Entre el Derecho Civil y el Arbitraje
(Quinta Parte)

Volumen 81 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje (Quinta Parte)

Mario Castillo Freyre

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Estudio Mario Castillo Freyre

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje
(Quinta Parte)

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

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

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

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

Primera edición, diciembre 2020
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-08375

ISBN: 978-612-4400-28-5
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

	Página
Palabras liminares	9
Primera Parte Derecho Civil	
Mora y resolución contractual	15
La *Promoción Centenario* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú	35
La legítima y la porción disponible	49
La línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles	57
El artículo 1358 del Código Civil	63
La resolución contractual y sus efectos	75
Segunda Parte Arbitraje	
Palabras de presentación de la obra *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y ma-*	

rítimo en el Perú, escrita por el doctor José Antonio Pejovés Macedo 93

Palabras de presentación del volumen 59 de la Biblioteca de Arbitraje «Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana», escrito por Lizeth Rodriguez Portal 105

La recusación basada en temas académicos 109

Los derechos procesales del tercero del artículo 14 de la Ley de Arbitraje (Trabajo para el libro en homenaje al doctor Hernando Montoya Alberti) 117

Palabras liminares

En esta oportunidad, presentamos un nuevo volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, la Quinta Parte de la sub colección titulada *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*.

Este número compila los trabajos y ponencias elaborados desde fines del 2018 sobre estas dos materias.

En la primera sección, relativa a Derecho Civil, reunimos seis trabajos.

En el primero de ellos abordamos el tema de la mora y la resolución contractual, materias que usualmente se ven entrelazadas, pero intentamos demostrar que no existe necesaria vinculación entre ellas.

El segundo trabajo es el discurso que pronunciamos con ocasión del acto de egreso de la *Promoción Centenario* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la que nos honró al designarnos uno de sus dos padrinos.

El tercer ensayo contiene unas breves palabras acerca de la legítima y la porción disponible, materia de inacabable interés y polémica.

En el cuarto trabajo abordamos un tema teórico de extremo interés en el Derecho de Obligaciones, cual es el de la línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles, en donde existen varios aspectos de conflicto y debate.

En el quinto trabajo analizamos la nueva redacción del artículo 1358 del Código Civil, a partir de la Reforma del 2018, relativa a los derechos de las personas con discapacidad. Un desastre de norma, pero felizmente superable por criterios interpretativos.

El sexto y último trabajo de esta sección es el relativo a la resolución contractual y sus efectos, materia de cotidiano interés teórico y práctico.

La segunda sección de la obra aborda materias relativas al arbitraje.

Así, la primera de ellas está constituida por las palabras que pronunciamos en la presentación de la obra del profesor José Antonio Pejovés Macedo, sobre el Tribunal del Consulado de Lima, establecimiento precursor de las Cámaras de Comercio y del arbitraje en el Perú.

El segundo trabajo, son las palabras de presentación del volumen 59 de la *Biblioteca de Arbitraje*, obra que lleva por título «Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana», escrita por la abogada Lizeth Rodriguez Portal.

En el tercer trabajo estudiamos la poco analizada recusación basada en temas de orden académico.

En tanto en el cuarto trabajo abordamos, junto a Verónica Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita, el importante e inexplorado tema de los derechos procesales del tercero del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Esperamos que esta obra sea de utilidad para nuestros queridos lectores.

Lima, septiembre del 2020

Mario Castillo Freyre[*]

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

Primera Parte
Derecho Civil

Mora y resolución contractual

Buenas noches,
Señores profesores,
Estimados colegas,
Queridos alumnos,

1. Introducción

Cuando hace algunas semanas se me convocó para participar en este congreso, en realidad, no tenía claro el tema de mi disertación, razón por la cual, señalé el título de «Algunas consideraciones generales acerca de la mora»; ello, habida cuenta de que no cabe duda de que existen múltiples materias de orden práctico, sobre las que resulta necesario investigar y profundizar, que involucran diversos aspectos del fenómeno moratorio.

Ya dentro de la necesidad de precisar el tema de mi exposición, en días pasados, decidí abordar uno de los aspectos que, a mi juicio, resulta más relevante sobre el particular.

Se trata de la relación existente entre la mora y la resolución de los contratos.

En principio, las dos figuras se hallan legisladas en nuestro ordenamiento jurídico de modo separado.

Por un lado, tenemos que la mora es tratada dentro del segundo capítulo del título relativo a la inejecución de obligaciones del libro de Las Obligaciones (artículos 1333 a 1340); en tanto, la resolución de los contratos es abordada en los artículos 1371 y 1372 (comprendidos dentro del Título I, Disposiciones generales de la Sección primera, Contratos en general, del Libro VII, Fuentes de las obligaciones; además de los numerales 1428, 1429 y 1430, estos tres últimos ubicados dentro del Título VI, de los Contratos con prestaciones recíprocas.

Para empezar, debemos hacer la precisión de que las normas que establecen los diversos caminos para resolver los contratos (1428, 1429 y 1430) no señalan algo en especial con respecto a la mora, de modo tal que el objetivo de esta disertación, será analizar de qué manera la mora puede constituir o no requisito indispensable para resolver un contrato.

2. Los caminos existentes ante el incumplimiento contractual

Tradicionalmente, es conocido en derecho que cuando nos hallamos frente al incumplimiento obligacional en un contrato con prestaciones recíprocas, la parte fiel puede recurrir a dos vías: exigir el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato.

Dentro de tal orden de ideas, no cabe duda de que, si la parte fiel mantuviese el interés en la ejecución del contrato, pues requerirá su cumplimiento a la parte infiel, a efectos de ver satisfecho su crédito y los intereses económicos correspondientes.

Es más, en la inmensa mayoría de los casos, ante un incumplimiento, lo primero que hará el acreedor de la obligación, será exigir al deudor que cumpla, y si partimos de la regla general del derecho civil peruano, de la no presunción de existencia de mora automática, entonces, estaremos frente al caso en el cual, el primer requerimiento de pago será un requerimiento constitutivo de mora, de manera tal que, todos los requerimientos de pago posteriores o sucesivos que pueda realizar ese acreedor al deudor incumpliente, ya no serán constitutivos de mora, en la medida de que sólo el primer requerimiento constituye en mora, y el deudor incumpliente se hallará en estado moratorio hasta que purgue la mora, lo que, más allá de poderse dar a través de otras circunstancias, fundamentalmente se producirá por el eventual cumplimiento de la prestación debida.

Claro está que la parte fiel del contrato no necesariamente mantendrá para siempre ese interés en el cumplimiento de la prestación debida, pues podrá llegar el momento en el cual deje de tener tal interés; y, por lo tanto, se presentará la ausencia de uno de los requisitos de existencia de la mora.

Esa falta de interés sobreviniente, para tener relevancia jurídica, es claro que tendrá que ser comunicada por el acreedor al deudor, ya sea para, simplemente, dejar sentada tal situación,

o por haber activado el mecanismo resolutorio del contrato en cualquiera de las formas previstas por la ley.

En base a lo expuesto, también podríamos imaginar la situación en la cual el acreedor no haya constituido en mora al deudor, dada la inexistencia de un supuesto de mora automática, además de la no intimación o requerimiento.

Es esta última situación la que nos interesa abordar en detalle, pues podría ocurrir que, a pesar de la inexistencia de mora del deudor, el transcurso del tiempo sin que se ejecute la obligación, haya conducido a que el acreedor pierda interés en su cumplimiento y decida recurrir a la resolución contractual.

En otras palabras, volvemos a la pregunta central de esta breve disertación, que gira en torno a si resulta posible resolver un contrato, sin que el deudor haya sido constituido previamente en mora por el acreedor.

3. La mora y los diversos caminos para resolver un contrato

Como sabemos, el Código Civil peruano establece tres caminos distintos para poder resolver un contrato.

Se ha expresado en reiteradas ocasiones, que estos tres caminos son absolutamente formalistas, y tanto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, como los tribunales arbitrales, coinciden en señalar que los mecanismos resolutorios son, prácticamente, plantillas de orden público, cuyos esquemas no

pueden ser modificados, en lo esencial, por la parte que desea resolver un contrato.

Seguidamente, relacionaremos cada uno de estos supuestos con la constitución en mora.

3.1. Resolución judicial o arbitral por incumplimiento

El artículo 1428 regula el mecanismo más tradicional y, tal vez, el menos recurrido en nuestros tiempos.

Estamos refiriéndonos a la resolución judicial por incumplimiento, la misma que, en base a lo establecido por la Disposición Complementaria Cuarta[1] de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071, extiende sus efectos al campo arbitral.

El referido artículo 1428, señala lo siguiente:

> Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

---

[1] Cuarta. **Juez y tribunal arbitral**.
A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

Como se puede apreciar claramente, la norma citada hace referencia a que cuando una parte falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, expresión que nos vuelve a aquella temática a que hicimos referencia hace unos momentos, en el sentido de que la parte fiel tiene, en teoría, esos dos caminos alternativos, vale decir, solicitar el cumplimiento o resolver el contrato.

Nos queda muy claro que el camino de solicitar el cumplimiento, hará que el deudor quede constituido en mora; pero lo que no queda claro es qué se necesita para recurrir al camino resolutorio.

¿La parte fiel puede solicitar la resolución del contrato sin antes haber requerido el cumplimiento de la prestación?

El artículo 1428 parecería sugerir que sí, pero nos encontramos frente a un importante obstáculo de orden teórico; y es que si no hay pacto de mora automática y el deudor no ha sido constituido en mora por el acreedor, entonces, no podrá decirse que nos encontramos frente a una situación de incumplimiento contractual que resulte jurídicamente relevante para el derecho, es decir que tenga consecuencias jurídicas.

Como sabemos, cuando el acreedor no reclama al deudor el cumplimiento de la prestación, es decir, cuando no lo constituye en mora, tal situación de pasividad implica lo que se conoce en derecho civil como una "prórroga tácita del plazo", lo que supone que no nos encontraremos en presencia de un deudor moroso; y si se le ha prorrogado el plazo, tampoco nos encontraremos frente a un deudor incumpliente, razón por la cual,

en principio, sería posible pensar que no se podría demandar ante los tribunales la resolución contractual por incumplimiento, dado que el acreedor nunca dio al deudor la oportunidad de cumplir, luego de haberlo requerido para tales efectos, situación que no se presentó.

En otras palabras, no se podría intentar judicialmente la resolución de un contrato cuando el deudor no ha sido constituido en mora.

Pero, esta tesis puede ser discutida, en la medida de que la parte fiel del contrato alegue que, si bien no ha reclamado el cumplimiento de la prestación (constituyendo en mora al deudor), ello no obsta a que en el transcurso del tiempo, puedan haber desaparecido alguno o algunos de los elementos indispensables para que exista mora, dentro de ellos, claro está, el interés que debe mantener el acreedor en el cumplimiento de la prestación que el deudor no ejecuta.

En ese orden de ideas, podría perfectamente ocurrir que el acreedor (o parte fiel del contrato), pierda interés en el cumplimiento de la prestación, de modo tal que no podría forzársele a constituir en mora al deudor, precisamente, cuando ya carece de ese interés.

De este modo, aquí podría operar perfectamente la alternativa prevista por el artículo 1428 del Código peruano, en el sentido de que el acreedor puede optar por demandar ante los tribunales para que declaren la resolución del contrato, sin haber constituido en mora al deudor.

Es importante subrayar, finalmente, que la última parte del artículo 1428 señala que, «a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación».

Esto deja en evidencia que, independientemente de si en algún momento previo el acreedor constituyó en mora al deudor, con la demanda de resolución, el acreedor está dejando claramente establecido que ya carece de interés en el cumplimiento de dicha prestación, razón por la cual, desde que se notifica la demanda, el deudor queda impedido de cumplir su prestación.

No debemos olvidar que el Código Civil de 1984 es anterior a las primeras Leyes de Conciliación y a las Leyes de Arbitraje. En ese sentido, dado que la resolución del contrato constituye materia conciliable, es necesario decir que entendemos que esta imposibilidad de cumplir, debería entenderse aplicable desde el momento en que el deudor sea notificado con la solicitud para conciliar.

Ni la ley ni el reglamento de conciliación vigentes tratan sobre el particular.

En ese sentido, si hiciéramos una interpretación estricta del texto de la norma del segundo párrafo del artículo 1428 del Código Civil, independientemente del inicio del procedimiento conciliatorio, se debería entender que el deudor sí podría cumplir con la prestación hasta ser notificado con la demanda judicial, ya que el texto del artículo así lo dice expresamente. Esta interpretación, además, se sostendría en el hecho de que la con-

ciliación abre un espacio para que se pueda arribar a un acuerdo y, así, solucionar el problema.

Pero nosotros no compartimos este punto de vista, pues creemos que se podría interpretar la vieja expresión: «citación con la demanda», como el hacer uso del derecho de acción, el cual se materializaría en un primer momento, con la invitación a conciliar; y, por tanto, el deudor ya se encontraría impedido de cumplir después de ello.

Además, no debemos olvidar que la citación a conciliar no versa sobre un reclamo de cumplimiento obligacional, pues la parte fiel del contrato sólo desea resolverlo.

La interpretación sobre la que hacemos fe, va de la mano, pues, con el hecho fundamental de que en caso se solicite la resolución del contrato, el acreedor habría perdido interés en la ejecución de la prestación, razón por la cual, no tendría sentido que el deudor todavía se encuentre en posibilidad de ejecutar la prestación que ha venido incumpliendo.

La doctrina nacional coincide, siguiendo las enseñanzas de los maestros De la Puente y Osterling, en que si se demanda la resolución del contrato en virtud del artículo 1428, es porque se ha perdido el interés en que el deudor cumpla con la prestación, y que, por consiguiente, no tendría sentido que, una vez notificada la demanda, el deudor incumpliente, aún pretenda cumplirla.

Creemos que la misma lógica debería aplicarse al caso de la conciliación, pues esto se vincula de modo directo con el

concepto de pérdida de interés en la ejecución de la prestación debida, y con el concepto procesal de interés para obrar, pues si yo acudo a una conciliación basándome en una norma como el artículo 1428 (por la que busco resolver el contrato en la vía judicial, y no tengo interés en la ejecución de la prestación), es porque tengo interés procesal en acceder al sistema de justicia, por lo que resultaría absurdo que, en el lapso que media entre la notificación de la solicitud de conciliación y la notificación de la demanda, se bloquee el ejercicio de un derecho en sede judicial.

Lo propio podríamos decir de aquellos casos en que se hubiere pactado convenio arbitral, y que los alcances del convenio comprendieren la resolución arbitral del contrato por incumplimiento.

En estos supuestos, la notificación de la solicitud de arbitraje tiene los mismos efectos que la notificación de la solicitud para conciliar, es decir, que, a partir de ese instante, el deudor (futura parte demandada), quedará impedido de cumplir su prestación.

Ello está regulado de manera expresa en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071), cuando señala que "Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entendería referida (sic) en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

En el arbitraje, al igual que en el proceso civil, sería ilógico que se permitiera al deudor pagar entre la fecha en que se le

notifique la solicitud de arbitraje, y la fecha en la que se le notifique la demanda arbitral; y, así, de este modo, permitirle frustrar el interés procesal del acreedor (parte fiel) de poner término a los efectos de la relación contractual.

No obstante todo lo expresado, debemos advertir que en materia de procesos de la jurisdicción ordinaria, el deudor tendría un argumento de defensa a favor suyo, y es que se podría decir que nuestra interpretación transgrede el principio en virtud del cual las normas que restringen derechos, no pueden interpretarse por analogía, y que la interpretación con respecto a la Ley de Conciliación, estaría recurriendo a una analogía para sostener la prohibición de pagar, luego de la citación con la demanda de resolución, contenida en el último párrafo del artículo 1428 del Código Civil.

Sin embargo, no creemos que la nuestra sea una interpretación analógica, sino una interpretación sistemática del ordenamiento legal, la misma que sí permitiría razonar en ese sentido.

No obstante, admitimos que el tema es debatible.

Así las cosas, y ante la ausencia de convenio arbitral y de pacto de mora automática (artículo 1333, inciso 1) o ante la ausencia de aplicación de alguno de los otros supuestos de mora automática, contemplados en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil, recomendaríamos que el acreedor de una obligación impaga, reclame al deudor su cumplimiento, apenas se produzca la falta de pago, para que si después decide solicitar la resolución judicial del contrato, su contraparte no

pueda discutir algún defecto formal en el planteamiento del mecanismo resolutorio.

Entendemos, por lo demás, que de haberse producido alguno de los supuestos de mora automática, ya no tendríamos de qué preocuparnos en lo que respecta a la activación del mecanismo judicial para la resolución del contrato.

3.2. Mora y resolución extrajudicial

La resolución extrajudicial de los contratos se halla regulada en el artículo 1429 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

No cabe duda de que el mecanismo resolutorio extrajudicial, contenido en el artículo que acabamos de citar, constituye la forma más usual de resolución que se emplea en nuestros días, dado el hecho de que la misma no requiere la intervención de los tribunales de justicia.

Este supuesto parte del hecho de que el deudor se encuentre incumpliendo la obligación.

Entendemos que la situación de incumplimiento a que alude el artículo 1429, puede ser un incumplimiento en sentido amplio o un incumplimiento en estricto sentido moratorio; vale decir, que el deudor ya hubiese sido constituido en mora por su acreedor.

Decimos esto, en razón de que será prácticamente imposible, que ante el retraso en el cumplimiento de la obligación, la primera medida que tome el acreedor, sea la de enviarle una carta notarial requiriéndole su cumplimiento.

En ese sentido, y generalizando el tema, podemos decir que la carta notarial será un mecanismo muy extraño para constituir en mora a un deudor, ya que las cartas notariales representan, por lo general, el penúltimo recurso al que recurre la parte fiel en un contrato, para exigir el cumplimiento del deudor.

Cuando una relación contractual se encuentra en buenos términos y se produce el retraso en el pago por parte del deudor, seguramente lo primero que hará el acreedor será requerir dicho pago a través de mecanismos cordiales, como podría ser una llamada telefónica, el envío de un *Whatsapp*, de un correo electrónico o una visita personal.

Es ante el fracaso de estos mecanismos cordiales, y seguramente, de su reiteración, que el acreedor impago recurrirá a otros mecanismos más formales, como podría ser el envío de una carta simple, o el envío de una carta notarial.

La experiencia enseña que la o las cartas notariales representan el paso previo de la solicitud de conciliación y de la demanda judicial, o de la solicitud de arbitraje, de ser el caso.

Es así que cuando el artículo 1429 trata acerca de la resolución extrajudicial y hace referencia al envío de una carta notarial, es muy claro en precisar que, a través de esa carta notarial, se tiene que otorgar al deudor incumpliente, un plazo no menor de quince días, a efectos de que pueda cumplir con la obligación impaga.

La jurisprudencia nacional es unánime en señalar que este plazo mínimo de quince días, constituye requisito formal ineludible para poder resolver el contrato de manera extrajudicial. En otras palabras, se podría conceder al deudor un mayor plazo, pero nunca uno menor.

Sea que dicha carta notarial hubiese constituido en mora al deudor, o que dicha carta notarial hubiese sido un reiterado requerimiento a ese deudor, ante la existencia de comunicaciones anteriores que implicasen requerimiento de pago, lo claro es que el mecanismo resolutorio contemplado por el artículo 1429, parte necesariamente de la idea de que el deudor debería encontrarse en estado moratorio.

Nótese cómo el legislador de 1984 ha regulado este mecanismo de resolución de los contratos, previendo una resolución que dé espacio para que el deudor cumpla con la prestación debida.

En otras palabras, sin mora del deudor no se activará el mecanismo del artículo 1429 y no habrá resolución contractual posible.

Es, tal vez, el principio de conservación del contrato, aquél que ha inspirado la regulación de una norma como aquélla sobre la que venimos tratando.

3.3. La mora y la cláusula resolutoria expresa

La cláusula resolutoria expresa es el tercer mecanismo resolutorio contemplado por el Código Civil peruano, y ella se encuentra regulada en el artículo 1430, precepto que establece que:

> Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

La cláusula resolutoria expresa constituye el mecanismo más directo y expeditivo de resolución contractual, pues no parte por reclamarla ante los tribunales de justicia, ni tampoco por otorgar un plazo al deudor para que proceda al cumplimiento de la prestación debida, sino por el envío de una carta notarial resolviendo el contrato, en base a alguna estipulación contractual que contemple casos específicos de incumplimiento.

La doctrina y jurisprudencia peruanas han sido siempre muy cautas con la interpretación del artículo 1430, en el senti-

do de considerar que para que una cláusula contractual sea una cláusula resolutoria expresa, debe contemplar con precisión las obligaciones cuyo incumplimiento podría dar lugar al empleo del mecanismo resolutorio previsto en el citado numeral; no aceptándose la colocación de generalidades o la simple remisión a otras cláusulas del contrato, de cuyo eventual incumplimiento se trate.

Si bien es cierto que esto último no constituye objeto de la presente exposición, lo cierto es que este mecanismo debe ser apreciado con suma pulcritud conceptual y, para activarlo, el propio artículo 1430 establece como supuesto de hecho para su aplicación, el que una parte no cumpla con una determinada prestación a su cargo.

Dentro de tal orden de ideas, una vez más, nos encontramos ante la necesaria presencia del incumplimiento en la ejecución obligacional de una de las partes; lo que nos trae de nuevo a la discusión a que hicimos referencia con ocasión del análisis del artículo 1428, en el sentido de si resulta necesario que el deudor haya sido constituido previamente en mora, o si ello es irrelevante.

Y el problema se repite, en la medida de que, teóricamente, si la parte fiel activa el mecanismo previsto en el artículo 1430, sin haber constituido previamente en mora al deudor, si bien podríamos hablar de un incumplimiento en sentido lato, no podríamos hablar de un incumplimiento en sentido moratorio.

En otras palabras, nuevamente podríamos encontrarnos ante la eventual alegación de una cláusula resolutoria expresa

mal aplicada, en la medida de que el deudor no habría sido jamás constituido en mora.

Por otra parte, el no constituir al deudor en mora, más allá de llevarnos nuevamente a la prórroga tácita del plazo para el cumplimiento de la obligación, nos situaría frente a un acreedor que habría carecido de interés en exigir el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, a pesar de ello, el artículo 1430 del Código, contempla esa posibilidad de resolución con la activación de la cláusula resolutoria expresa, la misma que podría explicarse por una pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, lo que haría evidente la inutilidad —y hasta contradicción— de haber constituido en mora al deudor.

No obstante, creemos que el problema teórico se sigue manteniendo, en la medida de que el deudor podría accionar judicialmente, para que se declare la ineficacia del mecanismo resolutorio (cláusula resolutoria expresa) aplicado por su acreedor, aduciendo que jamás se encontró en una situación de incumplimiento jurídicamente relevante, es decir, en mora.

Por esta razón, al igual que lo hicimos con ocasión del análisis de la resolución judicial, recomendaríamos al acreedor que desee hacer uso de este mecanismo, el que, previamente, en alguna etapa del incumplimiento del deudor, lo constituya en mora.

4. Repensando los efectos de la mora

En lo que respecta a la mora del deudor, los efectos que tradicionalmente le resultan naturales, son la indemnización por daños y perjuicios moratorios y los intereses moratorios; en tanto que, en lo que respecta a la mora del acreedor, tradicionalmente constituyen efectos de la misma, los daños y perjuicios moratorios y la transferencia del riesgo.

No obstante, queda claro que en cualquiera de los casos analizados anteriormente, constituye uno de los efectos de la mora, tanto del deudor como