro entre tres, y que su decisión no necesariamente podrá modificar, convencer o persuadir a aquéllas de los otros árbitros que lo acompañan en la integración de este tribunal arbitral.

¿En qué medida un laudo de derecho puede apartarse de normas de derecho? ¿En qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente —por ejemplo— por ingenieros o arquitectos puede laudar apartándose de esas normas de derecho o, incluso, yendo contra esas normas de derecho?

Lo adecuado sería que si se tratara de árbitros ajenos a la profesión de abogado, ellos deberían informarse lo suficiente y asesorarse bien, ya sea por el presidente o por su cuenta, a efectos de no incurrir en errores, y siempre cuidando la salvaguarda del principio de confidencialidad, para que las materias que conozcan en los procesos arbitrales no sean objeto de difusión pública con respecto a terceros, salvo las cuestiones esquemáticas o fundamentales, tratando de obviar partes, nombres y situaciones específicas, con el objetivo de que ningún tercero se pueda enterar de situaciones controvertidas única y exclusivamente en los propios procesos arbitrales.[99]

Ello no obsta a que dichos servicios de asesoría o consultoría jurídica —a los que recurra el profesional ajeno al derecho que conforma un tribunal arbitral—, por negligencia, sean ejecutados de manera poco profesional, conllevando a fundar su opinión en leyes derogadas o

---

[98] Recordemos que el artículo 52 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:
«Artículo 52.- *Adopción de decisiones*
1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda. […]». (El subrayado es nuestro).

[99] CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Op. cit.*, p. 145.

—incluso— contrarias al derecho. ¿A qué situación conllevaría eso? Conforme al Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR, equivaldría a denunciar al árbitro por el delito de prevaricato, es decir, que se denunciaría por prevaricato a alguien que —por más información que acopie— no tiene formación jurídica.

Ello sencillamente, como resulta claro, sería absurdo.

6.5. ¿Y el arbitraje de conciencia?

En el arbitraje de derecho los árbitros deben resolver las controversias aplicando el ordenamiento jurídico, al igual que un juez. Por el contrario, en el arbitraje de conciencia, los árbitros fallan de acuerdo a su leal saber y entender. Si bien existen varias razones por las cuales las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de derecho,[100] también existe el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

---

[100] Fernando de Trazegnies menciona que el arbitraje de conciencia goza —muchas veces— del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo. Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.
También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, n.° 12, p. 116.

En efecto, existe el temor de que mediante un arbitraje de conciencia se pueda contravenir lo establecido por la ley. Ciertamente no resulta lógico ni deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Por ello, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, dicha solución no debería pasar por pisotear la ley.

Algunos podrían argumentar con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. Ésta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga,[101] para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos ni en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral.

No compartimos dicha posición, ya que —a entender nuestro— no resulta coherente que el ordenamiento jurídico dé carta blanca para su eventual violación a través del arbitraje de conciencia.

Fernando de Trazegnies[102] advirtió sobre la presencia del círculo vicioso en que incurre generalmente la doctrina. En efecto, el referido autor sostiene que caemos ante un perfecto razonamiento circular cuando se dice que el arbitraje de conciencia funciona conforme al leal saber y entender del árbitro; y, a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad, pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que los árbitros consideran equitativo, según su leal saber y entender.

---

[101] ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17 y ss.

[102] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». *Op. cit.*, p. 116.

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann,[103] quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extra-jurídicos, ya que el ordenamiento legal es dejado de lado por completo. Y, por tanto, es perfectamente posible que el laudo de conciencia sea contrario a ley. Sin embargo, dicho autor precisa que a través del arbitraje de conciencia se puede resolver dejando de lado las normas legales dispositivas aplicables al caso y, asimismo, se pueden dejar de aplicar disposiciones contractuales que se consideren injustas, pero nunca dejar de lado las normas imperativas.

Recordemos que el inciso 3 del artículo 57 de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que las partes pacten arbitraje de conciencia, al establecer que «en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello».

Con esta modificación se está regresando a lo establecido en la primera Ley General de Arbitraje, en donde el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de conciencia era la excepción. En efecto, el último párrafo del artículo 3 del Decreto Ley n.° 25935,[104] establecía que a falta de pacto expreso, se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho.

En tal sentido, un arbitraje es de conciencia cuando el o los árbitros designados por las partes resuelven la controversia sometida a su juicio según les parece «lo que es justo». Esta justicia que en el derecho positivo está siempre en la ley, aquí puede prescindir de ella, emanando —la

[103] Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *Op. cit.*, p. 365.

[104] Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992. Cabe señalar que dicha ley fue la primera norma especial sobre la materia en el Perú, la misma que estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988.

justicia— de la conciencia, esto es, de acuerdo a lo que saben y entienden sobre el caso el o los árbitros.

Así pues, el penalizar por prevaricato a los árbitros de conciencia —por ejemplo— sería una pretensión extremista, pues el principio general por el que se fundamentan los laudos del citado tipo de arbitraje, también es, a su vez, una excepción al inestimable principio general de la justicia positiva, pilar de cualquier sociedad civilizada. Por lo demás, en el arbitraje de conciencia tampoco se podría penalizar a los abogados y dejar de penalizar a quienes no lo son; simplemente, porque ello sería discriminatorio en perjuicio de los hombres de leyes.

El arbitraje de conciencia es el pilar en el que se asienta la democratización del arbitraje, en tanto institución para administrar privadamente la justicia. Y con todos los problemas que pueda plantear la conciencia como fuente de justicia, el arbitraje, en tanto mecanismo de solución de conflictos en el que participan directamente todos los involucrados desde su origen hasta su fin, es superior a la caduca administración pública de justicia.[105] Porque en el arbitraje de conciencia cobra pleno sentido el aforismo de que más vale un juzgador honesto que un juez «ilustrado» pero deshonesto.

6.6. El árbitro no es un funcionario público: sobre su falta de exclusividad

Debe tenerse en cuenta que el delito de prevaricato está circunscrito a jueces y fiscales, ya sea de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción militar. Ello tiene sentido, en la medida de que tales magistrados son funcionarios públicos,[106] es decir, personas que trabajan para el Estado.

---

[105] Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Op. cit.*, p. 114.

[106] El artículo 4 de la Ley n.° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública, prescribe «4.1. Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado,

Es más, en el caso de los jueces y fiscales, ellos son funcionarios a dedicación exclusiva,[107] excepción hecha sobre quienes ejercen la docencia universitaria.

En otras palabras, se trata de funcionarios públicos especializados en el ejercicio de la función para la cual el Estado los ha nombrado. En el caso de los árbitros, la situación es distinta, habida cuenta de que ellos no son funcionarios públicos sino profesionales, en su mayoría in-

---

de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado; 4.2. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto; 4.3. El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento». De manera muy similar, la Novena Disposición Final de la Ley n.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, define al servidor o funcionario público —para los efectos de dicha ley— como todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

107 El Tribunal Constitucional ha sostenido en sentencia recaída sobre el expediente n.º 0017-2003-AI/TC, que «los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146 de la Norma Suprema». En efecto, la primera parte del artículo 146 de nuestra Constitución Política prescribe que «La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo». (El subrayado es nuestro). Por otro lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo n.º 052, prescribe, en su artículo 21 —como excepciones a la exclusividad en la función fiscal—, que «No está comprendido en el inciso a) del artículo anterior participar en Comisiones Reformadoras de la Legislación Nacional o en Congresos Nacionales o Internacionales o en cursillos de perfeccionamiento profesional, siempre que se cuente con la autorización correspondiente. Tampoco lo está ejercer la docencia universitaria». (El subrayado es nuestro).

dependientes o en ejercicio liberal de la profesión, que ocasionalmente, ejercen función arbitral.

Un profesional no es árbitro *per se*, ya que tendrá tal condición en la medida en que sea nombrado y acepte el cargo de árbitro, pero bien podría ocurrir que tal situación sea poco usual dentro de las labores de esa persona. En tal sentido, cuando las partes designan a alguien como árbitro o cuando los árbitros escogen a un presidente de tribunal arbitral, lo hacen en el entendido de que se trata de una persona con determinados conocimientos y aptitudes, pero bien podría ocurrir que no los tenga.

Decimos esto, en la medida de que para ser árbitro no se requiere las mismas formalidades que el Estado exige a quien va a ser nombrado juez o fiscal. Por algo existe el Consejo Nacional de la Magistratura como organismo constitucional autónomo encargado de la selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución de los jueces y fiscales en nuestro país. Ello hace constatar que en el caso de los jueces y fiscales existe un elevado grado de especialidad, cuyos estándares deben ser uniformes e impuestos por el propio Estado, a quien sirven, prácticamente —como hemos señalado—, a dedicación exclusiva.

En cambio, se es árbitro —ocasional y eventualmente— por confianza de alguna parte litigante o, en el caso del presidente de un tribunal arbitral, porque los árbitros que forman parte de ese tribunal han depositado su confianza en él.[108]

---

[108] Al respecto, Ricardo Gandolfo Cortés ha señalado —criticando, al igual que nosotros, el Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR— que: «[…] el árbitro y el juez tienen orígenes distintos. El árbitro es un juez privado que administra justicia no porque cumple con un turno que la ley le impone sino porque es elegido, bien por las partes o por otros árbitros o por los centros designados por ellas. Quienes los eligen se someten libremente a lo que dispongan. El juez no es escogido para cada caso sino que te toca al azar de suerte tal que no cabe estipular las mismas formas de reacción frente a unos y frente a otros. Si tú seleccionas a tu juzgador no puedes pretender después enviarlo a prisión. Puedes pretender cualquier otra cosa,

Estas situaciones distintas determinan que ante diferentes niveles de exigencia para desempeño del cargo, la ley no pueda tratar por igual a jueces y árbitros en lo que respecta al delito de prevaricato. Tiene sentido, pues, que a los jueces y fiscales se les pueda sancionar por el incumplimiento de determinados deberes que les son inherentes al cargo, habida cuenta de que es inconcebible que un juez o un fiscal, por ejemplo, aplique leyes derogadas.

Y, aunque suene duro, ello sí podría ocurrir en el arbitraje, pues las propias partes se habrán corrido el riesgo de escoger a los integrantes de un determinado tribunal creyendo, por error, que tenían determinadas condiciones de las que carecían.

Por lo demás, en el caso de los jueces y fiscales, los litigantes están en la imposibilidad de proceder a escogerlos, pues nos encontramos frente a una jurisdicción preestablecida, de la cual no se puede rehuir. Distinto es el caso de los árbitros, ya que no se trata de una jurisdicción preestablecida, habida cuenta de que los tribunales arbitrales tienen jurisdicción *ad-hoc* para el caso concreto para el cual han sido designados.

6.7. La pretendida penalización de los árbitros y la calidad del medio arbitral

Si se piensa que introduciendo al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato, se va a elevar el nivel del arbitraje en el Perú, tal consideración pasa por un análisis totalmente equivocado. Decimos esto, porque si a quienes se quiere sancionar es a los árbitros deshonestos que transgreden expresamente el texto de las leyes —que, sin duda, los hay—, estamos hablando de personas verdaderamente avezadas, las mismas

---

pero no eso». Gandolfo Cortés, Ricardo. «No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel». En: *Propuesta*. 11 de agosto de 2013. http://edicionespropuesta.blogspot.com/2013/08/-puedes-mandarlacarcelquienno.html

que difícilmente dejarán de actuar en este sentido por más de que exista una norma en el Código Penal que eventualmente los sancione.

Por lo demás, debe considerarse que en los casos de árbitros deshonestos, el principal problema no está en que actúen de manera manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley o que citen pruebas inexistentes o hechos falsos, o que se apoyen en leyes supuestas o derogadas. Es obvio que nadie en su sano juicio podrá proceder de esta manera y, menos aún, aquellos árbitros que son conscientes de que están torciendo el sentido de la ley.

La inmensa mayoría de supuestos en donde un mal árbitro puede actuar para favorecer a una parte, no va por esos senderos, sino por el hecho de adoptar criterios interpretativos que no se ajustan al verdadero sentido de las normas. Esto no implica que se viole el texto expreso de una ley, sino que el texto de la misma sea interpretado conforme a determinados criterios que no deberían prevalecer.

Y, como estamos dentro del terreno de la interpretación, tales situaciones no derivarían en claros supuestos de comisión de delito de prevaricato, ya que estaríamos frente a temas discutibles en cuanto a su interpretación. En tal sentido, la norma que se propone en el Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR, no derivaría, en su aplicación práctica, en la condena de nadie.

Sin embargo, la sola existencia de este precepto sería disuasiva para que mucha gente honesta no se dedique a la función arbitral, pues las personas correctas no están acostumbradas a pasarse la vida defendiéndose como denunciados en causas penales. Es muy probable que quien en la vida mantenga una conducta opuesta, si lo esté. No olvidemos que un delincuente avezado está acostumbrado a transitar por los tribunales penales. Un hombre honesto no.

Esto determinaría, claro está, que las personas más capaces y decentes, que son, precisamente, las que el medio arbitral necesita, se alejen paulatinamente del arbitraje.[109]

Por lo demás, la sola existencia del tipo penal que incorporaría a los árbitros como sujetos activos del delito de prevaricato, determinaría que sobre los tribunales arbitrales siempre penda la espada de Damocles de una futura denuncia penal; y que los litigantes avezados y carentes de cualquier consideración ética, amenacen permanentemente a los árbitros con denunciarlos penalmente si no laudan a favor de sus intereses.

6.8. Encareciendo los costos del arbitraje

Si se incorporara a los árbitros como sujetos activos del delito de prevaricato, los honorarios de los tribunales arbitrales se verían incrementados, habida cuenta de que los centros de arbitraje (para el caso de los arbitrajes administrados) elevarían los honorarios de los árbitros y sus aranceles o tarifas administrativas, considerando que tales honorarios también deberán servir para que los árbitros y también esas instituciones puedan afrontar el costo de su defensa en un eventual futuro proceso penal.

Lo propio podríamos decir de los honorarios que fijan los tribunales arbitrales para los procesos *ad-hoc*, los mismos que —sin duda— sufri-

[109] «No se trata de incrementar la carga procesal de la jurisdicción ordinaria que se encuentra saturada alentando que absolutamente todas las discrepancias se aireen en el Poder Judicial. De lo que se trata, para fortalecer la seguridad jurídica, generar más confianza y fomentar mayor inversión, es de propiciar que cada vez más peruanos se avengan a resolver las discrepancias que confrontan los demás en sus respectivas relaciones comerciales y no en ahuyentarlos y hacerles creer que por administrar justicia con rapidez y eficiencia, que es como se solucionan los problemas en el arbitraje, puedan terminar encarcelados». Gandolfo Cortés, Ricardo. «No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel». En *Propuesta*. 11 de agosto de 2013. http://edicionespropuesta.blogspot.com/2013/08/no-puedes-mandarlacarcelquienno.html.

rían incrementos incluso mucho mayores de aquéllos de las instituciones arbitrales. En ese sentido, el Perú empezaría a desandar el buen camino transitado en cuanto a la difusión del arbitraje, ya que se elevarían las barreras de acceso al mismo, tornándolo mucho más gravoso para los litigantes, quienes podrían considerar, haciendo un análisis de costos de eventuales futuros procesos o controversias, que la jurisdicción ordinaria resultaría mucho menos onerosa que la arbitral.

Esto determinaría, finalmente, que los tribunales de la justicia ordinaria se vean más congestionados de lo que ya se encuentran, acumulando una serie de causas que hoy ya no conocen, pues han pasado a ser controvertidas en la jurisdicción arbitral.

7. A manera de conclusión

Luego de haber analizado, brevemente, la institución del arbitraje y tomando en consideración que el número de procesos arbitrales que se llevan a cabo en nuestro país se ha ido incrementando en los últimos años, consideramos de suma importancia que se tenga presente que, siendo el Perú un Estado constitucional y democrático de derecho, dicha institución no puede desarrollarse al margen de la Constitución y las leyes; así como del respeto a la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En el Perú el arbitraje —hace ya varios años— ha ingresado a un proceso de «judicialización», estableciéndose una serie de controles (interno, ordinario y constitucional) que buscan resguardar los alcances del debido proceso y su obligatoria aplicación al proceso arbitral. Sin embargo, consideramos que ello no provoca el hundimiento del arbitraje, situación que —antes de debilitarlo— lo fortalece.

Olvida el Proyecto de Ley que quienes pueden ser árbitros no siempre son abogados, es decir, que dicha función puede recaer sobre personas ajenas al estudio del derecho.

Por otro lado, la Ley de Arbitraje reconoce el arbitraje de conciencia. El penalizar por prevaricato este tipo de arbitraje —por ejemplo— sería una pretensión extremista, pues el principio general por el que se fundamentan los laudos del citado tipo de arbitraje, también es, a su vez, una excepción al principio general de la justicia positiva, pilar de cualquier sociedad civilizada. Por lo demás, en el arbitraje de conciencia tampoco se podría penalizar a los abogados y dejar de penalizar a quienes no lo son; simplemente, porque ello sería discriminatorio en perjuicio de los hombres de leyes.

No debemos olvidar que un profesional no es árbitro *per se*, ya que tendrá tal condición en la medida en que sea nombrado y acepte el cargo de árbitro; por ende, se es árbitro ocasional y eventualmente. Distinta es la situación de los jueces y fiscales que están regidos por un elevado grado de especialidad y exclusividad en el desempeño de su función jurisdiccional.

En los casos de árbitros deshonestos —que, sin duda, los hay—, el principal problema no está en que actúen de manera manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley o que citen pruebas inexistentes o hechos falsos, o que se apoyen en leyes supuestas o derogadas, sino en el hecho de adoptar criterios interpretativos que no se ajustan al verdadero sentido de las normas. Y, como estamos dentro del terreno de la interpretación, tales situaciones no derivarían en supuestos de comisión de delito de prevaricato; por consiguiente, el precepto legal que se propone en el Proyecto de Ley n.º 2444/2012-CR, no conduciría, en su aplicación práctica, a la condena de nadie.

Sin embargo, la sola existencia de esta norma sería disuasiva para que gente honesta se dedique a la función arbitral, pues las personas correctas no están acostumbradas a pasarse la vida defendiéndose como denunciados en causas penales. Esto determinaría que las personas más capaces y decentes, que son precisamente las que el medio arbitral necesita, se alejen paulatinamente del arbitraje.

Finalmente, consideramos que la aprobación del analizado Proyecto de Ley, *prima facie* elevaría los honorarios de los árbitros y los aranceles o tarifas administrativas de los Centros de Arbitraje, pues se consideraría implícitamente que tales honorarios deberían servir para que los árbitros y los directivos de tales instituciones, puedan afrontar el costo de su defensa en un eventual futuro proceso penal.

Lima, septiembre del 2013

La prueba en el arbitraje*

1. Palabras liminares

Razones personales me han impedido asistir, como siempre lo he hecho, a todos los bloques de este VII Congreso Internacional que organiza el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuerdo cómo en el año 2007, junto a mi amigo el doctor César Guzmán-Barrón, creamos este Congreso y me alegra mucho que la Universidad Católica, nuestra Casa de Estudios, haya podido mantener, invariablemente, la organización del Congreso de Arbitraje de la Universidad.

La finalidad que persiguió mi Estudio cuando promovió la creación de este Congreso no era otra que el que la PUCP contara con un evento plural, al que se invitara a exponer a profesionales de primer nivel, no en razón de contribuir con algún auspicio económico, sino por exclusivos méritos académicos y profesionales.

Me alegra que esta línea siga caracterizando a nuestro Congreso de Arbitraje, al que le deseo muchísimos años de éxito; éxito que también ha acompañado al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, derivado, fundamentalmente, de la buena dirección de César y de los colaboradores tan eficientes que lo acompañan.

---

* Ponencia pronunciada el viernes 6 de septiembre de 2013, en el VII Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En ese sentido, le agradezco mucho el permitirme seguir participando en la organización de este evento y, desde ya, le reitero mi apoyo para el Congreso del próximo año.

2. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL ARBITRAJE

En este bloque vamos a tratar acerca de diversos temas relativos a la actividad probatoria en el arbitraje.

Confieso que hasta el día de ayer no había preparado ponencia alguna, pues presumía —equivocadamente— que mi labor como moderador sólo iba a consistir en ceder el uso de la palabra a nuestros ilustres ponentes y efectuar alguno que otro comentario; pero el martes asistí al bloque relativo a las *Tendencias de las controversias en los laudos del arbitraje de contratación pública*, habiendo escuchado la muy ilustrativa ponencia del doctor Rigoberto Zúñiga, lo que me obligó a redactar estas palabras que someto a consideración de ustedes como un aporte sobre la experiencia vivida.

Uno de los temas más importantes en cualquier proceso, sea éste de orden civil, arbitral, administrativo o penal, es el relativo a la actividad probatoria.

En derecho penal —salvo ciertas puntuales excepciones— rige la presunción de inocencia del imputado, de manera que si el Ministerio Público no aporta los medios probatorios que acrediten su culpabilidad, éste deberá ser absuelto.

En los procesos de orden civil, ya sea que se tramiten en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción arbitral, rige el principio general en el sentido de que «quien alega un hecho debe probarlo».

En otras palabras, es responsabilidad de aquél que pretende se declare un derecho, el aportar los medios probatorios que acrediten la existencia de ese derecho, habida cuenta de que si no lo hace, la pretensión irremediablemente será desestimada.

Así, la obtención de un resultado favorable para una pretensión procesal deberá pasar por una actividad probatoria lo suficientemente sólida como para que el tribunal la llegue a declarar fundada.

Esto significa que el esquema a seguir es: pretensión→actividad probatoria→resultado. En otras palabras, no debería obtenerse un resultado favorable a una pretensión si ésta no es probada de modo fehaciente.

Hay que partir del supuesto de que en materia de la prueba civil, generalmente, no rigen presunciones favorables a aquél que pretende algo, con lo cual éste no tendrá otra alternativa que probar.

En buena cuenta, en los procesos civiles, ya sea de la jurisdicción ordinaria o arbitral, rige el principio establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil, en el sentido de que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Ello, por lo demás, guarda plena concordancia con lo dispuesto por el artículo 200 del referido Código Procesal, cuando establece que cuando no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

3. La prueba en el proceso civil

Resulta muy importante que en este Congreso se haya destinado dos bloques a la actividad probatoria en el arbitraje, habida cuenta de que

este tema, por lo general, sólo es abordado desde la perspectiva del proceso civil en la jurisdicción ordinaria. Poco o muy poco se escribe acerca de la actividad probatoria en el arbitraje.

Sólo para una referencia ilustrativa, diremos que el Código Procesal Civil destina 135 artículos (todo el Título VIII de la Sección Tercera, relativa a la Actividad Procesal) al tratamiento de los medios probatorios, en tanto la Ley de Arbitraje regula la materia de manera inorgánica en sólo tres artículos.

En el artículo 43 se establece que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la actuación de aquéllas que estime necesarias.

Esta norma agrega que el tribunal está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Por su parte, el artículo 44 se refiere a los peritos y el artículo 45 a la colaboración judicial a efectos de la actuación de medios probatorios.

En ese sentido, resulta claro que esta falta de regulación particular en sede arbitral acerca de la actividad probatoria, genera un vacío importante que debe ser cubierto de una manera adecuada por la doctrina y práctica arbitrales.

Así, la práctica enseña que, como no podría ser de otra manera, los principios que inspiran y rigen la actividad probatoria en los procesos civiles de la jurisdicción ordinaria, son los que inspiran también la actividad probatoria en el arbitraje.

Con esto no estoy diciendo que se produzca un trasvase, tal cual, de los principios y normativa del proceso civil ordinario, pero tal vez sea

ésta el área en la cual la aplicación de los principios del proceso civil al arbitraje ofrece menos resistencia.

Queda claro que las reglas generales en torno a la aplicación de los principios son las mismas, pero obviamente, no se aplicarán con similar rigor, en la medida de que el Código Procesal Civil no es, formalmente, de aplicación supletoria al arbitraje.

Pero cuando hay un huérfano, siempre es necesaria una madre sustituta. Y, la Ley de Arbitraje es huérfana en lo que respecta a la regulación de la actividad probatoria. Si se quiere, se trata de una orfandad voluntaria, pues bien se pudo haber regulado esto de manera minuciosa, pero se optó por una, prácticamente, total ausencia de regulación.

Entonces, resulta natural que se tome como base o referencia natural para la actuación de medios probatorios lo dispuesto por el Código Procesal Civil, no por tratarse de una ley ajena al arbitraje, sino por el hecho de que este cuerpo normativo condensa buena parte de los principios y doctrinas que el medio jurídico nacional ha interiorizado como suyos en materia de actividad probatoria.

Cualquier Código Procesal Civil materializa en norma legal, las doctrinas imperantes en una sociedad acerca del proceso civil.

Dentro de tal orden de ideas, no debe extrañar que el medio jurídico no sienta la ausencia de regulación de la actividad probatoria en la Ley de Arbitraje, pues, en el fondo, toma los principios del proceso de la jurisdicción ordinaria, aplicándolos, *mutatis mutandi*, al arbitraje.

En ese sentido, no debe extrañar que muchos escritos en materia arbitral hagan referencia al Código Procesal Civil, pues el Código Procesal Civil llena un inmenso vacío y ayuda al proceso arbitral en cuanto a las doctrinas sobre la prueba.

Dentro de tal orden de ideas, es plenamente aplicable al arbitraje lo dispuesto por el artículo 188, cuando establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Por último, cabe señalar que tal orfandad normativa en torno a la prueba en el arbitraje, se ve acrecentada con la falta de regulación del tema por parte de los propios reglamentos de los centros de arbitraje peruanos, lo que conduce a que en algunos casos —por citar un ejemplo— se opte por incorporar en las actas de instalación una cláusula en virtud de la cual se aplicarán al proceso las Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional.

4. Principio de oportunidad

Además, es aplicable al arbitraje el principio de oportunidad regulado en el artículo 189 del Código Procesal Civil, cuando establece que «los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código».

Queda claro que en el proceso de la jurisdicción ordinaria no se admiten medios probatorios extemporáneos, a menos de que se trate de hechos nuevos o estemos frente a pruebas de oficio.

En el proceso arbitral este tema tiene algunas particularidades, fruto del principio de flexibilidad del arbitraje y que no siempre brindan resultados positivos.

Nos explicamos.

En el proceso arbitral, los medios probatorios también deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, es decir con la demanda, con la con-

testación a la demanda, con la reconvención y con la contestación a la reconvención.

Queda claro que el principio de oportunidad es fundamental para que cualquier proceso se desarrolle de manera ordenada, habida cuenta de que la posibilidad de ofrecer medios probatorios en otro momento procesal, puede causar —como de hecho causa en muchos arbitrajes— desórdenes e innecesarias dilaciones.

No olvidemos que el principio de oportunidad del Código Procesal Civil constituyó una reacción para combatir el caos que significaba el ofrecimiento de medios probatorios en el marco del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el mismo que, prácticamente, permitía que los litigantes «se guardaran cartas bajo la manga» y ofrecieran medios probatorios en cualquier estado del proceso, incluso poco antes de que se sentenciara.

Este desorden acabó en el proceso civil con el Código Procesal de 1993.

Entonces, la pregunta que cabría formular es la relativa a si este principio, que resulta bueno para el proceso de la jurisdicción ordinaria, también debería fomentarse en el arbitraje.

Uno de los principales problemas que va teniendo el arbitraje, es la dilación de los procesos; y, por experiencia vivida, creo que buena parte de esa dilación obedece al hecho de que los litigantes no necesariamente ofrecen todos los medios probatorios en la parte postulatoria del proceso.

5. Ampliación de pretensiones

Es frecuente también que las partes recurran a la ampliación de sus pretensiones en pleno proceso arbitral, basadas en el inciso 3 del artículo

39 de la Ley de Arbitraje, norma que establece que salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiese hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

Agrega la norma que el contenido de la modificación y de la ampliación de demanda o reconvención, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

En este estado de cosas, la reflexión que cabría formular, es que cualquier modificación o ampliación de demanda plantea, necesariamente, una dilación al proceso arbitral, a menos que tales variaciones sean formuladas de inmediato, acto seguido de interpuesta la demanda y antes de que el tribunal corra traslado de ella a la parte contraria.

En todos los demás casos, la modificación o ampliación de demanda representará una dilación en los plazos procesales.

Queda claro, además, que cuando la ampliación o modificación de demanda se produzca en plena etapa probatoria, ella puede tener un impacto importante en los términos o plazos del arbitraje, pues podría obligar a actuar una serie de medios probatorios adicionales, los mismos que podrían incluir —por ejemplo— la realización de nuevas pericias o nuevas inspecciones arbitrales en adición a las ya realizadas.

En ese orden de ideas, creemos que sólo tendría sentido que los tribunales acepten estas modificaciones o ampliaciones de demanda, dentro de la etapa probatoria, cuando se trate de pretensiones que vengan acompañadas de medios probatorios de ejecución inmediata o, si se hubiesen ofrecido pericias, declaraciones de parte, declaraciones de testigos o inspecciones arbitrales, antes de que el tribunal arbitral haya

dispuesto la actuación de los medios probatorios ofrecidos en la demanda original.

Caso contrario, aceptar la ampliación de pretensiones implicaría una distorsión en los términos que naturalmente debe guardar un proceso arbitral.

Sin embargo, hay que reconocer que con la ampliación de pretensiones, en el fondo las partes pueden estar ganando tiempo, no con respecto al propio proceso en el que se solicita dicha ampliación, sino en lo que respecta a ahorrarse el inicio de un nuevo proceso arbitral, cuya instalación, sin duda, demorará.

Asimismo, cabe señalar que el inicio de otro u otros procesos arbitrales acarrearía el riesgo de que la conformación de los tribunales arbitrales no coincida en cuanto a sus integrantes, lo que podría conducir a decisiones en alguna medida contradictorias.

6. Nuevos medios probatorios

Por otra parte, en los arbitrajes los litigantes vienen haciendo por costumbre el ofrecer medios probatorios que no tienen el carácter de nuevos, prácticamente en cualquier estado del proceso.

Esto obedece al hecho de que muchas veces las partes se ven influenciadas por las preguntas y cuestionamientos de los árbitros en el desarrollo de las audiencias informativas o incluso, en la audiencia de informes orales.

En otras palabras, las partes, midiendo el temperamento de los árbitros, sienten que van ganando o perdiendo el proceso a la par de que hacen todo lo posible por aportar los medios probatorios que ratifiquen o cambien el curso de los acontecimientos.

Dentro de tal orden de ideas, creo que los tribunales arbitrales deben ser muy cautos en el marco de estas audiencias informativas o de informes orales, ya que no correspondería hacer que las partes sientan que con las preguntas del tribunal, éste ya tiene un camino trazado.

En otras palabras, los árbitros deben tener cautela al preguntar, de modo tal de que sus interrogantes permitan a ambas partes exponer sus puntos de vista sobre asuntos particulares controvertidos, pero —de ninguna manera— deben hacer que las partes sientan que con tales preguntas prácticamente cada uno de los árbitros ya tiene el voto definido.

Digo esto, en la medida de que podría entenderse que tales cuestionamientos o preguntas del tribunal arbitral conducen a una parte a la necesidad de reforzar sus argumentos de defensa.

En ese sentido, hay casos en los cuales la intervención del tribunal arbitral puede no sólo constituir un cuestionamiento sobre los hechos del proceso, sino una ayuda involuntaria a la parte que viene perdiendo, a efectos de que pueda aportar pruebas extemporáneas.

En ese sentido, en el medio arbitral también se advierte una cada vez más creciente permeabilidad por parte de los tribunales arbitrales, en el sentido de admitir cualquier medio probatorio presentado por las partes dentro de la etapa probatoria o incluso, cuando ya venció dicha etapa, obviándose el principio de oportunidad.

Por lo general, las razones que brindan los tribunales para admitir los medios probatorios se basan en la necesidad de conocer la verdad completa acerca del caso.

No está mal el fundamento, pero tal proceder hace que muchas veces se torne complicado el desarrollo de los procesos y se generen algunas situaciones que pueden conducir incluso a una anulación del laudo arbitral.

Recuerdo un caso en el cual el presidente del tribunal, ya culminada la etapa probatoria y en plena audiencia de informes orales, formuló a una de las partes determinados cuestionamientos en relación al valor probatorio y a la metodología de su pericia, lo que motivó que dicha parte presentara, cuando ya se había establecido el plazo para laudar, nuevos medios probatorios que condujeron a que esta etapa del proceso se tornase bastante compleja y azarosa.

En otras palabras, con las preguntas del presidente le quedaba claro a los abogados de la parte demandante que sus pretensiones serían declaradas infundadas, pues se estaba cuestionando —de modo muy severo— el valor del principal medio probatorio aportado por dicha parte.

Entendemos que preguntar de esta manera carece de sentido, pues en esta etapa del proceso ni siquiera cabía aportar nuevos medios probatorios ni enmendar el rumbo de los acontecimientos.

7. Las audiencias informativas

He hecho referencia hace algunos momentos a las audiencias informativas.

Ellas, como la mayoría de temas en materia probatoria, carecen de regulación específica en la Ley de Arbitraje y son plenamente válidas en función del principio de flexibilidad del arbitraje y en razón de que el tribunal tiene todo el derecho a convocarlas a fin de encontrarse debidamente informado.

Pero también los tribunales arbitrales deben ser conscientes de que en algunos casos las audiencias informativas pueden constituir una demasía en el proceso, alargando de manera innecesaria la etapa probatoria y haciendo que las partes y sus técnicos expongan en estas audiencias algo que van a repetir en la audiencia de informes orales.

Es evidente que en aquellos procesos que no revistan singular dificultad fáctica o jurídica, no será necesaria la realización de audiencias informativas. Es más, en estos casos los tribunales deberían obviarlas.

No digo lo mismo en relación a aquellos procesos sumamente complejos en donde los temas técnicos requieren una especial explicación.

Pero lo que sí queda claro es que los tribunales no deben suplir con las audiencias informativas la ausencia de estudio del expediente.

En muchas ocasiones se aprecia que los miembros del tribunal arbitral recién se enteran de lo que ya está plasmado en el expediente semanas o meses atrás, con la realización de una audiencia informativa.

8. LAS PRUEBAS DE OFICIO

En cuanto a su ofrecimiento, los medios probatorios se dividen en pruebas de parte y pruebas de oficio.

Son pruebas de parte aquéllas ofrecidas por los litigantes, en tanto que las pruebas de oficio, son ordenadas, *motu proprio*, por el tribunal arbitral; pero también tenemos pruebas ofrecidas por una parte para que sean actuadas de oficio por el tribunal. Se trata de un híbrido probatorio, que fundamentalmente está centrado en las pericias.

Como sabemos, las partes tienen libertad para ofrecer como medios probatorios pericias que serán desarrolladas o ejecutadas por expertos que ellas mismas contraten.

En ese sentido, la pericia será ofrecida en la etapa postulatoria y será presentada al tribunal arbitral durante la etapa probatoria por la parte que la ofreció.

La experiencia enseña que las pericias de parte, si bien son ilustrativas y en muchos casos de excelente factura, siempre cargan con un *vicio de origen*, en el sentido de que los peritos son contactados y contratados por la parte que ofrece el medio probatorio; además de que ésta brinda al perito todas las instrucciones para la realización de la pericia, le proporciona la información que ella considera conveniente y le da los lineamientos que estima pertinentes; todo ello, además, de que los honorarios del perito son pagados exclusivamente por la parte que ha ordenado la ejecución de la pericia.

Dentro de tal orden de ideas, siendo conscientes de estas limitaciones formales en torno a la convicción de que la pericia de parte pueda causar en el tribunal arbitral, los litigantes muchas veces ofrecen como medio probatorio la realización de una pericia, pero dejan en manos del tribunal la designación de los peritos, así como los lineamientos que deberán seguir los mismos, la información y documentación que deberán consultar, etc.

En estos casos, obviamente, los honorarios del perito también serán sufragados por la parte que ofreció el medio probatorio, pues, en estricto no se trata de un medio probatorio ordenado de oficio por el tribunal arbitral, sino de un medio probatorio cuya actuación va a ser dirigida por el tribunal arbitral, pero por ello no deja de ser un medio probatorio ofrecido por una parte.

En este contexto, ya que estamos hablando de pericias, resulta conveniente subrayar que éste es el medio probatorio en donde más se observan pruebas de oficio.

Y esto es natural, porque en un arbitraje en donde cada litigante, por ejemplo, ofrezca una pericia de parte, el tribunal necesitará que un tercero, ajeno a la influencia o directivas de los litigantes, pueda desarrollar una pericia, la misma que, para el tribunal, generalmente tendrá

mayores visos de imparcialidad que las pericias de parte. Esto es de evidencia palmaria.

Ello no significa que necesariamente ante dos pericias aportadas por las partes, el tribunal arbitral deba ordenar la ejecución de una tercera, porque a lo mejor las pericias de parte coinciden o se acercan en sus resultados; o, simplemente, se esté ante una pericia cuya solidez genere plena credibilidad en el tribunal.

9. EL VALOR PROBATORIO DE LAS PERICIAS

Así también, es importante subrayar que las pericias no necesariamente van a determinar el curso del proceso, afirmación en la que incluimos a las pericias de oficio.

Decimos esto, pues los tribunales arbitrales son quienes en —última instancia— van a resolver con una adecuada valoración de todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso o aquéllos que fueron actuados de oficio.

No debe extrañar, entonces, que el laudo arbitral disponga algo distinto a lo establecido por los peritos de oficio.

Muchas veces los litigantes tienen a distorsionar el valor probatorio de una pericia, sobredimensionándolo.

En algunos casos, los litigantes creen que porque la pericia de oficio señala algo, el tribunal arbitral va a laudar, necesariamente, en ese sentido.

Los tribunales tienen que analizar detalladamente el contenido de las pericias, llegando en algunos supuestos a concluir de manera similar que los peritos, pero en algunos otros de modo radicalmente distinto,

en la medida de que los tribunales deben tener la capacidad de desnudar inconsistencias, errores o tergiversaciones en los que hayan incurrido los peritos para la realización de su trabajo.

Dado que en el arbitraje rige el principio de libre valoración de la prueba, las pericias son sólo un medio probatorio más. Su importancia, al igual que la de cualquier otro medio probatorio, radicará en su seriedad y coherencia.

Si bien es cierto que los medios probatorios de oficio más usuales son las pericias, debemos recordar que los tribunales arbitrales suelen ordenar de oficio también inspecciones, exhibición de documentos y, aunque con menor frecuencia, declaraciones de parte.

10. Cuándo ordenar una prueba de oficio

Basado en la idea de que los tribunales tienen plenas facultades para ordenar la actuación de cualquier prueba de oficio, también debe partirse del principio de que este tipo de pruebas de oficio debe tener como único fundamento el interés del tribunal por esclarecer la verdad y, ellas —de ninguna manera— deben ayudar a alguna de las partes a complementar medios probatorios que no aportaron oportunamente al proceso.

Es evidente que la línea divisoria entre una situación y la otra resulta muy tenue, razón por la cual los tribunales arbitrales deberían tener sumo cuidado al ordenar la actuación de medios probatorios de oficio, de modo que cuando lo hagan, la intervención del tribunal sea apreciada por las partes como la lícita y lógica intervención en pro del conocimiento de la verdad.

En buena cuenta, consideramos que las pruebas de oficio deberían regirse por el principio que inspira su tratamiento en el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 194 se establece que cuando los medios probato-

rios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

11. PERTINENCIA E IMPROCEDENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Como sabemos, el artículo 190 del Código Procesal Civil, regula la pertinencia e improcedencia de los medios probatorios, señalando que éstos deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

En realidad, el mismo principio debería inspirar la actividad probatoria en materia arbitral.

Sin embargo, se ha convertido en práctica habitual que los tribunales arbitrales admitan todos los medios probatorios por más impertinentes o improcedentes que éstos sean.

Debemos recordar que la finalidad de no admitir medios impertinentes o improcedentes es no dilatar la etapa probatoria y no recargar la labor de los jueces, centrando —como corresponde— la actividad probatoria en aquellos medios de prueba que tengan directa relación con las materias controvertidas en el proceso y que sirvan para dilucidarlas.

Así las cosas, en verdad creemos que los tribunales arbitrales deberían reconsiderar el proceder en cuanto a la admisión indiscriminada de medios probatorios.

Es verdad que la razón por la cual los tribunales arbitrales proceden de esta manera se basa, fundamentalmente, en la idea de la no afectación del derecho de defensa.

Como todos sabemos, el control *ex post* del arbitraje está marcado por el recurso de anulación del laudo y los tribunales arbitrales tienen mucho cuidado en no afectar la actividad probatoria, considerando que es probable que la parte que ofrece un medio probatorio impertinente o improcedente, pueda perder el proceso y luego adoptar como excusa para intentar la anulación del laudo, la afectación del debido proceso, invocando la causal establecida en el artículo 63, inciso 1, literal c) de la Ley de Arbitraje, que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al acuerdo arbitral aplicable o, en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la propia ley.

En buena cuenta, de lo que estamos hablando, es de la violación del debido proceso y, claro está, quien pierde en un arbitraje puede pretender la anulación del laudo señalando que no se le permitió probar su derecho, al desestimarse los medios probatorios aportados.

En ese sentido, es verdad que la admisión de pruebas que revistan estas características no deseadas por el derecho procesal, generalmente constituye un riesgo calculado por parte de los tribunales arbitrales.

La admisión de un medio probatorio impertinente o improcedente no va a perjudicar los derechos de la parte contraria, en la medida de que, como resulta obvio, tal medio probatorio no probará algo relevante en lo que respecta a las pretensiones controvertidas.

Se podría decir, entonces, que la admisión y actuación de tales medios probatorios constituye una demasía o una concesión a la voluntariedad probatoria de las partes, la misma que tiene por objeto evitar que éstas se sientan afectadas en sus intereses.

En verdad, el tema se reduce a admitir o no dichos medios probatorios.

Creo que, en el fondo, tal admisión no afecta ningún derecho procesal ni constitucional; y, en todo caso, si se entendiera que el debido proceso es afectado por esta circunstancia, como hemos visto, tal afectación no debería tener impacto alguno en el laudo arbitral, pues los medios probatorios que conduzcan a resolver las pretensiones, es decir, aquéllos en que se base el sentido del propio laudo, evidentemente no deberán ser aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes.

12. Clases de medios probatorios

El Código Procesal Civil establece en su artículo 191 que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en dicho Código, son idóneos para lograr la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Dentro de tal orden de ideas, el Código Procesal divide a los medios probatorios en típicos (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia e inspección judicial; artículo 192) y atípicos (artículo 193), que son aquéllos no previstos en el artículo 192, constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los mismos que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Como es evidente, la Ley de Arbitraje no establece una clasificación de los medios probatorios, y la división efectuada por Código Procesal Civil no es propia del arbitraje.

Por lo general, los procesos arbitrales no ofrecen dificultades en lo que respecta a aquello que se considera como medio probatorio, en el entendido de que los alcances de los medios probatorios son fundamentalmente los señalados por la ley que rige el proceso ordinario.

Tal vez el supuesto que genere dudas, es cuando las partes ofrecen dentro de sus medios probatorios, informes de expertos, ya sea de orden técnico o legal.

Es claro que las partes tienen tanto en el proceso de la jurisdicción ordinaria como en el proceso arbitral, la libertad de presentar informes legales que sustenten mejor sus posiciones.

Total, los informes de abogados no son sino puntos de vista o análisis jurídicos sobre algunos o todos los aspectos de la materia controvertida y podrán contribuir a que los magistrados o los árbitros comprendan de una mejor manera el contenido del proceso o, al menos, refrescarán los argumentos jurídicos sobre el particular.

En estricto, un informe legal no puede ser calificado como un medio probatorio, en la medida de que tales informes no prueban nada, pues son sólo opiniones.

El mismo razonamiento podríamos efectuar en torno a los informes de expertos en otras materias (que no tengan la naturaleza de pericias), los cuales tampoco tendrán el carácter de medios probatorios. Sólo se trata de puntos de vista particulares, emitidos por profesionales destacados en alguna especialidad del conocimiento. Éstos, al igual que los informes legales, no prueban nada.

Dentro de tal orden de ideas, cuando un tribunal arbitral reciba de una de las partes un informe de estas características, sólo le corresponderá emitir una resolución para que el mismo se tenga presente.

13. Ineficacia de las pruebas ilícitas

Sobre esta materia la Ley de Arbitraje guarda silencio, a diferencia del Código Procesal Civil que regula la materia en su artículo 199, cuando

establece que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.

Pensamos que esta norma también debería aplicarse a los procesos arbitrales, en la medida de que el derecho procesal no auspicia la actuación de medios probatorios obtenidos de manera ilícita.

Aquí hay un gran vacío en la doctrina arbitral, pero entendemos que razones de orden público hacen imperiosa la aplicación de la norma procesal ordinaria en sede arbitral.

Por lo demás, la Constitución y los Códigos Procesales en el Perú prohíben el uso de una prueba obtenida ilícitamente y, en especial, aquéllas que provengan de la violación del derecho que tiene todo ciudadano al secreto de sus comunicaciones.

«Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, [...]. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal», precisa el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, como derecho de toda persona.

En el año 2003, el Tribunal Constitucional peruano definió la prueba ilícita en los siguientes términos:[110]

> La prueba ilícita es aquélla en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.

[110] Expediente n.° 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre del 2003 del Tribunal Constitucional.

La posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que de prueba ilícita otorga el nuevo Código Procesal Penal en el artículo VIII de su Título Preliminar:

> Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba
> Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
> Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
> La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

En buena cuenta, el derecho procesal no concede valor alguno a las pruebas ilegítimas, por ser absolutamente atentatorias contra el debido proceso.

Estos principios relativos al debido proceso, como hemos visto, corresponden a garantías de orden constitucional, razón por la cual no cabe duda alguna de que también resultan aplicables a los procesos arbitrales.

14. Valoración de los medios probatorios

Como hemos recordado, el Código Procesal Civil de 1912 establecía como régimen de valoración de los medios probatorios el de la prueba tasada.

Esto significa que a los diversos medios probatorios se les asignaba una valoración previa antes de que ellos mismos fuesen aportados al proceso.

Así, la confesión era prueba plena contra aquella parte que declaraba; al igual que el antiguo juramento decisorio, que ponía fin al proceso con la declaración del deponente.

También eran prueba plena la inspección ocular y los instrumentos públicos.

No era el caso de los instrumentos privados, de los testigos y de los peritos.

Dicho sistema probatorio estaba tan arraigado, que el Código Civil de 1984 todavía mantiene rezagos del mismo en los contratos de suministro y mutuo.

En el primero de ellos, en el artículo 1605, se establece que la existencia y contenido del suministro puede probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Agrega esta norma que cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por su parte, el artículo 1649, relativo al contrato de mutuo, establece que la existencia y contenido del mutuo se rige por lo dispuesto en la primera parte del artículo que acabamos de citar.

No cabe duda de que son dos casos palpables de prueba tasada.

Sin embargo, cabría preguntarnos si en realidad dichas normas se encuentran vigentes, pues podría entenderse que ellas han sido derogadas por resultar incompatibles con la normativa procesal instaurada en 1993.

Es así que desde el año en mención, en que rige el Código Procesal Civil, en los procesos seguidos en la jurisdicción ordinaria rige un criterio radicalmente distinto al de 1912: el de libre valoración de la prueba, el mismo que está regulado por el artículo 197 del Código Procesal, que establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

En primer término, debemos preguntarnos si existiría alguna razón para que el sistema de valoración de los medios probatorios en sede arbitral fuera diferente que en sede de la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Arbitraje se pronuncia de modo muy somero sobre el particular, cuando señala en su artículo 43, que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

Además, por lo general, es muy probable que las reglas complementarias que rijan el proceso, tampoco establezcan algo más al respecto. Nos referimos, concretamente, al eventual reglamento aplicable al caso, si se tratare de un centro de arbitraje o a las normas establecidas en el acta de instalación del tribunal arbitral. Usualmente, tales instrumentos no se pronuncian sobre la valoración de los medios probatorios.

Dentro de tal orden de ideas, constituye un valor entendido que en el arbitraje rige el mismo principio que en la ley procesal civil; vale decir, el contenido en el artículo 197 del Código adjetivo.

Si hubieren dudas sobre el particular, el tema también se solucionaría de manera sencilla, pues al no existir un régimen legal impuesto de prueba tasada en relación al arbitraje, no cabría interpretar la solución de otra manera que no sea aquélla en virtud de la cual no existen medios probatorios con valor intrínseco predeterminado, de modo tal que en

defecto de tal valoración legal, la consideración de los mismos deberá ser efectuada por el propio tribunal arbitral.

Es así que los tribunales arbitrales deben hacer una valoración de los medios probatorios en su conjunto.

Esto significa que ellos deberán ser considerados los unos con respecto a los otros.

Este sistema parte del criterio de que la valoración de conjunto permitirá confrontar todos los medios probatorios, a efectos de que el tribunal arbitral pueda llegar a concluir en lo que considere es su verdad sobre los hechos.

Es evidente, entonces, que la valoración de conjunto permitirá esa apreciación global del proceso, lo que no equivale a que el tribunal otorgue similar valor a todos los medios probatorios, pues sin duda en esa apreciación de conjunto algunos medios pesarán más que otros o, incluso, en algunos casos específicos habrá medios probatorios que no tengan frente a sí otros que el tribunal deba confrontar.

En buena cuenta, este sistema de valoración de conjunto consiste en que el propio tribunal debe hacer un cotejo en cuanto a cada uno de los medios probatorios aportados para cada punto controvertido.

Y, dado que es usual que los puntos controvertidos coincidan con las pretensiones procesales de las cuales derivan, se podrá concluir en que el referido cotejo permitirá al tribunal arbitral dilucidar paulatinamente en el laudo su posición sobre cada pretensión procesal.

Dentro de tal orden de ideas, el criterio de valoración de la prueba que rige en el arbitraje pasa necesariamente por el criterio de que todos los medios probatorios pueden ofrecer, *a priori*, igual credibilidad.

Esto significa que una declaración testimonial podrá ser tan importante como un instrumento público; o que una declaración de parte pueda tener igual valor que una inspección arbitral.

Lo que ocurre es que no partimos de un análisis formal de dichos medios probatorios, sino del análisis de fondo que el tribunal arbitral debe hacer con respecto a cada uno de ellos.

En otras palabras, el tribunal gozará de la mayor libertad para elaborar una cadena de razonamientos en base a la fe que le merezcan tales medios probatorios y, en función a ello, llegar a una conclusión para resolver los puntos controvertidos.

Es claro que los tribunales arbitrales, al igual que los tribunales de la jurisdicción ordinaria, deberán hacer una valoración de todos los medios procesales aportados, independientemente de que en el laudo pueda hacerse mención a sólo algunos de ellos.

Esto es natural y no afecta en lo absoluto el debido proceso, dado que los tribunales siempre se encuentran frente a medios probatorios que si bien son pertinentes, no revisten mayor importancia a efectos de probanza, en razón a que en el propio expediente se han actuado otros medios probatorios que revisten un peso trascendental para la resolución del caso y que pueden tornar inútil o superfluo el recurrir a la mención de aquellos medios probatorios de escaso impacto en la decisión de la controversia.

Lo propio podríamos decir de aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes que hubieran sido admitidos por el tribunal arbitral, los cuales no serán de utilidad alguna para la resolución del caso.

15. MEDIOS PROBATORIOS Y NATURALEZA DEL PROCESO

Resulta evidente que la consideración que el tribunal haga en torno a la valoración de los medios probatorios, tendrá que calzar con la naturaleza del arbitraje.

Decimos esto, pues si se tratare de un arbitraje de conciencia, podrá no haber mayor problema en cuanto a conceder la razón a la parte que ha planteado determinadas pretensiones procesales, si es que ella hubiese acreditado los hechos que invoca con los medios probatorios aportados al proceso.

Sin embargo, no necesariamente ocurrirá lo mismo cuando nos encontremos frente a un arbitraje de derecho, habida cuenta de que los medios probatorios aportados y la acreditación de los hechos alegados, sólo podrán conducir al amparo de las peticiones procesales en cuanto éstas se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico aplicable al caso.

Esto podrá conducir a situaciones en las cuales, si bien se acrediten determinados hechos y el tribunal considere justo el amparo de ciertas pretensiones, podría no llegar a hacerlo, en la medida de que ellas no sean amparadas por dicho ordenamiento jurídico.

Y esto es natural, pues en todo proceso de derecho las pretensiones sólo son amparables si se prueban los hechos y las pruebas van de la mano con el debido sustento jurídico.

16. CONSIDERACIONES FINALES

Concluimos esta exposición en la que hemos querido abordar algunos de los aspectos más importantes en lo que respecta a la actividad probatoria en los procesos arbitrales.

Queda claro que se trata solamente de pinceladas, pues los problemas en cuanto a esta materia, son infinitos.

En ese sentido, no hemos pretendido agotar el tema, sino brindar algunas opiniones que consideramos básicas para fomentar el intercambio de ideas con tan distinguidos ponentes y público que esta noche nos acompañan.

Muchas gracias.

Lima, septiembre del 2013

Los laudos parciales*

A pesar de que la doctrina arbitral comprendía la existencia de laudos parciales y de que la práctica arbitral peruana ya venía aplicando la materia desde hace varios años, es la vigente Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071, la que regula expresamente la posibilidad de que en un proceso arbitral exista más de un laudo, cuando en su artículo 54 (que lleva por sumilla la palabra *laudos*) señala que «salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios».

A primera impresión pareciera contradictoria la frase *laudos parciales*, pues tradicionalmente se ha entendido que el laudo es la resolución que pone fin al proceso arbitral; y, por tanto, sólo sería concebible la existencia de un laudo. Pero como constataremos en las siguientes páginas, ello no necesariamente es así.

En ese sentido vamos a analizar las diversas posibilidades susceptibles de presentarse para el caso que nos atañe.

1. Proceso con la existencia de un solo laudo

Se trata del caso al cual estamos acostumbrados, que consiste en que el tribunal solamente expide un laudo al final del proceso en el cual resuelve tanto las cuestiones de fondo como cuestiones eventualmente formales, tales como excepciones o cuestiones previas cuya decisión hubiera reservado para el final del proceso.

---

* Artículo publicado en el Suplemento «Jurídica» del diario oficial «El Peruano», pp. 4 y ss, con fecha 12 de noviembre de 2013.

En dicho laudo se resolverán los puntos controvertidos, así como las excepciones y cuestiones previas que el tribunal no hubiese resuelto previamente, por haberlo considerado mejor así.

Por otra parte, cabe señalar que también nos encontraremos con la existencia de un solo laudo, cuando la parte demandada haya deducido una excepción (que podría ser, por ejemplo, la de incompetencia) y el tribunal hubiese resuelto en la etapa inicial del proceso, declarando fundada dicha excepción.

Esta resolución del tribunal constituiría lo que siempre se ha conocido con el nombre de *laudo interlocutorio* y la misma pondría fin al proceso, dado que constituye valor entendido de nuestro ejemplo, que la excepción de incompetencia comprendía todas aquellas pretensiones que habían sido propuestas por la parte demandante.

Siendo ello así y habiendo sido declarada fundada tal excepción, lo que correspondería será el archivo del proceso.

Naturalmente que en este caso empezarán a correr los plazos establecidos por la ley para interponer los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, comprendidos en el artículo 59 de la referida Ley de Arbitraje.

2. PROCESO CON LA EXISTENCIA DE MÁS DE UN LAUDO

La figura de un proceso con pluralidad de laudos nos plantea una serie de posibilidades acerca de las cuales vamos a razonar en las siguientes páginas.

2.1. Proceso con la existencia de dos laudos que resuelvan cuestiones de fondo

Éste sería el caso en el cual en el desarrollo del proceso, el tribunal arbitral decida, ya sea a solicitud de parte o de oficio, expedir dos o más laudos sobre cuestiones de fondo.

Se trataría, por ejemplo, del supuesto en el cual la parte demandante pretenda que se declare que el contrato, resuelto por su contraparte, fue ilegalmente resuelto; pretendiendo, además, como segunda pretensión principal, el pago de una indemnización de daños y perjuicios y como pretensión accesoria a esta última, el pago de los intereses legales correspondientes.

En un caso como éste, podría ocurrir que la parte demandante le pida al tribunal arbitral o que éste decida de oficio, la expedición de un laudo parcial en el que resuelva acerca de la primera pretensión principal, vale decir, si el contrato fue ilegalmente resuelto o no lo fue.

Si el tribunal procediera de esta manera y considerara que el contrato fue legalmente resuelto, el proceso no concluiría con una pluralidad de laudos, sino con un laudo único, pues resultaría evidente que carecería de objeto que el tribunal arbitral se pronuncie acerca de la segunda pretensión principal y de su pretensión accesoria; ello, habida cuenta de que no cabe la posibilidad de indemnizar si el contrato fue resuelto de acuerdo a ley y —mucho menos— el que se paguen intereses legales por dicha indemnización.

Pero si el tribunal arbitral tuviera el razonamiento contrario, vale decir, que el contrato fue resuelto de manera ilegal, allí sí será necesario que el tribunal resuelva en un segundo laudo acerca de si es que cabe una indemnización por daños y perjuicios; si ése fuese el caso, a cuánto ascendería el monto de los mismos; y, pronunciándose sobre la preten-

sión accesoria a esta segunda pretensión principal, si cabe condenar al pago de intereses legales.

El gran problema que se presentaría en una situación como ésta es el relativo a la actitud de las partes en el proceso.

Digo esto, en la medida de que la parte que no hubiese sido favorecida con el primer laudo tendría clara la situación de que ese tribunal que la ha condenado al resolver favorablemente la primera pretensión de su contraparte, también la condenará en materia indemnizatoria, quedando la incertidumbre únicamente en relación a la cuantía a la que será condenado por el referido tribunal.

Por lo demás, la condena al pago de intereses sería algo de rigor.

De ahí que en una situación como ésta la actitud de la parte perdedora en el laudo parcial pueda llegar a ser hostil con respecto al tribunal, de modo que busque —por todos los medios— que los árbitros se aparten del proceso.

Esto se puede intentar a través de diferentes vías.

Una de ellas será la relativa a la excesiva *procesalización* del arbitraje, vale decir, la excesiva presentación de escritos, así como la reconsideración de toda cuanta resolución expida el tribunal.

Pero todos sabemos que el mecanismo más utilizado a efectos de lograr el apartamiento de los miembros del tribunal, es el de la recusación, la misma que en un caso como éste se basaría en reiterar, escrito tras escrito, que dichos miembros del tribunal ya han adelantado opinión y que, por tanto, deberían apartarse del proceso, el mismo que debiera continuar con un tribunal arbitral recompuesto.

Lo que se pretendería en este caso es que los nuevos miembros del tribunal arbitral puedan ser personas que no compartan la idea de que el contrato se haya resuelto de manera ilegal (tal como resolvió la primera pretensión el tribunal en su composición de origen).

Así las cosas, si el tribunal arbitral pensara diferente, la parte que ha perdido en el primer laudo parcial, pretendería ser condenada a una irrisoria o diminuta indemnización, la misma que —obviamente— arrojaría como resultado de la pretensión accesoria un monto ínfimo por concepto de intereses legales.

Además de este inconveniente de orden práctico, tendríamos otro, pues dado que los plazos para interponer el recurso de anulación contra el laudo (artículo 62 y siguientes de la Ley de Arbitraje) corren a partir del momento en que se haya notificado la resolución del tribunal arbitral que haya resuelto los recursos contra el laudo interpuestos frente al propio tribunal (artículo 56 de la Ley de Arbitraje), podríamos encontrarnos en la situación en la cual las partes del arbitraje también se hallen litigando en el Poder Judicial en su proceso de anulación del laudo parcial.

E incluso podría pensarse en la rara (pero posible) situación en la que dicho proceso de anulación termine anulando el laudo parcial antes de que el tribunal arbitral emita el segundo laudo parcial.

En estos casos resulta evidente que si se anulara el primer laudo en los tribunales ordinarios, todo lo avanzado por el tribunal arbitral previo a la expedición del segundo laudo, habrá resultado inútil, en la medida de que se tendrían que volver a realizar una serie de actuaciones arbitrales; o, incluso habrá perdido jurisdicción el tribunal arbitral conforme a los diversos supuestos contemplados por el artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

Menudo problema.

2.2. Proceso con existencia de dos laudos, uno sobre el fondo y otro sobre la forma

Otro supuesto en el cual tendríamos pluralidad en laudos arbitrales sería aquél en el cual el tribunal decida resolver al inicio del proceso una excepción de incompetencia o caducidad deducida exclusivamente sobre alguna o algunas de las pretensiones del demandante, pero no sobre todas ellas.

En ese sentido, si dichas excepciones fuesen declaradas infundadas, allí tendríamos un primer laudo de carácter interlocutorio; y, más adelante el tribunal laudará sobre el tema de fondo en el laudo definitivo, pudiendo, incluso, existir más de un laudo sobre temas de fondo, como hemos visto en el acápite anterior.

Pero también podría darse el caso en el cual el tribunal declare fundadas las excepciones deducidas, con lo cual sólo serán materia de resolución en el laudo definitivo aquellas pretensiones que no hayan sido afectadas por dicho primer laudo, vale decir, aquéllas que no hayan sido excluidas del proceso por archivamiento.

Como puede apreciar el lector, independientemente de los acápites en los que hemos dividido nuestro análisis, con el contenido de los mismos ya se puede avizorar la posibilidad de que existan al menos un laudo interlocutorio sobre cuestiones formales (excepciones o cuestiones previas resueltas al inicio del proceso) y más de un laudo arbitral relativo a cuestiones de fondo.

Es decir, hasta ahora, si combinamos todos los supuestos mencionados, podríamos ir en un promedio de tres laudos por proceso.

Resulta bueno señalar en este extremo de nuestro estudio, que el tribunal arbitral deberá seguir todas las formalidades del caso, a efectos de emitir los laudos parciales cuando éstos versen sobre cuestiones de fondo.

Decimos esto, por cuanto cuando se trate de laudos interlocutorios el tribunal arbitral obviamente no deberá abrir etapa probatoria, cerrarla y establecer un plazo para emitir el laudo (fundamentalmente, cuando tal extremo vaya a ser resuelto en la etapa previa del arbitraje y no formando parte del laudo definitivo).

Sin embargo, cuando se trate de laudos parciales relativos a cuestiones de fondo, el tribunal arbitral sí deberá cumplir estrictamente con todas las formalidades establecidas por la Ley de Arbitraje, por el reglamento arbitral aplicable al caso y por la respectiva acta de instalación, en el sentido de actuar todos los medios probatorios relativos a las pretensiones y puntos controvertidos que serán materia de resolución en dicho laudo parcial, así como otorgar el derecho a las partes para que presenten sus alegatos escritos y para que soliciten hacer uso de la palabra —y hagan uso de él— en la audiencia de informes orales, si así lo desearen.

Además, el tribunal arbitral deberá cumplir rigurosamente con los plazos establecidos en las normas reglamentarias del arbitraje, a efectos de laudar dentro de tales plazos (naturalmente, nos referimos al plazo inicial y a la eventual prórroga del mismo, decretada por el propio tribunal).

2.3. La transacción y los laudos parciales

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil; «por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada».

Tanto la doctrina peruana como extranjera, generalmente han abordado el tema de la transacción desde su perspectiva total, vale decir,

desde la posibilidad de que la transacción ponga fin a un problema en base a la solución de todas sus aristas, no dejando algún cabo suelto que constituya materia controvertida (vale decir, dudosa o litigiosa) entre las partes.

Pero, aplicando el viejo aforismo jurídico que reza que *quien puede lo más puede lo menos*, es absolutamente posible que las partes celebren una transacción parcial a través de la cual solamente pongan fin a alguno o algunos de los aspectos litigiosos que las separan.

Si en el curso de un proceso arbitral las partes celebraran una transacción, ésta tendría las características de la tradicional transacción judicial, recibiendo naturalmente el nombre de *transacción arbitral*, por haberse producido dentro del proceso arbitral.

En este caso, lo más frecuente es que las partes una vez suscrita la transacción, soliciten al tribunal arbitral que la misma sea homologada como laudo, de manera tal que tendrá carácter de título ejecutivo, lo que significa que ante la renuencia de cualquiera de ellas para cumplir con lo dispuesto en dicha transacción, su contraparte podrá proceder a una rápida ejecución judicial.

En un caso como éste, resultará evidente que el tribunal arbitral emitirá un laudo, pero sólo en sentido formal, pues dicho laudo no reflejará, en lo absoluto, un razonamiento propio del tribunal arbitral sobre cuestiones de fondo; vale decir, que el referido tribunal no estará plasmando en ese laudo aquellos razonamientos sobre los cuales haya hecho convicción en el proceso, sino lo acordado por las partes, razonamiento que puede diferir —en algunos extremos o incluso radicalmente— de lo acordado por las partes en la transacción.

Pero como hemos adelantado, podría producirse el caso en el cual no exista sólo una sino varias transacciones, lo que implicaría que las partes se vayan poniendo de acuerdo paulatinamente en el curso del proceso arbitral.

Ello podría conducir a que las partes hayan solicitado al tribunal arbitral homologar como laudos todas estas transacciones, con lo cual, finalmente, podríamos encontrarnos ante un variado número de laudos.

Por lo demás, todas estas transacciones podrían haber llegado a poner término al proceso, vaciándolo de contenido y tornando en inútil la emisión de un laudo final elaborado por el propio tribunal. Se produciría un supuesto de sustracción de materia.

Pero podría haber ocurrido lo contrario, es decir, que las transacciones parciales no hayan culminado con la solución de todas las controversias entre las partes, con lo cual será necesaria la emisión de un laudo final.

Es necesario subrayar también que la posibilidad de emitir laudos parciales fruto de transacciones parciales, resulta compatible con la existencia de otros laudos interlocutorios relativos a la resolución de excepciones o cuestiones previas, así como a la coexistencia de laudos parciales referidos a temas de fondo.

Es así que si uno tuviera que formular la pregunta relativa a cuántos laudos podrían existir a lo largo de un proceso arbitral, no sería posible dar una respuesta precisa, en la medida de que, como hemos visto, las combinaciones y posibilidades resultan verdaderamente infinitas.

3. Cuestiones adicionales

Ya nos hemos pronunciado acerca de los problemas susceptibles de presentarse luego de emitirse un laudo parcial que no sea fruto de una transacción de la misma naturaleza, sino de la resolución de una cuestión de fondo. Hemos señalado que una situación de estas características podría enervar los ánimos en el proceso, específicamente en lo que respecta a

la parte que haya perdido (o, por lo menos, que se sienta perdedora) en dicho laudo.

Sin embargo, tales situaciones de animadversión contra el tribunal arbitral no deberían ser descartadas cuando nos encontremos en presencia de laudos interlocutorios; vale decir, de laudos que resuelven excepciones.

Decimos esto, pues a pesar de no tratar acerca de cuestiones de fondo, la parte que haya perdido en dicho laudo podría sentir vulnerados sus derechos y considerar que se encuentra frente a un tribunal arbitral que le es hostil.

No olvidemos que en estos temas, muchas veces resulta más importante cómo es que las partes aprecian las cosas y no cómo las cosas son; lo que equivale a decir que podemos encontrarnos frente a un tribunal arbitral absolutamente correcto, honesto y conocedor del derecho, pero que alguna de las partes no lo considere así.

Esto significa que esa situación de hostilidad contra el tribunal arbitral también podría estar presente en el caso de laudos interlocutorios.

En adición a todo lo expuesto, cabría formular una pregunta de fondo y es la relativa a si los laudos parciales (excepción hecha de las transacciones parciales homologadas por el tribunal arbitral) aceleran o retrasan el desarrollo del proceso.

En verdad, me es difícil brindar una respuesta certera sobre el particular, en la medida de que carezco de los elementos estadísticos de juicio, que resultarían necesarios para poder afirmar una cosa u otra.

Sin embargo, sospecho que en algunos casos, sobre todo cuando se trata de cuestiones de fondo y no de cuestiones formales, los laudos parciales podrían llegar a entorpecer el desarrollo del proceso, no sólo

por el tema de la probable hostilidad de aquella parte que pierda en el laudo parcial, sino por la extensión de los plazos necesarios para emitir el laudo, que resultarían de aplicación a cada uno de dichos laudos y su necesariamente formal proceso de emisión.

De otro lado, en lo que respecta a la práctica arbitral peruana, en los más de cinco años de vigencia de la Ley de Arbitraje, los tribunales por lo general han sido muy cautos en la aplicación de la figura de los laudos parciales.

Creo que, sin que se haya tratado de un tema surgido fruto de concienzuda discusión, han estado presentes en los tribunales arbitrales las ideas que vengo exponiendo y ellas han determinado que la aplicación de la figura del laudo parcial se haya centrado fundamentalmente en supuestos de excepción en los cuales ella resultaba absolutamente necesaria.

Lima, septiembre del 2013

No te quiero
(¿Puede un centro de arbitraje rechazar la administración de un proceso?)*

No cabe duda de que la principal preocupación de los centros de arbitraje es la de publicitar sus convenios arbitrales, de modo tal que los contratantes de manera paulatina vayan incorporando en los contratos que celebran, las cláusulas arbitrales tipo en las que se establezca que la administración de las controversias surgidas de esos contratos será efectuada por el referido centro de arbitraje.

Es más, en los últimos años se ha producido una intensa competencia entre los centros de arbitraje a efectos de captar *más clientes***,** que incluyan en sus contratos convenios arbitrales tipo, siendo muy pocos aquéllos que han tenido éxito, tanto en lo que respecta a la captación de empresas privadas como de entidades públicas.

No cabe duda tampoco de que son el respeto y el prestigio ganados por esos centros de arbitraje los elementos que han determinado que puedan prevalecer sus convenios arbitrales.

Si bien es cierto que la situación descrita es la usual, no dejan de presentarse casos en los cuales las partes, una vez surgida la controversia, puedan estar inconformes con la situación actual del centro de arbitraje que una vez prefirieron y decidan modificar los alcances de su convenio arbitral, ya sea haciendo que el proceso sea administrado por otro centro de arbitraje o que el mismo sea visto por un tribunal *ad-hoc.*

---

* Artículo publicado en el Suplemento «Jurídica» del diario oficial *El Peruano*. Lima, 19 de noviembre de 2013, pp. 4 y ss..

Esto no tiene nada de raro, en la medida de que las partes son libres de modificar aquello que pactaron inicialmente en el convenio arbitral.

Incluso, dado el desprestigio al que han llegado diversos centros de arbitraje, resulta frecuente que tal iniciativa de cambio de administración no sólo parta de los propios litigantes, sino incluso de los propios tribunales arbitrales, quienes se sentirán más cómodos si el proceso se desarrolla fuera del referido centro.

Hasta aquí se trata de una figura que tradicionalmente no ha ofrecido mayores inconvenientes ni discusiones en sede doctrinaria.

Sin embargo, considero que hay algunos aspectos de orden teórico y práctico que resulta interesante analizar al respecto; relacionados con la naturaleza jurídica de aquella figura por la cual un centro de arbitraje promueve la inclusión de su convenio arbitral tipo en la sociedad.

4. La oferta al público

El artículo 1388 del Código Civil establece que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

La norma agrega que si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

La oferta al público es planteada de manera tradicional en los ejemplos académicos, relacionada con supuestos de compraventa de productos cuya venta promueven los supermercados o grandes almacenes.

De ahí que el primer párrafo del artículo citado se encarga de regular el supuesto de la típica invitación a ofrecer, en donde quien formula la oferta al público no será, en estricto, oferente, sino futuro destina-

tario de la oferta y será oferente aquella persona que quiera adquirir el producto ante el establecimiento comercial, el cual —dado el generalmente limitado número de objetos en *stock*—, será quien tenga la última palabra, es decir, que como destinatario de la oferta decidirá si la acepta o no.

El segundo párrafo del citado artículo resulta también bastante claro, en la medida de que la situación podría ser la inversa, si es que el proponente indica que su propuesta tiene carácter obligatorio, caso en el cual, siguiendo el ejemplo del establecimiento comercial, el establecimiento tendrá la condición de oferente y el cliente que decida contratar tendrá la condición de aceptante, a diferencia del supuesto anterior.

Es claro, entonces, que la regla en el derecho civil es la contenida en el primer párrafo del artículo 1388 del Código Civil y la excepción la regulada en su segundo párrafo del referido precepto.

Dicho esto, lo que corresponde es preguntarnos cómo debe entenderse la situación en la cual un centro de arbitraje promueve la inclusión de su convenio arbitral.

¿Se tratará de una invitación a ofrecer o será simplemente una oferta contractual?

Si uno se ciñera a la letra del artículo 1388 del Código Civil, podría llegar a la aparente conclusión de que se trata de una invitación a ofrecer, de modo tal que quienes ofrezcan contratar con el centro de arbitraje serán las partes que quieran incluir la cláusula arbitral tipo en su contrato; en tanto que el destinatario de la oferta y eventual aceptante será el centro de arbitraje.

No obstante, no nos encontramos convencidos de ello, ya que el mecanismo de inclusión de los convenios arbitrales es totalmente dis-

tinto al mecanismo habitual de celebración de los contratos y al mecanismo como tradicionalmente es entendida la oferta al público.

Decimos esto, en razón de que cuando dos partes deciden incluir en su contrato una cláusula arbitral tipo de un determinado centro de arbitraje, no lo hacen en directa relación con el centro de arbitraje que la ha promovido, sino en estricto privado, sin conocimiento del centro de arbitraje, el cual recién conocerá de la existencia de dicho convenio arbitral cuando se haya suscitado el problema, es decir, cuando una de las partes recurra a dicho centro solicitando el inicio de un proceso arbitral.

Entonces, la pregunta que uno podría formular es si en una situación como la descrita, el referido centro de arbitraje podría negarse a administrar el proceso, repudiando la referida cláusula arbitral.

En verdad, creemos que no, salvo que el reglamento de ese centro de arbitraje establezca que el convenio arbitral en que las partes acuerdan llevar el arbitraje en esa institución tendrá la naturaleza de oferta y el centro deberá aceptarla o no.

Y decimos que no, pues dado que la ley permite la libre existencia de centros de arbitraje, las partes al celebrar sus contratos tienen la más amplia libertad para decidir prever la solución de sus controversias, sea en la jurisdicción ordinaria, sea en arbitraje *ad-hoc* o sea en el marco de un arbitraje administrado por un centro de arbitraje.

Nótese, además, que cuando las partes deciden incorporar a su contrato un convenio arbitral que incluya un arbitraje institucional en determinado centro de arbitraje, no lo han hecho porque les dé lo mismo que el arbitraje sea administrado en ese centro o en cualquier otro, razón por la cual no se podría argumentar que el arbitraje *ad-hoc* necesariamente satisfaga sus requerimientos.

Y qué pasaría si el centro de arbitraje que las partes han escogido decidiera no administrar tal arbitraje.

No nos cabe duda de que en este caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, inciso 3 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071, el arbitraje sería *ad-hoc*; pero tampoco me cabe duda alguna de que eso no es lo que las partes escogieron.

Si se tomara al pie de la letra lo señalado en el artículo 1388 del Código Civil, se tendría que entender que el contrato entre las partes y la institución arbitral escogida por ellas, sólo se celebraría en el momento en el cual una parte recurra a dicha institución arbitral solicitando el inicio del arbitraje en base al convenio arbitral escogido por ellas y cuando el centro de arbitraje comunique, de manera expresa, tácita o a través de comportamientos concluyentes, que va a administrar ese proceso arbitral.

¿Acaso podría entenderse que en este caso las instituciones arbitrales pueden recibir el mismo tratamiento que un supermercado, reservándoles la ley la última palabra para celebrar un contrato al respecto con las partes?

Creo que la respuesta negativa se impone; y es que al tratarse de un producto *ilimitado*, consistente en el número de procesos arbitrales a administrar, el centro de arbitraje se verá obligado a administrar el proceso si es que las partes han escogido a dicho centro en su convenio arbitral.

Se podría argumentar en contra de lo que acabamos de expresar el hecho de que el centro de arbitraje pueda tener una excesiva carga procesal no prevista en el momento en el que promovió que los litigantes pactaran dicho convenio arbitral. Pero esta objeción, a su vez, podría ser levantada fácilmente, en la medida de que cualquier centro de arbitraje estará en aptitud de tomar las previsiones del caso (sobre todo tratándo-

se de una situación de bonanza) para ampliar su personal o para adecuar su infraestructura, a efectos de atender la administración de los procesos arbitrales de las partes que incluyeron un convenio arbitral con dicha cláusula arbitral tipo.

Es verdad que la legislación vigente no contempla el supuesto y, por consiguiente, no prevé sanción alguna para el supuesto en el cual un centro de arbitraje se niegue a atender un caso de estas características.

En ese sentido, creemos que la Ley de Arbitraje ha incurrido en una omisión, pues no sólo para estos efectos sino para muchos otros, los centros de arbitraje deberían tener una autorización administrativa para su creación otorgada por el Ministerio de Justicia; y, como ocurre con las empresas del sistema financiero y de seguros, ellos deberían contar con requisitos mínimos para su apertura y funcionamiento. Estas últimas instituciones manejan dinero del público, en tanto los centros de arbitraje administran procesos en donde constituyen materia controvertida, tanto fondos de los particulares, como incluso del propio Estado peruano a través de sus diversas entidades.

De esta forma, en lo que atañe al tema materia de tratamiento, consideramos que debería haber una reglamentación que pueda imponer sanciones administrativas (concretamente nos estamos refiriendo a multas) a los centros de arbitraje que procedan de esta manera, defraudando la confianza del público.

No obstante lo anterior, consideramos que podrían presentarse supuestos de excepción que sí ameriten el que un centro de arbitraje pueda negarse a administrar un proceso, a pesar de que las partes hubieren incluido en su contrato un convenio arbitral con la claúsula tipo de dicho centro de arbitraje.

En adelante nos ocuparemos del tema.

El primer conjunto de razones por las cuales un centro de arbitraje podría negarse a administrar un proceso, consistiría en argumentos de orden moral.

Así, podríamos imaginar varios supuestos como sería el caso en el cual quede en evidencia, desde el momento de presentar la solicitud de arbitraje, que el centro está frente a un caso simulado, es decir, un proceso en el cual ambas partes se han puesto plenamente de acuerdo y quieren utilizar el centro de arbitraje para *lavar* el compromiso al que han arribado.

Otra razón de orden moral podría presentarse cuando las partes en conflicto tengan dudosa reputación.

Empleamos la expresión *dudosa reputación* como un eufemismo, pues en verdad cuando uno la emplea lo está haciendo en relación a partes o personas cuya reputación no es dudosa, sino certeramente mala.

Dentro de tal orden de ideas, ya se han producido situaciones en las cuales algunas personas naturales o jurídicas que encuadran dentro de este calificativo han procedido a iniciar procesos arbitrales ante determinados centros de arbitraje, los que han aceptado su tramitación y lo único que han conseguido es el desprestigio absoluto de tales centros de arbitraje, al extremo de que, al menos uno de ellos, está en proceso de extinción.

Un tercer caso, muy vinculado en estructura con el anterior, sería aquél en el cual, quienes recurran al centro de arbitraje sean personas que hayan sido condenadas por delito doloso; es decir, por delincuentes que hayan purgado sus condenas o, incluso, que las estén purgando.

Recuerdo un caso especial en el cual el demandante, en su solicitud de arbitraje, informaba al centro de arbitraje que dicha solicitud debía

ser notificada al futuro demandado en el penal de Lurigancho, donde se encontraba purgando condena.

Casos como éstos, que escapan a la normalidad y regularidad del arbitraje vuelven, a mi entender, válida la negativa del respectivo centro para llevar la administración del proceso.

Digo esto, porque se entiende que el arbitraje es, precisamente un proceso que se sigue para elevar los estándares de la administración de justicia, y no para degradarlos.

Por lo demás, los centros de arbitraje gozarán de todo el derecho de cuidar su reputación, a la par que resguardar los derechos que en ese mismo sentido tiene su personal directivo y administrativo.

Un segundo grupo de razones por las cuales los centros de arbitraje podrían negarse a administrar un proceso es el derivado de conflictos judiciales.

Hace algunos años conocí el caso en el cual dos empresas tuvieron una serie de procesos administrados por un mismo centro de arbitraje. Sin embargo, el nivel de litigiosidad y beligerancia entre ellas era tan grande que en varios de esos procesos las partes iniciaron acciones de garantía (amparos) contra los miembros del Consejo Superior de Arbitraje, máximo órgano administrativo de ese centro.

Dentro de tales circunstancias, resulta natural que dicho órgano administrativo, parte litigante en diversos procesos judiciales seguidos por una y por otra parte de los arbitrajes en curso, haya considerado, con toda razón, el no aceptar la administración de procesos adicionales seguidos por dichas partes.

En el caso concreto que conocí, felizmente las aguas volvieron a su nivel y el centro de arbitraje siguió recibiendo tales nuevos procesos, pero bien podría haberse negado con todo derecho.

El tercer grupo de razones por las cuales un centro de arbitraje podría negarse a administrar un proceso, está dado por eventuales conflictos de interés.

Imaginemos el siguiente ejemplo.

Se celebra un contrato entre dos empresas, el mismo que incluye un convenio arbitral.

Tiempo después se suscita una desavenencia, fruto de la ejecución del mencionado contrato y una de las partes solicita al centro dar inicio a un proceso arbitral.

Pero da la casualidad de que la parte que solicita el inicio del proceso tiene como accionista mayoritario al presidente de la cámara de comercio, cabeza de la institución de la cual forma parte el centro de arbitraje; y, a su vez, de cuya decisión administrativa depende la permanencia o remoción de los miembros del Consejo Superior de Arbitraje.

Aquí —salvo dispensa de la parte afectada por tal situación—, la única posibilidad en la cual dicho centro de arbitraje pudiera llevar adelante la administración del proceso, sería aquélla en la cual quien ocupa la presidencia de la cámara de comercio renuncie a tal cargo.

Pero, aun así dicho centro de arbitraje no debería administrar el referido proceso, pues los miembros de la junta directiva de la cámara de comercio en cuyas manos está la eventual remoción de los miembros del centro de arbitraje, forman parte de la lista que ha ganado las elecciones y que ha estado encabezada por el presidente renunciante.

En un caso como el descrito no nos cabe duda de que el centro de arbitraje debería abstenerse de administrar el proceso y que el mismo, en defecto de nuevo pacto de partes, deberá entenderse como un proceso *ad-hoc*.

Lima, septiembre del 2013

Mucho cuidado… (A propósito de la elección del presidente del tribunal arbitral)*

No cabe duda de que el tema de la independencia e imparcialidad de los árbitros constituye uno de los principales problemas en el arbitraje contemporáneo.

Ello, además, ha motivado innumerables conferencias y escritos en los cuales me he referido sobre el particular.

No constituye objeto del presente trabajo el análisis de los procedimientos que las partes deben emplear para designar a los árbitros de parte, así como tampoco nos vamos a referir a la distancia que debe existir entre tales árbitros y quienes los designan.

Todo ello, por lo demás, va acompañado del desarrollo del deber de declaración del árbitro que se designe, en donde tiene que revelar todas sus relaciones o vinculaciones con las partes del proceso, así como con los árbitros con quienes compartirá el tribunal arbitral.

Por lo demás, tales consideraciones resultan aplicables también al presidente del tribunal arbitral; pero el tema relativo a la independencia e imparcialidad de los árbitros, constituye una materia cuya extensión y alcances escapan a las pretensiones y contenido del presente trabajo, cuyo título, como habrá podido apreciar el lector, está referido única-

---

* Artículo publicado en el Suplemento «Jurídica» del diario oficial *El Peruano*. Lima, 3 de diciembre de 2013, pp. 2 y ss.

mente a las delicadas situaciones en las que se encontrarán los árbitros designados por las partes, para escoger al presidente del tribunal arbitral.

En ese sentido, estamos asumiendo la idea de que las designaciones de los árbitros de parte han quedado firmes, y que sobre ellas no existe cuestionamiento alguno.

En otras palabras, que dichas partes, o se encuentran conformes con la designación de tales árbitros o carecen de los elementos de juicio como para cuestionar la presencia de los mismos en el tribunal, a través de un recurso de recusación.

No obstante, es inevitable no sólo en el Perú sino en cualquier parte del mundo, que en los arbitrajes cada parte tenga cierto grado de desconfianza, con respecto al árbitro designado por la parte contraria. Por más pergaminos profesionales, académicos o de rectitud profesional que tengan esos árbitros, ellos siempre serán merecedores de algún recelo o suspicacia por la parte que no los designó.

Y esto es natural, pues siempre se podrá pensar que existe algún elemento de carácter oculto o desconocido que haga que ese árbitro tenga una mayor vinculación o compromiso con la parte que ha efectuado su designación, y que tales vínculos no sean de conocimiento de la contraparte.

En buena cuenta —y aunque ello termine no siendo así— es común que las partes en controversia sospechen que el árbitro que no han designado, actuará y laudará a favor de la parte contraria.

No crea el lector que estoy afirmando que esto sea así, pues en la mayoría de casos los laudos se expiden por unanimidad y los árbitros designados por las partes tienen una conducta acorde a su investidura; no obstante, durante el desarrollo del proceso, estos temores están pre-

sentes y todos los hemos tenido cuando ejercemos la labor de abogados defensores en un arbitraje.

De ahí que resulte en extremo importante el mecanismo que los árbitros de parte empleen para la designación del presidente del tribunal arbitral.

Dicho mecanismo deberá pasar por una serie de consideraciones que a mi juicio resultan indispensables, en diversos aspectos sobre los cuales me voy a permitir opinar.

1. Transparencia

La actuación de los árbitros de parte para la elección del presidente del tribunal, debe estar marcada por la transparencia, con respecto al otro árbitro.

Esto significa que cada uno de los árbitros de parte, deberá actuar de la manera más honesta con respecto al otro, no recurriendo a vericuetos, ardides, maniobras, trampas o situaciones similares que hagan que la elección del presidente pueda estar viciada o inclinada a favor de una de las partes.

En ese sentido, estimo que lo más idóneo sería que ambos árbitros intercambien una serie de nombres de posibles presidentes en quienes confíen para el desempeño de dicha labor.

Podría tratarse, por ejemplo, de un intercambio de correos electrónicos, en los cuales cada uno de ellos incluya o remita una lista de diez o quince nombres de posibles presidentes del tribunal, y que en ese intercambio de nombres, pueda surgir alguno o algunos sobre los cuales hagan confianza dichos árbitros.

Lo que resultaría inaceptable sería que uno de los árbitros recurra a un mecanismo tan transparente como el descrito, incluyendo en dicha relación a los árbitros más connotados del medio y que el árbitro designado por la parte contraria, restrinja su relación a un número muy reducido de personas, fundamentalmente desconocidas o, incluso, básicamente, de dudosa reputación.

En casos como éstos, el árbitro que ha actuado de manera transparente, no debería ceder en lo absoluto, ya que resulta claro que el árbitro de la parte contraria está jugando sucio, y que, a la vez, está desnudando su catadura moral, restringiendo su propuesta para la presidencia del tribunal, a una lista lo suficientemente pequeña, como para que el presidente sea, no sólo un amigo suyo, sino además una persona cuyas decisiones arbitrales sean fácilmente *negociables en el mercado.*

El árbitro de parte que actúa con limpieza debería exigir que su contraparte reflexione y escoja alguno de la lista o, en todo caso, introduzca en la discusión una propuesta de nuevos nombres de personas de igual valía, para que el presidente del tribunal termine siendo alguien que revista plenas cualidades identificadas con la independencia e imparcialidad que debe tener, no sólo el presidente, sino cualquiera de los miembros del tribunal arbitral.

Si la negociación se frustrara por la necedad del árbitro de la parte contraria, tranquilamente deberá ponerse fin a dicha deliberación, a efectos de que sea el órgano competente el que designe al presidente del tribunal arbitral.

En ese sentido, más allá del órgano que corresponda, debemos tener en cuenta lo establecido por la Ley de Arbitraje, en el sentido de que el presidente del tribunal arbitral deberá ser elegido en estos casos en base a criterios de aleatoriedad por el centro de arbitraje.

Si bien es cierto que la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071) se refiere a la Cámara de Comercio correspondiente, en el caso de que estos órganos funcionen de manera supletoria a la voluntad de las partes, no cabe duda de que tal esquema de aleatoriedad debe aplicarse a cualquier situación en la cual un centro de arbitraje deba designar supletoriamente a un árbitro de parte o a un presidente de tribunal arbitral.

Salvo situaciones excepcionales, de las cuales no nos vamos a ocupar en este trabajo, la regla de la aleatoriedad no debería ser variada.

Pero, volviendo al tema de la designación del presidente por los árbitros de parte, debemos ser enfáticos en que aquellas personas cuyos nombres se propongan para presidentes del tribunal, no deban tener vinculación alguna con las partes ni con los árbitros que las propongan.

En este sentido, es muy usual que alguno de los árbitros recurra a proponer al otro el nombre de un amigo común, tratando de poner en compromiso al árbitro de la contraparte con respecto a la elección de dicho amigo común.

El razonamiento es muy simple. Si se trata de un amigo común y en la conversación se dice expresamente que ambos árbitros son amigos de él, en buena cuenta, en apariencia, no habría razón alguna para no elegir a esa persona como presidente del tribunal arbitral.

Ésta es una *de las mejores jugadas*, pero todo dependerá del grado de confianza en la independencia e imparcialidad de ese amigo común que tenga el árbitro que recibe la propuesta.

Si algo debe tener claro este árbitro, es que aquí no valen los compromisos ni el amilanarse por el hecho de que ese amigo común pueda ofenderse por no haber sido designado árbitro.

Digo esto, porque uno puede tener muchos amigos, pero a la vez, no necesariamente confiar en la independencia e imparcialidad de todos ellos.

Uno en la vida conoce a mucha gente, e incluso tiene amistad con varios de ellos, pero son amistades que se reducen a determinados planos sociales, y que en situaciones como la designación de un presidente de tribunal, conducen inexorablemente al árbitro que recibe dicha propuesta, a preguntarse si él se sentiría cómodo con la presencia del *amigo común*, en la presidencia del tribunal arbitral.

Si la respuesta es positiva, pues, a designarlo como presidente, pero si la respuesta es negativa o si existen dudas sobre el particular, la negativa se impone. Así de simple.

Ahora bien, los temores relativos a que este *amigo común* se pueda resentir con uno por no haberlo designado como presidente del tribunal arbitral, deberían ser despejados, pues, en principio, si esta persona llegara a enterarse de la ingrata situación, ello obedecerá a que el árbitro que lo propuso, habrá sido infidente y le habrá comentado acerca del tema.

Queda claro que tal infidencia podría llevar implícita, en cierta medida, alguna indebida familiaridad o previa conversación con la persona cuya propuesta para presidente se frustró.

En ese sentido, si nuestro *común amigo* se resiente, ello debería alegrarnos y no entristecernos, pues sería la prueba más palpable de que había cierto arreglo entre él y quien lo propuso, y de que nuestro actuar correspondió a la sensatez y corrección.

Pero el caso extremo es aquél en el cual aquél a quien se propone como árbitro, se promocione a sí mismo, llamando al árbitro receptor de la propuesta. En este caso no hay duda alguna de que no se le debe designar presidente.

2. Confidencialidad

La elección del presidente del tribunal debe ser un acto absolutamente libre por parte de los árbitros designados por las partes.

Ello significa que desde el momento en que tales personas ostentan la condición de árbitros, no deben seguir instrucciones de las partes que, respectivamente, los han designado.

En tal caso, no corresponderá que los árbitros de parte consulten con las partes que los han designado, acerca de los nombres de las personas que van a ser propuestas por ellos para ocupar el cargo de presidente del tribunal arbitral.

Esto, pues, se estaría dando preferencia a la parte que lo designó a uno para plantear una lista de posibles presidentes que sean *amigos* de la parte que ha designado a dicho árbitro; y que, por tanto, de igual manera, podrían favorecer a dicha parte.

En ese sentido, no cabría el procedimiento de consulta entre los árbitros de parte, es decir, que las conversaciones o deliberaciones que ellos sostengan para designar al presidente del tribunal arbitral, sean puestas en conocimiento de las partes en conflicto; naturalmente, hecha la excepción en que, por lo delicado del asunto, ambos árbitros acuerden recurrir a dicho procedimiento o, por último, en el exótico caso, en el cual tal procedimiento se hubiese estipulado en el convenio arbitral.

Pero, si no nos encontrásemos en alguno de estos supuestos de excepción, el presidente del tribunal arbitral deberá ser escogido confidencialmente por los árbitros de parte, sin intervención alguna de las partes que los designaron.

Por último, si alguna parte tuviese algún conflicto de interés con el árbitro designado como presidente, podrá proceder a recusarlo, siguiendo el procedimiento establecido por la ley.

En otras palabras, la recusación del presidente siempre se producirá con posterioridad a su designación por los árbitros de parte, y no a través de un veto impuesto como consigna al árbitro que la parte haya designado.

3. CONFIANZA

No cabe duda de que la designación de los árbitros constituye un acto de confianza, la misma que no sólo se circunscribe a los árbitros de parte, sino que se extiende, obviamente, al presidente del tribunal arbitral.

En ese sentido, para proceder a la designación del presidente del tribunal, los árbitros de parte deberán tener en consideración la confianza que ellos mismos depositen en aquél a quien designen como presidente.

Cuando me refiero a *confianza*, no necesariamente estoy pensando en un análisis de conocimiento previo y profundo de aquél a quien se designe como presidente.

Es claro que en algunos casos podrá presentarse la situación en la cual ambos árbitros tengan un conocimiento cercano de aquél a quien designan como presidente, e incluso guarden amistad con él.

En estos supuestos, el conocimiento se hallará en su mayor expresión.

Sin embargo, en otros casos, tal situación no se presentará, por cuanto los árbitros de parte podrán tener un relativo conocimiento de aquél a quien pretenden designar como presidente.

Y es que muchas veces la conversación para designar al presidente del tribunal, puede entramparse en la medida de que los árbitros carezcan de amigos en común en quienes confíen para depositar la confianza en la elección del cargo.

En estos casos, cuando no existen amigos comunes o aquellos que lo fueren no reúnan la confianza de los árbitros de parte para ocupar ese cargo, se tendrá que recurrir a terceros a quienes uno conozca por referencias de orden profesional, académico o por su desempeño en otros procesos arbitrales en que uno los haya visto actuar directa o indirectamente; es decir, ejerciendo la defensa arbitral o por referencias de terceras personas.

Elegir un presidente en tales circunstancias, también implica un acto de confianza, pues, como puede apreciarse, este concepto no se circunscribe al directo, amplio y antiguo conocimiento personal sobre el futuro presidente del tribunal.

4. Distancia

Para la elección del presidente del tribunal arbitral, los árbitros de parte deben tratar de que aquella persona que pueda ocupar ese importante cargo, guarde similar distancia con las partes y con los árbitros.

Esto por una cuestión de sentido común, pues habiendo pasado la valla de la independencia e imparcialidad, siempre será mejor escoger como presidente a una persona que idealmente sea equidistante de las partes y de los árbitros de parte.

Una situación como ésta será fácil de superar en la medida en que ambos árbitros de parte tengan oficio arbitral, entendiendo por esto último a que ambos árbitros ejerzan usualmente la función de tales en diversos arbitrajes en el medio.

La experiencia vivida enseña que en estos casos será mucho más fácil para tales árbitros lograr consenso para la elección del presidente del tribunal arbitral; ello, por la sencilla razón de que ambos árbitros tendrán una serie de conocidos e, incluso, amigos comunes, en quienes puedan confiar la presidencia del tribunal arbitral.

Naturalmente, esto no siempre ocurrirá, sobre todo cuando a pesar de que los árbitros de parte tengan amplio oficio arbitral, uno de ellos se hubiere coludido con la parte que lo nombró, a efectos de intentar —por todos los medios— que el presidente del tribunal sea alguien cercano a esa parte.

En estos casos, será obvio que lograr la elección del presidente resultará sumamente difícil.

Otro caso en el cual no será sencillo designar a un presidente de tribunal que guarde similar distancia con los árbitros y las partes, será aquél en el cual uno de los árbitros de parte tenga amplio oficio arbitral, en tanto el otro carezca de tal oficio.

En una situación como ésta será claro que quien carezca de oficio no conocerá a quienes se desenvuelven en el medio arbitral, y terminará designando como presidente del tribunal a un árbitro con oficio, pero a quien seguramente poco o nada conoce.

5. Los extranjeros

Hay situaciones en las cuales la elección de presidente se complica de manera notoria, en la medida en que resulta muy difícil para los árbitros hallar a alguien que no haya tenido o tenga vinculación alguna con las partes en conflicto.

Es el caso en el cual ambas partes sean empresas tan grandes y con tantos problemas y aristas legales que, prácticamente, hayan consultado o consulten a un número muy importante de estudios de abogados o de abogados independientes de la Capital.

En estos casos, a veces será difícil escoger a un árbitro peruano como presidente del tribunal (aunque por experiencia, buscando bien se encuentra, e incluso a alguien con buenas calidades); pero en el supuesto de que la elección se entrampase por los árbitros de parte o por el órgano encargado de efectuar la designación con carácter supletorio, será factible recurrir a un árbitro extranjero.

En el caso de los árbitros extranjeros, siempre es necesario tener el cuidado de que éstos no guarden mayores vinculaciones con alguno de los coárbitros o con el estudio de abogados que defiende a dicha parte o, incluso, con la parte misma.

Para tal efecto, los árbitros de parte deberán tener sumo cuidado en la designación de un árbitro extranjero, tanto como si fuera peruano, con la preocupación adicional de que puedan estar presentes relaciones o amistades poco perceptibles al momento de su designación, y que pudieran ser decisivas al tiempo de laudar.

Estas medidas de cautela y precaución, evidentemente, no sólo se extienden a los árbitros de parte, sino a la entidad nominadora, en defecto de acuerdo y, por sobre todo, a las partes en conflicto y sus asesores legales, quienes deberán realizar una búsqueda mucho más intensa acerca de las vinculaciones que pudieren existir entre el árbitro extranjero designado y la contraparte, así como sus respectivos asesores legales.

6. Diligencia

Los árbitros de parte deben tener también mucho cuidado en que aquél a quien designen como presidente, no sólo sea una persona que revista todas las buenas cualidades de las que hemos tratado en estas páginas, sino que además se trate de una persona diligente y que se encuentre en aptitud, tanto en materia de conocimientos, como de tiempo y disposición, para poder ocupar la presidencia del tribunal arbitral.

No olvidemos que el presidente del tribunal, no sólo por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, sino por la práctica consuetudinaria, es la persona encargada de dar impulso al proceso.

Un presidente negligente o que carezca de cualquiera de las condiciones antes mencionadas, conducirá, casi seguro, a que el arbitraje fracase.

7. Conclusión

El lector podrá llegar con nosotros fácilmente a la conclusión de que los árbitros de parte tienen la difícil misión —encomendada precisamente de manera implícita por quienes los designaron— de escoger un *buen presidente* del tribunal, con todo lo que implica la expresión que acabamos de mencionar.

Esta labor debe ser tomada con la mayor responsabilidad y cuidado, a efectos de evitar con posterioridad, no sólo el lamento de alguno de los árbitros, sino —fundamentalmente— de la parte que lo nombró.

Lima, septiembre del 2013

Ni una palabra
(A propósito del silencio que la Ley de Arbitraje guarda en torno al secretario arbitral)

La Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071) no trata acerca del secretario arbitral.

Si fuera por estas consideraciones, pareciera que la importancia del secretario fuera nula.

No se establece ni cómo se le nombra; ni cuáles son sus funciones; ni cuáles son sus deberes y derechos; ni cómo puede ser removido; ni si cabe sobre él recusación; ni si debe suscribir o no las resoluciones; etc., etc., etc.

Y, como todos sabemos, la figura del secretario arbitral tiene extrema importancia en el desarrollo cotidiano de los arbitrajes.

Es en razón de ello que en las siguientes páginas voy a ocuparme de los aspectos que considero más importantes en torno a la figura del secretario arbitral, es decir, de quien desempeña la secretaría en un tribunal.

1. ¿Quién es el secretario arbitral?

El secretario arbitral es la persona natural que ocupa la secretaría arbitral, que constituye el órgano de asistencia directa del tribunal arbitral y que se encarga de todo aquello que le es encomendado por éste.

Siguiendo la misma línea que en el caso de los árbitros, el secretario arbitral tiene que ser una persona natural, por más de que la secretaría arbitral haya sido confiada a un centro de arbitraje.

Como es evidente, la ley no establece requisitos para desempeñarse como secretario arbitral, pero resulta claro que deberá tratarse de una persona mayor de 18 años y que se encuentre en plena capacidad de ejercicio, dadas las altas responsabilidades que va a tener en el cargo.

La siguiente pregunta que uno podría formular es la relativa a si el secretario debe o no ser abogado.

La experiencia enseña que en la inmensa mayoría de casos los secretarios arbitrales o son abogados o son estudiantes de Derecho de últimos ciclos o egresados de la carrera de Derecho, aún no titulados.

En todos estos años de ejercicio en el arbitraje confieso no haberme encontrado con un secretario arbitral que haya seguido una carrera o especialidad distinta a la del derecho, y, como es obvio, tampoco con alguien que no haya seguido carrera universitaria alguna.

Nótese cómo esta consideración se extiende tanto a los arbitrajes de derecho como a los arbitrajes de conciencia, en donde perfectamente podría pensarse que el secretario no tenga la condición de abogado. Es más, en un arbitraje de conciencia en donde los árbitros no fueren abogados, el secretario arbitral se convertirá en el asesor legal por naturaleza del tribunal arbitral, por lo menos en cuestiones formales.

De igual manera, todos los centros de arbitraje tienen dentro de sus filas como secretarios arbitrales a abogados, estudiantes de derecho o egresados de la especialidad. No hay excepciones.

Y la pregunta que uno podría formularse es la relativa a cuál es la razón por la que esto es así.

Pues, porque el secretario arbitral va a desempeñarse debiendo seguir un conjunto de reglas procesales sobre las cuales va a tener un riguroso control, habida cuenta de que en materia formal muchas veces el secretario se convierte en el asesor directo del tribunal arbitral (y no sólo en los tribunales arbitrales de conciencia).

Los secretarios arbitrales son generalmente personas jóvenes, pues el paso de los años hace que quienes se han desempeñado como secretarios arbitrales paulatinamente compartan sus labores con el desempeño del cargo de árbitros. Sin embargo, ésta es solamente una apreciación, mas no una regla, pues la especialización como secretario arbitral también representa una situación que puede prestigiar notoriamente a aquél que sólo se desempeña en ella.

2. ¿Quién designa al secretario arbitral?

Cuando nos encontramos en presencia de arbitrajes institucionales, los respectivos centros de arbitrajes son los encargados de designar a la persona que va a desempeñarse como secretario en el caso arbitral en particular.

En el caso de los arbitrajes *ad-hoc* la situación necesariamente es distinta, dado que no existe un órgano pre establecido que lleve adelante la administración del arbitraje.

En ellos la dirección del proceso está a cargo del propio tribunal arbitral, entendiendo dentro del concepto de dirección, tanto la parte sustantiva, vale decir, el desarrollo del propio proceso en materias formales como de fondo, así como las cuestiones logísticas relativas al mismo, vale decir, el soporte secretarial, lo que incluye la notificación física de las resoluciones, el llevar el cuidado del expediente arbitral, etc. En estos casos, todos esos temas estarán a cargo y supervisión del propio tribunal arbitral.

Es así que en los tribunales *ad-hoc* es el propio tribunal el que designa al secretario arbitral.

Constituye práctica común que sea el presidente del tribunal arbitral quien proponga el nombre del futuro secretario y que sus coárbitros lo acepten; naturalmente, a menos que alguno de ellos tenga algún reparo sobre él, como podría ser el caso de malos antecedentes del propuesto, tanto en lo que respecta a celeridad o calidad en su trabajo como a deficiencias de conocimiento o incluso temas de carácter ético.

A lo largo de mi experiencia arbitral sólo he visto un caso en el cual, siendo yo árbitro de parte, el secretario propuesto por el presidente fue objetado —y con adecuado fundamento— por uno de los árbitros—. En este caso, correspondió que el presidente propusiera a otra persona —lo que así ocurrió— y de esta forma el proceso pudo llevarse adelante.

Es claro que si bien no existe norma legal alguna en la Ley de Arbitraje con respecto a la designación del secretario, ésta podrá hacerse por mayoría, si es que uno de los miembros del tribunal arbitral no coincidiera con sus coárbitros en el nombre de la persona a designar.

No obstante, una situación de estas características resultaría exótica y verdaderamente penosa, pues estaría enturbiando el proceso de manera inútil.

En este estado de nuestro estudio, cabe incluso formular la observación de que resultaría perfectamente posible que un tribunal arbitral prescinda del nombramiento de un secretario y que sean los propios miembros del referido tribunal quienes se encarguen de la realización de todas las labores que normalmente corresponden al secretario arbitral.

Si bien es cierto, no me he encontrado con una situación como ésta, no es raro tampoco que en algunas ocasiones cuando por enfermedad, viaje o alguna otra razón, el secretario se halla ausente por períodos

cortos, los tribunales siguen funcionando perfectamente, siendo el presidente quien en la práctica realiza las funciones propias del secretario.

Por otra parte, resulta claro que así como es el tribunal arbitral quien designa o nombra al secretario, será el propio tribunal el que está investido de las facultades para destituirlo (removerlo) y reemplazarlo por otra persona que cumpla sus funciones.

Tales circunstancias podrían derivarse de casos en los cuales el secretario arbitral deje de trabajar con el presidente del tribunal y sus nuevas labores le impidan desarrollar el cargo de secretario, cuando el tribunal arbitral no esté satisfecho con su desempeño, fuere por la causa que fuere o, incluso, por razones de incompatibilidad o conflicto de intereses, materia que abordaremos más adelante cuando analicemos la posibilidad de recusar al secretario.

3. Funciones del secretario arbitral

Las funciones del secretario están referidas fundamentalmente a colaborar con el tribunal en el adecuado desarrollo del proceso, pero siempre actuando bajo las directivas del tribunal arbitral y, coordinando estrechamente con su presidente.

El secretario será quien se encargue de la tramitación de todos los escritos que presenten las partes, así como de las resoluciones que expida el tribunal.

Será el secretario quien alcance a los miembros del tribunal los escritos presentados por las partes, así como quien haga notificar las resoluciones que el tribunal expida a lo largo del proceso.

Un buen secretario debería proyectar, *motu proprio*, aquellas resoluciones que tengan carácter de decretos, es decir, aquellas resoluciones de

mero trámite que no impliquen la resolución de incidente alguno (naturalmente, bajo la supervisión del tribunal arbitral). Asimismo, deberá consultar con los miembros del tribunal arbitral cuál será el sentido en el que proyectará las resoluciones que tengan carácter de autos; es decir, aquéllas que resuelvan algún incidente, pero que no revistan la condición de laudo parcial o final o definitivo.

Usualmente el secretario será también el encargado de elaborar un proyecto de vistos que alcanzará al tribunal arbitral para que éste pueda laudar.

Pero, será el propio tribunal el que deberá elaborar las partes considerativa y resolutiva del laudo o laudos arbitrales.

Queda claro que la función de secretario arbitral es de carácter secundario, vale decir, que el secretario no podrá actuar como un cuarto árbitro, en el sentido de participar en las deliberaciones del tribunal o formular preguntas en las audiencias arbitrales.

Situaciones como éstas escaparían a las labores propias de un secretario arbitral y pueden llegar a incomodar a los miembros del tribunal e incluso a las partes en controversia.

Por otra parte, queda claro que el secretario, al igual que los miembros del tribunal arbitral cesará en sus funciones cuando el tribunal concluya con las mismas, vale decir, con la resolución que ponga fin a los recursos de rectificación, interpretación, integración, y exclusión del laudo (artículo 58 de la Ley de Arbitraje).

Excepcionalmente, el secretario, al igual que los miembros del tribunal (en especial, el presidente) tendrán que realizar las labores que resulten consecuencia del proceso ya concluido, como sería el caso de cumplir con la obligación de remitir al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) copia del laudo arbitral, a efectos de

su registro y ulterior publicación en Internet, expedir copias certificadas del expediente, etc.

4. Los honorarios del secretario arbitral

Cuando nos encontramos en presencia de arbitrajes institucionales, los secretarios arbitrales son empleados del respectivo centro de arbitraje, razón por la cual usualmente no reciben algún honorario adicional por desempeñar función secretarial en los procesos en que les toque brindar asistencia.

No ocurre lo propio en los arbitrajes *ad-hoc* en los cuales al secretario sí se le asigna un honorario especial.

Tal honorario, por lo general, equivale al cincuenta por ciento del honorario de un árbitro; y en él se incluyen todos los gastos en que el secretario arbitral debe incurrir a efectos de proceder con la tramitación del proceso, fundamentalmente, en lo relativo a las notificaciones.

Resulta evidente que no se hallan comprendidos dentro de los honorarios del secretario arbitral los gastos que demande la actuación de los medios probatorios o aquéllos en que el tribunal arbitral incurra para sus deliberaciones.

Entiendo que se justifica que los honorarios del secretario arbitral asciendan a una suma algo mayor, si es que los costos de notificar fueran más elevados, como sería el caso en el cual una o ambas partes litigantes tuvieran sus domicilios en localidades distantes de la sede del tribunal arbitral.

5. La remoción y recusación del secretario arbitral

El ejercicio de la función secretarial constituye, qué duda cabe, un cargo de absoluta confianza, no sólo para los miembros del tribunal arbitral sino también para las partes en conflicto.

Esto determina que en algún momento pueda ocurrir que dicho secretario pierda la confianza de los miembros del tribunal. En este caso, el tribunal deberá removerlo de inmediato.

Para tal efecto no se requiere expresión de causa, precisamente, por el hecho de tratarse de un cargo de confianza.

Pensamos que ni siquiera se debería señalar que el tribunal ha perdido la confianza en el secretario, habida cuenta de que ello podría resultar innecesariamente ofensivo para aquél que ha venido desempeñando dicha función.

Sobre este asunto no hay mayor problema.

Consideramos que los inconvenientes se producen cuando alguna de las partes presenta algún escrito o deja constancia en el acta de alguna audiencia, de sus opiniones en torno a algunos cuestionamientos sobre el secretario.

En casos como éstos, el tribunal deberá hacer una evaluación muy seria sobre el tema.

Es evidente que el dicho de la parte podría tratarse de alguna maniobra procesal tendiente a dilatar o a entorpecer el desarrollo del proceso, en cuyo caso al tribunal le correspondería reiterar la confianza depositada en el secretario y continuar las actuaciones arbitrales con la asistencia de esta persona.

Caso contrario, es decir, si los cuestionamientos fueran de contenido verdadero, el tribunal deberá proceder a amonestar al secretario arbitral, a menos que se trate de cuestionamientos referidos a su idoneidad moral, supuestos en los cuales el tribunal deberá remover de inmediato a dicho secretario.

En buena cuenta, ante el cuestionamiento de una de las partes con respecto al secretario, el tribunal, en caso dicho cuestionamiento revista asidero, tendrá sólo dos caminos: el primero, llamar la atención del secretario; el segundo, removerlo del cargo.

Sin embargo, hasta este momento, nos hemos referido a situaciones en las cuales las partes se limiten a hacer comentarios sobre la actuación del secretario arbitral; pero la pregunta que cabría formular es si resulta posible recusar al secretario.

Al tratarse de una figura carente de regulación legislativa, la recusación del secretario deberá ser abordada conforme a las pautas antes mencionadas y de la siguiente manera: si se tratase de un arbitraje institucional, el incidente deberá ser resuelto por el órgano respectivo de la administración del centro de arbitraje. En la mayoría de casos, por el secretario general del respectivo centro, que es —precisamente— quien lo nombró.

Si se tratase de un arbitraje *ad-hoc*, la recusación del secretario deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral.

Es evidente que los pedidos de remoción deberán seguir el mismo curso que los de recusación.

De igual modo, resulta claro que si ambas partes formularan solicitud de recusación o remoción del secretario arbitral, no habrá duda alguna de que el centro de arbitraje o el tribunal arbitral, según fuere

el caso, deberá proceder a apartar a dicha persona del cargo que venía ocupando.

6. La suscripción de las resoluciones

Constituye práctica usual que el secretario también firme las resoluciones del expediente original, a la par que todas las notificaciones que se cursan a las partes.

Como hemos dicho en su oportunidad, ello no necesariamente tendría que ser así, en la medida en que el tribunal, podría perfectamente, actuar sin la presencia del secretario.

Ahora bien, queremos mencionar que en algunos casos el secretario arbitral puede incurrir en error, al notificar a las partes resoluciones que nunca han sido aprobadas por el tribunal o, incluso, notificar votos en minoría como si fueran resoluciones adoptadas por el propio tribunal.

Más allá de la lenidad del secretario que proceda de esta forma, queda la inquietud relativa a cómo debe proceder el tribunal con respecto a la resolución que ha sido notificada, pues ella puede favorecer a una parte y perjudicar a otra.

No cabe duda de que si se tratase de cuestiones de mero trámite, tales como la fijación de la fecha de una audiencia, el tema no revestirá problema alguno, en la medida en que resultará muy fácil que el propio tribunal asuma el error o que manifieste que el mismo ha correspondido al secretario y proceda a señalar una nueva fecha.

Sin embargo, el problema se presentará cuando nos encontremos en presencia de resoluciones que afecten los intereses de una parte y, correlativamente, beneficien los de la otra.

En esos casos, si la resolución, en verdad nunca hubiera sido acordada por el tribunal arbitral, el propio tribunal deberá dejarla sin efecto adjuntando a esta nueva resolución una razón de secretaría, a través de la cual el propio secretario dé cuenta de que dicha resolución no fue aprobada por el tribunal.

No obstante, estos temas —que en apariencia podrían ser sencillos— pueden revestir diversas complicaciones, en la medida de que nos encontremos en presencia de un secretario que no desee quedar en evidencia frente a las partes y al tribunal en torno al error cometido.

En éstos —sobre todo si nos hallamos frente a una parte beligerante—, podrían suscitarse problemas muy serios en el desarrollo del proceso.

7. Custodia y conservación del expediente

Como sabemos, el expediente original del proceso debe ser mantenido en custodia mientras se desarrolle el arbitraje.

Cuando se trate de un arbitraje institucional, será el centro de arbitraje el que se encargue de estas labores y, naturalmente, el secretario arbitral será la persona a quien le estará encomendada la tarea de mantener al día y ordenado el expediente.

En el caso de los arbitrajes *ad-hoc* caben varias posibilidades.

Si el secretario arbitral trabajara bajo las órdenes y en el mismo espacio físico que el presidente del tribunal arbitral, cuyo Estudio u oficina haya sido dispuesto como sede del tribunal arbitral, no cabrá duda alguna de que el secretario deberá conservar dicho expediente, al igual que en los arbitrajes institucionales, con la mayor pulcritud y celeridad.

La experiencia enseña que los problemas se presentan cuando las oficinas del secretario arbitral no coinciden con las de la sede del tribunal y, tampoco, con las del presidente del propio tribunal.

En estos casos, los continuos traslados del expediente a la sede de las audiencias implican un riesgo que las partes deben tratar de minimizar, a efectos de que no se produzcan situaciones en las cuales el expediente arbitral corra peligro de pérdida de algunas o incluso de todas sus piezas.

De ahí que esta última situación no resulta la más aconsejable en los procesos arbitrales.

Finalmente, no cabe duda de que si el secretario, por dolo o culpa, perdiera piezas del expediente arbitral, esta situación podrá determinar que el mismo incurra en responsabilidad civil con respecto a los árbitros y a las partes del proceso. No obstante, por lo demás, es perfectamente posible, al igual que ocurre en sede judicial, que un expediente arbitral pueda ser reconstruido en caso de pérdida parcial o total.

Ello podrá llevarse adelante con la colaboración de las partes y de los árbitros, en virtud de que todos ellos conservan una copia del expediente original.

En materia arbitral las copias del expediente que conservan árbitros y partes, para efectos prácticos no son en estricto copias, sino originales, ya que todas las piezas del expediente que presentan las partes, se adjuntan en tantos originales como árbitros y partes haya, incluyendo un original para el expediente *oficial* y otro como cargo de la parte presentante.

8. Ética del secretario arbitral

Hemos dejado para el final un tema que resulta de extrema importancia y es el relativo a la ética del secretario arbitral.

Si bien es cierto, el secretario arbitral no resuelve, en muchos casos él proyecta resoluciones o participa estando presente en las reuniones que tienen los árbitros para deliberar incidentes o incluso el laudo.

Dentro de tal orden de ideas, el secretario arbitral debe guardar un comportamiento absolutamente distante de las partes, cumpliendo también con los requisitos de independencia e imparcialidad exigidos por la ley para los árbitros.

A pesar de que la Ley de Arbitraje omite regular el tema, resultaría impensable la existencia de un secretario arbitral que sea infidente o parcializado, poniendo en conocimiento de alguna de las partes aquello que se discute al interior del tribunal.

Así las cosas, todo lo expresado en otros estudios que hemos realizado sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, será aplicable al secretario arbitral.

Incluso creemos que le debería resultar aplicable lo relativo al deber de declaración, ya que de esta forma las partes podrían saber si se sienten cómodas con la presencia de dicho secretario o si, por el contrario, alguna de ellas o incluso ambas preferirían que el mismo sea removido. Pero la ley deberá ser explícita al respecto.

9. Conclusión

Como puede haber apreciado el lector, el secretario arbitral es uno de los personajes importantes dentro del proceso y llama la atención cómo no sólo la Ley de Arbitraje de nuestro país sino las de los demás países del mundo obvien su regulación.

No somos partidarios de que la secretaría arbitral tenga un extenso tratamiento dentro de la Ley de Arbitraje, pero sí creemos que ésta de-

bería incluir al menos unas cuantas disposiciones básicas o fundamentales que rijan los aspectos indispensables con relación al tratamiento de los secretarios arbitrales.

Lima, septiembre del 2013

¿Yo Acuso?*
(¿Qué podría revelar un árbitro en relación a sus compañeros de tribunal?)

La Ley de Arbitraje establece dos mecanismos típicos (entendiendo por tales a aquéllos regulados expresamente en la ley) para el apartamiento de un árbitro del tribunal arbitral.

El caso más conocido es el de la recusación, regulada en los artículos 28 y 29 del Decreto Legislativo n.° 1071;[1] y la referida Ley ha

---

* El título de este artículo está inspirado en el del alegato en defensa del Capitán Alfred Dreyfus, que Émile Zola publicara el 13 de enero de 1898 en el diario *L'Aurore*. En francés, *J'accuse*…!!!

[1] Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
   a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
   b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
   c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
   d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
      i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23.
      ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. y e. del artículo 23.
      iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

agregado otro procedimiento denominado remoción, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 30[2] del citado decreto legislativo.

No cabe duda de que una recusación se produce —fundamentalmente— cuando una de las partes pierde la confianza en un árbitro por

---

6. Cuando por disposición de este decreto legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

[2] Artículo 30.- Remoción.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.
2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo.

la existencia de circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Esta pérdida de confianza podrá darse en razón de aquello que el árbitro ha declarado o de aquello que no ha revelado y que fuera descubierto por alguna de las partes (incisos 1 y 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje).

Sin embargo, también podríamos encontrarnos ante una recusación derivada de la presencia de circunstancias que hagan que el árbitro no posea las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley (inciso 3 del artículo 28 de la ley).

Como es natural, el árbitro recusado podría renunciar, no aceptando las causales invocadas para su recusación; como también podría ser apartado del proceso al declararse fundada dicha recusación o ser ésta aceptada por la parte que no lo ha recusado.

Cabe señalar también que existen otras causales atípicas de apartamiento de los árbitros del proceso, como podría ser el caso en que el árbitro muera o renuncie sin estar recusado, las cuales conducirán invariablemente a que el cargo de árbitro quede vacante. Se trata, sin duda, de causales atípicas, pues no se hallan reguladas en la ley de arbitraje.

Volviendo al tema de la recusación, propiamente dicha, queda claro que ella debe ser invocada por alguna de las partes, habida cuenta de que no procedería una recusación hecha por un tercero ni, mucho menos, una recusación formulada por alguno de los coárbitros.

Por otra parte, como hemos señalado, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071) ha introducido una nueva causal de apartamiento de los árbitros del proceso, denominada remoción.

El inciso 1 del artículo 30 parte del supuesto más deseable, es decir, que cuando un árbitro se vea impedido, de hecho o de derecho, para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro

de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción.

Es claro que si ambas partes convinieran en remover a un árbitro por cualquiera de las razones antes señaladas, ello equivaldría, en la práctica, a que una lo recuse y que la otra acepte dicha recusación o que ambas lo recusen simultáneamente; con lo cual el árbitro, claro está, quedará fuera del proceso.

En caso de discrepancia, que será —sin duda— el supuesto más común, el procedimiento a seguir será el de la recusación, siendo la respectiva decisión definitiva e inimpugnable.

El referido inciso 1 agrega que sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes, situación que pasa por adoptar dicho acuerdo —lo entendemos— con o sin expresión de causa. Este acuerdo de remoción equivale (en la práctica) a una recusación formulada por ambas partes, pero ella podría —incluso— carecer de motivación.

Nótese cómo en el caso del inciso 1 del artículo 30, la remoción del árbitro es promovida por una parte o por ambas. Hasta aquí, un tercero no podría promover la remoción de un árbitro. Dicha remoción será competencia exclusiva de las partes.

El inciso 2 del artículo 30 plantea el caso en el cual alguno de los árbitros se rehúse a participar en las actuaciones o esté reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, caso en el cual señala que los otros árbitros deberían haber comunicado tal situación a las partes y al árbitro renuente, luego de lo cual se hallarían facultados para continuar con el arbitraje sin la participación de ese árbitro, naturalmente, si no hubiese acuerdo distinto de partes o prohibición al respecto en el reglamento arbitral aplicable.

En principio, consideramos que tal norma constituye una demasía, pues tanto por ley como por la generalidad de actas de instalación y reglamentos arbitrales, los tribunales conformados por tres árbitros tienen todas las facultades para actuar por mayoría, y se entiende que la ausencia de uno de los árbitros no debe entorpecer el proceso, dado que dicha ausencia podría obedecer no sólo a razones atendibles, sino incluso a las más perversas, fundamentalmente centradas en el hecho de querer entorpecer el desarrollo del proceso.

Es obvio, entonces, que las actuaciones pueden continuar con dos árbitros.

No obstante, consideramos que lo señalado en este extremo del inciso 2 del artículo 30 es una sutil expresión de voluntad de los dos árbitros que sí desarrollan sus funciones, en el sentido de solicitar a las partes que ellas mismas procedan a remover al árbitro que incumple con sus obligaciones, se trate de un árbitro de parte o del presidente del propio tribunal.

Dada la redacción de esta norma, ella podría entenderse como que los árbitros que sí están cumpliendo con su deber, están procediendo a acusar al tercer árbitro; pues dejan constancia de un hecho objetivo, el mismo que, por lo demás, de seguro podrán probar por el intercambio de correos electrónicos no contestados, así como por la ausencia de ese tercer árbitro en diversas audiencias, tema que, por lo demás, las propias partes habrán constatado directamente, por razones obvias.

El texto de la ley está redactado, entonces, en el sentido de entender que estos árbitros *están invitando* a las partes para que remuevan al tercer árbitro.

La norma es, por lo demás, bastante generosa con el tercer árbitro, pues establece el referido inciso 2 del artículo 30, que en la determinación de si se continúa o no con el arbitraje, los otros árbitros deberán

tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que fueran apropiadas.

Reiterando nuestra opinión en el sentido de que esta norma bien podría no existir, es natural que la invitación para remover a un árbitro, fundamentalmente tiene que ver con la falta de colaboración de éste en el desarrollo del proceso, situación que no necesariamente va a implicar la existencia de culpa en ese árbitro, pues podría ocurrir que el mismo no participe en el arbitraje —sólo por citar un ejemplo— por razones de salud.

Éste sería un caso de ausencia de culpa, pero en la medida en que su estado de salud, por más quebrantado que esté, le permita manifestar su voluntad, lo que se esperaría de ese tercer árbitro en el supuesto concreto, es su renuncia al cargo, precisamente, motivada por las razones antes expuestas.

Poder renunciar y no hacerlo implica una falta al deber de diligencia de ese árbitro.

Es claro que en un caso como éste podría recusarse al árbitro, pues esa situación daría lugar a dudas justificadas sobre su probidad, ya que existiría una nueva circunstancia que él no habría revelado; no siendo relativa a su relación con las partes, sino a su propia salud.

Esa omisión haría que dicho árbitro haya dejado de poseer las calificaciones exigidas por la ley, la misma que parte del entendido de que el árbitro debe ser una persona que se encuentre en capacidad de llevar adelante el proceso, lo que tendría que haber manifestado al momento de aceptar el cargo, deber que continúa —obviamente— a lo largo del proceso.

En otras palabras, un árbitro que se encuentre en una situación de incapacidad física y que no renuncie a su cargo —pudiendo hacerlo— podría ser recusado, pero lo más elegante sería que se solicite su remoción, ya sea por una de las partes o por ambas.

Es natural que si se comprobara dicha incapacidad, tal recurso de recusación o de remoción, debería ser declarado fundado por el órgano pertinente.

Pero podría ocurrir también que los árbitros que sí se hallan interesados y en capacidad de que el proceso siga adelante, decidan esperar que el tercer árbitro vuelva a participar en él.

En ese sentido, la ley entiende que tal situación de hecho deberá culminar en algún momento. Así, el inciso 3 del artículo 30 de la Ley de Arbitraje, establece que si esos otros árbitros decidieran continuar con el arbitraje, sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes, pudiendo, cualquiera de ellas, solicitar la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme al inciso 1 del propio artículo 30.

Luego de haber recordado en qué consisten la recusación y la remoción, como figuras típicas para obtener el apartamiento de un árbitro del proceso arbitral, debemos manifestar que sólo en el caso de la recusación estaría presente la situación de pérdida de confianza en lo que respecta a la independencia e imparcialidad del árbitro, y que ante dicha situación las partes sólo podrán hacer uso del recurso de recusación.

Por otra parte, la figura de la remoción tiene que ver en lo fundamental con situaciones de orden objetivo, vinculadas directamente con la falta de actuación procesal de un árbitro; y carecen en ella de relevancia y pertinencia, cuestiones ligadas al comportamiento moral del árbitro. En otras palabras, sus compañeros de tribunal sólo pueden denunciar al árbitro ante las partes por su falta de actuación procesal, pero no

está previsto que lo denuncien por situaciones que tengan vinculación con haber tomado conocimiento de hechos que hagan que esos árbitros pierdan confianza en la independencia e imparcialidad del otro árbitro.

La ley no contempla este supuesto.

Voy a citar un ejemplo.

En una ocasión, formando parte de un tribunal arbitral, descubrí que mis compañeros de tribunal, tanto el presidente como el árbitro de la otra parte, no sólo tenían una enorme vinculación amical (que no habían declarado), sino que, además, ambos en su ejercicio profesional, habían prestado servicios a una de las partes en conflicto de manera reciente y por asuntos de magnitudes en extremo importantes.

Más allá de la profunda decepción que sentí en el plano personal, y de constatar que el proceso arbitral cuyo tribunal conformaba solamente revestía las formalidades legales, pero en el fondo todo estaba decidido en favor de una de las partes, me pregunté varias veces qué podía hacer yo como árbitro.

Una de las alternativas, naturalmente, era la de renunciar sin expresión de causa, pero luego de renunciar no podía hacer absolutamente nada, pues por la imparcialidad que me imponía mi cargo de árbitro, por más que hubiese renunciado a él, yo no hubiera podido ir donde la parte que iba a perder el proceso, a transmitirle la información que conocía.

Ésa hubiese sido una conducta inaceptable, pues mi apartamiento del proceso me hubiese obligado a mantener, incluso alejado de él, la distancia que siempre uno debe tener con las partes; de manera tal que esta opción estaba descartada.

Un segundo camino era el de efectuar una revelación personal dentro del proceso, pero se hubiese tratado de una revelación atípica, pues la misma no hubiera versado sobre hechos o situaciones propias, o que correspondían a mí mismo. Dicha revelación hubiese versado sobre hechos o circunstancias que correspondían a mis dos colegas de tribunal y que ellos nunca habían revelado. Por lo demás, esos hechos o circunstancias eran de tal magnitud o gravedad, que su conocimiento iba a ameritar su inmediata recusación, así como el que ésta fuese declarada fundada por el centro de arbitraje que administraba el proceso y —no me cabe la menor duda— su inmediata expulsión de la lista de árbitros del referido centro de arbitraje.[3]

¿Pero, yo hubiese podido hacer eso?

Debo aclarar, como un elemento adicional de consideración para el caso concreto, que esta situación la viví en un caso regido por la ya derogada Ley General de Arbitraje n.° 26572 y no por el vigente Decreto Legislativo n.° 1071; vale decir que incluso no existía la posibilidad de remover al árbitro, derivada de dichos de los propios árbitros. No obstante ello, voy a continuar con el análisis del caso, como si el mismo se hubiese presentado en un arbitraje regido por el Decreto Legislativo n.° 1071.

En ese sentido, vuelvo a hacer la pregunta de si yo hubiese podido revelar a las partes que mis compañeros de tribunal tenían una vinculación muy reciente y patrimonialmente importante con una de las partes en conflicto.

---

[3] Algo similar ocurrió en otro proceso arbitral, cuyo tribunal yo presidía. Allí, el abogado de una de las partes fue a revisar el expediente al Centro de Arbitraje y le dejó a la secretaria su tarjeta de presentación. Esta tarjeta indicaba claramente que dicho abogado era socio del árbitro que había designado la parte a la que defendía. En este caso la solución fue muy sencilla, pues la secretaria dio cuenta al secretario general del Centro de Arbitraje y éste ofició al árbitro para que diera las explicaciones del caso. Naturalmente, renunció de inmediato.

La respuesta que daría en este instante (la misma que coincidió con la que adopté en aquella oportunidad), es la negativa.

Y, es lamentable, pero creo que la negativa debería imponerse en un caso como éste, porque yo no tenía las pruebas materiales para acreditar lo que había descubierto, dicho sea de paso, por haberlo escuchado en una conversación de mis coárbitros producida, para mayores señas, delante de mí.

En otras palabras, si me aventuraba a denunciar esta situación ante las partes, era posible que tales árbitros, si bien habían brindado servicios a una de las partes en conflicto, no le hubiesen facturado, o que sus estudios de abogados lo hubieran hecho a nombre de otra empresa.

Y en ese caso, a quien hubiesen crucificado hubiera sido a mí, pues si así se hubiesen desarrollado las cosas, la recusación de esos árbitros, formulada por la parte que no tenía vinculación profesional con ellos, hubiese sido declarada infundada; e inexorablemente, la recusación que la parte que sí tenía vinculación con ellos, hubiera formulado contra mí, habría tenido que ser declarada fundada, pues, finalmente, los documentos, vale decir, la realidad formal, arrojaría en apariencia que yo habría formulado una acusación infundada, por la que no sólo habría manifestado un *claro favoritismo* hacia una de las partes del proceso, sino que, además, habría difamado (como vemos, incluso entraríamos en el ámbito penal del artículo 132 del Código Penal peruano) a esa parte y a mis dos *honorables* coárbitros.

Creo, en suma, que si uno de los árbitros conoce acerca de estas situaciones, pero no tiene cómo probarlas, no podría efectuar declaración alguna que conduzca a la futura remoción o recusación de uno o más árbitros.

En cambio, si un árbitro conociera acerca de tales situaciones irregulares y pudiera probarlas, sí tendría el deber de revelarlas a las partes,

adjuntando los medios probatorios pertinentes, pues, de no hacerlo, estaría prestándose a formar parte de una comparsa contra la justicia, a pesar de tener a su alcance los medios para evitar que el proceso se desarrolle ante un tribunal mayoritariamente parcializado.

Pero, como podrá apreciar el lector, el caso emblemático en el que se podría proceder a revelar este tipo de situaciones en contra de un árbitro, será aquél en el cual dos de los tres miembros del tribunal conozcan acerca de tal situación y la puedan probar. En este supuesto, tales árbitros, es decir, la mayoría del tribunal arbitral (y, probablemente, el presidente del mismo dentro de ella) revelaría a las partes esta situación de inconducta de uno de los miembros del tribunal, naturalmente, si tuvieran los medios probatorios que acrediten tal inconducta y los mismos puedan ser aportados por los árbitros en dicha declaración.

Queda claro, por lo demás, que luego de efectuada esta revelación, procesalmente hablando, una parte recusaría al árbitro cuya inconducta se ha revelado, y la otra recusaría a los dos árbitros restantes. Pero, dependerá de la solidez de los medios probatorios aportados por tales árbitros, para que la recusación del otro árbitro sea declarada fundada, en tanto que la de la mayoría de los miembros del tribunal debiera declararse infundada.

Así, el tribunal arbitral debería recomponerse, lo que obligaría a la parte que designó a un árbitro que en los hechos iba a comportarse como su abogado, a designar a otro que, luego del bochornoso incidente, mantenga distancia con la parte que lo designe.

Como puede apreciarse, esta situación atípica que vengo exponiendo, no calza dentro de los supuestos que contempla el artículo 30 del Decreto Legislativo n.° 1017 para las actuaciones de los árbitros, que revelan la falta de colaboración en el desarrollo del proceso con respecto a un tercer árbitro, pues no estamos hablando aquí de un árbitro renuente a participar en el proceso, sino de alguien que bien puede haber

participado en todas las actuaciones, pero que tiene una vinculación profesional directa con una de las partes o que ha omitido revelar algo importante y grave, que debió ser de conocimiento de las partes y del propio tribunal arbitral.

En este estado de cosas, corresponde preguntarnos si los árbitros que conocerán de tal situación de inconducta, podrían acogerse a la figura de la remoción.

Estimo que la respuesta debería ser positiva, pues no existe otra figura típica dentro de la ley de arbitraje que permita a los árbitros efectuar alguna revelación a las partes, con respecto a lo que conozcan sobre un árbitro.

Por lo demás, no existe disposición alguna en la ley de arbitraje que prohíba a tales árbitros actuar de esta forma, de manera que aplicaremos el precepto constitucional de que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe, ni impedido de hacer lo que ella no manda.

Caso complejo, por cierto, pero luego de efectuada dicha declaración, formulada bajo el manto del artículo 30, el árbitro cuya conducta se cuestiona, de seguro será recusado, el tribunal arbitral recompuesto, y —probablemente— tendremos un mejor tribunal.

Lima, septiembre del 2013

Las normas defectuosas de la Ley de Arbitraje del Perú[*] [**]

El presente ensayo tiene por objeto analizar algunos artículos contenidos en la Ley de Arbitraje del Perú (contenida en el Decreto Legislativo n.º 1071), vigente desde el año 2008.

Como se sabe, el arbitraje ha tenido en nuestro país un desarrollo impresionante y son cada vez más los conflictos de intereses que se resuelven recurriendo a este método heterocompositivo de resolución de controversias.

En ese sentido, y como toda obra humana, la Ley de Arbitraje puede ser perfectible. Digo ello, debido a que, producto de la experiencia que poseo en la materia desde hace más de doce años y al hecho de haber escrito diversos ensayos y pronunciado numerosas conferencias sobre el tema, he detectado una serie de temas que podrían mejorar el actual tratamiento que la ley le otorga al arbitraje.

Ésa es la razón de ser de este estudio, de manera que a continuación expondré algunas de las más importantes deficiencias que he observado en la Ley de Arbitraje del Perú.

---

[*] Discurso pronunciado en el Congreso Internacional de Arbitraje llevado a cabo en abril del 2014 en la ciudad de Cusco.

[**] El presente artículo se inspira en las ideas expresadas en el libro «El Arbitraje en el Perú. Análisis del Decreto Legislativo n.° 1071», el mismo que tiene como autores a los doctores Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata, Jhoel Chipana Catalán y a quien escribe estas líneas.

1. NÚMERO DE ÁRBITROS

El artículo 19 de la Ley de Arbitraje del Perú regula el tema del número de árbitros. Dicho numeral establece lo siguiente:

> Artículo 19.- *Número de árbitros*
> Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

Dado el principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en materia de arbitraje, la ley concede libertad para que ellas determinen el número de árbitros.

De la misma forma, y de manera oportuna, la ley señala que sólo en caso de que no haya acuerdo (entiéndase como acuerdo el hecho de que las partes no se pronunciaron sobre el particular, o, discutiéndolo, no llegaron a una decisión conjunta) o exista duda, se entiende que los árbitros serán tres.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, debemos resaltar la diferencia existente entre el numeral bajo estudio y su precedente legislativo inmediato (artículo 24 de la Ley de Arbitraje del año 1996), que establecía la necesidad de que el número de árbitros sea impar.

Creemos que el hecho de que se haya partido de la idea de que no necesariamente tiene que tratarse de un número impar de árbitros constituye un error.

Pensamos que lo idóneo, a fin de evitar la conformación de tribunales con un número par de miembros, hubiera sido señalar que el tribunal deberá estar conformado, siempre, por un número impar de miembros.

Ello, debido a que la toma de decisiones se realiza con el voto de los miembros del tribunal y en el supuesto de que dicho órgano decisorio se encuentre conformado por un número par de árbitros (que es un supuesto que la ley permite con su actual redacción) la adopción de decisiones se complicaría.

2. Requisitos para ser árbitro

El inciso 1 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

> Artículo 22.- *Nombramiento de los árbitros*
> 1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
> […]. (El subrayado es nuestro).

Respecto al inciso primero del artículo 22, no entendemos la razón por la cual se señala que en el arbitraje internacional, que se entiende de derecho, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

Esto nos parece equivocado, porque si se trata de un arbitraje internacional y de derecho, debería exigirse cumplir con el requisito fundamental de que los árbitros sean abogados.

Entendemos que no se tenga que ser abogado con título revalidado por la República del Perú, pero sí abogado de conformidad con las normas legales aplicables en el país en donde se haya obtenido la licenciatura, sea éste de la tradición jurídica que fuere.

Es más, si la Ley de Arbitraje ha optado por una tesis monista, y teniendo en cuenta que sólo se harán distinciones entre el arbitraje nacional e internacional cuando hayan cuestiones que inexorablemente deberán ser tratadas de distinta manera, no tiene sentido otorgar un

tratamiento diferenciado entre ambas formas de arbitraje. Recordemos el viejo adagio que reza que *a igual hecho igual derecho.*

3. PLAZO PARA QUE UNA CÁMARA DE COMERCIO NOMBRE A UN ÁRBITRO

El artículo 25 de la Ley de Arbitraje señala:

> Artículo 25.- *Nombramiento por las Cámaras de Comercio*
> […]
> 4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d) y e) del artículo 23 y en el artículo 24, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
> […]. (El subrayado es nuestro).

Es importante reparar en el extremo del inciso 4 del artículo 25 de la ley, referido a que la Cámara de Comercio está obligada a efectuar el nombramiento dentro de un plazo razonable.

En principio, la designación de los árbitros de manera supletoria se rige por los reglamentos de las cámaras, de tal manera que mientras se cumpla con los plazos reglamentarios, no habrá posibilidad alguna de que se le reclame a la Cámara el pago de daños y perjuicios.

Así, en la medida en que la Cámara exceda sus propios plazos reglamentarios, los daños y perjuicios que cause su demora serán susceptibles de reclamársele vía indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad extracontractual).

Naturalmente, si la Cámara de Comercio no estableciese un plazo en su Reglamento, regirá lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 25 de

la ley, es decir, que la resolución donde se nombre supletoriamente a los árbitros sea emitida y notificada, precisamente, dentro de un plazo razonable.

Como se puede observar, la expresión «plazo razonable» es ambigua, lo que implica que esa situación llevará, sin duda, en algunos casos a conflictos de interpretación en torno a los alcances y a la posibilidad de haber excedido ese plazo.

Sin embargo, la ley no establece una sanción para cuando la Cámara de Comercio no haga el señalamiento dentro del plazo razonable.

Estimamos que se trata de un vacío que debió cubrirse estableciendo que, en estos casos de excepción, también debería considerarse que cuando la Cámara excede sus propios plazos, ella rechaza efectuar el nombramiento.

Cabe señalar que el incumplimiento de esa obligación podría obedecer a diversas circunstancias, entre otras, a un tema de conflicto de intereses, por ejemplo.

Podemos imaginar el caso en que una de las partes del proceso sea la Cámara de Comercio en donde se tramita, precisamente, la designación supletoria del árbitro. Esa cláusula arbitral, sin duda, sería nula y la propia Cámara de Comercio estaría en la imposibilidad de ser juez y parte, nombrando supletoriamente a un árbitro.

En esos casos, por ejemplo, cuando la Cámara no designe al árbitro, debería entenderse rechazado el nombramiento por la Cámara y ella no necesariamente será pasible de responsabilidad, y es que en casos como éstos no podría haber responsabilidad.

Particularmente, lo que correspondería sería que la ley hubiese establecido que adquiere competencia el juez civil y, en ese caso, claro está,

nunca se podría presentar el supuesto en el cual el juez no proceda a nombrar un árbitro de manera supletoria.

4. ACEPTACIÓN DEL CARGO PARA SER ÁRBITRO

El artículo 27, inciso 1, de la Ley de Arbitraje, señala lo siguiente:

> Artículo 27.- *Aceptación de los árbitros*
> 1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
> […]. (El subrayado es nuestro).

Consideramos que el plazo establecido en el inciso 1 del artículo 27 de la ley, es excesivo. La mayoría de centros de arbitraje señala para tal efecto plazos mucho menores. Concretamente, la Cámara de Comercio de Lima establece en su reglamento un plazo de cinco días.[4]

Creemos que no es necesario un plazo tan largo, ya que de esta manera se desnaturaliza la brevedad de plazos, usual en los arbitrajes.

---

[4] Artículo 26.- *Procedimiento de designación del tribunal arbitral*
1. Si las partes hubieran establecido el procedimiento a seguir para el nombramiento del tribunal arbitral, la secretaría general verificará su cumplimiento, pudiendo complementarlo en lo que fuere necesario.
2. En defecto de lo previsto por el numeral anterior, el procedimiento de designación del tribunal arbitral, se regirá por las siguientes reglas:

[…]

c) Si el árbitro designado rechazara su designación o no manifestara su conformidad dentro de los cinco (5) días de notificado, la secretaría general otorgará a la parte que lo designó un plazo igual a fin de que nombre a otro árbitro.

[…]

No se requiere contar con quince días para que el árbitro pueda dilucidar y manifestar a las partes si desea o no conformar el tribunal arbitral para el cual se le ha propuesto.

5. Procedimiento de recusación del árbitro

Este tema se encuentra regulado en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 29.- *Procedimiento de recusación*
> 1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
> 2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
>   a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
>   b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
>   c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
> […]
> 3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
> […]. (El subrayado es nuestro).

Consideramos que en el literal, a) debió haberse estipulado que el plazo para interponer la recusación debería ser de un número de días

preestablecido; particularmente creemos que hubiese sido conveniente señalar que dicho plazo sea de cinco días.

Estimamos que el plazo de diez días señalado en el literal b) es excesivo. Debió haber sido sólo de cinco días.

Por otra parte, respecto al literal c), consideramos que la ley debió prever que si se produjeran dos supuestos en los que el árbitro recusado acepte la recusación o la contraparte convenga en ella, pues, simplemente se podrá recurrir a la designación en defecto por parte de la Cámara de Comercio de la localidad. De lo contrario, esto podría convertirse en una sucesión interminable de nombramientos que, aun hayan sido efectuados dentro del plazo de ley, concluyan en el apartamiento del árbitro del proceso y una manera perfecta —y a la vez demasiado poco ética— de dilatar el inicio del proceso o entorpecer el desarrollo del mismo por un lapso ilimitado.

En ese sentido, sería conveniente promover que se precise en la ley que los mecanismos de designación del árbitro contemplen la designación de uno o más árbitros suplentes, a efectos de atenuar las consecuencias de una norma imperfecta como ésta.

Por otra parte, no estamos de acuerdo con que el inciso 3 establezca la posibilidad de un pacto en contrario, ya que cuando el tribunal arbitral fija el plazo para laudar, se empieza a deliberar al interior del tribunal, es decir, se empieza a discutir a su interior cuáles van a ser, precisamente, los alcances del laudo.

Entonces, sería muy fácil si se pactara en contrario, es decir, si se permitiera recusar a un árbitro luego de establecido e iniciado el curso del plazo para laudar, se aprovechara alguna de las partes —por la infidencia de alguno de los árbitros, por ejemplo— de conocer cuál va a ser el voto del presidente; y si el futuro voto del presidente no le favoreciera,

de acuerdo a las opiniones previas del propio presidente, entonces, tratará de sacarlo del tribunal arbitral a toda costa.

Esta situación, evidentemente, no va a favorecer en lo absoluto la finalidad del arbitraje, ya que podría ocurrir una sucesión de recusaciones en torno al árbitro o los árbitros sobre cuyas opiniones esa parte ha tomado conocimiento y no desea que permanezcan integrando el tribunal.

Así, el pacto en contrario podría entorpecer *ad infinitum* la decisión del árbitro. Podría crearse un círculo vicioso.

6. Continuación del arbitraje con un tribunal arbitral incompleto

El artículo 31, inciso 2, de la Ley de Arbitraje establece que:

> Artículo 31.- *Árbitro sustituto*
> […]
> 2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
> […]. (El subrayado es nuestro).

El inciso 2 señala que producida la vacancia del árbitro, se suspenden las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.

Aquí entendemos que se produce un error conceptual, porque una norma como la del inciso 2 no debería tener carácter dispositivo, sino ser imperativa o de orden público.

Una vez que se produzca la vacancia del árbitro, inevitablemente nos encontramos en presencia de un tribunal arbitral incompleto; y el tribunal arbitral incompleto no podría seguir sesionando, de tal manera que las actuaciones arbitrales necesariamente deberán suspenderse. Sería ilógico que, por un lado, se requiera en las normas sobre mayorías para adoptar resoluciones, que el tribunal se encuentre completo y que sesione con la mayoría y que, por otro lado, se permita el funcionamiento del tribunal arbitral incompleto.

Además, el funcionamiento incompleto del tribunal podría traer otro problema, consistente en la distorsión del sentido de determinadas resoluciones, en la medida en que a efectos de mayorías y minorías para laudar, habrá que tener en consideración que incluso podría tratarse de que las resoluciones sean adoptadas con el voto conforme de uno y el voto en otro sentido del otro árbitro, de los dos que permanezcan en el proceso, y que —tal vez— dirima el presidente del tribunal. Una situación como ésta probablemente no se habría presentado en caso el tribunal hubiese estado completo, sesionando con la presencia de sus tres miembros y se habría podido resolver en sentido diverso.

Así, estamos en desacuerdo con la posibilidad de que una norma como ésta sea dispositiva, permitiendo el pacto en contrario.

Además, cuando en el inciso 2 se señala este carácter dispositivo, se agrega que se debe atener a las circunstancias del caso, pero no encontramos —en estricto— algún acto procesal que no sea importante y para el cual no deba contarse con el tribunal arbitral completo. Entendemos que optar por el camino contrario implicará entrar a un terreno más subjetivo, y es que se estaría presumiendo que existen actos procesales que son importantes y actos procesales que son menos importantes o de segunda categoría.

En ese entender, como la ley no los define y no los podría definir en función de este criterio valorativo, se producirían una serie de problemas que es mejor intentar evitar.

7. Defensa cautiva y arbitraje

El artículo 37 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> Artículo 37.- *Representación*
> 1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
> 2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
> 3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
> 4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros. (El subrayado es nuestro).

Respecto al inciso 1, creemos que en materia arbitral (sobre todo en un medio como el peruano, en el que se está tratando que el arbitraje no sólo sea un mecanismo alternativo de solución de controversias entre grandes empresas, sino que también se incorpore a las medianas y pequeñas empresas que eventualmente tengan problemas entre sí, como a particulares en los conflictos que se susciten, etc.), se debe ser muy cauteloso y no traducir a la sociedad la falsa sensación de que es muy fácil ejercer la defensa en materia procedimental en un proceso arbitral por uno mismo. Hacerlo, daría la sensación de que, efectivamente, se puede prescindir de un abogado.

La práctica enseña que si se sigue este camino, es muy probable que uno esté dirigiéndose a un despeñadero. Las partes, al no conocer las leyes de arbitraje, al no ser abogados, no necesariamente sabrán del contenido de los procedimientos y será muy fácil que incurran en errores que se dan en el plano formal y en el terreno de fondo, los mismos que serán decisivos en contra de los intereses de esas mismas partes.

No estamos seguros de que la fórmula de prescindir de la defensa cautiva, contenida en el artículo 37, inciso 1, haga un bien al arbitraje. Por el contrario, creemos que se le podría hacer un daño al crearse la falsa sensación de facilidad para el desarrollo de estos procesos.

Llevar un proceso arbitral algunas veces es mucho más complicado que llevar un proceso judicial, en la medida en que se requiere de una especialización poco común en nuestro medio.

Respecto al inciso 2, encontramos discordancia entre lo dispuesto por esta norma (que, en todo caso, debería primar por ser norma especial) y lo que dispone la doctrina civil al respecto; y es que el artículo 156 del Código Civil establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Estimamos que lo dispuesto en el artículo 37, inciso 2, de la Ley de Arbitraje, sobre disposición de derechos sustantivos, constituye un exceso. La norma ha debido abstenerse de contemplar este aspecto y limitarse a señalar lo dispuesto en la primera parte del inciso 2, respecto a la autorización del representante para ejercer todos los derechos previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna; pero no debió incluir la regulación del tema de los derechos sustantivos que —como se manifestó— resulta muy peligroso.

Creemos en este sentido que, una vez más, la ley de arbitraje ha originado, dentro de ese ánimo de facilitar el desarrollo de los procesos,

incertidumbre e inseguridad jurídica. No se mide, pues, la reacción ante un eventual acto fraudulento de una parte en el proceso. Sin duda, en este escenario se originará la impugnación de los actos realizados con exceso de facultades, en función de lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Civil.

Allí se discutirá, en efecto, si los alcances del poder eran o no suficientes con respecto al artículo 37, inciso 2 de la Ley.

Por último, podrían formularse algunas interrogantes luego de afirmar el hecho de que se otorgó un poder, pero éste era uno con determinadas facultades. Aquí, ¿deberán entenderse esas determinadas facultades literales como el pacto en contrario? ¿Se debe, necesariamente, señalar que el representante no tiene facultad para disponer de derechos sustantivos, o basta que haga una enumeración taxativa para que se entienda que éste solamente está autorizado para realizar esos actos?

Ya tenemos allí, pues, un problema de interpretación. Creemos que en esta materia no debería primar —ante una enumeración taxativa de facultades— lo señalado por el artículo 37, inciso 2. Somos de la opinión de que esto debe ser manejado con mucho cuidado. En todo caso, preferimos realizar una interpretación restrictiva de la materia, para evitar futuros problemas innecesarios. En ese sentido, creemos que sobre este punto deberían primar las normas generales de derecho civil.

En el inciso 4, al parecer en la elaboración de la ley de arbitraje se obvió considerar lo establecido por la normativa constitucional e infraconstitucional para ejercer la profesión en nuestro país.

Por otro lado, se debe tener en cuenta un principio muy importante en materia de relaciones internacionales: la reciprocidad.

Así, si se está permitiendo a través del inciso 4 del artículo 37 de la Ley de Arbitraje, la participación o el ejercicio profesional de abogados

extranjeros en arbitrajes en el Perú, cabría hacerse la interrogante en el sentido de si los abogados peruanos tienen la misma prerrogativa en los países de origen de esos abogados extranjeros. Entendemos que una norma de esta naturaleza hubiese sido idónea, en la medida en que agregara que ella rige, en tanto y en cuanto el país de origen del abogado extranjero permita el ejercicio profesional en el respectivo territorio (y en materia arbitral) a los abogados peruanos sin restricción alguna. Allí habría pues un balance en esta materia y se estaría estableciendo una salvedad bastante lógica y pertinente que resuelva los problemas que hemos identificado. Simple reciprocidad, pues.

8. MEDIOS PROBATORIOS

Este tema se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 39.- *Demanda y contestación*
> […]
> 2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
> […]

Creemos que el inciso 2 del artículo 39 debió ser más claro y es que debieron utilizarse términos procesales más exactos. De lo que se trata es de que las partes deben ofrecer, tanto en la demanda como en la contestación o reconvención, todos los medios probatorios que consideren convenientes, es decir, con independencia de que sean medios probatorios de actuación inmediata, o sean medios probatorios cuya actuación deberá realizarse dentro de la etapa probatoria del proceso (como declaración de testigos, declaración de partes, inspecciones arbitrales, etc.).

En ese sentido, debió emplearse un lenguaje jurídico más preciso que el utilizado en el inciso 2 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje.

9. Competencia del tribunal arbitral

Este tema se encuentra regulado por el artículo 40 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 40.- *Competencia del tribunal arbitral*
> El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Creemos que, en efecto, el tribunal arbitral tiene plena competencia para conocer el fondo de la controversia; ello es evidente. Por eso creemos que el artículo 40 de la ley, en cierta forma, no resulta necesario, porque está claro que el tribunal arbitral se constituye para conocer el fondo del asunto. Es decir, ningún tribunal de justicia se constituye para no conocer el fondo de una materia controvertida.

10. Interposición de excepciones

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece:

> Artículo 41.- *Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral*
> […]
> 3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito

> de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
> […]. (El subrayado es nuestro).

El inciso 3 del artículo 41 de la ley señala que el tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad, si la demora resulta justificada.

Pensamos que éste constituye un supuesto de hecho muy peligroso, porque desde 1993, con la reforma de la legislación procesal civil en el Perú, se ha tratado de que las partes no guarden nada bajo la manga en materia de nulidades, oposiciones, medios probatorios, etc. Se busca que todo se plantee desde la interposición de la demanda, la contestación, la reconvención y la contestación a la reconvención.

Esto se ha trasladado al ámbito arbitral y es común en la práctica de esta materia que sea así, ya que en la audiencia de saneamiento del proceso y fijación de puntos controvertidos todo queda absolutamente planteado, a efectos de que se actúen las pruebas que se tenga que actuar para luego ingresar a la etapa probatoria y el tribunal arbitral pueda emitir el laudo.

El cuestionamiento ulterior de la competencia, que se permite dentro del inciso 3 del artículo 41 de la ley, es absolutamente peligroso, porque no imaginamos ejemplos en los cuales una de las partes pueda cuestionar esa competencia, sencillamente porque no puede existir algún elemento nuevo. Es decir, con la demanda, contestación, reconvención y contestación a la reconvención debería estar todo planteado y es que si no deduzco incompetencia al conocer las pretensiones de la demanda o al conocer las pretensiones de la reconvención, no tengo nada que

decir; y, si lo digo después, evidentemente será porque con conciencia de lo actuado he guardado cierta información. Ello, salvo que —claro está— que la excepción de incompetencia se deduzca con respecto a una ampliación de pretensiones de la demanda o de la reconvención.

Como se puede observar, salvo el supuesto anotado, la ley permite avalar la dilación de los procesos arbitrales.

Una vez más aquí se está sembrando el germen para que se considere una eventual nulidad del laudo, una eventual actuación maliciosa de una parte, una eventual actuación parcializada del tribunal arbitral y, evidentemente, esa pérdida de validez —vía anulación— de un laudo arbitral que bien podría haberse evitado.

11. Parte renuente

El artículo 46 de la Ley de Arbitraje regula este tema al señalar:

> Artículo 46.- *Parte renuente*
> Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:
> a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
> b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.
> c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición. (El subrayado es nuestro).

Resulta peligroso lo expresado en el primer párrafo de la norma, al establecer «cuando sin alegar causa suficiente, a criterio del tribunal arbitral», ya que cabe la posibilidad de que la parte que no interpone la demanda dentro del plazo establecido, solicite al tribunal un plazo mayor, puesto que podría ocurrir que en dicho supuesto se empiecen a producir arbitrariedades, so pretexto de alguna «causa» invocada.

Este extremo de la ley es la puerta abierta para que se puedan presentar una serie de injusticias se puedan presentar, por la sencilla razón de que, si bien en efecto, podríamos encontrarnos frente a un tribunal arbitral que busque el adecuado conocimiento de la verdad y administrar justicia, también podríamos encontrarnos frente a un tribunal arbitral cuya actuación sea tendenciosa en favor de una de las partes. En ese sentido, pensamos que resulta pertinente que las normas prescindan de la posibilidad de otorgar a los tribunales la facultad de interpretar esto en perjuicio de una de las partes.

Y es que siempre una parte se sentirá perjudicada, ya que tendrá la sensación de que el tribunal arbitral actuó favoreciendo a la otra. Eso es inevitable. Por ello creemos que resulta preferible evitar normas que otorguen esta amplitud de criterio, que al final puede conducir a la absoluta arbitrariedad y a la impugnación —con fundamento— del laudo.

Naturalmente que si la parte demandada estuviera de acuerdo con ello, nada habría que decir.

12. RESPONSABILIDAD POR LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Este tema se encuentra regulado por el inciso 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 47.- *Medidas cautelares*
> […]

> 8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
>
> […]. (El subrayado es nuestro).

El inciso 8 del artículo 47 de la ley señala que el solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que en las circunstancias del caso no debería haberse otorgado la medida.

En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante en cualquier momento de las actuaciones al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

Ése es un tema importante porque lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje está facultando al tribunal arbitral a, eventualmente, no sólo establecer una multa, sino una indemnización por los daños y perjuicios que se hubiese ocasionado a una de las partes por el otorgamiento de una medida cautelar.

Se dice, además, que eso podrá ocurrir en cualquier momento de las actuaciones.

Aquí nos encontramos ante un problema serio, porque esa condena podría ser objeto de un pronunciamiento *ultra petita*. En buena cuenta, si la medida cautelar hubiese causado daños y perjuicios a la parte que se vio afectada por ella, servirá la contracautela para resarcir; y si no resultase suficiente el monto de la contracautela para resarcirse, pues se deberá seguir un proceso judicial o arbitral, según el caso, para reclamar

los daños y perjuicios a la parte que los ocasionó, vía la solicitud y ulterior otorgamiento de dicha medida cautelar.

Además, resulta sumamente extraño que se pueda conceder un monto indemnizatorio que no ha sido pretendido, sin haberse dado derecho a contradicción en torno a su cuantía o procedencia, sin que se haya abierto a prueba, sin que se hayan ofrecido medios probatorios en cuanto a la misma, es decir, a entera discreción (o arbitrariedad) del tribunal arbitral.

Creemos que el inciso 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje es no sólo inconstitucional y violatorio de los principios básicos del Derecho Procesal, sino también constituye una norma que no se ajusta a los principios básicos de contradicción y de equilibrio, que deben regir en todo proceso, otorgando a los tribunales arbitrales una facultad a todas luces excesiva.

Digamos, sin duda, que se trataría de una resolución muy exótica, porque en ella se ordenaría pagar una suma de dinero vía daños y perjuicios y costos, la misma que puede ser previa al laudo o puede definirse en el propio laudo y estaría yendo más allá del petitorio y la materia controvertida.

Lo allí señalado contradice todo principio de derecho procesal, y dentro de este ánimo del legislador de ampliar las facultades de los tribunales arbitrales, creo que se está condenando a que se siembren determinados vicios que ulteriormente puedan ocasionar el menoscabo de la fuerza de los laudos, cuando se declare su anulación.

13. EFECTOS DE LA RECONSIDERACIÓN

Este tema se encuentra contenido en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 49.- *Reconsideración*
> 1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral.
>
> A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
> 2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

Creemos que la norma contenida en el inciso 2 no es necesariamente correcta y hubiera sido mejor que el principio en ella consagrado fuese el inverso, en razón de que el mismo otorgaría mayor seguridad jurídica a las partes y menos riesgo de que éstas sufran perjuicios por ejecuciones anticipadas de las resoluciones que, precisamente, puedan haber sido, como de hecho lo son, impugnadas.

14. Obligación de guardar confidencialidad

Sobre el particular, el artículo 51, inciso 1, de la Ley de Arbitraje estipula:

> Artículo 51.- *Confidencialidad*
> 1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
>
> […]

Lo ideal en esta materia hubiese sido invertir la regla, es decir establecer que todo laudo arbitral debiera publicarse en una determinada página web (que bien podría ser de la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, si se tratara de arbitrajes *ad-hoc*, o la del respectivo Centro de Arbitraje, si estuviésemos frente a un arbitraje administrado), a menos —lo repetimos— que ambas partes hubiesen pactado lo contrario en el convenio arbitral o en otro momento posterior y no se tratare, naturalmente, de un arbitraje derivado de la contratación estatal.

Eso significa que la confidencialidad del laudo pasaría, de ser regla, a convertirse en excepción.

15. ADOPCIÓN DE DECISIONES

Este tema se encuentra regulado por el artículo 52 de la Ley de Arbitraje, que señala:

> Artículo 52.- *Adopción de decisiones*
> 1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
> 2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
> 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales». (El subrayado es nuestro).

La ley incurre en un error que podría traer no pocas consecuencias; y es que el artículo 52, cuya sumilla y redacción están hechas pensando en la adopción de todo tipo de resoluciones arbitrales, está ubicado dentro del Título Quinto de la ley, referido al laudo arbitral, situación que resta eficacia a la solución legislativa, en la medida de que será absoluta-

mente lícito sostener que lo ahí dispuesto se circunscribe a la adopción de laudos arbitrales, no extendiéndose a las demás etapas del proceso, es decir, a aquellas resoluciones que siendo autos o decretos, tienen naturaleza distinta al laudo.

En ese sentido, resulta peligrosa esta puerta abierta, ya que se podría sostener la existencia de un vacío legal para la adopción de este tipo de resoluciones. Lo correcto hubiese sido que el texto del artículo 52 hubiera estado ubicado dentro del título cuarto, relativo a la generalidad de las actuaciones arbitrales.

De otra parte, un caso peligroso se presentaría, cuando aquel único árbitro que vota es el presidente, pues la redacción del inciso 1 del artículo 52 de la ley no es nada claro en este sentido, ya que si bien señala que toda decisión se adoptará por mayoría, acto seguido agrega que si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

Sobre este particular, caben dos interpretaciones. La primera de ellas, en el sentido de que la sola decisión del presidente hace laudo, debiéndose entender que sus coárbitros —que no emitieron voto alguno— se adhieren a tal decisión.

La segunda interpretación posible es que la sola decisión del presidente no hace laudo, en la medida de que para que se aplique la ficción de la adhesión es necesaria la existencia de una votación mayoritaria de los árbitros, más allá de que hayan votado en sentidos distintos.

En lo personal, nos adherimos a esta segunda posición, pues creemos que las ficciones del artículo 52 de la Ley de Arbitraje están encaminadas al desempate y complemento de una votación en donde al menos dos árbitros han emitido opinión.

Se trata de un tema debatible que podría conducir a que en una situación como ésta, una parte sostenga la existencia de un laudo por

unanimidad, aplicando la ficción del inciso 1 del artículo 52, y que la otra parte sostenga la no existencia de un laudo.

16. PLAZO PARA RESOLVER EL CONFLICTO

Este tema se encuentra regulado por el artículo 53 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 53.- «*Plazo*
> La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral». (El subrayado es nuestro).

La ley otorga las más amplias facultades a los tribunales arbitrales a efectos de que establezcan el plazo para laudar.

Creemos que en este caso sí hubiese sido preferible, como lo hacía la ley anterior, señalar un primer plazo máximo para laudar y la posibilidad de que el tribunal arbitral prorrogue ese plazo máximo por una sola vez, en una cantidad de días hábiles señalados por la propia ley.

Otorgar la más absoluta libertad a los tribunales arbitrales para el señalamiento de los plazos máximos podría conllevar a que estemos en presencia de situaciones en donde la amplitud del plazo pueda vulnerar los intereses de las propias partes.

Por otro lado, hay un tercer aspecto en el artículo 53, y es el referido al plazo para la notificación del laudo. Antes se establecía, en la derogada Ley General de Arbitraje, que el laudo arbitral debería ser notificado dentro de los cinco días hábiles de su expedición.

Creemos que aquí el artículo 53 otorga una amplitud mayor, señalando que el laudo se notificará en el plazo que el tribunal arbitral señale. Si el tribunal arbitral no señala plazo, pues no habrá plazo para

la notificación del laudo. Eso va a dar un mayor margen de maniobra al tribunal arbitral. En este aspecto sí creemos que es bueno que la ley haya sido más amplia.

Sin embargo, no estamos convencidos de que esta amplitud haya debido ser total.

Creemos que el plazo de notificación del laudo, en todo caso, debió ampliarse de cinco a diez días y que no se debió adoptar una indefinición tan grande como la que se establece en el artículo 53.

Naturalmente, estos plazos para el desarrollo del proceso, para la elaboración del laudo y para su notificación, pueden haber sido establecidos no sólo por el tribunal arbitral, sino por el Reglamento Arbitral aplicable, caso en el cual regirá lo establecido por el respectivo reglamento.

Finalmente, cabe señalar que la importancia de este tema resulta vital, ya que la propia Ley de Arbitraje, a través de su artículo 63, literal g), establece que si no se observa este aspecto, podrá solicitarse la anulación del laudo.

17. Forma del laudo

El artículo 55 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> Artículo 55.- «*Forma del laudo*
> 1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
> […]». (El subrayado es nuestro).

Cabe señalar que la ausencia del requisito de formalidad del laudo, aunque parezca mentira, no es sancionado por la ley como una causal de anulación del mismo.

De otro lado, no entendemos cómo es posible que la propia ley permita que basta la firma del presidente del tribunal para que determinado documento tenga validez. Sin duda, éste es un tema que debería modificarse cuanto antes, pues puede ser sustento para que algún presidente abuse del cargo que ostenta y emita resoluciones que perjudiquen a las partes.

18. CONTENIDO DEL LAUDO

Este tema se encuentra regulado por el artículo 56 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 56.- *Contenido del laudo*
> 1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50º. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.
> 2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73. (El subrayado es nuestro).

Creemos que no sólo el laudo debe estar debidamente motivado.

Más allá de lo equivocado de su contenido, constituye un error de sistemática en la Ley de Arbitraje el haber colocado una norma como ésta en la parte relativa al laudo y no en una disposición general, o en una disposición atinente a la generalidad de resoluciones.

Toda resolución en un proceso arbitral debe estar motivada y esa motivación va a permitir su ulterior impugnación o, en cambio, el que las partes se encuentren conformes con ella debido —precisamente— a esa suficiente motivación.

En ese sentido, consideramos que no resulta adecuado que la norma establezca la posibilidad de que las partes pacten la ausencia de motivación de las decisiones del tribunal arbitral, ya que lamentablemente se establece que todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto.

Pactar algo como lo señalado, contraviene, sin duda, las garantías de la administración de justicia que, como hemos visto, se encuentran consagradas constitucionalmente.

Así, el propio Tribunal Constitucional[5] ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, dicho Colegiado ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en una serie de supuestos.[6]

---

[5] Sentencia recaída en el expediente n.° 0728-2008-PHC-TC.

[6] Entre estos supuestos se pueden mencionar los siguientes:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*
Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*
La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*
El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

d La motivación insuficiente
Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente
El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, consti-

Cabe señalar, en este mismo sentido, que resulta importante tener en cuenta lo prescrito por el Código Procesal Civil en su artículo 121, ya que aborda el tema bajo análisis de manera mucho más completa. Así, dicho numeral establece lo siguiente:

> Artículo 121.- *Decretos, autos y sentencias*
> Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.
> Mediante los autos el juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.
> Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

Ledesma Narváez,[7] comentando dicho artículo, y siendo estas palabras de plena aplicación al caso que nos aboca, sostiene que el juez en el transcurso del proceso dictará una serie de providencias o resoluciones, las que se pueden agrupar en providencias simples o resoluciones ordenatorias. Las primeras reciben la denominación de providencias simples

---

tuye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

f) Motivaciones cualificadas
Conforme lo ha destacado este tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

7 Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, 3.ª edición, tomo I, pp. 298 y 299.

o de mero trámite o, como lo califica el Código, de decretos. Tienden al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. La característica de estas resoluciones es que son dictadas sin sustanciación, es decir, sin que se encuentren precedidas por una contradicción suscitada entre las partes o entre cualquiera de éstas y un tercero. Dentro de las resoluciones ordenatorias se ubican las sentencias y las resoluciones interlocutorias. La sentencia es el acto procesal por el cual el juez cumple la obligación de resolver el conflicto sobre las pretensiones del demandante y las defensas del demandado. Las sentencias no sólo deben contener un pronunciamiento expreso y preciso, sino que éste debe ser motivado sobre la cuestión controvertida. De otro lado, las resoluciones interlocutorias resuelven cuestiones planteadas durante el proceso y requieren sustanciación a diferencia de los decretos. Se caracterizan porque requieren que su pronunciamiento se halle precedido por una contradicción entre los partícipes del conflicto, por ejemplo, en el caso de las excepciones.

Finalmente, cabe tener presente que la Ley Orgánica del Poder Judicial señala en su artículo 12 que todas las resoluciones son motivadas, con exclusión de las de mero trámite.

19. EFECTOS DEL LAUDO

Este tema se encuentra regulado por el artículo 59 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 59.- *Efectos del laudo*
> 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
> 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
> 3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y ex-

> clusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.

Ya hemos visto que ante las resoluciones que tienen la calidad de decretos o autos, sólo cabe recurso de reconsideración (de ninguna manera cabe recurso de apelación, por la sencilla razón de que no existe otra instancia) y sobre el laudo solamente cabe recurso de anulación, siendo el mismo de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

En verdad, con respecto a esto último podría caber alguna consideración adicional, porque el laudo no necesariamente es de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, ya que, como hemos visto, caben precisamente los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión, que podrían —en cierta manera— o precisar su contenido o definirlo de un modo algo distinto al texto original del propio laudo.

En ese sentido, creemos que el carácter de obligatorio cumplimiento debe entenderse referido al laudo ya complementado con las resoluciones que pongan fin a los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión, de acuerdo a lo señalado por el inciso 2 del artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

Esto es importante. La práctica arbitral enseña que esta norma acarrea no pocos problemas.

20. Conservación de las actuaciones arbitrales

Este tema se encuentra regulado por el inciso 1 del artículo 61 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 61.- Conservación de las actuaciones
> 1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.
> […]. (El subrayado es nuestro).

La ley otorga un plazo de tres meses desde la terminación de las actuaciones, salvo que las partes hayan decidido algo distinto, para que subsista la obligación de conservar la documentación del arbitraje (el expediente arbitral). Este plazo es lo suficientemente razonable para que las partes puedan solicitar al tribunal que les remita los documentos presentados por ellas.

Ahora bien, estimamos que el plazo resulta suficiente para que la parte pueda solicitar la anulación del laudo ante el Poder Judicial, pero no necesariamente para que el tribunal arbitral tome conocimiento de la interposición del recurso.

Sin embargo, lo que podría ocurrir en este supuesto —y ahí está el problema— es que la parte solicite —dentro del plazo de ley— la anulación del laudo al Poder Judicial, pero éste recién oficie dicho pedido a la sede del tribunal arbitral o al presidente del tribunal arbitral, transcurrido el plazo de tres meses. En ese escenario se podría presentar un problema, por cuanto si bien se solicitó la anulación del laudo, cuando el Poder Judicial oficie, el tribunal arbitral podría contestar amparándose en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 61 y señalar que, como han transcurrido más de tres meses desde la terminación de las actuaciones, ya no tiene la obligación de conservar la documentación y, en tal virtud, se deshizo de ella.

En casos como éste, creemos que resulta necesario pensar en cuál podría ser la solución.

Así, pensamos que una buena alternativa podría estar representada por el hecho de que la parte que solicite la anulación del laudo tenga que presentar copia del expediente al Poder Judicial. No habría otra solución.

Si no se optara por esta alternativa, vale decir, si no se permitiese a la parte que demanda la anulación ante el Poder Judicial, entregar una copia del expediente arbitral, estaríamos frente a la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa. En ese escenario, el proceso de anulación sería una figura inútil, porque no habría expediente sobre el cual los tribunales ordinarios podrían pronunciarse.

En todo caso y como medida de precaución, la parte que solicite la anulación del laudo debería comunicarlo de inmediato a quienes integraron el tribunal arbitral y, en su caso, a la institución administradora del arbitraje, para evitar se deshagan del expediente original.

De otro lado, queremos reflexionar sobre el sentido de la frase contenida en el inciso 1 del artículo 61 de la ley, cuando señala que cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que remita los documentos presentados por ella y que el tribunal accederá a la solicitud, siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.

Esta facultad constituye una garantía para los árbitros, quienes, si bien es cierto deben emitir un juicio debidamente fundamentado a la hora de pronunciar el laudo, tienen el derecho de no hacer público todo el proceso que conlleve esa resolución. Aquí se deberán mantener en secreto los debates, actas, comunicaciones entre los árbitros, etc., ya que lo realmente importante es la argumentación que vayan a plasmar en el laudo que resuelva la controversia.

Creemos que estamos frente a un extremo de la norma a todas luces desacertado. Por lo demás, lo que consta en el expediente original también consta en los expedientes que tienen de las partes, por cuanto ellos tienen copia de absolutamente todo aquello que obra en el expediente original.

Es imposible que el inciso 1 del artículo 61 de la Ley de Arbitraje se esté refiriendo a documentación extraoficial que haya servido como documento de trabajo en la deliberación del tribunal arbitral y que los árbitros la hayan colocado en tal condición dentro del expediente original.

Esos documentos no constituyen piezas del expediente y, por lo tanto, de ellas no se puede solicitar copia alguna.

De esta forma, no creemos que existan documentos del expediente cuyo otorgamiento de copias represente un peligro para la confidencialidad del proceso arbitral. Es decir, este extremo de la norma es absurdo, ya que carece de un contenido lógico y, peor aún, material.

21. CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO

Este tema se encuentra regulado por el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 63.- *Causales de anulación*
> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
> […]
> d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
> […]

> 4. La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
> 5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
> […]
> 8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el Título VIII. (El subrayado es nuestro).

El inciso 4 señala que la causal prevista en el literal g) del numeral 1 de este artículo, sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral, y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Es decir, el literal g) es el que establece la causal de anulación, en caso la controversia hubiere sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el Reglamento Arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. Dice este literal que en estos casos, sólo procederá la anulación, si la parte lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal. La ley vigente (Decreto Legislativo n.º 1071) no ha señalado, como lo hacía la ley anterior, que esta comunicación se efectúe antes de notificado el laudo.

Tal vez se haya considerado inútil esta mención porque aquí básicamente lo que se quiere es precisar si se dejó constancia del vencimiento del plazo.

En ese sentido, bastará con que se hubiere manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Pero aquí ya se genera un problema, porque bastará con mencionar la posición de la parte, en el sentido de considerar que el plazo para el trámite del arbitraje o el plazo para laudar ya hubiera vencido. Pero, ¿qué pasará si lo dijo una vez y no lo repite? Pues, en virtud de lo dispuesto por la segunda parte del inciso 4 del artículo 63, podría considerarse que está consintiendo y que luego no se puede retractar de sus propios actos. Justamente esa mención puede conducir a que la parte que ha dejado constancia del vencimiento del plazo para laudar, sea inútilmente hostil en todas las actuaciones posteriores.

Éste es un grave error de la norma, pues está condenando a esa parte a una situación de hostilidad y a la frustración o dilación innecesaria de todas las actuaciones ulteriores, en donde ella tendrá que reiterar su posición en el sentido de que el plazo para laudar ha vencido, a efectos de que no se pueda interpretar de ninguna manera que su comportamiento posterior en las actuaciones arbitrales no pudiese ser entendido como una declinación de ese reclamo.

En ese sentido, consideramos deficiente la redacción de esta norma.

Creemos, por lo demás, que bastaría con haber señalado esto en un escrito y que el comportamiento posterior de la parte, desarrollando las actuaciones arbitrales y no obstaculizando el fin del proceso, no deberá tomarse como un asentimiento. De ninguna manera podría interpretarse esto como una posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios, en la medida en que ya se hubiese señalado de manera expresa cuál es la

posición al respecto y —obviamente— no tendría por qué ser reiterada. Es decir, debe seguir las actuaciones, pero ya señaló que el plazo para laudar ha vencido.

Por lo demás, ¿qué otra solución habría que no sea que el tribunal llegue a concluir con las actuaciones arbitrales y luego se pueda proceder a la anulación?

El tribunal no puede dejar abandonado el arbitraje. Eso es imposible. Y más aún, eso resulta complicado cuando seguramente —como debe ocurrir en casos como éstos—, existe controversia sobre el vencimiento del plazo, con lo cual la otra parte podrá argumentar lo que estime conveniente al respecto, cuando la parte que se considere afectada por el eventual vencimiento del plazo recurra ante los tribunales ordinarios para solicitar la anulación del laudo.

En conclusión, esta segunda parte del inciso 4 del artículo 63 de la ley, es impertinente y tendenciosa.

A su turno, el inciso 5 del artículo 63, señala que en el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Y es que en el literal a) del inciso 1 del artículo 63, como hemos visto, se hace referencia a que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Lo que ocurre es que estos términos, que son propios de la legislación civil peruana, no necesariamente van a tener una correspondencia exacta en la legislación civil extranjera, conforme a las leyes aplicables por las partes en el arbitraje internacional.

Por esa razón es que en el inciso 5 del artículo 63 de la ley se establece que esta causal se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral.

Eso será importantísimo. Y luego se dice: «por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia», es decir, las normas del país cuya legislación sustantiva se va a aplicar al proceso o el derecho peruano, supletoriamente, lo que resulte más favorable a la validez del convenio arbitral.

Aquí no se establece una relación de subsidiariedad ni de supletoriedad. Acá se está aplicando un criterio en torno a cuál es la norma más favorable para la validez y eficacia del convenio arbitral.

Complicado asunto porque, no necesariamente ésta es una solución adecuada, donde se ingresa a un criterio de valoración normativa. Y este criterio de valoración normativa es uno susceptible de interpretación.

Hubiese sido preferible, en lugar de aplicar el principio favorable a la conservación o a la validez del arbitraje o del convenio arbitral, establecer un orden prelatorio; establecer que serán aplicables las normas legales que rijan el convenio arbitral; o establecer que serán aplicables las normas que rijan el fondo de la controversia, de acuerdo a lo acordado por las partes; o establecer que regirán las normas establecidas en el derecho peruano sobre el particular.

Pensamos que en lugar de aplicar el principio favorable al arbitraje, aquí hubiese sido preferible aplicar un principio favorable a una interpretación racional del tema y no dejarlo a una incertidumbre jurídica, que es precisamente aquélla que se percibe en la redacción del inciso 5 del artículo 63.

El inciso 8 del artículo 63 de la ley señala que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domi-

cilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el Título viii.

El Título viii de la Ley se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Ahora bien, el artículo 63, inciso 8, debe ser visto con mucho cuidado. Entendemos que aquí lo que se está facilitando es la posibilidad de que los extranjeros que encuentren como sede o que elijan como sede del arbitraje, el territorio de la República del Perú, puedan disponer de esta manera para que el laudo arbitral tenga la mayor solidez y se eviten ulteriores reclamos en torno a la decisión del tribunal arbitral que resolvió la controversia.

Sin embargo, acá viene una pregunta fundamental y es la relativa a si debe el derecho permitir a las partes que por convenio o por contrato hagan tabla rasa de aquellos principios fundamentales del debido proceso que, precisamente, están recogidos en la propia Ley de Arbitraje.

Es decir, ¿se puede renunciar por anticipado a ejercer un derecho, en virtud de lo establecido por el propio inciso 8 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje?

Aquí cabe, evidentemente, una consideración que a nuestro juicio es importante. Ella se basa en el hecho de que existen normas como ésta, que para algunos pueden ser consideradas simplemente como actos de disposición de derechos sustantivos y que para otros, como es el caso de quien escribe estas páginas, pueden considerarse como renuncia a derechos irrenunciables.

El derecho no puede auspiciar renuncias anticipadas a que los tribunales arbitrales se rijan por criterios de rectitud y apego a las normas y principios del derecho procesal.

En estos casos es evidente que una norma de estas características no debería prosperar, de tal manera que debería darse trámite, debería admitirse un recurso de anulación que, eventualmente, parta por desdecirse de aquello pactado en virtud del inciso 8 del artículo 63. Y si eso no fuese permitido, creemos que es perfectamente factible que la parte que se considere perjudicada pueda recurrir al amparo ante los tribunales ordinarios, por cuanto los derechos constitucionales y el debido proceso son irrenunciables en el territorio de la República del Perú y una norma como ésta no puede vulnerarlos.

Creemos que el inciso 8 del artículo 63 es abiertamente inconstitucional, porque las normas de orden público de la República del Perú no sólo se aplican a los peruanos, sino también a los extranjeros que tienen relación con nuestro territorio; y la Ley de Arbitraje sí resulta aplicable, precisamente, porque las partes la han escogido dentro de un marco constitucional al cual no pueden renunciar: la Constitución de la República del Perú.

Juan Luis Avendaño[8] señala, sobre este punto, que el pacto de exclusión de recurso de anulación está previsto únicamente para el arbitraje internacional y dentro de las situaciones que analiza el inciso octavo del artículo 63. Por el contrario, en el caso de arbitrajes nacionales no es posible tal pacto, porque sería renunciar a un derecho contemplado en nuestra legislación y que es de orden público. El recurso de anulación es una garantía de legalidad irrenunciable que tienen todos los que se someten a la jurisdicción arbitral.

---

8 *Cfr*. Avendaño Valdez, Juan Luis. «Causales de anulación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *AA.VV*. Lima: 2011, tomo I, p. 718.

Finalmente, queremos criticar que no se haya incluido como causal de anulación del laudo la posibilidad de impugnarlo por haberse laudado sin las mayorías requeridas, como sí lo hacía la derogada Ley General de Arbitraje.[9]

Ya se analizaron los posibles problemas susceptibles de presentarse frente a la actual redacción del artículo 52 de la Ley de Arbitraje, por lo que nos corresponde recordar qué pasaría en estos casos.

En los supuestos en donde hemos señalado la no existencia de un laudo, es decir, aquéllos en los cuales sólo voten los dos árbitros de parte en sentidos opuestos, aquel otro en el cual sólo vote un árbitro de parte (caso indudable de no existencia de un laudo) y el último supuesto —de solución discutible— en donde sólo votó el presidente, la ley no establece una solución expresa al problema.

Lima, mayo del 2014

[9] En efecto, el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, sí contemplaba dicha posibilidad.

Presentación de la obra *Dispute Boards* en Latinoamérica: experiencias y retos «Un nuevo amigo del arbitraje: el *Dispute Board*»[*]

Señor doctor César Guzmán Barrón Sobrevilla, Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú;
Señor doctor Roberto Hernández García, coordinador de la obra que hoy presentamos;
Señores doctores
Alexander Campos, Jaime Gray y Jerry Brodsky;
Estimados colegas y amigos,

Hace menos de dos meses, César me llamó por teléfono y me preguntó si la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio estaría dispuesta a publicar este libro.

De inmediato le contesté que sí, que lo haríamos con mucho gusto, a pesar del breve lapso que mediaba entre esa fecha y aquélla en la cual se debía presentar la obra.

Como saben quienes hoy nos acompañan, la *Biblioteca* —hasta el día de hoy— había publicado exclusivamente temas de orden arbitral.

Nuestros veintidós primeros volúmenes sólo habían estado dedicados a materias de este orden.

---

[*] Discurso pronunciado con fecha 18 de julio de 2014, en el Edificio Esquilache de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En ese sentido, uno se podría preguntar por qué integrar una obra sobre *Dispute Boards*, como el volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje*.

¿Acaso se trata de un cuerpo extraño en la Colección?

Tal vez la respuesta más adecuada sea aquélla que pasa por entender que los *Dispute Boards* no constituyen algo ajeno o, peor todavía, un enemigo del arbitraje, sino que ambos pueden convivir en perfecta armonía.

Digo esto, pues, si bien los dos son medios alternativos de resolución de conflictos, no se trata de instrumentos excluyentes sino complementarios, en aras de la búsqueda de una adecuada ejecución de los contratos y, finalmente, de la obtención del bien común.

Hoy, además, los *Dispute Boards* ya están instalados de manera oficial en la reciente Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (todavía no vigente), publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 11 de julio de 2014, como un medio al que las partes pueden recurrir en la contratación de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el futuro reglamento de la ley, teniendo carácter vinculante las decisiones de las juntas de resolución de disputas.

En primer término, debemos precisar que los *Dispute Boards* no serán aplicables a toda la contratación estatal, pues sólo lo serán cuando las partes así lo acuerden en el contrato, además de reunir los requisitos que establezca el reglamento —como acabamos de señalar— en lo que respecta al valor referencial de las obras.

Es evidente que, dada su naturaleza, los *Dispute Boards* no son pertinentes para los contratos a través de los cuales el Estado se provee de bienes y servicios, a los cuales tienen que aplicarse, para la solución de sus controversias, ya sea la conciliación o el arbitraje.

Similares consideraciones podemos hacer extensivas a la contratación privada, en la cual las partes siempre han tenido la posibilidad de pactar la presencia de juntas de resolución de disputas, mecanismo relativamente moderno que —con el paso de los años— ha ido adquiriendo presencia en el mundo y que en nuestro país ya ha tenido algunas experiencias notorias y exitosas, aunque cuantitativamente aún poco significativas.

Por lo demás, es evidente que el medio arbitral peruano, más allá de los recelos iniciales que pueda tener con respecto a los *Dispute Boards*, debería ir comprendiendo que resulta imposible negar las ventajas que ellos tienen como un medio de solución de controversias que acompaña la ejecución misma de la obra y cuyas decisiones son expeditivas e inmediatas.

El arbitraje, dada su naturaleza y por consistir necesariamente en un proceso, con una serie de formalidades y etapas, no puede competir en celeridad con los *Dispute Boards*, así como tampoco podría evitar la frustración en la ejecución de una obra, cuando lo que se esté discutiendo sean materias en las cuales la solución inmediata del problema o del *impasse*, será indispensable para la continuación del propio cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es claro también que al no tener los *Dispute Boards* naturaleza confrontacional, ellos conducen a soluciones mucho más rápidas.

No obstante, los *Dispute Boards*, cuyo éxito deseamos y auguramos en el Perú, tendrán necesariamente que convivir con el arbitraje y no deberán ser vistos como un sustituto de este medio de solución de controversias.

Entendemos que ése es el sentido del artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en la medida de que el tratamiento de los *Dispute Boards* se da conjuntamente con la conciliación y el arbitraje.

En segundo lugar, comprendemos que los *Dispute Boards* ayudarán mucho a que las obras públicas en el Perú comiencen y terminen en tiempo oportuno y que esas pequeñas, medianas o grandes controversias sobre temas puntuales, se solucionen *in situ* y lo antes posible.

Pero, independientemente de que las decisiones de las juntas de resolución de disputas, tendrán carácter obligatorio, ello no representará obstáculo alguno para que cualquiera de los contratantes que se hubiese sentido disconforme con la resolución del problema por parte de la referida junta, pueda —dentro de los plazos de ley— acudir al arbitraje, para que allí se brinde definitiva solución jurídica a la controversia.

Con esto no estamos señalando que las decisiones de la junta de resolución de disputas no deban estar arregladas a derecho o que deban ser de carácter meramente técnico. Decimos esto, en la medida de que la propia ley establece un marco de seguimiento y apego indispensable a la legislación en materia de contratación pública y a la Constitución Política del Perú, no sólo para el arbitraje y la conciliación, sino para cualquier otro medio de solución de controversias, incluidos los *Dispute Boards.*

Por otra parte, esta necesaria convivencia entre los *Dispute Boards* y el arbitraje está marcada por el carácter jurisdiccional que el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política reconoce expresamente al arbitraje, junto con la justicia ordinaria y la justicia militar, al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

En el Perú, pues, no hay una cuarta jurisdicción constitucionalmente reconocida, con lo que se puede deducir fácilmente que los *Dispute Boards* o juntas de resolución de disputas, sólo tienen en nuestro país el carácter de medio alternativo de resolución de conflictos de naturaleza *infra* constitucional.

No resulta necesario desarrollar la afirmación anterior, pues ella resulta evidente; pero sí es importante subrayar que la resolución de disputas en los *Dispute Boards* no constituye lo que el marco constitucional peruano entiende como un proceso jurisdiccional, en sentido estricto, y con todos los alcances que con respecto al mismo ha ido delineando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, los *Dispute Boards* contienen procedimientos de resolución de disputas, que no alcanzarán la categoría de procesos y —mucho menos— tendrán carácter jurisdiccional.

Pero, a pesar de no constituir un proceso jurisdiccional, sino un procedimiento de orden legal y contractual, las juntas de resolución de disputas deberán observar de manera rigurosa todas las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional peruano ha dispuesto sobre el respeto al debido proceso, cuya violación constituye —a juicio del máximo intérprete de la Constitución de nuestro país— obstáculo formal insalvable en cualquier procedimiento.

Por otra parte, nos parece muy bien que la nueva Ley de Contrataciones del Estado haya establecido que las resoluciones de las juntas de resolución de disputas tendrán carácter vinculante.

Esto, obviamente, no significa que tales decisiones no sean recurribles frente a instancia alguna, pues, como hemos señalado, la parte que se sienta disconforme con ellas, podrá acudir al arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, el recurrir a un proceso arbitral no deberá representar obstáculo alguno para que la decisión de la junta se cumpla rigurosamente, de manera tal que en el proceso se analizará si, de acuerdo a derecho, la decisión de la junta fue o no correcta.

Expresado esto, queda en evidencia que el *dispute board* cumple su función agilizando el desarrollo de la obra, pero la función del *dispute*

board en la solución concreta de los problemas que ella presente, se debe circunscribir a aquello que por su propia naturaleza está destinado a resolver, vale decir, que no puede entenderse al *dispute board* como sustituto del arbitraje. Decimos esto pues, más allá de no ser jurisdicción constitucional, emitida que esté la decisión que adopte la junta, aún no habrá habido un proceso de jerarquía jurisdiccional propiamente dicho, en donde se ventile controversia alguna.

Hemos podido conocer datos estadísticos que demuestran que en aquellos países en los cuales ya existe experiencia en *Dispute Boards*, cuando la parte que no se considera satisfecha ha recurrido a arbitraje, es abrumadoramente mayoritario el número de casos en los cuales los tribunales arbitrales han confirmado lo decidido por las juntas de resolución de disputas.

Sin embargo, creemos peligrosa la afirmación que —entre líneas— algunas veces se deduce de estos datos, a través de la cual se concluye que por tal razón el arbitraje resultaría prácticamente inútil cuando previamente se hubiere desarrollado un *dispute board.*

La utilidad o inutilidad del arbitraje deberá ser decidida con absoluta libertad por las partes contratantes, ya que cada quien es libre de recurrir o no a la justicia arbitral, más aún si ella está respaldada por el convenio arbitral celebrado por las partes y por la Constitución Política, lo que conduce a que sea la vía contractual, legal y constitucionalmente idónea para poner fin a esa controversia.

De esta manera, no puede pensarse que el litigante que recurra al arbitraje deba ser calificado *a priori* como un litigante malicioso o alguien que quiera entorpecer «el recto camino de la justicia».

Digo esto, habida cuenta de que las juntas sólo solucionan disputas; y, si administran justicia, ella carece de relevancia jurisdiccional, dado que la Carta Política de 1993 no les reconoce tal categoría.

Así las cosas, y mientras la decisión de la junta de resolución de disputas tenga carácter vinculante, tal como lo establece la ley; y, en el entendido de que esas decisiones pueden ser ejecutadas forzosamente (lo que deberá ser reglamentado cuidadosamente), el arbitraje no deberá ser apreciado como un enemigo del *dispute board*, sino como necesario complemento del mismo.

Queda claro, entonces, que sería ilegal e inconstitucional la creación de cualquier barrera de orden patrimonial, para el acceso al arbitraje, que se pensara instaurar en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Pensamos que cualquier barrera de acceso al arbitraje resultaría no sólo inútil, sino también prejuiciosa e inconstitucional.

Inútil, porque la decisión de la junta de resolución de disputas sería de cumplimiento obligatorio, razón por la cual el futuro arbitraje, hasta antes del laudo, no afectaría dicha decisión (materia que también debería ser objeto de cuidadoso tratamiento en el reglamento de la Ley).

Sería prejuiciosa, porque esa barrera de acceso a la justicia —como ya hemos señalado—, partiría de la idea previa de que quien recurre al arbitraje lo hace única y exclusivamente con propósitos tinterillescos.

Y es obvio, que una norma como ésta sería inconstitucional, ya que en los hechos, constituiría no sólo un despropósito, pues hasta podría convertirse en una barrera infranqueable para el acceso a la tutela jurisdiccional.

Pero más allá de esto, resultaría necesario pensar que ninguna parte estará dispuesta a arriesgar montos dinerarios destinados a pagos de honorarios arbitrales, como a la administración del proceso y a los servicios de sus propios abogados, sin considerar que tiene una real posibilidad de revertir la decisión emitida por la junta de resolución de disputas.

Sólo un contratista que esté fuera de sus casillas podría actuar de esa manera.

Ahora bien, por el lado de las entidades del Estado, resulta evidente que siempre debería estar abierta la posibilidad de recurrir a hacer valer sus pretensiones en un proceso arbitral. Caso contrario, estaríamos concluyendo —de manera apriorística— que los *Dispute Boards* son tribunales de justicia, a la par que jurisdicción y última instancia. Y es claro que no lo son.

Naturalmente, toda esta mecánica procesal y de interrelación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje deberá ser abordada con seriedad y responsabilidad, tanto por parte de los particulares como del propio Estado.

En lo personal, estimo que esta futura relación de convivencia deberá ser manejada con la mayor apertura, tanto por parte de los promotores del arbitraje, como por parte de los promotores de los *Dispute Boards.*

Soy optimista con respecto a esa convivencia.

Creo que cada uno de estos medios de resolución de conflictos tiene su espacio natural y deben apreciarse y valorarse las ventajas y virtudes que cada uno tiene por sobre el otro y que hacen que ambos deban ser vistos de manera necesariamente complementaria y no excluyente.

Quiero que me disculpen por haberme extendido en estas palabras sobre la relación entre los *Dispute Boards* y el arbitraje, pero estimo que —como director de la *Biblioteca de Arbitraje* y editor de la obra— era mi deber hacerlo.

Nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, saluda con afecto a este nuevo amigo, el *dispute board*, cuyo tratamiento, bondades y utilidad serán permanentemente reconocidos en sus páginas y en futuros volúmenes.

Para finalizar, quiero agradecer a César Guzmán Barrón por su permanente amistad y por creer en nuestra *Biblioteca*, dado que este volumen comparte los sellos de ambas instituciones: el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y mi Estudio de Abogados.

Esta comunión ya se ha dado en diversas obras que integran la serie y, Dios mediante, se seguirá manteniendo en otros títulos de muy próxima aparición.

Y el segundo agradecimiento, a la par que felicitación, es para el doctor Roberto Hernández García, destacadísimo abogado y experto en contratación pública y derecho de la construcción, por el valioso trabajo escrito que se incluye en esta obra, la misma que lleva por título «*Dispute Boards* en Latinoamérica: experiencias y retos» y por la muy destacada coordinación de la misma; ya que el libro que hoy presentamos reúne también excelentes aportes de Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas, Jerry Brodsky, Carlos Peñate Guzmán, Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Juan Eduardo Figueroa Valdés y Gustavo Paredes Carbajal, todos ellos abogados líderes en el estudio y promoción de los *Dispute Boards.*

Además, esta obra incluye como anexo, el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas de la Universidad Católica, hasta la fecha, único en su tipo en el Perú, el mismo que obedece a la fe que César Guzmán Barrón siempre tuvo en torno a los *Dispute Boards* y a la invariable promoción que ha venido haciendo de los mismos, entendiéndolos como aliados y complementarios del arbitraje.

Bienvenidos, *Dispute Boards.*

Muchas gracias.

Lima, julio del 2014

El principio de flexibilidad en el arbitraje*

Señores expositores,
Estimados amigos,

El día de hoy voy a ocuparme de un tema cuya referencia resulta práctica usual en los procesos arbitrales, pero ocurre que sus alcances son algo difusos y muchas veces equívocos.

Se trata del denominado «principio de flexibilidad en el arbitraje».

No está de más comenzar esta exposición señalando que cuando la doctrina arbitral trata acerca de las características de los procesos arbitrales, se efectúan muy breves menciones a la flexibilidad del arbitraje, no habiendo encontrado un desarrollo orgánico de esta figura.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, en primer término, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales.

Como se recuerda, el Código Procesal Civil peruano y, en general, los códigos de procedimientos civiles en el mundo, establecen términos y procedimientos cuyas normas tienen carácter de orden público, es decir, que, salvo casos absolutamente excepcionales, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones.

---

* Discurso pronunciado con fecha 8 de septiembre de 2014.

Por el contrario, la Ley de Arbitraje del Perú y, en general, las leyes arbitrales del mundo, si bien contienen grupos de normas de carácter imperativo, como por ejemplo, las relativas a la materia arbitrable, también comprenden otras muchas de carácter dispositivo, con respecto a las cuales las partes pueden establecer disposiciones particulares, incluso apartándose del texto de la propia ley.

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses.

Tratándose de una justicia privada, va implícito en el concepto del arbitraje esa libertad que tienen las partes para autorregular el proceso, de la manera que consideren más conveniente para resolver sus conflictos.

En síntesis, la primera aproximación a la flexibilidad en el arbitraje, se da por oposición a los procesos de la justicia ordinaria.

Este primer aspecto de la flexibilidad está contemplado expresamente en la primera parte del inciso 1 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.° 1071, cuando se establece que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

En segundo lugar, consideramos que existe otro alcance en torno al principio de flexibilidad, y el mismo puede estar relacionado a las facultades de las partes y de los propios árbitros, de ir amoldando el proceso de la manera que consideren más conveniente para el esclarecimiento de los hechos, naturalmente, sin contravenir el debido proceso, ni afectar la equidad en el trato de las partes.

Nos referimos a supuestos muy concretos, como es el caso en el cual las partes pueden acordar —cuantas veces lo consideren conveniente—

pedir al tribunal arbitral una suspensión del proceso, para negociar y llegar a un acuerdo transaccional (situación muy distinta a la que impone la rigidez de los procesos ordinarios).

Así también, si una parte solicitara al tribunal arbitral que se disponga la realización de una audiencia no prevista, como podría ser el caso de una audiencia extraordinaria informativa sobre hechos, el tribunal arbitral podría acceder a tal pedido, el mismo que, por lo general, contará con la aceptación de la contraparte y, aun en caso contrario, la realización de una audiencia de esta naturaleza, a pesar de no estar prevista en las reglas del proceso, no violentaría, en modo alguno, el tratamiento equitativo de las partes.

Asimismo, la flexibilidad del arbitraje se manifiesta en las facultades de que disponen los tribunales arbitrales para disponer el complemento de las reglas del proceso, en caso el convenio arbitral o el acta de instalación hubiesen omitido regular determinados aspectos necesarios.

Este segundo aspecto de la flexibilidad, está recogido expresamente en la segunda parte del inciso 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, cuando se establece que a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Este aspecto también se manifiesta en lo establecido por el inciso 3 del referido artículo 34, cuando señala que: «Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de dicho Decreto Legislativo».

De igual modo, el referido inciso 3 agrega que: «Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral».

Sin duda, esta norma abre una puerta muy grande para que los tribunales arbitrales puedan hacer aplicables en estos casos, las normas que consideren más convenientes y queda abierta la permanente interrogante acerca de si las normas del Código Procesal Civil, resultan o no aplicables supletoriamente, a los procesos arbitrales.

Como se podrá apreciar, hasta este punto la aplicación del principio de flexibilidad es relativamente pacífica, en la medida de que el mismo se manifiesta, ya sea en la adopción de las reglas del proceso por las propias partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral; o, finalmente, por la facultad que tienen los tribunales arbitrales para actuar en defecto de disposiciones preestablecidas, para el adecuado desarrollo del proceso.

Por otra parte, cabe recordar que este esquema era fundamentalmente el que regía la flexibilidad del arbitraje en el Perú hasta el 31 de agosto del año pasado.

Decimos esto, en razón de que el Decreto Legislativo n.° 1071, nueva Ley de Arbitraje, ha incorporado un inciso 4 de contenido novedoso, el mismo que establece que:

> El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Estimamos que la peculiar norma citada debe merecer una lectura mejorada y razonable, en el sentido de situarla fuera de la arbitrariedad y la contravención al debido proceso.

Pero, debemos admitir que ello resultará bien difícil.

Nos explicamos.

El citado inciso 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, se refiere a la posibilidad de ampliar o modificar plazos por vencer o ya vencidos.

Para el desarrollo de este tema no hay que olvidar que el acta de instalación del tribunal arbitral no sólo es una etapa o acto procesal del arbitraje, sino además, un acto de naturaleza contractual, en el cual las partes y los árbitros manifiestan su consentimiento en torno a las reglas que regirán el proceso arbitral al que están dando inicio.

Este establecimiento de reglas especiales representa un acto de consenso. Entendemos que no debe presumirse que las partes hubiesen dado ese consentimiento si se les hubiese propuesto regular sus disposiciones en sentido diverso.

Es decir, no hay que partir de la idea de que, por ejemplo, un plazo convenido por treinta días, igualmente favorezca a las partes si fuese de quince o de cinco.

No en vano se han pactado treinta.

Además, las partes tienen todo el derecho de hacer sus previsiones y diseñar su estrategia procesal en razón de los plazos establecidos en el acta de instalación, los mismos que son de conocimiento recíproco de las partes y del propio tribunal, y a cuyo cumplimiento se han obligado las partes y los árbitros.

Entendemos que dentro de una sana concepción del principio de flexibilidad, con relación a los plazos pactados en el acta de instalación, un tribunal arbitral podría proponer a las partes, por ejemplo, la ampliación del plazo establecido para el término de actuación de pruebas, o la ampliación de los términos pactados para expedir el laudo arbitral, contado desde la resolución de «tráigase para laudar».

En tales casos, si el tribunal contara con la aceptación de ambas partes, podrá proceder a la modificación o ampliación de dichos plazos, en la medida de que todos quienes intervienen en el proceso estarían dan-

do su consentimiento para modificar los términos de un contrato previo, aquél que tuvo lugar con el acta de instalación del tribunal arbitral.

Por el contrario, entendemos que ni las partes puestas de acuerdo ellas mismas podrían imponer al tribunal arbitral un cambio en las reglas del proceso, sin contar con el asentimiento del propio tribunal.

Del mismo modo, suena lógico que el tribunal arbitral no pueda variar, *motu proprio*, las reglas del proceso, sin contar con el asentimiento de ambas partes.

Este tema resulta doblemente importante en lo que a plazos se refiere, en la medida de que buena parte de las normas que rigen un proceso, son las relativas a los términos que regulan las distintas etapas procesales.

Y una lectura literal del inciso 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje podría llevar a la equivocada interpretación de que el tribunal arbitral puede, de manera unilateral, hacer lo que considere más conveniente con respecto a los plazos que rigen el proceso arbitral.

Un ejemplo claro sería el siguiente:

El acta de instalación del tribunal arbitral ha previsto diez días para interponer la demanda y diez días para contestarla.

La parte demandante interpone su demanda el día décimo tercero.

Como es lógico, el tribunal debería rechazar la interposición de dicha demanda por extemporánea, en la medida de que la misma se interpuso tres días después de vencido el término establecido en el acta de instalación.

Pensamos que constituiría una aberración jurídica sostener la licitud de que el tribunal arbitral admita a trámite dicha demanda y, por una mal entendida equidad, otorgue a la parte demandada un plazo de trece días para contestar la demanda y reconvenir, si así lo considerase conveniente.

Por añadidura, si ese tribunal arbitral actuara de este modo, seguramente se cuidará de dejar establecido que con la ampliación del plazo en tres días está tratando a las partes con igualdad, a la par que está otorgando a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos; todo ello, en aparente estricto cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

Es lamentable que el inciso 4 del referido artículo 34 establezca estas facultades para los tribunales arbitrales, en relación a los plazos, pues ya se han visto casos de árbitros que actúan de esta manera, convencidos de que su accionar está ajustado a ley.

No obstante, si un tribunal arbitral procediese de esta forma, podrían ocurrir dos cosas.

La primera de ellas es que la parte demandada no interponga recurso de reconsideración alguno contra la resolución que le corre traslado de la demanda extemporánea y proceda a contestarla.

En este caso, será obvio que la parte demandada estará aceptando tácitamente la ampliación del plazo y estará aceptando también que dicha ampliación no afecta sus intereses como parte en el proceso.

Sin embargo, como es de presumir, la casi totalidad de partes demandadas que se encontraran en una situación como ésta, no procederían de esa forma, ya que interpondrían recurso de reconsideración contra dicha resolución, a efectos de que el tribunal la revoque de inmediato y proceda a archivar el proceso, al no haberse interpuesto la

demanda dentro del plazo establecido en el acta de instalación del tribunal arbitral.

¿Podría acaso el tribunal arbitral declarar infundado el recurso de reconsideración, invocando las facultades del inciso 4 del artículo 34, invocando, además, el trato equitativo que impone el inciso 3 del mismo artículo?

Consideramos que la respuesta negativa se impone, en la medida de que dicha modificación de plazo sí afecta los intereses de una de las partes, pues al demandado no le dará lo mismo tener tal condición en un proceso o liberarse de la calidad de demandado, con el archivo del expediente; situación que, incluso, podría beneficiarle, definitivamente, si es que hubiesen vencido los plazos de caducidad o de prescripción que la ley, eventualmente, concediera para la interposición de esas demandas.

Por otra parte, debemos recordar también que las normas de la Ley de Arbitraje, por más de que muchas de ellas hayan prescindido en su concepción de una necesaria relación con los demás cuerpos legales aplicables al caso, no pueden prescindir —en su aplicación— de una adecuada armonía con el resto del ordenamiento jurídico nacional.

Así, por más de que la norma arbitral (nos referimos al inciso 4 del artículo 34 de la ley) diga lo que dice, los tribunales arbitrales no están facultados para actuar con la más absoluta libertad al respecto, en la medida de que las reglas establecidas en el acta de instalación, constituyen materia contractual, y su modificación pasa, como lo hemos dicho, por un contrato modificatorio en el que intervengan todas las partes que celebraron el contrato primitivo.

De otro lado, no hay que olvidar que el arbitraje, por más flexibilidad que tenga, no puede prescindir de los principios básicos que el derecho procesal civil ha construido y desarrollado en torno al concepto

del debido proceso, el mismo que también está recogido como derecho constitucional por nuestra Carta Política de 1993.

Si se incluyó el inciso 4 del artículo 34 en la Ley de Arbitraje, no dudamos de que ello obedeció a las mejores intenciones. Sin embargo, un uso de esta norma que contravenga los principios básicos del derecho de contratos, los principios básicos del debido proceso y los principios básicos del derecho constitucional relativo al mismo, no contribuirá al desarrollo y progreso del arbitraje, sino a su envilecimiento, haciendo proliferar los recursos de anulación de los laudos arbitrales o, ulteriormente, procesos de acciones de garantía que —sin duda— deberían prosperar, en razón de las arbitrariedades que cometa un tribunal arbitral.

Y no hay que olvidar que una buena norma procesal es aquélla que garantiza la equidad y la justicia, tanto en manos de un excelente tribunal arbitral, como empleada por un tribunal que no revista tales características profesionales y éticas.

El uso y abuso del inciso 4 del artículo 34 por parte de malos tribunales arbitrales y de malos árbitros, puede constituir uno de los gérmenes del deterioro del arbitraje en el Perú.

En síntesis, el referido inciso 4 del artículo 34 es una pésima norma cargada de los mejores propósitos; y es que dicen que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones.

Muchas gracias.

Lima, septiembre del 2014

Discurso de presentación de la Biblioteca de Arbitraje (volúmenes 15, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30)*

Señor doctor César Guzmán-Barrón
Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Señor doctor Roque Caivano
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires,
Señora doctora
Leyla Levil,
Directora Editorial del Perú de Thomson Reuters

Estimados profesores, colegas y amigos,

En primer lugar, debo agradecer las generosas palabras pronunciadas esta noche por los doctores Guzmán-Barrón, Caivano y Levil.

Siempre he considerado que la labor del abogado es, fundamentalmente, de ayuda a la sociedad, ya que no sólo defiende los derechos de aquellas personas que necesitan de su concurso, sino que también colabora de manera activa en la asesoría y solución de conflictos.

---

* Discurso pronunciado en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el jueves 11 de septiembre de 2014.

Muchas veces, no se percibe que los servicios de los abogados ayudan de modo considerable al progreso de la sociedad.

No me cabe duda de que gran parte del desarrollo del Perú en las últimas tres décadas, obedece al esfuerzo de los abogados, quienes han participado de manera muy activa —y lo siguen haciendo— en la promoción de normas legales y en el impulso de determinados procesos económicos que han permitido que nuestro país, con un marco legal adecuado y políticas de Estado invariables en las líneas fundamentales, se transforme paulatina y sostenidamente.

Por lo general, la sociedad es muy dura con los abogados y sólo los percibe como agentes generadores o perpetuadores de conflictos.

Puede que ello tenga algo de cierto, pero el abogado moderno no es perpetuador de conflictos. El abogado moderno busca solucionarlos de la manera más rápida y eficiente.

Estos cambios notorios en la profesión, también han tenido un correlato en la formación académica y en el desarrollo y modernidad de muchas Facultades de Derecho en el mundo; cambios que, sin duda, vienen impregnando de manera cada vez más fuerte la evolución de los cursos, tanto en lo que respecta a los temas de fondo, como en lo relativo a la metodología de la enseñanza.

En ese sentido, una pregunta importante es la referida a si la labor del abogado debe circunscribirse a su relación con los clientes o si ella debe prolongarse o extenderse más allá.

Es claro que todo va a depender de la vocación del propio abogado.

He tenido el privilegio de ser profesor de los abogados que ejercen conmigo la profesión, así como de quienes son nuestros asistentes.

Siempre fue vocación de las personas que me acompañaron en el estudio, el desarrollar paralelamente actividades académicas, interés que auspicié desde los inicios del mismo.

Hace ya varios años establecimos una disposición interna, en el sentido de que haríamos el esfuerzo de escribir sobre aquellos temas que concitaran nuestro interés en el ejercicio profesional.

Esto significaba que, con prescindencia del caso concreto y guardando el debido secreto, nos proponíamos escribir sobre aquellos temas teóricos y prácticos relativos a una materia que hubiera capturado nuestra especial atención.

Así, por mencionar algunos ejemplos puntuales, escribimos los libros *La teoría de los actos propios, Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Cuatro temas de hoy* y múltiples artículos publicados en diversas revistas.

Como se puede apreciar, las obras mencionadas no tienen relación con materias arbitrales, correspondiendo todas ellas a algunas de las áreas que, desde su fundación, ha abordado nuestro estudio.

En el año 1998 defendimos, por primera vez, un caso arbitral y desde el 2002 incursionamos en el desempeño de la función de árbitro.

Gran parte de la vida del estudio y, fundamentalmente, los años de actividad profesional más intensa, han estado marcados por el arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, en el 2005 decidimos crear una colección que promoviera la doctrina arbitral.

Y en diciembre del año 2006, apareció el primer volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, que tuve el honor de escribir con mi gran amigo

y compañero de estudios en las aulas de esta Universidad, el abogado y notable periodista Ricardo Vásquez Kunze.

La obra, obviamente escrita durante la vigencia de la Ley n.° 26572, abordaba las materias centrales del arbitraje en el Perú, cuestionando diversos aspectos de la dogmática de la institución.

La idea de crear la *Biblioteca de Arbitraje* se basaba en que en ella escribieran de manera continua los abogados del estudio, pero también se invitara a profesores y abogados especialistas en la materia, para que enviaran sus contribuciones a nuestra colección.

Estos casi ocho años de la *Biblioteca*, representan una mezcla, a mi juicio, muy productiva, de obras escritas por autores peruanos y extranjeros, árbitros y abogados dedicados al ejercicio de la defensa arbitral.

La *Biblioteca* constituye una decidida apuesta por el arbitraje y su desarrollo en nuestro país, además de difundir en otras latitudes los avances que viene teniendo en el Perú y acercar el medio jurídico nacional a experiencias arbitrales foráneas.

Durante los primeros ocho años estuvimos acompañados de nuestro editor original, Palestra Editores, cuya colaboración agradezco en la persona de su director y amigo, el doctor Pedro Grández Castro.

Pero este año decidimos renovar la *Biblioteca de Arbitraje* y darle un impulso de corte global.

Los nueve volúmenes que hoy se presentan, aparecen con el sello de nuestra nueva casa editorial, la mundialmente reconocida Thomson Reuters. Esta alianza nos permitirá hacer que la *Biblioteca de Arbitraje* tenga un dinamismo mucho más grande en su difusión, así como la posibilidad de que accedan a sus contenidos —de inmediato— lectores

de las más diversas latitudes, pues la misma se encontrará a disposición del público también en formato *Proview*, es decir, en libro digital.

Estos cambios, fruto de los tiempos, van a permitir que la *Biblioteca* extienda sus alcances allí donde Thomson Reuters llega, es decir, al mundo entero.

Por otra parte, debo resaltar la vinculación de nuestra *Biblioteca* con la Universidad Católica.

Digo esto, pues en el año 2006, en una conversación sostenida con César Guzmán-Barrón, coincidimos en la necesidad de que nuestra casa de estudios organizara todos los años un Congreso Internacional de Arbitraje, el mismo que congregara a lo más representativo del medio nacional, así como a invitados extranjeros de prestigio.

La alianza entre ambas instituciones determinó que la *Biblioteca de Arbitraje* haya difundido los discursos pronunciados por los expositores de todos los Congresos de Arbitraje. Así lo atestiguan los libros de ponencias de los Congresos de los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

En esta oportunidad, estamos publicando las actas de los Congresos de los años 2011, 2012 y 2013, con lo cual sólo restaría dedicarnos a la edición de las del presente Congreso. En otras palabras, nos hemos puesto al día.

Considero que la difusión de los trabajos académicos de estos eventos, ha contribuido mucho a que el Congreso de la Universidad Católica constituya un referente obligado para todo el medio arbitral. Si bien el mismo comenzó despertando especial interés en los estudiantes de derecho, hoy ese interés también es compartido por igual, tanto por árbitros como por abogados en ejercicio.

Nos alegra mucho el desarrollo sostenido del Centro de Arbitraje de la Universidad, el que ha pasado a tener una presencia preponderante en el medio arbitral peruano.

Dentro de los nueve nuevos volúmenes que presentamos esta noche, debo resaltar que tres de ellos han sido escritos exclusivamente por abogados del estudio. Uno, referido al tratamiento de los árbitros en la Ley de Arbitraje, que corresponde a Jhoel Chipana Catalán; y dos volúmenes, en los cuales Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata, Jhoel y quien les habla, comentamos —artículo por artículo— la Ley de Arbitraje del Perú.

Hace algunos años había grabado mis opiniones acerca de esta ley, y luego de haber sido transcritas, convoqué a mis tres coautores para escribir la obra de manera conjunta. Ella consta de alrededor de mil cuatrocientas páginas, en las que hemos volcado nuestra experiencia profesional, con la debida consulta de la doctrina y legislación pertinentes.

Es nuestro deseo que esta obra contribuya, de alguna manera, a consolidar la doctrina nacional sobre arbitraje, la misma que ha ido cimentándose notoriamente con el paso de los años. Se puede decir que el desarrollo del arbitraje en el Perú ha ido acompañado de los esfuerzos académicos correspondientes.

Por lo demás, como comprenderán quienes me escuchan esta noche, tener como coautores a tres exalumnos, colegas y personas tan cercanas, es un privilegio y una satisfacción muy grande.

Asimismo, presentamos esta noche la segunda parte de la obra *Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica*, libro colectivo coordinado por Jorge Luis Collantes González, que representa la continuación del volumen 11, que publicáramos el año 2010; así como *La Anulación del laudo*, fina compilación jurisprudencial coordinada por Esteban

Alva Navarro y Roger Vidal Ramos, la misma que complementa el volumen 14 de nuestra colección.

Finalmente, reitero mi agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, a Thomson Reuters y a todos ustedes por la inmensa generosidad de vuestra presencia y atención.

Muchas gracias.

Lima, septiembre del 2014

Entrevista*

Mario Castillo Freyre es uno de los árbitros más prestigiosos de Latinoamérica. Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Socio del despacho que lleva su nombre.

Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Académico Correspondiente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia y Legislación, y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, es autor de diferentes obras como el «Tratado de las Obligaciones» (en coautoría con Felipe Osterling Parodi, 16 tomos). Graduado de Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es también Director de la Colección «Biblioteca de Arbitraje» y, en España, ha impartido conferencias en las universidades Complutense, Carlos III de Madrid y Pompeu Fabra, entre otras.

Mario Castillo Freyre es hoy nuestro entrevistado y nos habla del sometimiento de las controversias en materia de contratos públicos a arbitraje y del arbitraje internacional.

¿Cómo empezó su desarrollo profesional en el arbitraje?

Defendí unos clientes en un proceso arbitral en 1998, cuando el arbitraje todavía tenía escaso desarrollo en el Perú y empecé a desempeñarme como árbitro en el año 2002, cuando, de manera inesperada,

* Entrevista publicada en el diario «La Ley», España, con fecha viernes 16 de enero de 2015.

fui designado como árbitro de parte en dos procesos seguidos entre las mismas empresas.

Desde esa fecha he venido ejerciendo de manera ininterrumpida, tanto la defensa arbitral como la función de árbitro.

Decir que el arbitraje está en auge en Latinoamérica es repetir una obviedad, pero en Perú el arbitraje ha calado al punto que las controversias derivadas de contratos públicos son arbitrables ¿Cómo se ha llegado a tal punto?

En efecto, el Perú ha tenido y tiene un desarrollo muy importante en materia arbitral, el mismo que ha sido respaldado desde el propio Estado.

En primer término, porque la Constitución política vigente de 1993 otorga carácter jurisdiccional al arbitraje.

Y, por otro lado, todas las leyes de contrataciones del Estado, invariablemente desde 1998, establecen la obligatoriedad de incluir convenios arbitrales en los contratos que celebre el Estado, entendido como gobierno nacional, gobiernos regionales, gobiernos locales, además de todas las empresas públicas y entidades estatales.

Esto ha representado que alrededor de dos tercios de los arbitrajes que se desarrollan en el Perú sean relativos a controversias derivadas de la contratación estatal.

No obstante, el número de arbitrajes entre particulares también es sustancialmente alto.

Entonces, ¿el contratista puede acudir la vía arbitral directamente o habría que agotar la vía administrativa no contenciosa?

El contratista no debe agotar la vía administrativa entendida como que, incluso, deba recurrir a un proceso contencioso-administrativo.

De acuerdo a la ley vigente, podría preverse que la solución de las controversias se realice exclusivamente a través de un arbitraje, pero la ley también permite pactar una conciliación previa.

Muy pronto entrará en vigencia una nueva Ley de Contrataciones del Estado que, además de los mecanismos de solución de controversias antes citados, prevé la posibilidad de pactar *Dispute Boards*.

¿Cómo las administraciones públicas dan su consentimiento para el arbitraje?

Como dije anteriormente, las entidades del Estado están obligadas a incluir un convenio arbitral en sus contratos y la ley establece que, incluso, si ello no ocurriera, el convenio se entenderá incluido por defecto, con el tenor de una cláusula modelo.

¿Cuáles son las controversias más frecuentes derivadas de los contratos públicos sometidos a arbitraje en Perú?

Las controversias más frecuentes se relacionan a:

- ampliaciones de plazo (con el consecuente requerimiento de pago por los mayores gastos generales);
- resolución de contrato;
- recepción y conformidad de la prestación;
- valorizaciones o metrados; y
- liquidación del contrato y pago.

¿Cómo se eligen los árbitros en una materia tan especializada?

La Ley de Arbitraje, así como la Ley de Contrataciones del Estado, establecen que, en ausencia de pacto, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, con el mecanismo tradicional de designación: cada parte designa un árbitro y entre ellos eligen al presidente.

Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales los convenios arbitrales establecen árbitro único, fundamentalmente, en contratos de escasa cuantía.

¿Hay algún mecanismo de control en el nombramiento de árbitros respecto de su independencia e imparcialidad y en el procedimiento arbitral en sí mismo? Sobre todo en los arbitrajes *ad hoc* ¿O se deja todo en manos de una institución arbitral que administra el arbitraje?

La Ley de Contrataciones del Estado establece requisitos de especialización para los árbitros que conocerán las controversias del Estado. La ley en vigencia pone énfasis en el caso del presidente o árbitro único, quienes además deberán ser abogados y estar registrados en el Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE).

La nueva ley extiende estos requisitos de conocimiento a todos los árbitros, así como la obligatoriedad de su registro.

El OSCE conoce de las recusaciones sobre los árbitros, quienes están obligados a seguir determinadas pautas de conducta establecidas en el Código de Ética de la Institución.

Los arbitrajes del Estado, dependiendo de lo que establezca el convenio arbitral, podrán ser institucionales o *ad-hoc*.

En el primero de los casos, las partes podrán haber establecido que el arbitraje sea administrado, ya sea por el OSCE o por un centro de arbitraje particular.

¿Cuál es el Derecho aplicable en estos arbitrajes? ¿Cabe el arbitraje de equidad?

El derecho aplicable es el nacional y, especialmente, el contenido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, habiéndose establecido hace pocos años que la no aplicación preferente de tales normas constituye, en el caso de arbitrajes del Estado, causal de anulación del laudo.

Por último, la ley establece que todos los arbitrajes relativos a contratación estatal son de derecho; ello, a pesar de que uno o dos de los miembros del tribunal arbitral (los árbitros de parte) podrían tener profesiones distintas a la de abogado. Sin embargo, el presidente —lo reiteramos— sí debe ser abogado.

¿Pueden el Estado y el contratista acordar acudir a la justicia ordinaria en lugar del arbitraje?

No. La ley es muy clara en ese sentido.

El Estado asume, tal vez haciendo un *mea culpa* implícito, que los tribunales arbitrales son más eficientes para la solución de sus controversias que el propio Poder Judicial.

¿Qué valor ejecutivo tienen estos laudos y cómo se ejecutan?

La ejecución de un laudo, en primer término, puede pasar por una decisión voluntaria de aquél que pierde (en el caso concreto, el contratista o la entidad estatal). Pero sabemos que en la mayoría de casos, lamentablemente, no se produce esa ejecución voluntaria.

Para tal efecto, la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que los árbitros puedan conducir la ejecución del laudo si así lo hubieren pactado las partes. No obstante, en la Ley de Contrataciones del Estado no se encuentra una disposición similar, razón por la cual la parte vencedora en el arbitraje tendría que recurrir al procedimiento judicial de ejecución de laudo.

En este sentido, existe —en la normativa procesal civil— un proceso especial denominado «Proceso Único de Ejecución», al cual se recurre en mérito de determinados instrumentos que poseen la calidad de «título ejecutivo», y al ser el laudo arbitral un documento que posee tal calidad, la parte vencedora puede recurrir a la jurisdicción ordinaria a efectos de que se ejecute lo señalado por el laudo.

Los laudos en estos arbitrajes ¿son también reservados o son públicos?

La confidencialidad rige el desarrollo de todo el proceso arbitral en materia de contrataciones del Estado. Sin embargo, las leyes de la materia establecen la obligatoriedad de su inmediata difusión en la página web del OSCE. Esto es así, habida cuenta de que se trata de procesos en los que están en controversia recursos del Estado y se quiere tener una fiscalización del actuar de los árbitros y sus decisiones.

Desde una perspectiva constitucional o de derecho internacional público, el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas de la contratación pública ¿significa pérdida o renuncia de soberanía jurisdiccional?

Desde mi punto de vista, cuando el Estado acepta someterse a arbitraje, es evidente que está cediendo voluntariamente una parte de su soberanía jurisdiccional.

Sin embargo, los Estados que buscan ser receptores de inversiones tienen que pasar por este camino, pues se podría decir que «las inversiones vienen con el arbitraje bajo el brazo».

En el mundo moderno es usual que cuando los países exportadores de inversiones celebran tratados de libre comercio o tratados bilaterales de inversión, incluyan necesariamente en dichos convenios cláusulas en donde se establezca el arbitraje de inversión como la vía a la que puede recurrir el inversionista nacional de cualquiera de los Estados para solucionar sus controversias.

Esto, sin duda, atrae inversiones, pues es una medida de seguridad y garantía en el sentido de que el Estado no va a abusar del inversionista y que, si ello ocurriera, un tribunal imparcial pondrá orden en el asunto.

Como se aprecia, lo propio ha ocurrido en el Perú en materia de contratación estatal. La lógica del fomento a las inversiones es exactamente la misma.

Mirando el entorno regional de Perú, en Latinoamérica, precisamente, hay reticencias al arbitraje en controversias entre el Estado e inversionistas extranjeros. Incluso denuncia de Estados al Convenio de Washington de 1965 como tratado internacional y al CIADI ¿Cuál es su parecer sobre esto?

En efecto, hay países que han optado por este camino.

Ello es totalmente legítimo y hay que respetar las decisiones de cada Estado.

No obstante, a la larga, desde mi punto de vista, dichos países van a sufrir consecuencias económicas considerables.

Concretamente, esas consecuencias estarán dadas por el descenso en las inversiones, lo que en muchos casos asciende a miles de millones de dólares, así como el afrontar costosos procesos arbitrales o judiciales, en donde en muchos casos no sólo tendrán que destinar ingentes recursos para su defensa, sino que podrán ser condenados a pagos multimillonarios por no haber respetado a los inversionistas extranjeros.

Yendo a los aspectos generales del arbitraje internacional ¿qué condiciones ha de reunir una persona para ejercer de árbitro?

Creo que para ejercer la función arbitral, tratándose de arbitrajes de derecho, fundamentalmente, deben reunirse dos requisitos. El primero de ellos, que se trate de una persona honesta; y el segundo, que se tenga una buena formación jurídica.

La honestidad traspasa fronteras y la buena formación jurídica permitirá que ese árbitro se desempeñe con solvencia, independientemente del derecho sustantivo que sea aplicable al caso.

¿Es bueno que la opinión disidente de un árbitro pueda quedar documentadamente frente al laudo que refleja el parecer de los co-árbitros? O ¿le parece mejor prohibirla?

Las opiniones disidentes son legítimas en el arbitraje.

Lo que sí me parece impropio es que ellas no sólo expresen un parecer distinto a la mayoría del tribunal, sino que se dediquen a atacar de manera minuciosa los argumentos de la mayoría. Eso es simplemente una deslealtad absoluta de ese árbitro frente a sus colegas.

Desde una macro-perspectiva del arbitraje internacional ¿Cómo ve que se establezca una segunda instancia arbitral (no judicial)?

Las segundas instancias generalmente están permitidas en el arbitraje. La anterior Ley de Arbitraje del Perú la contemplaba de manera expresa como opcional, en tanto que la ley en actual vigencia no la menciona, pero tampoco la prohíbe.

Sin embargo, no creo que resulte necesaria una segunda instancia en el arbitraje, salvo que las partes excepcionalmente la consideren indispensable, pues alargaría demasiado la duración de los procesos arbitrales.

En medio de esto ¿se debe salvaguardar que las partes puedan pactar una renuncia a la segunda instancia arbitral en caso de que la ley de la sede del arbitraje o el reglamento de una institución arbitral la establezcan?

Considero que sí.

Usted es habitual conferenciante entre universidades españolas ¿cómo evalúa la relación entre la disciplina arbitral y el estamento académico en España?

Mi apreciación es altamente positiva.

El desarrollo del arbitraje en España es seguido muy de cerca por el medio arbitral y académico peruano.

En mi país valoramos mucho la bibliografía española sobre arbitraje, generada, fundamentalmente, a raíz de la ley del año 2003 y las modificaciones producidas en el año 2011. Ella es usual fuente de consulta en el Perú.

Además, la participación de profesionales españoles en congresos, conferencias, libros colectivos y revistas peruanas, es frecuente.

Puedo dar fe de ello como director de la *Biblioteca de Arbitraje*, colección bibliográfica nacida el año 2006 y editada por mi estudio de abogados, que, a la fecha, tiene ya veintitrés volúmenes publicados, en muchos de los cuales han participado y participan árbitros y abogados españoles especialistas en arbitraje.

Puestos en Europa, la tendencia jurisprudencial de la justicia de países, como Francia, que permiten el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero que ha sido anulado en el Estado sede de un arbitraje internacional ¿la comparte?

En lo personal creo que si un laudo ha sido anulado en el Estado sede del arbitraje internacional, tal anulación implica que el referido instrumento carece de validez, razón por la cual no debería proceder ni su reconocimiento, ni su ejecución en Estado alguno.

Resulta contradictorio, tanto desde la perspectiva del derecho civil, como del derecho procesal y el arbitral, que una resolución de un tribunal, como es el caso del laudo, sea formalmente nula, pero a pesar de ello sea ejecutada por los tribunales de otro país.

Cabe precisar que no sólo las jurisdicciones francesas han reconocido la validez de un laudo anulado. Las cortes federales de Estados Unidos también actuaron de esa forma. Véase, por ejemplo, el caso *Chromalloy Aeroservices* contra *La Fuerza Aérea de la República Árabe de Egipto*, en el cual el laudo emitido en Egipto y anulado por las cortes egipcias por no haber aplicado el derecho administrativo egipcio, fue reconocido como ejecutable bajo la legislación de Estados Unidos por la Corte del Distrito de Columbia.[10]

¿Cómo ve el futuro del arbitraje en medio del flujo comercial entre la Unión Europea y Latinoamérica?

El arbitraje comercial crece cuando la economía también crece, y el considerable aumento del flujo comercial entre América Latina y la Unión Europea ha hecho, y seguirá haciendo, que el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, crezca notoriamente en nuestros territorios.

¿Qué papel cree que pueden jugar nuestro país y los árbitros españoles en los arbitrajes de ese flujo comercial entre la Unión Europea y Latinoamérica?

En base a mi respuesta anterior, creo que a los árbitros españoles y de América Latina les corresponde un lugar de preeminencia, sobre todo

[10] Mantilla-Serrano, Fernando. «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». En *International Law*. Bogotá: Revista Colombiana de Derecho Internacional, n.º 15, julio-diciembre de 2009, p. 28.

en aquellos procesos que se desarrollen entre empresas de capitales provenientes de nuestros países, dada la facilidad que implica el comunicarnos en un mismo idioma y con derechos nacionales provenientes de una misma tradición jurídica.

Lima, enero del 2015

El desempeño como árbitro*

En primer término, debo expresar mi mayor gratitud a los organizadores del Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación y, en especial, a la doctora Karina Zambrano Blanco, Presidente de la Asociación Zambrano, y promotora incansable de estos eventos, que con el presente, suman tres.

De igual modo, mi saludo a las autoridades políticas y judiciales del Cusco, aquí presentes, a los distinguidos expositores nacionales y extranjeros y al público que hoy nos acompaña.

El panel que se me ha encomendado presidir, el quinto en este Congreso, lleva por título «Desempeño arbitral», y en él vamos a abordar temas que resultan de mucho interés en el desarrollo del arbitraje.

Nos acompañan distinguidos expositores, como Juan Eduardo Figueroa, quien tratará acerca de «Las buenas prácticas en el arbitraje internacional desde la visión de un árbitro»; Carlos Paitán Contreras, quien abordará el tema relativo al «Interrogatorio y contrainterrogatorio en el arbitraje internacional».

Comparte esta mesa nuestro gran amigo, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Director del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien disertará acerca de los «Actores

---

* Ponencia pronunciada el viernes 27 de marzo de 2015, en el III Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación, organizado por la Asociación Zambrano, y desarrollado en el Auditorio de la Municipalidad Provincial en la ciudad del Cusco (del 26 al 28 de marzo).

del Arbitraje y su papel: Árbitros, Centros de Arbitraje, Secretarios y OSCE».

También está con nosotros, Ricardo León Pastor, quien abordará la materia relativa a la toma de decisiones en el arbitraje; así como Katherine González Arrocha, Directora para América Latina de Arbitraje y ADR de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, quien hablará sobre «Arte y toma de decisiones en el ejercicio arbitral».

Cierra el bloque el profesor Luis Lamas Puccio, quien tratará una materia poco abordada en estos eventos, cual es «El delito de colusión».

Culminadas estas palabras introductorias, voy a empezar a exponer el tema que me ha sido encomendado, referido al «Desempeño como árbitro».

No existe persona alguna que sea la indicada para dar lecciones a nadie, en torno a un correcto desempeño como árbitro, pero la práctica puede brindar algunas experiencias susceptibles de ordenarse de manera orgánica, a efectos de configurar lo que se podría entender como determinadas pautas que orienten el desarrollo del cargo de árbitro.

Voy a referirme a las que considero principales.

1. Vocación

No cabe duda de que no puede desempeñarse actividad intelectual alguna, si es que no se tiene apego por ella.

Es una verdad de Perogrullo que todos hemos empezado a ser árbitros con nuestro primer arbitraje.

No obstante, hay personas que sí tuvieron una aproximación previa al arbitraje, como es el caso de quienes han colaborado con árbitros, o han trabajado en centros de arbitraje, o han ocupado secretarías.

En todos estos supuestos, esa aproximación se venía forjando con el tiempo, al igual que el apego y el conocimiento del arbitraje.

Pero hay casos distintos.

Y puedo citar como ejemplo el propio, ya que me ocupé de defender un arbitraje en 1998, pero recién en el año 2001 me nombraron árbitro. Debo confesar que al principio, la función me resultaba algo extraña, porque en mis épocas universitarias, el arbitraje era una materia desconocida en las aulas y en la currícula de las Facultades de Derecho.

Así, de la noche a la mañana, me encontraba instalado como miembro de un tribunal arbitral, debiendo administrar justicia y aplicando una serie de reglas y procedimientos que resultaban novedosos para mí.

No obstante, me empezó a gustar esta actividad, la misma que vengo ejerciendo de manera ininterrumpida en los últimos catorce años.

Pero, conozco a varios amigos y colegas, cuyo paso por el arbitraje fue frustrante. Singularmente, se me vienen a la memoria los casos de dos compañeros de estudios, cuya pasión y vocación por el litigio, les hicieron conocer —rápidamente— que el arbitraje no era lo suyo.

2. Dedicación

Debemos partir de la idea de que la inmensa mayoría de persona, que ejercen el cargo de árbitro, no lo hacen a dedicación exclusiva.

Y ello obedece a una razón muy simple: uno es árbitro mientras ejerce tal función, y lo será en tanto y en cuanto sea designado árbitro, de modo tal que no es seguro que uno siempre tenga a su cargo la conducción de procesos de esa naturaleza.

No me cabe duda de que hay ejemplos —y muchos, por cierto— de personas que se dedican exclusivamente al arbitraje, pero la mayoría de profesionales (abogados o de otras especialidades), lo comparten con el ejercicio cotidiano de otros aspectos de la carrera.

Y es, sobre todo, en aquellos casos en que el arbitraje resulta ser un complemento de la actividad profesional, cuando más atención debe ponerse en el ejercicio de la función arbitral, no pudiéndose apreciar ésta como una de carácter eventual, a la que hay que destinar lo que nos sobra de tiempo en las actividades del ejercicio cotidiano de la profesión.

Ser árbitro es tan o más importante que cualquier otro encargo profesional, pues implica la confianza que las partes depositan en uno para administrar justicia.

En ese sentido, lo primero que tiene que evaluar aquél a quien se designa como árbitro, es si contará con el tiempo debido para hacerlo. No son pocos los casos en que los árbitros toman los arbitrajes como una especie de *hobby*, distracción o complemento de sus actividades cotidianas, y no como una responsabilidad central que se debe asumir con toda pulcritud y eficiencia.

3. CONOCIMIENTO

Podría pensarse que el conocimiento o especialidad en la materia controvertida constituye uno de los aspectos más importantes que debe reunir un árbitro.

Sin embargo, y aunque parezca sorprendente, ello no es así.

Digo esto, en la medida de que es probable que aquello que resulte controvertido, no forme parte de la especialidad profesional del árbitro.

Sin embargo, una adecuada formación universitaria y profesional nos conducirán a la ineludible conclusión de que a dicha persona le será fácil aprender rápido esas materias.

Siempre suelo decir que «nada es chino en el arbitraje».

Es evidente que habrá situaciones en donde el tema no será de comprensión tan sencilla, como es el caso de asuntos especialmente técnicos y poco usuales.

Pero, ahí el problema tampoco será insoluble, habida cuenta de que los árbitros van a contar, de seguro, con el auxilio de las pericias ofrecidas por las partes, y de la pericia que ellos mismos habrán ordenado realizar de oficio, a uno o más profesionales de primer nivel.

Es verdad que en estos casos, la comprensión del tema será algo más difícil, pero, igualmente, superable.

4. Tolerancia

Todo árbitro ha pasado por el trance de leer escritos en donde se sostienen posiciones que pueden constituir una afrenta al derecho y a la legalidad; así como también por asistir a audiencias en las cuales los abogados de parte hacen sus mejores esfuerzos para demostrar ante el tribunal arbitral, la «cuadratura del círculo»; o incluso, casos en los cuales, si uno confronta los medios probatorios obrantes en el expediente, con los informes orales de los abogados, puede constatar —de la manera más fácil— que a uno le están mintiendo en su propia cara.

En estos casos, mi recomendación es que el árbitro debe revestirse de un blindaje de absoluta tolerancia.

No olvidemos que las partes, y más aún sus abogados —que son nuestros colegas—, tienen todo el derecho de sostener sus tesis. Y uno, como abogado, está obligado a defender la posición del cliente cuyo patrocinio ha asumido.

Los árbitros, tanto como los jueces, debemos entender que toda parte tiene derecho a la defensa por un abogado y aquello que sostengan, no deberá sorprendernos.

Si una parte falta a la verdad sistemática y reiteradamente frente a un tribunal arbitral, no cabe duda de que va a tener una sanción, pero la sanción será oportuna y debida y ella consistirá en un laudo adverso.

El laudo, por lo demás, deberá constituir una muestra de ecuanimidad, pues en caso contrario, se le estarán proporcionando armas a la parte perdedora, a efectos de que cuestione la imparcialidad del tribunal arbitral.

Hay audiencias en las que mi formación jurídica se ha resentido por los argumentos sostenidos por alguna de las partes, pero debo comprender que cada quien es libre de defender sus intereses, y que mis colegas abogados sólo están desarrollando un trabajo: el de la defensa arbitral, que es tan respetable como el que realizan los árbitros.

No está de más abordar dentro del rubro de tolerancia, aquélla que debe tener el árbitro, con respecto a sus compañeros de tribunal arbitral.

Todos los árbitros cuentan con iguales derechos y prerrogativas, con prescindencia de aquéllas de carácter dirimente y de impulso procesal que otorga la ley al presidente del tribunal.

Pero, más allá de estas cuestiones, los árbitros tienen igualdad de derechos y la más absoluta posibilidad de emitir sus opiniones.

Los árbitros deben saber que ninguno de ellos es dueño de la verdad; y que, por lo tanto, en las deliberaciones del tribunal, sean éstas personales o a través de medios electrónicos, se debe tener absoluto respeto por la opinión de los demás; y ser conscientes de que, no obstante que lo ideal es que las resoluciones arbitrales sean adoptadas por unanimidad, resulta posible que ello no ocurra, caso en el cual el árbitro cuya posición no prevalezca, debe respetar escrupulosamente los derechos de la mayoría, tanto como la mayoría debe respetar los votos disidentes o singulares. Ni la mayoría debe, en el laudo, tratar de descalificar a quien no piensa como ella, ni el árbitro cuya opinión es minoritaria, debe tratar de descalificar el parecer o proceder de la mayoría.

5. Justicia

Parafraseando el viejo concepto que Ulpiano acuñó sobre la justicia, podemos decir que ella consiste en dar a cada uno lo que le corresponde.

En ese sentido, no hay que esperar otra cosa del árbitro, sino que haga justicia en todos y cada uno de los actos procesales; y, naturalmente, en el laudo que ponga fin al proceso.

Es la vocación de justicia lo que debe guiar la actuación del árbitro, lo que implica que no puede ser parcializado ni depender de alguna de las partes.

No me cabe duda de que hay casos en los cuales árbitros parcializados y dependientes de una de las partes, emiten laudos justos, pero ello es fruto de la coincidencia o mera casualidad de que la parte hacia la que se inclinan, tenía la razón.

En casos como éstos, se puede decir que el resultado del proceso ya está predeterminado, y que no hay nada que discutir.

Un proceso con árbitros de estas características, se convierte en algo así como una pantomima; como una obra de teatro, cuyo guión el público ya conoce de antemano.

Quien no tenga vocación de justicia, simplemente, no puede y no debe ser árbitro.

Desviaciones de esta naturaleza, conducen a la depravación del arbitraje; y a que muchas veces, luego de pasar por experiencias de esta índole, quienes litigaron en un arbitraje prefieran mil veces el Poder Judicial, sus vicios y sus diversas instancias, que volver a encontrarse frente a personajes, frente a árbitros de ese tipo.

6. BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Esta característica es muy importante y va unida a otras que aquí abordamos.

Se busca la verdad estudiando minuciosamente cada pieza del expediente con espíritu crítico, a la par que formulando las preguntas que corresponda a las partes en las audiencias de informes orales.

Si para obtener la verdad hay que convocar a audiencias adicionales previas, sobre hechos o a audiencias de carácter informativo, pues mejor aún.

Pero, no hay que olvidar que el árbitro sólo debe preguntar aquello que sea necesario para disipar sus dudas y nunca para hacer actos de lucimiento personal.

7. Honradez

Íntimamente ligada a la cualidad de la justicia, se halla la de la honradez.

Más allá de que la función arbitral es bien remunerada en el medio profesional, todo árbitro debe tener conciencia de que su única remuneración o expectativa de remuneración deberá consistir en aquellos honorarios que perciba de las partes por el ejercicio de su función.

Dentro de tal orden de ideas, no es admisible —en ningún caso— que el árbitro aspire a una remuneración u honorario adicional, a ser pagado por alguno de los litigantes, directa o indirectamente.

Tampoco es admisible que tal retribución sea efectuada con la promesa de eventuales posteriores designaciones como árbitro, pues en estos casos, el honorario ilícito estará dado por ese dinero que luego se reciba.

Ingresan, claro está, dentro de las violaciones a la honestidad, aquellos casos en los cuales el árbitro comparta su honorario con quien lo nombra, situación que explica, muchas veces, reiterados nombramientos de personas que carecen de méritos profesionales, académicos y morales.

En alguna oportunidad un amigo y muy destacado árbitro, que había sido designado por dos personas a quienes él no conocía, me contó que apenas se reunió con ellos para discutir algunos términos de la instalación del proceso y agradecerles por el nombramiento, ambos le preguntaron —como si fuera lo más natural del mundo— que en qué momento les iba a retribuir económicamente por tal nombramiento.

Para concluir este rubro, que en verdad podría ser infinito en materia de supuestos, quiero referirme a aquellos casos en los cuales, algunos profesionales que se dedican al arbitraje o que aspiran a dedicarse a

él, piden citas, ofrecen reuniones y agasajos a funcionarios públicos, a abogados o a personas que designan usualmente árbitros, incluyendo a árbitros en ejercicio.

Esta práctica es impropia del señorío que debe tener un árbitro; al igual que todo aquel otro caso en el cual el árbitro ofrezca una retribución —directa o indirecta— a quien lo designe como tal.

8. CONFIDENCIALIDAD

Reza el viejo dicho que «la única forma de guardar un secreto es no contándoselo a nadie».

Esta antigua verdad popular es totalmente aplicable al arbitraje, ámbito en el cual uno no puede revelar a nadie, aquello que es objeto de discusión al interior del tribunal arbitral, se trate de meros comentarios informales de los árbitros, o incluso de la propia discusión de las resoluciones, en especial, del laudo.

Son frecuentes y lamentables los casos en los cuales, luego de las reuniones privadas de los miembros de un tribunal, al día siguiente, la parte que no ha salido favorecida en la discusión, presenta un escrito intentando aclarar, precisamente, tales aspectos.

Siempre recordaré uno de mis primeros casos, en el cual era evidente que el árbitro designado por una de las partes, le contaba a quien lo designó, de inmediato y de la manera más eficiente posible, todo aquello que era objeto de discusión entre los miembros del tribunal.

Ya casi al final del proceso, el presidente, harto de estas situaciones, le dijo a este árbitro: «Fulanito, ya no me diga nada más. Espere que mañana la parte lo diga por escrito».

9. Equidistancia

En algunos casos, la relación del presidente del tribunal con las partes en litigio y con los árbitros que lo nombraron, o resulta prácticamente nula, o es muy escasa.

Esa distancia es más difícil, pero no imposible de encontrar, en los árbitros nombrados por las partes. Pero, a pesar de ello, hay muchos casos en los que el árbitro nombrado por una parte, es tan lejano o cercano de esa parte como de aquélla que no lo nombró.

Además, es claro que en algunos supuestos, el conocimiento o cercanía con las partes litigantes y sus abogados o representantes legales, será mayor que en otros, ya sea porque se trate de árbitros que se han instalado desde hace tiempo en el medio arbitral y, al tener diversos arbitrajes en curso, conocen a las personas que, al igual que ellos, litigan o ejercen función arbitral, o debido a alguna otra razón.

No me cabe duda de que si una parte designa como árbitro a alguien bisoño en la materia, o a alguien cuya actividad profesional no sea, principalmente, el arbitraje, es muy probable que esa persona no conozca a ninguno de los actores del proceso, en tanto el otro o los otros árbitros, sí.

Pero aquí lo relevante será que, conociendo o no a los actores del proceso, y previo cumplimiento del deber de declaración, los árbitros se sientan y actúen a lo largo de todo el arbitraje con igual distancia con respecto a las partes, lo que implica que ese previo conocimiento no debe determinar nada ni en favor ni en contra de las partes.

En eso consiste la equidistancia; pues el mayor o menor conocimiento de los actores del proceso, será inevitable y siempre estará presente en los miembros del tribunal.

10. NEUTRALIDAD

Se halla íntimamente ligada a la característica anterior, y viene a ser la actitud mental con la cual el árbitro afronta el proceso ante las partes.

Al árbitro le debe dar lo mismo que cualquiera de las dos gane o pierda. Le debe resultar indiferente.

11. DESAPASIONAMIENTO PROFESIONAL

La actividad profesional muchas veces hace que los abogados se enfrenten, defendiendo los intereses de sus clientes en diversos casos profesionales. Incluso tales enfrentamientos se dan en el aspecto académico, cuando como profesores universitarios, defendemos determinadas posiciones que son contrarias a las de otros colegas.

Pero ello a nadie debe asombrar; como tampoco que quienes han tenido posiciones enfrentadas en lo profesional o en lo académico, luego compartan tribunales arbitrales, o incluso, se encuentren uno como árbitro y otro como abogado defensor en el mismo proceso.

En estas situaciones, comunes por cierto, las discrepancias académicas o profesionales se deben circunscribir a tales ámbitos.

Nadie puede obligar a que dos profesores piensen igual; y en la vida profesional, tampoco nadie puede obligar a que un abogado no asuma la defensa de un cliente. Y, como en todo proceso hay, al menos, dos partes, habrá dos abogados que se enfrenten en ese proceso, de principio a fin, defendiendo cada uno de ellos, los intereses de su cliente.

Si estos profesionales luego coincidieran en un proceso arbitral como árbitro y como abogado de parte, deberán asumir esta nueva situación con el mismo profesionalismo con el que asumieron la anterior.

Es claro que en supuestos como los descritos, quien sea árbitro deberá actuar con absoluto desapasionamiento y borrar de su corazón y de su mente, cualquier resquicio de rencor que hubiese podido subsistir.

Resulta evidente que si este proceso mental no resultara posible, quien se encuentre en esa situación, no deberá aceptar el cargo de árbitro.

Y si ya lo hubiese aceptado, deberá ejercer tal función con absoluta imparcialidad hasta el final, pues en algunas ocasiones las partes litigantes buscan, a mitad de camino, como abogado, a alguien que alguna vez tuvo algún enfrentamiento profesional o académico con el árbitro, e intentan que tal situación constituya pretexto para recusar a ese miembro del tribunal arbitral.

12. Perfil moderado

El árbitro no debe ser un *figuretti*, alguien que se muera por ser en la vida el protagonista de toda situación en la que se encuentre comprometido.

Tampoco aquél que busque ingresar —a toda costa— a círculos personales o sociales a los que no ha sido invitado.

Comportamientos como éstos dicen mucho de la poca calidad personal del sujeto en cuestión.

No será un buen árbitro, ni una buena persona, quien se considere ser la novia de todos los matrimonios; el bebé de todos los bautizos y la adolescente de todas las fiestas de quince años; menos lo será el sobón y el adulón de quienes han logrado posiciones importantes en el arbitraje.

Nunca olvido esas sabias palabras de Solón, cuando afirmaba —sin error alguno— que el adulón es el enemigo oculto.

13. Vida privada

Es evidente que todo ser humano posee una vida privada; claro está que también el árbitro; pero lo que debe tener muy en cuenta es —precisamente— que él no es cualquiera: es alguien que administra justicia.

En tal sentido, deberá ser muy cuidadoso de que su vida privada quede en ese ámbito, evitando escándalos de cualquier tipo.

14. Ponderación, criterio y extremismos

Toda persona tiene plena libertad para pensar como le plazca; pero los árbitros deben ser muy cuidadosos cuando brinden sus opiniones en público o, incluso, en círculos privados.

Digo esto, pues lo que buscan las partes al escoger a un árbitro es —precisamente— que se trate de una persona que actúa ponderadamente; con criterio, sin extremismos de cualquier tipo. No olvidemos que la justicia, las más de veces, no está en los extremos, sino en las zonas intermedias de las posiciones de las partes.

15. Orden

Todo árbitro debe tener adecuado orden en el ejercicio de su función.

Esta afirmación que, obviamente, se extiende a los jueces, es ineludible en el arbitraje, a efectos de poder efectuar un desarrollo célere del proceso, lo que será muy valorado por las partes litigantes.

Pero, el orden no sólo se limita a lo antedicho, sino también a tener un completo archivo de los laudos arbitrales emitidos y una base de datos lo suficientemente sólida y actualizada, como para proceder de

manera correcta y oportuna en cada ocasión en la que tenga que cumplir con el deber de declarar o con la ampliación del mismo.

No son pocos los casos en los cuales árbitros muy bien intencionados y honestos, omiten declarar algunas situaciones relevantes, por el simple hecho de que no las recuerdan, sean éstas referidas a partes litigantes, abogados defensores, representantes legales o, incluso, sobre sus propios compañeros de tribunal.

Ello obedece, en muchos casos, a que tales árbitros no han creado y alimentado de modo permanente una base de datos con toda la información relevante sobre su función arbitral y en torno a su ejercicio de la profesión en otras facetas.

16. Disciplina

El tema del orden conlleva una adecuada disciplina para el trabajo.

La labor del árbitro no es sencilla e implica dedicarle mucho tiempo, el mismo que debe ser aprovechado de la manera más ordenada posible, a cuyo efecto se requiere una inquebrantable voluntad para ocuparse del caso encomendado.

17. Proactividad

Pero no basta con ser disciplinado. Es necesario, además, llevar adelante el proceso como si el mismo fuese la única actividad que ese árbitro tiene en la vida.

Esta proactividad se extiende a aplicar todas las medidas legales y reglamentarias que estén a su alcance, para impulsar el proceso.

Ello pasa por convencer a sus compañeros de tribunal arbitral para que trabajen de manera constante, así como tampoco dejar que alguna de las partes aplique con éxito ardides conducentes a dilatar el proceso.

Esto no sólo se aplica al presidente, sino a todos los árbitros, quienes deben ser tan proactivos como el propio presidente.

Y si hay un árbitro que no aporta al trabajo del tribunal arbitral, pues para eso está la figura de la remoción, contemplada en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje del Perú.

18. Buenas compañías presidenciales

Los árbitros de parte deben tener mucho cuidado en la elección del presidente del tribunal arbitral, no sólo para preservar la limpieza del futuro proceso, sino también para cuidar su propia imagen.

La designación del presidente debe ser apreciada por las partes como un legítimo acto de imparcialidad de los árbitros, nunca como un acto en el que tengan algún interés propio, visible o subalterno, ni tampoco eligiendo como presidente a alguien cuya estatura profesional, académica o moral esté por debajo de las de los árbitros que lo eligieron.

Sé que a veces esto es muy difícil, pero lo ideal es que el presidente de un tribunal arbitral sea alguien que haga honor —en todo sentido— al alto encargo conferido.

19. Buenos secretarios

En los arbitrajes institucionales los secretarios arbitrales son designados por el respectivo centro.

No cabe duda, además, de que la mayoría de personas a quienes tales centros de arbitraje confieren dicha misión, son gente joven, correcta y honesta.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que ello no sea así y que, por azar de las circunstancias, le toque a un tribunal en suerte, un secretario que no reúna cualidades, sino defectos.

En estos casos, el tribunal debería solicitar a la institución, el cambio inmediato de esa persona.

La situación se agrava en el caso de los arbitrajes *ad-hoc*, pues en ellos constituye regla no escrita, que los secretarios arbitrales son designados por el presidente del tribunal, y que dicha designación es aceptada por los coárbitros, a menos que exista alguna razón de notoria importancia. Se trata de una cuestión de cortesía.

En ese sentido, los presidentes de los tribunales arbitrales *ad-hoc* deben tener mucho cuidado con respeto a quiénes designan como secretarios arbitrales; y los árbitros de parte, deben tener también la delicadeza de no atar la designación del presidente del tribunal, con la del futuro secretario.

El presidente debe contar con la más absoluta libertad para designar a aquella persona en quien confíe la secretaría arbitral, y esa decisión deberá ser respetada por sus coárbitros, a menos, claro está, que existan reparos de orden moral o de eficiencia.

20. Conclusión

Para concluir estas palabras, debo señalar que las condiciones o características que he mencionado, no resultan —en lo absoluto— restrictivas, pues es evidente que un árbitro debe reunir, sin duda, otras muchas más

que, por la estrechez de tiempo que reviste toda ponencia en un Congreso de Derecho, me es imposible enumerar.

Pero, si se me pidiera resumir en pocas palabras cómo creo que debe ser un árbitro, debo decir que lo fundamental es que sea una buena persona.

Muchas gracias.

Lima, marzo del 2015

Entrevista sobre anulación de laudos arbitrales[*]

1. ¿Cuál o cuáles son los mecanismos para la impugnación de validez de un laudo arbitral?

En nuestro país existe la figura de anulación del laudo arbitral, la cual está regulada por el artículo 63 del Decreto Legislativo n.° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Así, el inciso 1, literal a) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

Esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.

En segundo término, el literal b) del artículo 63 estipula que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

---

[*] A efectos de responder las interrogantes formuladas en la presente entrevista, el autor ha tenido en cuenta los comentarios que sobre el particular realizó en una investigación anterior (Ver: Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* y *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Thomson Reuters-La Ley, 2014, vols. 25 y 26). Entrevista publicada en *Actualidad Civil* n.° 12, junio 2015.

En relación a la causal regulada por el literal b), se ha señalado que ella debe ser alegada y probada por quien la invoca y tiene por misión salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes. Aquí también debemos precisar que esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.

Finalmente, debemos tener presente que el literal b) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, establece que si el laudo se anula por esta causal, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

A su turno, el literal c) señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.

El literal d) regula el supuesto en que el tribunal se haya pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, es decir, que haya laudado *extra petita.* Como bien sabemos, los árbitros sólo pueden resolver sobre cuestiones que hayan sido pactadas en el convenio arbitral o en acto posterior. El fin de la anulación por esta causal es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad —por tanto— de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto, reduciéndose a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso.

Al igual que en los casos anteriores, esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.

Por último, debemos tener presente que el literal d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

El literal e) indica que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

En este caso se está haciendo alusión a las exclusiones señaladas en el artículo 2 de la ley, que son las excepciones en lo que respecta a materias no arbitrables (las reguladas en el artículo 1).

El artículo 1 de la ley establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, conforme a derecho, así como aquéllas que la ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

De otro lado, el literal f) del inciso 1 del artículo 63 de la ley, señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

Esto también va de la mano con lo señalado en el artículo 2, especialmente, en el inciso 2.

Y, por último, el laudo podrá ser anulado cuando, según lo dispuesto en el literal g) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, si la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

El inciso 2 del artículo 63 señala que las causales previstas en los literales a), b), c) y d) del numeral 1 de este artículo, sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y tales reclamos fueron desestimados. Básicamente, de lo que se trata es que las partes no se guarden causales de nulidad bajo la manga. Si uno conociera, en general, de alguna de estas causales que afectara el propio derecho, pues tiene que expresarlo de inmediato, vía la impugnación del acto del tribunal arbitral. Es decir, de acuerdo a ley, tratándose de actos o resoluciones distintas al laudo, lo único que procede es el recurso de reconsideración.

El inciso 3 del artículo 63 de la ley señala que tratándose de las causales previstas en los incisos d) y e) del numeral 1 de ese artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

Lo señalado en este numeral es importante, en la medida de que el literal d) se refiere al laudo que haya resuelto *extra petita* y el literal e), a que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que no son susceptibles de arbitraje, es decir, materias que están reservadas a los tribunales ordinarios.

Por otra parte, el inciso 4 señala que la causal prevista en el literal g) del numeral 1 de este artículo, sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral, y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Es decir, el literal g) es el que establece la causal de anulación, en caso la controversia hubiere sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el Reglamento Arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. Dice este literal que en estos casos, sólo procederá la anulación, si la parte lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal. La ley vigente no ha señalado, como lo hacía

la ley anterior, que esta comunicación se efectúe antes de notificado el laudo.

A su turno, el inciso 5 del artículo 63, señala que en el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Y es que en el literal a) del inciso 1 del artículo 63, como hemos visto, se hace referencia a que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Lo que ocurre es que estos términos, que son propios de la legislación civil peruana, no necesariamente van a tener una correspondencia exacta en la legislación civil extranjera, conforme a las leyes aplicables por las partes en el arbitraje internacional.

Por esa razón es que en el inciso 5 del artículo 63 de la ley se establece que esta causal se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral.

El inciso 6 del artículo 63 señala que en el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. Como se recuerda, la causal mencionada se basa en que, 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.

Acá se sigue precisamente la tesis, muy arraigada en el derecho peruano y ratificada por la legislación civil en el Código de 1984 que en casos de nulidades manifiestas, como sería el de la contravención señalada en estas normas, de preceptos o normas de orden público, los tribunales de justicia podrán declarar la nulidad de oficio.

El inciso 7 del artículo 63 señala que no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 63 de la ley señala que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el Título VIII, el cual se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Éstas son, pues, las causales de anulación de un laudo arbitral.

2. ¿Considera que con la anulación del laudo se estaría cuestionando de manera indirecta la función arbitral?

El objeto de la anulación del laudo arbitral es el de salvaguardar los derechos de las partes que intervienen en el arbitraje.

Sus causales se encuentran establecidas expresamente en la ley de la materia, y en modo alguno se estaría cuestionando de manera indirecta (ni mucho menos directa) la función arbitral, por cuanto los árbitros, en pleno ejercicio del encargo que se les ha conferido, son conscientes de que su actuación debe sujetarse a una serie de normas y reglas establecidas y aceptadas por las partes.

En ese sentido, si los árbitros no cumplen con la ley o con las reglas que eligieron las partes, resulta natural que se produzca una consecuen-

cia por dicho actuar, la cual se materializaría en la posibilidad de anular el laudo arbitral que ellos han emitido. Ello nada tiene que ver con que la función arbitral se vea cuestionada, pues no se está interfiriendo sustantivamente con su labor.

3. ¿Las causales de anulación de los laudos arbitrales son sólo las reguladas en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.° 1071?

Como ya lo he desarrollado, las causales de anulación en nuestro país se encuentran expresamente establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 52.3, establece que «El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo». (El subrayado es nuestro).

Por otra parte, debo señalar que en una investigación anterior, me he pronunciado en relación a las causales de anulación que no se encuentran contempladas por la vigente Ley de Arbitraje.

Así, no se ha incluido como causal de anulación del laudo la posibilidad de impugnarlo por haberse laudado sin las mayorías requeridas, como sí lo hacía la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572.[11]

[11] En efecto, el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje contemplaba dicha posibilidad.

En los supuestos en donde la no existencia de un laudo, es decir, aquéllos en los cuales sólo voten los dos árbitros de parte en sentidos opuestos, aquél otro en el cual sólo vote un árbitro de parte (caso indudable de no existencia de un laudo) y el supuesto —de solución discutible— en donde sólo votó el presidente, la ley no establece una solución expresa al problema.

Por un lado, podría entenderse que al no haber habido laudo, cualquiera de las partes estaría facultada para dar inicio a un nuevo proceso arbitral.

Similar razonamiento podría esgrimirse para el caso en el cual ninguno de los tres árbitros hubiese laudado.

¿Pero qué ocurriría en aquel supuesto en el que una de las partes señale que a pesar de existir el solo voto del presidente y al no haber sido impugnada dicha decisión, la misma deba considerarse firme y, por tanto, deba estimarse que tal voto tiene la categoría jurídica de laudo?

Recordemos, el por todos conocido inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, que establecía como una de las causales de anulación, el haber laudado sin las mayorías requeridas.

Y ¿cuál es el correlato de esta norma en la actual Ley de Arbitraje?

Pues, simplemente, no existe correlato alguno, vale decir, que no se ha contemplado entre las nuevas causales de anulación de los laudos arbitrales, el caso en el cual el tribunal hubiese laudado sin contar con las mayorías requeridas.

Dudamos mucho de que puedan hacerse extensivos los alcances del literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la nueva ley, cuando señala como una de las causales de anulación de los laudos, el que las actua-

ciones arbitrales no se hubieren ajustado a lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.° 1071.

Decimos esto, en la medida de que la decisión de aquel árbitro que en solitario emitió su voto —en principio—, no transgrediría ninguna disposición ni de la Ley de Arbitraje ni, eventualmente, del Reglamento arbitral que resultare aplicable o de la respectiva acta de instalación.

Queremos subrayar que el voto en cuestión sería un voto emitido plenamente dentro de los cauces jurídicos, de modo tal que ese voto no se apartaría de ninguna disposición legal ni reglamentaria.

Esto significa que nos encontraríamos ante un vacío de la ley que no debió producirse, habida cuenta de que el artículo 52 de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, no llega a cerrar un círculo en el que pueda decirse que siempre habrá una decisión arbitral, ya que es evidente que en algunos casos como los expuestos, simplemente no habrá laudo.

Debemos admitir que si sólo hubiese votado un árbitro de parte, se podría sostener que al no haberse laudado por mayoría, se estaría contraviniendo una disposición de la propia ley (el artículo 52, inciso 1).

Pero no ocurriría lo mismo en el supuesto en el cual el único que hubiese emitido su voto hubiera sido el presidente del tribunal arbitral, ya que aquí también se podría sostener la no existencia de mayorías; pero, por otra parte, se podría argumentar que el laudo sí fue emitido mayoritariamente, si se entendiera aplicable la ficción contemplada en el inciso 2 del referido artículo 52.

En todo caso, creemos que el artículo 63 hubiese hecho bien en mantener como una de las causales de anulación, la de haber laudado sin las mayorías requeridas; ello, con el propósito de que no quede duda alguna de que ésta sigue siendo una causal de anulación de los laudos arbitrales, y de que no se pueda discutir —como lamentablemente sí

puede ocurrir ahora— que dicho supuesto debe entenderse como una de las contravenciones previstas en el literal c) del referido artículo 63.

4. ¿Cabría la posibilidad de que las partes puedan pactar la anulación de laudo arbitral?

Uno de los pilares sobre los que se desarrolla el arbitraje es el pleno respeto a la voluntad de las partes.

Ello implica que éstas pueden regular como mejor les parezca el proceso arbitral que resolverá sus controversias. La única limitación que poseen es que no pueden pactar en contra de normas de carácter imperativo o en contra de preceptos que importen cuestiones relacionadas al orden público o a las buenas costumbres.

Dentro de tal orden de ideas, no es que resulte legal que las partes puedan pactar la anulación del laudo, sino que el recurrir al Poder Judicial solicitando la nulidad del laudo se encuentra permitido por la legislación que regula el arbitraje, de tal manera que su aplicación, al ser una norma imperativa, se dará cuando se presente alguno de los supuestos de hecho que regula dicha norma, siendo sus consecuencias plenamente eficaces y válidas.

¿Al cuestionar la validez del laudo se estaría cuestionando no sólo un aspecto formal del mismo?

Como se ha podido apreciar de nuestro comentario con ocasión de la respuesta a la primera interrogante de esta entrevista, las causales de anulación del laudo arbitral tienen la característica de poseer naturaleza formal.

En ese sentido, lo que se cuestionará será siempre la forma y no el fondo, y es que no se permite que el órgano jurisdiccional ordinario

pueda revisar el aspecto sustantivo de la decisión contenida en un laudo arbitral (vale decir, el razonamiento o los argumentos que el tribunal arbitral elaboró con el objetivo de resolver la controversia), pues en dicho caso sí se estaría produciendo una intervención ilegal del órgano jurisdiccional ordinario.

5. ¿Cabría la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo de manera parcial? ¿Cuáles son los efectos del mismo?

Aquí debe tenerse en cuenta que una cosa es la solicitud de anulación de un laudo parcial y otra es que se solicite la nulidad de un extremo o parte del laudo arbitral. Nos referiremos a ambos por separado.

En primer lugar, en la actualidad existe la posibilidad de que se pueda expedir un laudo parcial.

En efecto, el artículo 54 de la Ley de Arbitraje establece que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

A pesar de que la doctrina arbitral comprendía la existencia de laudos parciales y de que la práctica arbitral peruana ya venía aplicando la materia desde hace varios años, es la vigente Ley de Arbitraje la que regula de manera expresa la posibilidad de que en un proceso arbitral exista más de un laudo.

Debe tenerse en cuenta que el laudo arbitral no sólo es la parte central de todo el proceso, sino también su parte más emblemática, porque es aquélla que resume no sólo todo lo actuado, sino también es la meta, el objetivo al que esperan llegar tanto las partes como los árbitros a efectos de poner fin al proceso.

Dentro de este escenario, debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, las excepciones pueden recaer no sobre el íntegro de las pretensiones procesales de la contraparte, o sobre el íntegro de materias controvertidas, sino sólo sobre algunas. O, incluso, recayendo sobre el íntegro de materias controvertidas o pretensiones procesales, el tribunal arbitral podría decidir declarar fundada la excepción en contra de una o algunas de las pretensiones, archivándose dichos extremos controvertidos del proceso y quedando subsistentes otros a efectos de laudar.

En este caso, se produciría lo que se conoce con el nombre de un laudo parcial o laudo interlocutorio.

El laudo parcial (o interlocutorio) es aquél que resuelve de manera definitiva una parte de la controversia, dejando de lado la resolución del resto del conflicto.

Si se tratase de un laudo interlocutorio donde se resolvieran, por ejemplo, las excepciones declarándolas íntegramente fundadas, ese laudo interlocutorio, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Arbitraje, será susceptible de impugnación a través de un recurso de anulación ante el Poder Judicial.

En cambio, si se tratase de un laudo que declarase fundada en parte la o las excepciones y subsistieran otras materias controvertidas, naturalmente, se trataría de un laudo parcial, por cuanto el proceso debería continuar sobre las materias controvertidas subsistentes o sobre las pretensiones que no fueron archivadas.

Es evidente, y así lo establece la Ley de Arbitraje, que en estos casos la posibilidad de impugnar el laudo parcial estaría abierta. La impugnación se tendría que realizar a través del mecanismo de la anulación de laudo. El momento para poder impugnarlo vía anulación es, precisamente, cuando se resuelve la excepción, y no cuando termine el proceso arbitral con el laudo que ponga fin al mismo.

Este mecanismo, en nuestro modo de ver, es inadecuado, pues el proceso arbitral seguiría su curso mientras en el Poder Judicial se estaría discutiendo la validez de un laudo parcial adoptado por ese mismo tribunal arbitral.

Ahora bien, algunos supuestos en los cuales resulta conveniente emitir laudos parciales son:

- En controversias de extraordinaria complejidad.
- En conflictos que afecten a multiplicidad de partes o contratos.
- Cuando las partes arriban a una transacción parcial de sus controversias y solicitan al tribunal arbitral que haga constar dicho acuerdo en la forma de un laudo parcial.

Con todo, al existir la posibilidad de que un tribunal arbitral emita un laudo parcial, existe también la hipótesis de que pueda solicitarse la nulidad de dicho laudo parcial a través del recurso de anulación de laudo.

En segundo lugar, se tiene el supuesto en el que (tal como lo menciona la pregunta bajo comentario) se solicite la anulación parcial de un laudo.

Tal como lo hemos señalado, al existir causales expresamente establecidas para que proceda la anulación de un laudo, y al encontrarse éstas relacionadas a aspectos formales, no sería posible solicitar la nulidad parcial de un laudo. O se solicita la nulidad de todo el laudo o no se solicita.

Otra cosa es que la Sala que resuelva la anulación del laudo, al observar que el laudo es válido en casi todos sus extremos, pueda devolver el expediente al tribunal arbitral vía reenvío, a efectos de que vuelva a laudar subsanando el vicio puntual en el que incurrió. Pero, incluso, en este supuesto, estaríamos frente a la anulación total del laudo.

Como se observa, esto difiere de lo señalado en relación a los laudos parciales, concepto que, como ya se explicó, es distinto al que plantea la pregunta bajo análisis.

6. ¿Cómo se debe interpretar la causal que establece la anulación del laudo arbitral por el vencimiento del plazo para laudar? ¿Y de declararse la anulación del mismo, cuáles son las consecuencias de esta anulación?

El literal g), del inciso 1 del artículo 63 regula el supuesto de nulidad de laudo por haber resuelto el caso fuera del plazo. Así, se tiene que:

> Artículo 63.- *Causales de anulación*
> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
> […]
> g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
> […]

Los plazos para laudar —que siempre deben encontrarse pactados en el acta de instalación del tribunal arbitral o fijados supletoriamente por la ley o el reglamento que resultare aplicable al proceso— son muy importantes y su incumplimiento puede determinar, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales, la anulación del laudo.

Aquí, anulado el laudo por esta causal, la consecuencia natural sería que pueda iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de

la controversia, de conformidad con lo establecido por el literal f) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

7. ¿Cuáles serían las materias no arbitrales comprendidas en el literal e del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N.° 1071?

El literal e) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> Artículo 63.- *Causales de anulación*
> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
> […]
> e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
> […].

A efectos de responder a esta interrogante, debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 2 de la Ley de Arbitraje:

> Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje
> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
> 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

El inciso 1 del artículo 2 regula lo que se denomina «arbitrabilidad objetiva», es decir, las cuestiones que son susceptibles de ser resueltas

mediante arbitraje e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de lo que se debería entender por «arbitrabilidad subjetiva», es decir, quiénes pueden acudir al arbitraje. Esto último resulta importante de señalar, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que cuenten con la posibilidad de disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio.*

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

Así pues, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

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

Si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen. Así, sólo son arbitrables aquellas

materias que están a disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.

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

Creemos que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

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

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá en su momento, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida de que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

En la Ley de Arbitraje nacional, la materia arbitrable se regula en el inciso 1 de su artículo 2, precepto que establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Como se puede apreciar, la Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

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

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

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

En este sentido, la Ley de Arbitraje en vigencia ha dado un «gran salto adelante», pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

Ahora bien, el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Ley de Arbitraje representa una innovación, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte.

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

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de no acudir a la vía arbitral.

8. ¿Si el recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo, qué sucedería si el laudo se ejecuta antes de que se declare la anulación del mismo?

Lo que ocurriría en este supuesto sería que las prestaciones que se pagaron deberían devolverse, es decir, la situación fáctica debería volver al estado anterior a la ejecución del laudo arbitral.

Ello, debido a que lo que ha originado la ejecución (es decir, el propio laudo arbitral) ha sido declarado nulo, de tal manera que en estricto derecho lo que correspondería es que todo lo que se ha producido a partir de esa resolución, carecería de validez y eficacia jurídica.

9. ¿Cabría la posibilidad de que la falta de motivación del laudo arbitral sea configurada como una causal de anulación? ¿Por qué?

Sí. La jurisprudencia de las Salas Comerciales ha establecido que la evidente falta de motivación en un laudo arbitral constituye una causal para proceder a declararlo nulo.

De hecho, se ha señalado que en aquellos casos en los que exista una motivación incongruente, un laudo arbitral podría ser declarado nulo.

Ello reviste plena validez si se tiene en cuenta que el propio Tribunal Constitucional, en el caso «María Julia», mediante sentencia recaída en el expediente n.º 00142-2011-PA, señaló que si se alega la afectación de los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva, el amparo es improcedente, debiendo reconducirse vía el recurso de anulación de laudo, conforme al inciso b) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Dicho inciso hace referencia al hecho de que una de las partes no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos. Ello debe entenderse como una vulneración al debido proceso y, al ser la debida motivación de una resolución (o de un laudo) parte integrante del concepto de debido proceso, resulta perfectamente válido, vía interpretación, que el laudo sea declarado nulo por falta de una adecuada motivación.

10. ¿Con la anulación del laudo arbitral se prevé un mecanismo de protección de derechos fundamentales?

Como ya lo mencionamos, el recurso de anulación tiene como objeto quitar la validez a un laudo cuando estamos en presencia de alguna de las causales claramente establecidas por el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Sólo por poner un ejemplo, en literal b) del inciso 1 del citado artículo, hace referencia al hecho de que un laudo podrá ser declarado nulo si es que una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos de manera adecuada. Así, ello importa una clara vulneración a un derecho constitucionalmente protegido y que está materializado en el derecho a la contradicción y el derecho a la defensa que una parte tiene con respecto a sus intereses.

Así, pues, éste es uno de los casos en los que resulta claro que el recurso de anulación de laudo también tiene como objeto salvaguardar los derechos fundamentales de la parte que se vea afectada.

11. Ante las nuevas propuestas legislativas sobre la incorporación del recurso de apelación dentro del arbitraje. ¿Consideraría que este proyecto legislativo desnaturalizaría la institución del arbitraje?

Existe un Proyecto de Ley con el n.º 4505/2014-CR (Ley que incorpora el medio impugnatorio de apelación al proceso arbitral, responsabiliza a las instituciones arbitrales por las actuaciones de sus árbitros y modifica el Decreto Legislativo n.° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje) que propone la incorporación del recurso de apelación en el arbitraje.

Si bien la finalidad del Proyecto es terminar con los fraudes e ilícitos, y evitar que el arbitraje sea el medio empleado para ello (objetivo compartido por todos nosotros), lo que se debe atacar no es la institución del arbitraje, sino a las personas que hacen mal uso de ella. El arbitraje no es perjudicial ni negativo; lo negativo son los intereses que personas inescrupulosas buscan a través de él.

Una norma debe ser ideada para regular supuestos generales y no casos específicos. El Proyecto, al tener como punto de partida los escán-

dalos producidos por una mafia de abogados, jueces, árbitros, fiscales, registradores y demás presuntos delincuentes, hace bien en poner sobre el tapete la discusión de cómo no debe utilizarse el arbitraje, pero creo que lo ha enfocado desde un ángulo indebido, pues de lo que se trata es de abocarse a perseguir a quienes hacen mal uso de él y, a partir de allí, idear propuestas que tiendan a mejorar el arbitraje en general.

El artículo 2 del Proyecto de Ley que plantea implantar el recurso de apelación, establece lo siguiente:

> Artículo 2.- *Recurso de apelación ante segunda y última instancia arbitral*
> Las partes podrán interponer recurso de apelación al laudo arbitral emitido en primera instancia. Para dicho efecto, se aplicarán las siguientes reglas:
> 1. Deberá interponerse ante el mismo árbitro o los árbitros que emitieron el laudo, dentro de los siete días de notificado éste.
> 2. El tribunal arbitral de segunda instancia estará conformado por tres miembros, los mismos que serán elegidos de la misma manera en que fueron elegidos los árbitros de primera instancia dentro de los cinco días posteriores de interpuesto el recurso de apelación. En su defecto, los miembros del tribunal arbitral serán elegidos por la institución arbitral que las partes determinen de mutuo acuerdo. A falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de la parte recurrente, la composición del tribunal arbitral será decidida por la Cámara de Comercio de la jurisdicción.
> 3. Constituido el tribunal arbitral, el presidente notificará al árbitro o al presidente del tribunal arbitral de primera instancia para que le remita el expediente en plazo no superior a los cinco días hábiles, bajo responsabilidad.
> 4. Recibido el expediente, se correrá traslado a las partes para que en un plazo no mayor a cinco días hábiles expongan convenientemente su derecho. En caso de requerirlo una de las partes, dentro del mismo plazo se llevará a cabo una audiencia oral de actuación de medios probatorios.

5. Una vez sustentadas las pretensiones de las partes o celebrada la audiencia oral de medios probatorios, el tribunal emitirá el laudo definitivo dentro de los 10 días siguientes. El laudo emitido por el tribunal arbitral se sujetará a los mismos requisitos contenidos en el Decreto Legislativo n.° 1071.
6. El laudo arbitral de segunda instancia adquiere calidad de cosa juzgada.

Sobre esta propuesta debemos empezar señalando que una de las bondades más importantes de la institución del arbitraje es su celeridad. De hecho, la congestión de procesos en los tribunales ordinarios de justicia y las complejidades de la vida comercial moderna (que exigen muchas veces conocimientos económicos y/o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia), han llevado a que la hegemonía y eficiencia del Poder Judicial y, con ella, la de sus principios e instituciones, se vea mermada.

El artículo 2 del proyecto plantea instaurar el recurso de apelación ante una segunda y última instancia arbitral. Empero, en la actualidad nada impide que las partes que van a someter sus controversias a arbitraje, decidan, en pleno uso de su autonomía privada, acordar la existencia de una segunda instancia en su proceso arbitral. A pesar de que el recurso de apelación no está contemplado en la Ley del 2008 (a diferencia de la Ley n.° 26572 de 1996), el mismo tampoco está prohibido y, perfectamente, podría ser pactado por ellas en el convenio arbitral que da origen al arbitraje o, incluso, en un momento posterior. Ello sería plenamente válido y no es necesaria norma alguna para permitirlo. En otras palabras, la Ley de Arbitraje no prohíbe que ocurra.

Entonces, la primera pregunta que se nos viene a la mente es por qué ahora se quiere regular el tema expresamente, si es que esta posibilidad ya existe. No encuentro razón alguna, y el proyecto de ley tampoco la expresa.

Es evidente que contemplar el recurso de apelación no implica que la parte que pierde en primera instancia esté obligada a apelar, pero resulta claro que si la ley contemplara de manera expresa la posibilidad de apelar en cualquier proceso arbitral, sería exótico encontrar a alguna parte no favorecida por el laudo arbitral, que no recurra a la apelación. Así, si bien ello sería teóricamente voluntario, en la práctica siempre se produciría.

Por otro lado, a lo que sí apela el Proyecto es a un análisis sobre la constitucionalidad del derecho a la pluralidad de instancias. En la Exposición de Motivos de dicho proyecto se señala:

> La pregunta que nos sentimos obligados a realizar es la siguiente ¿afecta la actual legislación de la revisión de los laudos arbitrales al derecho constitucional de pluralidad de instancias? La doctora Eugenia Ariano Deho ha señalado que la segunda instancia no sólo debe tender a reprimir los posibles abusos y errores que pudiera haber cometido el primer juez, sino además ser la oportunidad para la parte de corregir los errores o las omisiones defensivas en que pudieran haber incurrido en el primer grado y lograr así una sentencia «justa» (en el sentido de correcta, o sea conforme a la realidad sustancial). La respuesta es, por consiguiente, afirmativa, pues ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni la actual legislación permiten a la parte afectada por un laudo arbitral considerado irregular cuestionar el fondo del mismo, constituyéndose el árbitro en una especie de semidiós, en un sujeto todopoderoso que no puede errar al momento de dictar un fallo.
>
> En ese mismo orden de ideas, resulta pertinente tener a la vista lo señalado por el autor Manuel de Lorenzo, director del Tribunal Arbitral de Valencia, que cuestiona la idoneidad del arbitraje por la inexistencia de una segunda instancia que permita de manera plena la revisión del fondo del asunto, lo que según el referido autor supone en ocasiones el rechazo de esta vía en pro de la tradicional solución jurisdiccional. Precisa además que para dar satisfacción a esta inquietud, el tribunal arbitral de Va-

> lencia introdujo en su Reglamento la posibilidad de formular un recurso contra el laudo, en el ámbito intraarbitral.
> Se debe tomar en cuenta que el referido recurso se encuentra contemplado en Reglamentos de entidades como el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS), la Corte Europea de Arbitraje (CEA) o la Corte Española de Arbitraje, institución de reconocida importancia, que recientemente ha incluido también esta facultad de las partes en su Reglamento.

El tema de la aplicación de los derechos contenidos en el artículo 139 de la Constitución, tanto al arbitraje como a los procesos judiciales ordinarios, tiene una respuesta que debe leerse no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también acorde a la naturaleza de cada institución.

Así, por ejemplo, sabemos que la gratuidad en la administración de justicia es un derecho que tiene todo ciudadano. Sin embargo, en los hechos ello se aplica de manera distinta y es que no se realiza una lectura literal de dicho derecho, sino más bien se tiende a interpretar su contenido para entenderlo como debe ser. Nos preguntamos si sería imaginable aplicar como principio la gratuidad a los procesos arbitrales, tal como los conocemos. La respuesta negativa se impone. En aras de la aplicación de un derecho constitucionalmente reconocido, no se debe tergiversar una institución y creo que con la propuesta contemplada en el proyecto se está imponiendo una característica (la doble instancia) que, como ya dijimos, se halla abierta si es pactada por las partes en el convenio arbitral.

Nos explicamos.

La pluralidad de instancia es un derecho constitucional que sirve para proteger derechos fundamentales. La Ley de Arbitraje, a través de su artículo 63, establece una serie de causales de anulación de laudo, las cuales, si se les presta atención, están relacionadas —todas ellas— a una serie de derechos reconocidos por nuestra Constitución. Tal vez el

más importante es el debido proceso. Entonces, no nos queda la menor duda de que en el arbitraje, al margen de que en la actualidad las partes sí pueden pactar una doble instancia, poseen siempre de manera latente la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional para defender sus derechos fundamentales cuando hubieran sido vulnerados.

En ese sentido, creo que se está malentendiendo la verdadera dimensión del derecho a la pluralidad de instancias, entendido éste como una garantía para evitar vulneración de derechos fundamentales.

Debemos recordar que la garantía constitucional a la pluralidad de instancia es respetada en el arbitraje, pues las partes hoy tienen la libertad de pactar (habida cuenta de que nada lo impide) la existencia de una segunda instancia; ello, más allá del control judicial posterior a que acabamos de hacer referencia.

Se entiende, pues —y siempre se ha entendido así— que si las partes no pactan el recurso de apelación, deciden —dentro del marco de la autonomía de la voluntad que brinda la institución arbitral— renunciar a recurrir a una segunda instancia, al igual que —en la práctica— lo puede hacer cualquier litigante en la jurisdicción ordinaria (cuando, a pesar de poder hacerlo, no interpone recurso de apelación).

Debemos recordar, además, que el arbitraje —a diferencia de la jurisdicción ordinaria— no plantea la existencia de procesos gratuitos, sino onerosos. Las partes no sólo deben pagar los honorarios de sus abogados, sino también los del tribunal arbitral y los del secretario o del centro de arbitraje que administrara el proceso, si éste fuere el caso.

El proyecto, con la implantación de la permanente posibilidad de interponer recurso de apelación, duplicaría —por lo menos y automáticamente— los costos de todo proceso arbitral.

No olvidemos, por lo demás, que alrededor de dos de cada tres arbitrajes en nuestro país se refieren a contratos con el Estado. Aquí, de un plumazo, el Estado pagaría el doble por cada arbitraje en el que participe. Éste es un costo enorme que pasa inadvertido en el proyecto de ley bajo comentario. Nótese que el referido proyecto no exceptúa de los alcances del recurso de apelación al arbitraje en contratación pública. En ese sentido, a pesar de proponer la modificación de la Ley de Arbitraje (general y no especial), sabemos que norma general modifica la norma especial, si aquélla es posterior a ésta. Se debe tener, pues, mucho cuidado.

Por lo demás, establecer diez días como plazo para laudar en segunda instancia, constituye un propósito poco afortunado. Los plazos para laudar, generalmente, son de treinta días hábiles, prorrogables a quince, veinte o treinta días hábiles adicionales, y estos plazos se aplican a un tribunal arbitral que ha conocido el proceso de principio a fin.

Ya podemos imaginar qué tendría que hacer un tribunal arbitral de apelación (que no ha conocido previamente los actuados) para laudar en diez días.

Hay arbitrajes cuyo volumen de actuaciones excede fácilmente los diez archivadores de palanca. ¿Este tribunal arbitral de apelación podría estudiar quinientos folios por día?

Con todo, soy de la opinión de que la propuesta planteada por el proyecto de ley, y que plantea instaurar una doble instancia en el arbitraje, resulta inadecuada y desnaturalizaría de todas maneras la institución arbitral.

Lima, junio del 2015

Entrevista a Mario Castillo Freyre con ocasión del Proyecto de Ley n.° 4505-2014-CR, que incorpora el recurso de apelación en el arbitraje y modifica la ley arbitral[*]

1. El proyecto de ley del congresista Héctor Becerril pretende incorporar en el arbitraje una instancia de apelación ante un nuevo tribunal arbitral. ¿Usted considera que tal propuesta atenta contra la celeridad que caracteriza al arbitraje o, en todo caso, garantiza un nivel de control frente al error arbitral?

Debemos partir por señalar algo que no se ha tenido en cuenta en esta discusión y mucho menos en el referido proyecto de ley: en la actualidad, nada prohíbe que las partes, en pleno uso de su autonomía privada, pacten que en el proceso arbitral pueda existir una segunda instancia, una instancia de apelación, o un mecanismo de similares características.

Ello es, pues, perfectamente posible. La ley de arbitraje no lo prohíbe y no existe mecanismo legal alguno que se pronuncie en contra.

Ahora bien, en relación al tema de la celeridad, creo que uno de los grandes baluartes del arbitraje es, precisamente, el tiempo que le toma resolver un problema o controversia. A diferencia de la administración ordinaria de justicia, el arbitraje demora en resolver un pleito un tiempo considerablemente menor a aquélla. Ello nadie lo puede negar.

---

[*] Entrevista publicada en *La Ley,* n.° 13, de fecha 15 de julio de 2015.

Sin embargo, el tema de fondo no es si una eventual segunda instancia retrasa o no un proceso arbitral. Y digo ello, debido a que lo que se tiene que analizar no es el procedimiento en sí mismo, sino más bien quién ejecuta dicho procedimiento.

El proyecto de ley en cuestión no apunta donde debería, es decir, a crear mecanismos que permitan que personas inescrupulosas no puedan utilizar al arbitraje como medio para cometer sus fraudes.

En ese sentido, soy de la opinión de que con una instancia de apelación el arbitraje va a durar más y la celeridad se verá afectada de todas maneras. Se deben crear normas concretas que impidan el actuar delictivo, como es el caso de la reciente modificación del Reglamento de Registros Públicos.

Recordemos que una institución no es mala de por sí. El malo es quien hace uso de ella de manera indebida. Ése es el enfoque que se debe dar.

2. A partir de los diversos cuestionamientos que ha recibido el arbitraje *ad-hoc,* el referido proyecto ha considerado que cuando la materia controvertida tenga incidencia en la transmisión de bienes debe recurrirse siempre al arbitraje institucional. ¿Qué opinión le merece dicha medida?

Éste es otro punto que merece un análisis más profundo.

Sabemos que la ley de arbitraje, en su artículo 2, establece las materias susceptibles de arbitraje. Así, la lógica debe ser la siguiente: si existe un posible acto ilícito que utilice el arbitraje como medio, lo idóneo sería que la respuesta para detener dicha práctica sea general, y no sólo se enfoque la solución en un tema específico.

Es decir, si se quiere evitar un fraude inmobiliario, lo ideal es que se cree un mecanismo que no sólo funcione para asuntos relativos a los derechos reales, sino más bien para todas las materias susceptibles de arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, creo que un punto que debe analizarse con mayor cuidado es ése, pues una norma legal no debe su génesis a asuntos coyunturales que no tienen en cuenta el aspecto y el debate técnico.

Ahora bien, otro es el tema relacionado con el arbitraje *ad-hoc* y es que resulta cierto que bajo su regulación se han producido muchísimos fraudes.

Sin embargo, soy de la opinión de que el tema no pasa por prohibirlo para determinadas materias, sino por crear incentivos que hagan que las personas, en pleno uso de su libertad, decidan acudir a una institución arbitral.

De hecho, las bondades que ofrece un arbitraje son diversas, muchas de las cuales pasan, principalmente, por la previsibilidad en una serie de aspectos, lo cual es de mucha ayuda para las partes. Así, ellas sabrán cuánto es lo que, aproximadamente, se tendrá que pagar, cuáles son las reglas aplicables al proceso arbitral, qué árbitros podrán solucionar su conflicto, entre otros.

Con todo, creo que no resulta prudente lo planteado por el proyecto de ley, por cuanto no aborda el tema desde un enfoque integral, sino más bien particular, y vulnera la libertad de contratar de las partes al prohibir —en ciertos casos— que puedan recurrir a un arbitraje *ad-hoc*.

Por otra parte, podría pensarse en un registro —no obligatorio— de árbitros *ad-hoc* a cargo del Ministerio de Justicia. Ello servirá de referencia sobre las personas que han sido admitidas en él.

3. Otra medida que plantea el proyecto en cuestión es la difusión del inicio del procedimiento arbitral a través de una suerte de «edictos» que serían publicados en un diario de circulación nacional. A su parecer, ¿cómo podría compatibilizarse esta medida con el principio de confidencialidad?

Al leer esta propuesta nos preguntamos si sería realmente efectiva. Es decir, cómo saber si el directo afectado por un fraude leerá los periódicos todos los días para saber si es que existe un arbitraje en curso que lo afecte.

No obstante, sí creemos que ella disminuiría los casos de arbitrajes clandestinos fraudulentos.

Pensamos que el principio de confidencialidad del arbitraje podría hacer una excepción en este caso.

Por nuestra parte, haríamos obligatoria la publicidad en el diario oficial «El Peruano», y en un diario de circulación nacional. Y en caso la controversia versare sobre inmuebles, también en un diario de circulación en la localidad donde se encuentra el inmueble. No obstante, estas publicaciones no deberían generar presunción absoluta de conocimiento.

Consideramos que estas medidas serían disuasivas de arbitrajes fraudulentos.

El aviso debería ser escueto, indicando:

1. La fecha de la solicitud del arbitraje;
2. Los nombres de los miembros del tribunal arbitral y del secretario;
3. La sede del tribunal arbitral;
4. Los nombres de las partes en conflicto;
5. La dirección del inmueble materia de controversia, si fuera el caso.

Sería una especie de «alerta arbitral», para que cualquier persona interesada en el tema pueda conocer acerca de la existencia del arbitraje y proteger sus derechos.

4. El proyecto de ley pretende difundir el procedimiento arbitral con el objetivo de que terceros puedan solicitar su incorporación y controvertir la titularidad del bien en litigio. En su opinión, ¿estos terceros constituirían partes no signatarias según la ley de arbitraje?, ¿la tercería desnaturalizaría el arbitraje? y ¿de qué manera con la regulación vigente, estos terceros podrían hacer valer sus derechos?

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje establece que «El convenio arbitral se extiende a aquéllos 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 pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

Los presupuestos que exige la existencia de esta figura, llamada intervención de partes no signatarias en el arbitraje, son que exista consentimiento, buena fe, participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato, así como pretender derivar un beneficio del contrato.

Creo que el proyecto de ley se aleja de plantear un supuesto típico de intervención de partes no signatarias en el arbitraje, y el supuesto de hecho planteado por la ley arbitral para que ello ocurra, no se presenta en el proyecto bajo comentario.

Sin perjuicio de ello, llama la atención el hecho de que se quiera incorporar al arbitraje una figura propia del derecho procesal civil, esto es, la tercería de propiedad.

Consideraciones de índole teórico resultan esenciales cuando estamos ante esta figura. Así, debemos tener en cuenta lo establecido por el artículo 533 del Código Procesal Civil, el cual señala que «La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación».

Es decir, la tercería de propiedad es un mecanismo de oposición a la ejecución de un bien por parte de un tercero, ya sea porque éste acredita tener el derecho de propiedad de los bienes que han sido afectados por medida cautelar o para la ejecución; o porque es titular de un derecho de crédito preferente al del acreedor. La parte activa de este proceso es el tercerista, la persona cuyo bien está siendo afectado por medida cautelar o para la ejecución, o quien tiene un derecho preferente de pago. A su vez, la parte pasiva está integrada por el demandante (el acreedor) y el demandado (sobre quien se interpone la medida cautelar o la ejecución), conformando una parte pasiva compleja, es decir un litisconsorcio pasivo necesario.[12]

En ese sentido, el proyecto estaría planteando introducir la figura de la tercería de propiedad, pero ello opera sólo en casos en los que existe la ejecución de un bien. Sin embargo, el proyecto señala que podría darse en cualquier momento del arbitraje.

---

[12] *Cfr*. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, 4.ª edición, p. 226.

Por otro lado, y en caso el tribunal arbitral no permita que este tercero intervenga como parte en el arbitraje, aquél tiene otros mecanismos de defensa. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias (la más reciente, recaída en el caso María Julia), que el laudo arbitral es nulo cuando afecta derechos de terceros. El amparo, entonces, sería otra forma para que estos terceros hagan valer sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que esta tesis, además, es respaldada por un Pleno Casatorio Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima y por las modificaciones introducidas al Reglamento General de los Registros Públicos en septiembre de, 2014.

5. A través del referido proyecto de ley se buscaría que los árbitros y las instituciones arbitrales sean solidariamente responsables por los daños que ocasionen las decisiones arbitrarias. ¿Cómo cambiaría el régimen de responsabilidad civil del árbitro en ese eventual escenario?

Me parece que el régimen de la responsabilidad civil es bastante claro en la ley de arbitraje, ya que ella lo regula en su artículo 32, al señalar que «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable».

Así, nótese, pues, que la norma es clara al señalar que en caso el árbitro o la institución no cumplan con su tarea, serán civilmente responsables.

Dentro de tal orden de ideas, para todos los efectos se tendrá que estar a lo establecido por el Código Civil en relación al tema de los daños y perjuicios que se soliciten, pero la responsabilidad sería divisible y mancomunada; no solidaria.

Al tratarse de responsabilidad contractual, no debería establecerse como regla la solidaridad. Cada quien debería responder en la medida de su dolo o negligencia.

6. Finalmente, ¿qué cambios deberían operar en la regulación arbitral tras la crisis generada por los actos fraudulentos perpetrados por la denominada «Red Orellana»?

Creo que el objetivo que el proyecto de ley busca lo que buscamos todos, esto es, terminar con los fraudes e ilícitos, y evitar que el arbitraje sea el medio para ello.

Sin embargo, quiero poner énfasis en que no se debe atacar la institución del arbitraje, sino a las personas que hacen mal uso de ella. Ése es el primer punto que debe entenderse.

El arbitraje no es perjudicial ni negativo; lo negativo son los intereses que personas inescrupulosas buscan a través de él. Es a ellas a quienes se debe atacar, no al arbitraje.

Por otro lado, tanto desde un punto de vista formal como sustancial, el proyecto de ley debe ser revisado, ya que los conceptos que utiliza no son los más adecuados y es que se confunden significados con objetivos que aquéllos jamás lograrán.

Se trata, pues, de buscar mecanismos que nos permitan conocer *a priori* cuándo es que se está produciendo un fraude. En ese sentido, creo que, como lo vengo manifestando, el tema pasa por atacar a los operadores y no a la institución arbitral.

Con todo, estimo que una norma debe ser ideada para regular supuestos generales y no casos específicos. El proyecto de ley, al tener como punto de partida el caso de una mafia recientemente desarticu-

lada, ha hecho bien en poner sobre el tapete la discusión de cómo no debe utilizarse el arbitraje, pero creo que ha enfocado el problema desde un ángulo indebido; y es que no se trata de atacar al arbitraje, como institución y como mecanismo de solución de controversias, sino más bien abocarse a perseguir a quienes hacen mal uso de él y, a partir de allí, idear propuestas que tiendan a mejorar el arbitraje, en general, y no sólo el arbitraje relacionado a determinadas materias (transferencia de bienes inmuebles y muebles registrables, por ejemplo).

Lima, julio del 2015

Las medidas cautelares en el arbitraje[*]

1. ¿Considera que las medidas cautelares en el arbitraje se regulan de distinta manera que las medidas cautelares en los procesos judiciales? ¿Por qué?

El tema de las medidas cautelares al interior de un proceso arbitral se encuentra regulado por los artículos 47 y 48 del decreto legislativo n.° 1071 (en adelante, la ley de arbitraje). Así, a través del primer precepto se establece qué se entiende por medida cautelar, y a través del segundo numeral se estipula lo relativo a su ejecución.

Por su parte, el Código Procesal Civil, a través de su Sección Quinta, *Procesos Contenciosos*, Título IV, *Proceso Cautelar*, artículos 608 a 687, regula todo lo relativo a las medidas cautelares, sean éstas generales o específicas.

De una lectura superficial de ambos cuerpos normativos, podría pensarse que el tema de las medidas cautelares posee una regulación distinta en cada norma; sin embargo, debe ponerse especial atención a lo establecido por el inciso 4 del artículo 47 de la ley de arbitraje, que establece lo siguiente:

> Artículo 47.- *Medidas cautelares*
> […]
> 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incom-

[*] Entrevista publicada en *Actualidad Civil.* Lima: Instituto Pacífico, 2016, n.º 20, pp. 34-42.

> patibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
> […].

La Ley de Arbitraje distingue claramente tres momentos; es decir, la etapa prearbitral, la etapa arbitral y la etapa postarbitral.

En la etapa prearbitral, o sea, hasta antes del inicio del arbitraje, el órgano competente al que se debe solicitar una medida cautelar, por razones obvias, es el Poder Judicial y así lo establece el inciso bajo análisis, cuando señala que «las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él».

Es decir, no existe incompatibilidad entre la regulación que ambos cuerpos normativos otorgan a la figura de la medida cautelar. La ley permite que ambas regulaciones coexistan, naturalmente, respetando lo que cada norma prescribe sobre determinados aspectos.

En ese orden de ideas, no considero que las medidas cautelares en el arbitraje se regulan en todos los casos de distinta manera que las medidas cautelares en los procesos judiciales; y es que, si bien es cierto que ambos cuerpos normativos poseen preceptos específicos que regulan esta materia, lo cierto es que existen supuestos en los que, por las circunstancias del caso, las normas de un cuerpo normativo se aplican de manera supletoria a supuestos no regulados por dicha norma, es decir, las normas que se aplican a una medida cautelar otorgada en sede ordinaria antes del inicio de un proceso arbitral, una vez iniciado éste seguirán rigiendo dicha medida cautelar; ello, naturalmente, con las precisiones que realice el tribunal arbitral, si es que así lo considera conveniente.

Por lo demás, nada impide que las partes, en pleno uso de su autonomía privada, acuerden que de manera supletoria serán aplicables a su proceso las normas que sobre medidas cautelares posee el Código Procesal Civil. Ello no contravendría ni vulneraría en modo alguno el arbitraje.

Asimismo, resulta posible que el tribunal arbitral recurra a normas no contenidas en la ley de arbitraje, a efectos de dictar una medida cautelar cuando observe que las normas contenidas en la ley no son suficientes. En este caso, las normas del Código adjetivo (u otras normas, como, por ejemplo, las reglas de la Ley Modelo Uncitral) servirán como *soft law* aplicable al caso en particular, es decir, como reglas que sin ser de obligatoria aplicación, son tomadas en cuenta por el tribunal a efectos de impartir justicia de mejor manera.

2. En el artículo 47 de la ley de arbitraje, se regula el arbitraje y el procedimiento del mismo. ¿Considera que esta regulación guarda alguna relación con lo dispuesto por la normatividad del Código Procesal Civil?

Como ya lo he mencionado, el inciso 4 del artículo 47 de la ley de arbitraje deja abierta la posibilidad para que una medida cautelar otorgada en sede judicial y antes del inicio del arbitraje, pueda tener plena validez una vez comience el proceso arbitral. Es decir, la norma arbitral establece la plena compatibilidad de una medida cautelar dictada en sede ordinaria (y, por ende, de las normas adjetivas que se le aplicaron), la misma que tendría validez una vez iniciado un proceso arbitral.

Además, no debe perderse de vista lo establecido por el inciso 6 de la ley de arbitraje, a través del cual se establece que «El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judi-

ciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas». (El subrayado es nuestro).

Nótese que dicho precepto hace referencia a que el tribunal arbitral puede modificar, sustituir y dejar sin efecto la medida cautelar dictada por una autoridad judicial. Ello importa que también podría dejarla tal cual, es decir, no modificarla, ni sustituirla ni dejarla sin efecto, con lo que se reconoce la plena aplicación a una medida cautelar de las normas contenidas en el Código Procesal Civil (norma a la que obviamente recurrirá la autoridad judicial), medida que tendrá plena validez una vez iniciado el proceso arbitral, sin que ello importe que se vulneren las normas que sobre dicha figura posee la ley de arbitraje.

En suma, reitero mi postura, en el sentido de que, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, tanto las normas contenidas en la ley de arbitraje, como aquéllas contenidas en el Código Procesal Civil, relativas a las medidas cautelares, pueden coexistir sin que ello importe una contradicción entre las mismas.

3. Recientemente se ha incorporado el numeral 10 al artículo 47 de la ley de arbitraje, que remite al numeral 5 del artículo 39 de la ley de arbitraje. ¿Considera que esta disposición legal fortalece al arbitraje?

Primero veamos lo que establece la modificatoria que ha sufrido el artículo 47 de la ley de arbitraje:

> Artículo 47.- *Medidas cautelares*
> […]
> 10. El tribunal arbitral cumplirá la regla establecida en el numeral 5 del artículo 39 del presente decreto legislativo.

A su turno, el inciso 5 del citado artículo 39 prescribe lo siguiente:

> Artículo 39.- *Demanda y contestación*
> […]
> 5. Cuando la demanda o la reconvención verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. La anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvención y tiene los siguientes efectos:
>   a) No imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral.
>   b) Otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con el laudo inscrito.

En principio, debe tenerse en cuenta que tanto el inciso 10 del artículo 47, como el inciso 5 del artículo 39 de la ley de arbitraje, fueron incorporados a través del artículo 2 del decreto legislativo n.° 1231, «decreto legislativo que modifica e incorpora normas y disposiciones al decreto legislativo n.° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje».

Así, considero que dicha modificación ha sido positiva, máxime si se tiene en cuenta la importancia que posee en la actualidad la tarea que cumple los Registros Públicos, como organismo que otorga publicidad a una serie de actos que por su naturaleza son susceptibles de ser registrados.

En ese sentido, resulta adecuado que el tribunal arbitral solicite la anotación de la medida cautelar en la partida registral que corresponda (aunque ello ya se podía hacer antes de que los citados numerales fuesen modificados, pues no tendría mucho sentido otorgar una medida cautelar y no solicitar que la misma sea inscrita en la partida registral donde esté inscrita el respectivo bien), aunque la verdadera innovación está relacionada con el plazo de cinco días que tiene ahora el tribunal para ello. Dicho plazo sí resulta adecuado, más aun si se tiene en cuenta

el objetivo que persigue una medida cautelar, esto es, evitar que el laudo no pueda ser ejecutado de manera adecuada.

Por otro lado, las precisiones realizadas en cuanto a los efectos de la anotación (relativas a que ella no imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral, así como el hecho de que se otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con lo inscrito), me parecen adecuados, pues:

- La extensión de asientos registrales luego de anotada una medida cautelar jurídicamente es posible, ya que lo que hace el registro es simplemente dar publicidad y declarar la existencia de una medida cautelar otorgada e inscrita; y,

- Otorgar prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior a dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con lo inscrito, es una salvaguarda a favor de quien ha solicitado el otorgamiento de una medida cautelar, ya que no tendría sentido otorgar e inscribir una medida cautelar, si es que se permitiese que otra persona a favor de quien se ha otorgado una medida cautelar tenga prioridad y prevalencia sobre aquella que primero ha inscrito su medida.

Con todo, me encuentro con las modificaciones realizadas a la ley de arbitraje en lo relativo a sus artículos 39 y 47.

4. ¿Las partes que no pactaron expresamente asignar la competencia de dictar medidas cautelares a los árbitros podrían sustraerse de dicha potestad?

El convenio arbitral importa que las partes que lo han celebrado se someten a la jurisdicción arbitral, renunciando al fuero judicial ordinario.

En ese sentido, y por acuerdo de las propias partes, cualquier controversia que surja entre ellas, relacionada al acto que contiene o que se relaciona directamente con el convenio arbitral, deberá ser resuelto a través de un proceso arbitral. Naturalmente, las mismas partes, en pleno uso de su autonomía privada podrían dejar de lado el arbitraje y recurrir a los jueces ordinarios.

Así las cosas, al ser vinculante la suscripción del convenio arbitral, será de plena aplicación a la *litis* el contenido de la ley de arbitraje, es decir, ello incluye lo que dicho cuerpo normativo establece en relación a las medidas cautelares.

En ese entender, no es necesario que las partes pacten expresamente asignar la competencia de dictar medidas cautelares a los árbitros, pues resulta claro que al celebrar el convenio arbitral, dichas partes están otorgando a los árbitros no sólo la posibilidad de resolver el conflicto de intereses a través de un proceso arbitral, sino también la potestad de dictar medidas cautelares si así lo estiman conveniente.

Por lo demás, y como ya lo he manifestado, nada impide que en una etapa pre arbitral (es decir, antes de que se inicie el proceso arbitral), las partes recurran a los tribunales ordinarios de justicia, a efectos de que les otorguen medidas cautelares, las cuales, como ya se dijo, podrían ser reconocidas o, en su defecto, modificadas o dejadas sin efecto, por un tribunal arbitral constituido luego de que se otorgue dicha medida.

5. Si emitido el laudo se requiere el aseguramiento del mismo, sin que se haya acordado la competencia, ¿quién sería el órgano que podría resguardar lo decidido?

Para responder a esta interrogante, debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 67 de la ley de arbitraje, el cual establece lo siguiente:

Artículo 67.- *Ejecución arbitral*

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

El artículo 67 de la ley de arbitraje trata acerca de la ejecución arbitral, que es una nueva figura, contemplada por la ley de arbitraje, dentro de la tendencia doctrinal que otorga mayores facultades a los tribunales arbitrales, a efectos de desarrollar mejor no sólo el proceso, sino, en este caso, la ejecución del propio laudo.

En ese sentido, el inciso 1 del artículo 67 señala que a solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

Sólo en ese caso se entenderá que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones. Es decir, si es que no hubiese tal acuerdo, el tribunal arbitral no tiene facultad de ejecución.

Así las cosas, la parte que ha perdido el proceso podría proceder a ejecutar voluntariamente el laudo. En ese caso, no habría problema alguno y no se requeriría ni la intervención del tribunal arbitral, ni la intervención del Poder Judicial, a efectos de la ejecución; se trataría de una ejecución voluntaria.

El problema se presentaría cuando la parte obligada a cumplir se muestra renuente. En ese caso, cabe la pregunta en el sentido de si el tribunal arbitral podría proceder a la ejecución del referido laudo. Creemos que el tema se complica, puesto que en la inmensa mayoría de casos, el tribunal arbitral tendría que recurrir a medidas de fuerza y el tribunal arbitral carece de *coertio.*

Ahora bien, lo señalado halla excepción en el inciso 2 de la norma bajo estudio. Así, dicho inciso señala que se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Esto es natural, en la medida de que al no contar con la *coertio*, ni poder intervenir con respecto a eventuales derechos de terceros (si fuera el caso), el tribunal arbitral tiene límites, no puede forzar las cosas, no tiene facultades coercitivas y, por lo tanto, el tema tendrá que ser derivado a los tribunales ordinarios.

Evidentemente, las órdenes a la autoridad de la fuerza pública nunca pueden provenir de los tribunales arbitrales, sólo de los tribunales ordinarios.

En conclusión, dependerá de cada caso en particular la forma cómo se asegurará lo establecido en el laudo, pues en algunos casos (cuando medie acuerdo de las partes o así lo establezca el reglamento arbitral aplicable) el propio tribunal arbitral podrá ejecutar lo establecido en el laudo arbitral, y habrán otros supuestos en los que el llamado a ejecutarlo será el tribunal ordinario de justicia, a través de un proceso de ejecución de laudo arbitral.

6. ¿Considera que pueden dictarse medidas cautelares en el arbitraje con aplicación supletoria de la normativa procesal civil, si no fueron pactadas por las partes?

Como ya lo he mencionado, y en plena aplicación de principio de flexibilidad del arbitraje, los árbitros pueden recurrir a lo que la doctrina denomina *soft law*, que no es otra cosa que la posibilidad de tener en cuenta normativa distinta a la aplicable al proceso arbitral (representada, principalmente, por una ley de arbitraje y/o un reglamento arbitral), a efectos de tomarla como referencia y aplicar su contenido al propio proceso arbitral.

En ese sentido, el Código Procesal Civil bien podría constituir ese *soft law* que un tribunal arbitral podría utilizar cuando la normativa contenida en la ley de arbitraje y/o reglamento arbitral que están utilizando como su derecho aplicable, sea insuficiente para abordar determinado tema relacionado al otorgamiento y tratamiento de una medida cautelar.

Por otra parte, no debe dejarse de lado el hecho de que en ningún extremo de la ley de arbitraje vigente se prohíbe la aplicación al proceso arbitral de lo establecido en el Código Procesal Civil. En ese entender, y si el tribunal así lo considera conveniente, podría recurrir a las normas que sobre las medidas cautelares contiene dicho cuerpo adjetivo.

7. ¿Un tribunal ordinario podría rechazar ejecutar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral?

Al ser el arbitraje un fuero de administración de justicia reconocido por la Constitución Política del Perú, su existencia, funcionamiento y aplicación deben ser respetados y reconocidos por los distintos organismos y entes que puedan servirle de apoyo para que dicha institución consiga sus fines.

En ese sentido, al ser un tribunal arbitral un órgano que tiene como origen la ley y la voluntad de las partes, sus decisiones, incluidas las relativas al otorgamiento de una medida cautelar, deben ser respetadas por todos. Ello incluye al Poder Judicial, a los órganos administrativos como los Registros Públicos, entre otros.

Dentro de tal orden de ideas, un tribunal ordinario no podría rechazar ejecutar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral. Naturalmente, existirán las vías correspondientes en caso dicha medida cautelar sea una que contravenga su propia naturaleza o si es abiertamente contraria a derecho. Empero, y lo reiteramos, los jueces ordinarios no podrán desconocer la decisión de un tribunal arbitral de otorgar una medida cautelar.

8. Cómo evalúa la normatividad de las medidas cautelares en el arbitraje? ¿Tendría alguna propuesta de reforma?

En una investigación anterior,[13] he analizado en detalle el contenido de los artículos 47 y 48 de la ley de arbitraje, y he señalado que el tratamiento que ambos preceptos realizan del tema de las medidas cautelares resulta, en términos generales, positivo.

Sin embargo, sí me parece oportuno resaltar un punto. El inciso 8 del artículo 47 de la ley de arbitraje faculta al tribunal arbitral a, eventualmente, no sólo establecer una multa, sino una indemnización por los daños y perjuicios que se hubiese ocasionado a una de las partes por el otorgamiento de una medida. Se dice, además, que eso podrá ocurrir en cualquier momento de las actuaciones. Aquí nos encontramos ante un problema serio, porque esa condena podría ser objeto de un pronun-

[13] *Cfr*. Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la ley de arbitraje.* «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, vol. 26, segunda parte, pp. 777 y ss.

ciamiento *ultra petita*. En buena cuenta, si la medida cautelar hubiese causado daños y perjuicios a la parte que se vio afectada por ella, servirá la contracautela para resarcir; y si no resultase suficiente el monto de la contracautela para resarcirse, pues se deberá seguir un proceso judicial o arbitral, según el caso, para reclamar los daños y perjuicios a la parte que los ocasionó vía la solicitud y ulterior otorgamiento de dicha medida cautelar.

Además, resulta sumamente extraño que se pueda conceder un monto indemnizatorio que no ha sido pretendido, sin haberse dado derecho a contradicción en torno a su cuantía o procedencia, sin que se haya abierto a prueba, sin que se hayan ofrecido medios probatorios en cuanto a la misma, es decir, a entera discreción (o arbitrariedad) del tribunal arbitral. Creo, por ello, que el inciso 8 del artículo 47 de la ley de arbitraje es no sólo inconstitucional y viola los principios básicos del derecho procesal, sino también constituye una norma que no se ajusta a los principios de contradicción y de equilibrio que deben regir en todo proceso, otorgando a los tribunales arbitrales una facultad a todas luces excesiva. Digamos, sin duda, que se trataría de una resolución muy exótica, porque en ella se ordenaría pagar una suma de dinero vía daños y perjuicios y costos, la misma que puede ser previa al laudo o puede definirse en el propio laudo y estaría yendo más allá de lo que significan el petitorio y la materia controvertida.

Sin perjuicio de lo señalado, me parece que la regulación que realiza la ley de arbitraje en torno a las medidas cautelares, es adecuada y obedece a lo que la realidad exige en este materia.

Lima, enero del 2016

El arbitraje comercial y el de la contratación pública ¿En qué y por qué son diferentes?*

En primer lugar, debo agradecer la generosa invitación formulada por la doctora Karina Zambrano Blanco, quien ha tenido la gentileza de invitarme por cuarto año consecutivo a disertar en este congreso de arbitraje.

Además, es un privilegio que este evento se desarrolle en un lugar tan bello y emblemático como lo es el Valle Sagrado.

No pretendo, en este trabajo, realizar un estudio completo acerca del arbitraje comercial y el de contratación pública, pues ello escaparía a cualquier pretensión en un congreso de derecho. Eso sería más bien propio de una investigación de largo aliento.

Meditando acerca del tema a escoger para mi exposición, discurrí entre varias opciones, pero finalmente escogí el tema con el que titulo este ensayo, dado que considero existen aspectos importantes, pero por lo general soslayados, que debemos tener en cuenta con respecto al arbitraje en contratación pública en relación con el arbitraje comercial.

---

* Esta ponencia corresponde al Congreso de Arbitraje organizado por la Asociación Zambrano, en la ciudad del Cusco, y que se realizó el viernes 1 y sábado 2 de abril de 2016. Sin embargo, ella no llegó a ser pronunciada, pues el autor no pudo asistir al congreso, por razones de salud.

1. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DEL ARBITRAJE

No cabe duda de que el arbitraje es voluntario, tanto en materia comercial como de contrataciones con el Estado.

En el ámbito comercial, si las partes no celebran un convenio arbitral (sea cual fuere el supuesto en que se encuentren dentro del artículo 13 de la ley), simplemente no hay arbitraje.

Lo mismo ocurre en contratación pública, pues el Estado, a partir de la ley de contrataciones de 1998,[1] ha manifestado su voluntad de arbitrar todas las controversias que se susciten con quienes contraten con él, en el marco de la citada ley.

En otras palabras, no debe partirse de la errónea idea de que el Estado tiene —*per se*— la obligación de someterse a arbitraje en esta materia, pues bien pudo continuar con el régimen judicial de solución de controversias anterior a 1998 y, como es obvio, si el Estado ya no deseara que sus problemas se solucionen en arbitraje, podría volverse a un esquema como el anterior, lo que, sin duda, representaría el golpe más duro que se le podría infligir al arbitraje en el Perú, considerando que un promedio de siete de cada diez procesos se derivan de la contratación estatal.

Esta situación parte del valor entendido de que el Estado debe seguir sintiéndose cómodo con el arbitraje, dentro de un marco de transparencia y equidad con los particulares que contraten con él.

---

[1] Ley n.° 26850 del año 1998 (vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, decreto supremo n.º 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la primera disposición final de la ley).
Las posteriores leyes y reglamentos. Decreto supremo n.º 012-2001-PCM y decreto supremo n.º 013-2001-PCM, decreto supremo n.º 083-2004-PCM y decreto supremo n.º 084-2004-PCM, decreto legislativo n.° 1017 (modificado por la ley n.º 29873) y decreto supremo n.° 184-2008-EF (modificado por el decreto supremo n.º 138-2012-EF), ley n.º 30225 y decreto supremo n.º 350-2015-EF.

Por lo demás, es evidente que desde que el Estado decidió arbitrar sus controversias con particulares, estableció un marco legal específico para tal efecto.

Desde el comienzo, tanto la ley de contrataciones (entonces, también llamada de adquisiciones) del Estado como su reglamento, normaron las peculiaridades de estos procesos arbitrales.

El hecho de que un contratante de enorme importancia patrimonial y actor principal de infinidad de relaciones contractuales, determine las reglas que regirán en sus arbitrajes, no debe causar extrañeza.

Decimos esto, en razón de que podríamos encontrarnos frente a una gran empresa privada que establezca en todos los contratos por adhesión o sujetos a cláusulas generales de contratación, que celebre, determinadas reglas especiales para la solución de sus controversias en arbitraje.

Nada obsta, por ejemplo, que la empresa de nuestro ejemplo establezca en sus modelos de contratos que ante cualquier reclamo, el arbitraje que inicie el cliente, lo deberá seguir ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París.

Una cláusula de esta naturaleza, sin duda, es válida, a pesar de lo oneroso que será para todos quienes contraten con esa gran empresa, llevar sus reclamos a arbitraje.

Lo que queremos decir es que, así como nadie fuerza a estas empresas para que contraten con esa gran compañía, tampoco nadie fuerza a los contratistas para que contraten con el Estado.

Eso significa que en tanto el esquema sea aceptado por estos particulares, el arbitraje es no sólo valido sino posible y justo en estas circunstancias.

2. La evaluación del funcionamiento del arbitraje

No cabe duda de que el arbitraje comercial ha sido sometido a permanente evaluación por el medio jurídico peruano (profesional y académico).

Esto ha llevado a que, incluso, en un lapso de pocas décadas, la normativa de arbitraje sea modificada en su totalidad, tres veces: la primera, con la ley de 1992, que derogó los preceptos de arbitraje del Código Civil de 1984 (artículos 1906 a 1922); la segunda con la ley de 1996, que derogó la de 1992; y la tercera, con la ley del 2008, que derogó la de 1996; sin considerar algunas modificaciones puntuales como las que se produjeron en el año 2015.[2]

Lo propio ha ocurrido con las leyes de contrataciones con el Estado y sus reglamentos, que —como ya hemos visto— no han sido pocas desde 1998. Todos ellos han tratado de una u otra manera acerca del arbitraje y las regulaciones han tenido algunas variaciones a pesar de haber mantenido como columna vertebral al arbitraje como medio de solución de controversias.

3. Materias arbitrables

En lo que respecta a este tema, el curso legislativo de ambos sectores no ha sido el mismo. Podemos decir que en materia de arbitraje comercial se han ido ampliando las materias arbitrables, pasando de regular el tema bajo criterios negativos, es decir, bajo criterios que establecían prohibiciones para arbitrar en determinadas materias, a criterios positivos, los mismos que pasan por permitir el arbitraje en todas las controversias, salvo prohibición de leyes especiales. Esto lo podemos observar claramente en el artículo 2 del decreto legislativo n.° 1071.

---

[2] La ley de arbitraje de 2008 fue modificada por el decreto legislativo n.º 1231, publicado el 12 de septiembre de 2015.

No ha ocurrido lo mismo en sede de contratación estatal, pues hay materias que tradicionalmente han merecido límites legales, como es el caso de los adicionales de obra y, más recientemente, el enriquecimiento sin causa.

No puede decirse que en materia de contratación estatal la ley antes haya sido notoriamente más restrictiva en lo que respecta a las materias arbitrables. Yo diría que la ley en vigencia sólo es algo más restrictiva que las normas anteriores.[3]

Ahora bien, en el caso del enriquecimiento sin causa, lo que ha ocurrido es una reacción del Estado frente a un cierto abuso de la institución por parte de quienes contratan con el Estado y luego acuden al arbitraje.

Decimos esto, pues el enriquecimiento sin causa es una figura absolutamente excepcional, que debe ser aplicada en casos muy contados y que reviste diversos requisitos de necesaria concurrencia, entre ellos el de subsidiariedad.

En ese sentido, lo que ha querido el Estado al no hacer arbitrables las pretensiones por enriquecimiento sin causa, no es cercenar derechos, sino inducir a que quienes litiguen contra él puedan obtener fallos favorables de los tribunales arbitrables en cuanto a pretensiones con específico amparo legal y no de manera subsidiaria.

---

[3] Cabe recordar que el artículo 45.1, tercer párrafo, de la ley n.° 30225, establece que «La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo».

Por lo demás, la vía para reclamar una indemnización por enriquecimiento sin causa estará expedita en los tribunales de justicia.

Entendemos también que se recurrirá a un juicio para reclamar por este concepto, únicamente en caso no haya prosperado el reclamo de las demás pretensiones relacionadas con estos montos en un proceso arbitral.

De esta forma, los tribunales ordinarios tal vez puedan juzgar mejor si se aplica o no al caso la subsidiariedad de la pretensión por enriquecimiento sin causa contemplada en el artículo 1955 del Código Civil.

Es verdad que el camino se le hace más largo al contratista, pero también es verdad que contratar con el Estado y la ejecución de dichos contratos, se rige por una normativa especial, que tiene que cumplirse.

4. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Mientras el arbitraje comercial puede ser de derecho o de conciencia (esta última especie casi extinguida en la ley del 2008), el arbitraje en contratación estatal siempre será de derecho.

5. LOS ÁRBITROS Y SUS REQUISITOS

La ley de arbitraje brinda una nutrida regulación acerca de los árbitros, de la cual puede extraerse como requisito general, que el árbitro sea una persona capaz.

Si el arbitraje es de derecho y nacional, deberá ser abogado. Este requisito no se exige en caso estemos ante un arbitraje internacional y de derecho.

Nada más.

Como vemos, salvo que las partes establezcan en el convenio arbitral algunos requisitos adicionales, directamente o a través de la institución arbitral que administra el proceso, poco es lo que se exige para ser árbitro. En cambio, las leyes de contrataciones del Estado vienen exigiendo, cada vez, mayores requisitos para desempeñarse como árbitros.

Concretamente, se ha instalado, para los casos del presidente del tribunal y para el del árbitro único, el requisito de tener que acreditar conocimiento en arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo (artículo 45.6, segundo párrafo, de la Ley n.° 30225).

Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

La pregunta que surge al respecto es si tal exigencia reviste o no alguna justificación.

A mi juicio, sí la tiene y paso a explicar por qué.

Acabamos de mencionar que la ley de arbitraje contempla como requisito a cumplir por los árbitros en los arbitrajes nacionales y de derecho, el que éstos sean abogados.

Entendemos que no se puede ir más allá, debido a que, teniendo el derecho tantas especialidades y pudiendo ser las controversias comerciales de la más variada índole, sería imposible que una ley señale alguna especialización para ser árbitro.

Asimismo, se entiende que las partes tendrán el buen criterio de designar como árbitros a personas que tengan adecuando conocimiento y entendimiento sobre la materia de que trate el arbitraje.

Ahora bien, es necesario subrayar que por más de que se trate de temas relativos a sectores muy especializados, como podrían ser el eléctrico, el petrolero o el regulatorio, los abogados por lo general, cuentan con la adecuada o necesaria formación como para desempeñarse con holgura en estas materias.

Sin embargo, al fin y al cabo, en un arbitraje comercial, son las partes quienes tienen todo el derecho de nombrar como árbitro a quien gusten, más allá de las reales capacidades del árbitro para desentrañar el conflicto.

No hay que olvidar que si en un tema de difícil entendimiento una parte nombra como árbitro a un neófito, estará desperdiciando la oportunidad de que su asunto sea conocido por alguien que se encuentre en capacidad de dar respuesta a tan complejo problema.

En un caso como ése, habrá que cruzar los dedos para que el otro árbitro y el presidente sí tengan la experiencia necesaria. De lo contrario, es muy probable que el tema nunca se llegue a conocer con la profundidad que el caso requería.

Como vemos, es importante que los árbitros conozcan la materia sobre la cual van a resolver; razón por la cual nos parecen adecuados los requisitos exigidos por la ley de contrataciones del Estado.

En este caso, el Estado exige un mínimo de conocimiento a los árbitros, a efectos de confiar la resolución de sus controversias.

No dudamos de que este requisito sea opinable, pero el mismo de ninguna manera puede ser calificado como un obstáculo para el arbitraje, de modo tal que no conozco situaciones en las cuales alguna persona haya sido postergada para el ejercicio de la función arbitral debido a esta circunstancia.

6. El número de árbitros

Conforme a lo establecido en el artículo 19 de la ley de arbitraje, «Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros».

En materia de contratación estatal, el artículo 45.6 de la ley de la materia establece que el arbitraje es resuelto por un árbitro único o por un tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El artículo 189 del reglamento, agrega que «A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, es resuelto por árbitro único, salvo en los casos en que las partes se hayan sometido al arbitraje institucional, en cuyo supuesto deberán sujetarse a lo establecido en el respectivo reglamento».

También señala que «En los arbitrajes *ad-hoc* tratándose de controversias cuya cuantía sea igual o superior a mil Unidades Impositivas Tributarias (1000 UIT) o se refieran a resolución o nulidad de contrato suscritos por montos iguales o superiores a dicho límite, a falta de acuerdo de partes o en caso de duda, serán resueltos por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros».

Y, finalmente, indica que «Los árbitros deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (RNA) y cumplir con los demás requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley».[4]

---

[4] Este tema también es desarrollado por el artículo 189 del decreto supremo n.° 350-2015-EF, reglamento de la ley de contrataciones del Estado:
«El arbitraje es resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, es resuelto por árbitro único, salvo en los casos en que las partes se hayan sometido al arbitraje institucional, en cuyo supuesto deberán sujetarse a lo establecido en el respectivo reglamento.
En los arbitrajes *ad-hoc* tratándose de controversias cuya cuantía sea igual o superior a mil Unidades Impositivas Tributarias (1000 UIT) o se refieran a resolución o nulidad de contrato suscritos por montos iguales o superiores a dicho

7. EL REGISTRO DE ÁRBITROS

No es cierto que en el arbitraje comercial no existan registros de árbitros.

Tal afirmación constituiría una verdad si nos refiriéramos a un arbitraje comercial *ad-hoc*, situación emblemática en donde se aprecia con mayor nitidez la libertad que tienen las partes para nombrar como árbitros a quienes les plazca, respetando los requisitos mínimos establecidos por la ley y el convenio arbitral.

Es evidente que tales árbitros no tendrán que estar inscritos en registro alguno, pues no hay norma legal que así lo ordene.

En cambio, no se presentará la misma situación cuando nos encontremos frente a un arbitraje comercial administrado por un centro de arbitraje.

Y decimos esto, dado que todos los centros de arbitraje tienen sus respectivos reglamentos; y varios de ellos establecen la necesidad de que el presidente del tribunal o el árbitro único, si fuera el caso, estén inscritos en el registro de árbitros de la institución.

Es más, los centros de arbitraje podrían exigir que todos los miembros del tribunal formen parte del referido registro; lo que significaría que si una persona no ha sido admitida, no podrá desempeñarse como árbitro en procesos que sean administrados por el respectivo centro.

Y esto es así, en la medida de que los centros de arbitraje gozan de todo el derecho de seleccionar a las personas que, objetivamente, tengan los méritos necesarios para arbitrar en esas instituciones.

---

límite, a falta de acuerdo de partes o en caso de duda, serán resueltos por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros.
Los árbitros deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (RNA) y cumplir con los demás requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la ley».

De modo que la obligatoriedad del registro no debe escandalizar a nadie.

Me da la impresión de que el registro causa escozor cuando hablamos del arbitraje en contratación pública, pero el mismo se toma con normalidad cuando hablamos del arbitraje comercial.

Es más, para ser admitido en un centro de arbitraje privado, se tiene que seguir todo un procedimiento administrativo previo a la inscripción.

En el caso del Estado el tema es más sencillo, pues, como establece el artículo 45.6, último párrafo de la ley n.° 30225, «Para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática sujeto a fiscalización posterior».

Como se puede apreciar, el registro del OSCE es automático, lo que implica una facilidad mucho mayor que aquélla que brindan los centros de arbitraje particulares.

Sin embargo, debemos advertir que el ingreso a esta lista no puede confundirse con aquel registro de árbitros del OSCE del cual se efectúan las designaciones supletorias.

8. Plazo para dar inicio al arbitraje

En materia de arbitraje comercial, no existe una norma específica que regule el plazo para dar inicio al arbitraje, lo que equivale a la presentación de la solicitud de arbitraje.

En otras palabras, no existen plazos de prescripción ni de caducidad al respecto.

Ello no equivale a decir que las pretensiones que constituyan objeto de la futura demanda no prescriban o no caduquen. Decimos esto, pues como hemos sostenido en un trabajo anterior,[5] todo prescribe o caduca, salvo que la ley establezca expresamente lo contrario.

No obstante, la caducidad o prescripción de los derechos o pretensiones, serán analizadas por el tribunal arbitral, siempre y cuando la parte demandada deduzca las respectivas excepciones.

En materia de contratación pública también será el propio tribunal arbitral el que deba analizar la caducidad o prescripción de los derechos y pretensiones, pero existe una disposición legal que establece un plazo muy corto para efectos de iniciar el arbitraje o el medio de solución de controversias que corresponda (esto, dado que la ley de contrataciones del Estado contempla no sólo el arbitraje, sino también la conciliación, además de la novedosa Junta de Resolución de Disputas).

Nos referimos al artículo 45.2, cuando señala que «Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento».

La norma agrega que «En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo, deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final».

---

[5] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Todo prescribe o caduca, salvo que la ley establezca lo contrario». En *Derecho y Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, año xv, n.° 23, pp. 267-274.

También establece que «Luego del pago final, las controversias sólo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento».

Y finaliza estableciendo el plazo para el sometimiento a arbitraje de las decisiones emitidas por las JRD: «En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a ésta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento».

La norma también indica que todos los plazos establecidos en ella son de caducidad. Está bien que se haga esta precisión, para que no exista duda alguna en los intérpretes de la norma, pero a igual solución se podría llegar por interpretación de los principios generales de la caducidad, habida cuenta de que cuando uno se halla frente a un plazo corto, dicho plazo es de caducidad y no de prescripción.

9. Derecho sustantivo aplicable

En los arbitrajes comerciales, el derecho sustantivo aplicable será aquél que corresponda, conforme a la relación jurídica que dé lugar al arbitraje.

Generalmente, los procesos arbitrales tienen por objeto resolver controversias suscitadas en la ejecución de un contrato, razón por la cual en la mayoría de casos no ofrecerá mayor problema el determinar

cuáles serán las normas sustantivas aplicables, dado que los contratos usualmente tienen cláusulas relativas al derecho que será aplicable a dicha relación jurídica.

La situación podría complicarse si habláramos de un arbitraje surgido a través de una cláusula testamentaria o casos de otra naturaleza, todos los cuales hallarán solución en las normas de derecho internacional privado del Código Civil.

Pero, vamos a suponer que el derecho aplicable sea el peruano. En este caso, la aplicación del mismo será ineludible y ella deberá hacerse en estricta sujeción a la jerarquía de las normas jurídicas; es decir, aplicando la Pirámide de Kelsen.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el artículo 51 de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

> Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Son tantas y tan variadas las normas legales que pueden resultar aplicables al caso, que los tribunales arbitrales tendrán que determinar cuáles de esas normas resultan pertinentes para solucionar la controversia. No es objeto de este trabajo realizar un estudio a profundidad acerca de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Lo que queda claro es que en materia de arbitraje comercial, el decreto legislativo n.° 1071 no establece pautas sobre el particular.

En lo que respecta a la contratación pública ocurre lo contrario, pues el artículo 45.3 de la ley sí establece un orden jerárquico de aplicación normativa, al señalar que: «Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su

reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público».

Mucho se ha criticado esta norma, la misma que tiene su antecedente en la anterior ley de contrataciones del Estado.[6]

En lo personal, creo que la misma lo único que hace es tratar de resguardar la aplicación de la normativa en contratación estatal por sobre la normativa de la contratación privada.

Es evidente que un tribunal arbitral tendrá que hacer una correcta valoración y ponderación de las normas legales, pero lo que queda claro de la norma citada es que cuando la ley de contrataciones del Estado regule determinados supuestos de hecho, es esa normativa aquélla que tendrá que aplicarse (ley y reglamento), evidentemente por debajo de la Constitución, la misma que siempre será preferida en caso de conflicto de normas; sobre todo, porque los árbitros —de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el famoso caso María Julia—,[7] gozan de la prerrogativa del control difuso.

---

6 Decreto legislativo que aprueba la ley de contrataciones del Estado (decreto legislativo n.° 1017):
Artículo 52.- *Solución de controversias*
[…]
52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.
[…]

7 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.° 00142-2011-PA/TC.

En ese mismo orden de ideas, es claro que nunca se podrá aplicar la ley civil en preterición de la ley de contrataciones del Estado, cuando ambas regulen el mismo supuesto de hecho.

Sólo podrá aplicarse la ley civil si las normas de derecho público no resultan suficientes para cubrir el supuesto en cuestión.

10. LA CONCILIACIÓN

Como hemos señalado en otro extremo de este estudio, la conciliación, junto con el arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas, es uno de los medios contemplados por la ley de contrataciones del Estado para solución de controversias contractuales.

En el caso de los arbitrajes comerciales, el decreto legislativo n.° 1071 no establece la obligatoriedad de recurrir a una conciliación como paso previo para solicitar un arbitraje.

La ley de conciliación restringe su ámbito de influencia a los procesos judiciales, no extendiéndose al arbitraje.[8]

Sin embargo, en materia de arbitraje comercial, la conciliación no resulta extraña.

Decimos esto, pues si bien muchos convenios arbitrales determinan que ante el surgimiento de una controversia, las partes podrán resolverla en arbitraje, otros establecen mecanismos escalonados para la eventual

---

[8] Ley n.º 26872, ley de conciliación:
Artículo 6.- *Falta de intento Conciliatorio*
Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

solución del conflicto. Así, es común ver convenios arbitrales en los que se establezca que ante el surgimiento de una controversia, las partes iniciarán un trato directo que deberá tener determinadas características y duración; y, en caso fracasase dicho trato directo, ellas deberán recurrir a la conciliación; y de persistir el conflicto, recién allí el mismo se solucionaría en arbitraje.

En otras palabras, la conciliación no es ignorada en los convenios arbitrales relativos a los arbitrajes de índole comercial, sino que se halla presente en muchos de ellos.

En materia de contratación pública, igualmente la conciliación no es obligatoria y dependerá del tenor del convenio arbitral, el que se tenga o no que recurrir a ella.

El reglamento de la ley n.° 30225 regula la conciliación en el artículo 183, estableciendo plazos de caducidad al respecto.[9]

Ahora bien, resulta interesante que el reglamento de la ley (artículo 182, último párrafo), establezca que la entidad debe evaluar seriamente la posibilidad de conciliar o no antes de ir a arbitraje:

> Artículo 183.- Conciliación
> […]

[9] Artículo 183.- «Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente. Las entidades deberán registrar las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el Seace, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad. De ser necesario contar con una resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos antes señalados la entidad no presenta la resolución autoritativa ante el centro de conciliación, se entenderá que no existe acuerdo y se concluirá el procedimiento conciliatorio».

> Bajo responsabilidad, el titular de la entidad o por quien éste haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos y riesgos de no adoptar un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal.

Para los arbitrajes comerciales, evidentemente no existe en la ley una disposición similar, dado que se trata de recursos de particulares y cada quien tiene la libertad de considerar y disponer de su patrimonio, conforme convenga mejor a sus intereses.

Finalmente, la conciliación a la que se recurra, tanto en el arbitraje comercial como en el de contratación pública (artículo 45.5), se debe realizar en un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Es verdad que en el arbitraje comercial cabría pensar en la posibilidad de que las partes consideren una conciliación de manera informal, recurriendo a un tercero que, sin ser conciliador, haga las veces de tal. En efecto, en estos casos se habría realizado una especie de conciliación, pero no se trataría de una conciliación en estricto, pues de acuerdo a ley sólo los conciliadores oficiales revisten tal condición.

11. Los centros de arbitraje

En materia de arbitraje comercial, como hemos dicho, los procesos pueden ser *ad-hoc* o institucionales.

Si el proceso fuera institucional, las partes pueden haber convenido que lo administre cualquier centro de arbitraje.

No está demás decir que la legislación peruana no establece requisitos para la creación y funcionamiento de centros de arbitraje; de modo

que al tener las partes plena libertad, el arbitraje podrá ser administrado por cualquier centro de arbitraje que se autodenomine como tal. En buena cuenta, dependerá de las partes cuán fiable les es el centro de arbitraje, a efectos de decidir el camino a seguir.

En cambio, de acuerdo a lo establecido por el artículo 45.5 de la ley de contrataciones del Estado, «El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto».

La acreditación de las instituciones arbitrales en el OSCE nos parece positiva, en tanto el Estado debe salvaguardar que sus controversias no sean administradas por cualquier centro de arbitraje, que pueda, incluso, no revestir los mínimos estándares de garantía y seguridad.

Nos parece correcto que el Estado exija el cumplimiento de determinados niveles o estándares de calidad, a efectos de que sus arbitrajes, en lo que atañe al orden administrativo, sean llevados de la manera más pulcra posible.

12. Los secretarios arbitrales

Como hemos expresado en una investigación anterior,[10] la ley de arbitraje no dice una palabra acerca de los secretarios. Creo que hubiera sido bueno hacer una mención muy corta, señalando sus atribuciones específicas.

---

[10] *Cfr*. Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la ley de arbitraje.* «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, vol. 25, primera parte.

La ley de contrataciones del Estado sí trata acerca del tema en el artículo 45.7, creando un Registro Nacional de Secretarios, el mismo que está regulado en los artículos 201 y siguientes del reglamento.

El artículo 202 exige que para desempeñarse como secretario arbitral, se cuente con la inscripción vigente en este registro y se tenga como mínimo el grado de bachiller en derecho.[11]

---

[11] Ley n.° 30225:
[…]
45.7 Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha entidad para tal efecto.

Decreto supremo n.° 350-2015-EF:
Artículo 201.- Finalidad del Registro Nacional de Árbitros y del Registro Nacional de Secretarios Arbitrales
El Registro Nacional de Árbitros (RNA) y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales (RNSA) tienen por objeto transparentar la información que consignen los profesionales que, a nivel nacional, se consideren aptos para desempeñarse como árbitros o como secretarios arbitrales en materia de contrataciones del Estado, de conformidad con la directiva respectiva. Dichos registros serán publicados por OSCE en su portal institucional.
La información consignada en dichos registros tiene carácter de declaración jurada ante la autoridad administrativa, debiendo ser acreditada en la oportunidad, plazo y forma que establezca la directiva.
La información declarada en el RNA no exime a los profesionales de cumplir con el deber de información en los respectivos procesos arbitrales en los que participen, debiendo, de ser el caso, acreditar ante las partes o ante el ente competente el cumplimiento de las calificaciones y exigencias legales para asumir el encargo. Asimismo, la inscripción en el RNA no desconoce la facultad de las partes en un arbitraje de cuestionar, por las vías pertinentes, el incumplimiento de tales calificaciones y exigencias cuando así lo adviertan.
La existencia del RNA no desconoce la obligación de las instituciones arbitrales de elaborar sus propias nóminas de árbitros para arbitrajes en contratación pública, ni la facultad de OSCE de contar con una nómina de árbitros para realizar la designación residual. Para efectos de la configuración de estas nóminas, las instituciones arbitrales y OSCE deben asegurarse que los profesionales cumplan las calificaciones y exigencias establecidas en la legislación vigente.

13. Acumulación de pretensiones

La ley de arbitraje permite la eventual acumulación de pretensiones.

Esto significa que si una de las partes quisiera ampliar el petitorio de su demanda (o reconvención, si fuera el caso), lo podrá hacer, en tanto el tribunal arbitral permita, de acuerdo al estado del proceso, dicha ampliación. El tribunal perfectamente podría considerar que la misma es extemporánea y por tanto, no aceptada.

Por lo demás, nada impide que una de las partes del arbitraje en curso desee iniciar un nuevo arbitraje en el cual vaya a demandar pretensiones distintas de aquéllas que son controvertidas en el proceso anterior, por más de que las mismas se deriven de idéntica relación contractual.

En el arbitraje comercial podrían coexistir dos o más arbitrajes en que se ventilen controversias de estas características.

En materia de contratación pública, el artículo 45.8 de la Ley establece que el tribunal ya constituido es competente para conocer las demás controversias que surjan del mismo contrato, salvo que su na-

---

Los procedimientos de inscripción en el RNA y el RNSA son de aprobación automática y se regulan mediante directiva aprobada por OSCE.

La pérdida de la vigencia del registro de un profesional inscrito en el RNA que se desempeña como árbitro en un proceso en curso no conlleva al cese de su función como tal.

Artículo 202.- Requisitos para desempeñarse como árbitro o secretario arbitral

Para aceptar una designación y desempeñarse como árbitro, se debe contar con inscripción vigente en el RNA, además de cumplir con los demás requisitos establecidos por la legislación vigente.

El profesional a quien se curse una designación sin que cuente con inscripción vigente en el RNA, debe registrarse automáticamente en el RNA, conforme al procedimiento previsto en la directiva correspondiente.

Para desempeñarse como secretario arbitral, se debe contar con inscripción vigente en el RNSA y tener como mínimo el grado académico de bachiller en derecho.

turaleza, el estado del proceso y demás circunstancias lleven al tribunal que conoce del caso, a denegar tal solicitud.[12]

Pensamos que lo establecido en esta norma es positivo, en la medida de que evita la proliferación de tribunales, probablemente constituidos con distintas personas en calidad de árbitros y que puedan llegar a resolver temas afines con resoluciones contradictorias.

14. FORMA DE LA NOTIFICACIÓN

La ley de arbitraje no establece norma alguna con relación a cómo se debe notificar el laudo; y no lo hace en razón de que la práctica arbitral toma como valor entendido que el laudo se notifica con una cédula de notificación que elaborará el respectivo secretario a la que se adjuntará el laudo.

Esta cédula no tiene formalidad preestablecida, por lo que incluso podría tratarse de una carta; y, es más, podría incluso no existir cédula alguna y el laudo notificarse como documento único e independiente.

Por lo demás, el laudo se denominará laudo, pero si fuese interlocutorio o parcial, podrá llevar el número de resolución correspondiente o incluso llamarse laudo parcial. No hay norma legal sobre este tema.

En materia de contratación pública, el tema es distinto, pues el artículo 45.9 de la ley n.° 30225 establece lo siguiente:

---

[12] Ley n.° 30225:
[…]
45.8 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta, en principio y salvo el supuesto de excepción previsto en el presente numeral, competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.
[…].

> 45.9 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el decreto legislativo n.° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

15. Códigos de ética

En principio, los arbitrajes comerciales *ad-hoc* no se rigen por códigos de ética, sino por la regla general establecida en el artículo 28, inciso 1 del decreto legislativo n.° 1071, especialmente los incisos 1 y 2.

En ese sentido, todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia (inciso 1).

Además, el árbitro a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

Sin embargo, en los arbitrajes comerciales *ad-hoc*, las partes pueden hacer aplicable en el acta de instalación, o en algún otro momento, las normas éticas de alguna institución arbitral nacional o extranjera.

Cuando se trata de arbitrajes internacionales, ellos se rigen por las normas o códigos de ética del respectivo centro, naturalmente, si fuesen institucionales o administrados.

En el caso de la contratación estatal, la ley n.° 30225 regula el tema en el artículo 45.10, cuyos dos primeros párrafos establecen lo siguiente:

> 45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes *ad-hoc* y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.
> Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

16. Alcance temporal del deber de revelación

Como acabamos de observar, la ley de arbitraje no establece un alcance temporal para aquellos hechos o circunstancias que el árbitro tenga que revelar y puedan generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

El reglamento de la ley de contrataciones del Estado sí establece que el deber de informar sobre cualquier circunstancia, se entiende comprendido dentro de los cinco años anteriores al nombramiento del árbitro (artículo 192, segundo párrafo).

17. Infracciones

De lo expuesto en el punto anterior se deriva que sólo aquellos arbitrajes en donde resulte aplicable un código de ética y que además estén sometidos a una institución que lo haga efectivo y aplicable (es decir, en los arbitrajes institucionales), serán aplicables eventuales sanciones derivadas de la infracción a esos códigos.

Cada centro de arbitraje tiene un organismo administrativo, llamado Consejo o Corte, que será el encargado, entre otras cosas, de aplicar tales sanciones.

En materia comercial, no podríamos entrar a detalle en la medida de que cada reglamento tiene una normativa diferente.[13]

---

[13] A título referencial, podemos mencionar las sanciones que establecen algunos centros de arbitraje en nuestro país.

Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima:

Artículo 10.- *Sanciones*

1. La infracción a las normas de este Código traerá como consecuencia, según la gravedad de la falta, la imposición al responsable de alguna de las sanciones siguientes:
   a. Amonestación escrita.
   b. Suspensión de su derecho a ser elegido como árbitro. El plazo de suspensión se impondrá a criterio del Consejo Superior de Arbitraje.
   c. Separación del Registro de Árbitros del Centro, según el caso.
   d. Multa hasta por un monto equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
2. La multa podrá ser impuesta por el Consejo Superior de Arbitraje, sin perjuicio de aplicar otras sanciones contempladas en este Código.
3. La imposición de sanciones se registrará en el Libro de Sanciones del Centro a cargo de la Secretaría General, la que conservará los antecedentes respectivos. Dicho registro y los indicados antecedentes, estarán a disposición de los interesados en la Secretaría General.

Reglamento Interno de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

Artículo 28.- Sin perjuicio de la facultad de remoción, la Corte de Arbitraje podrá imponer las siguientes sanciones:

En sede de contratación estatal el tema es abordado a partir del tercer párrafo del artículo 45.10, norma que transcribimos seguidamente:

---

a) Amonestación escrita.
b) Suspensión del Registro de Árbitros.
c) Separación del Registro de Árbitros.

Código de Ética de la Cámara de Comercio Americana del Perú – Amcham:
Artículo 9.- *Sanciones*

1. La infracción al Código de Ética traerá como consecuencia la imposición al responsable de alguna de las sanciones siguientes:
   a) Amonestación verbal.
   b) Amonestación escrita.
   c) Suspensión de la facultad de actuar como árbitro en un nuevo arbitraje que se pueda iniciar ante el Centro.
   d) Separación de la Lista de Árbitros del Centro.
2. Las sanciones contenidas en el presente artículo podrán aplicarse sin perjuicio del recurso de recusación que pueda formular la parte interesada en el arbitraje.

Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima:
Artículo 39.- *Efectos de la recusación*
Si luego de la aceptación del Árbitro, éste fuera válidamente recusado por causas no informadas en el formato de Declaración Jurada de Árbitros, o por causas sobrevinientes, estará sujeto, además de la remoción en el cargo, a las siguientes sanciones:

a) El Consejo Superior de Arbitraje determinará el monto o pérdida de sus honorarios, proporcionalmente, tomando en consideración el trabajo efectuado hasta esa fecha, la gravedad de la recusación y cualquier otro criterio que considere pertinente.
b) El Consejo Superior de Arbitraje podrá disponer, en atención a las circunstancias, la suspensión del Registro de Árbitros del Centro por un período no mayor de seis (06) meses. Si no es parte del registro, no será confirmado como árbitro por el centro por idéntico período.
c) Si el árbitro incurre en reincidencia grave, el Consejo Superior de Arbitraje podrá optar por la exclusión definitiva del Registro.
d) En caso que las circunstancias lo ameriten, el Consejo Superior de Arbitraje pondrá en conocimiento del Tribunal de Ética del Colegio Profesional al que pertenece el árbitro recusado su decisión, a fin de que sean adoptadas las medidas a que hubiere lugar.

> 45.10 […]
> El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituyen infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:
> a) Amonestación.
> b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
> c) Inhabilitación permanente.
> Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
> La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo es honorario. La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

18. Custodia de los expedientes

En lo que respecta a este tema, la ley de arbitraje establece un plazo de tres meses para que el tribunal conserve las actuaciones, en tanto la ley de contrataciones del Estado prescribe un plazo mínimo de diez años.

No cabe duda de que el plazo contemplado por la ley de arbitraje es adecuado; en tanto aquél establecido por la ley n.° 30225, es excesivo, por más de que el artículo 199 del reglamento establezca que los tribunales lo tienen que conservar al menos un año, pudiendo luego encar-

garlos al OSCE o a alguna otra institución que éste autorice; debiendo el expediente ser micrograbado.[14]

---

[14] Decreto legislativo n.° 1071:
Artículo 61.- Conservación de las actuaciones.
1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.
2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.
3. Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

Ley n.° 30225:
45.12 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente ley o su reglamento, se desarrollan en cumplimiento del Principio de Transparencia.
Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente Ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.
Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas. En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo antes señalado. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento.
Decreto supremo n.° 350-2015-EF
Artículo 199.- Custodia de expedientes
El presidente del tribunal arbitral o árbitro único, así como la respectiva institución arbitral pueden encargar al OSCE, o a otra institución que ésta autorice,

19. Arbitraje *ad-hoc* e institucional

La ley de arbitraje en su artículo 7, inciso 3, establece que «En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes».

En el caso de la contratación pública, el reglamento de la ley, es decir el decreto supremo n.° 350-2015-EF, hace un extenso tratamiento del tema en su artículo 185, norma de texto siguiente:

> En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La acreditación de la institución arbitral debe ser verificada por el funcionario que suscribe el contrato.
> El OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo.
> En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, o se refiera a una institución arbitral no acreditada, el proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.
> En caso la institución arbitral elegida pierda su acreditación con posterioridad a la suscripción del contrato, y antes del inicio del proceso arbitral, el proceso arbitral respectivo debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.

---

la custodia del expediente luego de transcurrido el plazo mínimo de un (1) año desde la fecha de culminación de las actuaciones arbitrales. Para estos efectos, el expediente debe ser micrograbado bajo las condiciones previstas en el decreto legislativo n.º 681, sus normas complementarias, normas que la modifiquen o la sustituyan, y lo dispuesto en la directiva correspondiente.

> Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional o no se designa a una institución arbitral determinada, o no se incorpore el convenio arbitral en el contrato, la controversia se resuelve mediante un arbitraje *ad-hoc*, aplicándose las reglas previstas para este tipo de arbitraje.
> Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

20. SOLICITUD DE ARBITRAJE. ¿QUIÉN DEBE SUSCRIBIRLA?

En materia de arbitraje comercial, si se tratara de una persona natural, ésta o su representante podrán solicitar el arbitraje.

Si se tratare de una persona jurídica, el tema es regulado por la ley de arbitraje en su artículo 10:

> 1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
> 2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

En materia de contratación estatal, el artículo 186 del reglamento establece que la designación del árbitro por parte de la entidad, debe ser aprobada por su titular o por quien este haya delegado tal función.

21. Excepciones u objeciones (cuestiones previas)

La ley de arbitraje regula en el artículo 41, el tema de las excepciones, señalando en su inciso 4 que, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia.[15]

---

[15] Decreto legislativo n.° 1071:
Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.
3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se

Por su parte el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala, en su artículo 188, que «las excepciones u objeciones al arbitraje cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, deben ser resueltas al finalizar la etapa postulatoria».

Como vemos, aquí hay una diferencia notoria, pues esta última norma no otorga a los tribunales la facultad de resolver estas excepciones u objeciones junto con las demás cuestiones sometidas a decisión del tribunal, relativas al fondo de la controversia.

Entendemos que la razón de ser de esta norma es el fomentar la celeridad procesal, evitando la realización de una serie de actuaciones que no tendrían sentido.

No obstante, debemos admitir que hay casos en los cuales resultará bien complicado resolver las excepciones sin conocer el fondo del asunto controvertido. Lamentablemente los tribunales que conozcan casos de contratación estatal no tienen esta facultad de la que sí gozan los tribunales en el arbitraje comercial.

22. Impedimentos para ser árbitro

La Ley de Arbitraje regula en el artículo 21 el tema de la incompatibilidad, estableciendo que «Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros

---

resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano, dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

Como es evidente, este tema sí tiene importante regulación en el artículo 190 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado.[16]

[16] Decreto supremo n.° 350-2015-EF:
Artículo 190.-
Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitros:
1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos.
4. Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
5. El Contralor General de la República y el Vice Contralor.
6. Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
7. Los gobernadores regionales y los alcaldes.
8. Los directores de las empresas del Estado.
9. El personal militar y policial en situación de actividad.
10. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la entidad o sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
11. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
12. Los sometidos a proceso concursal.
13. Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
14. Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
15. Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
16. Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.

En los casos a que se refieren los numerales 8 y 10, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Aquí cabría hacernos la pregunta de si las prohibiciones establecidas por el artículo 190 del reglamento, se extienden al arbitraje comercial, en virtud de la invocación o remisión hecha por el artículo 21 de la ley de arbitraje.

Es decir, si más allá de las incompatibilidades específicas que las leyes especiales establecen para varias de las personas mencionadas en el artículo 190 del reglamento, alguien allí mencionado, que no tenga prohibición expresa para ser árbitro en materia comercial, estaría o no impedido de serlo por el artículo 21 de la ley. Queremos decir, en otras palabras, que es tema discutible si el artículo 21 tiene o no el efecto espejo, consistente en reflejar para el arbitraje comercial, las incompatibilidades del reglamento de la ley de contrataciones del Estado. En lo personal, pienso que ello no es así, pues sería inconstitucional.

23. Designación residual de árbitros

El artículo 22, inciso 5 de la ley de arbitraje establece que: si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este decreto legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

En materia de contratación estatal, el tema es tratado por el artículo 191 del reglamento, el mismo que establece lo siguiente:

> En aquellos procesos arbitrales *ad-hoc* en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hayan puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el tribunal arbitral, o los árbitros no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del presidente del tribunal arbitral, cuando corresponda, cualquiera de las partes puede solicitar al OSCE la designación residual, la

> que se efectuará a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimiento previstos en la directiva correspondiente. En caso la solicitud de designación residual no se presente dentro del plazo respectivo, la solicitud de arbitraje queda sin efecto automáticamente.
> Las designaciones residuales efectuadas por el OSCE se realizan de su nómina de Árbitros para Designación Residual, y son definitivas e inimpugnables. Los procedimientos de inscripción y renovación de árbitros en dicha nómina se realizan conforme a lo establecido en la respectiva directiva.

24. Instalación del tribunal arbitral

En principio, la ley de arbitraje no establece un plazo para que se produzca la instalación del tribunal arbitral, luego de que los árbitros hayan aceptado sus cargos.

En cambio el reglamento de la ley de contrataciones del Estado sí lo hace en su artículo 194, señalando que cualquiera de las partes puede solicitarla dentro de los veinte días siguientes de conocida la aceptación de los árbitros.

También se señala un plazo de veinte días para que las entidades registren en el Seace los nombres de los árbitros y del secretario.[17]

---

[17] Decreto supremo n.° 350-2015-EF:
Artículo 194.- Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes debe solicitar al OSCE la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los veinte (20) días siguientes de conocida la aceptación de éstos, según corresponda. Para tales efectos, las instalaciones se pueden realizar en la Oficinas Desconcentradas de OSCE.
Dentro del plazo de diez (10) días de realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate de un arbitraje *ad-hoc* o institucional, las entidades, bajo responsabilidad del titular de la Entidad o de quien este haya delegado tal función, deben registrar en el Seace los nombres y apellidos completos del árbitro

25. Gastos arbitrales

En materia de arbitraje comercial *ad-hoc*, son los tribunales arbitrales los que establecen sus propios honorarios y los de la secretaría arbitral.

Cuando se trate de arbitrajes institucionales, sean éstos comerciales o relativos a contratación pública, los gastos arbitrales se regirán por la tabla de aranceles del respectivo centro de arbitraje.

Si se tratase de un arbitraje *ad-hoc* en contratación estatal o uno de esta naturaleza administrado por el propio OSCE, los gastos arbitrales no pueden exceder lo establecido en la respectiva directiva del OSCE.[18]

único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a éstos.

[18] Decreto supremo n.° 350-2015-EF:
Artículo 196.- Gastos Arbitrales
Los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje.
El OSCE aprueba mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que es aplicable a los arbitrajes que organice y administre conforme a su reglamento, así como a los arbitrajes *ad-hoc*.
En los casos de arbitraje *ad-hoc*, los gastos arbitrales no pueden exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo árbitro único o tribunal arbitral, por considerar que se excede de los límites máximos establecidos por la tabla de gastos arbitrales aprobada por el OSCE, puede solicitar a esta entidad emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspende el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.
En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por la directiva que OSCE apruebe para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta a pedido de parte por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

26. Motivación de los laudos

En materia de arbitraje comercial, el artículo 56 de la ley de arbitraje establece que todo laudo deberá ser motivado, a menos de que las partes hayan convenido algo distinto o de que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50, relativo a la transacción.

La primera excepción a la que hace referencia la citada norma estaría constituida por el arbitraje de conciencia.

Por su parte, dado que todos los arbitrajes en materia de contratación estatal son de derecho, el artículo 197 del reglamento establece que el laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario.

27. Formalidad de los laudos

La ley de contrataciones del Estado no establece algo especial en torno a la formalidad de los laudos, por lo cual podría pensarse que debería regirse el tema por lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Arbitraje.

> Artículo 55.- Forma del laudo
> 1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
> 2. Para estos efectos se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose pactar en contrario.

3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o del presidente, según corresponda.

28. ARBITRAJE Y JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Como sabemos, no existe en el Perú legislación de carácter general relativa a las Juntas de Resolución de Disputas, razón por la cual las relaciones entre lo decidido por ellas y una eventual contradicción de tal decisión en arbitraje, será algo que las partes establezcan en su relación contractual o, de ser el caso se halle definido en 4el respectivo reglamento de *Dispute Boards* aplicable al caso.

En materia de contrataciones del Estado, el tema está regulado por el artículo 213, que establece que el agotamiento del procedimiento ante la Junta de Resolución de Disputas, cuando este mecanismo haya sido pactado, es un presupuesto de arbitrabilidad, para los temas sometidos a su competencia.

29. INFORMACIÓN A SER REMITIDA

Si se tratara de un arbitraje comercial *ad-hoc*, luego de terminadas las actuaciones arbitrales y más allá del deber de conservar el expediente durante el plazo de ley, el tribunal arbitral no tiene el deber de remitir el expediente a nadie, salvo requerimiento judicial, el mismo que se deriva, usualmente de las salas comerciales que requieren el expediente original para tramitar el proceso de anulación del laudo.

En el caso de los arbitrajes sobre contratación estatal que sean administrados por instituciones arbitrales, sí se establece una serie de documentos e informaciones que deberán ser remitidos al OSCE; información relativa a resolución de recusaciones, laudos, resolución de

sanciones a los árbitros o secretarios, relación de arbitrajes ingresados concluidos, etc.[19]

30. Conclusiones

1. Como hemos podido apreciar, el arbitraje en contratación pública presenta diversas particularidades que lo distinguen del arbitraje comercial.

2. No obstante, el esquema teórico de ambos es el mismo.

3. Se observa, fundamentalmente, que las particularidades están referidas a temas reglamentarios que parten de la necesidad que tiene el Estado de normar esta actividad, que viene siendo tan importante para la solución de sus conflictos.

---

[19] Decreto supremo n.° 350-2015-EF:
Artículo 198.- Información que debe remitirse al OSCE
Las instituciones arbitrales y los centros que administren Juntas de Resolución de Disputas deben remitir al OSCE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la directiva correspondiente, la siguiente información:
1. Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.
2. Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.
3. Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros, secretarios arbitrales y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.
4. Relación trimestral de arbitrajes ingresados y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.

4. En este estudio comparativo no llegamos a apreciar normas que puedan ser calificadas como abusivas o que manifiestamente otorguen una ventaja desmesurada al Estado con respecto a los particulares. Tales disposiciones no distan mucho, e incluso podríamos decir que son más conservadoras que muchos convenios arbitrales estándares con los que contratan usualmente grandes empresas.

5. El Estado, como el contratante más importante del Perú, tiene el derecho de establecer determinadas pautas o reglas de juego para el arbitraje en esta materia, siempre y cuando preserven la equidad y la transparencia.

Cusco, 31 de marzo de 2016

Tercera Parte

Otros discursos importantes

Discurso de presentación de la obra «Siembra, convicción y peripecia. El Socialcristianismo en el Perú (1532-2010)»*

Señor doctor Juan Carlos Eguren, Segundo Vicepresidente del Congreso de la República,
Señores Congresistas,
Señor doctor Luis Bedoya Reyes, Presidente Fundador del Partido Popular Cristiano,
Señora doctora Lourdes Flores Nano, ex Presidenta del PPC,
Señor doctor Raúl Castro Stagnaro, Presidente del PPC,
Señor doctor Antonino Espinosa Laña, autor de la obra que hoy presentamos y cofundador del Partido Popular Cristiano,
Queridos Marisol y Alberto, amigos de siempre,
Queridos amigos del PPC,
Señoras, Señores,

Hace algunas semanas mi amigo y admirado maestro de generaciones en el PPC, el doctor Antonino Espinosa Laña me solicitó hacer uso de la palabra para presentar su libro «Siembra, convicción y peripecia. El socialcristianismo en el Perú (1532-2010)».

Acepté de inmediato, con mucha gratitud y en verdad me sentí muy halagado y sorprendido, ya que es la primera ocasión en que alguien me pide presentar un libro sobre temas políticos.

---

* Pronunciado el día miércoles 24 de julio de 2013, en el hemiciclo Raúl Porras Barrenechea del Congreso de la República del Perú.

Además, cuando Antonino me contó cuál era el título de su obra, me quedé algo desconcertado, pues me sonó extraño hablar de socialcristianismo desde 1532, que es —precisamente— el año en que se inicia la conquista del Perú, por España.

En ese sentido, la obra de Antonino rescata innumerables aspectos en los cuales se aprecia cómo la bondad del Evangelio fue calando en el poblador peruano y, además, una serie de pasajes de la historia de nuestro país en los cuales se aprecia cómo la religión fue nutriendo a nuestro pueblo y a sus pensadores.

Antonino relata episodios basados en la religión Católica, a favor de los pueblos originarios del Perú indígena, así como el pensamiento de grandes figuras del Perú Colonial. Sin duda, lo hace como un esfuerzo por afirmar la siempre presente doctrina social de la Iglesia.

Debo confesar que como miembro del Partido Popular Cristiano, me interesó empezar a leer la obra al revés; es decir, desde los tiempos más recientes hasta aquéllos más pretéritos; y voy a referirme —fundamentalmente— al relato de los últimos sesenta o setenta años.

No me corresponde hacer una síntesis del libro de Antonino, pero si uno tuviera que extraer enseñanzas y conclusiones del mismo, estimo que ellas serían tan importantes, que esta obra debería constituir texto de lectura obligatoria en cualquier curso de historia de las ideas políticas de las universidades peruanas.

Es más, desde esta tribuna lanzo el reto para que los profesores que dictan estos cursos, puedan incorporar de manera activa a su bibliografía, el libro de Antonino, en el que se refuerza fieramente el socialcristianismo y se colocan en su real dimensión las pequeñeces de quienes carecen de ideas o, peor aún, de quienes teniéndolas, las encaminan a propósitos destructivos del país y deshumanizantes del propio pueblo.

La obra, en parte, es un testimonio personal de Antonino acerca de cómo él ve la política que no vivió; y, luego, buena parte de la obra constituye testimonio de cómo él mismo vivió la política.

El desarrollo que hace Antonino constituye un ejercicio intelectual sumamente honesto, pues detalla con la mayor soltura muchos de los pasajes en los que participó.

Pero su libro recoge buena parte de la labor que Antonino ha desarrollado en el Partido Popular Cristiano durante las últimas cinco décadas, como fuente viva de la historia de la política peruana y de nuestro Partido, y también como formador y educador socialcristiano de nuevas y antiguas generaciones.

No olvidemos que el libro está escrito a manera de lecciones o clases, que son —precisamente— aquéllas que Antonino ha vertido a sus discípulos dentro del Partido, a lo largo de muchos años.

Y estas clases, a su vez, son muy ricas en anécdotas, pues un libro de política contado sin anécdotas es como un plato de comida elaborado con muy buenos ingredientes, pero sin la debida sazón.

Esas anécdotas hacen que uno pueda leer fluidamente el libro de Antonino y en ellas encontrar muchas veces la debida explicación y sustento de los rumbos históricos que han seguido las fuerzas políticas en nuestro país.

Pero, la obra de Antonino también constituye un ferviente llamado a los orígenes.

Ya el solo hecho de que ella comprenda un análisis del socialcristianismo en un período tan extenso, hace que la obra misma tenga vocación de permanencia.

Al leer el libro, surgen de él diversas ideas-fuerza.

La primera —qué duda cabe— va de la mano con un socialcristianismo constante desde la propia palabra de Dios, que es —precisamente— el importantísimo valor que tiene la doctrina de nuestro Partido, y que lo distingue por sobre cualquier otro. Nuestras doctrinas no han sido redactadas por los hombres; da la casualidad de que nuestras doctrinas han sido redactadas por Dios.

De ahí que la responsabilidad por llevarlas adelante y por ser fieles a tales doctrinas, es infinitamente mayor en un Partido Socialcristiano, que en un Partido que profese cualquier otra ideología.

La segunda idea-fuerza —peligrosa y tan antigua como la primera—, consiste en la dificultad de que esas doctrinas socialcristianas puedan materializarse en la sociedad.

El esfuerzo de Antonino ha sido siempre el esfuerzo por la institucionalidad; y la institucionalidad pasa —necesariamente— por marcar rumbos con ideas.

En política el trazar dichos rumbos, debe pasar siempre por la institucionalidad de los partidos políticos; y, lamentablemente, lo que sobra en el Perú es esa falta de institucionalidad, la misma que ha sido copada, de manera permanente, por un exceso de caudillismo.

En verdad, no sé cuánto hayamos avanzado al respecto a lo largo de nuestra historia republicana.

Es lamentable que la inmensa mayoría de partidos políticos que han gobernado el Perú, carezcan de una doctrina propia, entendiendo por tal a un conjunto de principios y de lineamientos particulares que les identifiquen y distingan, no sólo de las demás fuerzas políticas, sino que, adicionalmente, puedan ir en comunión con pensamientos universales.

Antonino dedica varias páginas de su obra al Patricio, don José Luis Bustamante y Rivero, notable socialcristiano.

Sin embargo, es difícil calificar al gobierno de don José Luis Bustamante y Rivero como uno de corte socialcristiano, pues si bien él era un hombre que profesaba esa doctrina, las fuerzas que terminaron dominando su gobierno tuvieron signo distinto y, naturalmente, el golpe de Estado del que fue víctima, puso fin a cualquier atisbo de éxito.

De la lectura de la obra de Antonino, me quedaron grabados los inicios de participación conjunta de don Fernando Belaunde Terry, con quienes luego fundaran el Partido Demócrata Cristiano.

En palabras del gran Víctor Andrés Belaunde, hubiese sido ideal que se amalgamaran la emoción peruanista de Acción Popular y la inspiración cristiana del Partido Demócrata Cristiano.

Así, se hubiese conjugado la frase «El Perú como doctrina», valiosa en el ímpetu y en la acción (pero carente de respaldo filosófico y doctrinario), con los principios socialcristianos.

Relata Antonino cuáles fueron los albores del socialcristianismo como organización política, los mismos que tuvieron su expresión más importante con el nacimiento del Partido Demócrata Cristiano, en 1956.

Qué satisfacción causa la lectura de las páginas de la obra que comento, relativas al rol desempeñado por los congresistas socialcristianos en el período de gobierno 1956-1962, con cuya brillantez opacaron a las fuerzas políticas mayoritarias.

Ese brillo, que también se mantuvo en el siguiente período parlamentario, pero ya no en la oposición, sino en el cogobierno, volvió a surgir a fines de la dictadura militar de Velasco y de Morales Bermúdez,

en la Asamblea Constituyente de 1978 y 1979, cuando el PPC se constituyó, no sólo en la segunda fuerza política del país, sino en un gran generador de ideas, que impregnaron —de principio a fin— la Constitución que rigió a partir del 28 de julio de 1980, cuando el Presidente Belaunde la promulgó junto a un Ministro de Justicia pepecista, mi maestro y gran amigo, Felipe Osterling Parodi.

Pero, no se piense que durante el gobierno militar, el PPC estuvo inactivo, pues hubo un núcleo duro de pepecistas que se reunían en plena dictadura, analizando la situación política y fomentando pronunciamientos críticos sobre los principales actos del gobierno militar.

Fueron los años en los cuales se apreció, de la manera más clara, que el rumbo del Partido Popular Cristiano, no se condecía, en lo absoluto, con el de la Democracia Cristiana, ferviente aliado de Velasco Alvarado, y que se solazaba controlando la Prensa y avasallando el Poder Judicial.

Antonino relata cómo en la referida Asamblea Constituyente, el PPC fue fundamental en la estructura básica de conceptos relativos al hombre, al trabajo, a la empresa y al Estado.

Así, Antonino recuerda de manera minuciosa cuál fue la participación de Mario Polar Ugarteche en el tema de los derechos de la persona; de Gabriela Porto de Power, en educación; de Rafael Risco Boado, en ecología; de Ernesto Alayza Grundy, en el régimen económico, instaurando la economía social de mercado.

Asimismo, Antonino relata cómo Bedoya constituía el motor del grupo parlamentario pepecista en la Asamblea Constituyente, tanto en los trabajos de los textos mismos de la futura Carta Política, como en su labor de defensa absoluta de la soberanía de la propia Asamblea frente al gobierno militar, recogiendo textos muy importantes acerca del pronunciamiento que tuvo que hacer la Asamblea Constituyente frente al gobierno militar de Morales Bermúdez, no aceptando veto alguno por parte de este último.

En lo personal, creo que uno de los grandes problemas del socialcristianismo en el Perú, ha sido y es el de la malvada estigmatización por parte de nuestra oposición política; el de ser considerados como aliados de las fuerzas más conservadoras del país, cuando en realidad siempre estuvimos a la vanguardia de las ideas.

Somos responsables de no haberle hecho entender al pueblo peruano que los progresistas siempre fuimos nosotros y que los retrógrados y verdaderos enemigos del pueblo han sido aquéllos a quienes, lamentablemente, el propio pueblo consideró sus aliados.

Cuando uno lee la obra de Antonino, recuerda muchos episodios y aprende otros, en los cuales las fuerzas socialcristianas siempre estuvieron en la avanzada de las ideas. Ejemplos hay muchos en el libro, tales como la forma de repensar la labor social de la empresa en el Perú; una adecuada Reforma Agraria; la necesaria estatización de la Caja de Depósitos y Consignaciones, creando el Banco de la Nación, por citar ejemplos de los años cincuenta y sesenta.

Antonino también recuerda a un PPC y a un Bedoya en la campaña electoral de 1980, defendiendo una prensa libre, cuando muchas fuerzas políticas importantes vacilaban en dar un paso como éste o estaban convencidas de que los medios de comunicación debían seguir confiscados y en manos de quienes sólo aplaudiesen al gobierno de turno.

Resulta muy importante todo el desarrollo que hace Antonino cuando explica por qué nace el PPC, como una escisión de un número importante de líderes del Partido Demócrata Cristiano.

Quien lea el libro podrá comprender cuánto daño hizo al Socialcristianismo la desviación ideológica de la democracia cristiana, cuando modificó radicalmente sus ideas bajo el manto de un soterrado y nunca confeso *aggiornamento.*

Cuando el partido debía afirmar la democracia en el más amplio y cabal sentido de la palabra, empezaron primero los coqueteos y luego las desembozadas alianzas con el marxismo y el totalitarismo; cuando debía rendir culto al socialcristianismo y a las verdaderas ideas transformadoras y progresistas del Perú, empezó a rendir culto al Estado como medio y como fin, dejando de lado a la persona humana y su bienestar, así como al bien común, ideas centrales del socialcristianismo; cuando el partido debía ser abierto y fomentar el respeto de los demás dentro del propio partido, se fomentó a su interior un culto a la personalidad, el mismo que derivó en que la organización política se redujera a su mínima expresión electoral y, con el paso de los años, dejara de existir.

Hace bien Antonino en relatar todas estas peripecias de la democracia cristiana, antes y después de la existencia del PPC, pues lo que pasó en aquel partido, poco antes de 1966, y lo que ocurrió durante la dictadura de Velasco, merece ser recordado como actos absolutamente ajenos a la doctrina socialcristiana.

La DC creyó —y ésa fue su ruina— que socialcristianismo y marxismo eran compatibles.

La democracia cristiana, entonces, se convirtió —y ésta es una licencia mía— en una especie de *Teología de la Liberación política*, es decir, como enseña Antonino, en la imposible confluencia de cristianismo y marxismo.

De ahí que el surgimiento del Partido Popular Cristiano haya sido una imperiosa necesidad, y que la presencia del PPC a lo largo de estos más de 47 años de vida, haya sido de lo más fructífera, afirmando principios e ideales, que son lo perdurable por encima de cualquier caudillismo, negado por nuestro propio partido.

Bedoya nos enseñó que la alternancia en la dirección del partido era fundamental y único instrumento de cambio generacional y de fomento de nuevos liderazgos frente a la opinión pública.

El caudal electoral del PPC, desde la Constituyente de 1978, pasando por cualquiera de los procesos de elecciones generales, ha sido muy importante; y tanto don Luis Bedoya Reyes, nuestro Presidente Fundador, como Lourdes Flores Nano, nuestra lideresa y ex Presidenta, han tenido y tienen una presencia en el corazón de la gente, que es justo premio a la rectitud y a la consecuencia política y moral.

Pero, como la política no sólo es mensaje, sino gesto y palabra, en el socialcristianismo hemos fallado frente a nuestro pueblo, dando algunas señales equivocadas.

Es más, luego de leer la obra de Antonino, creo que si el PPC volviera en su discurso sobre sus propias doctrinas y sobre sus propios mensajes de autenticidad socialcristiana, no habría posibilidad de perder una elección.

Es claro, entonces, que tenemos que recobrar nuestras propias ideas y no dejarnos llevar por la moda o por el oportunismo.

El libro de Antonino también motiva otras reflexiones, como aquélla en que uno piensa cómo en los albores de la democracia cristiana y del propio PPC, un grupo reducido de socialcristianos, podrían haber logrado tantos avances en la lucha política.

Y es que el éxito de los partidos no pasa por cientos de liderazgos, sino por unos cuantos que sean brillantes.

Constituye un reto del PPC el hacer que quienes hoy miran —y con mucha razón— la política con desprecio, decidan incursionar en ella, porque deben saber que cuando los rumbos del país son decididos por otros —y mal—, uno no es ajeno a la política, pues se convierte en una de sus víctimas.

En suma, «Siembra, convicción y peripecia», constituye una profunda afirmación democrática; una radical negación de cualquier forma de dictadura o caudillismo.

«Siembra, convicción y peripecia» también recuerda que en política, las organizaciones deben crearse por y para las ideas, y que los idearios, los programas de acción política y los planes de gobierno, no deben constituir ni letra muerta, ni tinta mojada en papel sin sentido alguno.

«Siembra, convicción y peripecia» es, en suma, una afirmación de la política en serio, blandiendo siempre el socialcristianismo, que pasa inexorablemente por un trato político civilizado, dentro y fuera del propio partido; es decir, para con el amigo y para con el adversario.

«Siembra, convicción y peripecia», además, es una afirmación de que el socialcristianismo siempre ha buscado una mejor distribución de la riqueza en el Perú, fomentando su crecimiento, para que, así, los pobres dejen de ser pobres.

«Siembra, convicción y peripecia» es el reflejo de que el político tiene que convencer; de que el PPC es, como el propio partido lo ha afirmado desde hace muchos años, uno de Centro y que nuestro Ideario y nuestra acción política —sin duda— nos han colocado, mucho más cerca de los intereses del pueblo que otros, que se dicen aliados de las mayorías.

«Siembra, convicción y peripecia» es, en suma, un gran libro escrito por un gran político y un gran señor.

Muchas gracias.

Lima, julio del 2013

Discurso de presentación de la obra «Escalando la vida», escrita por el doctor Herbert Freyre Villavicencio*

Señor doctor Carlos Cruz Lezcano, Presidente de la
Corte Superior de Justicia de La Libertad
Señor doctor Carlos Miguel Castañeda Cubas,
Querida tía Olinda,
Querido primo Martín,
Señor doctor José Gabriel del Castillo, muy apreciado jurista y amigo,
Señores jueces,
Muy estimados colegas,
Queridos familiares,
Amigos todos,

Para mí es un honor presentar esta noche el libro de don Herbert Freyre Villavicencio titulado *Escalando la Vida* y volver en menos de tres meses, a hacer uso de la palabra en ésta, la más antigua Corte Superior de Justicia de la República.

Herbert Freyre no era un hombre de presencia pública, pues su labor de magistrado la realizó dentro de los confines del Palacio de Justicia de Trujillo y del Palacio de Justicia de Lima, durante los veintidós años en que ejerció la Magistratura con el mayor lustre, transparencia, conocimiento y vocación.

---

* Discurso pronunciado en el Auditorio Principal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, el día viernes 19 de junio de 2015.

Desde pequeño sentí la mayor admiración por mi tío Herbert, no sólo por lo que escuchaba decir de él a mi madre y abuelos, sino porque era un hombre que imponía respeto, a la par que se trataba de una persona afable, considerada y en extremo servicial.

Herbert sabía mucho. Sus conocimientos se manifestaban en las más diversas áreas de la cultura y del derecho; pero no por ello se trataba de alguien que se jactara de tal saber, sino, muy por el contrario, fue muy modesto en la vida privada y guardó un perfil acorde con el comportamiento que debe tener todo magistrado.

Por otra parte, siempre llamó mi atención la cantidad de libros que escribió tío Herbert.

La década de los años setenta, coincidentemente con su permanencia como vocal en la Corte Suprema de Justicia de la República, hizo que su labor como nvestigador fuera notable, habiendo publicado media docena de libros de una utilidad extraordinaria para estudiantes de derecho, abogados en ejercicio y jueces.

Dentro de esas obras recordamos sus manuales sobre el juicio ejecutivo, el juicio oral, el cheque, la letra de cambio, entre otros, que eran de obligado seguimiento por jueces y abogados en todo el Perú.

Esos libros hicieron que los hombres de derecho, no sólo aprendieran sobre estas importantes materias, sino que —además— aplicaran las leyes de una manera mucho más certera y eficaz.

Aunque la legislación sobre esas áreas del derecho ha sufrido notorias modificaciones en estos años, tales obras todavía siguen siendo fuente de consulta en el Perú.

Siempre admiré su vocación por escribir; y, transcurridos alrededor de cuarenta años de la publicación de esos libros, creo que ellos influ-

yeron decisivamente —aunque no lo percibí en su momento— en la vocación que desarrollé en mis épocas universitarias por investigar y por escribir doctrina de derecho, la misma que ha llenado buena parte de mi labor como hombre de leyes y ha satisfecho y satisface mi espíritu desde hace casi treinta años.

De Herbert Freyre también debe destacarse que fue un magistrado que se desempeñaba de manera excelente en cualquier área del derecho.

Hoy la profesión y también la judicatura están signadas por las especialidades, tema del cual no es ajeno algún abogado.

Es difícil en la actualidad encontrar a algún abogado o juez que sepa mucho de todo, que lo sepa bien y que, además, tenga una gran versación sobre esos temas.

Y esto es, precisamente, lo que ocurría con Herbert Freyre, de quien sorprendía su versación en todas las áreas del derecho.

Hoy la palabra «todista» es empleada de manera despectiva para designar a los aboggados que se desempeñan en diversas áreas, pero que saben muy poco de cada una.

Pero con Herbert ocurría algo muy peculiar, pues se puede decir —lo que de nadie se dice— que era un especialista en todas y cada una de las áreas del derecho.

Lamentablemente y como ocurre en muchas ocasiones con la gente buena, el Estado fue muy injusto con él, no habiendo sido ratificado como Vocal Supremo por el Senado de la recién reinstaurada democracia en 1980.

Allí primó no sólo la consigna política, sino la venganza contra un juez honesto y que se limitó a aplicar las leyes en todos los casos que

fueron sometidos a su conocimiento, hubieren o no estado implicados actores políticos.

En ese sentido, su súbito alejamiento del Poder Judicial marcó un antes y un después en la vida de Herbert, quien nunca volvió a ser el mismo.

Si bien no dejó de escribir, no volvió a publicar obra alguna; y no obstante haber aceptado invitaciones para insertarse en el ejercicio profesional, ello —finalmente— no le fue posible, dado que su vocación era la de ser juez, y no abogado en ejercicio.

La docencia, en cierta forma mitigó su alejamiento de la magistratura, pues le permitió estar en contacto con sus alumnos y discípulos, formándolos en el amor por el derecho.

En materia docente, lo que ocurrió fue un retorno, pues Herbert había sido catedrático aquí en Trujillo, en sus primeros años como abogado, luego de haber dirigido el Seminario de la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde le cupo asistir y trabar amistad con grandes maestros del derecho, como don José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Manuel G. Abastos, Manuel Sánchez Palacios, Mario Alzamora Valdez y Ulises Montoya Manfredi.

Escalando la vida, la obra que hoy presentamos, es un libro autobiográfico, en donde no existen ficciones ni relato alguno ajeno a la fidelidad de la memoria de su autor.

Se trata de una obra de gran valía, pues representa un testimonio de vida personal, familiar, juvenil, universitaria, académica y, fundamentalmente, de su labor como magistrado en el Poder Judicial.

Llamará mucho la atención de quien lea el libro y no haya conocido a Herbert Freyre, su absoluta entrega por la causa de la administración

de justicia; su riguroso cumplimiento del deber; y el haber dado siempre mucho más de aquello que le exigían la ley y las circunstancias.

El celo profesional puesto por Herbert Freyre Villavicencio en el ejercicio de su labor como magistrado, es un ejemplo digno de ser seguido por todos aquéllos que imparten justicia en el Perú.

En ese sentido, de él puede decirse —a cabalidad— que fue un magistrado ejemplar.

Pero, cuando ocupó la presidencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y en aquellos otros casos en que el Poder Judicial le confió funciones administrativas, es donde se le aprecia inusitadas cualidades de gestor, y de un gestor muy exitoso.

Siempre se recordará la brillante labor que realizó como presidente de esa Corte Superior, donde reformó todos los procedimientos administrativos, para su adecuado funcionamiento, además de haber gestionado con el sector privado y el sector público, la completa remodelación del local, afectado por el paso de los años y los movimientos sísmicos.

Debo confesar que en varias ocasiones de mis múltiples viajes a la hermosa ciudad de Trujillo, cuando he recibido preguntas del público, o cuando abogados mayores se han acercado a conversar conmigo después del acto académico, me han preguntado si yo era pariente de don Herbert Freyre Villavicencio. Y cuando les decía que sí, que se trataba de un tío muy querido, inmediatamente después me preguntaban si yo también era trujillano.

Y es que Herbert, si bien fue limeño de nacimiento, fue trujillano de corazón y por adopción.

No cabe duda de que la mayor parte de su carrera como magistrado la desarrolla en Trujillo, donde se casa con mi tía Olinda y donde también nace mi primo Martín.

Ese amor por La Libertad, recorre buena parte de la obra, y desde que la leí, comenté con tía Olinda y con Martín, que el libro también debía ser presentado en Trujillo, idea con la cual coincidió el ilustre abogado penalista, discípulo de mi tío Herbert y destacado trujillano, doctor José Gabriel del Castillo, aquí presente.

Pero, la obra no se agota en las memorias, en las anécdotas, en esa especie de inventario de vida personal y profesional de Herbert Freyre, pues la misma concluye con un capítulo relativo a diversas ideas sobre el mejoramiento de la administración de justicia y la reforma del Poder Judicial peruano, que deberían ser minucioso objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Siempre he sostenido que la Corte Suprema tiene una gran deuda con el país, pues debe convertirse en la gestora corporativa de la transformación radical de la justicia peruana.

No es exagerado decir que la justicia ordinaria en el Perú, ha colapsado y la única reforma posible de la misma, debe partir desde dentro, independientemente de otras medidas que tendrían que adoptar los poderes Ejecutivo y Legislativo, siempre respetando los fueros y la independencia del Poder Judicial.

No me voy a ocupar en este discurso de analizar las propuestas que Herbert hace en su libro sobre el Poder Judicial, pues no es ocasión oportuna para hacerlo, pero ellas son doblemente valiosas, no sólo por su propio contenido, sino por provenir de un gran magistrado.

Debo agradecer a mi tía Olinda y a mi primo Martín, por haber confiado en nosotros la edición de esta obra, que pasa a formar parte

de la colección denominada *Biblioteca de Derecho* de nuestro Estudio, la misma que aporta y seguirá aportando para el desarrollo y la difusión de las ideas, en lo que el famoso precursor del derecho civil francés, Charles Dumoulin, llamaría «el inmenso océano del derecho».

Antes de concluir mis palabras les ruego me permitan una licencia para expresar un sentimiento personal.

Mi vínculo con esta ciudad no sólo se deriva de mi entrañable relación familiar con mi tía Olinda, mi tío Herbert y mi primo Martín, sino que se extiende a mi rama paterna, pues mi padre tuvo un hermano trujillano, mi querido tío César, casado con mi también muy querida tía Olga, quien nos acompaña esta noche junto a mis primos.

Debo decir además que el hijo de mi prima Olga Elena, mi querido sobrino Milo, también es trujillano y, desde hace ya varios años, es un magnífico asistente de docencia en el curso de Derecho de Obligaciones que dicto en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Visité esta ciudad por primera vez en el año 2005, invitado por el Colegio de Abogados de La Libertad, para dar una conferencia junto a mi maestro el doctor Felipe Osterling Parodi.

Fue un viaje muy grato y divertido, en donde empecé a hacer muy buenas amistades; y en estos diez años he venido a Trujillo más de veinte veces.

Hace algunas semanas me llevé una gratísima sorpresa, cuando la más reciente promoción de la Facultad de Derecho de una muy prestigiosa casa de estudios de esta ciudad, me propuso que fuera su padrino, lo que acepté de inmediato, ya que constituía para mí una satisfacción enorme que estos alumnos trujillanos, que me habían leído, pero de quienes no había sido su profesor, tuvieran tan hermoso gesto hacia mí.

Como pueden apreciar, tengo a Trujillo en el corazón por ambos lados de la familia, pero además, por el gran afecto y cariño que siempre me han dispensado todas las personas que aquí he conocido. Por ello, yo también me siento trujillano.

Muchas gracias.

Lima, junio del 2015

Discurso pronunciado en el marco del Congreso sobre Cine y Derecho organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Cine y Derecho
(Argumentación y deliberación: ficción y realidad)*

Hace unos días, el doctor Eduardo Chiara Galván tuvo a bien visitarme en mi Estudio para transmitir la invitación del señor Decano de esta Facultad, doctor Jesús Rivera Oré, a efectos de participar en este evento, en el que se trata acerca del Cine y el Derecho, a propósito de la película *Doce hombres en pugna* (*Twelve angry men*).

Esta película, filmada en 1957, se basó en el guión original de Reginald Rose, y la producción estuvo a cargo del mismo autor y de Henry Fonda, habiendo sido filmada bajo la dirección de Sidney Lumet, quien llegó a ser un famoso director, muchas de cuyas películas versaron sobre temas jurídicos.

La filmografía de Lumet, muy prolífica y destacada, se desarrolló durante medio siglo, habiendo comenzado con esta película, y culminado en el año 2007, con *Before the devil knows you're dead*.

Debo confesar que cuando recibí la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, sentí mucha incertidumbre, a la par que gran ilusión, pues ésta sería la primera ocasión en la que daría una conferencia en la que relacionara el derecho y el cine.

---

* Discurso pronunciado el día martes 21 de julio de 2015.

Siempre he disertado sobre derecho y en una oportunidad, en España sobre el derecho que rige la cinematografía en el Perú; pero nunca sobre el cine y su relación con el derecho.

No obstante, debía adoptar una perspectiva y un tema para esta exposición, la misma que habría de definir pocos días después de la fecha en que fui invitado.

Doce hombres en pugna es una película que ha merecido múltiples comentarios y estudios, desde todas las perspectivas; y no es mi intención abundar en aquello que ya ha sido objeto de comentarios de eruditos en el análisis cinematográfico y su relación con el Derecho.

No obstante, sí resulta importante señalar, en términos generales, que la película en mención constituye un emblema del cine estrictamente jurídico, pues en *Doce hombres en pugna* no es que se trate sobre un tema jurídico, como pretexto para desarrollar una historia con diferentes aristas, sino que es una película básicamente jurídica, y ella, de comienzo a fin, se desarrolla en los tribunales de justicia.

No hay que olvidar que *Doce hombres en pugna*, más allá de las breves escenas introductorias y de la escena final (las mismas que no suman ni cinco minutos del film), discurre dentro de un solo ambiente, cual es la sala en la que un jurado delibera en la Corte de Manhattan, Nueva York, acerca de si un joven es culpable o no del asesinato de su propio padre.

Mucho se ha dicho y escrito acerca de la importancia de cada uno de los estereotipos de cada miembro de ese jurado, y de la figura del jurado como órgano administrador de justicia en los casos penales en los Estados Unidos de América.

En ese sentido, *Doce hombres en pugna*, podría parecer, en principio, una película bastante alejada de nuestra realidad, pues la figura del ju-

rado, más allá de algunos escasos antecedentes históricos, resulta ajena a la justicia peruana.

Además, nadie plantea hoy en nuestro país la posibilidad de crear jurados para proceso alguno.

No cabe duda de que *Doce hombres en pugna* es una película en la que el análisis del jurado es tomado como pretexto para demostrar que, a pesar de la nula formación jurídica de sus integrantes, ellos son capaces de administrar justicia.

Pero el film también retrata de la manera más palpable, cuáles son los riesgos que ese sistema de administración de justicia entraña para la propia justicia, ya que la misma es administrada, en buena cuenta, por personas neófitas en derecho, para quienes el desempeño de la labor como jurado, puede o no revestir la importancia que las circunstancias requieren.

En *Twelve angry men*, si bien al final triunfa la posición que declara no culpable al acusado, ello no necesariamente nos garantiza que ha triunfado la verdad, pues, a lo mejor, el acusado era culpable y el jurado, equivocadamente, lo declaró como no culpable.

Doce hombres en pugna es también la demostración de que los seres humanos ajenos al razonamiento jurídico, son fácilmente impresionables por la tenacidad de alguno de ellos, que articula mejor los razonamientos y sabe explotar de una mejor manera su falta de formación, sus prejuicios, sus dudas y temores.

Larga es la polémica suscitada acerca del jurado número ocho, a quien, en buena cuenta, se califica como el emblema del ciudadano preocupado por el cumplimiento del encargo que el sistema jurídico le ha encomendado para ser jurado en un proceso penal.

Así, este jurado, interpretado por el famoso actor Henry Fonda, es quien, al exponer sus ideas de una manera más coherente, pasa de ser una minoría absoluta (el único que creía en la no culpabilidad del acusado), a lograr, de forma paulatina, la adhesión de los demás jurados a su convicción de no culpabilidad, logrando, finalmente, que el jurado, de manera unánime, considere que el acusado es no culpable del crimen que se le imputaba.

En verdad, en lo personal no me entusiasma mucho el jurado número ocho, pues antes que generar en mí confianza sobre el sistema de administración de justicia por jurado, me despierta un gran temor, de sólo imaginar que la situación fuera la inversa, es decir, que en un inicio, once de los miembros del jurado consideraran al acusado como no culpable, y que el jurado número ocho lo estimara culpable.

No cabe duda de que con la inteligencia y dotes persuasivas de este jurado, habría logrado, en poco más de una hora, que ese muchacho acusado del crimen de su padre, en lugar de salir en libertad, terminara en la silla eléctrica.

Doce hombres en pugna demuestra, asimismo, lo relativa que es la verdad cuando se trata de opinar sobre determinados hechos; y, más aún, si quienes opinan sobre ellos, son neófitos en derecho.

En ese sentido, la sensación que uno tiene después de ver la película, es que un jurado de neófitos en derecho, es absolutamente deleznable, y que bastará que haya en su seno alguien de mediana inteligencia en su seno, para que las opiniones contrarias de los demás, puedan ir cayendo una a una, como un castillo de naipes.

Por lo demás, interesante sería imaginar el desarrollo de *Doce hombres en pugna*, teniendo en el jurado al jurado ocho, tal como fue concebido, pero a un jurado tres (favorable a la declaración de culpabilidad del acusado), que no fuera un hombre prejuicioso y dejado llevar por

sus propias pasiones y frustraciones; es decir, a un jurado tres que fuera el contrapeso del jurado ocho, en razonamiento, equilibrio y perspicacia.

En una situación como ésta, es difícil saber cuál hubiese sido el resultado del jurado, pero no cabe duda de que el mismo no se hubiera logrado de la manera en que se logró, favorable al punto de vista del jurado ocho.

Twelve angry men tiene un final feliz, pues el chico es declarado inocente y se salva de ir a la silla eléctrica, pero a la par, deja a cada uno de nosotros en la más absoluta incertidumbre, en el sentido de si tendríamos la misma suerte de encontrarnos en similar situación, pues, lo que es seguro, es que la composición del jurado que nos juzgaría, no sería la misma; y, claro está, en ese jurado no estaría *Mr. Davis*, el jurado ocho que interpreta Henry Fonda.

Doce hombres en pugna, con ese final feliz, constituye un espaldarazo para el sistema de justicia estadounidense, a la par que desnuda sus falencias y peligros.

Pero, qué enseñanzas podemos extraer de esta película para el sistema peruano de administración de justicia.

Debemos recordar que nuestra Constitución Política reconoce tres tipos de jurisdicción diferentes, con independencia de la discusión relativa a si la jurisdicción es una sola, o cabe distinguir en ella.

La Constitución de 1993 trata acerca de la jurisdicción ordinaria, la militar y la arbitral.

No voy a ocuparme de la jurisdicción militar, en razón de que nunca he tenido un acercamiento a ella, y de que estaría refiriéndome a una materia sobre la que conozco muy poco.

Sí lo haré con respecto a la jurisdicción ordinaria y la arbitral.

La jurisdicción ordinaria, más allá de los jueces de paz no letrados, plantea un sistema de administración de justicia, en donde todos los jueces deben ser abogados.

Y, por añadidura, podríamos señalar que, incluso en los casos de jueces de paz no letrados, muchos de ellos, también son abogados.

Siendo una justicia administrada por abogados, no cabe duda alguna en el sentido de que los jueces deben tener como premisa el administrar justicia de acuerdo a derecho, y que sus fallos deben estar estrictamente arreglados a ley, lo que equivale a decir que el análisis de los hechos deberá ser confrontado necesariamente con lo que la ley establezca como consecuencia de los mismos.

En un proceso penal, por ejemplo, ello significará que sólo se podrá declarar la culpabilidad del procesado, en caso tales hechos configuren el tipo penal contemplado en el código de la especialidad, con absoluta prescindencia de cualquier otra consideración, más allá de la eventual jurisprudencia que constituya precedente de observancia obligatoria.

Esto significa que la labor del juez debe, necesariamente, ceñirse a una fidelidad o precisión matemática, no debiendo prevalecer cualquier otro tipo de consideraciones, como es el caso de los prejuicios, problemas de orden personal o cuestiones de otra naturaleza.

Los jueces están allí para administrar justicia dentro de parámetros muy estrictos, y no para ensayar fallos que jueguen con la libertad de las personas.

Lo propio podemos decir de la justicia civil, de la constitucional, administrativa o tributaria, en donde quienes se encargan de administrar justicia, deberán impartirla de acuerdo a ley.

Con esto no estoy diciendo que los jueces sean máquinas computadoras, cuyo procesamiento de los hechos y de las ideas, tenga carácter infalible. Lo que estoy afirmando es que el razonamiento de los jueces debería apuntar a eso. Es decir, a no errar, por más de que existan razones para que en la práctica tales magistrados incurran en error.

No me cabe duda de que el principal elemento atentatorio contra una recta de administración de justicia, es el relativo a la carga procesal.

La cantidad de expedientes en curso es tan grande que ella rebasa cualquier situación imaginable de procesamiento adecuado de la información, y de los medios probatorios que forman parte de todos y cada uno de los casos judiciales.

En ese sentido, es probable que debido a esta razón, no siempre el análisis de los mismos sea el correcto, y que tampoco podamos pedir a tales magistrados un desarrollo exacto y pormenorizado de las causas, con una adecuada valoración y ponderación de cada una de esas pruebas.

Esta situación constituye el elemento más perverso y atentatorio contra una adecuada administración de justicia en el Perú, y conduce a que los tribunales terminen administrando una justicia que no necesariamente será tal, pues no podrá garantizar el adecuado control de calidad que debe revestir todo proceso.

Un acusado o procesado en una causa penal, o un litigante en una causa civil, que conjuntamente con sus abogados han hecho todo lo posible para persuadir a los tribunales de la existencia de sus derechos, no pueden sentirse satisfechos con una justicia que, en el mejor de los casos, revisa por encima sus argumentos y pruebas, y que en otros, los termina obviando o soslayando bajo el pretexto de la apreciación general de las circunstancias.

Un litigante de esta naturaleza, obviamente, tampoco podría sentirse cómodo pensando que los jueces actuaran conforme a los miembros del jurado de *Twelve angry men.*

Pero, a decir verdad, todos sabemos que hay muchas causas de diversa naturaleza en las que los litigantes, al menos, quisieran que tales jueces se comportaran con la proactividad y conciencia de la mayoría de miembros del jurado de la película en cuestión.

Todos sabemos que en la mayoría de los casos, los proyectos de sentencia, por obvias razones de tiempo, son preparados por los auxiliares de justicia, y que los jueces, también en una gran cantidad de casos, sólo los firman, sin siquiera leer.

Entonces, esta justicia de los tribunales peruanos termina siendo dejada, incluso más al azar, que la justicia de los jurados de los Estados Unidos de América.

Cuando doce hombres debaten acerca de hechos, y lo hacen por más de una hora, tal discusión supera holgadamente, tanto en profundidad como en preocupación, a muchas de las causas en las que tribunales colegiados en el Perú debaten acerca de aquello que están resolviendo.

Es verdad que hay casos tan similares que se pueden medir con una especie de plantilla, en los cuales no será necesaria mayor discusión, pues los pocos hechos, generalmente uniformes en ellos, determinarán también la misma consecuencia.

Sin embargo, tenemos muchos otros casos en los cuales la abundancia de hechos y la peculiaridad de supuestos fácticos y jurídicos que plantean, harán necesaria la existencia de todo un proceso de discusión para tener una sentencia ajustada a derecho.

Twelve angry men representa, en el fondo, un cuestionamiento a la calidad de la administración de justicia.

Y cuando hablamos de la calidad de la administración de justicia, no se piense que partimos de la idea de que se otorga la razón a quien la tiene, y que la sentencia es de factura más o menos discutible.

Si ello fuera así, podría pensarse que sentencias, más o menos defectuosas en su contenido, pero acertadas en el meollo de lo que resuelven, serían relativamente intrascendentes en el plano social, pues al fin y al cabo, mal o bien, de una u otra forma, estarían haciendo justicia.

Total, a los litigantes no les interesa mucho el fundamento de una sentencia, sino aquello que resuelve el juez.

Es más, todos los abogados que litigamos, apenas se nos notifica la sentencia de un caso, leemos de inmediato la parte resolutiva, pudiendo dejar para un momento posterior, la lectura completa de la pieza procesal.

Cuando hablamos de sentencias defectuosas, incluimos aquellos supuestos en los que la sentencia es equivocada, es decir, que en lugar de declarar inocente a quien no cometió un asesinato, lo declare culpable.

Como es obvio, en este caso, cualquier análisis de los fundamentos deviene en absolutamente secundario, pues el resultado o punto central del razonamiento jurídico defectuoso habrá concluido en un grave error que, por tanto, conllevará una enorme injusticia.

Y lo propio podemos decir de las sentencias que corresponden a otras áreas de la judicatura, en donde los errores no despojarán a los seres humanos de su libertad, pero sí lo harán con respecto a su patrimonio o a otros derechos constitucionales.

Dentro de tal orden de ideas, la búsqueda de una adecuada y sólida administración de justicia, debe constituir una de las principales preocupaciones del Estado, el mismo que no puede conformarse con una justicia defectuosa, pues ello equivale a asumir que se puede convivir pacíficamente con la injusticia; y, es más, que esa convivencia pacífica con la injusticia es santificada con la inacción del propio Estado, la misma que lo convierte en cómplice de la situación.

Por lo demás, cuando hablo de la calidad de la administración de justicia, me estoy refiriendo a la necesidad de que los jueces lean minuciosamente los expedientes sobre los que tienen que resolver, y que no se enteren de ellos por los alegatos de los abogados en la audiencia de informes orales.

Si un juez tomara conocimiento del contenido del expediente por lo expuesto en la audiencia de informes orales, y limitara su vocación de conocimiento del expediente a lo que escuche en esa audiencia, tal situación podría acarrear que se consumen notables injusticias.

Es por todos conocido que en un sistema de administración de justicia que no se caracteriza, precisamente, por su oralidad, los abogados preparamos todas nuestras mejores armas para exponer de la mejor manera posible, los argumentos de nuestro cliente en la audiencia de informes orales.

Es más, sobre esto se ha escrito y expuesto mucho en la literatura jurídico-procesal, de modo que el abogado, en muchos casos, más que un profesional del derecho, termina convirtiéndose en un profesional de la actuación, tratando de impresionar al tribunal con cuadros sinópticos, esquemas, fotografías escogidas para la ocasión, y demás artilugios compuestos para que queden en la retina de los jueces y sean, esas dos o tres imágenes, y esas cinco o diez palabras, todo lo que los jueces recuerden sobre el caso y resuelvan en ese sentido.

No digo que esas estrategias procesales no den resultado, pues, lamentablemente, en muchos casos, terminan influyendo decisivamente en el resolver de los jueces; pero como hombres de derecho, no debemos dejar de señalar que tal situación resulta lamentable.

Y digo esto, en razón de que si un juez o un tribunal resuelve por unas cuantas figuritas o por unas pocas palabras que suenen bonito, estará actuando como un niño cuando se deslumbra al ver fuegos artificiales en el cielo de la noche.

Y los tribunales de justicia no están destinados a resolver sobre fuegos artificiales ni sobre obras de teatro montadas por los abogados de las partes; deben hacerlo aplicando estrictamente el derecho, es decir, conociendo a fondo el expediente, comparando las pruebas, sopesando su veracidad y haciendo convicción de aquellos argumentos basados en hechos comprobados, que, ajustándose a las leyes en vigor, otorguen ineludiblemente la razón a una de las partes en conflicto.

Si aceptáramos ese tipo de jueces como regla general, todas las fojas del expediente sobrarían y los juicios podrían reducirse a una sola audiencia, en la que los abogados representen cada uno el papel que le corresponda, montando a los ojos del tribunal la obra de teatro o la película más vistosa; debiendo resolver los jueces en el sentido de aquel abogado que representó mejor su papel; de modo tal que la sentencia, cuando otorgue o reconozca determinado derecho, sea algo así como la ceremonia de premiación de los Óscares, en donde se premie al mejor director, al mejor guión, al mejor actor o la mejor actriz; y, como premio central de la noche, la mejor película.

Felizmente, este ensayo está destinado a ser leído por abogados y por personas que aspiran a que reine la justicia; pues es mi propósito que cuando lo lean, adviertan las enormes perversiones que acarrea esa justicia de los fuegos artificiales y no la verdadera justicia que tenga como armas la ley, el derecho y la verdad.

Si un juez se considera impresionable por actuaciones de esta naturaleza, pues ya debería pensar en cambiar rápidamente de ubicación dentro del medio jurídico, pues es claro que su vocación no es la de administrar justicia, sino la de jurado en el Óscar.

Y los abogados deben saber que la solidez de sus argumentos jurídicos debe ser la que haga que sus clientes venzan en los procesos judiciales, y no la del verbo florido.

Con esto no quiero restar mérito alguno a la necesidad y conveniencia de un brillante informe oral; pero debemos tener en cuenta que el informe oral constituye la cereza del pastel. Así, nadie podrá decir que el postre estuvo rico, si sólo comió la cereza, pero no tocó el pastel. El postre es pastel, y tal vez, cereza, pero primero pastel y, en todo caso, después cereza.

El verdadero juez podrá prescindir de la cereza, pero nunca del pastel.

Ahora bien, si los jueces sólo prefieren comerse las cerezas, pues tendrán que saber que están actuando mal, y que es necesario que no se dejen impresionar por el complemento, si no conocen la sustancia.

Es una pena que tengamos que tratar acerca de situaciones como éstas, pues ellas, en buena cuenta, constituyen la prueba más palpable de que el sistema de administración de justicia no funciona.

Si fuera al revés, poco tendría que preocupar a los abogados el hacer una verdadera representación teatral frente al tribunal, pues a la altura de los informes orales, el proceso, prácticamente, ya estaría ganado o perdido.

Por lo demás, una justicia administrada de esta forma, no constituye una verdadera justicia; se convierte en una especie de *justicia light*, en una justicia que pasa por encima de la justicia; en buena cuenta, en la justicia de los fuegos artificiales.

El verdadero juez sabe que el proceso lo gana el litigante que usa munición de verdad y no munición de salva.

A estas alturas de mi exposición, quiero referirme a la justicia arbitral.

Como todos sabemos, el reconocimiento constitucional de la misma en 1993, representó el punto de partida para que el arbitraje se desarrolle en nuestro país y constituya hoy en día el medio de administración de justicia más importante en lo que respecta a cuantías patrimoniales en controversia.

Sin miedo podría afirmarse que en la actualidad se discute en los arbitrajes mayores montos controvertidos que en la justicia ordinaria.

No es propósito de esta disertación el analizar las diferencias del arbitraje con respecto a la justicia ordinaria, o tratar acerca de las características que le son propias; pero voy a anotar sólo una de ellas.

Y es que el arbitraje constituye una justicia absolutamente especializada, en la medida de que los árbitros son personas que en el día a día se dedican al ejercicio de su profesión, por lo general, la de abogado.

Esto significa que, a excepción de pocos casos, la inmensa mayoría de abogados, no se dedica, fundamentalmente, al arbitraje, sino que terminan siendo árbitros de manera excepcional y para los procesos específicos en que son designados como tales.

Ello significa que el árbitro es designado por las partes o por los árbitros, en el caso del presidente, teniendo en cuenta diversas condiciones personales, dentro de las cuales está la de conocer la materia sobre la que versará el proceso arbitral, y la de tener el tiempo necesario para dedicarse al caso.

En ese sentido, un árbitro es contratado para ser árbitro en el proceso cuyo tribunal va a integrar; y el árbitro deberá aceptar desempeñar la labor de árbitro en tantos procesos como pueda manejar.

Dentro de tal orden de ideas, el árbitro no podrá poner como excusa a efectos de no administrar una justicia de calidad, el argumento que se cita en el caso de los jueces de los tribunales ordinarios, relativo a una excesiva carga procesal.

El árbitro, por más tribunales arbitrales que integre, llegará a tener algunas decenas de arbitrajes, a diferencia de los jueces de los tribunales ordinarios, los mismos que deberán resolver, no sólo miles, sino decenas de miles de causas.

La situación que acabamos de describir, deviene en indispensable para distinguir la posibilidad o no de administrar una justicia calificada.

Los tribunales arbitrales no tendrán pretexto para administrar una mala o defectuosa justicia, ya que son constituidos especialmente para conocer cada caso.

En ese sentido, si un árbitro no se siente cómodo integrando un determinado tribunal, pues no deberá aceptar el nombramiento; y, si ya lo hubiere hecho, deberá considerar seriamente su permanencia en él.

Por lo demás, los árbitros, habida cuenta de que provenimos del mismo medio que los abogados patrocinantes de las causas en los arbitrajes, conocemos, con mayor cercanía, cuándo se nos está montando una obra de teatro y sabemos discernir, con mayor conocimiento de causa, la paja del trigo.

Adicionalmente, la holgura de tiempo con la que se cuenta para el desarrollo de las audiencias arbitrales, especialmente la audiencia de informes orales, así como la posibilidad de convocar previamente, a

una o más audiencias de carácter informativo o de hechos, permitirá a los miembros de los tribunales arbitrales, preguntar directamente a las partes y a sus abogados, todo aquello que queramos saber.

Asimismo, esas preguntas y la precisión exigida a las respuestas, hará que en muchos casos los abogados tengan necesariamente que salirse de sus libretos, y dejar de actuar la obra que habían montado, pues se darán cuenta de que los árbitros habrán hecho una cabal lectura de la realidad y no habrán comprado boletos para ver una obra de teatro.

No necesariamente las cosas son así, y si no lo son, ¡qué pena!; pero no tengo ninguna duda de que así deberían ser.

Lo digo como árbitro y como abogado en ejercicio.

Me rehúso a que la justicia administrada por jueces y árbitros con la debida formación jurídica, sea tan aleatoria como la del jurado de *Doce hombres en pugna*. Ése sería el epílogo de la justicia en el Perú.

Muchas gracias.

Lima, julio del 2015

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje
se terminó de imprimir en el mes de
diciembre del 2016, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú