Entre el derecho civil y el arbitraje
(Tercera Parte)

Volumen 61 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Entre el derecho civil y el arbitraje

Tercera Parte

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
ASOCIACION IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO

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

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aiddp.com/

Primera edición, diciembre 2018
Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2018-18925

ISBN: 978-612-4400-09-4
Impreso en el Perú - Printed in Peru

A María,
En el recuerdo
y con el más
profundo cariño
de todos nosotros

Índice

Página

Nota del editor 13

Primera parte - Derecho civil

- ¿Cuándo se debe modificar un Código Civil? 17

- El daño moral a la persona jurídica. 43

- Comentarios a algunas propuestas de reforma contenidas en el Libro de Familia del Proyecto de Modificación «no oficial» del Código Civil. 61

Segunda parte - Arbitraje

- La renuncia al cargo de árbitro. 83

- El ejercicio de la abogacía y el arbitraje después de diversos escándalos de corrupción. 101

- Algunas reflexiones en torno a la anulación de los laudos arbitrales. 121

- Palabras de presentación de la obra «Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas.

La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo», escrita por la profesora María Antonieta Delgado Menéndez. 131

- Palabras de presentación de la obra «Motivación de las decisiones arbitrales», escrita por Gino Rivas Caso. 137

- Historia de la *Biblioteca de Arbitraje*. 141

- Palabras de agradecimiento del director de la *Biblioteca de Arbitraje* en la presentación del volumen 50 de la colección. 155

- Arbitraje, transferencia de propiedad y Registros Públicos. 159

- El arbitraje y la familia. 171

- Centros de arbitraje, recusaciones y precedentes vinculantes. 193

- Nuevas reflexiones en torno a la anulación de los laudos arbitrales. 205

- Palabras de presentación del libro titulado «Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano-Cusco 2017». 215

- Palabras de presentación del libro «La testimonial en las reglas de la IBA: Arbitraje y proceso civil», del profesor Juan Luis Avendaño Valdez. 221

- Palabras de presentación del libro «Limitaciones a las facultades de los árbitros», escrito por Ludovina Villanueva Núñez. 229

- Palabras de presentación de la obra «Arbitraje Perú contra España. La República del Perú, sucesora del Imperio Español,

con derecho a recibir parte de las monedas del Odyssey», escrita por el doctor Manuel Villa-García Noriega. 237

Tercera parte - Temas diversos

- Osterling y los otros maestros. El tercer aniversario del fallecimiento de Felipe Osterling. 247

- Palabras de agradecimiento por la imposición de la condecoración de la Orden Vicente Morales Duárez del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. 249

- Palabras de presentación de la obra «La dimensión axiológica de la filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recasens. Una revalorización a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica», escrita por José Carlos Chávez-Fernández Postigo. 257

- Discurso de inauguración del III Encuentro de Estudiantes de Derecho-Universidad Católica San Pablo. 261

- Palabras de presentación de la obra «Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho», de Dévora Franco García. 267

- Palabras de presentación de la obra «Bases romanistas del derecho contemporáneo», escrita por el profesor Álvaro Meneses Díaz. 277

Nota del editor

Ésta constituye la tercera entrega de la serie *Entre el derecho civil y el arbitraje*, cuya primera parte fue publicada en diciembre del 2016 y constituyó el volumen 35 de la *Biblioteca de Arbitraje*. La segunda parte fue publicada en diciembre del 2017 (volumen 50 de la colección).

En esta ocasión presentamos el volumen 61, el mismo que compila mis más recientes trabajos sobre derecho civil y arbitraje, además de algunos otros sobre temas diversos elaborados en este último año con motivo de presentaciones de libros y otras ocasiones de importancia.

También incluyo en este volumen el discurso que pronuncié en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el año 2014, con motivo de mi incorporación como Académico Correspondiente y el discurso que pronuncié el año pasado en el Colegio de Abogados de Lima, al haber recibido la Condecoración Vicente Morales y Duárez.

Como conocen los lectores de nuestra *Biblioteca*, la serie «Entre el derecho civil y el arbitraje», constituye un esfuerzo personal para que todos estos trabajos no caigan en el olvido.

Lima, octubre del 2018

Mario Castillo Freyre[*]

---

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

Primera Parte

Derecho civil

¿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.

---

* 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.

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

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 sobre 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, e 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, parte integrante 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 llevan 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 adopte 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 sus anhelos legislativos prosperen, deberá transigir con sus colegas a efectos de que las ansias legislativas 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,[1] «a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el pecado de

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

la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas».

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 deba 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 estaba, prácticamente, destrozado 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 no 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, han 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 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 constate que aquella reforma que, tal vez, auspició y consideró provechosa para el derecho nacional, había 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 aquellos 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,[2] 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.

---

[2] 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.

El daño moral a la persona jurídica*

1. Palabras liminares

Señores profesores que me acompañan en la mesa y aquéllos que se hallan presentes en el auditorio, estimados colegas, queridos alumnos.

Es muy grato para mí el participar en este «Sexto Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil en la experiencia ítalo-peruana».

Al momento de escoger los temas sobre los que se iba a disertar estos días, decidí abordar el daño moral a la persona jurídica, materia acerca de la cual hace muchos años tuve la convicción de su existencia, pero —lo confieso— creo que siempre estará llena de aristas que la cuestionen y de retos por alcanzar en la definición, tanto de sus contornos como de sus alcances conceptuales.

La primera vez que escribí sobre el particular, fue en el año 2003, cuando con el maestro, Felipe Osterling Parodi, publicamos la última parte de la primera edición de nuestro *Tratado de derecho de las obligaciones*; la segunda, en el año 2014, cuando publicamos la nueva edición de dicha obra. Ahora, cuatro años después, vuelvo sobre el particular, cada vez más convencido de nuestras posiciones de origen.

---

* Ponencia pronunciada la noche del lunes 21 de mayo de 2018 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. Generalidades

Hasta hace algunas décadas,[1] era aceptada en el medio jurídico la tesis de la imposibilidad de que las personas jurídicas sean susceptibles de sufrir daños morales, dada la naturaleza misma de esos entes que son, en buena cuenta, una ficción creada por el derecho, de tal forma que sólo se les reconocían daños patrimoniales.

En esta línea argumentativa, señalábamos que Cipriano[2] manifiesta que el yo sujeto es el que reflexiona, piensa, razona. El yo objeto es el otro sujeto pensado o razonado por el yo sujeto. El yo sujeto-objeto, soy yo mismo que me percibo y reflexiono sobre lo que soy. Esta trilogía de puntos de vista sobre el yo muestra una realidad que verdaderamente no hace posible, en principio, admitir que una persona ideal o jurídica sea un yo sujeto. Reflexionar, razonar, percibir, sentir, es propio del hombre persona: es propio de órganos físico-psíquicos.

Asimismo, Scognamiglio[3] sostiene que, definitivamente, ha de convenirse que la reparación por daños morales pertenece sólo a las personas físicas. Esta solución no se considerará injusta por quien tenga siempre presente el carácter esencialmente compensatorio de la pretensión que, como tal, obviamente, no podrá hacerse valer cuando el daño que haya de repararse no se produjo.

Como recordábamos junto al maestro Osterling, de la misma forma, Guido Alpa[4] afirma que las personas jurídicas no son susceptibles de ser

---

1 *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de derecho de las obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2.ª edición, volumen v, pp. 2241-2257.

2 Citado por Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica» En *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca, 1989, pp. 407 y 408.

3 *Cfr*. Scognamiglio, Renato. *El daño moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 82.

4 Alpa, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 596. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit*., volumen v, p. 2243.

sujetos pasivos de un daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza, no pueden encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*): ello le corresponde sólo a las personas naturales; y, eventualmente, al concebido.

Precisamente, con Osterling sosteníamos[5] que, a través de estas opiniones, se está adoptando un concepto muy restringido de daño moral que, obviamente, descartará de plano la existencia de perjuicio moral en las personas jurídicas, ya que éstas (que no tienen sentimientos en razón de su estructura colectiva) no podrían invocar el carácter de víctima de los actos ilícitos susceptibles de producir tales consecuencias.

Stiglitz y Echevesti,[6] sin abandonar la posición citada, introducen el tema de si las personas jurídicas son o no titulares de derechos extrapatrimoniales, y postulan que la problemática concerniente a la existencia de daño moral en la persona jurídica surge de otorgar a esta última la titularidad de ciertos derechos extrapatrimoniales (honor, nombre, libertad de acción, intimidad, etc.).

Añaden los profesores citados que, cuando se tutela el nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad y otros derechos similares de las personas jurídicas no se les está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino un derecho de neto corte patrimonial.

Indican que ello es tan así que —por ejemplo— el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de cesión o enajenación en el negocio (fondo de comercio); la reputación o el prestigio pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de una valoración económica e integran el concepto de valor «llave»; la libertad de acción no

---

5 *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2243.

6 Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti. *Responsabilidad civil*. Mosset Iturraspe, Jorge (dir.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992, pp. 255 y 256. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2243.

es sino la libertad de negociar; y la intimidad, no es otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas, en cambio, son inenajenables, e inmutables, y poseen los caracteres de lo extrapatrimonial.

Creemos que lo señalado no parece ser un argumento que se ajuste a la verdad, ya que en la práctica la persona jurídica también podrá ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros; y, en efecto, se podrán lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se formulan juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia, encontrándose facultada para solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.[7]

Brebbia[8] señala que los derechos extrapatrimoniales o morales son aquéllos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales que componen lo que la persona es. Tales derechos son los llamados derechos de la personalidad, inherentes a la personalidad o personalísimos, caracterizados por no ser apreciables en dinero, absolutos, incesibles e inalienables, y susceptibles de adquirirse o perderse con independencia de la voluntad específica de sus titulares.

Gil Botero[9] sostiene que en Colombia, si bien se mantienen los esquemas tradicionales de clasificación del daño (daño patrimonial o material y daño extrapatrimonial o inmaterial), no se puede desconocer que la existencia de ese haz de garantías constitucionales reconocidas en favor de las personas naturales y jurídicas, hace que el derecho de

---

7 *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2245.

8 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de Responsabilidad Civil. En honor al Doctor Augusto Morello*. La Plata: Librería Editorial Platense S.R.L., 1981, pp. 55 y 56. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2246.

9 *Cfr*. Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, 2011, 5.ª edición, p. 191.

daños aborde problemas como el de definir si es posible afectar bienes personalísimos de las personas jurídicas, sin que necesariamente sean comprendidos y mensurables esos perjuicios bajo la égida del daño material o patrimonial.

A nivel nacional, autores como Alfonso Rebaza[10] también admiten la titularidad de derechos no patrimoniales por parte de la persona jurídica, invocando el correspondiente resarcimiento frente a la vulneración de los mismos.

De hecho, en una investigación posterior, el profesor Juan Espinoza[11] ha señalado que no se puede solicitar indemnización por una lesión física o psíquica (por motivos obvios), pero sí la lesión de un derecho existencial (o no patrimonial) del cual es titular (por su propia naturaleza) la persona jurídica.

3. El daño moral a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas

El profesor argentino Pascual Alferillo[12] sostiene que «es dable recordar que en la doctrina civilista se ha interpretado como factible que las personas jurídicas puedan ser indemnizadas por daño moral. Entre los defensores de esta tesis podemos mencionar a Brebbia, quien señala que la persona jurídica es sujeto pasivo del agravio moral; también a Garrido Cordobera, Banchio y Vallespino, quienes suscribieron, en las

---

[10] Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Per*ú. Lima: Normas Legales Editora, julio 2002, año lii, n.° 36, p. 113. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit*., volumen v, p. 2247.

[11] *Cfr*. Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rodhas, 2013, 7.ª edición, p. 271.

[12] *Cfr*. Alferillo, Pascual E. Pr*escripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial*. Trabajo en preparación proporcionado por el profesor Alferillo y facilitado para la elaboración de esta investigación.

Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, [lo] siguiente […]: «Las personas de existencia ideal, cuando sufren un menoscabo a los atributos o presupuestos de su personalidad jurídica, están legitimadas para reclamar la reparación del daño moral padecido».

Ahora bien, Jorge Joaquín Llambías[13] mencionaba entre estos derechos a los atributos inherentes a la personalidad, como el derecho al nombre, el derecho al honor, los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y de libertad de enseñanza, porque esas garantías de la libertad individual —para ser efectivas— deben extenderse a los núcleos asociativos que fundaren los individuos humanos.

Brebbia,[14] por su parte, desarrolla los siguientes derechos: al honor, al nombre, a la privacidad, a la libertad de acción, el derecho moral del autor sobre la obra que le pertenece, el derecho a la seguridad personal y la protección de los valores de afección.

Sobre la base de estas opiniones, a continuación, vamos a analizar cómo la vulneración de cada uno de estos derechos extrapatrimoniales puede generar un daño moral a la persona jurídica.

3.1. En cuanto al derecho al honor, consideración o fama

Las personas jurídicas tienen, en principio, derecho a que se las estime dignas de respeto y consideración; a que no se las afecte en su fama o reputación, en un mismo grado que a las personas individuales. En otros términos, las personas colectivas tienen honor y los terceros están

---

[13] Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo I, pp. 64 y 65. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2247.

[14] Brebbia, Roberto H. *La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Op. cit.*, pp. 62-68.

obligados a respetar este atributo, como uno de los más importantes de la esfera moral de los sujetos.[15]

Santos Cifuentes[16] señala que no es lo mismo una entidad desquiciada en su actuación societaria, que un ponderoso ente bien dirigido y apuntalado por sus órganos, con estima personal reconocida, puntualidad en el cumplimiento, ponderación por seriedad, actuación ética, etcétera.

Atendiendo a la evolución conceptual de este reconocimiento, la Corte Constitucional de Colombia,[17] en una sentencia el año 2001, reconoció este derecho, al señalar que:

> Las personas jurídicas son titulares de derechos como el derecho al buen nombre, entendido como el derecho a la reputación, o sea, el concepto que las demás personas tienen de uno. Este derecho cobija […] tanto a las personas naturales como jurídicas. El núcleo esencial de este derecho, consagrado en el artículo 15 de la Constitución, permite proteger a las personas jurídicas ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas o injuriosas. Es la protección del denominado *good will* en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente.
> […] El artículo 13 de la Constitución consagra expresamente el derecho a la igualdad ante la ley, vedando cualquier discriminación (esto se aplica tanto a las personas naturales como jurídicas).

La doctrina, finalmente, indica que, como resultado de la afectación del derecho de la fama y consideración de una empresa, por efecto de errónea y calumniosa información soltada al mercado por su competidora, se producirá un daño real y comprobable que atacará su buen

---

15 *Ibidem*, p. 62. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2248.

16 Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 408. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2248.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-938, del año 2001.

nombre y que traerá como consecuencias colaterales la pérdida de clientela o el deterioro de sus créditos bancarios, repercutiendo en la posibilidad de presentes y futuras ganancias.[18]

Por ejemplo, respecto de partidos políticos, sindicatos, fundaciones, asociaciones, confesiones religiosas sin ánimo de lucro, es decir, de personas jurídicas caracterizadas por la unión de una colectividad de personas físicas, es evidente que sí se les debería reconocer el derecho al honor, pues su desprestigio haría muy difícil la obtención de sus fines sociales.[19]

3.2. En cuanto al derecho al nombre y a la identidad

Anota Brebbia[20] que el nombre o denominación mediante el cual se distinguen las personas jurídicas, goza de la misma protección que el de las personas individuales. Toda persona es una realidad totalmente determinada y diferenciada de otra, y el nombre constituye una de las maneras que los sujetos de derecho tienen para diferenciarse de otros.

Ripert y Boulanger[21] afirmaban que el nombre es atribuido a la persona por el acto creador. Además, esta atribución cumple con la exigencia de dar publicidad a la creación de una nueva persona jurídica para revelar su existencia a terceros. Esto implica que el nombre de las personas jurídicas debe estar protegido en la misma medida que el de las personas físicas, puesto que para las sociedades comerciales constituye un elemento del fondo de comercio.

---

18 *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2248.

19 *Cfr*. Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo I, p. 538.

20 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 64. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2250.

21 Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1963, tomo I, pp. 338 y 339.

En buena cuenta, se puede sostener que la usurpación indebida del nombre comercial de una empresa, abiertamente manifiesta o encubierta, constituirá un ataque a su derecho a la identidad, que traerá como posible consecuencia la no percepción de las respectivas utilidades, debiendo ser la empresa indemnizada por dicha circunstancia.[22] [23]

3.3. En cuanto al derecho a la privacidad

Aun cuando las personas jurídicas no tengan una esfera de privacidad tan amplia como las personas individuales, esto no impide que puedan desarrollar actividades de carácter reservado inherentes a su fuero interno, las cuales deben quedar exentas de intrusiones de terceros.[24]

Ese derecho a la privacidad se traduce, principalmente, en la facultad de mantener su domicilio libre de intrusiones, en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos de carácter confidencial o privado, en el derecho al secreto profesional, en el derecho a que no se divulgue información que es manejada dentro de la empresa con carácter de reservado y en el derecho a que las demás empresas no se entrometan en la vida privada de sus similares.[25]

---

[22] *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2249.

[23] Sin perjuicio de lo señalado, hemos encontrado una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la que se sostiene que «no tiene cabida en el presente caso la consideración del derecho fundamental al buen nombre, pues tratándose de una sociedad anónima, como es la peticionaria, no podría predicarse con respecto a ella un derecho de esta naturaleza, protegible a través de la tutela, pues lo que podría denominarse el derecho a su imagen o *good will* tiene sus propios y autónomos mecanismos de protección». Cabe anotar que en dicha sentencia no se menciona cuáles son esos mecanismos de protección y, además, se confunde los conceptos de nombre e imagen. (Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 1995).

[24] *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2250.

[25] Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 66 y 67. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2250.

En opinión de Matilde Ferreira,[26] puede afirmarse que las personas jurídicas deben ser tuteladas en su vida privada, de modo que la correspondencia, las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa, así como algunas relaciones con personas jurídicas o con seres humanos, queden protegidas. Todo ello —según manifiesta Antonio Pérez Luño—,[27] a tenor de las técnicas de espionaje industrial que podrían afectar gravemente el prestigio de las empresas, razón por la cual resultaría insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto.

3.4. En cuanto al derecho a la libertad de acción

La persona jurídica tiene derecho a desarrollar las actividades que el ordenamiento legal le permite. En este sentido, las personas jurídicas pueden ver trabada esta libertad de acción, lo mismo que las personas físicas, y mediante una acción ilícita puede impedirse la actividad, industria o comercio que constituyen su fin estatutario. Las personas jurídicas o de existencia ideal pueden reclamar también la indemnización del daño moral por la violación de este derecho a la libertad de acción, que integra la personalidad moral de toda clase de personas.[28]

Un ejemplo de esta clase de interferencia en la libertad de acción de una persona jurídica, es la intervención y posterior impedimento del

---

[26] Ferreira Rubio, Matilde. *Personas jurídicas. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2250.

[27] Pérez Luño, Antonio. *Personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69.

[28] *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2250.

desarrollo del objeto social de una empresa, obtenida mediante la invocación de hechos falsos por parte de su competidor.[29]

3.5. En cuanto al derecho moral del autor sobre su obra

La persona jurídica puede ser titular de una obra científica (marcas, patentes, *know-how*, etcétera), literaria o artística, y la violación de dichos derechos de carácter extrapatrimonial importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la entidad.[30]

En efecto, se ha señalado —con razón— que en el caso particular de los derechos de autor, otorgados por el editor que ha publicado la obra, se protege la personalidad de aquél, pero en relación estricta con su obra, y comprenden el derecho a decidir acerca de la divulgación de su obra, esto es, darla a conocer o mantenerla reservada en su ámbito de privacidad, su condición de creador y la integridad de la creación, y el derecho de retractarse y retirarla de circulación, de tal suerte que el daño producido a la persona jurídica ingresará en esa faceta en el campo extrapatrimonial y puede ser ponderado a los fines del resarcimiento correspondiente.[31]

3.6. En cuanto al derecho a la seguridad personal

A decir de Brebbia,[32] el concepto de seguridad personal no es privativo de las personas individuales, sino que comprende a toda clase de personas, pues constituye un presupuesto del derecho a la libertad de acción, ínsito en toda persona. Así, las personas jurídicas podrían ver

---

[29] Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 64 y 65. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2251.

[30] *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2251.

[31] *Cfr.* Abrevada, Alejandra D. *El daño y su cuantificación judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 431.

[32] Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2251.

amenazada su existencia como entes titulares de derechos y obligaciones, por ataques materiales a los bienes patrimoniales que constituyen uno de los presupuestos de su personalidad jurídica o por la impetración de medidas judiciales temerarias o maliciosas que tiendan a trabar o impedir el cumplimiento de los fines propuestos al constituirla, con el consiguiente peligro de extinción. Por ello, la violación de este derecho acarreará un daño moral de manera directa, e indirectamente un daño patrimonial, susceptibles, ambos, de indemnización.

3.7. En cuanto al derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes

El mismo Brebbia[33] sostiene que la especial relación afectiva que existe entre una persona y una cosa, se produce generalmente en el caso de las personas físicas. Por ello, en el caso de las personas jurídicas, éstas sólo poseerán tal derecho en supuestos excepcionales. En este caso, la vinculación particular entre persona jurídica y cosa resulta de la finalidad de bien común que persigue el ente según sus estatutos.

Resulta conveniente traer a colación el relato que a título de ejemplo efectuara Rebaza,[34] señalando el agravio moral que se produciría al Museo de Louvre si la Gioconda o los papiros egipcios que celosamente custodia fuesen destruidos o gravemente deteriorados. En estos casos, no obstante referirse a bienes materiales, queda claro que estos objetos cuentan con un valor afectivo que supera toda consideración patrimonial. Esta entidad, además de la pérdida material sufrida, experimentará un daño moral cuya manifestación no requiere que la persona jurídica posea sentimientos o aspectos psicológicos.

---

[33] Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 68. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2252.

[34] Rebaza González, Alfonso. *Op. cit.*, p. 85. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2252.

3.8. En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad

Scognamiglio[35] sostiene que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra referido a las condiciones que debe crear el ordenamiento jurídico para que una empresa pueda desarrollar las actividades inherentes a su objeto social y alcanzar sus fines dentro de un ambiente de tranquilidad y con un Estado que propicie las condiciones óptimas para que estos objetivos se logren.

Rebaza[36] advierte que este derecho no pretende proteger las ganancias expectaticias que hubiera podido percibir una empresa de no haberse verificado los eventos dañosos (lucro cesante), sino el prestigio, la fama, el derecho al crédito, entre otros, que habría obtenido de no haberse producido el agravio. Así —precisa—, se podría citar el caso de una empresa textil a la que se le destruye la única máquina capaz de confeccionar los grabados que la distinguen en el mercado, justamente antes de la campaña de mayores ventas y en vísperas de celebrar un contrato internacional que le generaría cuantiosos beneficios. En este supuesto, deberá evaluarse no sólo el daño patrimonial infringido a la persona jurídica, sino también la frustración de su desarrollo en el mercado y de su viabilidad como empresa.

4. Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional

En el Perú este tema ha ido evolucionando de manera notable.

---

[35] Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, p. 82. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2252.

[36] Rebaza González, Alfonso. *Op. cit.*, p. 86. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2254.

La Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil del día 18 de noviembre de 1997,[37] respecto al tema referente a la prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual, asumió una concepción restringida de daño moral, lo que la llevó a arribar, producto de un acuerdo unánime, a la siguiente conclusión:

> El daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales. [….] Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas […].[38]

Luego, cinco años más tarde, el Tribunal Constitucional,[39] en una sentencia del 14 de agosto de 2002 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre del mismo año, resolvió la procedencia de la acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la Empresa Comunicación y Servicios S.R. Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues afectan los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera.

El Tribunal Constitucional consideró que las personas jurídicas también podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias, pues ello se desprendería —implícitamente— del artículo 2, inciso 17, de nuestra Constitución, ya que mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar

---

[37] Integrada por Jorge Carrión Lugo, Héctor Lama More, Isabel Hasembank Armas, Víctor Raúl Mansilla Novella, Rolando Martel Chang y José Díaz Vallejos.

[38] Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2253.

[39] Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 12 de septiembre de 2002 y expedida el 14 de agosto del mismo año. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2254.

en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es —a su vez— una garantía constitucional, en la medida en que se promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada.[40]

El Tribunal Constitucional en esta sentencia también se manifestó en torno al derecho a la fama y buena reputación de las personas jurídicas y expresó que:

> El fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento y la posibilidad de tutela jurisdiccional está directamente vinculado con el ser humano.
> Sin embargo, […] éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra «la imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Por otra parte, a nivel constitucional, como acertadamente hacía referencia la citada sentencia, la Carta Política del Perú de 1979 disponía en su artículo 3 que los derechos fundamentales consagrados en su artículo 2, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto

---

[40] *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen v, p. 2254.

le fueran aplicables. Debemos entender que cuando el artículo 2 de la vigente Constitución de 1993 hace referencia a los derechos de la persona, toma este último término en un sentido amplio e incorpora a las personas jurídicas algunos de los derechos fundamentales mencionados por el acotado artículo.[41]

Cabe señalar que el Código Civil de 1984 también habilita la protección de los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas. Esto se desprende de una interpretación extensiva de los artículos 1322, 1984 y 1985 de dicho cuerpo normativo. En tal sentido, se debe tener en cuenta el criterio amplio de daño moral anteriormente desarrollado, pues sólo de esta manera se estaría protegiendo los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2 de la Constitución, los que —como ha sido expuesto— resultan aplicables a las personas jurídicas.

Como decíamos con el profesor Osterling, es importante precisar que esta interpretación extensiva atiende a la *ratio legis* de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar a otro, así como en el derecho de una persona, sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños infringidos.

Existen también otras sentencias en donde se ha reconocido que una persona jurídica puede sufrir daños morales.[42]

---

41 *Cfr*. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit*., volumen v, p. 2256.

42 Aunque en el caso concreto no se otorgaron al demandante, resulta ilustrativo leer el fundamento de la Cas. n.° 2673-2010-Lima, de fecha 31 de mayo de 2011, la misma que recoge los siguientes términos:
«Sexto.- Que, bajo este orden de ideas, es del caso señalar que si bien es cierto que una persona jurídica (Banco Central de Reserva del Perú) pretende que se le indemnice por el daño moral que el Instituto de Peruano de Economía le habría causado al hacer una publicación en su página web alegando que la entidad bancaria vende moneda extranjera con la intención de crear un ambiente de calma y reducir el impacto a una candidatura presidencial, lo es también que para amparar este tipo de procesos, no basta la sola afirmación de la acción antijurídica o el menoscabo a la credibilidad de su reputación, sino que el actor como titular deba

De otro lado, y de manera más reciente, en una Casación[43] publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 31 de julio de 2013, se estableció lo siguiente:

> Quinto.- Que, sobre el daño moral de las personas jurídicas, […] éstas, como titulares de situaciones jurídicas existentes (como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros), son pasibles de sufrir daños morales, por cuanto sus derechos pueden lesionarse si se hacen afirmaciones inexactas sobre ellas, o se hacen juicios de valor negativos o simplemente si se viola su correspondencia, pudiendo solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano ha emitido una sentencia en la que se enumeran los derechos que tienen las personas jurídicas, señalando un número muy apreciable de ellos:[44]

---

certificar a través de los mecanismos de prueba que hay en nuestro ordenamiento legal que la lesión efectuada por la acción antijurídica le causó perjuicio, hecho que no se da en el caso de autos, más aún si advertimos que la entidad recurrente sólo se limitó a cuestionar las opiniones vertidas en diferentes diarios del país, pero no demuestra con prueba fehaciente como lo dicho por el demandado le causó perjuicio, aún si tenemos en consideración que las publicaciones cuestionadas se hicieron en uso de la libertad de opinión consagrada en la Constitución, por cuanto el instituto demandado, se encuentra facultado para opinar respecto a la variación del precio de la moneda, más aún si el Banco Central de Reserva hizo una intervención a gran escala comparada con los años anteriores para bajar el costo de la moneda extranjera, por lo que el recurso debe desestimarse».

[43] Cas. n.º 2673-2010-Lima, de fecha 31 de mayo de 2011.

[44] «14. En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:

a) El derecho a la igualdad ante la ley (artículos 2, incisos 2, 60, 63).
b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2, inciso 4).
c) El derecho de acceso a la información pública (artículo 2, inciso 5).
d) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (artículo 2, inciso 5, párrafo segundo).

La importancia de esta lista es innegable, pues ella permite identificar qué derechos son de titularidad de una persona jurídica, y la vulneración de alguno de ellos podría abrir la puerta para entrar en el análisis de la posibilidad de resarcir un eventual daño moral sufrido.

Evidentemente, nos encontramos frente a un tema de infinitos alcances; y es claro que varios de ellos escapan a los de esta ponencia.

Muchas gracias.

---

e) El derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6).
f) El derecho a la buena reputación (artículo 2, inciso 7).
g) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8).
h) La inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9).
i) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2, inciso 10).
j) La libertad de residencia (artículo 2, inciso 11).
k) El derecho de reunión (artículo 2, inciso 12).
l) El derecho de asociación (artículo 2, inciso 13).
m) La libertad de contratación (artículo 2, inciso 14).
n) La libertad de trabajo (artículo 2, inciso 15, y artículo 59).
o) El derecho de propiedad (artículo 2, inciso 16).
p) El derecho a la participación en la vida de la nación (artículo 2, inciso 17).
q) El derecho de petición (artículo 2, inciso 20).
r) El derecho a la nacionalidad (artículo 2, inciso 21).
s) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (artículo 19).
t) La libertad de iniciativa privada (artículo 58).
u) La libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59).
v) La libre competencia (artículo 61).
w) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (artículo 74).
x) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3)».

(Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente n.° 4972-2006-PA/TC).

Comentarios a algunas propuestas de reforma contenidas en el Libro de Familia del Proyecto de Modificación «no oficial» del Código Civil*

1. Necesaria precisión

Antes de realizar comentarios puntuales sobre algunas normas que se pretende modificar de nuestro Código Civil, quisiera dejar sentada mi posición en torno a algunos hechos que se han suscitado en el medio jurídico peruano.

Como sabemos, a inicios del mes de julio de este año, el portal web *LaLey.pe* publicó un documento que, según dicha información, sería el texto del Anteproyecto de Reforma al Código Civil.

Sin embargo, de manera sorpresiva, mi buen amigo, el abogado Carlos Agurto Gonzales, en su calidad de integrante de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejoras al Código Civil, constituido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, informó que «la versión del anteproyecto de reforma de ese cuerpo normativo que viene circulando en las redes sociales no es la oficial. La versión que viene circulando es un documento preliminar, presentada por el Grupo de Trabajo al Minjus, pudiendo ser modificado por el Ministerio, o en coordinación con el Grupo de Trabajo. La difusión del documento preliminar se ha realizado sin autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o del Grupo de Trabajo».

---

* Trabajo remitido a Gaceta Jurídica en julio del 2018.

Cabe señalar que este post, publicado en la cuenta de *Facebook* del citado profesor, fue posteriormente eliminado.

Luego de ello, el profesor y apreciado colega Gastón Fernández Cruz, en su calidad de presidente del Grupo de Trabajo, publicó en su cuenta de *Facebook* un «Aviso importante sobre la circulación del Anteproyecto de Reforma del Código Civil».[1]

---

[1] «Como es de conocimiento de ustedes, con fecha 4 de julio de 2018, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil que presido, hizo entrega al Minjus del Anteproyecto de Reforma del Código Civil.
Sin embargo, en menos de 24 horas posteriores a la entrega, el Grupo de Trabajo tomó conocimiento que el referido Anteproyecto estaba siendo difundido por algunos portales jurídico (sic) web tales como *La Ley y Legis.pe*, en flagrante violación a la confidencialidad a la que está sujeta el documento; publicaciones no autorizadas ni por el Grupo de Trabajo ni por el Minjus.
El documento que está circulando, no constituye aún ni la versión final ni la oficial, toda vez que todavía está sujeto al procedimiento interno de observaciones del Minjus, así como a revisión final por el propio Grupo de Trabajo.
El Grupo de Trabajo lamenta profundamente la práctica de algunos medios de información jurídica que han divulgado un documento confidencial, negándose a retirarlo, aduciendo que se trata de un documento de interés público, pese a habérseles advertido a través de la Secretaría Técnica que se trata de un documento que no es el final y que es todavía confidencial.
El Grupo de Trabajo ha decidido poner oficialmente en conocimiento del Minjus lo ocurrido a fin de que se inicien las investigaciones correspondientes y, de ser posible, se identifique a los responsables de esta flagrante violación de un documento confidencial.
El Grupo de Trabajo exhorta a toda la comunidad jurídica a no prestarse a comentar y menos escribir en revistas jurídicas sobre el documento que está circulando, no sólo por tratarse de un documento que no es el definitivo, sino principalmente porque quienes lo hagan podrían ser partícipes de complicidad en la violación cometida.
Oportunamente, luego de concluido el procedimiento administrativo correspondiente, se pondrá a debate nacional el Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil, en el que durante casi dos años han intervenido en su elaboración más de sesenta juristas nacionales, tanto de Lima como de provincias».

Sin perjuicio de ello, quisiera señalar algunas cosas en relación a estos hechos.

La primera está relacionada a un tema que nos interesa a todos y es que, como sabemos, el Código Civil es la norma que más utilidad práctica posee en nuestra sociedad. De hecho, otras ramas del derecho lo necesitan, a efectos de resolver problemas y situaciones puntuales, razón por la cual todo intento de modificación que se quiera realizar a este cuerpo legal debe pasar por un proceso que involucre a todos los peruanos.

En ese sentido, y de la comunicación que el profesor Agurto ha publicado (que, como miembro del grupo de trabajo, debe dársele la importancia que amerita), se aprecia con absoluta claridad dos cosas:

i. El documento que circula en las redes sociales es el documento oficial del grupo de trabajo conformado para plantear mejoras a nuestro Código Civil.

ii. Es evidente que el Ministerio puede modificar ese trabajo que dicho grupo ha entregado.

Sin embargo, lo que me preocupa es que se quiera sacar del ámbito de la sana crítica y debate un documento que sí constituye el documento final y oficial del grupo de trabajo conformado para este fin, en el que, dicho sea de paso, han colaborado e integrado reconocidos profesores y amigos míos.

No entiendo la razón por la cual se quiere hacer una distinción que todos sabemos que existe, pues es claro que una cosa es el documento final y oficial del grupo de trabajo y otra, muy distinta, es el documento final y oficial que el Ministerio vaya a presentar a la sociedad para su debate público.

El debate y discusión del documento final del grupo de trabajo que circula en las redes y que, entiendo, es el documento que se entregó al Ministerio de Justicia el día 4 de julio de 2018, debe iniciarse de una vez.

Otro punto que merece atención es el referido a si dicho documento tiene el carácter de confidencial, o no. A mí me parece que, de ninguna forma lo tiene, porque este grupo de trabajo ha sido creado por el Ministerio de manera oficial y tiene como objetivo, dadas las altas cualidades de sus integrantes, servir al país a través de la propuesta de un documento que contenga mejoras a nuestro Código Civil.

En ese orden de ideas, cualquier peruano podría tener la facultad de solicitar información a este grupo de trabajo sobre sus avances, sin problema ni impedimento alguno. No se trata de un asunto de carácter privado para que tenga la calidad de confidencial. Además, si esa solicitud de información la podría hacer cualquiera de nosotros mientras dicho grupo de trabajo se encontraba en plenas labores, es evidente que cuando dicho grupo ha presentado su producto final, con mayor razón uno podría solicitar acceso a esa información.

Entonces, creo que este documento elaborado por el grupo de trabajo con el objetivo de reformar nuestro Código Civil, debe ser estudiado y difundido.

Teniendo en cuenta esto, me parece necesario que el debate se inicie de una vez y el mismo se centre, en esta primera etapa (porque estoy seguro de que habrá más etapas) en el documento final y oficial que el grupo de trabajo ha entregado.

En este punto felicito la posición que ha adoptado la revista *Gaceta Civil y Procesal Civil* de preparar un número especial que tenga por objeto estudiar estas propuestas, pues el debate es necesario.

Así las cosas, hecha esta breve reflexión, voy a comentar el sentido de algunas normas que pretenden ser introducidas como modificatorias al Libro de Derecho de Familia de nuestro Código Civil.

2. Sobre el artículo 295: Elección del régimen patrimonial

Código Civil	Propuesta de modificación
Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.	Artículo 295.- *Elección del régimen patrimonial* 1. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. 2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. 3. No será necesario otorgar escritura pública cuando los contrayentes lo declaran en el acto de la celebración del matrimonio, lo que deberá constar en el acta. 4. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. 5. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. 6. Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros.

La propuesta de modificación agrega los incisos 3 y 6 al texto vigente del artículo 295.

La exposición de motivos señala que:

> Tomando como antecedente la propuesta de la Comisión del 2006, se estima necesario adicionar un párrafo respecto a la unión de hecho. La norma proyectada incorpora la facultad de los contrayentes de elegir el régimen patrimonial que regirá su vida conyugal en el mismo acto de celebración de matrimonio o antes de éste. Se propende a liberalizar la voluntad de los contrayentes en la misma ceremonia matrimonial, así como en unificar en un solo acto la voluntad nupcial, economizando costos, trámites y tiempo. Asimismo, a falta de declaración sobre el régimen patrimonial aplicable, se mantiene la presunción de que los contrayentes optaron por el régimen de sociedad de gananciales.

En una investigación anterior,[2] en torno al tema del inciso 3, he sostenido que, si bien este cambio puede sonar bien al leerlo, en verdad no tiene mayor trascendencia; y, por consiguiente, no va a tener mayor futuro por una razón tan sencilla que para la Comisión ha pasado inadvertida.

Cuando una pareja decide casarse por el régimen de separación de patrimonios, es por razones que, generalmente, desea guardar en reserva y preferiría no hacer públicas para que el resto de personas empiecen a preguntarse por qué esa pareja se casa bajo el régimen de separación de patrimonios, sea por las razones que fuere. Entonces, resultaría muy raro pensar que alguna pareja quiera que, en su ceremonia matrimonial, con los amigos, los parientes; y, en general, con todos los asistentes a la ceremonia civil que, incluso, a veces se realiza inmediatamente después de la ceremonia religiosa, el alcalde o funcionario municipal anuncie en

---

[2] *Cfr*. Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra, 2006, pp. 299 y ss.

voz alta que, de conformidad con el artículo 295 del Código Civil, los contrayentes han elegido el régimen de separación de patrimonios.

Así, yo decía en aquel entonces, que se supone que el matrimonio es un acto en el cual no debería haber ninguna suspicacia. El tema del régimen económico escogido por la pareja no tiene por qué hacerse público durante la boda. ¿Qué pareja va a querer compartir esta información para ser luego objeto de comentarios o especulaciones? ¿Qué impacto en las relaciones económicas tendrá una enmienda como ésta que, en la práctica, ténganlo por seguro, no sería aplicada?

El inciso 3 hace referencia a que los contrayentes «declaren» este hecho, razón por la cual los problemas que acabamos de mencionar podrían, sin duda, presentarse.

Otro supuesto es aquél en el cual se inicia una unión de hecho y nada se dice en relación a la sociedad de gananciales, y luego se desea liquidar la sociedad de gananciales (tal como lo señala el inciso 6), supuesto éste que resulta válido, ya que, como dijimos en el párrafo anterior, una vez constituida la unión de hecho, con los requisitos de ley, las partes entran al régimen de sociedad de gananciales.

Por otra parte, en relación a la propuesta de modificación del inciso 6, debemos decir que en ella se hace referencia a que «Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros».

Sin embargo, la norma propuesta incurre en un error, pues la formalización de una separación de patrimonios podría caber —y, de hecho, varias parejas optan por hacerlo— antes del inicio de la unión de hecho, precisamente, para efectos de que una vez cumplidos los dos años de convivencia y los demás requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil, jamás se entienda que los bienes adquiridos forman parte de una

sociedad de gananciales; y que tampoco se pudiera entender que son bienes adquiridos bajo un régimen de copropiedad común y corriente.

Finalmente, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que ya es momento de que el régimen que exista en nuestro país sea el que, a falta de acuerdo, se esté ante una separación de patrimonios; y no, como ocurre hoy, que se presuma la sociedad de gananciales. Éste sí hubiera sido un cambio importante en materia de derecho de familia, pues el aspecto personal nada tiene que ver con el ámbito patrimonial. Uno se casa por amor, y ese principio rector es el que debe inspirar la regulación de esta institución.

3. SOBRE EL ARTÍCULO 296: SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

CÓDIGO CIVIL	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
Artículo 296.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.	Artículo 296.- *Sustitución del Régimen Patrimonial* 1. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública. 2. Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal. 3. Cabe la sustitución del régimen patrimonial por los integrantes de la unión de hecho inscrita, y para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

La exposición de motivos de esta modificación, señala que:

> La propuesta establece que el régimen patrimonial elegido, antes o en el acto de celebración del acto de matrimonio, sólo será oponible ante terceros, en cuanto sea inscrito en el Registro Personal. Se dispone, como en el proyecto de reforma del 2006 que, para el caso de la sustitución voluntaria del régimen patrimonial, la inscripción de la elección del nuevo régimen es imprescindible para que surta efectos frente a terceros. De esta forma, la inscripción de la elección del régimen económico como su sustitución generan consecuencias frente a los interesados ajenos al vínculo conyugal que puedan ser afectados o comprometidos.

Ahora bien, cabe destacar que, en este caso, en estricto, no hay cambio alguno. El sentido de la norma es exactamente el mismo que el del precepto en actual vigencia. La modificación propuesta es sólo una cuestión teórica que, como tal, no tiene mayor injerencia en los hechos, en tanto los efectos prácticos serían iguales a los que emanan de la norma vigente.

Además, por un asunto de seguridad jurídica, la validez debería estar sujeta a la inscripción en el registro, de tal suerte que no quepa la posibilidad de distinguir entre dos actos (la sustitución y su inscripción), sino uno solo, porque se podría pensar que, si yo no inscribo en el registro personal teóricamente dicha sustitución, no surte efectos ante terceros.

En esa misma línea, hay algo que, al parecer, no se ha tenido en cuenta, y es que puede ocurrir en la realidad que dicha sustitución (sin inscripción en el registro) sea conocida por personas cercanas a la pareja, supuesto en el cual cabe preguntarnos: ¿si se trata de personas que en los hechos sí conocen la sustitución del régimen, pero éste no está inscrito en el registro, significa que ese cambio no surte efectos ante dichas personas que conocen de esta realidad? Es obvio que la respuesta es que sí debería surtir efectos, pero gracias a la norma (que diferencia cambio e inscripción), en un plano formal, se diría que no.

Por otro lado, en torno al inciso 3, se debe tener en cuenta que el vigente texto del artículo 326 del Código Civil (que regula la unión de hecho) no exige la inscripción de la unión de hecho para que sea reconocida como tal, sino que únicamente crea la posibilidad de registrar las uniones de hecho, registro de carácter voluntario y meramente declarativo.

Sin embargo, la realidad enseña que dicha posibilidad de inscripción no es del todo eficaz, ya que la mayoría no la inscribe porque no desea hacerlo, básicamente, por un tema de pudor y reserva frente a terceros en relación a su estado civil, que es el de personas que no estando casadas, conviven como si lo estuvieran. No se quiere que la publicidad de un registro destruya las apariencias frente a la sociedad.

Así las cosas, la propuesta no tiene en cuenta esta realidad y es que las uniones de hecho en el Perú, usualmente, no se inscriben (salvo una absoluta minoría). Si ello es así, no tiene sentido que el cambio de régimen esté aparejado de la existencia de la inscripción de una unión de hecho, de tal suerte que el cambio de régimen debería ser válido, incluso, cuando no se hubiere inscrito la unión de hecho. Debería habilitarse un mecanismo registral para que ello sea posible.

4. Sobre el artículo 303: Administración de bienes propios

Código Civil	Propuesta de modificación
Artículo 303.- Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.	Artículo 303.- *Administración de bienes propios* 1. Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. 2. Aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar.

La exposición de motivos señala que:

> Por regla general dispuesta por el Código, cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. Asimismo, la proyectada norma establece que, respecto a los bienes propios, ninguno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, puede disponer del inmueble que constituye el hogar familiar.

Lo establecido por la propuesta de modificación es alarmante. Pero, para explicarlo, pongamos un ejemplo.

Dentro de lo que ocurre en la realidad, se tiene que en muchos casos es uno de los cónyuges el que provee y facilita su bien propio (casa o departamento) para que sirva de hogar conyugal. Esto lo hace de manera gratuita, a efectos de proveer a su cónyuge y familia de un lugar donde vivir. Si la pareja se divorcia, es claro que el propietario del bien, al ser propio, podrá disponer de él como mejor le parezca. Incluso si es que no

ocurre un divorcio, al ser un bien propio, su propietario puede disponer de él. Todo ello es adecuado, pues se trata, en buena cuenta, de un bien propio, y nadie debería imponer restricciones a la posibilidad de disponer de algo que a uno le pertenece en exclusiva.

Sin embargo, el proyecto de modificación del artículo 303 del Código Civil, establece todo lo contrario e impone una medida completamente desproporcionada al propietario de la casa hogar. La norma señala que para disponer de dicho bien, se debe contar con el asentimiento de quien no es propietario del mismo. Este hecho, sin duda alguna, va a incentivar que un cónyuge no ceda su bien inmueble para que su familia viva allí, porque cuando desee disponer del mismo se va a encontrar con esta exigencia de que su cónyuge —con quien está en problemas— tenga que dar su asentimiento.

Es más, si el matrimonio se separa, se estaría constituyendo —en los hechos— una especie de usufructo sobre el bien.

Asimismo, piénsese en el hecho de que la casa sea de propiedad de la esposa, y gracias a esta norma propuesta, nunca podría sacar a su esposo del bien hasta que el juez lo autorice; es decir, hasta luego de varios años. Ello, ya que, al ser hogar conyugal, la mujer no podrá disponer de un bien que es de su propiedad exclusiva.

Lo que nos llama la atención es que no se explique la razón de este proceder, ya que el inciso bajo comentario está contradiciendo la esencia misma del derecho de propiedad que tiene toda persona casada sobre sus propios bienes.

5. Sobre el artículo 307: Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales

Código Civil	Propuesta de modificación
Artículo 307. - Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.	Artículo 307.- *Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales* 1. Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes propios del deudor. 2. En este último supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación.

La exposición de motivos señala que:

> La norma actual establece los casos en los que existe responsabilidad del patrimonio común por deudas personales. A diferencia de lo dispuesto por los artículos 316 y 317, la deuda es personal y social, por lo que existe beneficio de excusión y los bienes sociales responden indirecta y no directamente. Se ha considerado en la propuesta normativa que el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales.

Para entender esta propuesta, creemos importante poner un ejemplo. Imaginemos que yo adquirí una deuda contraída en beneficio del futuro hogar (en ese momento —el de la adquisición de la deuda— estaba de novio con la que sería mi esposa), y la norma dice que dicha

deuda se paga con mi mismo derecho. Hoy la norma dice que la deuda se paga con bienes de la sociedad, a falta de bienes propios, y está bien que ello sea así, porque la finalidad de la deuda ha beneficiado a la sociedad; y, por ende, es lógico que la sociedad responda por dichas deudas.

Lo que hoy se propone, es que el préstamo que va en beneficio de la sociedad, me sea cobrado únicamente a mí. Es decir, mi cónyuge se beneficiaría completamente, y el perjudicado con el pago de una deuda que contraje para ambos, sería solamente yo. Absurdo.

La sana razón indica que si uno contrae un préstamo que va a beneficiar en el futuro a una pareja de casados, sea la sociedad conyugal la que asuma el pago de la deuda; pero, hoy se dice (con la propuesta) que el único obligado es el que obtuvo dicha deuda.

De otro lado, el inciso 2 señala que, en este supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación. Es decir, la mitad que me corresponde en la liquidación, va a pagar la deuda que he contraído en beneficio mío y de mi excónyuge; y ella, que también se ha beneficiado con el préstamo, no tendría que pagar absolutamente nada.

Como se aprecia, en realidad, la propuesta cobija una situación que resulta, a todas luces, injusta, pues es claro que si yo, antes de casarme, contraigo un préstamo que va a beneficiar al futuro hogar conyugal, dicha deuda tenga que ser pagada por los dos beneficiarios del dinero, es decir, por la sociedad conyugal. Lo que se propone en el proyecto en este sentido, es abiertamente injusto.

6. Sobre el artículo 311: Reglas para calificación de los bienes

Código Civil	Propuesta de modificación
Artículo 311.- Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.	Artículo 311.- *Reglas para calificación de los bienes* Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior. 4. Los bienes adquiridos, antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos.

La exposición de motivos señala que:

> Con la propuesta se establece determinadas reglas que permitan su definición con claridad. Asimismo, resulta insuficiente la declaración de uno o ambos cónyuges indicando que el bien es personal. Tal calidad tendría que ser evaluada en un proceso

> judicial con medios probatorios. Ésta ha sido la interpretación jurisprudencial y registral sobre el particular, que concluye que para enervar la presunción del inciso 1 no basta ni la declaración del beneficiado en testamento ni la declaración del perjudicado.

La novedad reside en el inciso 4, el mismo que no me parece de utilidad práctica, sino que, más bien, hace inviable la administración del bien. Me explico.

Si con mi cónyuge compramos un auto, y para el pago del mismo destinamos parte de los bienes sociales, pero también yo pongo de mi dinero (bien propio), según la norma propuesta, ese vehículo sería de propiedad, tanto de la sociedad conyugal como mío. Entonces, me pregunto, ¿cuál sería la utilidad de este proceder y de esta situación?

Aquí se crearía una situación perversa, porque existiría copropiedad entre la sociedad de gananciales y yo, y ese hecho llevaría al supuesto de que, en materia de copropiedad, el destino (administración) del bien lo va a decidir la mayoría.

La lógica nos dice que el bien debería ser calificado como un bien de la sociedad; es decir, un bien común, porque será más fácil que lo maneje la sociedad, a que lo manejen —como copropietarios— la sociedad y el cónyuge que puso parte del dinero para comprar el bien.

Además, hay otro tema que creo no se tuvo en cuenta, y es el de la probanza del aporte de un bien propio para el bien adquirido. Este hecho, sin duda alguna, va a traer problemas al momento de la calificación de los porcentajes de la copropiedad de dicho bien.

7. Sobre el artículo 315: Disposición de los bienes sociales

Código Civil	Propuesta de modificación
Artículo 315.- Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.	Artículo 315.- *Disposición de los bienes sociales* 1. Si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz. 2. El cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración. 3. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiéndose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.

La exposición de motivos establece que:

> Frente a la disposición de los bienes sociales sin el consentimiento del otro cónyuge se asume, en la propuesta normativa, la ineficacia de este acto. En el acto de disposición de un cónyuge de los bienes del otro, arrogándose una titularidad que no posee, se está ante un defecto extrínseco al negocio, discutiéndose un problema de legitimidad: la competencia o idoneidad para producir, alcanzar o soportar los efectos jurídicos que se pretenden realizar. Los códigos civiles más modernos tratan a la legitimidad de forma diferente y no necesariamente coincidente con el poder de disposición, pues optan por la protección al tercero adquirente de buena fe.

Creo que el tema en debate en torno a este supuesto, es la adopción de una postura que resuelva estos problemas (disposición de los bienes de la sociedad sin la intervención de uno de los cónyuges), entre la figura de la nulidad y la de la eficacia.

Sin embargo, estimo que se debería optar por la figura de la anulabilidad, pues dicha posición permitiría aplicar la figura de la confirmación del acto jurídico, regulada por el artículo 230 del Código Civil, que establece que

> Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

No obstante, para permitir aplicar la figura de la confirmación, la norma debería crear un nuevo supuesto de anulabilidad, teniendo como base lo establecido en el inciso 4 del artículo 221 del Código Civil, que señala que el acto jurídico será anulable cuando así lo establezca la ley; en nuestro caso, el artículo 315 sería el que estableciese dicha anulabilidad.

Creemos es claro que no debería hablarse de nulidad porque, en estricto, no existe una falta de manifestación de voluntad total, pues es claro que uno de los cónyuges sí la manifestó.

De otro lado, la norma propuesta por el proyecto hace referencia a la figura de la ratificación, la misma que no tiene regulación legal orgánica en nuestro Código Civil.

Éste sería otro de los argumentos que servirían para optar por la propuesta que realizo, pues la figura de la confirmación ya tiene regulación y de lo que se trata es de utilizar lo que nuestro Código ofrece para resolver problemas que la realidad presenta.

En ese sentido, es importante se tenga en cuenta que, para resolver casos reales, se debe recurrir, en primer orden, a alguna solución conocida y regulada por la ley (la confirmación lo es) y no entrar al juego de recurrir a categorías jurídicas que no tienen regulación legal orgánica.

Para concluir con este análisis, me parece que el inciso 3 de la norma propuesta, referido a que «cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiéndose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo», es positivo, ya que puede ocurrir, por ejemplo, que el hogar se encuentre pasando por momentos difíciles que hagan inviable su mantención, ante lo cual uno de los cónyuges quiera vender (porque se necesite hacerlo) uno de los bienes que la sociedad posee y, ante la negativa del otro, se vea de manos atadas para ello. Ante ese hecho, y gracias a la norma propuesta, dicho cónyuge sí podría proceder a la venta del bien, previo un proceso judicial que se ventilaría en proceso sumarísimo.

8. Comentario final

En esta entrega sólo he comentado seis propuestas de modificación. Téngase en cuenta que son, aproximadamente, cuatrocientas treinta propuestas de modificación que el grupo de trabajo ha presentado en el documento que entregó el 4 de julio de este año al Ministerio.

Hay mucho por decir y, al margen de que nos encontremos de acuerdo, o no, con algunas de las modificaciones planteadas, me parece que estamos frente a una gran oportunidad para poder intercambiar opiniones sobre temas tan importantes.

Lima, julio del 2018

Segunda Parte

Arbitraje

La renuncia al cargo de árbitro*

1. A manera de introducción

Es tema tratado de modo abundante por la doctrina, el relativo a la aceptación de los árbitros, a lo cual va aparejado todo lo atinente al deber de revelación y a la información que la persona designada como árbitro debe proporcionar para hacerse cargo del proceso.

Es decir, los autores tratan en abundancia acerca del ingreso de los árbitros al proceso; pero no ocurre lo mismo con respecto a su salida del mismo.

Como sabemos, la Ley de Arbitraje regula dos supuestos muy concretos de apartamiento de los árbitros del proceso.

El primer caso es el de la remoción del árbitro,[1] figura novedosa

---

* Artículo inédito escrito en febrero del 2017.

1 «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,

dentro de la actual Ley de Arbitraje (contenido en el artículo 30), a la par que exótica en su aplicación práctica, pues para que un árbitro sea removido, se requiere de la intervención y acuerdo de ambas partes en litigio.

En razón de ello, no voy a ahondar sobre este tema.

El segundo caso es el de la recusación (regulado en los artículos 26 y 27 de la Ley de Arbitraje),[2] cuya mecánica se reduce a lo siguiente:

Si un árbitro es recusado y la parte contraria acepta la recusación, el árbitro está automáticamente fuera del proceso.

Si la parte contraria no acepta la recusación, el árbitro puede aceptar los cargos formulados y renunciar; o puede no aceptarlos, con el debido fundamento y buscar permanecer en el proceso.

---

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 numeral 1 de este artículo.

[2] «Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento
Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula».
«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.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido».

El árbitro también, por cierto, podría efectuar los descargos correspondientes, es decir, no aceptar los cargos formulados en la recusación; y, sin embargo, renunciar al cargo de árbitro; ello, fundamentalmente, para que no se dude de su independencia e imparcialidad.

Entendemos (aunque esto no está contemplado en la ley), que un árbitro recusado, podría negar los argumentos por los que se le recusa, esperar a que se declare infundada la recusación; y luego de ello renunciar, con lo que quedaría sellada una actuación impecable del árbitro.

Consideramos que en estos casos —repetimos, no contemplados en la Ley de Arbitraje ni en los reglamentos arbitrales— no debería haber objeción alguna en asimilarlos a una renuncia que es precedida de recusación (por más que ésta haya sido desestimada por el órgano competente).

En otras palabras, la posibilidad de renunciar al cargo de árbitro se plantea únicamente en función a la existencia de una recusación previa; pero la ley y la doctrina omiten referirse al supuesto en el cual el árbitro renuncie sin que preexista recusación alguna.

Y es, precisamente, de este supuesto, del que nos vamos a ocupar a lo largo de las siguientes páginas.

2. Alcances de la aceptación del cargo de árbitro

Constituye punto central para el análisis de este tema, el referirnos a cuáles son los alcances temporales de la aceptación al cargo de árbitro.

En principio, la Ley de Arbitraje no establece algo a este respecto, pero pareciera valor entendido que cuando una persona designada como árbitro acepta el cargo, luego de su nombramiento, tal aceptación debiera entenderse, en principio, como un compromiso de mantenerse en el cargo hasta la finalización del proceso arbitral.

Pero, consideramos que tal aceptación hasta el final del proceso debe ir acompañada de la expresión «en principio», dado que el árbitro no puede conocer, *a priori*, cuáles serán las circunstancias que se presentarán a lo largo del arbitraje, y si ellas condicionarán su permanencia en el mismo o su apartamiento.

Es así que la pregunta que corresponde formular es la relativa a cuáles son los alcances de la obligación del árbitro al aceptar hacerse cargo del proceso y cuáles son los casos en que la renuncia deba ser aceptada sin reparos por las partes o por la institución arbitral.

Expresado de otra forma, lo que nos preguntamos es si la aceptación al cargo de árbitro obliga a la persona a desempeñar ese cargo hasta el final del proceso o si existen situaciones en las que podrá apartarse del mismo sin que las partes o la institución arbitral puedan evitarlo.

Para tal efecto, en el siguiente punto vamos a estudiar qué significa renunciar al cargo de árbitro y cuáles son los supuestos en los que tal renuncia será válida; así como si ella requiere o no ser aceptada por las partes o por la institución arbitral correspondiente.[3]

---

[3] La normatividad reglamentaria del arbitraje parece considerar que la renuncia al cargo de árbitro no constituye un acto exclusivamente unilateral, sino que el mismo —para surtir efectos jurídicos— debería ser aceptado por la respectiva institución arbitral.

En ese sentido, citamos a título de ejemplo, diversos casos ilustrativos:

- Reglamento de Arbitraje 2017 - Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

«Artículo 14.- Imparcialidad e independencia

[…]

5. El árbitro, al aceptar la designación, se compromete a desempeñar el cargo hasta su término de conformidad con los Reglamentos, especialmente con las Reglas de Ética».

«Artículo 16.- Remoción

1. Un árbitro es removido de sus funciones si:

[…]

c) Su renuncia es considerada justificada por el Consejo».

- Reglas de Ética - Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

«Artículo 9.- Cumplimiento del encargo arbitral

1. Una vez que el árbitro acepte su designación no puede renunciar ni abandonar el cargo, salvo que se vea obligado a hacerlo por circunstancias imprevistas y justificadas que le impidan continuar.
2. Un árbitro que renuncia antes de la conclusión del arbitraje, sea por su propia iniciativa o por solicitud de una o más de las partes, debe tomar medidas razonables para proteger el interés de las partes en el arbitraje, incluyendo la devolución de materiales de prueba y de los honorarios que se ordenen, así como la protección de la confidencialidad».

«Artículo 10.- Integridad del proceso arbitral

Un árbitro tiene una responsabilidad no solo con las partes, sino con la integridad del proceso arbitral como sistema de resolución de disputas, y debe observar altos estándares de conducta de modo que se preserven la integridad y la justicia de dicho proceso. El árbitro debe desempeñar su función y deberes de manera consistente con estos estándares».

- Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

«Apartamiento y renuncia al cargo de árbitro

Artículo 32.- Sólo cabe la renuncia al cargo de árbitro:

Las partes pueden solicitar a los árbitros que se aparten del arbitraje si consideran que existen motivos justificados que así lo ameritan.

La Secretaría General traslada dicha solicitud al árbitro por el plazo de tres (3) días para su pronunciamiento. Si el árbitro se allana al pedido, se entenderá que ha renunciado al cargo.

Un árbitro podrá renunciar a su cargo por razones justificadas. La Secretaría General, luego de informar a las partes, aprueba o no la renuncia, mediante decisión inimpugnable.

Excepcionalmente, la Secretaría General, cuando lo considere necesario podrá derivar una renuncia a la Corte de Arbitraje para su aprobación».

- Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)

«Regla 8

Incapacidad o renuncia de los árbitros

1. Si un árbitro se incapacitare o no pudiere desempeñar su cargo, se aplicará el procedimiento establecido en la Regla 9 respecto a la recusación de los árbitros.
2. Un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del Tribunal y al Secretario General. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el Tribu-

3. Supuestos de renuncia de un árbitro

3.1. ¿Qué significa renunciar?

De acuerdo a la Real Academia Española,[4] renunciar es «hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener», lo que significa que la renuncia al cargo de árbitro constituye un acto voluntario, en estricto sentido jurídico un acto innecesario, dado que no está precedido de un imperativo de la misma naturaleza, que obligue a que el árbitro se aparte del cargo.

3.2. La renuncia motivada por una recusación de parte

En otras palabras, si tomamos el ejemplo extremo del árbitro que es recusado por una de las partes y el árbitro niega los cargos formulados, en tal caso, al haber contradicho tales cargos, queda en evidencia que para el árbitro no existe razón jurídica alguna que lo obligue a renunciar, es decir, a apartarse del proceso.

En ese sentido, si el árbitro, por una cuestión de decoro decide renunciar al cargo, a pesar de haber contradicho los argumentos de la recusación, quedará en evidencia que tal renuncia es un acto absolutamente voluntario; es, siguiendo la definición de la Real Academia, una dejación y privación voluntaria del cargo.

---

nal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El Tribunal notificará su decisión sin demora al Secretario General».

- Reglamento del Colegio de Ingenieros del Perú - Centro de Arbitraje

«Artículo 26.- Renuncia

El Directorio del CARD podrá atender la solicitud de renuncia del árbitro, siempre que existan razones justificadas que impidan el ejercicio del cargo encomendado, caso contrario, se le aplicarán las sanciones establecidas en el Código de Ética del CARD. A fin de ejercer dicha potestad, el árbitro renunciante deberá presentar una comunicación frente a la Secretaría General expresando el motivo que le impide continuar ejerciendo su cargo».

[4] http://dle.rae.es/?id=VyzGMsO (consultada el 2 de noviembre de 2018).

En otras palabras, este supuesto, en el que la doctrina asume como válida la renuncia al cargo de árbitro, constituye uno en el cual tal renuncia carece de mérito jurídico. Así, el derecho acepta una renuncia carente de sustento jurídico.

3.3. La mayor cercanía a una de las partes

Toda la doctrina arbitral, así como la Ley de Arbitraje y los reglamentos de las diferentes instituciones arbitrales, establecen dentro de las obligaciones propias del deber de revelación, la necesidad de manifestar cuáles son las relaciones del árbitro con las partes, sus representantes y abogados; relaciones tanto de orden comercial, profesional, amical y social.

Dentro de tal orden de ideas, puede ocurrir que cuando un árbitro es designado como tal, estime —y así lo revele a las partes— que las relaciones existentes (que deberá detallar con las partes, sus representantes y abogados), si bien presentes, no son de tal grado que le impidan aceptar el cargo de árbitro.

Es más, el árbitro tiene el deber de ampliar su declaración, en tanto a lo largo del proceso se presenten hechos nuevos con respecto a tales relaciones, que requieran ser puestos en conocimiento de las partes y los demás árbitros.

Pero, la doctrina arbitral, las leyes y los reglamentos parten de un valor entendido, consistente en que el árbitro que acreciente sus relaciones con las partes o con alguna de ellas, en particular, se seguirá sintiendo cómodo desempeñando el cargo de árbitro en el proceso; y no del supuesto en el cual estime que tales relaciones han alcanzado determinado nivel de cercanía que hagan imposible su permanencia en el cargo de árbitro.

Recordando lo expresado en un anterior trabajo titulado «El amor en el arbitraje»,[5] nos preguntamos qué pasaría si el árbitro y la abogada de una de las partes empiezan una relación de enamoramiento.

¿Es que acaso podríamos imaginar que el árbitro sólo debería informar a las partes acerca de tal relación, con el ánimo de continuar desempeñando el cargo?

Es evidente que no. Resulta claro que ese árbitro se sentirá sumamente incómodo al haberse presentado esta situación, tal vez ajena a su voluntad, pero impuesta por sus sentimientos.

En este caso, lo que corresponde es que el árbitro renuncie al cargo, pudiendo o no señalar la razón de su renuncia.

Considero que tal expresión de causa no necesariamente es obligatoria, en la medida de que se trata de temas muy íntimos sobre los cuales el árbitro no necesariamente querrá que las demás personas tomen conocimiento.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos encontrarnos ante un primer caso en que la renuncia no esté motivada y alguna tesis sostendría que la misma no debería ser aceptada, precisamente, por su falta de motivación.

Nosotros creemos que la renuncia del árbitro es un acto que no requiere de exposición de motivos explícita y que puede estar fundada en razones muy íntimas, como las expuestas anteriormente.

Lo propio podríamos decir del árbitro que renuncie porque sienta que sus relaciones de cordialidad y amistad con los representantes de una de las partes, o sus abogados, se hayan acrecentado de tal manera

---

[5] Castillo Freyre, Mario. «El amor en el arbitraje». En *Jurídica*. Suplemento del diario oficial *El Peruano*. Lima, 9 de julio de 2013, parte I, pp. 6 y 7.

que perciba que su posición como árbitro pueda estar sesgada y que su permanencia en el cargo podría representar un peligro para que se haga justicia en el proceso.

Imaginemos, a este respecto, que ha ingresado al equipo de defensa de una de las partes el hijo del árbitro, quien ha sido contratado recientemente por el estudio de abogados que patrocina la causa.

En este caso, el árbitro sí podría expresar objetivamente las razones de su apartamiento, el mismo que se tornaría ineludible.

Entendemos que, en estos casos, no resultarían aplicables las consideraciones que la doctrina arbitral ha elaborado en torno a la prohibición de las partes de entorpecer, con actos propios, la posición de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Digo esto, habida cuenta de que más allá de que el tema no se encuentra regulado por el derecho peruano, las partes y los estudios de abogados que las patrocinan, tienen la más absoluta libertad de contratar a quienes deseen, a efectos de que participen en la defensa del caso.

Por último, si el centro de arbitraje prohibiera a la parte acreditar al hijo del árbitro como abogado en el proceso, lo que nunca podrá hacer es evitar que dicha persona sea contratada por el estudio de abogados que defiende la causa; y, más allá de si firma o no los escritos, su sola presencia en el estudio y su participación en el caso, determinarán el necesario apartamiento del árbitro en el proceso.

En síntesis, es evidente que en una situación de estas características no hay otro camino que la renuncia del árbitro y la necesidad de que sea sustituido.

Lo mismo podríamos decir de otras situaciones en las cuales el motivo de la renuncia sea de carácter más subjetivo, como podría ser el

caso en el cual el árbitro empiece a tener una mayor empatía por una de las partes y sienta que esa empatía lo pueda llevar a distorsionar el sano criterio que debe tener un juzgador al momento de conducir y resolver la controversia.

3.4. La mayor distancia con respecto a una de las partes

Es evidente que si por razones de orden profesional ajenas al propio arbitraje, uno de los árbitros tuviera algún contacto con uno de los abogados de las partes, deberá declarar tal contacto profesional como parte de su deber de revelación en el proceso.

Dentro de tal orden de ideas, el árbitro deberá actuar con la suficiente idoneidad profesional, de manera que si tales relaciones extra proceso deterioraran, a juicio suyo, su percepción personal y profesional acerca del abogado en cuestión, y tales circunstancias pudieran condicionar la actuación del árbitro en contra de ese abogado y de la parte que defiende en el proceso arbitral, pues deberá apartarse del cargo de árbitro, renunciando de inmediato.

Como es evidente, se trata de situaciones o circunstancias que el árbitro no puede revelar, ya que sería indecoroso en el plano personal decir esto ante las partes o ante el órgano administrativo del centro de arbitraje, en caso se tratara de un arbitraje institucional.

En estos casos, la renuncia no podrá ir acompañada de una exposición de motivos, sino solamente de la expresión en el sentido de que ella se basa en razones estrictamente personales.

Por otra parte, existe un elemento que a veces pasa inadvertido en torno a cómo puede irse minando la objetividad de un árbitro en el proceso.

Me refiero a aquellos casos en los cuales un litigante recurre a una serie de articulaciones permitidas por la ley, pero que a juicio del árbitro, pueden representar, en conjunto, una estrategia de defensa que degrade el arbitraje.

Ejemplo claro de ello es el uso de un lenguaje poco respetuoso con respecto al tribunal arbitral y a la contraparte, el maltrato de los testigos ofrecidos por parte contraria, las amenazas veladas al tribunal y a la contraparte y una serie de otras articulaciones que no harán sino cargar el proceso innecesariamente y minar el ánimo de los árbitros.

Todas estas circunstancias, en algunos casos, podrán ser toleradas con normalidad por algunos árbitros; pero, sin duda, habrá otros que no quieran continuar en la conducción del proceso, por sentir que se hallan frente a un maltrato innecesario e indebido, que para ellos puede resultar intolerable.

Es evidente que, si un árbitro deseara renunciar en estas circunstancias, no podrá hacer explícitas las razones de su renuncia, sino simplemente decir que se aparta del proceso por razones estrictamente personales.

Vemos, pues, cómo una vez más, existen casos en los cuales la renuncia del árbitro puede estar motivada por cuestiones absolutamente íntimas, que no podrían ser objetadas por las partes ni por el órgano administrativo del centro de arbitraje, en caso estuviésemos frente a un proceso institucional.

3.5. La divulgación al interior del proceso de la existencia de ilícitos penales

Es por todos sabido que tanto la Ley de Arbitraje[6] como los reglamentos y las actas de instalación de los tribunales arbitrales, imponen a los árbitros y a las partes el deber de confidencialidad.

Este deber consiste en guardar reserva de todas las actuaciones contenidas en el proceso, las mismas que deberán seguir siendo reservadas más allá del término del arbitraje, salvo que se trate de procesos relativos a contratación pública, caso en el cual la publicidad del laudo es ineludible, o aquellos supuestos de arbitrajes a cuyo término hubiesen sido judicializados vía recurso de anulación.

Entonces, deberíamos preguntarnos qué es lo que ocurre cuando dentro de las actuaciones arbitrales (como podría ser en un escrito o en una audiencia de declaración de parte), algunos de los litigantes confiesen, consciente o inadvertidamente, la comisión de un ilícito penal.

Sin duda se tratará de un caso muy complejo, pues, por un lado, estará vigente el deber de confidencialidad, contemplado en la Ley de Arbitraje; y, por otro, estará vigente el deber de poner en conocimiento

---

[6] «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.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones».

de las autoridades aquellos actos delictivos de los cuales uno tome conocimiento.[7]

Siendo así las cosas, y ante este conflicto normativo, podríamos preguntarnos cuál debería ser la conducta del árbitro en tales circunstancias.

La respuesta es complicada, dado que no puede liberarse de ninguno de los dos deberes impuestos por la ley; es decir, no podría liberarse de uno de los dos, es decir, de uno en perjuicio del otro.

Sin embargo, los árbitros no son, por lo general, abogados penalistas, razón por la cual no se les podrá exigir certeza acerca de si los hechos que conoce, configuran o no delito. Además, con la denuncia de cualquier supuesto hecho delictivo, el árbitro sería recusado de inmediato por la parte que se sienta perjudicada y su apartamiento del proceso resultaría ineludible, dada la tensión que se generaría con esa parte.

Por eso sería conveniente que el árbitro que tenga algunas dudas sobre la naturaleza delictiva o no de algún acto, se aparte unilateralmente del proceso.

Y, es más, los árbitros que conozcan un proceso en el cual se advierta de la existencia de actos delictivos, tendrían un serio problema para laudar, pues —como lo repetimos— dado que los árbitros no son, por

---

7 Código Penal:
«Artículo 407.- Omisión de denuncia
El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años».

lo general, expertos en derecho penal, puede que no hayan calibrado en su real dimensión los alcances de los actos delictivos que han aparecido en el proceso, pero tendrían el deber de hacerlo en el momento de evaluar los medios probatorios, ya que estarían corriendo un grave riesgo si laudaran fundamentando su razonamiento en medios probatorios que los propios árbitros consideraran como probables ilícitos penales.

Está claro que los árbitros no van a hacer un juicio penal sobre tales medios probatorios, pero si el tema se judicializara posteriormente en el ámbito penal, podríamos tener un laudo arbitral cuyo contenido termine desvaneciéndose por el resultado del propio proceso penal. Tema complicadísimo, por cierto.

Dentro de tal orden de ideas, soy de la opinión de que los árbitros que se encuentren en situaciones de esta naturaleza deberían renunciar de inmediato al cargo de árbitro.

Queda claro también que, la renuncia de un árbitro en tales circunstancias, no podría contener una exposición de motivos detallada de los acontecimientos que han conducido a tal renuncia, pues si así fuere se estaría obligando al árbitro a acusar a alguna de las partes o a sus representantes de la comisión de actos delictivos, lo que, finalmente, podría conducir a la condena penal del árbitro, si es que el delito no existió y únicamente hubo sospecha o apariencia del mismo.

Queda claro, entonces que, en estos casos, la renuncia del árbitro también tendrá que basarse en razones estrictamente personales.

4. ¿Es necesaria la aceptación de la renuncia del árbitro?

La Ley de Arbitraje no se pronuncia acerca de la aceptación de la renuncia de los árbitros, vale decir que ésta constituye un acto unilateral por el cual el árbitro comunica a las partes del proceso y a sus compañeros

de tribunal la dejación voluntaria que hace del cargo, acto que, una vez notificado a los destinatarios, sería plenamente eficaz.

Dentro de tal orden de ideas, el mecanismo contemplado por la ley es muy simple, habida cuenta de que después de la comunicación de dicha renuncia, sólo cabe a las partes o al centro de arbitraje, según sea el caso o las circunstancias, recomponer el tribunal, conforme a lo establecido en las propias reglas del Decreto Legislativo n.° 1071.

Las partes no podrán oponerse a la renuncia, ya que no existe un mecanismo legal que establezca este derecho, ulterior a la propia renuncia.

Eso no obsta a que una de las partes o incluso las dos, puedan realizar una invocación al árbitro renunciante para que no abandone el proceso; pero que quede claro que sólo se podrá tratar de una invocación y no de una exigencia o impedimento de renuncia, pues las partes no pueden impedir el libre proceder del árbitro en este sentido.

Ahora bien, debemos preguntarnos cómo debe procederse en aquellos casos en los cuales los reglamentos de los centros de arbitraje establezcan que el máximo órgano administrativo del centro debe aprobar o aceptar la renuncia del árbitro.

Creo que nos encontramos frente a un problema muy serio, pues tales disposiciones constituyen un desarrollo ajeno a la letra y espíritu de la Ley de Arbitraje, la misma que, como hemos visto hace un momento, no exige ninguna aceptación o aprobación de la renuncia del árbitro.

Entiendo el sentido de las normas establecidas en estos reglamentos, ya que lo que se quiere es evitar renuncias maliciosas que puedan entorpecer el desarrollo del proceso y que, por tal razón, el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje pueda evaluar la pertinencia o no de tal renuncia.

Sin embargo, estimo que aun en estos casos dicho trámite devendría en inútil.

Digo esto, en razón de que, si una persona no desea seguir ejerciendo el cargo de árbitro, será imposible obligarla materialmente a que continúe realizando tal función.

Si asumiésemos que el árbitro está negándose al cumplimiento de una obligación, en términos estrictamente contractuales, es sabido que, en derecho de obligaciones, no cabe la ejecución forzosa de una obligación de hacer *intuitu personae*.

Es decir, ningún centro de arbitraje podrá obligar a una persona a continuar desempeñando el cargo de árbitro, si ella no desea seguir haciéndolo.

A lo más, podríamos pensar que el centro de arbitraje pueda adoptar con respecto a ese árbitro medidas de orden administrativo, si es que se trata verdaderamente de una renuncia maliciosa.

Pero, queda en evidencia que no podrá adoptarse medida administrativa alguna contra el árbitro que renuncia expresando alguna razón de orden objetivo o subjetivo.

Sólo podría pensarse en una sanción administrativa para aquel árbitro que renuncia sin alguna expresión de causa.

Si el temor de los centros de arbitraje para aceptar la renuncia de los árbitros, se basa en que con tal renuncia un árbitro podría estar coludido con una parte para demorar el proceso arbitral, pues va en esa razón, precisamente, el principal argumento para dejar ir a ese árbitro. ¿Cómo podemos pensar que sería mejor para el proceso, que un árbitro de estas características siga formando parte del tribunal arbitral y no que se aparte inmediatamente del mismo?

Es evidente que una persona así debería estar lejos del arbitraje y de toda función arbitral.

Su reemplazante deberá tomar inmediato conocimiento del proceso, para que el mismo continúe a la brevedad.

Es natural que, si este segundo árbitro de parte renunciara también al cargo, el centro de arbitraje debería tener los mecanismos reglamentarios suficientes como para reemplazarlo por un árbitro sustituto designado por el máximo órgano administrativo del propio centro de arbitraje. Está claro que maniobras dilatorias de esta naturaleza no podrán tolerarse en número mayor a dos. Caso contrario, se estaría otorgando al litigante malicioso, la posibilidad de que el arbitraje sea eterno.

Ahora bien, en lo que respecta a los árbitros honestos y cuyas renuncias, motivadas por razones objetivas o subjetivas, se hayan presentado oportunamente, los máximos órganos administrativos de los centros de arbitraje poco o nada tendrán que decir.

En estos casos, jamás se deberá dejar de aceptar una renuncia. Por el contrario, deberán ser aceptadas de inmediato, considerando que la renuncia al cargo de árbitro, sin que haya existido una previa recusación, es un acto absolutamente inusual.

La regla es que quien es nombrado árbitro desee permanecer en el cargo, sea por razones de prestigio o crematísticas; lo exótico, que se aparte de él, con la consiguiente duda que puede generar en las partes acerca de los motivos de su apartamiento y con el correlato de la pérdida de los honorarios restantes de pago o, peor aún, con la necesidad de devolver parte de los honorarios ya percibidos.

En ese sentido, debemos volver sobre el particular formulando la pregunta de si es lógico que los centros de arbitraje establezcan el meca-

nismo de la aceptación de la renuncia, como paso previo al apartamiento del árbitro del proceso.

Por todo lo expuesto en este trabajo, es que considero que no debería establecerse el requisito de la aceptación de la renuncia al cargo de árbitro, ya que, con la propia renuncia, basta.

Lima, febrero del 2017

El ejercicio de la abogacía y el arbitraje después de diversos escándalos de corrupción*

1. Consideraciones generales

Son por todos conocidos los escándalos de corrupción suscitados desde el año 2015, los mismos que vienen teniendo tremendas repercusiones en nuestro país.

Estos escándalos han comprometido a una serie de políticos y funcionarios de actuales y pasados gobiernos de diversos países latinoamericanos, entre ellos el Perú, en donde, están comprendidos en las investigaciones, nada menos que tres expresidentes de la República y funcionarios de sus administraciones.

No ha habido, a nivel de corrupción en la contratación pública, escándalos más grandes que éstos.

Podríamos decir, incluso, que la historia de la corrupción en el Perú tiene en estos casos sus hitos más importantes.

En paralelo con los descubrimientos de pago de sobornos a políticos y funcionarios, algunos medios de comunicación han tratado de vincular al medio forense con las actividades ilícitas de estas empresas.

Concretamente, ha habido apariciones tanto a nivel de prensa en redes sociales como en algunos medios escritos, de los estudios de abo-

* Trabajo inédito escrito en abril del 2017.

gados que han asesorado o asesoran a determinados grupos empresariales, así como de quienes han ejercido el cargo de árbitros en procesos en los que se ha discutido controversias relativas a estas empresas.

Todas estas publicaciones, si bien se han limitado a señalar datos objetivos, han deslizado la idea de que la participación de abogados y árbitros podría estar marcada por la corrupción que se aprecia en otras actividades de tales compañías.

En general, creo que la respuesta del medio forense no ha sido la más adecuada; pero, en todo caso, el mismo ha guardado un prudente silencio.

No obstante, considero que hay determinados puntos que resulta indispensable aclarar.

2. EN LO QUE RESPECTA AL EJERCICIO PROFESIONAL

Conforme a lo establecido por la Constitución Política del Perú,[1] nadie está obligado a hacer algo que la ley no manda, ni impedido hacer lo que ella no prohíbe.

Esta garantía fundamental y prácticamente universal, marca también la pauta de los códigos de ética profesionales y, especialmente, el del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.[2]

---

[1] - Constitución Política del Perú
Derechos fundamentales de la persona
«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
[…]
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

[2] Artículo 18.- Libertad de patrocinio El abogado tiene el derecho de aceptar o rechazar un patrocinio, sin tener que justificar su decisión. El abogado puede aceptar

Usualmente, se toma como ejemplo en materia de deontología forense, el caso de los procesos penales, en donde se señala que toda persona tiene derecho a ser asistida por un abogado, por más culpable que aparezca el imputado ante los ojos de la justicia que recién va a conocer su caso.

En materia civil y comercial, el tema no es tan dramático, pues la asesoría profesional tiene diversas facetas, tales como la absolución de consultas puntuales, el asesorar a las empresas en trámites administrativos o tributarios, el patrocinio en litigios judiciales o arbitrales de las mismas, etc.

Dentro de tal orden de ideas, el abogado y los estudios de abogados tienen la más absoluta libertad constitucional, legal y deontológica, para brindar sus servicios profesionales a cualquier persona natural o jurídica; obviamente, claro está, dentro del marco de la ley y sin infringir normas de carácter imperativo.

En otras palabras, todos los abogados gozamos de la más absoluta libertad de asesorar a quien solicite nuestros servicios, en estricto apego a la ley y a la Constitución.

De igual forma, los abogados no debemos tener temor alguno en lo que respecta al futuro devenir de nuestros clientes.

Así, si un cliente nuestro, al que le vemos los temas de sus empresas, se convierte en un feroz asesino serial de prostitutas callejeras, eso no convertirá también en asesino al abogado que lo asesoró en temas comerciales.

---

patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable.

Y, obviamente, tampoco convertirá en asesino ni en depravado al abogado penalista que defienda a esta persona en juicio, por más que, finalmente, sea condenado a cadena perpetua.

Aquí se aplica esa vieja frase que reza «si el cliente es condenado, él estará detrás de las rejas; el abogado se queda afuera».

La prensa y la opinión pública suelen, de la manera más injusta, efectuar una identificación entre la calidad moral del cliente y la de su abogado.

Así, se suele decir, despectivamente, cuando un abogado defiende a acusados de narcotráfico, que ese letrado es un abogado de narcos, sin importar conocer si sus clientes han sido absueltos o condenados.

¿Acaso la sociedad procede de igual manera con el médico que atiende al acusado de narcotráfico, con el panadero que le vende pan a su familia, o con las tiendas en donde la esposa del acusado suele comprar alimentos o ropa?

Es claro que nada se dice de estas personas y de estas empresas, que brindan bienes o servicios a quienes pueden tener un problema de orden legal; pero la identificación peyorativa sí se hace con respecto al abogado.

Considero que los profesionales en derecho debemos ser muy claros y directos, señalando que lo que nosotros ofrecemos en el mercado son servicios; y esos servicios pasan por la asesoría profesional a empresas o personas naturales en los más diversos ámbitos de la profesión; pero, que tal relación de orden profesional no nos mimetiza con nuestros clientes. Así, no nos convertimos en alemanes por asesorar a una firma automotriz alemana, ni en chinos por asesorar a una constructora de este país, ni en madre gestante por asesorar a una señora en tal condi-

ción. Menos en meretriz por asesorar a una señora que pueda brindar estos servicios.

Ahora bien, podrá ocurrir que los abogados tengamos algunos reparos personales en asumir determinadas defensas, como podría ser el caso de un letrado que considera que los actos criminales de quien lo quiere contratar, son tan abominables que no desea defenderlo.

También podría ocurrir que un abogado rechace ser contratado por una empresa cuyos directivos, alguna vez, fueron condenados por contrabando.

Pero, que quede claro que los abogados no tienen por qué rechazar el patrocinio legal, ni en un caso ni en el otro.

Los abogados tenemos plena libertad para asesorar o defender tanto a uno como a otro cliente, dentro de las normas constitucionales, legales y en estricto apego al Código de Ética profesional.

Entonces, si los abogados están desarrollando una labor apegada a ley, cualquier cuestionamiento del orden del que venimos tratando resulta injusto, a la par que agraviante, de modo tal que los abogados podrían tomar contra quienes los agravien, las acciones legales correspondientes.

3. Sorpresa, sorpresa

Pero, más injusto aún es que se juzgue moralmente al abogado por su vinculación con un cliente, por información que recién se conozca con posterioridad a haber brindado sus servicios profesionales; y, sobre todo, que tales consideraciones morales se apliquen con carácter retroactivo.

Es decir, que el abogado brindó sus servicios a una persona natural o jurídica; que esos servicios estuvieron apegados a ley; que esos servicios concluyeron satisfactoriamente, tanto para el abogado como para el cliente; y que, meses o años después de haber brindado los servicios profesionales, se descubra que el cliente era un delincuente; pero, cuyos actos delictivos no guardan relación alguna con la labor desplegada por el abogado, sino con otras materias.

No cabe duda de que, con los patrones y criterios equivocados e injustos que se manejan en la actualidad, algunos señalarán a ese abogado como abogado de delincuentes.

Es más, podríamos encontrarnos frente a un abogado o a un estudio de abogados que haya asesorado directamente a una empresa durante un proceso de licitación de una obra pública, habiéndole brindado sus servicios por una cantidad importante de horas y con la participación de un número notorio de sus profesionales.

Resulta que la empresa en cuestión gana la licitación pública; pero se descubre años más tarde que directivos de esta empresa habían sobornado a funcionarios del gobierno de turno para el otorgamiento de la buena pro.

Ahí se dirá que ese estudio de abogados colaboró con la empresa en ganar una licitación que se obtuvo por medios ilegales; pero, naturalmente, habrá que distinguir cuáles fueron las labores del estudio de abogados y dónde terminaron éstas, las mismas que, si se circunscribieron al ámbito netamente profesional, a la par que lícito, deberán ser respetadas por las autoridades y por la sociedad, pues se trata de un trabajo realizado en el marco del ordenamiento constitucional y deontológico que rige en el Perú.

4. En lo que respecta al arbitraje

Desde el año 1998, es decir hace casi dos décadas, las leyes de contrataciones del Estado en el Perú establecen la obligatoriedad de la resolución de controversias entre el Estado y cualquiera de las entidades que le pertenecen y sus proveedores de bienes, servicios u obras, en la jurisdicción arbitral.

Esto significa que todos los contratos que celebran el gobierno central, sus ministerios y demás dependencias, los gobiernos regionales, los gobiernos provinciales, los gobiernos distritales y las empresas públicas, deben contener necesariamente un convenio arbitral, de modo tal que cualquier controversia que surja entre estas entidades y las empresas que contraten con ellas, no será resuelto en el Poder Judicial sino en la vía arbitral.

No existe unanimidad estadística con respecto a qué porcentaje de las pretensiones ventiladas en tales controversias, termina siendo favorable al Estado o a los contratistas.

Sobre el particular, se han realizado dos estudios, ambos elaborados en el año 2013; uno, por la Contraloría General de la República[3] y otro por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.[4]

Las cifras de estos documentos son dispares. Según la Contraloría, los contratistas tienen éxito en el 80% de los montos controvertidos; en

---

[3] El arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013. En http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf Consultado el 2 de noviembre de 2018.

[4] Guzmán Barrón Sobrevilla, César & Rigoberto Zúñiga Maraví. Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del centro de análisis y resolución de conflictos – PUCP. «Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales». En *Revista Arbitraje PUCP.* Lima, 2014, año iv, n.º 4, pp. 83-102.

tanto que, según la Universidad Católica, tal cifra se sitúa en alrededor del 50%.

A pesar de lo riguroso de ambas investigaciones, resulta imposible saber cuál de estas cifras es la correcta; pero sólo para fines de este trabajo, vamos a asumir que el porcentaje verdadero se encuentra en la media de las dos; es decir, en el 65%.

Esto significa que, prácticamente, los contratistas triunfan en dos tercios de aquello que reclaman, lo que equivale a decir que los tribunales arbitrales les otorgan sesenticinco de cada cien soles reclamados; o, dicho de modo más simple, dos de cada tres soles pretendidos.

Sin duda, se trata de una cifra bastante alta, la misma que no hace sino reflejar la serie de problemas que presenta el Estado para su adecuada defensa, que pasa por una serie de factores, como es el caso de un manejo deficiente de la ejecución del contrato, una falta de especialización en la defensa arbitral; una sobrecarga procesal de los procuradores; lo que se opone a defensas, generalmente, mucho más calificadas por parte de los contratistas, quienes suelen invertir y disponer de muchos más recursos para estos efectos.

Pero, a decir verdad, en muchos casos, poco es lo que pueden hacer los procuradores públicos, debido a que la entidad a la que representan no ha realizado un manejo eficiente en la etapa de la ejecución contractual; y, cuando llega el caso a manos de la Procuraduría, muchas veces sólo les queda «cargar con el muerto».

Todas las empresas cuyas actividades comerciales vienen siendo cuestionadas, centraron sus actividades en la contratación estatal.

Estas compañías, prácticamente, no celebraron contratos de construcción con empresas privadas, salvo para establecer consorcios en los que otras constructoras peruanas participaban de determinadas obras.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que todas las controversias que han tenido y tienen estas empresas con el Estado y sus dependencias, se han ventilado y ventilan en arbitraje; y es claro también que, si nos atenemos a los porcentajes publicados por la Contraloría y por la PUCP, tales empresas han vencido al Estado en la inmensa mayoría de procesos arbitrales y, también, en la mayor parte de montos reclamados en el marco de tales procesos.

Así, será evidente que tendremos una serie de árbitros que habrán laudado a favor de tales empresas, situación de absoluta normalidad, ya que tal proceder también se presenta con respecto a otras compañías que hoy no están cuestionadas públicamente.

Lamentablemente, una vez más, se reconstruye la historia a través de parámetros que no eran conocidos en aquellos momentos y se parte de la idea de que tales árbitros que fallaron a favor de dichas empresas, conocían que se trataba de empresas corruptas; llegándose aún más lejos y asociando temerariamente el sentido del laudo con la calidad moral del árbitro.

Así, se llega al siguiente argumento simplista: si el árbitro laudó a favor de alguna de esas empresas, es un árbitro corrupto, en tanto que, si laudó en contra, es un árbitro honesto.

Este argumento es inaceptable, carente de toda lógica y totalmente arbitrario.

No olvidemos que en un proceso arbitral lo que está en discusión, es aquello que constituye materia controvertida; de modo tal que lo que se debe analizar en el proceso es quién tiene la razón; y se la debería dar al que la tenga, independientemente de cualquier otra consideración.

Por lo demás, en todos los procesos arbitrales que concluyeron antes de que se haga público el escándalo de corrupción en el Perú, los árbitros

desconocían tal situación; y, aun la hubiesen conocido, ella debía ser irrelevante a efectos del razonamiento lógico jurídico que tales árbitros debían recoger en sus laudos.

En otras palabras, el hecho o consideración de que uno de los litigantes es una empresa privada o gobierno regional o local acusado de corrupción, no debe influir absolutamente en nada en relación al resultado del proceso arbitral.

Lo contrario sería condicionar el sentido del laudo arbitral a consideraciones extra procesales; lo que haría que los árbitros laudaran en función de tales consideraciones y no de las pruebas actuadas en el proceso.

Otro punto referido a materia arbitral es el relativo al origen en la designación del árbitro y a la frecuencia en su nombramiento.

Algunos de los principales cuestionamientos que hemos podido apreciar en los medios de comunicación que se han ocupado del tema, es el relativo a la frecuencia en el nombramiento como árbitro por parte de cada una de las empresas cuestionadas.

Así, se señala que hay casos de árbitros que han sido nombrados numerosas veces por alguna de estas compañías.

En primer lugar, habrá que ver si las designaciones han sido hechas por la misma empresa, pues cada grupo económico realiza su actividad empresarial a través de diferentes compañías.

Por otra parte, habrá que analizar si el nombramiento ha sido hecho únicamente por esas empresas o por consorcios que estaban integrados, entre otras, por algunas de esas empresas; o por alguna tercera empresa que haya tenido, dentro de sus accionistas, a alguna empresa de los grupos cuestionados.

Estas distinciones son importantes, pues, como sabemos, en derecho, tales cuestiones pueden determinar, y de hecho determinan, que no nos encontremos frente a la misma empresa designante; es decir, que no haya identidad entre aquéllos que nombraron al mismo árbitro en distintos procesos.

En relación a lo expuesto, si tales árbitros cumplieron con declarar sus anteriores nombramientos, y los mismos no fueron objetados por sus contrapartes vía recusación, se entiende que tales nombramientos quedaron firmes con todas las de la ley; y, por tanto, esas personas estaban plenamente autorizadas para ejercer el cargo de árbitro.

Por lo demás, no debemos olvidar que en años pasados los centros de arbitraje en el Perú no habían introducido como política, la posibilidad de solicitar expresamente a las partes la ratificación o confirmación del árbitro, así como tampoco la posibilidad de rechazar un proceso arbitral sobre el que hubiere alguna sospecha de corrupción.

Pero, los centros de arbitraje siempre estuvieron facultados para rechazar un arbitraje, lo que se acredita con la existencia de otros procesos de compañías ajenas a las actuales investigaciones, en donde no aceptaron la administración de determinados casos, por diversas consideraciones.

Dentro de tal orden de ideas, si un centro de arbitraje administró un proceso entre alguna de estas empresas cuestionadas y una entidad estatal, en la actualidad, no podría adoptar sanciones contra sus propios árbitros. Sancionarlos por ese solo hecho, sería una injusticia. Ello, con la natural salvedad de si se hallasen evidencias de actos ilícitos de tales árbitros y respetando sus derechos constitucionales.

Por otra parte, con respecto a los árbitros que fueron designados por las entidades del Estado, y que laudaron a favor de alguna de las empresas hoy cuestionadas, poco hay que decir, pues son las entidades las responsables de haberlos designado como árbitros; y el hecho de

haberlos designado como tales, no garantiza que estos profesionales les den la razón.

Los árbitros darán la razón al que la tenga, no necesariamente al que los ha nombrado como árbitros.

Más alejados de cualquier sospecha se encuentran los presidentes de tribunales arbitrales, pues éstos son terceros que han sido escogidos, de común acuerdo, por el árbitro de la entidad estatal y el árbitro de alguna empresa hoy cuestionada.

Mayor lejanía incluso existirá si el presidente del tribunal arbitral hubiese sido designado por la institución administradora de arbitraje o por el OSCE (o el exConsucode), si fuese el caso, a falta de acuerdo de los árbitros de parte.

No olvidemos que cuando se designa a un árbitro en ésta o en cualquier otra condición, se le encomienda la difícil tarea de administrar justicia, lo que equivale a que se la termine dando (es decir, que la tenga) a cualquiera de las partes.

5. Las causas en curso

Dado el estado de crispación existente en torno a los escándalos que motivan al presente trabajo, resulta necesario preguntarnos en qué medida el mismo afecta el desarrollo de las causas que actualmente se siguen ante los tribunales de justicia.

Lamentamos decir que el impacto será negativo.

Esto, en razón de que, para el desarrollo adecuado de un proceso, sea éste de la naturaleza que fuere, los magistrados deben tener la suficiente tranquilidad de espíritu que los lleve a ser objetivos, de manera

tal que puedan resolver en estricto apego al contenido del expediente; es decir, de manera objetiva y no con apreciaciones sesgadas por otras circunstancias.

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la justicia ordinaria es el relativo a la presión de la prensa y la opinión pública.

No dudamos de que los casos en que los jueces tendrán mayor comodidad para resolver, sean aquéllos en los cuales el desarrollo del proceso se encuentre completamente ajeno a los reflectores de la prensa y el público en general.

Decimos esto, en razón de que tales procesos seguirán un curso natural y los magistrados no se verán expuestos a un eventual maltrato, tanto en los medios de comunicación como en la cotidianeidad de la población.

El ejemplo más claro lo tenemos en las causas penales de casos famosos, en los cuales existe ya formado en el común de la prensa y de la opinión pública, un concepto de culpabilidad del procesado.

Para la prensa y la opinión pública será ineludible que los jueces declaren culpable al acusado, dado que, en el imaginario público, lo es.

De esa forma, no habrá manera de evitar que, tanto los medios de prensa como la opinión pública, piensen que el juez ha cometido un terrible caso de injusticia o, peor aún, ha vendido su conciencia, si es que falla a favor de la absolución del acusado.

Lo que ocurre en estos casos, en buena cuenta, no es otra cosa que la existencia de dos juicios: uno, de orden formal, en el que se juzga al acusado; otro, de carácter informal, en el que se juzga, tanto al acusado como al juez a cargo del proceso.

Situaciones de esta naturaleza son muy comunes en las causas penales, dado lo mediáticas que son, pero resultan usualmente ajenas a los procesos civiles, tanto de naturaleza judicial como arbitral, salvo, naturalmente, casos de excepción.

Y, nos encontramos, ante un caso en el cual, dado el escándalo producido, resulta evidente que todas las causas pendientes de resolución en los tribunales de justicia, sean éstos arbitrales o judiciales, en las que tenga participación directa o indirecta alguna de las empresas cuestionadas, serán objeto de riguroso escrutinio por parte de la prensa y de la opinión pública.

Dentro de tal orden de ideas, los jueces y árbitros, ante todo, deberían actuar con la más absoluta y rigurosa imparcialidad, tanto como si no existiera el problema del que venimos tratando.

Digo esto, habida cuenta de que no se podrá mezclar una carga moral negativa contra una de las partes en conflicto, pues si así fuere, los jueces y árbitros dejarían de ser imparciales y no resolverían en estricto apego a los medios probatorios que obren en los respectivos expedientes.

En síntesis, los jueces y árbitros deben actuar con independencia de consideraciones relativas a eventuales cuestionamientos que se refieran al origen de los contratos cuyas controversias se están conociendo.

Puede que tiempo después se descubra que la celebración del contrato sobre el que versa la causa, estuvo viciada por un acto de corrupción; pero los jueces y árbitros que conozcan una controversia relativa a este contrato, no podrán resolver guiados por la sospecha, sino por lo actuado en el proceso.

Ahora bien, distinto sería el caso en el cual en pleno conocimiento del proceso arbitral o judicial de anulación de laudo se abriera una causa penal en la que se investigara la existencia de actos de corrupción que hubieren dado lugar a la celebración del contrato.

Aquí cabría formularse la pregunta en el sentido de cómo deberían proceder los tribunales arbitrales o las salas comerciales.

Creemos que, tanto unos como otros, deberían continuar con el conocimiento y resolución de las causas. Estimamos que los procesos penales relativos a la eventual corrupción en la celebración de los contratos, no deberían enervar el curso de los procesos arbitrales, ni de los procesos de anulación de laudos.

En cambio, sí creemos que, si fuese el caso que alguna empresa cuestionada ganara un arbitraje en curso, o venciera en una anulación de laudo promovida por una entidad estatal, el laudo no debería ser ejecutado. Esto, no por arte de magia, sino que los jueces penales deberían dictar las medidas cautelares correspondientes, a efectos de evitar perjuicios irreparables al Estado.

Un caso como éste podría dar lugar a la mala tentación de pensar en la creación de procesos o trámites especiales, pero los mismos serían abiertamente inconstitucionales, dado que ninguna persona natural o jurídica, puede ser apartada de la jurisdicción ordinaria, ni juzgada por tribunales *ad-hoc* formados para determinados efectos.

En ese sentido, creemos que el camino descrito y propuesto constituiría la vía más natural para la resolución de las controversias en curso y la protección de los intereses del Estado.

6. Los procesos ya fenecidos

En materia arbitral, cabe la posibilidad de que se descubra la existencia de actos de corrupción con respecto a árbitros o jueces que han conocido, respectivamente, los procesos arbitrales o los recursos de anulación de los respectivos laudos.

Es evidente que, si ése fuese el caso, y una de las empresas cuestionadas hubiera logrado tener un laudo firme favorable mediando corrupción, debería tratar de evitarse que tal laudo se ejecute, fundamentalmente, a través de una medida cautelar emitida por el juez penal que conozca de la causa.

Mientras ello sea así, se logrará evitar causar perjuicio al Estado.

Pero, es posible que tales casos sean cuantitativamente pocos, y que en la mayoría de veces nos encontramos ante supuestos de laudos ya ejecutados por las entidades estatales.

Si éste fuese el caso, los laudos estarían firmes, y no podrían ser declarados nulos, pues no existiría una vía procedimental adecuada para tal efecto.

Sin embargo, el Estado sí podría demandar a las empresas en cuestión por daños y perjuicios, a efectos de que devuelvan al Estado todos los montos que cobraron a través de instrumentos jurídicos logrados con el empleo de malas artes.

Decimos que la pretensión debería ser la de daños y perjuicios, en la medida de que será necesario un resarcimiento por el monto de lo ejecutado más los respectivos intereses legales.

Nótese que este proceso indemnizatorio no se deberá seguir ante tribunal arbitral alguno, ya que tales daños y perjuicios no tienen como base la ejecución del contrato celebrado entre la empresa cuestionada y la entidad estatal, sino los actos de corrupción en los que participó dicha empresa para obtener una resolución arbitral o judicial firme.

Tal indemnización será reclamada por responsabilidad extracontractual, en base a lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil, precepto que establece que

> Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Por otra parte, debemos subrayar que tal pretensión tiene un plazo prescriptorio de dos años, conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

Usualmente, el plazo prescriptorio a que hemos hecho referencia, se computa desde el momento de la producción del daño.

En el caso que venimos comentando, el momento de la producción del daño no estará configurado ni por la notificación del laudo arbitral o de sus resoluciones aclaratorias y afines, así como tampoco por la notificación de la resolución judicial que decida no anularlo. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones arbitrales o judiciales que, por sí mismas, no implican un perjuicio patrimonial para el Estado. Será, sin duda, la ejecución de tales resoluciones, la que haya causado el daño al Estado peruano.

Entonces, si bien es cierto que el conocimiento del hecho dañoso puede derivar en el inicio del cómputo del plazo, tal situación, de por sí, no constituye un hito cronológico ineludible, dado que la erogación patrimonial que el Estado haga a alguna de estas empresas, se basará en una resolución arbitral o judicial firme y no cuestionada, es decir que reviste plenos visos de legalidad.

Dentro de tal orden de ideas, el plazo del inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, debería computarse recién a partir del momento en que exista sentencia firme y condenatoria por algún caso de corrupción de algún árbitro o de algún magistrado del Poder Judicial que haya estado involucrado en el caso concreto.

7. Reflexiones finales

Los problemas derivados de escándalos de corrupción, son múltiples y sus aristas tan numerosas que han alcanzado a gran cantidad de actividades propias de la industria, del comercio y de la sociedad peruana en su conjunto.

Una situación de esta naturaleza era absolutamente imprevisible y, menos aún, desde la actividad del arbitraje como medio obligatorio para la solución de conflictos en el derecho peruano.

Sin embargo, en lo que al arbitraje se refiere, el tema debe ser analizado de manera muy cuidadosa, de modo tal que se evite incurrir en generalizaciones maliciosas, extendiendo sospechas a todo cuanto proceso arbitral hayan seguido o sigan las empresas investigadas.

Como hemos podido apreciar en este trabajo, todas las situaciones susceptibles de presentarse tienen alguna solución posible, dada por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, de haber existido algún ilícito penal en algún proceso arbitral o en la respectiva anulación de laudo, el problema deberá encapsularse, de modo tal que no perjudique el funcionamiento de la institución arbitral en su conjunto, ni tampoco el trámite regular de los procesos de anulación de laudo que se sigan en el Poder Judicial.

No me cabe duda de que el camino que propongo implica un actuar cuidadoso por parte de las autoridades del Poder Judicial, además de las procuradurías públicas, las cuales no pueden arriesgar juicios de valor peyorativos en contra de abogados en ejercicio o de árbitros que hayan participado —sin ilicitud alguna de por medio— en alguno de los procesos arbitrales en donde haya sido parte alguna de las empresas investigadas.

Se trata, sin duda, de una dura lección para el país; y, en particular, para el medio jurídico, la misma que obligará a abogados y árbitros a meditar mucho más acerca de los antecedentes de nuestros clientes, en el caso de los abogados, y de las partes que litiguen en un arbitraje en el que seamos árbitros.

Esta última reflexión, implicará que los profesionales del derecho debamos averiguar más allá de las formalidades, es decir, no limitarnos a conocer si las empresas en cuestión tienen o no antecedentes formales de corrupción.

Estas consideraciones, hasta hace poco tiempo, estaban, fundamentalmente, centradas en las causas penales, para los abogados defensores de procesos de esta naturaleza. Como vemos, ellas, hoy en día, se han extendido —por fuerza de estas penosas circunstancias— a todos los ámbitos del ejercicio profesional.

Lima, abril del 2017.

Algunas reflexiones en torno a la anulación de los laudos arbitrales*

En primer lugar, quiero agradecer al doctor Christian Carbajal, Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por la generosa invitación; al igual que agradezco la presencia de todos ustedes, abogados en ejercicio y árbitros, además de quienes me acompañan en la mesa esta tarde, distinguidos jueces y abogados que desarrollan sus labores y mejores propósitos en pro del arbitraje y de la justicia en el Perú.

No cabe duda de que el desarrollo de este primer bloque del VI Simposio Internacional de Arbitraje organizado por la Cámara de Comercio de Lima, prueba que el tema de la anulación de los laudos arbitrales, es uno de los más polémicos dentro del arbitraje.

Mucho se puede decir acerca de esta materia y debo señalar que también he reflexionado bastante sobre el punto y quiero esta tarde compartir con ustedes las que considero mis ideas centrales sobre la anulación de los laudos.

---

* Ponencia pronunciada en el VI Simposio Internacional de Arbitraje, organizado por la Cámara de Comercio de Lima, el lunes 27 de noviembre de 2017, en el marco de la Mesa 1, que abordó el tema «Relación entre el arbitraje y el Poder Judicial, a propósito de la anulación y ejecución de laudos», la misma que contó con la participación de los doctores Rolando Martel Chang, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, Julio Martín Wong Abad, Juez de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena (socio de la firma Rodrigo, Elías & Medrano) y Sheilah Vargas Soto (asociada del Estudio Echecopar).

1. Control judicial

Una pregunta fundamental en torno al control judicial posterior de los laudos, es la relativa a si las partes podrían estar facultadas por una eventual modificación de la ley de arbitraje, para renunciar a la interposición del recurso de anulación del laudo.

No cabe duda de que esta posibilidad resulta ser muy seductora, a la par que preservaría, en caso las partes opten por este camino, la solidez del laudo arbitral.

Además, esto no sería novedad, pues existe el inciso 8 del artículo 63, que establece:

> […]
> 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.

Dentro de la tesis que menciono, no se podría pretender ni declarar la nulidad de un laudo.

Pero, el tema no es así de sencillo.

El asunto se complica, por dos razones.

La primera, porque las normas relativas al recurso de anulación, deben tener naturaleza de orden público, en la medida de que, si no la tuvieren, serían letra muerta o papel mojado en tinta, de modo que

resultaría moneda corriente el que en los convenios arbitrales las partes renuncien a interponer en el futuro, recurso de anulación.

En ese sentido, sería muy difícil levantar y sostener con éxito la tesis de la posibilidad de renunciar a este recurso.

No obstante, en la eventualidad de que ello fuera teóricamente posible, el problema no se solucionaría, pues encontraríamos, de todas maneras, un segundo obstáculo, esta vez sí radicalmente insalvable, consistente en la posibilidad de interponer un recurso de amparo en contra del laudo arbitral, pues si no existiese un control judicial del laudo, tampoco existiría tamiz alguno para poder interponer acciones de amparo contra los laudos arbitrales, dado que ellos, como cualquier otra resolución judicial o de otra naturaleza, podrían estar afectados por alguna violación de un derecho constitucional.

Entonces, el tema terminaría resultando peor, dado que tendríamos amparos directos contra los laudos arbitrales; y la nulidad de los laudos ya no sería conocida por tribunales especializados en la materia (las Salas Comerciales de las Cortes Superiores), sino por jueces constitucionales, alejados —precisamente— de la especialidad arbitral.

2. Choque de poderes

Otro de los grandes problemas que se aprecia en el recurso de anulación de laudo, es el referido a un implícito «choque de poderes», entre el Poder Judicial y el medio arbitral. Ello, no obstante que tales relaciones hayan mejorado notablemente en los últimos años.

No es que el arbitraje constituya un poder del Estado; pero, por la importancia que ha cobrado en nuestro país, no me cabe duda de que ha devenido en algo muy similar a esto.

Entonces, el tema que es apreciado con menor simpatía dentro del medio arbitral, es el relativo a la anulación de los laudos.

Y esto es percibido así, por varias razones.

La primera, porque existen casos en los cuales laudos muy bien estructurados, han sido anulados en el Poder Judicial, debido a razones absolutamente ajenas a la idoneidad de los mismos.

En un análisis de rigor jurídico, varias resoluciones de anulación han ingresado, sin duda alguna, de modo indirecto, al análisis del fondo del problema, materia vedada expresamente por la Ley de Arbitraje.

Además, esa natural actitud de celo del medio arbitral con respecto a la anulación de los laudos, también se percibe en otros casos, en los cuales, laudos claramente afectados de causales de anulación, no han sido anulados.

Y, en tercer lugar, porque las estadísticas del Poder Judicial con respecto a la anulación de los laudos arbitrales, como lo demuestran dos recientes estudios sobre el particular, no son auspiciosas, de modo tal que el destino del control judicial sobre los laudos arbitrales, resulta cada vez más incierto. Recuerdo que hace quince años, el porcentaje de laudos anulados era de alrededor del 1%. Si hoy dicho porcentaje fluctúa entre el 10% y el 20%, sin duda, hay mucho de qué preocuparse.

No me cabe duda de que desde el Poder Judicial se dirá que los jueces no tienen la culpa, pues si existen laudos defectuosos, ellos obedecen a los árbitros que los hicieron.

Pero, naturalmente, desde la otra orilla, se sostendrá lo contrario, y creo que son muy sólidos los argumentos para sostener que la vocación por conocer indirectamente el fondo del asunto, con ocasión

de la debida motivación, cada vez resulta más irresistible para las salas comerciales.

3. Causales taxativas y causales encubiertas

El artículo 63 de la Ley de Arbitraje, regula lo relativo a las causales que pueden motivar el recurso de anulación, estableciendo en su inciso 1, literales a) a g), distintos supuestos en los que procede tal anulación.

No obstante, resulta paradójico que ninguna de las causales señaladas en este artículo, establezca expresamente que los laudos arbitrales son susceptibles de anularse por falta de motivación o indebida motivación.

El tema de la motivación, en cambio, sí está regulado en el artículo 62 de la propia ley, cuando señala, 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 anulación o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

Entonces, si queda claro que el recurso de anulación no puede pronunciarse sobre las motivaciones expuestas por el tribunal arbitral, cualquier deducción con respecto a la motivación del laudo que se extraiga del artículo 63, es abiertamente ajena al texto expreso de la ley. Y es que los litigantes perdedores en los arbitrajes, hacen uso y abuso de lo dispuesto en el literal b) del inciso 1 del artículo 63, cuando indica que el laudo es anulable si una de las partes no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Esta disposición constituye, pues, el cajón de sastre en virtud del cual, los litigantes perdedores en arbitraje, recurren en anulación, ale-

gando que sus derechos han sido violados porque los tribunales arbitrales, o no han motivado los laudos o los han motivado indebidamente.

Y aquí viene la gran discusión, que consiste en si los tribunales ordinarios deben entrar a analizar la motivación de los laudos, como eventual causal de anulación de los mismos; o si, por el contrario, deberían desestimar cualquier alegación en tal sentido, dado que ella no constituiría, en estricto, causal de anulación.

La respuesta afirmativa, sin duda, nos ha traído y nos traerá una enorme caja de Pandora, en donde habrá terreno muy fértil para la justicia ordinaria, a efectos de anular los laudos arbitrales e ingresar al fondo de la materia controvertida, invocando la vulneración del derecho de defensa del litigante perdedor.

Si éste fuera el caso, en verdad, yo sólo admitiría la anulación de los laudos en el supuesto en el cual no exista motivación alguna, pues al no existir, no nos encontraríamos dentro de la prohibición del artículo 62, inciso 2 de la ley.

Ello, pues, todos los demás supuestos en los que exista motivación, no podrían conducirnos a la anulación de los laudos arbitrales, sin hacer un análisis silogístico del razonamiento del tribunal.

En ese sentido, uno podría imaginar someter a un análisis lógico, dos o tres párrafos como todo razonamiento jurídico de un tribunal arbitral, pero no ocurrirá lo mismo cuando hablemos de razonamientos contenidos en decenas de páginas de sesudo análisis en una controversia.

Si nos vamos a poner a elaborar tablas de verdad, no me cabe duda de que éste será el camino directo a contravenir la prohibición expresa de análisis de la motivación de los laudos arbitrales, contenida en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, no hay que olvidar que las causales de anulación de los laudos del artículo 63, como decía hace un momento, no mencionan expresamente ni la falta de motivación ni la motivación defectuosa de los laudos.

En ese sentido, al ser expresas, se puede sostener que una situación de esta naturaleza escapa, en estricto, a las causales de anulación de los laudos.

Este tema adquiere mayor relevancia, cuando se constata que la falta de motivación constituye la «causal» más alegada para anular los laudos arbitrales.

4. ¿Habría que modificar el artículo 63?

El problema planteado difícilmente va a tener solución jurisprudencial, pues, como hemos visto, las cortes superiores son cada vez más proclives a declarar nulos los laudos por supuestos defectos de motivación.

En ese sentido, una posible solución al problema estaría en la modificación del artículo 63 de la ley, estableciendo los alcances más restringidos para la última parte del literal b) del inciso 1, relativo a cuando una parte no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; a la par que poniendo algún candado más en el literal c) del referido inciso 1.

En verdad, creo que la ley no es defectuosa a este respecto, pues dada la existencia del artículo 62, inciso 2, resulta claro que los tribunales ordinarios no podrían ingresar, ni directa ni indirectamente, al análisis de la motivación de los laudos.

Entonces, el problema no surge de la ley, sino del curso jurisprudencial.

Ésta, tal vez, pueda ser una solución para cerrar el paso a las anulaciones que el medio arbitral estima indebidas.

5. ¿CORTE SUPERIOR U OTRO TRIBUNAL ARBITRAL?

Por otra parte, debemos recordar que la Ley de Arbitraje en actual vigencia no contempla, pero tampoco prohíbe, la posibilidad de que las partes pacten en el convenio arbitral una segunda instancia de la misma naturaleza a la cual puedan recurrir vía apelación.

Sobre este tema no estoy planteando nada. Simplemente, recuerdo la posible existencia de un segundo tribunal arbitral, para permitirme deslizar ante tan ilustre auditorio, la idea de repensar cuál es el órgano que debe conocer el recurso de anulación de los laudos.

La doctrina entiende tradicionalmente que el mismo deba ser conocido por los tribunales ordinarios de justicia, en un control judicial ulterior de los laudos arbitrales.

No obstante, dado que en el terreno teórico todo es susceptible de ser imaginado, no estaría de más pensar que la ley de arbitraje contemple una alternativa, otorgando a la parte perdedora en un arbitraje, la posibilidad de recurrir, sea al Poder Judicial o a otro tribunal arbitral, para que conozca la causal o causales de anulación invocadas.

Ello, por lo menos, ante algunas causales de anulación que no ofrezcan problemas teóricos sobre el particular.

Naturalmente, en la eventualidad de que se escoja ir en anulación a otro tribunal arbitral, lo resuelto por este último, sería irrevisable en materia anulatoria.

Me permito sugerir esta alternativa, en la medida de que, por más especialización que tengan las salas comerciales, ellas no necesariamente hablarán el mismo lenguaje que los tribunales arbitrales, de modo tal que las anulaciones de laudos serían más afines en conocimiento a otros tribunales arbitrales que a los tribunales de la justicia ordinaria.

6. Menos imaginación

Como último punto de mis reflexiones, quiero decir que nada de lo antes expuesto tendría mayor sentido, si es que los abogados no admitiéramos nuestro altísimo grado de culpa en la perversión del recurso de anulación de los laudos.

Éste ya no es un tema de los tribunales arbitrales, ni de los tribunales ordinarios que conocen las anulaciones, ni del enorme esfuerzo que tanto la judicatura, como los árbitros hacen por la solidez del arbitraje.

Es, simple y llanamente, un tema de abogados en ejercicio.

Yo me permito preguntar, si un cliente nos consulta acerca de la posibilidad de recurrir en anulación sobre un laudo de un caso que ha perdido, ¿acaso no haríamos todos nuestros mayores esfuerzos intelectuales para poder descubrir alguna causal, sea visible o invisible, sea directa o indirecta, para poder elaborar un recurso de anulación de laudo?

No es objeto de esta exposición el reseñar todos aquellos supuestos que han llegado a mis manos, de recursos de anulación de laudos arbitrales, en los cuales, si algo he podido constatar, es la infinita imaginación de nosotros los abogados, para poder buscar, rebuscar y hasta inventar causales, a efectos de satisfacer los intereses de nuestros clientes.

Entonces, debemos admitir que esa búsqueda insaciable de causales no establecidas expresamente en el artículo 63 de la Ley, pero que

hacemos entrar en él de manera indirecta, representa el germen del problema, pues ante tanta imaginación y exceso de conocimientos, muchas veces despertamos el entusiasmo de los tribunales ordinarios y logramos convencerlos de ingresar allí donde no deben ingresar; y de anular instrumentos jurídicos sólidos que deberían tener la firmeza que sus fundamentos, por naturaleza, les otorgan.

Muchas gracias

Palabras de presentación de la obra «Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo», escrita por la profesora María Antonieta Delgado Menéndez [*]

El presente libro, que lleva por título «Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas», ha sido escrito por la profesora María Antonieta Delgado Menéndez, y constituye el volumen 44 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*. Es un trabajo de gran importancia, que permitirá entender de mejor manera el fenómeno arbitral, pues su contenido versa sobre uno de los aspectos de la piedra angular de esta institución: la autonomía privada.

Sin embargo, antes de referirme brevemente al contenido de este volumen, quiero resaltar algunos aspectos de su autora.

La magíster, María Antonieta Delgado Menéndez, es profesora de derecho civil y derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La actividad docente le ha sido heredada, pues su padre, el más antiguo profesor principal de esa Facultad, el muy apreciado y reconocido catedrático, investigador y ex Ministro de Justicia, doctor César Delgado Barreto, no sólo ha legado la tarea docente a su hija, sino también a María del Carmen, hermana de María Antonieta, y al hijo de María

[*] Acto celebrado la noche del jueves 30 de noviembre de 2017, en la Sala Baquíjano y Carrillo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Antonieta, Milan Pejnovic Delgado. Sin duda, estamos ante una autora que pertenece a una familia de notable vena jurídica.

María Antonieta Delgado también nos tiene acostumbrados a la entrega de diversos trabajos de investigación que abordan distintos temas jurídicos.

Sólo por referirme al más importante, debo resaltar el notable esfuerzo puesto en la obra titulada «Introducción al derecho internacional privado», cuyo tomo III, «Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales», escrito en coautoría con su padre, el doctor César Delgado Barreto, su hijo, Milan Pejnovic Delgado, y el profesor César Candela Sánchez, fue presentado en sociedad hace pocos meses, publicado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estamos, ante una académica a carta cabal, quien no sólo ha dedicado buena parte de su vida a la docencia universitaria, sino que también lo ha hecho a la investigación. Producto de esta última actividad es este libro que tengo el gusto de presentar, el mismo que se basa en la tesis con la que optó el grado de magíster en derecho, habiendo obtenido el calificativo de sobresaliente con mención de publicación. Nuestra *Biblioteca de Arbitraje* se enorgullece de hacer realidad el calificativo impuesto por el jurado que tuve el honor de integrar.

En ese sentido, debo recordar que la creación de la *Biblioteca de Arbitraje*, en el año 2006, tenía como objetivo el de ser un referente en el medio para todos aquéllos que tengan interés en esta materia. En realidad, podemos llegar a la conclusión de que el arbitraje ha ido avanzando y desarrollándose de tal manera que en diversos volúmenes de esta colección no sólo se han abordado temas enteramente de arbitraje, sino también materias afines a la institución arbitral, como por ejemplo los *dispute boards* (volúmenes 23 y 33) o el Derecho Internacional Económico y de las Inversiones (volúmenes 9 y 10).

Esta concepción no parcelaria, sino más bien integradora, de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, tiene íntima y directa relación con el libro que hoy presentamos.

Al leer el título de la obra se podría pensar que el contenido de la misma no necesariamente tiene que ver con el arbitraje, pero a continuación voy a explicar que sí tiene que ver, y mucho.

Como sabemos, existen distintos tipos de arbitraje, y entre esas clasificaciones —que no son sólo teóricas, sino también prácticas— tenemos el arbitraje nacional y el arbitraje internacional.

En el contexto actual del mundo, es un hecho innegable que las relaciones entre particulares se desarrollan de manera vertiginosa, sin importar el lugar en el que se encuentren dichas personas. El comercio internacional crece cada día y a él ya no sólo acceden grandes conglomerados o grupos empresariales, sino también personas naturales que contratan entre ellas. Hoy se celebran contratos para importar y exportar una serie de bienes o servicios, a través de la diversidad de medios de comunicación que facilita la tecnología.

Esta realidad trae como correlato el que una serie de instituciones jurídicas cobren gran vitalidad e importancia, pues estamos ante relaciones que se establecen entre personas que se hallan en distintas partes del mundo. Una de esas instituciones recae en los mecanismos de solución de controversias que podrían surgir de la celebración de esos contratos.

Así las cosas, cuando se tiene que resolver controversias, es inevitable hablar del arbitraje; empero, como estamos ante supuestos en donde la globalización y los medios tecnológicos han permitido que se celebren actos entre personas que se encuentran en distintos lugares del mundo, o encontrándose en el mismo lugar, quieren que las prestaciones de sus contratos se ejecuten en otras zonas geográficas, tendríamos que hablar ya de un típico supuesto de arbitraje internacional.

Es en este punto en donde se abre un abanico de temas que resulta importante esclarecer, pues surgen una serie de preguntas relacionadas a, por ejemplo, ¿cuáles son los límites de la autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de estos contratos?, ¿qué materias escapan a la regulación que las partes pueden realizar en sus actos jurídicos?, ¿cuál es la ley aplicable a estos negocios en ausencia de elección de las partes?, ¿cuál es el rol del Estado en estos casos?, ¿cuál es la regulación actual que se tiene en nuestro país en torno al derecho aplicable a los contratos internacionales y cuál debería ser su orientación?

Sin duda, resulta imperativo tener una respuesta válida y precisa para todas estas interrogantes, pues de ellas dependerá el sentido en el que se resolverá determinada controversia.

Así, es aquí donde el arbitraje entra a jugar su papel de mecanismo para cristalizar y aclarar estas controversias. Recuérdese que el arbitraje es sólo el medio para lograr la eficacia de un derecho.

En ese entender, es muy común —y hasta imprescindible— en nuestros días, que en los arbitrajes internacionales se parta por analizar cuál es ese derecho aplicable al fondo de la controversia, pues en no pocos casos se está ante supuestos en donde las partes no han previsto esa regulación.

Y he aquí uno de los aspectos más valiosos del libro de nuestra querida amiga María Antonieta, pues en él se van a encontrar respuestas a todas las interrogantes que he formulado anteriormente.

En efecto, el arbitraje internacional reviste la particularidad de desarrollarse teniendo como insumos, derechos de distintas latitudes. La autonomía privada (que es la fuente del contenido de los contratos, pero también la fuente misma del arbitraje), es un tema desarrollado de manera muy extensa en esta obra, pues al ser la piedra angular, ocurre a veces que las partes, al momento de contratar, no acuerdan qué derecho

es el que será aplicable. He ahí un problema que se debe solucionar y este libro da respuesta a tal incertidumbre.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad también tiene límites en el orden público internacional y en las normas internacionalmente imperativas, y ése es otro tema que también se analiza en esta obra. Así, cabe preguntarse si el arbitraje tiene amplia libertad para declarar derechos cuando existen normas internacionales que lo prohíben. La respuesta es negativa y ése es un punto en el que se puede apreciar con absoluta claridad que el arbitraje tiene, entre sus límites, una serie de normas que son reconocidas en el ámbito internacional. El porqué de ello, así como los alcances y limitaciones de este tema, son también abordados en la obra de María Antonieta.

De otra parte, creemos pertinente mencionar que existe una tendencia, muy bien explicada y puesta de manifiesto en el libro, en torno al desarrollo del derecho internacional privado en nuestros días, y es que, qué duda cabe de que esta rama del derecho privado constituye un elemento de absoluta utilidad para el arbitraje internacional.

En este punto recuerdo mucho las clases de mi profesor, el doctor César Delgado Barreto, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 1987, sobre los factores de conexión a los que recurría el derecho internacional privado para resolver conflictos entre particulares. Conceptos como el de la *lex fori*, *lex personae*, o *lex causae*, eran fundamentales en esas clases. Hoy en día, sin perjuicio de la vigencia de esas enseñanzas, es inevitable también tener en cuenta que la naturaleza de muchas relaciones ha mutado y existen otras tendencias que se han ido desarrollando en el mundo.

En ese sentido, resulta fundamental leer los comentarios que María Antonieta realiza al contenido de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, del año 1994 y la patente necesidad, según la autora, de incorporar ese contenido a nuestro ordenamiento jurídico.

Como se puede apreciar, este libro tiene directa relación con el arbitraje y es que en él se plantean, desarrollan y analizan de manera crítica una serie de temas que son recurrentes en el arbitraje internacional.

Dentro de tal orden de ideas, esta obra no sólo ofrece al medio jurídico una opinión basada en un método dogmático, sino también brinda un punto de vista que será de gran utilidad para la aplicación de diversas figuras como la autonomía privada, la ley del contrato y el Derecho Internacional Privado; a todas las cuales se recurre de manera muy frecuente en procesos arbitrales que se desarrollan en todo el mundo.

En ese entender, esta obra, que constituye una nueva entrega de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, va a ser, sin duda alguna, objeto de consulta obligatoria para toda persona que busque información relacionada no sólo a los temas sustantivos que expone su autora, sino también para todo aquél que quiera conocer cómo estas materias sirven para resolver conflictos a través del arbitraje internacional.

Felicito, pues, a mi muy querida amiga María Antonieta, por el libro tan bueno, útil e interesante que tengo el gusto de presentar esta noche.

Muchas gracias

Palabras de presentación de la obra «Motivación de las decisiones arbitrales», escrita por Gino Rivas Caso [*]

Señor doctor Julio Wong Abad, Juez de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima,
Señores profesores Giovanni Priori Posada y Mario Reggiardo Saavedra,
Señor Gino Rivas Caso, autor de la obra que esta noche presentamos,
Estimados colegas y amigos,

El 17 de marzo de este año, Gino me pidió leer una obra que había escrito sobre arbitraje. Le prometí hacerlo lo antes posible; y, en efecto, luego de terminar otros compromisos académicos, la empecé un sábado y la terminé al día siguiente.

La obra me pareció extraordinaria, por varias razones, y así se lo hice saber a Gino el lunes, cuando lo llamé y le dije que la *Biblioteca de Arbitraje* estaría muy gustosa de acoger su libro dentro de los próximos volúmenes a publicar en lo que restaba del 2017.

Conozco a Gino desde hace algunos años, ya que fue practicante de mi estudio de abogados, mientras realizaba sus estudios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

---

[*] Palabras pronunciadas la noche del martes 5 de diciembre de 2017 en la Sala Baquíjano y Carrillo del Colegio de Abogados de Lima. El acto académico contó con los comentarios del señor juez Julio Wong Abad, de los profesores Giovanni Priori Posada y Mario Reggiardo Saavedra, además del director de la *Biblioteca de Arbitraje* y del autor de la obra.

Gino siempre se caracterizó por tener las ideas muy claras, tanto en lo académico como en lo profesional, habiendo destacado en su paso por nuestra firma.

Me dio mucho gusto saber de él, muy poco tiempo después de haber terminado la facultad; y, precisamente, enterarme de que había escrito la obra que hoy presentamos.

Además, me causó satisfacción saber que, dentro de las áreas profesionales a las cuales se dedica, se encuentra el arbitraje, materia en la que dio sus primeros pasos cuando trabajó con nosotros.

El libro de Gino trata acerca de la motivación de las decisiones arbitrales y constituye un estudio a profundidad acerca de una materia muy compleja, en la que, evidentemente, existe variedad de opiniones y criterios dentro de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera.

La motivación de las decisiones arbitrales es una materia que ha suscitado polémica en diversos congresos de arbitraje realizados en nuestro país, además de que sobre ella se han escrito diversos artículos y monografías.

Si se me pidiera resumir en pocas palabras cuál sería para mí el principal valor de la obra de Gino Rivas Caso, podría decir que consiste en una impecable claridad de conceptos; en una invariable línea de pensamiento que atraviesa la obra, de principio a fin, bajo la idea de respetar y hacer respetar los fueros arbitrales, en estricto apego a la Constitución y a la Ley de Arbitraje.

Más allá de poder coincidir o discrepar con los puntos de vista expresados por el autor, queda claro que su obra es el mejor dique de contención que el medio académico peruano ha producido con respecto al

intervencionismo de los tribunales ordinarios en anulaciones de laudos relacionadas con una supuesta defectuosa motivación.

La lectura de la obra que presentamos, dejará en los lectores, con meridiana claridad, la convicción de que el autor, independientemente de sus preferencias ideológicas, llega a estas sólidas conclusiones con el empleo impecable de los métodos de interpretación que el derecho otorga, tanto en lo que respecta a la Constitución Política de 1993, como a la Ley de Arbitraje del 2008.

Al culminar de leer este libro, probablemente, muchos de ustedes tendrán una cierta sensación de impotencia, básicamente, derivada del hecho de que los tribunales de la jurisdicción ordinaria cuando conocen los recursos de anulación de los laudos, no necesariamente aplican aquellas teorías y conceptos que corresponden a la propia naturaleza del arbitraje, pues en no pocos casos la jurisprudencia de las cortes superiores se aleja del arbitraje y se acerca mucho más a los conceptos clásicos del derecho procesal civil y a distorsionadas interpretaciones del derecho constitucional y procesal constitucional.

Con esto no estamos diciendo que el arbitraje sea un área del derecho que deba permanecer aislada de las demás ni, mucho menos, que el arbitraje sea ajeno a la teoría del derecho constitucional.

Lo que queremos expresar es que estas otras áreas del derecho; y, en especial, el derecho constitucional, deben calibrar al arbitraje en su real dimensión, de modo tal que se le entienda como un área especial del derecho en la cual, a diferencia de muchas otras, reina la voluntad de las partes; y ellas, cuando pactan un convenio arbitral buscan, precisamente, tomar distancia de una serie de conceptos instalados históricamente en estas otras áreas.

No estamos diciendo con esto que el arbitraje implique que las partes o los árbitros puedan actuar contra preceptos de carácter imperativo;

pero, bien haría al derecho constitucional y al derecho procesal entender, de una vez por todas, que el arbitraje es una especie diferente, si se quiere, un animal raro y, como tal, no puede ser apreciado dentro de la óptica del resto de especies.

Esto es lo que intenta plasmar en su obra Gino Rivas Caso, y seguro que lo logra.

El autor cumple su cometido a cabalidad y ahora corresponde al medio jurídico peruano analizar —sin apasionamiento— estas doctrinas, a efectos de poder asimilarlas en favor de la libertad de las partes, del arbitraje y de la buena salud de la que deben gozar la administración de justicia privada y su ulterior control judicial.

Reitero mis felicitaciones a Gino Rivas Caso, por haber escrito una obra tan buena y tan útil, la misma que es presentada, con orgullo, por la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio.

Muchas gracias

Historia de la *Biblioteca de Arbitraje*[*]

Queridos amigos, muy buenas noches,

A mediados del año 2005, en el Estudio Mario Castillo Freyre se acordó crear una colección titulada *Biblioteca de Arbitraje*, la misma que constituiría un medio de expresión, tanto de las ideas de sus integrantes, como de profesores y abogados del medio arbitral, destinada a difundir doctrina y a fomentar el debate de ideas.

Año y medio más tarde, en diciembre del 2006, fue publicado el volumen 1, titulado *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*, escrito por Ricardo Vásquez Kunze y Mario Castillo Freyre, director de la colección, obra fundamentalmente dogmática, sobre doctrinas esenciales del arbitraje, pero centrada en la Ley n.° 26572, de 1996.

A esa fecha, ya se encontraba en edición el volumen 2, obra colectiva escrita casi en exclusiva por integrantes del Estudio, la misma que llevó por título *Arbitraje y debido proceso*, que apareció en enero del 2007.

En ella se analizaba, desde distintas perspectivas, algunos de los principales problemas que manifestaba el arbitraje nacional en ese entonces.

---

[*] Palabras escritas por el director de la *Biblioteca de Arbitraje* y leídas por María Claudia Castro Guillén, la noche del martes 12 de diciembre de 2017, en el acto de presentación de la obra *Entre el derecho civil y el arbitraje* (segunda parte), en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Luego, bajo la atenta dirección de nuestro compatriota y amigo, Jorge Luis Collantes González, la *Biblioteca de Arbitraje* publicó, en sus volúmenes 3 y 4, la obra titulada *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, la misma que apareció en Lima en noviembre del 2007 y fue presentada en diversas universidades españolas.

Ello, en la medida de que los 27 colaboradores de la misma, eran profesores de las más prestigiosas casas de estudios de ese país, además de otros muy destacados profesionales en ejercicio.

En el año 2006, de manera paralela, se creó el Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyos fundadores, además de esa casa de estudios, fueron la Embajada de Francia en el Perú y el Estudio Mario Castillo Freyre.

Esto dio lugar a que en el año 2008 se publicaran los volúmenes 5 y 6 de nuestra *Biblioteca*, los mismos que reúnen las ponencias del referido Congreso.

Como es obvio, se trató de una obra colectiva, en la que participaron cincuenticuatro profesores peruanos y extranjeros.

El auge del arbitraje en materia de contratación pública hizo que en septiembre del año 2009 se publicara el volumen 7 de la colección, titulado *El arbitraje en la contratación pública*, escrito por nuestro director y Rita Sabroso Minaya.

Esta obra fue muy importante y de numerosa consulta.

En agosto del 2009 publicamos el volumen 8, conteniendo las ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2008 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, obra colectiva en la que participaron veintiséis profesores y abogados.

Y en noviembre de ese mismo año aparecieron los volúmenes 9 y 10, bajo el título *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, con la impecable dirección de Jorge Luis Collantes González y la conducción de la profesora española, Bárbara de la Vega Justribó.

No cabe duda de que esta área del derecho ha adquirido notable importancia en el mundo moderno y ella trae como compañero inseparable al arbitraje.

Así lo entendieron los cuarentiún profesores y abogados españoles que escribieron sobre el particular.

La obra fue presentada en Madrid y Barcelona, a comienzos del año 2010.

América Latina es uno de los principales actores del arbitraje.

En ese sentido, y también bajo la dirección de Jorge Luis Collantes González, la *Biblioteca de Arbitraje* publicó en noviembre del 2010 y en septiembre del 2014, los volúmenes 11 y 24 de la colección, titulados *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*.

En esta obra participaron abogados de treinta países de nuestro subcontinente.

También en noviembre del 2010, fue publicado el volumen 12, obra colectiva que reúne las ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2009, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, libro que cuenta con diecisiete trabajos individuales.

Ese mismo año, la *Biblioteca de Arbitraje* inició la que sería una subcolección, bajo el título *Panorama actual del arbitraje*, con la partici-

pación de veintiún profesores; y, en esa oportunidad, bajo la dirección de Jorge Luis Collantes González.

Esta subcolección se replicaría años más tarde, con los volúmenes 32 *Panorama actual del arbitraje 2015* (publicado en octubre de ese año, con la colaboración de *Thémis*, Asociación Civil integrada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

La citada obra colectiva contó con el muy valioso aporte de veintiocho profesores.

Y esta noche, presentamos en sociedad la obra *Panorama actual del arbitraje 2017*, también con la colaboración de *Thémis* y con la participación de siete expertos en arbitraje.

Gran tema —y hoy, lamentablemente— gran problema, es el que representa *La anulación del laudo*. Y, ése fue el título de los volúmenes 14, 15 y 16 de la *Biblioteca de Arbitraje*, publicados entre agosto del 2011 y septiembre del 2014.

Esta obra compiló un número muy importante y representativo de sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima sobre laudos arbitrales, cuya anulación fue pretendida.

Los tres volúmenes contaron con un magnífico estudio introductorio del abogado Esteban Alva Navarro y la obra tuvo la colaboración del profesor Roger Vidal Ramos, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil y activo investigador.

Todo un tema el de la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores.

El estudio asesora a Ositran desde hace alrededor de una década. Rita Sabroso Minaya y el director de la colección decidieron escribir una obra sobre el particular, la misma que constituye el volumen 17, que apareció en diciembre del 2011, bajo el título ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de *Ositran*.

Ese mismo año, en el mes de junio fue publicado el volumen 18, titulado *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, obra colectiva que contó con la participación de seis especialistas de Europa y el Perú.

Este libro —monumental, por cierto— tuvo como director a Jorge Luis Collantes González, contó con prólogo del ilustre profesor Manuel Olivencia y sus coordinadores académicos fueron Domitille Baizeau, Bárbara de la Vega Justribó, Jaime Gallego, Jorge Mas Taladriz y Nicolás Zambrana Tévar.

El diccionario representa la primera obra de su categoría en el mundo arbitral de habla hispana y es de mucha utilidad en el ejercicio de la profesión de abogado y de la función de árbitro.

En agosto del 2012 la *Biblioteca de Arbitraje* publicó un muy interesante trabajo, cuyo autor es el abogado Luis Puglianini Guerra y que lleva por título *La relación partes-árbitro*, obra, de eminente naturaleza contractual, que constituye un aporte muy importante para el estudio de esta pocas veces explorada faceta del arbitraje.

El volumen 20 compiló las ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010 de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en él participaron 14 profesores peruanos y extranjeros.

La obra fue publicada en agosto del 2012.

Muy importante también fue la publicación de *Arbitraje y Constitución* (volumen 21 de la colección), escrito por diecisiete profesores, con prólogo del doctor Felipe Osterling Parodi y cuyo comité editor estuvo integrado por Domingo García Belaunde, Ernesto Álvarez Miranda, Pedro Grández Castro y el director de la colección.

Este libro fue presentado en el Tribunal Constitucional en diciembre del 2012 y representó un aporte muy importante para esclarecer las muchas veces complicadas relaciones entre el derecho constitucional y el arbitraje.

El volumen 22 lleva por título *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)* y sus directores fueron Jorge Luis Collantes González y Anne-Carole Cremades.

Tuvo como coordinador al profesor Marco de Benito Llopis-Llombart y contó con palabras de presentación de Yves Derains y prólogo de Bernardo M. Cremades.

La importante obra, en la que participaron cincuentitrés arbitralistas, fue publicada en febrero del 2013.

El volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje* lleva por título *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, y tuvo como coordinador al abogado mexicano Roberto Hernández García, quien presentó la obra en junio del 2014.

Los *dispute boards*, ya asomaban en el Perú como un nuevo método de solución de conflictos, antecedente en la existencia de una abierta controversia y complementario del arbitraje.

Esta obra, a decir del propio Hernández García, constituyó el primer libro sobre *dispute boards* publicado en América Latina.

Las labores académicas y profesionales de cuatro miembros del Estudio los llevaron a escribir *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (volúmenes 25 y 26 de la *Biblioteca de Arbitraje*). Sus autores: Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, habiendo sido publicados en septiembre del 2014.

Dicha obra analiza en detalle cada uno de los artículos del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje en actual vigencia, y recoge experiencias vividas en la cotidiana práctica arbitral.

El volumen 27 recoge las actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, llevado a cabo en el año 2011, que contó con la participación de 37 expertos en la materia.

La obra fue publicada en septiembre del 2014, al igual que el volumen 28, que compila las actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje de la citada casa de estudios, realizado el año 2012, evento en el que participaron 55 profesores.

Lo propio en fecha de publicación, podemos decir del volumen 29, que recoge las actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje de la PUCP, que tuvo lugar en el 2013 y en el que participaron cincuentiún especialistas.

El volumen 30 de la colección es un valiosísimo trabajo de Jhoel Chipana Catalán, abogado del estudio, el mismo que lleva por título *Los árbitros y la ley de arbitraje del Perú*, en el que analiza de manera exhaustiva todo lo relativo a esta materia, con apreciaciones muy críticas y acertadas.

Esta obra también fue presentada en septiembre del 2014.

Luego, en noviembre del 2015, nuestra colección publicó el volumen 31, titulado *Estudios sobre derecho de arbitraje*, obra colectiva que se elaboró bajo la coordinación de Jorge Luis Collantes González y que contó con la contribución de once profesores.

La importancia de los *dispute boards* fue puesta nuevamente de manifiesto, pero esta vez en una obra escrita por dos jóvenes abogados peruanos.

El libro, denominado *Los dispute boards,* corresponde a Juan Diego Gushiken Doy y Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas y fue publicado en noviembre del 2015.

Se basó en la tesis que elaboraron y sustentaron de manera conjunta para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y que mereció por parte del jurado el calificativo de sobresaliente con mención de publicación.

Pero, los buenos trabajos académicos sobre arbitraje en el Perú no son exclusivos de nuestra capital.

En la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, la exalumna Irene Zegarra-Ballón Quintanilla sustentó su tesis para optar el título de abogado, la misma que llevó por título *La forma del acuerdo arbitral en la ley de arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*.

Este trabajo, que obtuvo el calificativo de sobresaliente, con recomendación de publicación, apareció en noviembre del 2015.

Para conmemorar el décimo aniversario de la *Biblioteca de Arbitraje*, la colección publicó, en diciembre del 2016 la obra titulada *Entre el derecho civil y el arbitraje*, escrita por el director de la colección, la misma

que recopila una serie de trabajos —en su mayoría inéditos— sobre ambas materias de su desempeño profesional.

Este año 2017 ha sido muy prolífico para la *Biblioteca de Arbitraje*, pues hemos publicado nada menos que quince nuevos volúmenes, la mayoría de los cuales ya han sido presentados.

Los volúmenes 36, 37 y 38 compilan las *Actas del segundo, tercer y cuarto Congreso Internacional de Arbitraje de la Asociación Zambrano* (desarrollados en Cusco durante los años 2014, 2015 y 2016), obras que recogen exposiciones de cincuentiocho especialistas y que fueron presentadas en la Ciudad Imperial en marzo de este año.

Por su parte, los volúmenes 39, 40 y 41 compilan las *Actas del octavo, noveno y décimo Congreso Internacional de Arbitraje 2014*, organizados por la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante los años 2014, 2015 y 2016.

Estos congresos contaron con la participación de noventiséis expertos peruanos y extranjeros, y se presentaron en el marco del Décimo Primer Congreso de Arbitraje de la Universidad, que tuvo lugar en mayo de este año.

En nuestro ánimo de explorar la realidad del arbitraje en otras latitudes, la *Biblioteca de Arbitraje* publicó su volumen 42, titulado *El arbitraje en Brasil*, escrito por autores de ese país bajo la coordinación del profesor peruano Roger Vidal Ramos.

Este libro, que apareció en junio del 2017, explora la realidad del arbitraje brasileño a partir de la importante reforma legislativa producida en el año 2013.

El volumen 43, titulado *Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico, visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión*,

fue escrito por el joven abogado Giancarlo Peralta Miranda y publicado en septiembre de este año.

Muchas veces pasa desapercibida la estrecha e importante relación que existe entre el arbitraje y el derecho internacional privado.

Por ello, para nuestra colección ha sido un orgullo incorporar como su volumen 44, el libro *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo,* escrito por la muy destacada profesora María Antonieta Delgado Menéndez, obra que, además de abordar los aspectos descritos en su ilustrativo título, enseña los diferentes e importantísimos puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el arbitraje.

Este libro apareció en septiembre y fue presentado hace dos semanas.

Hace siete días, nuestra colección presentó su volumen 45, titulado *La motivación de las decisiones arbitrales*, escrito por Gino Rivas Caso, el mismo que constituye un excelente análisis de las malas prácticas que en nuestros días la judicatura viene adoptando con respecto al análisis de los recursos de anulación de los laudos arbitrales, al ingresar —de manera indirecta y bajo el argumento de la supuesta motivación defectuosa— al estudio del fondo de lo decidido, lo que está vedado por la ley de arbitraje.

El volumen 46 de nuestra *Biblioteca* lleva por título *La naturaleza procesal del arbitraje* y está escrito por Aníbal Quiroga León, profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Esta obra, aparecida en octubre del 2017, constituye un notable aporte para el arbitraje, a efectos de apreciarlo desde la teoría general del derecho procesal civil, de la cual resulta indesligable.

Se trata, pues, de una mirada del arbitraje desde la perspectiva y los predios de uno de los más destacados abogados litigantes.

Y ahora pasamos a los volúmenes 47 y 48, los mismos que constituyen la obra más ambiciosa publicada por nuestra colección y que esta noche también presentamos en sociedad.

Se trata de la *Enciclopedia del arbitraje*, cuyas 2,020 páginas han sido escritas por más de 200 expertos de Europa y el Perú y cuyo coordinador, nuevamente, es Jorge Luis Collantes González.

Nos encontramos —por añadidura— frente a la primera enciclopedia de arbitraje de la que tengamos conocimiento.

Y, para concluir esta historia de la *Biblioteca de Arbitraje*, haremos mención del volumen 50, titulado *Entre el derecho civil y el arbitraje* (segunda parte), obra escrita por Mario Castillo Freyre, director de la colección, en cuyo contenido se recopilan sus más recientes trabajos académicos en ambas áreas del derecho.

A lo largo de estos once años, la *Biblioteca de Arbitraje* ha tenido presencia ininterrumpida en el medio jurídico peruano y en el extranjero.

Se trata de un esfuerzo del estudio que, en una primera etapa, contó con la colaboración de Palestra Editores, a efectos de su difusión en el Perú y, durante un período de dos años, apareció con el sello de la editorial Thomson Reuters.

Hoy, la *Biblioteca de Arbitraje* vuela con alas exclusivamente propias, publicando sus ejemplares en el tradicional formato papel y distribuyéndolos gratuitamente en el medio arbitral peruano.

Además, las obras se encuentran en venta en una de las principales librerías de la capital.

Fuera de ello, la inmensa mayoría de volúmenes se hallan a disposición de los interesados en la página web del estudio, con consulta libre y la posibilidad de imprimir gratuitamente el texto completo de cada una de las obras.

Asimismo, hemos acordado con la prestigiosa casa IJ Editores de Buenos Aires, la publicación en formato virtual de la mayor parte de nuestros ejemplares, a los que podrán acceder cientos de miles de usuarios en el formato activo que caracteriza a esa editorial.

Además, debemos señalar que ha sido siempre el espíritu de la *Biblioteca de Arbitraje* y del estudio que la promueve, el que ésta sea una generosa contribución al medio arbitral.

Dentro de esta política —y ya que está de moda el tema—, debemos resaltar que la *Biblioteca de Arbitraje* jamás ha solicitado ni recibido, para su financiamiento, contribución económica alguna por parte de terceros, sean éstos personas naturales, empresas u otros Estudios de abogados.

Ello, con la finalidad de preservar la transparencia que debe guiar la actividad, tanto profesional como arbitral, de los miembros del estudio que la publica.

Esta noche, en la que conmemoramos los cincuenta primeros volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje*; y, en especial, el volumen número

50, contamos con la participación de muy ilustres invitados, todos ellos catedráticos universitarios, abogados y árbitros de nota.

Nos referimos a la doctora Milagros Maraví Sumar y a los doctores Gonzalo García-Calderón Moreyra y Franz Kundmüller Caminiti.

Para empezar, escucharemos las palabras de la doctora Maraví.

Muchas gracias

Palabras de agradecimiento del director de la *Biblioteca de Arbitraje* en la presentación del volumen 50 de la colección [*]

Queridos amigos,

No quiero abusar de su presencia esta noche.

Estoy abrumado por vuestro cariño y compañía y por las generosas palabras de Milagros, Gonzalo y Franz, muy queridos amigos, que esta noche me acompañan.

Además, agradezco la participación de mi querida sobrina María Claudia.

Sólo quiero destinar estos minutos para agradecer a todas aquellas personas que han hecho posible la existencia y continuidad de la *Biblioteca de Arbitraje*.

En primer lugar, a los autores de los libros, tanto a quienes han escrito obras individuales, como a quienes han participado en las numerosas obras colectivas que hemos publicado.

En especial, quiero agradecer a quienes han sido mis coautores: el notable periodista Ricardo Vásquez Kunze y mis muy queridos y

---

[*] Palabras pronunciadas la noche del martes 12 de diciembre de 2017 en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el acto de presentación de la obra *Entre el derecho civil y el arbitraje* (segunda parte), volumen 50 de la colección.

brillantes colegas Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán; y, además, a Verónica Rosas Berastain, abogada de mi Estudio y a Massiel Silva Santisteban, por el valiosísimo apoyo brindado de manera cotidiana.

También, al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica de Perú por la permanente colaboración y confianza demostrada todos estos años, en la persona de su ex director, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla y de las doctoras Marlene Anchante Rullé (actual directora) y Silvia Rodríguez Vásquez, Secretaria General.

Quiero agradecer también a quienes han sido coordinadores y directores de los volúmenes que han constituido obras colectivas, en especial a Jorge Luis Collantes González, representante académico de la *Biblioteca de Arbitraje* en Europa.

Sin duda, su participación ha sido decisiva en la proyección internacional que ha alcanzado nuestra colección.

Y a autores como María Antonieta Delgado, Aníbal Quiroga, Esteban Alva, Luis Puglianini, Juan Diego Gushiken, Rodrigo Freitas, Irene Zegarra-Ballón y Gino Rivas.

No puedo dejar de mencionar a quienes organizan importantes eventos de arbitraje y nos confían la edición y compilación de los mismos, como es el caso de Karina Zambrano, de Roger Vidal y, recientemente, de la joven y muy destacada colega Lesly Shica y su Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado (GICE).

Además, a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo, de Arequipa, pues ser Decano de su Facultad de Derecho me ha permitido continuar escribiendo sobre estas materias con regularidad.

De igual manera, quiero referirme a nuestros proyectos en marcha para el año que comienza, los mismos que incluyen —al menos— la publicación de diez volúmenes, compuestos, en primer lugar, por tres obras compilatorias de congresos de arbitraje.

Comenzaremos con el pionero y tradicional Congreso del Centro de Arbitraje de la PUCP; en segundo término, con el del GICE; y, también con el Congreso de Contrataciones Estatales y Arbitraje, todos ellos llevados a cabo durante el presente año.

Además, publicaremos cuatro obras colectivas, una escrita por profesores europeos y dos por especialistas peruanos.

A ellas se suman tres libros de autores individuales: «Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral», de Laura Castro Zapata; «Arbitraje de inversión. El Convenio Ciadi», de Alem Zevallos; y, Dios mediante, la tercera parte de *Entre el derecho civil y el arbitraje*.

Mi mayor gratitud, también, para las señoras Mónica Benavides Segura y Katya Rosales Báscones, pilares en los trabajos de coordinación y corrección de textos de la *Biblioteca*, así como a Frida Murillo y Rosi Delgado, quienes con la imprenta FM Servicios Gráficos nos acompañan desde el comienzo de esta aventura intelectual.

Y, para concluir, sólo unos datos estadísticos:

En promedio, la *Biblioteca de Arbitraje* ha publicado 4.54 volúmenes por año, con un total de más de 22,000 páginas.

Y, todo esto para ustedes, queridos amigos.

Muchas gracias

Arbitraje, transferencia de propiedad y Registros Públicos *

Muy buenas noches.

Quiero comenzar estas palabras expresando mi felicitación al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la muy buena idea de abordar en este conversatorio las relaciones entre los Registros Públicos y el arbitraje; en especial, a la directora del Centro, doctora Marlene Anchante Rullé, a su secretaria general, doctora Silvia Rodríguez Vásquez; y a ustedes, queridos colegas y amigos, mi agradecimiento por su generosa presencia.

Asimismo, quiero saludar a Jorge Ortiz Pasco, Carlos Centeno Abarca y Daniel Cuentas Pino, prestigiosos colegas que me acompañan en esta primera mesa.

No cabe duda de que uno de los temas más conflictivos en relación al arbitraje, es el referido a su vinculación con los Registros Públicos.

Digo esto, en razón a que los Registros Públicos son la institución encargada de preservar la seguridad jurídica del país y las inscripciones se rigen por una serie de principios que están destinados a la preserva-

---

* Ponencia pronunciada en el conversatorio «Arbitraje y Registros Públicos», organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, desarrollado la noche del miércoles 28 de febrero de 2018 en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ción de esa seguridad jurídica; y, tradicionalmente, tales inscripciones se han derivado de dos vertientes; como son la notarial y la judicial.

Puedo decir, en este punto que sobre el tema siempre he tenido una sensación ambivalente; pues, por un lado, como árbitro es natural que quiera que mis decisiones sean inscritas en Registros Públicos sin observación alguna; pero, por otro lado, como ciudadano, soy consciente de que los registradores deben tener todo el celo posible en resguardar la seguridad jurídica y, por tanto, la veracidad y formalidad de los documentos arbitrales destinados a originar inscripciones.

Me pongo, por un momento, en el lugar de los ajustadores y soy consciente de que deben adoptar todas las medidas de seguridad, a efectos de no ser sorprendidos y, a la vez, no permitir que se vulneren derechos de personas inocentes.

Con independencia de los antiguos y tradicionales conflictos que han existido y existen en torno a las inscripciones derivadas de actos notariales y judiciales, hay algo de lo que no cabe duda, y es que resulta sencillo identificar la autenticidad, no sólo de tales funcionarios, sino también de los actos emanados de sus respectivos despachos.

Se puede decir, en términos figurados, que el notario es notario y está allí, y que el juez es juez y seguirá siéndolo, hasta que, al igual que el notario, cese en el ejercicio de sus funciones.

Pero, el oficio notarial y el judicial no provienen de un mandato aislado o efímero, sino del ejercicio de cargos oficiales y de apreciable duración en el tiempo.

Todo lo contrario ocurre con los árbitros, quienes tienen un mandato muy puntual para desempeñar tal función, en tanto y en cuanto dure el proceso para cuyo conocimiento han sido designados.

De ahí toda la problemática surgida en torno a la identificación de los árbitros y a la autenticación de los actos llevados adelante por ellos.

Estas inquietudes han constituido moneda corriente en Registros Públicos, y, fundamentalmente, en lo que respecta a las preocupaciones de los registradores, a efectos de poder inscribir mandatos de los árbitros.

Tales preocupaciones se vieron acentuadas hace algunos años, cuando fue descubierta una mafia muy difundida en el medio arbitral, que había hecho de las suyas en un número muy apreciable de procesos, vulnerando derechos de personas.

En ese sentido, resulta de gran relevancia analizar todas las facetas de esta relación entre el arbitraje y los Registros Públicos.

No me corresponde, sin embargo, desarrollar un análisis tan extenso, pues en este conversatorio se abordarán una serie de otros temas y porque se me ha encargado circunscribirme a la relación existente entre la transferencia de propiedad y el arbitraje.

Para tal efecto, comenzaré señalando algo, a mi juicio, muy importante, y es que en el arbitraje siempre se discute como materias controvertidas, aquéllas relativas a la titularidad de créditos o de bienes, lo que implica, en buena cuenta, que siempre se litiga sobre cuestiones de orden patrimonial, lo que equivale a decir que, al fin y al cabo, estaremos controvirtiendo sobre propiedad.

Me explico.

La experiencia de la vida nos enseña que la inmensa mayoría de procesos arbitrales, no versa sobre problemas relativos a derechos reales, sino problemas en torno a derechos de crédito.

Esto implica, en la práctica, que los laudos van a terminar resolviendo —básicamente— si son fundadas o no, pretensiones de pago de sumas dinerarias.

El hecho de que la mayoría de arbitrajes verse sobre estas materias, no nos hace ajenos a los Registros Públicos, pues será muy probable que tales discusiones antes o durante el desarrollo del proceso, hayan podido merecer el otorgamiento, por parte del Poder Judicial o del propio tribunal arbitral, respectivamente, de medidas cautelares ordenadas trabar sobre bienes inscritos en Registros Públicos, lo que implica, de por sí, un primer acercamiento entre el arbitraje, la propiedad y los Registros Públicos.

Queda claro, en estos casos, que la inscripción de tales medidas cautelares no implica la discusión de la propiedad sobre tales bienes, teniendo en cuenta, sobre todo, que aquello sobre lo que, fundamentalmente, se discute, es dinero.

No obstante, ya el hecho de registrar una medida cautelar sobre un bien, implica una primera aproximación del arbitraje a los Registros Públicos; y, sin duda, un riesgo latente de que esa medida cautelar pudiera concluir en la ejecución, sea judicial, sea arbitral, del bien sobre el que ha recaído tal medida; y, por tanto, de su ulterior transferencia de propiedad.

Con todo lo que hemos expresado hasta este momento, no queremos decir que no existan arbitrajes en los que se discuta la propiedad de bienes inscritos o susceptibles de inscribirse en Registros Públicos.

Por supuesto que se presentan estos casos, pero debemos admitir, desde nuestra experiencia, que son minoritarios.

No cabe duda de que en tales procesos también serán comunes las medidas cautelares, sean éstas judiciales o arbitrales; y que, obviamente,

aquello que se resuelva en el proceso, tendrá directa relación con la situación registral del bien.

Por otra parte, es necesario recordar lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, introducido por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1231, publicado el 26 de septiembre de 2015, en el sentido de que:

> 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.

Esta norma tuvo su origen en el escándalo suscitado a raíz del descubrimiento de la mafia antes citada, que realizó fechorías a través de múltiples arbitrajes, habiendo recaído casi todos ellos sobre bienes inmuebles.

Continuando con la relación entre Registros Públicos, la propiedad y el arbitraje, diremos que, en cualquier caso, lo resuelto en un laudo arbitral podría terminar inscribiéndose en Registros Públicos.

En este punto, admitimos que no ofrecerá mayor complicación si el laudo es ejecutado en sede judicial; y es que el registrador público recibirá, para tales efectos, partes judiciales que ya hayan procesado lo resuelto en el laudo arbitral.

Esto significa que el registrador no tendrá por qué hacerse problemas al respecto, pues el tema ya habrá sido objeto de análisis por una autoridad oficial del Estado que le ordena el cumplimiento de un laudo arbitral.

No hay muchas formalidades sobre las que investigar, pues es claro que cualquier falta o inobservancia que haya tenido el proceso arbitral, quedará superada con la resolución del juez de ejecución que ordene la inscripción registral, incluidos aquellos laudos que ordenan inscribir a un nuevo titular registral del bien que ha sido objeto de controversia.

El problema, básicamente, se centrará en la inscripción de laudos arbitrales cuando sean los propios árbitros quienes se encuentren habilitados para ejecutar lo resuelto por ellos mismos.

Como todos sabemos, la Ley de Arbitraje establece que los tribunales arbitrales tendrán facultades para ejecutar sus propios laudos, cuando el reglamento arbitral aplicable, así lo establezca o cuando las partes del proceso así lo hayan convenido.

Esto significará que, en estos casos, una vez terminado el proceso arbitral, será el propio tribunal quien estará facultado para ejecutar su laudo, sin necesidad de que la parte ganadora en el arbitraje recurra al Poder Judicial para tal efecto.

En ese sentido, en materia registral, la relación con Registros Públicos la tendrá directamente el tribunal arbitral que ha resuelto el caso.

Éste es uno de los supuestos en que las actuaciones del tribunal arbitral continuarán después del arbitraje.

No se trata, específicamente, de que el proceso arbitral continúe, sino que el laudo derivado del mismo, se ejecutará por parte del propio tribunal.

Esto forma parte de lo que, en un trabajo académico del año pasado, denominé con el nombre de «El arbitraje después del arbitraje».

Y es aquí donde empezarán todos los cuestionamientos por parte del registrador, a efectos de, por un lado, cumplir con el Reglamento de los Registros Públicos, que le exige la verificación de las formalidades del caso; y, por otro, dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje, en el sentido de respetar los fueros del tribunal que ha emitido el laudo y que ahora le solicita su cumplimiento registral.

Sin duda, se trata de una difícil situación, que tendrá que ser manejada de la manera más cuidadosa posible, por los registradores públicos.

Sobre este tema, no debemos olvidar que, salvo para determinados actos que la ley establece de manera especial, la inscripción registral no es constitutiva, sino declarativa, lo que implica que tal inscripción solamente será el reflejo de aquello que las partes determinaron, precisamente, en sus contratos privados.

Pero, aquí hay algo más, y es que no sólo estamos ante actos privados, sino frente a laudos arbitrales que resuelven conflictos derivados de actos o contratos de tal condición.

Dentro de tal orden de ideas, la gran mayoría de laudos arbitrales que versen sobre temas de propiedad, tendrán naturaleza declarativa, de modo tal que los derechos reales que en ellos se reconozcan, habrán nacido en momento anterior a la existencia del propio laudo.

Tales derechos sólo tendrán origen en el laudo, cuando nos encontremos en presencia de laudos que resuelvan derechos con carácter constitutivo.

No cabe duda tampoco de que, los laudos de esta naturaleza, son la minoría dentro de la minoría.

Además, debo señalar que los arbitrajes relativos a temas de propiedad que han generado problemas, presentan tres rasgos característicos: los árbitros no son, precisamente, gente de prestigio, (es más, en muchos casos, se trata de gente muy cuestionada); en segundo lugar, muchos de ellos son *ad-hoc* o provienen de centros de arbitraje absolutamente desconocidos en el medio arbitral, se podría decir, de centros de arbitraje casi clandestinos; y, en tercer lugar, muchos de ellos versan sobre materias raras y hasta exóticas en arbitraje, como es el caso de prescripción adquisitiva. ¿A quién se le va a ocurrir que un emplazado en estos casos, a quien se le quiere sustituir en su condición de propietario, va a celebrar un convenio arbitral con el futuro demandante, para que el proceso dure menos y sea más civilizado? Todo lo contrario, el emplazado se defenderá como gato panza arriba y hará todo para que el proceso judicial dure lo más posible y así conserve su propiedad.

En lo que respecta a los laudos de naturaleza declarativa, no debemos olvidar que los modos de transmisión de la propiedad se encuentran claramente determinados en el Código Civil de 1984, artículos 947 a 949.

El artículo 947 trata acerca de la transferencia de propiedad mueble, estableciendo que ésta se transmite con la tradición o entrega al acreedor, salvo disposición legal diferente.

Por su parte, el artículo 949 regula la transferencia de propiedad inmueble, señalando que, en este caso, tratándose de un inmueble cierto, la propiedad se transfiere al acreedor con la sola obligación de enajenar, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

No me ocupo de lo dispuesto por el artículo 948, pues el mismo se refiere al caso del depositario infiel, que carece de interés para el estudio de la relación entre la transferencia de propiedad y los Registros Públicos.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, voy a mencionar extremos de algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Registral, que me parecen importantes, y que tienen íntima vinculación con el tema de mi ponencia:

- Mediante Resolución n.° 063-2014-SUNARP-TR-T, de fecha 7 de febrero de 2014, se estableció que «las instancias registrales no pueden cuestionar la forma cómo el árbitro ha ejecutado un laudo arbitral». Sin embargo, se hace la salvedad de que «no podrá ser inscribible por falta de inscripción del acto previo, la declaración de un derecho de propiedad cuando el demandado no tenga derecho inscrito o, en general, cuando para la inscripción del laudo deban registrarse otros actos previos».

  Lo señalado significa que existen, en ocasiones, problemas entre lo que está inscrito en el registro (realidad registral) y lo que un laudo contiene y ordena, pues es claro que en virtud del principio del tracto sucesivo regulado por el artículo 2015 del Código Civil, «Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane».

- Por otro lado, mediante Resolución n.° 103-2013-SUNARP-TR-T, de fecha 4 de marzo de 2013, el Tribunal Registral reconoció un principio otorgado por ley a las actuaciones de los árbitros, al señalar que «las instancias registrales están impedidas de calificar el fondo o los fundamentos de la decisión arbitral o su adecuación con la ley porque su contenido es de exclusiva y excluyente responsabilidad del árbitro u órgano arbitral que la emite. Admitir lo contrario significaría convertir al Registro en una suprainstancia que revisa los fallos arbitrales; vale decir, de permitirse esto el Registro, se atribuiría de hecho una competencia que sólo le corresponde al órgano jurisdiccional.

Las instancias registrales —agrega la resolución— no pueden calificar ni la validez ni la eficacia objetiva o subjetiva del laudo o de los actos procedimentales realizados por los árbitros. En ese sentido, el Registro no puede cuestionar decisiones motivadas del árbitro o tribunal arbitral de incorporar a un tercero al procedimiento arbitral o de extender los efectos del laudo a dicho tercero. El árbitro o tribunal arbitral asume exclusiva y excluyente responsabilidad por dichas decisiones».

Lo señalado es de vital importancia en el caso de la transferencia de propiedad, pues en ocasiones la titularidad registral que ha cambiado en virtud de un laudo arbitral, afecta derechos de terceros, pero esa afectación será de responsabilidad directa del árbitro y no del registrador que ha cumplido con inscribir al nuevo propietario. Se aprecia, pues, una clara distinción en el ámbito del ejercicio de facultades por cada uno, registrador y árbitro.

Aquí resulta importante subrayar la aparente contradicción que existe entre el segundo párrafo del artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos, cuando dice que «no será inscribible el laudo que afecte a un tercero que no suscribió el convenio arbitral», con respecto al tercer párrafo de la misma norma, cuando señala que «sin perjuicio de ello, las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del tribunal arbitral o árbitro único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo».

Pensamos, específicamente, en la posibilidad de que un tercero reciba en un proceso arbitral la condición de parte no signataria; y, en tal virtud, no habiendo suscrito el convenio arbitral, se le incorpore al proceso —contra su voluntad— como parte litigante.

> Menudo problema el que plantea esta situación, pues es claro que tal tercero no suscribió el convenio arbitral, pero el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, recurriendo a una ficción, le otorga la condición de parte no signataria, pero parte del convenio, al fin y al cabo.

El tema objeto de mi exposición tiene, sin duda, muchas materias pasibles de tratamiento y debate, pero no se les puede abordar en un breve lapso.

Sí he querido citar algunas resoluciones que me parecen importantes por su contenido, y es que resulta claro que existe cierta tensión que pasa por distintos matices, y ellos se relacionan no solamente con la asunción de responsabilidad por parte, tanto de árbitros como de registradores, sino también por otorgar categorías y analizar no ya el contenido, sino más bien la forma de los laudos que contienen mandatos que versan sobre titularidades registrales y la manera cómo deban ser inscritas.

Deseo terminar mi intervención, señalando que toda esta problemática debe conducir a una meditada reflexión por parte del legislador. Dicha reflexión no debe estar signada ni por la presión ni por el escándalo público motivado por algún caso que se presente al respecto.

No olvidemos que el arbitraje y la justicia son muy importantes; en tanto la prisa es siempre muy mala consejera.

Muchas gracias

El arbitraje y la familia[*]

1. Introducción

Hace algunas semanas los doctores Rafael y Silvia Torres Morales tuvieron la gentileza de formularme una invitación para escribir un artículo que se inscribiera en el tema «Arbitraje y otros medios de solución de conflictos en las empresas familiares», a efectos de ser publicado en el volumen 73 en la prestigiosa *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, que llevará el título genérico de «Protocolo familiar».

Tratándose de invitantes tan queridos y apreciados por mí, acepté de inmediato. Seguidamente, procederé a tratar sobre el arbitraje y la familia, materias que, por lo general, no son relacionadas por la doctrina.

2. Consideraciones generales

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad[1] y del Estado, razón por la cual, resulta evidente que ella

---

[*] Artículo escrito en marzo de 2018 para la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*.

[1] Artículo 4.- *Protección a la familia*. *Promoción del matrimonio*
La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

debe merecer protección legal suficiente, además de que el Estado y la sociedad deben fomentar la paz y unión familiar.

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

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

3. PRINCIPALES DESAVENENCIAS FAMILIARES

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

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

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

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

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

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

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

Me explico.

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

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

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

Hagamos un repaso de las principales situaciones.

3.1. La vejez

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

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

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

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

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

3.2. El matrimonio

Vengo sosteniendo desde hace catorce años, que el régimen patrimonial aconsejable para las relaciones de pareja, es el de la separación de patrimonios y no el de sociedad de gananciales.

Sostengo esto porque con la separación de patrimonios, cada uno de los miembros de la pareja, será titular exclusivo de su propio patrimonio, y el otro cónyuge o concubino (si hubiesen iniciado la relación de convivencia habiendo pactado previamente una separación de patrimonios), no tendrá nada que ver con el patrimonio del otro.

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

Se puede decir, en sentido figurado, que luego de producida la separación, «cada quien se irá con lo suyo»[2] y no tendrá nada que reclamar al otro.

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

Esto, sin duda, si bien no evitaría la existencia de tales conflictos, sí lograría que la solución de los mismos resulte más expeditiva, de tal

---

[2] A estos efectos, recomendamos al lector la consulta de Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. «Pasión de gavilanes». En *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004. Castillo Freyre, Mario. *«Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión* del cónyuge». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - Universidad Católica San Pablo, 2017, pp. 161-178.

manera que los problemas familiares tengan una duración más corta y una solución que pudiera resultar más satisfactoria.

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

Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

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

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

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

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

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

3.3. La sucesión

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

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

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

3.3.1. La sucesión intestada

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2. La sucesión testamentaria

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

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

Es importante, en estos casos, que se otorgue testamento, y que el testamento no se limite a describir los bienes materia de la sucesión y

a enumerar a los herederos de los mismos y sus respectivos porcentajes hereditarios.

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

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

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

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

Pero, el testador podría ir incluso más allá, estableciendo en su testamento una cláusula arbitral, materia regulada en la séptima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2018, que citamos a continuación:

> Séptima. *Arbitraje sucesorio*. Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.[3] (El subrayado es nuestro).

Como antecedentes podemos citar, en primer lugar, el artículo 7 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.° 25935, que establecía lo siguiente:

> Artículo 7.- Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia.
> La estipulación debe designar el árbitro o referirse a un reglamento arbitral.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, señalaba:

> Artículo 13.- Arbitraje testamentario
> Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o parti-

[3] Nuestras apreciaciones sobre el arbitraje sucesorio se basan en las sostenidas en un anterior trabajo sobre la materia: Castillo Freyre, Mario, Sabroso Minaya, Rita, Castro Zapata, Laura y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, segunda parte, vol. 26, 2014.

> ción de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas.

Finalmente, el artículo 10 de la Ley de Arbitraje española n.° 60/2003, establece:

> Artículo 10.- *Arbitraje testamentario*
> También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Como ya hemos señalado, no cabe duda de que la muerte de una persona acarrea, en muchos casos, conflictos entre sus sucesores, los cuales resultan muy difíciles de solucionar, dadas las peculiares características.

Generalmente, se sabe que existen dos maneras de adquirir la condición de copropietario: la manera voluntaria, que es cuando uno compra, por ejemplo, un departamento y con él las áreas comunes del edificio donde éste está ubicado, las cuales resultan necesarias para poder gozar de la propiedad del departamento adquirido e indispensables para disminuir los costos de una propiedad que, si fuese independiente, no podríamos adquirir. Sin duda, esta copropiedad, con el paso de los años, reporta problemas, como es el caso de la administración del edificio, la asunción de gastos, la propia convivencia, el eventual deterioro del bien, entre otros.

A pesar de que esta situación puede resultar nefasta conforme pasan los años, hay otro tipo de copropiedad que puede ser peor: la copropiedad que surge en materia sucesoria.

Como sabemos, a la muerte de una persona, tal como dispone el artículo 660 del Código Civil, se transmite a sus herederos el patrimonio

del causante, constituido no sólo por sus bienes, sino también por sus créditos y deudas, como un conjunto denominado «masa hereditaria».

Esta masa hereditaria, hasta que se produzca el pago de las deudas de la herencia y la ulterior división y partición, pertenece a todos los coherederos.

De esta forma, si hubiese un solo heredero, es decir, si se tratara de un heredero universal, no habría problema, porque ese heredero podría manejar por decisión propia el destino de esa sucesión. Sin embargo, si se tratara de más de un heredero, los problemas típicos de los copropietarios podrían presentarse, y es que ¿cómo adoptar decisiones? Vale decir, ¿cómo hacer que esos coherederos que, generalmente, son hermanos, hijos, etc., puedan convivir en paz?

Allí suelen desatarse, como enseña la experiencia vivida, las más violentas pasiones, por cuanto existen afectos heredados, odios heredados, rivalidades heredadas, que hacen que resulte muy complicado el manejo del tema sucesorio.

En ese sentido, son muy frecuentes los conflictos que se suscitan entre los herederos, ya sea en torno a cuestionar la magnitud de la masa hereditaria y a querer, por un lado, evitar divisiones y particiones; o, por otro, querer que la división y partición se haga a favor de los intereses propios, en perjuicio de los intereses comunes.

Por todas estas consideraciones, resulta pertinente que la ley de arbitraje aborde el tema del arbitraje sucesorio y no sólo el del arbitraje testamentario, como lo hacían las anteriores leyes arbitrales.

Así, y al establecerse dos posibles escenarios para que se someta a arbitraje las controversias que puedan surgir entre sucesores, o entre ellos y los albaceas; así como el hecho de señalar que en caso no exista testamento; o en éste no se contemple una estipulación arbitral para re-

solver sus controversias, se busca difundir esa práctica e instituirla como la vía natural para dar solución a toda esta problemática.

Centrándonos en el arbitraje testamentario, surge la pregunta de cómo se presentaría la bilateralidad que existe en todo convenio arbitral, es decir, el pacto (manifestación de voluntad) de las partes para someter sus controversias a arbitraje.

Sobre el particular, Fernández Arce[4] señala que, si bien el testador impone el arbitraje a sus sucesores, esta imposición tiene lugar a su muerte con la aceptación que éstos deberían prestar para consolidar sus derechos hereditarios; y, al hacerlo, tendrá lugar el acuerdo de los interesados. El arbitraje testamentario es una disposición de directo cumplimiento, porque la obligación nace de esta disposición testamentaria y no del compromiso que asuman, posteriormente, los sucesores.

Como se aprecia, la estipulación arbitral incorporada en el testamento por el causante, resulta ser una excepción por la cual el arbitraje procede por la voluntad de un tercero. Ello, en la medida de que para su obligatoriedad basta la manifestación de voluntad unilateral del causante, quien, por cierto, no será parte del arbitraje. Las partes en el arbitraje serán los sucesores del causante (testador).

Al respecto, Lohmann[5] sostiene que debe tenerse en cuenta que los sucesores suceden al causante y quedan comprometidos por la voluntad de éste. La estipulación arbitral testamentaria obliga a los sucesores a estar y pasar por el arbitraje y no pueden renunciar a él, como no sea transigiendo o renunciando a sus derechos sucesorios, porque se sabe que no procede aceptación o renuncia parciales. No sería válido

---

4 Fernández Arce, César. «El arbitraje testamentario». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje.* «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, 2009, vol. 8, p. 273.

5 Lohmann Luca de Tena, Guillermo. «Arbitraje sucesorio». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.,* tomo ii, p. 95.

el pacto por el cual estos sujetos aceptantes del llamamiento sucesorio renuncien al arbitraje ordenado por el testador y en sustitución del arbitraje decidan someterse al Poder Judicial para resolver sus diferencias sucesorias.

Asimismo, en torno al arbitraje testamentario, surge la interrogante de si esta facultad del causante (la de incorporar la estipulación arbitral en el testamento), conculca el derecho constitucional de los herederos o legatarios a la tutela jurisdiccional, establecido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

A entender de Fernández Arce,[6] carece de sustento dicho planteamiento porque a los herederos voluntarios o legatarios, no se les niega el derecho a la tutela jurisdiccional. Lo tienen y se les reconoce dicho derecho, a través del arbitraje que el testador dispone con derecho porque es un cargo que les impone, precisamente, para ayudarlos a solucionar las controversias que pudieran presentarse en el futuro. En el arbitraje podrán ejercer todos los medios de defensa que la ley de arbitraje establece.

Al respecto, Amprimo[7] recuerda que los sucesores o albaceas que puedan sentirse afectados por la disposición testamentaria arbitral, tienen el derecho de renunciar a la herencia o legado, al igual que la persona encomendada por el testador para actuar como albacea puede excusarse de aceptar el cargo.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué pasaría si un legatario opta por acudir al Poder Judicial, a pesar de que en el testamento se establece el arbitraje como la vía para la solución de controversias relativas a la sucesión.

---

6 Fernández Arce, César. *Op. cit.*, p. 276.

7 Amprimo Plá, Natale. «Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 110.

Una primera respuesta nos lleva a afirmar que los otros sucesores (los demandados en el proceso judicial), bien podrían deducir la respectiva excepción de convenio arbitral, la cual debería ser amparada por el juez.

Desde un punto de vista estrictamente sucesorio, Amprimo[8] señala que mucho va a depender de los términos que haya establecido el testador al fijar la estipulación testamentaria arbitral, pues, como sugiere Corral García, podría haber unida al establecimiento del arbitraje, una prohibición expresa de intervención judicial, según la cual la vulneración de dicha prohibición debe conllevar la pérdida de su condición de sucesor, favoreciendo así al resto de sucesores que sí respetan la voluntad del testador. Obviamente, la pérdida tendría que ser respecto de la parte de la herencia sobre la cual el testador tiene libre disposición.

A entender del citado autor, si la estipulación testamentaria arbitral incluye la prohibición expresa de recurrir a la vía judicial; y, por tanto, de quedar obligado a utilizar la vía arbitral, podría considerarse como una condición negativa con efectos resolutorios (artículo 175 del Código Civil). Sin embargo, también podría considerarse la estipulación testamentaria arbitral como un cargo, siempre, claro está, respecto de los legados o de la porción de la herencia no sujeta a legítima.

Con esto se otorga, mas no necesariamente se soluciona, mayores visos de solución al problema y —puede que en muchos casos— se acelere su trámite de una manera más pacífica y civilizada, ya que se evitan diversos procesos judiciales y se fomenta la unificación del mecanismo destinado a poner fin al problema a través de la vía arbitral.

Pero, es claro que no todo arbitraje sucesorio será un arbitraje testamentario, ya que podría no haber cláusula arbitral en el testamento del causante, pero sí un ulterior convenio arbitral entre herederos, le-

[8] Amprimo Plá, Natale. «Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario». *Op. cit.*, p. 108.

gatarios y/o albaceas. Aquí habrá seguramente un arbitraje sucesorio, pero no testamentario. Esto se halla contemplado en el segundo párrafo de la séptima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, bajo comentario.

Está claro que la celebración de este convenio arbitral será difícil, en la medida de que ya se habría producido un conflicto sucesorio. Difícil, pero no imposible.

Cabe precisar que, si bien las leyes de arbitraje que precedieron al Decreto Legislativo n.° 1071 sólo regulaban, en estricto, el arbitraje testamentario, ello no implicaba —en modo alguno— que estuviera prohibida la celebración de convenios arbitrales entre los sucesores, siempre y cuando las materias sometidas a conocimiento de los árbitros fueran de libre disposición y no estuviesen incursas en alguna prohibición expresa.

Asimismo, cabe señalar que resulta de suma importancia que esta norma contemple que las controversias que surjan entre los sucesores, es decir, entre herederos (sin distinguir entre forzosos y voluntarios)[9] y legatarios o entre ellos y los albaceas, se puedan solucionar a través del arbitraje sucesorio y que incluya las controversias relativas al inventario, a la cuantía y la valoración de la masa hereditaria —generalmente cuestionada—, a la administración y a la división y partición.

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

Como podrá intuir el lector, el arbitraje sucesorio no testamentario, fruto de un convenio arbitral entre herederos y/o legatarios, resulta una figura bastante inusual, pues es de suponer que el mismo sería fruto de un pacto entre todos ellos, celebrado luego de generada la controversia,

[9] A diferencia de las anteriores leyes arbitrales, en donde sólo se hacía referencia a los herederos no forzosos o legatarios.

lo que determinaría que todos tengan la voluntad de recurrir a arbitraje para facilitar la solución del problema, lo que será poco probable.

A lo largo de mi experiencia profesional, sólo he tenido oportunidad de conocer un arbitraje sucesorio de estas características, en el que fui abogado de una de las partes.

Se trató de un proceso muy complejo, en el que litigaron siete herederos durante casi ocho años.

3.4. Las empresas

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

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

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

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

Pero, no necesariamente ocurrirá lo propio con las empresas.

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

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

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

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

Resulta paradójico que la figura del arbitraje societario se aprecie como de mayor necesidad en aquellos casos en los cuales nos encontramos en presencia de sociedades con capitales de origen variado; es decir, aquéllas en las cuales existen diversas personas naturales o jurídicas, en condición de socios capitalistas.

Y esto está bien, pues ello ayudará a la solución de eventuales conflictos; pero, ocurre que en aquellas sociedades en donde hay, prácticamente, un único dueño, la inclusión de una cláusula estatutaria sobre el arbitraje societario, resulta aún de mayor utilidad.

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

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

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

Como sabemos,[10] el arbitraje estatutario se encuentra regulado en la sexta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, norma de texto siguiente:

> Sexta.- *Arbitraje estatutario*
> Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.
> El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquéllos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

[10] Nuestras apreciaciones sobre el arbitraje sucesorio se basan en las sostenidas en un anterior trabajo sobre la materia: Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la ley de arbitraje* (segunda parte). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, vol. 26, 2014.

> El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

No existe duda de que los conflictos al interior de las personas jurídicas ocasionan múltiples inconvenientes que, en diversos casos, traban la marcha del propio organismo, más aún si dichas desavenencias se ventilan en múltiples procesos judiciales.

Al ser conscientes de dicha realidad, desde hace algunos años resulta práctica habitual en nuestro país la adopción del arbitraje estatutario, el mismo que implica establecer un convenio arbitral en el estatuto de la persona jurídica para resolver determinados conflictos. Dentro de los alcances de este convenio arbitral, puede señalarse que se resolverán a través de arbitraje las controversias que surjan, ya sea entre la persona jurídica y cualquiera de sus miembros —estamos hablando de socios o asociados—, entre la persona jurídica y sus directivos, entre la persona jurídica y sus administradores, entre la persona jurídica y sus representantes, entre la persona jurídica y sus funcionarios, las que surjan de sus derechos u obligaciones, las controversias que se refieran al cumplimiento del estatuto o a la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral, en el caso del arbitraje estatutario, tiene una particularidad, porque no sólo obliga a aquellos socios o asociados que aprueban el estatuto de la persona jurídica, sino alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios de dicho sujeto de derecho, a quienes se incorporen a él, así como a aquéllos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. Vale decir, tiene alcances, incluso, para aquellas personas que no son miembros de la persona jurídica al momento en que se celebra el contrato social o al momento en que se modifique el estatuto para incluir el convenio arbitral.

Ésta, sin duda, es una ficción legal que resulta positiva a efectos de que no exista convivencia de controversias conocidas por el Poder

Judicial y estas controversias que se sigan ante otros tribunales, ya que podría ocurrir que algunos socios sí hubiesen suscrito el convenio arbitral al momento de la modificación del estatuto, y que otros socios no lo hubiesen suscrito, con lo cual no podrían llevarse adelante los procesos arbitrales.

En torno a la materia arbitrable, las derogadas leyes generales de arbitraje no excluían ninguna en específico. Sin embargo, ello ocasionó un interesante debate sobre el particular, ya que el artículo 48 de la Ley General de Sociedades establecía que «no procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria y ésta, cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten».

Por ello, la parte final de la sexta disposición complementaria de la actual ley de arbitraje, agrega que el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos, o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Asimismo, como se aprecia en la tercera disposición modificatoria, la actual Ley de Arbitraje modificó, entre otros, el artículo 48 de la Ley General de Sociedades, incorporando expresamente que el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

Otro tema importante en torno a la modificación del referido artículo 48 y que se relaciona directamente con el arbitraje estatutario, es el relativo a quién o quiénes pueden someterse al convenio arbitral contenido en el estatuto.

Antes, el referido artículo 48 de la Ley General de Sociedades también se aplicaba al tercero que al contratar con la sociedad se hubiera sometido al convenio arbitral. Y aquí surgía la interrogante en torno a quién era ese tercero.

Con la modificación del artículo 48 de la Ley General de Sociedades contemplada en la tercera disposición modificatoria de la actual Ley de Arbitraje, se ha eliminado cualquier referencia a terceros. Ello, en la medida de que el supuesto en el cual de forma automática un tercero se somete a la cláusula arbitral, es cuando se incorpora como socio, transfiriendo después sus acciones; y, como consecuencia de dicha transferencia, surgía una controversia o la controversia se derivaba del período durante el cual fue accionista,[11] ya se encuentra regulado por la sexta disposición complementaria, al establecer que el convenio arbitral contenido en el estatuto, también alcanza a aquéllos que ya no son miembros, directivos, administradores, representantes o funcionarios de la persona jurídica.

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

Lima, marzo de 2018

[11] Hundskopf Exebio, Oswaldo. «El arbitraje estatutario en una sociedad mercantil. ¿Siempre es más conveniente recurrir al arbitraje?». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, julio 2005, n.° 140, pp. 240-241.

Centros de arbitraje, recusaciones y precedentes vinculantes*

1. Consideraciones preliminares

Ha cobrado gran importancia en los últimos años el tema del arbitraje institucional.

Es objeto de estudio y de comparación el arbitraje administrado por centros especializados en la materia y el arbitraje *ad-hoc.*

En ese sentido, se ha señalado que el arbitraje institucional reviste mayores elementos de solidez y garantía que el arbitraje *ad-hoc*, dado que el primero es administrado por un centro de arbitraje; es decir, por una institución, la misma que supervisa no solo los aspectos materiales, como es el caso de la infraestructura, la mesa de partes, la salas de audiencias, las grabaciones de las mismas y demás, sino también el aspecto humano, fundamentalmente, el relativo a la supervisión de los secretarios arbitrales, quienes son designados para cada caso concreto, pasando por otros temas de mucha importancia, como es el caso de la supervisión y el control de los árbitros, los mismos que integran el registro del respectivo centro.

En relación a los árbitros, hay dos puntos fundamentales referidos a la labor de los centros de arbitraje.

El primero, consiste en la inclusión y exclusión de los árbitros del respectivo registro o nómina.

---

* Artículo inédito, escrito en el mes de abril del 2018.

Este registro está compuesto por todos los árbitros que han sido admitidos por el respectivo centro para arbitrar en él.

En la mayoría de casos, ello no significa que el estar incluido en un determinado centro de arbitraje, constituya requisito indispensable para ser árbitro en un proceso que se administre en ese centro.

No obstante, la mayoría de reglamentos de los centros de arbitraje en el Perú, han establecido que tal registro sí constituye requisito indispensable para ejercer la presidencia de un tribunal arbitral.

Pero, en los últimos tiempos, los centros de arbitraje se han ido volviendo más restrictivos, de manera tal que vienen introduciendo normas en el sentido de que el centro tiene la facultad de ratificar o no a los árbitros de parte designados, naturalmente, si éstos no integraran la nómina de árbitros del centro.

Sobre este particular, estoy de acuerdo en este esquema, dado que un centro de arbitraje tendrá que cuidar el prestigio e idoneidad de los arbitrajes que se desarrollen bajo su administración.

No obstante, creo que el rechazo de un árbitro para integrar un tribunal en un caso concreto debería estar motivado, como cualquier otra resolución en el marco de cualquier proceso, sea éste de la naturaleza que fuere, tal como ha sido expresado reiteradas veces por nuestro Tribunal Constitucional.[1]

Igual respeto al debido proceso debe existir en todo procedimiento de evaluación y admisión de las personas que deseen registrarse como árbitros en la nómina del centro; y de aquellos procedimientos que puedan conducir a la sanción administrativa del árbitro en la respectiva institución, incluido su eventual retiro de la nómina.

---

[1] Expediente n.° 05601-2006-PA/TC. Visto el 2 de noviembre de 2018 en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05601-2006-AA.html

Pero, no constituye objetivo del presente trabajo el referirnos a todos los aspectos del funcionamiento institucional de un centro de arbitraje.

Lo que queremos es referirnos específicamente a cuál es el tratamiento que debe darse en los casos de recusación de árbitros y cómo tales resoluciones administrativas deberían constituir precedentes de observancia obligatoria y de público conocimiento.

2. La recusación del árbitro en los centros de arbitraje

Siempre hemos sostenido que el episodio más desagradable que se puede presentar a lo largo de un proceso arbitral, es el relativo a la recusación de los árbitros.

Decimos esto, pues será desagradable para el propio árbitro, así como para los abogados que deban recusarlo, ya que, en buena cuenta estarán poniendo en blanco y negro algunas expresiones que, por más fundamento que tengan, atañen a otro colega.

También será un trámite desagradable para el órgano administrativo del centro de arbitraje, pues tendrá la obligación de conocer acerca de estos escritos y, eventualmente, escuchar a las partes y al árbitro recusado en una audiencia de informes orales.

No vamos a ingresar al fondo de las causales de recusación, pues éstas conllevarían, tal vez, a escribir un trabajo de mayores dimensiones. Únicamente, nos vamos a referir a aquellas pautas de orden formal que se deberían seguir en este tipo de casos.

2.1. Oportunidad

Los centros de arbitraje deberían resolver estos incidentes lo más pronto posible.

En ese sentido, los órganos administrativos de los centros de arbitraje deberían proceder con similar celeridad que aquélla que esos mismos centros exigen a sus tribunales arbitrales.

Dentro de tal orden de ideas, no resulta comprensible cómo un incidente de recusación pueda demorar dos, tres, cuatro o hasta seis meses en ser resuelto.

Hay casos en los cuales la resolución de un incidente de recusación lleva tanto tiempo como el resto de actuaciones arbitrales; y esto es inconcebible.

Así, lo que sostenemos es que los centros de arbitraje deberían contemplar la posibilidad de subdividir sus consejos o cortes de arbitraje en salas, de tal manera que no todos los incidentes de recusación sean resueltos por un mismo grupo humano, sino por dos o tres.

En la actualidad, el problema de resolución de las recusaciones se agrava, en la medida de que los centros de arbitraje sólo tienen una sala u órgano decisorio, los mismos que, en su gran mayoría, están integrados por abogados en ejercicio, sean éstos especialistas o no en arbitraje.

En ese sentido, es común apreciar el surgimiento de conflictos de interés, que obligan a tales integrantes a abstenerse de conocer un número importante de causas.

En estos casos, quienes se abstienen son reemplazados por los miembros suplentes, pero también suele ocurrir que tales miembros suplentes deban abstenerse por similares razones.

En tal sentido, resultaría muy útil la desconcentración de las decisiones de los órganos administrativos de los centros de arbitraje en, como venimos señalando, dos o más salas de similar jerarquía, con asignación aleatoria de las causas.

Por lo demás, me queda una duda en el sentido de si los integrantes de tales órganos administrativos deberían o no ejercer en su vida profesional actividades relacionadas con el arbitraje.

Si bien es cierto que lo idóneo resultaría que los miembros de los órganos administrativos también ejerzan la función de árbitros o de abogados en ejercicio en defensas arbitrales, pensamos que éste no debería ser un requisito indispensable. Ello, habida cuenta de que las materias relativas a las recusaciones, se mueven dentro de una lógica y circunstancias que no requieren necesariamente que quienes las resuelvan sean expertos en toda la materia arbitral, sino que conozcan cuál es la lógica del procedimiento de recusación y cuáles son los límites éticos y morales dentro de los que deben desempeñarse los árbitros.

Por lo demás, cuanto menos contacto social o profesional exista entre los miembros de estos órganos administrativos y los abogados litigantes o árbitros, mejores serán las cosas, pues esa distancia no sólo es necesaria sino indispensable para poder resolver tales incidentes de recusación.

Siempre en lo que respecta a la oportunidad, debería desterrarse de la práctica de los centros de arbitraje el emitir resoluciones que recién sean puestas en conocimiento de las partes muchas semanas o incluso meses después de la fecha de la vista de la causa ante el órgano administrativo, como suele ocurrir en el Poder Judicial.

Tales resoluciones deberían consignar la fecha en que realmente fueron suscritas por los miembros de estos órganos y no la fecha de la vista de la causa, dado que en muchas ocasiones la deliberación no termina en una sola sesión, sino que se prolonga a alguna o algunas posteriores.

La coincidencia de la fecha real en que se resuelve el caso y la fecha consignada en la resolución, eliminaría, también, sospechas en las partes litigantes y en los árbitros, de que puedan haber situaciones no muy claras que hayan motivado una dilación no asumida en la vista de la causa.

2.2. Contenido

Constituye regla general y valor entendido, el que los centros de arbitraje proceden de manera confidencial o reservada al momento de resolver las recusaciones interpuestas contra los árbitros.

Esto significa que el contenido de dichas resoluciones, sólo forma parte del expediente arbitral, y no podrá ser conocido por terceros, naturalmente, a menos que, cuando concluya el proceso, alguna de las partes interponga recurso de anulación del laudo arbitral.

No constituye objeto de este trabajo el desarrollo del tema de la confidencialidad o publicidad de los procesos o laudos arbitrales o que se trate de un proceso sujeto a la Ley de Contrataciones del Estado, además de algunos otros casos particulares. Es más, sobre esta materia ya nos hemos pronunciado hace varios años, sentando nuestra posición.[2]

Lo que sí queremos analizar es el hecho de que, si bien debe ser reservado el curso del proceso, tal situación no significa que el sentido general de las resoluciones administrativas también deba revestir dicha naturaleza.

Nos explicamos.

---

[2] Castillo Freyre, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». En *Arbitraje. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2008*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Palestra, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia y Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, volumen 8, pp. 285-296.

Si se tratare de un caso de recusación de un árbitro, tal procedimiento administrativo deberá ser mantenido en reserva por el centro de arbitraje, pero no encontramos sentido en que los lineamientos generales que inspiraron, tanto la recusación como la forma de resolverla, también se mantengan en reserva.

Decimos esto, en razón de que, en muchos casos, los argumentos que conducen a la recusación de un árbitro, se reiteran en una serie de procesos, no porque se trate ni del mismo árbitro ni de las mismas partes, sino porque los argumentos que conducen a tal recusación, son los mismos (por ejemplo, omisión del deber de declaración o alguna otra circunstancia).

Es evidente que los centros de arbitraje en casos similares, deberían adoptar resoluciones que también guarden coherencia entre sí.

En otras palabras, no imaginamos que un mismo centro de arbitraje resuelva distinto ante situaciones conformadas por hechos similares.

En ese sentido, lo idóneo sería que los centros de arbitraje publiquen la síntesis de aquellas resoluciones administrativas que puedan ilustrar a los litigantes y a los árbitros del centro de arbitraje, en torno a cómo proceder, naturalmente, manteniendo en reserva los nombres de las partes y de los árbitros en cuestión.

Así, una parte sabrá si debe o no recusar a un árbitro, teniendo en consideración cómo resuelve el órgano administrativo de ese centro de arbitraje.

De igual modo, un árbitro sabrá qué es lo que tiene que declarar o hasta dónde tiene que declarar, a efectos de evitarse recusaciones y que éstas sean declaradas fundadas.

Como es evidente, esta práctica conduciría a descongestionar la carga de los órganos administrativos de los centros de arbitraje, a la par que haría más predecible el comportamiento de tales centros, al igual que el de las partes y los árbitros, dadas las razones antes expuestas.

3. Precedentes vinculantes

Dando un paso adelante a lo expuesto en el subpunto anterior, estimamos que los centros de arbitraje deberían establecer en sus reglamentos, que las resoluciones de sus órganos administrativos, constituyen precedentes vinculantes, de tal manera que tendrían mucho cuidado en adoptarlos, pues variar el sentido de los mismos implicaría un apartamiento con necesaria y abundante justificación.

Es claro que la existencia de precedentes vinculantes o de observancia obligatoria haría que la justicia arbitral sea, al menos, en lo que respecta a las resoluciones de orden administrativo, mucho más predecible.

4. Publicidad de ciertos laudos arbitrales

Para concluir, debemos reparar en un punto importante.

En tanto la regla siga siendo la confidencialidad de los laudos arbitrales y la excepción, la publicidad de los mismos, los centros de arbitraje podrían realizar una muy fructífera contribución al medio jurídico, publicando en sus páginas web los laudos que constituyan la excepción a la regla; excepción que, como veremos, tiene tantos y tan numerosos supuestos que, en buena cuenta, constituye la regla.

En primer lugar, los centros de arbitraje deberían publicar aquellos laudos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que establece la publicidad de los mismos.[3]

---

[3] Ley de Contrataciones del Estado - Ley n.° 30225

Artículo 47.- Definición

47.1. El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

47.2 En el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) se registran todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros.

47.3 Los funcionarios o servidores públicos que incumplan las disposiciones a que se refiere este artículo serán sancionados por la comisión de falta grave.

Artículo 52.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

[…]

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales sobre contratación pública en el que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

Aprueban Reglamento de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo n.° 350-2015-EF.

Artículo 197.- Laudo

197.1. El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, debe ser notificado personalmente a las partes y a través del Seace. El laudo vincula a las partes del Arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. El laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario.

197.2. Es responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral registrar correctamente el laudo en el Seace, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, conforme a lo dispuesto número 1) del numeral 216.3 del artículo 216. Asimismo, es responsable de la remisión que se requiera efectuar a la respectiva secretaría arbitral para efectos de su notificación personal.

197.3. El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace.

197.4. Dicha información se publica en el portal institucional del OSCE y es actualizada trimestralmente, bajo responsabilidad.

En otras palabras, tal publicidad no debería circunscribirse a la publicación que haga el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en su página web.

Los centros de arbitraje particulares deberían publicar de inmediato en sus propias páginas web, los textos completos de tales laudos.

En segundo lugar, tenemos todos aquellos procesos en donde alguna de las partes ha recurrido en anulación del laudo al Poder Judicial.

Si ése fuese el caso, el proceso y el laudo han dejado de ser reservados y tienen carácter público, pues formarán parte de un expediente judicial.

Así, apenas el centro de arbitraje proceda a enviar el expediente original a la Corte Superior para que conozca del proceso de anulación, debería publicar en su página web, el texto completo del laudo en cuestión.

En tercer lugar, tenemos aquellos casos en los cuales las partes litigantes han autorizado, previo al inicio del proceso, o una vez concluido el mismo, que el expediente sea utilizado por exalumnos de las universidades para preparar sus exámenes de título de abogado; o por profesores y alumnos de las mismas, como materiales de estudio.

En estos casos, la fórmula de autorización de publicidad de los laudos, debería ampliarse, para que la misma no sea limitada a los salones de clases, sino que se extienda a la sociedad en su conjunto, y permita la publicación de los laudos, en las páginas web de los respectivos centros de arbitraje.

Como bien puede intuir el lector, si los laudos de los procesos seguidos bajo la Ley de Contrataciones del Estado, suman más de dos tercios de todos los arbitrajes que se siguen en el Perú, y los casos en que la parte perdedora recurre en anulación al Poder Judicial, son más del

50% de los laudos emitidos, entonces, nos encontramos con holgura, con una mayoría abrumadora de casos, cuyos laudos arbitrales pueden ser fácilmente publicados por los centros de arbitraje que los han administrado, sin impedimento legal alguno.

Como sostuvimos hace algunos años,[4] esto redundaría en un gran beneficio para el medio arbitral, dada la riqueza doctrinaria de muchos laudos y la evidente posibilidad de conocer el accionar de los árbitros a través de la lectura de los mismos.

Lima, abril del 2018

[4] Castillo Freyre, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». En *Arbitraje. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2008*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Palestra, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia y Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, volumen 8, pp. 285-296.

Nuevas reflexiones en torno a la anulación de los laudos arbitrales [*]

En primer lugar, quiero agradecer al doctor Christian Carbajal, Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por la generosa invitación; al igual que agradezco la presencia de todos ustedes, abogados en ejercicio y árbitros, además de quienes me acompañan en la mesa esta tarde, el reconocido abogado, profesor y árbitro Alfredo Bullard González y el señor Julio Martín Wong Abad, Juez de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, quienes desarrollan sus labores y mejores propósitos en pro del arbitraje y de la justicia en el Perú.

Hoy quiero compartir con ustedes nuevas reflexiones sobre la anulación de los laudos arbitrales.

Como recordarán, en el VI Simposio Internacional de Arbitraje, que la Cámara de Comercio de Lima organizó el 27 noviembre de 2017, abordé dicho tema partiendo de una pregunta fundamental; a saber, si las partes podrían estar facultadas —por una eventual modificación de la Ley de Arbitraje— para renunciar a la interposición del recurso de anulación del laudo.

Al respecto, concluí que, en tanto las normas relativas al recurso de anulación deben tener naturaleza de orden público, sería muy difícil levantar y sostener con éxito la tesis de la posibilidad de renunciar a este

[*] Palabras pronunciadas en el marco de la *Reunión entre Jueces y Árbitros* llevada a cabo la tarde-noche del 11 de abril de 2018 en la Cámara de Comercio de Lima.

recurso en el ámbito del arbitraje nacional, salvo que nos encontremos frente al último de los temas que abordaré esta noche.

Del mismo modo, me permití poner sobre la mesa el problema referido a un implícito «choque de poderes», entre el Poder Judicial y el medio arbitral, el cual se produce, esencialmente, porque existe una vocación por parte de los jueces, de conocer indirectamente el fondo del asunto, con ocasión de la debida motivación, a pesar de ser una materia vedada expresamente por la Ley de Arbitraje.

Como tercer punto, me pronuncié respecto a las causales taxativas y causales encubiertas del recurso de anulación.

Así, puse especial énfasis en una realidad que determina que el recurso de anulación no se venga empleando tal como ha sido concebido por el legislador.

Es de esta forma que subrayé que resulta muy usual que la ausencia de motivación o la motivación defectuosa, sean alegadas como causales de anulación de laudo. Ello, pese a que, conforme a lo señalado de manera expresa por el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación no puede pronunciarse sobre las motivaciones expuestas por el tribunal arbitral.

De igual modo, hice hincapié en el uso y abuso de lo dispuesto en el literal b) del inciso 1 del artículo 63, subrayando que se emplea como un cajón de sastre, en virtud del cual los litigantes perdedores en arbitraje, recurren en anulación, alegando que sus derechos han sido violados porque los tribunales arbitrales, o no han motivado los laudos o los han motivado indebidamente.

Además, me permití concluir que, en caso los tribunales ordinarios deban entrar a analizar la motivación de los laudos, sólo debería admitirse la anulación en el supuesto en el cual no exista motivación alguna,

pues al no existir, no nos encontraríamos dentro de la prohibición del artículo 62, inciso 2 de la ley.

Finalmente, concluí la exposición de noviembre pasado apuntando que, en mi opinión, el germen del problema de la perversión del recurso de anulación de los laudos, es esa búsqueda insaciable de causales no establecidas expresamente en el artículo 63 de la ley, a la que nos prestamos los abogados con el fin de comprenderlas dentro de su ámbito de manera indirecta.

Ahora bien, sumado a lo anterior, considero que resulta necesario abordar otros cuatro temas.

El primero, relativo a cómo desincentivar el abuso del ejercicio de acción en lo que concierne a demandas de anulación de laudo.

El segundo, se refiere a la vinculación que existe entre los árbitros y el proceso de anulación.

El tercero, es sobre la necesidad de que la imparcialidad de los jueces también se evalúe con respecto a su relación con los árbitros que emitieron el laudo objeto del recurso de anulación.

Finalmente, el cuarto, se centra en la posibilidad de que exista una segunda instancia a nivel arbitral, a la cual las partes puedan recurrir y que —modificando la ley— se establezca que en estos casos no proceda interponer recurso de anulación, salvo —claro está— cuando se alegue que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz (artículo 63, inciso 1, literal a) de la Ley de Arbitraje).

7. Medidas que podrían adoptarse para desincentivar el ejercicio abusivo del derecho de acción en lo que concierne a las demandas de anulación de laudo

Resulta evidente que quien toma la decisión de iniciar un proceso de anulación de laudo, es la parte que se siente perdedora del arbitraje. Y, es, precisamente, a ella a quien debemos desincentivar de ejercer su derecho de acción de manera abusiva.

Considero que una alternativa para lograr tal fin, sería el que exista alguna sanción para la parte que interponga una demanda de anulación de laudo que sea manifiestamente inadmisible.

Tal sanción podría consistir en una especie de multa. Así, pues, se podría pensar en legislar para que en la interposición de la demanda de anulación se deba adjuntar una tasa que —en principio— resulte reembolsable, pero que la pierda en caso la demanda sea declarada inadmisible de forma liminar, o que la demandante no pueda subsanar tales defectos. La tasa sólo sería reembolsada, entonces, en caso la demanda de anulación termine siendo declarada inadmisible.

Tal sanción pecuniaria podría desincentivar el empleo del recurso de anulación de forma abusiva, cuando ni siquiera se cumple con los requisitos formales para interponerlo, tales como presentar copia del escrito o acta donde conste que la parte realizó el reclamo expreso en relación a la causal o causales que invoque, así como de la resolución que acredite la desestimación respectiva por parte del tribunal arbitral.

8. Los árbitros y el proceso de anulación

Otro tema importante que, en mi opinión, no ha merecido debate suficiente, es el rol que los árbitros deberían desempeñar en el desarrollo de un proceso de anulación.

En estricto, en nuestro sistema jurídico la legitimidad para obrar la tienen las partes. El demandante es, habitualmente, la parte que no se vio favorecida con el laudo y, por ende, pretende su nulidad. El demandado es la parte que, habiéndose visto favorecida con ese laudo, tiene interés en que se ratifique su validez.

En este esquema, en que la relación jurídica procesal del proceso de anulación del laudo, se entiende restringida únicamente a quienes fueron partes en el arbitraje, el árbitro o árbitros que han emitido el laudo que se cuestiona mediante el recurso de anulación, no tienen participación alguna, ni directa ni indirecta.

Ello, en el entendido de ese viejo dicho que reza: «Los buenos laudos se defienden solos».

Pero, tal vez este enfoque no sea el mejor.

No debe olvidarse que, en estricto, todas las causales reguladas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, tienen en común una conducta irregular del árbitro o tribunal arbitral.

Así, por ejemplo, las causales contenidas en los literales a), b), c) y d) del inciso 1 de dicha norma, parten de la premisa de que el demandante considera que un reclamo que efectuó en el desarrollo del proceso arbitral, fue erróneamente desestimado por los árbitros.

Las causales de los literales e), f) y g), por otra parte, tienen como presupuesto que los árbitros han resuelto sobre materias no arbitrables y/o fuera del plazo que tenían para hacerlo.

En definitiva, todas las causales de anulación suponen que el demandante alega que ha sido un acto concreto de los árbitros, el que habría despojado de validez al laudo.

En este marco, cabe preguntar por qué los árbitros no son notificados con la demanda del proceso judicial de anulación, cuando aquello que se cuestiona es —precisamente— lo que hicieron y/o decidieron en el proceso arbitral.

Los árbitros no sólo son quienes están en mejor posición para defender la validez del laudo, sino que —no cabe duda— tienen interés en que esa validez sea ratificada.

Ese interés deriva de dos situaciones concretas e innegables.

Por un lado, de la constatación de que, en esencia, lo que se cuestiona a través de la demanda de anulación es su desempeño, su labor como árbitro. Y es que, en definitiva, lo que alega el demandante es que el árbitro incurrió en una conducta o acto irregular, sea porque cometió un error grave que afectó el debido proceso (como, por ejemplo, declarar válido un convenio arbitral que el demandante alega que es nulo), o porque, por ejemplo, resolvió sobre materias no arbitrables.

De otro lado, la constatación de que un fallo que declare la nulidad del laudo podría suponer, potencialmente, un menoscabo patrimonial para el árbitro o los árbitros, en la medida en que ese fallo sea usado, por la parte que logre que se anule el laudo, como causal de un eventual reclamo de devolución de honorarios y otros conceptos, pretensión que, obviamente, resultará improcedente si los árbitros demandados no hubieran tenido la ocasión de defenderse, al no haber sido emplazados en el proceso de anulación.

Esto, a diferencia de lo que ya ocurre en materia de arbitraje laboral, conforme a lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley Procesal del Trabajo, Ley n.° 29497, precepto que establece que, verificados los requisitos de la demanda, la Sala Laboral emite resolución disponiendo, entre otros aspectos, la notificación a los árbitros para que, de estimarlo conveniente y dentro del mismo plazo, expongan sobre lo que consideren

pertinente. Para tales efectos, los árbitros deberían ser notificados con la demanda, a fin de que tomen conocimiento oportuno de la misma y decidan —claro está— si participan o no en ese proceso de anulación.

9. La imparcialidad de los jueces con respecto a los árbitros

Por otra parte, el hecho de que el árbitro tome conocimiento formal y oportuno de la demanda, se relacionaría también con la posibilidad de recusar a los jueces que integran la Sala Comercial que conoce acerca del proceso de anulación del laudo. Ello, en tanto el artículo 308 del Código Procesal Civil establece que sólo puede formularse recusación del juez hasta antes del saneamiento procesal. Y, que después de ello, sólo se admitirá únicamente por causal sobreviniente.

Los árbitros deberían tener la oportunidad de hacer valer su derecho de defensa y su derecho al juez imparcial.

Como sabemos, el artículo 307 del Código Procesal Civil establece las causales de recusación, lo que ocurrirá —entre otros supuestos— cuando el juez es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos (inciso 1).

Las causales de recusación deberían ser aplicadas también para los jueces con respecto a sus relaciones con los árbitros, pues —por ejemplo— en caso exista alguna enemistad entre el juez y el árbitro, lo justo sería que el árbitro tenga la oportunidad de recusarlo y que la recusación sea declarada fundada.

No se debe perder de vista que lo que el juez va a juzgar es, precisamente, la obra de un tercero: el árbitro. Y, en ese sentido, el árbitro debería tener la oportunidad de recusar al juez que va a evaluar la idoneidad de su obra.

Pero, creo que, incluso, sin la participación del árbitro en el proceso judicial, un juez debería inhibirse en caso tenga algún conflicto de interés con alguno de los árbitros que emitieron el laudo cuya validez se cuestiona.

Igualmente, las partes deberían tener la facultad de recusar al juez en caso conocieran alguna situación que les generase dudas razonables sobre su imparcialidad, derivada de su relación con los árbitros.

Con la demanda de anulación del laudo se está cuestionando el desempeño del tribunal arbitral, alegando que ha incurrido en algún error o irregularidad que ha afectado la validez de su decisión. Siendo ello así, es justo y razonable que, al evaluar la imparcialidad del juez, se tome en cuenta si tiene alguna vinculación con los árbitros, razón por la cual quienes litigaron en el arbitraje y ahora lo hacen en sede judicial, deberían estar autorizados para formular las respectivas consultas formales a quienes fueron árbitros en el proceso cuyo laudo se está impugnando.

10. Apelación en el arbitraje

Por otra parte, debemos recordar que la Ley de Arbitraje no trata acerca de la posibilidad de que las partes pacten una segunda instancia arbitral, pero tampoco la prohíbe.

Esto significa que, en razón de la libre voluntad de las partes, éstas podrían perfectamente contemplar la existencia de esa segunda instancia, si con ella se sienten más cómodas y protegidas. Esto se encuentra protegido por el artículo 2 de nuestra Constitución Política de 1993, relativo a los derechos fundamentales, que establece (en su inciso 24, literal a) que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; y, en consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Es evidente que una segunda instancia arbitral atentaría contra la celeridad del arbitraje, pero también es claro que, si las partes se sienten más seguras en la garantía de sus derechos, pactando la existencia de una segunda instancia arbitral, entonces no seríamos nadie para prohibir algo que —por lo demás— la ley no prohíbe hoy en día, y a lo que podrían recurrir analizando los costos que implicaría pactar un convenio arbitral de estas características.

Lo que ocurre —y esto lo he escuchado muchas veces cuando converso con abogados que litigan en el Poder Judicial y que no son adeptos al arbitraje—, es que se tiene la sensación de que la existencia de procesos con más de una instancia puede remediar los errores que se cometan en la primera, lo que no ocurre en los arbitrajes tradicionales.

Creo que quienes se sienten lejanos del arbitraje por estas razones, bien podrían acercarse a él e incluir convenios arbitrales en los contratos de quienes asesoran. Todo ello, aún más, si se considera que, dentro de la tesis que defendemos —de manera invariable— en el medio arbitral, y a la que he hecho referencia, el recurso de anulación no debe permitir al Poder Judicial la revisión del fondo del laudo arbitral; es decir, de sus propias motivaciones, lo que sí podría ocurrir en segunda instancia.

Entonces, aunque la regla general es y debería seguir siendo que el laudo sea inapelable, como excepción y siempre que ello se encuentre expresamente pactado por las partes, podríamos hablar de una segunda instancia a la que se llegue por apelación.

Por lo demás, los centros de arbitraje podrían ayudar a reducir los costos vinculados a la opción referida a la segunda instancia, regulando el procedimiento de elección del tribunal arbitral de segunda instancia, así como las actuaciones y plazos que deberían cumplirse. De este modo, quienes consideren incluir en su convenio arbitral la opción de que el laudo sea apelable, no tendrían que regular cada aspecto vinculado a esa segunda instancia.

Todo lo expresado en torno a este tema, se circunscribe dentro del marco de la libre voluntad de los particulares; y, de ninguna manera, se extiende al ámbito del arbitraje en contratación pública, en el que la resolución de toda controversia debería limitarse —como ocurre en la actualidad— a una única instancia arbitral.

Pero, el objetivo fundamental de poner en debate el tema del pacto voluntario de una eventual segunda instancia arbitral, está dirigido a analizar si ello podría hacer posible que en la Ley de Arbitraje se establezca que, cuando las partes hayan pactado esa segunda instancia arbitral, el laudo que emita el segundo tribunal no podría ser objeto de recurso de anulación. Esto significaría que el control *a posteriori* del laudo de primera instancia, estaría dado —en forma y fondo— por la segunda instancia arbitral. Todo, dejando a salvo siempre —claro está— la causal de anulación contemplada en el literal a), inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje; es decir, que se puede demandar la anulación del laudo arbitral cuando se alegue que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

Es evidente que sólo el tiempo se encargaría de demostrar si una segunda instancia arbitral —planteada en estos términos— desincentivaría o no la interposición de recursos de anulación.

Difícil saberlo.

Muchas gracias.

Palabras de presentación del libro titulado «Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano-Cusco 2017» *

Queridos amigos que me acompañan en la mesa,
Karina Zambrano Blanco, y todos los organizadores de la Décima Conferencia Latinoamericana de Arbitraje;
Estimados colegas árbitros y abogados en ejercicio;
Apreciados alumnos de derecho,
Amigos todos,

Es para mí un inmenso honor el presentar esta noche, ante tan distinguido público, el volumen 53 de la *Biblioteca de Arbitraje* de mi estudio de abogados, titulado «Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano-Cusco 2017», el mismo que tuviera lugar en esta hermosa ciudad hace exactamente un año.

Esta ocasión resulta especial por varios motivos.

El primero, porque es la primera ocasión en que se presenta un libro de la *Biblioteca* en el Qoricancha, recinto sagrado, tanto para la cultura Inca como para el Occidente Cristiano, que hoy en día tiene sus puertas permanentemente abiertas a los visitantes del mundo entero.

El Qoricancha representa la unión de dos culturas y sus muros y rincones atesoran el testimonio de hace quinientos años, cuando el mundo Inca se vio conquistado por el Imperio Español.

---

* Palabras que debieron ser pronunciadas la noche del jueves 31 de mayo de 2018 en el Qoricancha, Cusco.

Pero, al fin y al cabo, el Qoricancha, el Cusco y el Perú, son esa unión de grandes culturas; y nuestro país no sólo síntesis, sino también riqueza y futuro.

Esta unión de culturas ha sido y es patrón común en el desarrollo de la humanidad y —claro está— no resulta ajeno a lo que ha venido y viene ocurriendo en el mundo del arbitraje.

Pocos ejemplos en el desarrollo de la historia del derecho; y, más aún, de tan rápida evolución, como el del arbitraje en el mundo moderno.

El arbitraje no es patrimonio de una sola cultura, ni de una única tradición jurídica.

Resulta apasionante ver cómo es que en su evolución se combinan —día a día— los conceptos más preciados del *common law* y del *civil law*, tradiciones que antaño carecían de puntos de contacto importantes y que, más bien, se miraban muy por encima del hombro, convencidas de que el modelo de derecho que formaba cada una, no sólo era mejor que el otro, sino que constituía la manera más idónea —y, tal vez, la única realista y sensata— de ver el mundo, las personas y sus problemas.

El arbitraje nos demuestra cotidianamente que representa la constante evolución de ambas tradiciones jurídicas, que —a la vez— extrae lo mejor de ellas y crea una disciplina para hablar —en el mundo de la impartición de justicia— con un lenguaje formal común; pero, a la vez, lleno de conceptos que hoy no son —en estricto— lo que eran en sus orígenes, y que también siguen conservando rasgos característicos propios.

Se podría decir que el arbitraje es al derecho, lo que el templo del Qoricancha es a la cultura peruana: mezcla, creación, misterio, variada identidad y futuro.

El volumen que presentamos esta noche es el n.° 53 de nuestra colección y resume las ponencias pronunciadas en el Congreso del año pasado, también organizado por la Asociación Zambrano y su directora, mi gran amiga Karina Zambrano, siempre en esta magnífica y muy querida ciudad.

Ya constituye costumbre, desde hace varios años, el que la *Biblioteca de Arbitraje* publique estos libros de ponencias de los congresos pasados. Así lo venimos haciendo desde el Congreso que se llevó a cabo en el año 2014 y ofrecemos toda nuestra colaboración para publicar el próximo libro de ponencias que reúna las exposiciones y los debates que se vienen desarrollando en la presente Conferencia Latinoamericana.

Este nuevo libro podría ser presentado en sociedad de la mano con los promotores de esta Conferencia, donde tenga su sede la décimo primera, en el año 2019.

Todo ello, sin perjuicio de su previa difusión electrónica, a través de *Facebook*, tal como los organizadores lo vienen haciendo en directo y con mucho éxito, según he podido comprobar a través de amigos que no están presentes en el Cusco, pero que son amantes del arbitraje.

El Congreso del Cusco del 2017, cuyas ponencias compila este libro, tuvo —como tema central— el relativo a las políticas de transformación y buenas prácticas en el arbitraje, sin duda uno de los aspectos de mayor importancia en la materia y sobre el cual han versado y versarán varios de los paneles de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, en curso.

En el Congreso del año pasado participaron numerosos expositores; pero, lamentablemente, no hemos podido contar con todas sus ponencias; pero, sí de un número muy representativo: catorce.

Se trata de profesionales muy reconocidos en el medio, como: Juan Ramón Balcells Olivero, Karina Zambrano Blanco, Huáscar Ezcurra

Rivero, Renzo Seminario Córdova, Diego Saco, Carlos Matheus, Luis Lamas Puccio, Hugo Sologuren Calmet Ponte, João Alberto Santos de Oliveira, Sandro Espinoza Quiñónes, Ricardo Gandolfo Corés, Manuel Diego Aramburú Yzaga, Jorge Burga Vásquez y Eric Franco Regjo.

Quería también referirme a la colección de la que forma parte el volumen que hay presentamos.

A mediados del año 2005, en nuestro estudio, se acordó crear la *Biblioteca de Arbitraje*, la misma que constituiría un medio de expresión, tanto de las ideas de sus integrantes, como de profesores y abogados del medio arbitral, destinada a difundir doctrina y a fomentar el debate de ideas.

Año y medio más tarde, en diciembre del 2006, fue publicado el volumen 1, titulado *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*, escrito por Ricardo Vásquez Kunze y quien les habla, obra fundamentalmente dogmática, sobre doctrinas esenciales del arbitraje; pero, centrada en la Ley n.° 26572, de 1996.

Desde esa fecha hemos publicado un total de 53 volúmenes, escritos por abogados y profesores de muchos países del mundo y sobre las más diversas materias, todas ellas (salvo dos excepciones centradas en Dispute Boards), basadas en el Arbitraje, sus retos y sus problemas.

En total, la *Biblioteca de Arbitraje* ha publicado cuarentiséis volúmenes por año, con un total de 23,209 páginas; lo que equivale a 2,018 anuales, 168.16 por mes y 5.6 páginas por día.

Nuestros proyectos para lo que resta del año, incluyen entre siete y diez nuevos títulos, todos ellos ya en trabajos de edición.

La *Biblioteca de Arbitraje* vuela con alas exclusivamente propias, publicando sus ejemplares en el tradicional formato papel y distribuyéndolos gratuitamente en el medio arbitral peruano.

Además, la inmensa mayoría de volúmenes se hallan a disposición de los interesados en la página web del estudio, con consulta libre y la posibilidad de imprimir gratuitamente el texto completo de cada una de las obras.

Asimismo, la casa IJ Editores de Buenos Aires, publica en formato virtual la mayor parte de nuestras obras, a las que acceden cientos de miles de usuarios en el formato activo que caracteriza a esa editorial.

También debemos señalar que ha sido siempre el espíritu de la *Biblioteca de Arbitraje* y del estudio que la promueve, el que ésta sea una generosa contribución al medio arbitral.

Dentro de esta política —y ya que está de moda el tema—, debemos subrayar siempre que la *Biblioteca de Arbitraje* jamás ha solicitado ni recibido, para su financiamiento, contribución económica alguna por parte de terceros, sean estos clientes, amigos, empresas u otros estudios de abogados.

Para concluir, quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica de Perú por la permanente colaboración y confianza demostrada todos estos años, en la persona de su exdirector, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla y de las doctoras Marlene Anchante Rullé (actual directora) y Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general y a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo, de Arequipa, pues ser Decano de su Facultad de Derecho me ha permitido continuar investigando sobre estas materias con regularidad.

Nuestras obras se publican con el sello de ambas instituciones.

Muchas gracias a todos ustedes.

Palabras de presentación del libro «La testimonial en las reglas de la IBA: Arbitraje y proceso civil», del profesor Juan Luis Avendaño Valdez [*]

Queridos amigos y colegas que me acompañan esta noche en la mesa de honor, profesores Juan Luis Avendaño Valdez, Alfredo Bullard González y Giovanni Priori Posada.
Estimados colegas y público presente.

Para la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio constituye un altísimo honor publicar el libro que hoy presentamos y que lleva por título «La testimonial en las Reglas de la IBA: Arbitraje y proceso civil».

Digo esto, por varias razones.

La primera de ellas es la relativa a su contenido. No voy a ahondar en el tema, pues el mismo ha sido abordado de manera prolija y didáctica por Alfredo y Giovanni, en sus respectivas intervenciones; pero, quiero resaltar que uno de los principales atractivos del libro es haber tratado sobre un medio probatorio que, por lo general, es menospreciado en el derecho procesal civil peruano, dada la poca experiencia en saber preguntar por parte de los abogados y la proclividad a mentir por parte de los testigos.

Es más, resulta usual que cuando uno piensa en la prueba de testigos ofrecidos por algunas de las partes de un proceso judicial, también se piense, de antemano, en el resultado de dicha prueba; en otras pala-

[*] Pronunciadas la noche del miércoles 22 de agosto de 2018 en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

bras, que los litigantes conozcan a plenitud cuál va a ser el sentido de todas y cada una de las respuestas que las partes harán al testigo.

En ese sentido, la prueba testimonial ha devenido en los procesos de la jurisdicción ordinaria, en algo así como un ritual, una prueba inútil; y, por inútil, poco valorada y menos aún decisoria en el resultado del proceso.

Sin embargo, el libro del profesor Juan Luis Avendaño hace saber que ése no ha sido el curso que la prueba testimonial ha seguido en el mundo moderno; pero, no sólo ello, sino que además los principales avances sobre el aprovechamiento y las técnicas de la prueba testimonial han provenido del arbitraje, lo que ha determinado que ella se nutra cada vez más de las prácticas del arbitraje internacional.

Estas prácticas también se han ido incorporando paulatinamente al arbitraje en el Perú, y uno puede observar hoy en día un cada vez mayor perfeccionamiento de las técnicas de interrogatorio de los testigos, de modo tal que se logra —en muchos casos— llegar al fondo de la verdad y que tales testigos, en no pocas ocasiones, terminen comprometiendo los intereses de aquella parte que ofreció su declaración en el proceso arbitral.

No me cabe duda tampoco, de que, como ha sido expuesto por los profesores Alfredo y Giovanni, tales consideraciones vayan a tener influencia en el Perú en una futura reforma de la legislación procesal civil, de modo que la prueba testimonial constituya —como debe ser— una rica fuente de información para los magistrados.

La segunda razón por la cual constituye un honor el haber incorporado a la *Biblioteca de Arbitraje* esta obra de Juan Luis Avendaño Valdez, es de orden afectivo, pues cómo no alegrarse de poder rendir homenaje a quien fue nuestro profesor en las aulas universitarias.

Recuerdo de manera muy viva, cómo a mediados de los años ochenta fui alumno de Juan Luis Avendaño en el curso de Derecho Procesal Civil II - Juicio Ordinario, materia en la que se tornaban más concretas aquellas valiosas doctrinas que ya habíamos aprendido en el primer curso de derecho procesal con el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

Las clases de Juan Luis eran muy amenas y hacían que el alumno no perdiera la ilación de principio a fin.

Y debo decir que tal experiencia que quien habla vivió hace más de treinta años, se mantienen en plena vigencia, pues, como corresponde, antes de escribir estas palabras conversé con dos integrantes de mi estudio de distintas generaciones, mucho más jóvenes que yo, quienes coincidieron en mis apreciaciones sobre la forma de dictar de Juan Luis.

Sobre él, quiero destacar también otros aspectos importantes y alguno anecdótico que él, seguramente recuerda.

En el año 1987, cuando yo era presidente del Centro Federado de Estudiantes de la Facultad de Derecho, correspondía al Centro organizar las tradicionales Olimpiadas de la Facultad.

Como en toda competencia, pueden suscitarse reclamos entre los equipos que representan a las diversas promociones, decidimos, con el acuerdo de los diversos delegados de aula, nombrar a un grupo de tres «jurados», que se encargasen de resolver tales conflictos de manera individual.

Uno de ellos era Juan Luis Avendaño y quienes completaban la nómina también eran profesores de derecho procesal civil.

Y es que habíamos instituido un mecanismo a través del cual, cuando hubiese un reclamo entre dos promociones sobre alguna competencia, derivado, naturalmente, de un tema relevante para el derecho (como podría ser la participación de un jugador que no correspondía

a la respectiva promoción), una vez formulado el reclamo, se corría traslado del mismo a la promoción «demandada» y ambos documentos se alcanzaban a uno de los tres jurados, quien debía resolver en única e inapelable instancia.

Además, como las Olimpiadas se desarrollan a lo largo de dos semanas, los plazos para todos estos trámites eran muy cortos, a veces ni siquiera de días, sino de algunas horas.

¿Y qué pasó con Avendaño?

Pues, que el delegado de una promoción presentó un reclamo formal contra mi propia promoción y, el jurado a quien le correspondía conocer de dicho incidente era Juan Luis Avendaño Valdez.

Le alcanzamos los documentos en la Universidad y teníamos que recogerlos esa misma tarde de su estudio.

Como ustedes podrán imaginar, a pesar de ser presidente del Centro Federado, no podía evitar que mi corazón estuviese del lado de mi promoción y de que cruzara todos los dedos posibles para que el fallo de Avendaño nos fuese favorable.

Me acerqué, acompañado de un amigo del Centro Federado al estudio del profesor Avendaño, que en ese tiempo quedaba en la avenida Santa Cruz, frente al Colegio de Abogados de Lima, en Miraflores, a efectos de recoger la respuesta.

Ésta consistía en dos párrafos muy claros en los que se le dio la razón a la promoción que discutía con la mía.

Confieso que, a pesar de que la decisión, no me hizo sonreír, sabía perfectamente que en este trámite mi promoción tenía todas las de perder; y así ocurrió.

Pero, de aquello de lo que no nos dábamos cuenta en ese momento, era que esos «jurados» que habíamos escogido para dirimir las controversias entre las promociones, no eran otra cosa que árbitros; y que el procedimiento que estábamos siguiendo, por más abreviado que fuera, tenía la naturaleza de un proceso arbitral, en el que había partes, *litis*, pretensiones, materia controvertida y laudo.

He querido rescatar esta anécdota, no sólo por el libro que hoy presentamos, sino para poner de relieve que Juan Luis ha sido y es un profesor cercano a los alumnos y colaborador con ellos; siempre dispuesto a responder las preguntas en clase y fuera de ella; manteniendo esta disposición incólume durante los cuarenta y ocho años en los que ejerce la docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Juan Luis es un hombre en extremo perseverante y ha sabido a lo largo de la vida superar retos muy difíciles, siempre acompañando a su Facultad y en pleno ejercicio de la profesión.

Debemos recordar cómo hace casi diez años, presidió la Comisión organizadora de la conmemoración de los noventa años de nuestra Facultad de Derecho, la misma que, dentro de pocos meses, ya cumplirá cien, pues inició sus actividades dos años después de la fundación de la Universidad y del ingreso de sus primeros alumnos a Letras, en 1917.

El resultado de la labor de Juan Luis Avendaño en esa oportunidad fue magnífico y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, pudo conmemorar por todo lo alto —y como correspondía— tan significativo aniversario.

En tercer lugar, es muy importante este libro; pues, representa el esfuerzo constante de un profesor que, como la mayoría de los que dictan en la Facultad, es a tiempo parcial por asignaturas; es decir, de quienes

nos acercamos a la Facultad a dictar nuestro curso y no tenemos asignada otra responsabilidad administrativa o académica.

Este libro constituye una notable pieza jurídica, innovador por esencia, en el que Avendaño reta al lector a repensar todo un medio probatorio, tanto en su esencia, como en su valoración, alcance, utilidad y perspectivas.

Pocos meses antes de la publicación de esta obra, cuando ya le había formulado la invitación para que ella fuera incorporada a la *Biblioteca de Arbitraje*, me encontré en el pasadizo de una clínica con Juan Luis, quien tenía un anillado en la mano y me dijo: «por si acaso, Mario, acá tengo el libro y lo estoy terminando de corregir».

Con esto pretendo resaltar el esfuerzo académico que representa este trabajo para un hombre dedicado al permanente ejercicio de la profesión; pero, que nunca se alejó del ámbito docente.

Además, quiero en esta ocasión personificar en Juan Luis el homenaje que el medio jurídico debe rendir a los Avendaño por su aporte al derecho.

Comenzaré refiriéndome a don Jorge Avendaño H**übner**, médico legista de nota, quien dictó durante muchos años en nuestra Facultad el curso de medicina legal; profesor apreciadísimo por todos los que tuvieron el privilegio de ser sus alumnos y de cuyas clases no sólo se llevaron el conocimiento de un hombre que sabía acercar los conocimientos médicos a los puntos de contacto con el derecho penal, sino sabrosas anécdotas que ilustraban su buen humor.

Obviamente, también, debo referirme a don Jorge Avendaño Valdez, hermano mayor de Juan Luis y cuatro veces Decano de la Facultad de Derecho, quien de una manera u otra marcó una huella muy importante

en el rumbo de la enseñanza jurídica en la Universidad Católica y fue un gran maestro de derechos reales durante más de medio siglo.

Don Jorge también fue mi profesor, ocasión en la cual (hablo de 1985) compartió el dictado de algunas clases con su hijo Francisco Avendaño Arana, al que conocí en esa oportunidad y creo recordar que él estaba cursando los últimos ciclos de la carrera.

Paco es una gran persona, y muy buen abogado; ha tenido y tiene el difícil reto de llevar adelante no sólo la cátedra que dictó su padre, sino además su muy prestigioso estudio de abogados.

Sus hermanas Leonor y Dora —igualmente, sobrinas de Juan Luis— son también destacadas profesionales en el ejercicio del derecho.

Y, claro está, debo referirme a Juan Luis Avendaño Cisneros, hijo de Juan Luis Avendaño Valdez, experto en industria financiera y quien ejerce la profesión en la misma firma que su padre, el muy prestigioso Estudio Miranda & Amado Abogados.

Quiero finalizar estas palabras reiterando el invariable compromiso de nuestra colección con el arbitraje, para promoverlo, a través de las ideas y el pensamiento crítico.

El próximo mes de septiembre, Dios mediante, estaremos presentando en Lima las Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú realizado el año pasado (volumen 56); en tanto que, en Arequipa, el libro titulado «Las limitaciones en las facultades de los árbitros» (volumen 57), basado en la tesis con la que optó el grado de magíster en derecho por la Universidad Abad Oliva de Barcelona, la abogada Ludovina Villanueva Núñez, quien se desempeña desde hace muchos años como secretaria general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Arequipa.

Con estos y otros títulos, esperamos terminar el año con el volumen 60 de la *Biblioteca de Arbitraje*, con el cual habríamos publicado diez números más en el 2018.

Muchas gracias a todos ustedes.

Palabras de presentación del libro «Limitaciones a las facultades de los árbitros», escrito por Ludovina Villanueva Núñez [*]

Estimados Alfredo, Abel y Ludovina, autores de la obra que presentamos esta noche,
Distinguidas autoridades de la Universidad Católica San Pablo y del Círculo de Arbitraje con el Estado
Apreciados colegas y amigos,
Queridos alumnos,

Conozco a Ludovina Villanueva desde hace varios años, cuando tuve mi primer caso en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa y desde aquella ocasión, nos hemos visto en diversos procesos en esta ciudad.

Hace ya varios meses, tomé conocimiento de que estaban por sustentar sus tesis de maestría en la Universidad Abat Oliva (CEU) de Barcelona, diversos profesores de esta casa de estudios y otras personas que habían seguido este post grado, entre ellas, la abogada Ludovina Villanueva Núñez.

Ella, como no podía ser de otra manera, desarrolló su tesis sobre arbitraje, habiendo obtenido un excelente calificativo.

---

[*] Palabras pronunciadas la noche del sábado 22 de septiembre de 2018 en el marco del Seminario de Contrataciones del Estado y Arbitraje, organizado por la Universidad Católica San Pablo y el Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE). El evento se desarrolló en el Auditorio San Juan Pablo II, de la referida casa de estudios.

De inmediato hablé con Ludovina y le propuse publicar la tesis en la *Biblioteca de Arbitraje*. Le agradecí mucho su aceptación inmediata y empezamos con los trabajos de edición, que han culminado con la publicación de este libro de 119 páginas, en las que aborda el tema de las «Limitaciones en las facultades de los árbitros».

Gran tema, que parte del hecho fundamental de que los árbitros carecen de la *coertio* de los jueces de la jurisdicción ordinaria para hacer cumplir sus decisiones.

Tal situación hace que, en el desarrollo del proceso los tribunales arbitrales, vean limitadas sus atribuciones, debiendo —en algunos casos— tener que recurrir a la jurisdicción ordinaria para que tales decisiones se cumplan, ya sea porque las debe ejecutar una parte renuente a hacerlo o porque se trata de un tercero que se niega a colaborar con lo dispuesto por el tribunal arbitral.

No obstante, debo confesar que en los casi diecisiete años que llevo en el oficio arbitral, sólo me he encontrado frente a un caso en el cual el tribunal arbitral ha tenido que recurrir a autorizar a uno de los litigantes para que acuda a la jurisdicción ordinaria, a efectos de ejecutar un medio probatorio, consistente en una documentación que debería ser aportada por un tercero.

Uno en casi diecisiete años.

¿Y es que acaso no se han presentado supuestos, por ejemplo, en que una de las partes se niega a exhibir algunos documentos que se hallan en su poder?

Pues sí, claro que he visto de estos casos, pero —en verdad— no son muchos.

Y creo que ello obedece a varias razones.

La primera, porque es práctica usual en el arbitraje la colaboración de las partes con la actividad probatoria.

No nos olvidemos de que la negativa o reticencia al respecto no es bien vista por algunos árbitros, quienes entenderán que aquella parte que se niega a exhibir alguna documentación, lo hace porque está ocultando algo.

La segunda, porque en los casos en que no se realiza la exhibición solicitada, generalmente, la parte que la solicitó no pide al tribunal arbitral se le autorice recurrir al auxilio judicial.

¿Por qué?

Pues, porque ello haría muy engorroso el trámite y, de seguro, duplicaría el plazo de duración del arbitraje, además de que quien recurre al Poder Judicial en estos casos y se enfrenta en el arbitraje a una parte demasiado hostil, se arriesga a ser demandado en amparo contra las resoluciones judiciales que ordenen la ejecución de ese medio probatorio que no se ha actuado en el proceso arbitral.

En otras palabras, las resoluciones judiciales no están protegidas de las acciones de amparo, vedadas en los procesos arbitrales desde la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso 6167 y luego ratificado —hace diez años— por el Decreto Legislativo 1071, actual Ley de Arbitraje.

Esto explica, entonces, en alguna medida, el porqué los litigantes arbitrales no solicitan, por regla general, que se les autorice a recurrir al Poder Judicial para la actuación de medios probatorios.

La tercera razón consiste en que es usual que, ante la imposibilidad de actuar un medio probatorio en el arbitraje, el tribunal arbitral prescinda de la actuación del mismo y procederá a resolver en base a las demás pruebas que se han actuado en el proceso.

La experiencia vivida enseña que el medio que no se pudo actuar, no necesariamente es el que determinará el sentido del laudo arbitral.

Lo propio ocurre con los testigos.

Nunca he visto el caso en que cuando una parte ofrece un testigo y éste no acude a la citación efectuada una o dos veces por el tribunal arbitral, dicha parte llegue a solicitar que se le autorice recurrir al juez para que ordene —de grado o fuerza— la asistencia del testigo.

Por lo demás, si alguien no desea testificar, si se le forzara a asistir, tendría todo el derecho a guardar silencio ante el tribunal arbitral.

Entonces, no sería un buen negocio el forzar judicialmente la actuación de ese medio probatorio.

Otro de los aspectos en que los tribunales arbitrales a veces tienen problemas, es en la actuación de medidas cautelares.

A veces ocurre que las resoluciones cautelares de los árbitros no son ejecutadas por particulares, por ejemplo, bancos que se niegan a bloquear una cuenta bancaria del deudor o un registrador público que pone mil observaciones y hasta exige el cumplimiento de requisitos imposibles a un tribunal arbitral para anotar una medida cautelar.

En estos casos, obviamente, el tribunal arbitral no podía forzar ni al banco ni a los Registros Públicos; y, perfectamente, podría recurrir al auxilio judicial para la ejecución de la medida cautelar.

No obstante, en la práctica no he visto ningún caso en el cual la parte que solicita la medida cautelar pida al tribunal arbitral recurrir a su ejecución judicial forzosa.

No me cabe duda de que esta unanimidad en el actuar de tales litigantes obedece a los naturales reparos que ofrece para un litigante en arbitraje, el ingresar a la jurisdicción ordinaria, a la cual nunca quiso ingresar cuando pactó —precisamente— el convenio arbitral.

Como vemos, la práctica arbitral en el Perú no ofrece mayores problemas en lo que respecta a la etapa del desarrollo del proceso arbitral, habida cuenta de que no constituye moneda corriente ni en litigantes, ni en tribunales arbitrales el recurrir al auxilio de la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, estimo que el principal problema en cuanto a los límites de las facultades de los árbitros se halla en lo que respecta a la eventual ejecución de sus propios laudos.

La Ley de Arbitraje establece que las partes podrían pactar que el tribunal arbitral tenga facultades de ejecución, lo que podría hallarse acordado en el convenio arbitral o dispuesto en el reglamento arbitral aplicable al caso.

En tal situación, la parte que haya ganado el proceso podría solicitar al tribunal arbitral proceder a ejecutar el laudo.

Estas solicitudes no constituyen práctica usual, en la medida de que la parte ganadora conocerá de antemano, cuáles son las limitaciones de las facultades de los árbitros, razón por la cual, si sabe que —por más buena voluntad que tenga— el tribunal arbitral no podrá ejecutar el laudo, dicha parte recurrirá —de frente— a la jurisdicción ordinaria para solicitar se ordene su ejecución.

No cabe duda, entonces, de que ésa es la principal limitación que tienen las facultades de los árbitros.

La pregunta que correspondería formular, entonces, es la relativa a si debería otorgarse facultades de ejecución a los tribunales arbitrales en relación a sus propios laudos.

No estoy seguro de la respuesta.

Me explico.

Los árbitros, tradicionalmente, nos dedicamos a conocer procesos y a resolverlos. Nada más. Ahí concluye nuestra labor.

Los árbitros usualmente no ejecutan laudos, porque, ante la negativa al cumplimiento del perdedor del arbitraje y la ausencia de *coertio*, se tendrán que abstener de cualquier actuación posterior.

Y esto no me parece mal, por varias razones.

La primera, porque la vocación por el ejercicio de la función arbitral no necesariamente se extenderá a la etapa de ejecución.

En otras palabras, los árbitros no están acostumbrados a realizar labores de jueces de ejecución. A algunos les agradará hacerlo, a otros no.

En segundo lugar, es de gran importancia el considerar que luego de emitido el laudo, cabe que la parte perdedora lo impugne ante la justicia ordinaria vía recurso de anulación.

Si fuese el caso, existe la eventualidad de que el laudo sea anulado por la justicia ordinaria.

En estos supuestos, la experiencia enseña que es preferible que el laudo anulado no haya sido ejecutado previamente, pues si ése fuese el caso se tendrían que restituir las prestaciones que ya hubieren sido ejecutadas.

Menudo problema, por cierto.

Así, sería preferible que el recurso de anulación se resuelva con anterioridad a la ejecución del laudo.

Como sabemos, la ejecución judicial de los laudos arbitrales no es rápida, dada la habitual lentitud de los tribunales ordinarios.

En cambio, es de imaginar que la ejecución de los laudos por parte de los tribunales arbitrales revestirá una mayor celeridad; de modo tal que la regla pasaría a ser la de laudos ejecutados antes de que se resuelvan los recursos de anulación; y esto en verdad sería peligroso.

En este espacio he querido referirme, brevemente, a algunos de los aspectos más importantes de los límites que el ordenamiento jurídico y la práctica establecen a las facultades de los árbitros, materia que, desde una perspectiva impecable aborda con holgura Ludovina en el libro que hoy presentamos.

El libro de Ludovina trata sobre estos temas, y constituye una obra excelente, que representa una llamada de atención sobre los mismos e invita a que los lectores reflexionen acerca de si resulta necesario repensar las tradicionales facultades de los tribunales arbitrales.

Esta ocasión, además, es especial, pues estamos presentando la obra en el marco de un muy interesante Seminario de Arbitraje y Contrataciones del Estado, que nos acoge para poder plantear estas materias a debate ante tan ilustrado auditorio de abogados y estudiantes interesados en estas materias.

Pero, además, la ocasión resulta muy importante, porque es la primera vez que la *Biblioteca de Arbitraje* presenta un libro en Arequipa.

Lo hemos hecho —por ejemplo— en Madrid y Barcelona; pero, nunca en Arequipa.

Y, sirva esta ocasión para rendir homenaje al medio jurídico arequipeño, siempre tan valioso y con tan notables juristas a lo largo de la Historia del Perú.

Quiero decir también que las puertas de nuestra colección están abiertas para publicar aportes en arbitraje del medio arequipeño.

Suelto la idea de poder llevar adelante la elaboración de un libro colectivo que bien podría llevar por título «El arbitraje en Arequipa» y que podríamos publicar el 2019.

Quiero también destacar que este magnífico libro de Ludovina constituye el volumen 57 de la *Biblioteca de Arbitraje* y que —Dios mediante— deberíamos cerrar el año con más de sesenta volúmenes publicados a lo largo de los doce años de existencia de nuestra colección.

Agradezco, en ustedes, la acogida que ha tenido nuestra *Biblioteca* en el Perú y en el extranjero.

Desde la próxima semana la obra de Ludovina será conocida por todo el medio arbitral, tanto en formato papel como virtual, a través de su inmediata publicación en nuestra página web.

Felicitaciones, querida Ludovina, y muchas gracias a todos.

Palabras de presentación de la obra «Arbitraje Perú contra España. La República del Perú, sucesora del Imperio Español, con derecho a recibir parte de las Monedas del Odyssey», escrita por el doctor Manuel Villa-García Noriega [*]

Señor Renzo Rossini Miñán,
Doctor José Antonio Olaechea Álvarez-Calderón,
Doctor Manuel Villa-García Noriega, autor de la obra que esta noche presentamos,
Estimados colegas y amigos,

Hace cuatro meses, el doctor Manuel Villa-García Noriega, me envió el proyecto de libro que hoy, felizmente, ya es una realidad, titulado *Arbitraje Perú contra España. La República del Perú, sucesora del Imperio Español, con derecho a recibir parte de las Monedas del Odyssey.*

El proyecto editorial me entusiasmó desde el primer día por, al menos, cuatro razones.

La primera, por tratarse de una obra escrita por Manuel Villa-García Noriega, a quien conozco desde nuestros años de alumnos en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien no estudiamos juntos, pues él es de una promoción dos años más antigua que la mía, siempre mantuvimos una relación de mucha cordialidad.

---

[*] Pronunciadas la noche del lunes 22 de octubre de 2018 en la sala de conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Manuel se especializó en derecho procesal y tuvo una extraordinaria escuela cuando fue practicante y abogado del Estudio de don Guillermo Gulman Checa, uno de los mejores abogados litigantes que ha tenido nuestro país y escuela de grandes abogados.

Además, conozco a Manuel porque he sido árbitro en diversos procesos arbitrales en los que él se ha desempeñado como abogado defensor. Así también, hemos compartido y compartimos tribunales arbitrales en condición de coárbitros.

Siempre he tenido el mejor concepto de Manuel Villa-García, quien es un duro abogado litigante y un árbitro sumamente honesto y diligente, con quien da mucho gusto compartir tribunales.

La segunda razón por la que me entusiasmó el proyecto de publicar este libro, consiste en que el mismo combina una serie de aspectos que resultan de notoria peculiaridad.

Como sabemos, Manuel Villa-García es un gran aficionado a la numismática, y es una de las personas más entendidas en la materia en nuestro país, habiendo sido presidente de la Sociedad Numismática del Perú.

En ese sentido, esta obra combina aspectos muy interesantes de numismática, a la par que de historia, derecho y arbitraje.

El libro da testimonio de los constantes esfuerzos que ha realizado Manuel para que el Perú defienda sus derechos sobre parte del tesoro que fue rescatado del fondo del océano por la empresa Odyssey, y que consiste en una cantidad muy grande de monedas de oro y plata, transportadas a España (en viaje inconcluso por obra de la armada inglesa en 1804), desde los territorios de América, y acuñadas en diversas casas de moneda que la corona española mantuvo en nuestras ciudades.

En ese sentido, Manuel Villa-García, subraya la tesis de que, no siendo las monedas patrimonio cultural del Perú, parte de ellas fueron acuñadas en lo que hoy es nuestro país; y, tomando la tesis de la sucesión geográfica de los Estados, estima que el Perú tendría derecho a plantear un arbitraje contra España para definir la propiedad sobre dichas monedas; lo que, en caso de ganar, no sólo beneficiaría a nuestro país, sino también a otros de América Latina, como es el caso de México, Colombia, Bolivia y Chile.

Para ello, plantea la necesidad de que el Perú emplace a España en arbitraje.

Dicha tesis resulta en extremo interesante; y, sin duda, creo —al igual que el autor— que nuestras autoridades deberían tomar cartas en el asunto, a efectos de poder adoptar una decisión al respecto, dado que, si bien España hoy tiene en su poder las monedas, ello ha sido por decisión de un juez de Tampa, Florida, Estados Unidos de América, que resolvió el tema de la custodia de las mismas, mas no el de su propiedad, al haberse declarado incompetente para tales efectos.

Como se recuerda, tanto España como el Perú, se apersonaron ante dicho juez reclamando la propiedad de tales monedas, lo que determinó que, en la actualidad, este tema haya quedado en el limbo y sea de resultado incierto.

El lector podrá apreciar la gran versación con que discurre el relato de Manuel Villa-García, manejando los aspectos neurálgicos de tan interesante reto para nuestro país.

Para ilustración de quienes nos acompañan esta noche, no es la primera vez que presentamos esta obra, habida cuenta de que hace cuatro días, el jueves 18 de octubre, ella se presentó en el Centro de las Artes de la Universidad Católica San Pablo, en la ciudad de Arequipa.

Esta presentación coincidió con la *Segunda Convención Internacional de Historiadores y Numismáticos Arequipa 2018*.

El evento congregó a alrededor de un centenar de expertos en la materia de más de veinte países de América Latina —muchos de ellos, abogados—; habiendo sido todo un éxito la presentación de la obra en dicha ciudad, pues, congregó a un auditorio que se sorprendió con la temática de la misma y con la tesis que en ella propone su autor.

No quiero dejar de contarles cómo entre el día de la presentación de la obra y el día siguiente, en que se realizó un cóctel en la Casa Goyeneche, sede del Banco Central de Reserva del Perú en dicha ciudad, el autor fue requerido incesantemente por sus colegas numismáticos, no sólo para efectos de expresarle su interés en la obra, sino también para pedirle autógrafos, fotos y *selfies*.

Me daba mucho gusto apreciar el enorme reconocimiento que el medio numismático otorgaba a la tesis de Manuel, expresada en este libro.

Esta efervescencia llevó a que, como le decía a Manuel en días pasados, éste sea el volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, que más acogida ha tenido en los primeros días de su aparición en sociedad, habida cuenta de que, prácticamente, de un día a otro, se repartieron 140 ejemplares.

Como también decía a Manuel, esto ha determinado, inevitablemente, que, en los próximos días, se vaya a tener que realizar una reimpresión de la obra.

El entusiasmo del medio numismático latinoamericano por el tema, ha sido tan grande, que muchos de los asistentes empezaron a recordar el número de naufragios de barcos que existen en los diversos océanos del mundo, y los conflictos presentes y potenciales que se presentan o presentarán en torno a los mismos y a los tesoros —de todo tipo— que ellos guardan.

El interés es tan grande que, dentro de las conversaciones entre los numismáticos realizadas en Arequipa, ya se ha acordado la elaboración de un segundo libro de arbitraje y numismática, dirigido por Manuel Villa-García, en el cual escribirán diversos profesionales sobre estos conflictos y su eventual resolución a través del arbitraje, único medio posible para esos efectos. Naturalmente, esta obra también formará parte de nuestra colección.

El tercer motivo por el que me entusiasmó desde un inicio la publicación del libro que esta noche presentamos, es que —por esas coincidencias que tiene la vida— me leí por primera vez la obra de Manuel Villa-García en Ica, tierra común de nuestros ancestros, al igual que de la familia Olaechea, cuyo estudio cumplió el 4 de octubre, 140 años de haber sido fundado por el doctor Manuel Pablo Olaechea Guerrero. Y Manuel Villa-García ha dedicado este libro, además de a su esposa Cecilia y a sus hijos, a sus colegas de dicho Estudio, en el que es abogado y socio desde hace casi tres décadas.

Esta prestigiosa firma de abogados (la más antigua de nuestro país) hoy es encabezada por el doctor José Antonio Olaechea Álvarez-Calderón, aquí presente, quien también estudió en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la misma promoción de Manuel Villa-García, y con quien compartí, por un breve lapso, la condición de practicante del Estudio, cuando realicé mis prácticas preprofesionales entre octubre de 1985 y diciembre de 1988.

En ese tiempo, el estudio era dirigido por el gran abogado, Manuel Pablo Olaechea du Bois, hijo del insigne Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, ponente del articulado de Obligaciones y Contratos del Código Civil de 1936 y notorio protagonista en la elaboración de ese cuerpo legal, además de Ministro de Hacienda y primer presidente del Banco Central de Reserva del Perú.

En ese sentido, me alegra mucho la feliz coincidencia de la aparición de esta obra en la *Biblioteca de Arbitraje*, y me aúno al homenaje que el doctor Manuel Villa-García hace al estudio al que pertenece, del cual yo también formé parte, y de cuyos abogados de ese tiempo (la mayoría de los cuales, lamentablemente, ya han fallecido) aprendí derecho y su honesto ejercicio, palabras que están consignadas en la dedicatoria de mi tesis de bachillerato titulada *Los contratos sobre bienes ajenos,* que obra en la biblioteca del Estudio.

No cabe duda de que quienes realizan sus prácticas preprofesionales en un estudio de abogados, siempre llevarán en su vida las influencias de aquello que aprendieron y de quienes recibieron esas enseñanzas.

Manuel Pablo Olaechea du Bois fue un abogado muy lúcido, de cordialidad y trato impecables; y de un muy fino humor.

Nunca podré olvidar cuando a veces nos encontrábamos en el primer piso del edificio donde quedaba el Estudio Olaechea en el centro de Lima, que era el del Citibank N.A. (hoy del Jurado Nacional de Elecciones), y el doctor Manuel, generalmente, acompañado por algunos clientes, me presentaba, y les decía: «El doctor Castillo es nieto del doctor Juan Lino Castillo, un hombre decente en un país de pillos (aunque, claro está, la palabra empleada no era "pillos", pero también empezaba con "p")».

Siempre fue un privilegio cumplir los encargos que él nos daba; pues, sabíamos que estábamos trabajando para uno de los abogados más ilustres que habían nacido en este país.

Recuerdo mucho el año 1987, cuando en el estudio todos colaboramos con el doctor Manuel en la defensa del Banco de Lima, del que era presidente del directorio, ante el intento y la prepotencia del gobierno de entonces, para estatizar el sistema bancario, financiero y de seguros.

En aquella ocasión, el doctor Manuel Olaechea elaboró un informe legal extraordinario, y que se puede sintetizar en la frase de Eduardo García de Enterría, que da título a su libro «La lucha contra las inmunidades del poder».

Su actuación fue fundamental para impedir el atropello que se quería consumar en el Perú contra la actividad privada.

Por otra parte, el doctor Manuel no dejaba escapar las ocasiones para hacer alguna broma con picardía.

En una oportunidad, en octubre, me quedé hasta tarde cumpliendo algún encargo suyo, y él estaba en su oficina esperando el paso de la procesión del Señor de los Milagros, junto a su señora, Ana María.

Yo me fui a entregarle el trabajo y a despedirme, porque era tarde.

El doctor tuvo la gentileza de invitarme a que me quede a ver la procesión, junto a la secretaria que me había ayudado a terminar el informe que me encargó (una chica preciosa, por cierto). Aprovechó un momento en que ella salió de la oficina y me dijo: «Doctor Castillo, ¿y qué espera que no se casa con ella?». Esta afirmación —guion consejo— me sorprendió, pero era claro que había notado que mi interés por la referida chica, iba mucho más allá de lo profesional.

Además de lo aprendido en el ejercicio preprofesional, me marcó mucho la presencia en el Estudio Olaechea; pues, durante el primer año de prácticas, la sala de practicantes estuvo ocupada por los liquidadores de una empresa que fue importante cliente del estudio, y a los practicantes nos ubicaron en el directorio de la biblioteca, sin duda, la mejor biblioteca jurídica privada del país.

Fue un privilegio poder descubrir en ella a los autores cuya lectura me ha seguido acompañando en todos mis años de investigador y abo-

gado; a la par que la tranquilidad de ese ambiente, me permitió desarrollar mi tesis de bachiller y de magíster en derecho, dadas las enormes facilidades y gentilezas que, tanto el doctor Manuel como José, tuvieron para conmigo al facilitarme el acceso a sus más preciados libros.

Y así podría contar muchas anécdotas más de los tres años en que formé parte del Estudio Olaechea como practicante.

140 años son más de dos tercios de la existencia de la República del Perú y todos quienes ejercemos la profesión, sabemos lo difícil que es el llevar adelante un estudio de abogados; y, más aún, habiéndolo hecho con el lustre que todos reconocen al Estudio Olaechea que, en sentido figurado, es —de una manera u otra— padre, abuelo y, tal vez, bisabuelo de muchos de los estudios de abogados de Lima, dado que quienes ayer u hoy los han integrado, alguna vez formaron parte de dicha institución.

Finalmente, en cuarto lugar, me entusiasma mucho la aparición de esta obra dentro de la *Biblioteca de Arbitraje*, pues en ella se explora una materia no tratada en los libros precedentes de la colección, y que nos recuerda, una vez más, la casi infinita aplicación del arbitraje para resolver conflictos entre personas, empresas; y, como ocurriría dentro de la tesis de este libro, entre Estados.

Concluyo felicitando al doctor Manuel Villa-García Noriega por tan minucioso e interesante trabajo; y, sobre todo, por su inclaudicable y brillante defensa de los intereses del Perú.

Estoy seguro de que ustedes, queridos amigos, se deleitarán con esta obra.

Muchas gracias.

Tercera Parte

Temas diversos

Osterling y los otros maestros [*]

El tercer aniversario del fallecimiento de Felipe Osterling

Durante las últimas semanas, el tema de primera plana ha sido el relativo a los profesores de los colegios nacionales.

Sin embargo, por lo general, cuando se trata acerca de los maestros, las personas se refieren sólo a aquellos que enseñan en los colegios, pero no a quienes imparten enseñanza en las universidades, las mismas que constituyen el siguiente eslabón del sistema educativo de todo país.

A propósito de conmemorarse el tercer año de su fallecimiento, quiero recordar como ejemplo de maestro universitario, a don Felipe Osterling Parodi, quien durante medio siglo fue incansable difusor del derecho civil en las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Felipe encarnaba a esa especie de maestros por absoluta vocación. Quienes fuimos sus alumnos siempre recordaremos el gran interés que tenía por transmitirnos los conocimientos adquiridos en el ejercicio profesional. Sus clases eran una permanente mezcla de la mejor doctrina jurídica y de las experiencias vividas, lo que daba como resultado que recibiéramos una síntesis óptima de conocimientos, que los proporcionaba en justa medida, a efectos de que supiésemos lo fundamental de todas las instituciones que componían tan importante materia como es el derecho de las obligaciones.

---

[*] Artículo publicado el día 30 de agosto de 2017 en la página A-24 del diario *El Comercio*.

Osterling sabía que debíamos aprender lo fundamental e importante, descartando aquellos temas que resultaban prescindibles en la vida profesional.

Era dueño de una metodología de enseñanza muy particular, con clases magistrales que se convertían en dinámicas, al fomentar de manera intensa las intervenciones de sus alumnos, quienes nos veíamos atraídos por ejemplos de la experiencia vivida, los mismos que en muchos casos siguen siendo emblemáticos, no sólo dentro de los cursos de derecho civil, sino también en la práctica jurídica.

Ya aquejado por la enfermedad que le impidió continuar dictando clases, lo visité una tarde en su estudio de abogados y me pidió que leyera una carta que había redactado dirigida a la Universidad Católica, en la que renunciaba a su condición de profesor principal debido, precisamente, a su estado de salud. El texto era breve. La leí de inmediato delante de él, y debo decir que en los veinte años de amistad que tuvimos, nunca lo vi tan triste. Cuando su secretaria imprimió la versión final de la carta y él la firmó, de seguro Felipe sentía que en ella se iba buena parte de su vida y que no volvería jamás.

Con estas breves líneas rendimos homenaje a la memoria de don Felipe Osterling Parodi, maestro por antonomasia, quien dedicó buena parte de su vida a que sus enseñanzas terminaran definiendo el rumbo de un sector muy importante del derecho y quien contribuyó, con maestría, sapiencia, prudencia y sobriedad, a dirigir la elaboración del Código Civil peruano de 1984, sólido cuerpo normativo que constituye la columna vertebral de las relaciones jurídicas entre los particulares. Si bien no se trata de la ley de mayor jerarquía (pues, primero está la Constitución), sí es aquella a la que más recurren los ciudadanos en sus vidas. En buena parte, el Perú se lo debe a Felipe Osterling, ejemplo de esos otros maestros a quienes nuestro país debe tanto.

Palabras de agradecimiento por la imposición de la condecoración de la Orden Vicente Morales Duárez del Ilustre Colegio de abogados de Lima [*]

Señor doctor Pedro Angulo Arana, decano del ilustre Colegio de Abogados de Lima,
Señor doctor Jorge Luis Gonzales Loli, vicedecano de la orden,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Señores exdecanos Delia Revoredo Marsano y Mario Amoretti Pachas,
Doctor Luis Bedoya Reyes, ilustre jurista,
Doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, ex decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Doctor Ernesto Álvarez Miranda, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porres,
Distinguidas autoridades,
Estimados colegas y amigos,

Es para mí un inmenso honor el que me hace el Colegio de Abogados de Lima al distinguirme con la medalla que lleva el nombre de don Vicente Morales Duárez, ilustre precursor de la juridicidad en el Perú, presidente de las Cortes de Cádiz, redactor del estatuto fundacional del Colegio de Abogados de Lima y primer decano de la orden, en el año 1804.

Esta distinción me alienta a seguir en el rumbo profesional y académico trazado, contribuyendo con el medio jurídico desde la tribuna que siempre he tratado de ocupar, tanto con el desarrollo de doctrina,

---

[*] Discurso pronunciado en el Auditorio José León Barandiarán del Colegio de Abogados de Lima la noche del miércoles 25 de octubre de 2017.

como con opiniones críticas acerca de diversos aspectos del derecho en nuestro país.

Desde hace tres semanas, en que la Junta Directiva del Colegio me comunicó que había adoptado el acuerdo para distinguirme, he pensado mucho acerca del tema que abordaría esta noche.

Podría haber sido alguno de derecho civil o de arbitraje, áreas profesionales a las que me dedico en el ejercicio de la profesión; sin embargo, decidí hablar sobre un tema más general y preparé un discurso relativo a la institucionalidad democrática, rindiendo homenaje a don Vicente Morales Duárez, cuyo nombre lleva la condecoración que se me otorga esta noche.

El discurso me quedó bonito; pero, en verdad, nunca estuve convencido de su pertinencia, pues, finalmente, si hoy se me hace un homenaje al otorgarme esta distinción, mis palabras deberían estar destinadas a agradecer a todos aquéllos que, en la vida, me han permitido desarrollarme, como profesor universitario, abogado e investigador.

Quiero empezar agradeciendo a todos quienes fueron mis maestros de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes nos brindaron sólidos e indelebles conocimientos.

Cómo olvidar a nuestros grandes profesores, a los que recuerdo con mucho afecto y admiración, entre ellos, César Delgado Barreto, César Fernández Arce, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Humberto Medrano Cornejo, Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Manuel de la Puente y Lavalle y Felipe Osterling Parodi, sobre quien quiero hacer una mención especial, dado que me permitió acompañarlo en la apasionante tarea de escribir sobre derecho de obligaciones entre 1993 y el 2014, año en que partió de este mundo.

Felipe, no sólo fue para mí un gran maestro y amigo, pues debo a él mucho de lo conseguido en la academia y en la profesión.

Debo señalar que mi ingreso a la docencia no hubiese sido posible sin las personas que en las universidades apostaron por mí; comenzando por la doctora Gabriela Araníbar Fernández Dávila, quien, en 1990, siendo presidenta de la Comisión Organizadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, me permitió comenzar en la docencia, apostando por mí sin conocerme.

Asimismo, en 1993, apenas llegado al cargo de Decano de la Facultad de Derecho, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, aquí presente, tuvo la enorme gentileza de invitarme a dictar en mi casa de estudios, la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De igual manera, en 1998, los doctores José León Barandiarán Hart y Oswaldo Hundskopf Exebio me convocaron para ser profesor en la Universidad de Lima, en donde ejercí la docencia durante quince años.

También, quiero expresar mi gratitud a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en las personas de su rector, el doctor Germán Chávez Contreras, su vicerrector, el doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht y el doctor Rafael Santa María D'Angelo, entonces decano de la Facultad de Derecho, quienes me convocaron hace un año para ocupar el decanato de esa prestigiosa casa de estudios, cargo que desempeño en la actualidad.

Todo ello me permitió seguir vinculado al medio universitario y continuar con las investigaciones que había iniciado en 1986, cuando empecé a escribir mi tesis de bachillerato titulada «Los contratos sobre bienes ajenos».

Dicha tesis la empecé a escribir siendo practicante en el Estudio Olaechea, y me corresponde en esta ocasión rendir homenaje a quien

era socio principal de la firma, el ilustre abogado don Manuel Pablo Olaechea du Bois, quien siempre me brindó todas las facilidades para consultar la biblioteca de su estudio.

El dictar en las universidades, además de obligarme a seguir estudiando y perfeccionando mis conocimientos jurídicos, me ha permitido ser profesor de 5,104 alumnos de pregrado (además de quienes lo han sido en maestrías o doctorado), con respecto a quienes siento la mayor satisfacción por haber contribuido —aunque de una manera muy pequeña— a su formación jurídica; y me alegro mucho cuando los vuelvo a encontrar, ahora en el ejercicio profesional, constatando el éxito y el inmenso amor por la profesión que tienen, pero —fundamentalmente— viendo que gran parte de mis exalumnos me recuerda con cariño.

El escribir me ha permitido, además, tener un número muy grande de alumnos indirectos; es decir, todos aquellos de quienes no he sido catedrático regular; pero, que han leído mis libros o artículos en sus diversos cursos universitarios; además de quienes son abogados en ejercicio y les resulta de alguna utilidad aquello que escribo.

En verdad, debo confesar, como lo recordó el doctor Bedoya, que el rigor por lo académico lo adquirí desde mis primeros años de colegio, pues mi madre, con estricta disciplina alemana, me hacía repasar las lecciones que tenía que rendir al día siguiente y no me podía levantar de la mesa de estudios hasta que rindiera la lección en tres o cuatro oportunidades y no cometiera error alguno.

De manera tal que, estar sentado horas de horas frente a libros siempre constituyó para mí algo normal y, cuando empecé a estudiar derecho, descubrí mi vocación por la investigación jurídica, de manera tal que realizar esa actividad siempre me resultó muy grato y nada engorroso.

Es verdad que el haberme dedicado a estos menesteres hizo que no priorizara otros aspectos de mi vida, pero no me arrepiento.

Puedo decir, a título de confesión, que no tengo una biografía muy apasionante que digamos, pero sí muy apasionada en las cosas que hago.

Así, en esta ocasión me corresponde no sólo rendir homenaje, sino agradecer a todos aquellos que me han permitido escribir, tanto a quienes han sido coautores de varios de mis trabajos académicos, como a mis editores, comenzando por el Concytec, que publicó mi primer libro; pasando por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando lo dirigía don Fernando de Trazegnies Granda, quien me abrió las puertas de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*, en la que publiqué diversas obras durante muchos años; debiendo agradecer también a otras casas editoriales que han acogido mis publicaciones, como Palestra, Thomson Reuters, Civitas de España, así como a diversas revistas del Perú y del extranjero que siempre me han convocado para publicar artículos.

Hace algunos años, en el estudio decidimos emprender el camino de las publicaciones, a través de la *Biblioteca de Arbitraje* y la *Biblioteca de Derecho*, cuyo impulso no hubiera sido posible si desde el principio no hubiese contado con la eficientísima colaboración de mi querida Mónica Benavides Segura y, en los últimos años, de Katya Rosales Báscones.

Dentro de estos agradecimientos no puedo dejar de mencionar a las diversas casas de estudios, colegios de abogados e instituciones públicas y privadas que han tenido la gentileza de invitarme a dictar conferencias desde el año 2000, lo que me ha permitido conocer la mayoría de regiones del Perú, haciendo una de las cosas que más me gusta, que es el tener contacto con el medio académico.

Quiero mencionar también, a mis amigos y colegas del medio arbitral, con quienes trabajo desde fines del año 2001, en especial a quienes han integrado e integran los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Universidad Católica.

Asimismo, el desarrollo profesional de los abogados no sería posible sin la confianza cotidiana de nuestros clientes, los de antes, los de ahora y los de siempre, a quienes asesoro desde el 2 de abril de 1993, fecha en la que me colegié de abogado y puse mi estudio, el mismo que pasó a ser persona jurídica en julio del año 2000.

Y si hablo del estudio, no puedo dejar de agradecer infinitamente a todos quienes me han acompañado y acompañan, como abogados, asistentes, practicantes y personal administrativo.

En especial, quiero mencionar a quienes hoy y desde hace muchos años comparten conmigo el ejercicio profesional: Rita Sabroso Minaya, Verónica Rosas Berastain y Jhoel Chipana Catalán; al igual que Jessyca Orbezo Tejeda, Gabriela Bailly Badiola, Katherine Orbezo Tejeda, Gustavo Sánchez Huarcaya y el recuerdo entrañable de María, quien falleció hace pocos meses.

También quiero resaltar el gran apoyo brindado por alguien que fuera una muy apreciada asistente legal, Massiel Silva Santisteban Amésquita.

Mi infinita gratitud, también, al Colegio de Abogados de Lima, institución pionera y precursora de la República y permanente soporte jurídico y moral del Perú.

Siempre he creído en lo indispensables que son los colegios profesionales, como sociedades intermedias organizadas en un país carente de instituciones democráticas sólidas a nivel nacional; por lo que considero que es deber de todos nosotros los abogados el apoyar a nuestro colegio y aportar lo mejor a esta institución.

Ese agradecimiento lo quiero personificar en su decano, el doctor Pedro Angulo Arana y su vice-decano el doctor Jorge Luis Gonzales Loli, así como en todos y cada uno de los miembros de su Junta Direc-

tiva, quienes me honran enormemente al haber acordado concederme la distinción que se me impone esta noche.

Y no puedo concluir estas palabras, sin expresar mis sentimientos más profundos para mi familia, comenzando por el recuerdo entrañable de mi madre Ana Freyre Schölz y de mis abuelos César Freyre de la Quintana, Ana Schölz Zegarra y Juan Lino Castillo Vargas; además de mi padre, don Juan Cancio Castillo Vásquez, aquí presente; y, claro está, de mi amada esposa Laurita y de mi pequeño —y casi clon— Mario Eduardo.

Muchas gracias.

Palabras de presentación de la obra «La dimensión axiológica de la filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recasens. Una revalorización a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica», escrita por José Carlos Chávez-Fernández Postigo [*]

Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo, director de la Escuela Profesional de Derecho y ex Decano de la Facultad,
Señora doctora Patricia Calvi de Quintanilla, directora de nuestro Fondo Editorial,
Distinguidas autoridades universitarias,
Señores profesores,
Estimados alumnos,
Queridos José Carlos y Jaime,

Esta noche estamos reunidos para presentar la obra «La dimensión axiológica de la filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recasens. Una revalorización a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica», basada en la tesis con la cual el autor optó el grado de doctor en derecho en la Universidad de Zaragoza.

Como decano de la Facultad de Derecho, me siento muy honrado de presidir y participar de este acto académico, por varias razones que pasaré a exponer.

---

[*] Acto académico que tuvo lugar en el Centro Cultural de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, la noche del miércoles 22 de noviembre de 2017. Pronuncié estas palabras, em mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios.

En primer lugar, por tratarse de un libro de José.

Debo confesar que las primeras veces que venía de visita a esta Facultad, en sus aulas, escuchaba a algunos de los profesores que eran mis anfitriones, referirse a una persona con el apelativo de «PPCh». Y siempre lo hacían con ese mismo apelativo.

En algún viaje lo conocí; pero, siempre como «PPCh». Al extremo que creí, durante un buen tiempo, que «PPCh» era un antiguo militante del PPC, que, por añadidura, era abogado y profesor de esta Universidad. Ya con el paso de los años descubrí que eso no era así; que «PPCh» era una manera afectuosa de llamar a José Chávez-Fernández Postigo.

José es uno de los más antiguos profesores de nuestra Facultad. Él estuvo aquí desde los inicios y siempre apostó todo, tanto por la Universidad Católica San Pablo, como por su Facultad de Derecho.

Antes de escribir estas líneas, he hablado con exalumnos de la Universidad y de José, y todos ellos han coincidido en que es un magnífico profesor en las materias que imparte; que sus clases son clarísimas; y que su cordialidad y buena disposición docente no terminan en el aula.

José es, dentro de los profesores jóvenes de nuestra Facultad, uno de los más representativos, y siempre ha estado asociado a los valores fundacionales de esta casa de estudios, por lo cual, todos lo queremos y respetamos sobremanera.

En segundo lugar, me complace mucho presidir este acto, porque se trata de un libro muy importante, no sólo dentro del área de la filosofía del derecho, sino dentro de todo el derecho.

En él, su autor recrea, estudia y profundiza en la obra del gran Luis Recasens, a quien el derecho debe tanto y de cuyas doctrinas todos

hemos aprendido en nuestras horas universitarias y en nuestro ejercicio profesional.

Es un lujo que hoy, en el siglo XXI, en una universidad peruana, un profesor se interese en explorar un tema como éste, haciendo un gran esfuerzo investigativo, siendo consciente de cuáles son las limitaciones en la difusión de esta tesis.

El mundo jurídico de hoy, lamentablemente, prefiere el facilismo; los libros que comenten someramente códigos de uso cotidiano, sin entrar mucho al fondo del asunto, sino proporcionando al lector lo elemental para salir del paso.

En ese sentido, escribir una obra sobre filosofía del derecho es algo más que meritorio; es —más o menos— una hazaña, en un emprendimiento por enseñar lo fundamental de las instituciones y del derecho en su conjunto.

Esto dice mucho del espíritu del autor, no sólo por su fidelidad con las materias en las que siempre se ha desenvuelto en la cátedra y en la investigación, sino por la tenacidad en enseñar y profundizar tales conocimientos en beneficio de sus alumnos y de la comunidad jurídica en su conjunto.

En cuarto lugar, quiero poner en relieve el esfuerzo, tanto del autor, como de nuestra universidad, por haber logrado que esta obra sea publicada en España, nada menos que por la más prestigiosa casa editorial, Thomson Reuters, cuyos alcances y difusión harán que el libro sea conocido en Europa y pueda ser adquirido por las más importantes universidades del viejo continente, en donde, además, podrán constatar su valía y la del autor.

En quinto lugar, este acto académico es muy importante, en la medida de que el esfuerzo de José representa un ejemplo para toda nuestra

Facultad, tanto en lo que respecta a la necesidad, no sólo legal, sino moral, de todos nosotros, los profesores, de obtener el más alto grado académico, que es el de doctor; como en lo que respecta a la imprescindible y necesaria labor de investigación y publicación.

Las universidades cuyos profesores no investigan, están condenadas al fracaso, al estancamiento, a la repetición de lo conocido, a la reiteración de lo que otros —pero no nosotros— han escrito.

Todos nuestros profesores que están siguiendo estudios de maestría o doctorado deben publicar sus tesis una vez que sean sustentadas.

Así, todos podremos enriquecernos con esos conocimientos, a la par que demostraremos al mundo del derecho que somos una de las facultades más importantes del Perú.

El peso de una universidad no se mide ni por el número de sus alumnos ni por sus recursos académicos.

Las universidades pesan por lo que investigan y publican sus profesores, como ocurre en este caso, con la muy importante obra de José.

No quiero explayarme más.

Concluyo, reiterando mis felicitaciones a nuestro muy querido profesor, el doctor José Chávez-Fernández Postigo, por tan importante obra y por el esfuerzo desplegado para su elaboración y ulterior publicación, los mismos que representan un ejemplo para todos quienes compartimos con él el amor por el derecho y la justicia.

Muchas gracias.

Discurso de inauguración del III Encuentro de Estudiantes de Derecho Universidad Católica San Pablo [*]

Señor doctor Germán Chávez Contreras, rector de la Universidad Católica San Pablo
Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo, director de la Escuela Profesional de Derecho Civil.
Señores decanos de las Facultades de Derecho de Arequipa,
Distinguidas autoridades,
Señores jueces,
Señores profesores,
Estimados alumnos,

Es para mí un honor, en mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, poder dirigirles estas palabras en el acto inaugural de este encuentro de estudiantes de derecho.

En los últimos días he pensado mucho en relación al tema que quisiera abordar en esta breve intervención.

El Perú y el mundo en general, están pasando por momentos difíciles que nos afecta a todos de manera directa, y eso los incluye a ustedes, futuros profesionales que tendrán la dura labor de llevar adelante este país.

---

[*] Palabras pronunciadas el jueves 7 de junio de 2018 en el auditorio del Instituto del Sur, de Arequipa, en mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo.

En ese escenario, existe un tema que constituye, sin duda alguna, la base sobre la cual toda sociedad moderna (y que aspire a tener una verdadera democracia representativa) tiene que respetar. Me refiero a los derechos humanos.

En el año 2018, coincidentemente, se celebran los setenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual constituye un documento de vital importancia adoptado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n.° 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948, en París.

Este valioso instrumento internacional recoge, en sus treinta artículos, los así denominados derechos humanos básicos y elementales, a partir de la carta de San Francisco suscrita el 26 de junio de 1945.

De una lectura del mismo, y considerando el escenario en el que se encuentra nuestro país, puedo rescatar algunos principios que no debemos perder de vista:

Así, en el Preámbulo se hace referencia a tres aspectos que constituyen la base misma de la convivencia social que tanto ustedes, estudiantes, como la sociedad en su conjunto, debemos tener en cuenta. Éstos son:

(i) Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

(ii) Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

(iii) Que los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Como se aprecia, una de las grandes conquistas históricas que permiten que tengamos una sociedad mejor, ha sido el reconocimiento de estos derechos y la convicción (o, al menos aspiración) irrestricta de su defensa y respeto en todo el planeta.

Ustedes, como estudiantes, nunca deben olvidar estas premisas, pues sea el campo o rama del derecho en el que se encuentren y ejerzan, tengan siempre en cuenta que no es posible lograr justicia desconociendo o restando importancia a los derechos del hombre.

En ese sentido, resulta importante mencionar que, como Facultad, la Universidad Católica San Pablo, posee una currícula que tiene en cuenta este principio rector.

En ella existen prioridades en la formación de los estudiantes; pero, debo poner énfasis en que, en los distintos cursos, ustedes siempre podrán apreciar que este instrumento internacional ilumina una serie de instituciones y conceptos que tienen que ser aprehendidos e interiorizados, que —estoy seguro también ocurre en las demás facultades de derecho de la ciudad.

Piénsese, por ejemplo, en la protección que tiene el concebido, tanto en la Constitución como en el Código Civil. O la defensa y regulación que nuestra legislación tiene acerca de la familia como núcleo e institución fundante de la sociedad misma.

Las libertades de contratación también se encuentran debidamente reguladas en la ley; y la propiedad, como herramienta de producción de riqueza, es también legislada a la luz de esta Declaración Universal. Caso contrario, no se podría entender el verdadero alcance del artícu-

lo 923 del Código Civil, que establece con absoluta claridad que «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

El ámbito penal tampoco es ajeno a estos principios, pues, es claro que existe una tendencia a la protección y otorgamiento de mayores garantías a los derechos humanos de los reos y de las personas que han cometido delitos.

Asimismo, tanto el derecho administrativo como el derecho laboral, han sido materias que en los últimos años han alcanzado una especialización importante, a tal punto que existen maestrías y cursos de postgrado que las tienen como único objeto de estudio. Si un estudiante se pregunta qué tienen que ver los derechos humanos con estas áreas del derecho, debería recordar que la primera tiene como objeto que los ciudadanos puedan materializar una serie de derechos frente a las diversas entidades del Estado, y la segunda, esto es, el derecho laboral, ha tenido importantes avances en materia de protección de los derechos de los trabajadores, a tal punto que existe la muy prestigiosa Organización Mundial del Trabajo (OIT) que vela por el cuidado de los mismos.

En fin, sería muy extenso hacer notar la importancia y vigencia de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se encuentran vinculados directamente con todos los cursos y materias que se imparten en las universidades.

Sin embargo, sirva esta precisión para que podamos tomar verdadera conciencia de la importancia de este instrumento internacional que cumple setenta años, y que constituye, sin lugar a dudas, una directriz convergente e indesligable de todas las ramas del derecho.

Ahora bien, y como no puede ser de otra manera, creo firmemente que la educación universitaria tiene que estar dirigida a enriquecer al

alumno, tanto en contenidos como en valores, indispensables siempre y, en especial, en el mundo en el que vivimos.

De ahí que las casas de estudios deban tener siempre presente que sus profesores no sólo tienen que ser buenos profesionales o buenos académicos, sino también buenas personas, que estén comprometidas con esa labor docente y conscientes de la importancia de que la asignatura que cada uno dicta se convierta en un foro que ilumine a los alumnos de la experiencia vivida por el maestro y los guíe por la senda de un correcto ejercicio preprofesional.

Pero, ello no sería óptimo si es que en todos los cursos que se enseña no se tiene en cuenta el aspecto ético, pilar fundamental para un adecuado ejercicio de la profesión. Por ello es que siempre creí que los aspectos éticos en la formación profesional no deben limitarse al contenido del curso de deontología forense o alguno afín. La ética debe estar presente en todo y esa ética tiene como ingrediente esencial —qué duda cabe— el respeto al ser humano.

Como pueden apreciar, los derechos humanos constituyen un punto de partida, pero también de llegada, en todo cuanto una persona puede realizar. No debería existir actividad humana alguna que no los respete.

De hecho, esta idea la tiene clara nuestro Sumo Pontífice, el Papa Francisco, quien en su Encíclica denominada *Laudato si*, señaló con firmeza que: «Quienes se empeñan en la defensa de la dignidad de las personas, pueden encontrar en la fe cristiana los argumentos más profundos para ese compromiso»; y creo, en verdad, que esos argumentos basados en el respeto a esta idea son sencillamente irrefutables.

Queridos alumnos, no deben olvidar que esta profesión es sacrificada y difícil; que, probablemente, la seguirán ejerciendo hasta el final de sus días. Y tampoco deben olvidar que el ejercicio de la abogacía y su aprendizaje constituyen una responsabilidad para con ustedes, con sus

familias y con la sociedad. El derecho como herramienta, siempre debe estar encaminado a lograr el bien; pero, esta herramienta no tiene vida propia, sino que se va a materializar a través de vuestros actos. De ahí que ustedes ostenten una gran responsabilidad.

Si tuviere que plantear alguna metáfora para explicar el futuro trabajo que ustedes van a tener como abogados, podría tomar las palabras de nuestro Papa quien enseña —con mucha sabiduría— que:

Jesús trabajaba con sus manos, tomando contacto cotidiano con la materia creada por Dios para darle forma con su habilidad de artesano. Llama la atención —dice el Papa Francisco— que la mayor parte de su vida fue consagrada a esa tarea. Así santificó el trabajo y le otorgó un peculiar valor para nuestra maduración.

Así como Jesús, ustedes van a trabajar con las leyes día a día, y es la ley, creación humana, que siempre debe estar inspirada y aplicada respetando al prójimo, con la sólida convicción de que como creyentes debemos tener en el amor a Dios y en el respeto a los derechos de nuestros semejantes.

Muchas gracias.

Palabras de presentación de la obra «Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho», escrito por Dévora Franco García[*]

Como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, tengo el honor de presentar a la comunidad jurídica el libro de la docente Dévora Franco García, titulado «Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho».

Este libro tiene como base la tesina con la que Dévora obtuvo el grado académico de maestra en derecho constitucional en la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María.

Como podrá observar el lector, el presente libro es mucho más que un texto jurídico, pues con él se pretende centrar la discusión de la protección del derecho al trabajo en un punto importante, la estabilidad laboral para aquéllos que tienen una protección reforzada: la mujer en estado de gestación y la persona con discapacidad.

La autora, inspirada por su participación en el proyecto Agora (Aulas de Gestión Ocupacional de América Latina), en el que tuvo la oportunidad de trabajar con personas discapacitadas en diferentes partes del país; y, por la bendición de ser madre, realizó una ardua investigación sobre la estabilidad laboral reforzada. Fruto de ese estudio, es el libro que presento hoy, en el que la autora destaca la necesidad de protección de las madres gestantes y de las personas con discapacidad en el ámbito laboral ante

[*] Pronunciadas la noche del viernes 21 de septiembre de 2018 en el Auditorio del Centro de las Artes de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

todos los casos de violaciones a los derechos laborales de estos grupos vulnerables.

Así, y sin profundizar en los diversos temas que aborda esta publicación, señalaré que el texto se divide en tres capítulos, perfectamente distribuidos y enfocados en aspectos sustanciales de la materia que se estudia.

El Capítulo I contiene un análisis de lo que es el derecho al trabajo, resaltando su doble dimensión, en la que debe priorizarse aquélla subjetiva sobre la objetiva, ya que la objetiva enmarca el conjunto de actividades y técnicas de las que el hombre se sirve para producir, mientras que la subjetiva compromete el actuar del hombre en cuanto ser dinámico, capaz de realizar diversas acciones que corresponden a su vocación personal indesligable a su finalidad, y que encuentra fundamento en su dignidad de ser personal.

Asimismo, Dévora define el contenido esencial del derecho al trabajo, luego de identificar el contenido constitucionalmente protegido del mismo.

Es importante destacar que la definición del contenido esencial del derecho al trabajo resulta imprescindible para un estudio como el realizado, pues es el contenido mínimo e irreductible, indisponible incluso para el legislador cuya afectación supondría vaciarlo de contenido o que pierda su naturaleza e identidad.[1]

Asimismo, la autora contrasta y relaciona el concepto del derecho al trabajo con la libertad de trabajo —entendida como el atributo de elegir la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción

---

[1] *Cfr*. PAZO PINEDA. «Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional». *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 133. Citado en: *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*, p. 23.

espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella—;[2] y, la «libertad de contratar» —entendida como la facultad que tiene toda persona para decidir celebrar o no un contrato y para determinar con quién se celebra un contrato—.

Así pues, Dévora postula que el ejercicio de esta libertad debe ejercerse en armonía con el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo. Para ello, todo contrato de trabajo deberá materializarse irradiado por tres principios: el principio de buena fe, para que las partes se conduzcan con lealtad y respeto; el principio protector, para tratar de equiparar la disparidad que existe entre empleador y trabajador por la relación de subordinación; y, el principio de irrenunciabilidad, por el que los trabajadores tienen la imposibilidad de renunciar por propia decisión a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen, garantizando la eficacia de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de la persona.

En el Capítulo II, partiendo del concepto de derecho al trabajo, la autora identifica el fundamento de los principios de protección reforzada y estabilidad laboral reforzada. Así pues, desarrolla el tema de la protección reforzada en el ámbito laboral, en oposición al despido como forma de extinción del vínculo laboral.[3] Por ello, analiza si la facultad que posee el empleador de despedir libremente a los trabajadores

---

[2] *Cfr*. STC Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 26. Citado en: *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*, p. 26.

[3] El despido puede ser incausado, que es aquél que se produce cuando se despide al trabajador de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique; fraudulento, que consiste en despedir al trabajador con un ánimo perverso auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y al principio de buena fe en las relaciones laborales; y, nulo, que se da por razón de alguna de las causales establecidas en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo nº 003-97-TR, entre los que destaca el despido por motivo de embarazo y el despido por razones de discapacidad.

forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación.

Pero, además, Dévora analiza también la protección adecuada contra el despido,[4] así como los mecanismos de protección constitucional del derecho al trabajo. La autora pone especial énfasis en la protección especial que se debe conceder en favor de las personas que han sido históricamente discriminadas y poseen mayor grado de vulnerabilidad, esto es, a las mujeres en estado de gestación y a las personas con discapacidad.

En ese sentido, resalta que el Estado tiene una obligación de garantía, para implementar acciones compensatorias o positivas, a efectos de equiparar condiciones *per se* desiguales, con la finalidad de minimizar y eliminar posibles violaciones a derechos en torno al ámbito laboral, a través de una política inclusiva.

Luego del análisis de estos conceptos preliminares, Dévora Franco resalta que, a través de la discriminación positiva o discriminación inversa, se podrá proteger a la mujer en estado de gestación y a las personas discapacitadas.

Destaca que es importante la protección especial a la mujer en estado de gestación, a la luz de los diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales que buscan acabar de modo preventivo las situaciones de discriminación a la mujer en el ámbito laboral. Subraya los intentos de la OIT de proteger y eliminar la discriminación en el empleo por razón de maternidad que han sido plasmados en diversos convenios (Convenio n.° 003 sobra la protección de la maternidad, Convenio n.°

[4] El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR, establece en su artículo 34 que, en caso de despido arbitrario, el trabajador tiene derecho al pago por indemnización como única reparación por el daño sufrido; y, en caso de despido nulo, la reposición, salvo que haya optado por la indemnización.

103 sobre la protección de la maternidad, Convenio n.° 111 sobre la discriminación y el Convenio n.° 183 sobre la protección de la maternidad), pues a través de ellos los Estados parte se han obligado a adoptar las medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

De igual modo, la autora detalla las diversas normas que se han promulgado en nuestro ordenamiento jurídico a fin de proteger a la mujer trabajadora; así como el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el mismo sentido, esto es, que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y, en consecuencia, todas aquellas medidas que lo impidan o tiendan a hacerlo más gravoso, resultan inconstitucionales, atentando contra el derecho a formar una familia protegido por el artículo 4 de la Constitución.[5]

En esa línea, Dévora advierte que el estado de gestación de la mujer constituye una situación de especial vulnerabilidad que debe ser protegida por parte del Estado, de modo que las decisiones extintivas de una relación laboral basadas en el embarazo constituirán un acto de discriminación que determina que el despido en tales circunstancias devenga en nulo. Más aún, cuando este tipo de despidos afectan no sólo a la madre, sino también al niño y a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

En cuanto a las personas discapacitadas, resalta que nuestro ordenamiento jurídico las reconoce como sujetos de especial protección debido a su vulnerabilidad y que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, la discapacidad no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones.[6] De modo que, la discapacidad no puede

---

5 STC Expediente n.º 05527-2008-PHC/TC, fundamentos jurídicos 20-22. Citado en *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*, p. 40.

6 *Cfr*. STC Expediente n.º 02480-2008-PA/TC, F.J. 13. Citado en *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*, p. 43.

significar una pérdida de derechos; por el contrario, implica ser titular de una protección reforzada a través de una política inclusiva a la luz del derecho a la dignidad. En este sentido, existen diversos instrumentos normativos tanto a nivel nacional como internacional.[7]

Asimismo, Dévora analiza el principio de estabilidad laboral, el cual comprende la estabilidad laboral de salida, por la que corresponde la protección del Estado frente al despido arbitrario con la proscripción del despido, salvo por causa justa.

En cuanto al Capítulo III, en él la autora analiza la adecuada protección resarcitoria y restitutoria en el ámbito de la protección reforzada, que son —precisamente— mecanismos de protección en el ámbito laboral.

Para tales efectos, examina el precedente vinculante caso Lara Garay, enfocándose en la obligatoriedad del mismo, respecto a que el cobro de la indemnización por despido arbitrario constituye causal de improcedencia del amparo.

---

[7] A nivel nacional: Ley n.º 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad; Reglamento de la Ley n.º 29973 - Decreto Supremo n.º 002-2014-MIMP; Resolución Ministerial n.º 105-2015-TR, que aprueba los lineamientos para la implementación y prestación de servicios de empleo con la perspectiva de discapacidad; Resolución Ministerial n.º 106-2015-TR, que aprueba el Plan de Actuación para la mejora de la empleabilidad e inserción laboral de personas con discapacidad a través de los Centros de Empleo; y, muy recientemente, el Decreto Legislativo n.° 1384, de fecha 3 de septiembre de 2018, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.
A nivel internacional: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); Convenio n.° 111 sobre la Discriminación; y Convenio n.° 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo.

De este modo, logra establecer los fundamentos de hecho y derecho para que los criterios normativos de dicho precedente no sean aplicables en el caso de mujeres gestantes y personas discapacitadas. Por ello, afirma —con razón— que cuando en una relación laboral la parte trabajadora es una persona con discapacidad, la estabilidad laboral resulta imprescindible para proteger su derecho al trabajo y garantizar su continuidad.

Así, pues, gracias a una argumentación jurídica impecable, Dévora pone en evidencia que cuando una relación laboral involucra a una persona objeto de protección reforzada, no puede realizarse un despido si no es por causa justa.

Asimismo, porque no podemos reducir a la persona trabajadora a un instrumento de producción con valor exclusivamente material, pues el trabajo es un derecho fundamental al igual que la dignidad. De modo que el Estado debe garantizar que todas las personas —en especial, aquéllas discriminadas históricamente— puedan alcanzar su máximo desarrollo y puedan vivir en condiciones dignas.

En ese sentido, aun cuando un trabajador haya recibido la indemnización por despido, podría acudir al amparo laboral, en donde los jueces —a través de la técnica del *distinguishing*— deberían inaplicar el precedente vinculante caso Lara Garay que postula, precisamente, la imposibilidad de que el trabajador que fue despedido y recibió indemnización, pueda solicitar reposición laboral.

Considero que éste es el núcleo de la obra, debido a que Dévora Franco introduce la técnica *distinguishing,* por medio de la cual un juez podrá declarar que no aplicará un precedente vinculante al momento de resolver un caso, debido a que no concurren los mismos presupuestos de hecho que justificarían la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar.[8]

---

[8] *Cfr*. Monroy Gálvez, Juan. «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*». *Revista Hechos de la Justicia*. Lima, 2005, p. 132. Citado en:

De este modo, la autora a través de la aplicación de la técnica *distinguishing*, concluye en que no es posible aplicar a mujeres en estado de gestación, ni a personas con discapacidad, el criterio contenido en el precedente del caso Lara Garay, que declara la improcedencia *in limine* de la reposición laboral cuando se haya recibido indemnización.

Ello, dado que estaremos frente a una estabilidad laboral reforzada, en la que no puede dejarse de lado la vocación tuitiva del Estado hacia la parte más débil de la relación laboral, en favor del principio *pro debilis*, que junto a los principios *pro homine* y centralidad del ser humano, ordena que deba optarse por aquella norma *iusfundamental* que garantice —de la manera más efectiva y extensa posible— los derechos fundamentales. Asimismo, por el principio de protección reforzada, en virtud del cual una persona no puede ser considerada como un mero instrumento de producción con valor exclusivamente material, desnaturalizando el derecho al trabajo. Y, por último, por la política inclusiva que debe profesar el Estado para las personas en estado de vulnerabilidad.

Por lo anterior, de modo alguno podría considerarse que la aplicación de la técnica *distinguishing*, supondría una transgresión al derecho a la libertad de contratar del empleador, ya que en realidad importa una limitación razonable al ejercicio de este derecho, con el objeto de limitar su poder económico e impedir convertir a la persona en instrumento lucrativo, al estar por encima de cualquier factor de producción económico.[9]

De otro lado, el libro contiene un apartado de Conclusiones, que me parece muy importante, pues en él se logra sintetizar el provecho que conlleva la investigación realizada. Y que, entre otras cosas, permite concluir que el trabajo —como proceso productivo— debe tener como fundamento la dignidad del trabajador, más aún cuando el derecho al

Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho, p. 73.

9 *Cfr*. STC Expediente n.º 00020-2012-AI/TC, fundamento jurídico 79. Citado en *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*, p. 77.

trabajo es considerado en nuestra Constitución como un derecho fundamental.

Sin duda alguna, la obra de Dévora Franco García constituye el aporte analítico especializado que este tema exige en la actualidad y que ella logra conseguir gracias a la investigación realizada, en la que su visión humanista tiene gran importancia. Más aún, cuando —como la propia autora advierte— este tema resulta plenamente vigente por las violaciones contra los derechos laborales de la madre trabajadora en estado de gestación que se han dado, a cuyo efecto cita como ejemplos: el caso Leyda Mirella Rojas Injante (STC Expediente n.º 0666-2004-AA/TC; el caso Rosa Bethzabé (STC Expediente n.º 05652-2007-PA/TC); el caso Jakeline Rojas (STC Expediente n.º 04844-2008-PA/TC); el caso Victoria García (STC Expediente n.º 03534-2011-PA/TC); y, el caso Maybelline Mera (STX Expediente n.º 02148-2010-PA/TC; entre otros, en los que el Tribunal Constitucional ordenó la reposición laboral, al tratarse de despidos nulos, en base a los principios de protección reforzada y estabilidad laboral reforzada.

Asimismo, en el supuesto de personas con discapacidad, como dan cuenta los casos que la autora cita; a saber: Juan Luis Juliachs Berríos (STC Expediente n.º 217-2004-AA/TC); Mauro Serrano García (STC Expediente n.º 10422-2006-PA/TC); Miguel Ángel Palomino (STC Expediente n.º 5218-2007-PA/TC); Miguel Armando Cadillo Palomino (STC Expediente n.º 2317-2010-AA/TC), entre otros; en los cuales el Tribunal Constitucional ha acreditado la vulneración al derecho al trabajo en razón a la discriminación.

Y es que, en el caso de las mujeres en estado de gestación, muchas empresas prefieren no contratarlas, pues las ven como un problema ante el otorgamiento de permisos, el subsidio de maternidad, la búsqueda de un reemplazo, el trámite del subsidio ante EsSalud y el permiso por lactancia materna. Y, en el caso de personas con discapacidad, se evita su contratación debido al costo que generaría adecuar las instalaciones

y el puesto de trabajo, la baja productividad y rendimiento que creen podrían tener.

Ante estas consideraciones, la importancia de la obra de Dévora Franco es incuestionable.

Para finalizar, quiero referirme a la labor que Dévora cumple no sólo como investigadora (y que se puede comprobar con la lectura de esta magnífica obra), ya que, además de ser docente de nuestra casa de estudios, ella es directora del grupo de investigación Francisco de Vitoria y del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Asimismo, debo destacar que es una profesora muy comprometida con los alumnos, pues dedica parte de su tiempo a entrenarlos para competencias nacionales e internacionales en derechos humanos, como el prestigioso Concurso Regional de Derechos Humanos Yachay 2017, donde el equipo que entrenó obtuvo el primer lugar.

Debo destacar que, en un mundo donde suele primar lo patrimonial, estamos frente a una docente que no pierde de vista el ámbito humano que es, precisamente, la base de todo el derecho. Esta obra, sin lugar a dudas, constituye un material de consulta muy importante para quienes deseen profundizar sus conocimientos en este tema, tan vigente y necesario.

Por último, debo resaltar la satisfacción que me causa que un libro como el que se presenta esta noche, integre el Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo, pues la publicación de «Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho», representa el esfuerzo institucional de nuestra universidad por propiciar la publicación de libros en que se aborden temas de trascendencia no sólo para la comunidad jurídica, sino para el país en su conjunto.

Muchas gracias.

Palabras de presentación de la obra «Bases romanistas del derecho contemporáneo», escrita por el profesor Álvaro Meneses Díaz[1]

Señor doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, prorrector para el Desarrollo Institucional,
Señor doctor Héctor Cruz Mercado, secretario general,
Señor doctor Daniel Ugarte Mostajo, director del Departamento de Derecho y Ciencia Política,
Señor doctor Rafael Santamaría D'Angelo, director de la Escuela Profesional de Derecho,
Distinguidas autoridades universitarias,
Señores profesores,
Estimados amigos,

Tengo el honor de presentar el libro del profesor Álvaro Meneses Díaz, el mismo que, sin duda alguna, llena un espacio que por muchos años ha permanecido vacío en la literatura jurídica de nuestro país, debido a la temática que aborda.

En efecto, su obra titulada «Bases romanistas del derecho contemporáneo», desarrolla con pulcritud uno de los temas más clásicos del derecho, pero lo hace con una perspectiva contemporánea.

Como todos sabemos, el Perú pertenece a un sistema que tiene como uno de sus pilares la herencia del derecho romano. Es impensable entender nuestro derecho sin antes conocer cuál ha sido ese legado que

[1] Pronunciadas en el Centro de las Artes de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, la tarde del viernes 19 de octubre de 2018.

Roma nos dejó. De ahí que éste sea estudiado en muchas Facultades del Derecho de nuestro país.

Sin embargo, y con motivo de la presentación de este libro, permítaseme poner énfasis en un tema que me parece peligroso y es algo contra lo que el profesor Meneses lucha de manera frontal: me refiero a que el dictado del derecho romano en el Perú se está relativizando y algunas facultades de derecho están dejando de programarlo como curso obligatorio para ponerlo en un estatus que no le corresponde: el de electivo.

Y esto es preocupante, porque resulta imposible entender muchas instituciones que hoy forman parte de nuestro derecho, sin que se estudie su origen y su desarrollo a lo largo del tiempo. Ese estudio se hace, principalmente, en los cursos de derecho romano que se imparten en las aulas.

El libro que presento esta noche es una poderosa arma de defensa del estudio de esta materia.

El trabajo se divide en dos partes.

La primera aborda la historia y el surgimiento del derecho romano, que se extiende desde la fundación de Roma (en el siglo VIII A.C.) hasta la extinción de dicho imperio (en el año 565 D.C.).

Así, resulta importante la división que realiza el autor, a efectos de analizar las etapas por las que discurrió; a saber, la Edad Monárquica, la Edad Republicana y la Edad Imperial.

Es a lo largo de estos períodos donde se aprecia la evolución del derecho romano y la producción de una serie de cuerpos legales, los mismos que fueron objeto de cambios e interpretaciones por parte de los juristas, dando origen a la jurisprudencia que en aquella época ya se erigía como fuente principal del derecho.

Así, en el libro se aprecian referencias de una serie de notables jurisconsultos, entre los que destacan Ulpiano, Gayo, Paulo, Capitón, Papiniano, Celso, entre otros, quienes —incluso— dieron lugar a la creación de escuelas jurídicas y verdaderas corrientes de pensamiento que se mantienen vigentes hasta el día de hoy como referencia obligatoria de consulta.

Por otro lado, en la primera parte de este libro también se estudia el régimen que tenían las familias en el derecho romano y se hace un acucioso análisis de las instituciones tutelares.

Sólo por citar un caso, se señala que la característica principal de la familia romana fue la patria potestad (poder paternal) que ejercía el *pater familias* sobre sus hijos legítimos y sobre sus más lejanos descendientes por línea masculina, cualquiera que fuera la edad, y sobre todos aquéllos que entraban a la familia por la vía de la adopción (práctica ésta, muy común en Roma).

Es interesante hacer un estudio comparativo de la manera en que en el derecho romano se entendía a la familia y la forma cómo hoy se entiende a dicha institución. En ese sentido, creo que —en muchos aspectos— en vez de evolucionar, estamos en un claro proceso involutivo que me apena mucho. Pero, este análisis sólo se puede hacer entendiendo el derecho romano y el libro del profesor Meneses es una clara herramienta que ayuda en esa labor.

Asimismo, el autor explica el hecho de que cuando moría el padre de un infante, éste era formalmente considerado *sui iuris*, *pater familiae*, y luego sujeto de derecho; por tanto, podía tener propiedades, créditos, etc., pero en la práctica era incapaz de entender y querer, razón por la cual se le asignaba un tutor que administrara su patrimonio y cuidara sus intereses.

De otra parte, el profesor Meneses hace un interesante y completo análisis del derecho sucesorio en Roma.

Cabe recordar que el patrimonio de un difunto, considerado como un todo jurídico, como una universalidad, es la herencia que se compone de todos los derechos, activos y pasivos que pertenecían al difunto, con excepción de los puramente personales que se extinguen con su muerte. De esta manera, el derecho que tiene uno a los bienes del difunto, se llama derecho de sucesión, y aquél a quien pertenece ese derecho es el heredero, el cual, cuando entra a ocupar el lugar del difunto y adquiere sus derechos, se dice que: *succedit in universum ius defucnti.*

Resulta fundamental conocer estos aspectos, y todos los que se desarrollan en el libro, pues ellos constituyen la fuente directa de lo que hoy conocemos y se encuentra regulado en nuestro Código Civil. Recuérdese, nada más, el contenido del artículo 660,[2] que regula la apertura de la sucesión.

Por otra parte, el Digesto dice: «Si el derecho a suceder se vende en vida, o se vende donde no vale, la venta es nula porque no se puede vender lo que no existe». Éste es el germen de la prohibición de los pactos sucesorios, siempre vigente en el Perú (artículo 1405[3] del Código Civil de 1984) y en la gran mayoría de países de la tradición jurídica romano-germánica.

Ahora bien, este trabajo tiene una segunda parte en la que se analizan otros aspectos sustantivos del derecho romano, como el régimen de las cosas.

En el sentido más genérico, dicho término designa a toda entidad objetiva que nuestra mente aísla en el universo, pero asume significados distintos, más limitados y técnicos, en relación a diferentes puntos de vista.

---

[2] Artículo 660.- «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores».

[3] Artículo 1405.- «Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora».

De igual modo, se estudian los derechos reales de garantía, que son constituidos a favor de un acreedor para reforzar la obligación y garantizarle la satisfacción de la misma. Se analizan el *pignus*, la *hypotheca*, y la *anticresis*, pero hace bien el autor en señalar que en Roma no fueron los únicos medios ni los más antiguos para afianzar el cumplimiento de las obligaciones, ya que ellos fueron precedidos por la fiducia.

En este punto permítaseme criticar el error en el que se incurrió hace algunos años en nuestro país, al derogar la prenda y reemplazarla por la garantía mobiliaria. Sin duda, el legislador se equivocó al eliminar de nuestro sistema una institución jurídica tan importante, que tiene data desde el antiguo derecho romano, y el libro del profesor Meneses da prueba de ello. Creo que perfectamente se hubiese podido reformar de manera integral el tratamiento de la prenda, sin derogarla, a la par que unificando los múltiples regímenes que existían.

Por otro lado, al estudiar las obligaciones, el profesor Meneses recuerda que los romanos llamaron *obligatio* al vínculo de derecho que une a dos personas determinadas, independientes entre sí, en virtud del cual una, el acreedor, tiene derecho de exigir que la otra, el deudor, haga o preste alguna cosa que llamaban: *dare* (trasmitir el dominio sobre algo), *facere* (hacer alguna cosa con efecto inmediato) y *prestare* (hacer algo sin que tenga consecuencias inmediatas). En este sentido, obligación significa no solamente el empeño del deudor, sino también el derecho del acreedor.

Nótese cómo esa división subsiste hasta nuestros días y cómo es que el derecho romano tuvo la visión de diseñar instituciones que hoy mantienen plena vigencia.

Por último, se hace una importante referencia al desarrollo y evolución de la figura del acto jurídico y del contrato. A estos efectos, resulta importante tener en cuenta que los romanos distinguieron entre convenio y contrato, dependiendo de si se creaban o no obligaciones exigibles. El *conventio* podía definirse como un simple acuerdo de volunta-

des que, sin ser un contrato, produce consecuencias jurídicas en orden al nacimiento, modificación o extinción de obligaciones, aunque no siempre alcancen su finalidad. Contrato era todo acuerdo de voluntades dirigido a crear una obligación y está protegido por la ley. En el derecho romano, no todo acuerdo de voluntades era considerado un contrato, sino solamente aquellos convenios a los cuales se atribuía objetivamente el efecto de engendrar obligaciones exigibles. Por esta razón, el derecho actual brinda un concepto de contrato, mientras el derecho romano ofrecía una lista de contratos.

Como se aprecia, el libro del profesor Meneses contiene un valioso análisis de todas las instituciones jurídicas romanas y, sin duda alguna, resulta de imprescindible lectura para todo aquél que quiera entender cómo se forjó el derecho peruano en sus raíces históricas más lejanas.

En ese sentido, obras como la del profesor Meneses le hacen mucho bien a la doctrina nacional y también a quienes se inician en el estudio del derecho. Siempre he creído que quien dice saber derecho, debe conocer muy bien el derecho civil, pero para conocer esta columna vertebral del derecho, resulta imprescindible estudiar derecho romano.

El derecho romano es el punto de partida, pero en muchos casos también es el punto de llegada de muchas instituciones del derecho. Y este libro nos permite entender todo esto con mucha claridad, por la ágil pluma de su autor y por las importantes referencias que contiene.

En ese sentido, felicito al profesor Álvaro Meneses Díaz y espero nos ofrezca nuevas investigaciones, pues se trata de un autor que necesitamos leer mucho más.

Estoy seguro de que el lector va a disfrutar cada página de este libro, tanto como yo lo he hecho.

Muchas gracias.

Entre el derecho civil y el arbitraje
se terminó de imprimir en el mes de
diciembre del 2018, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita,
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú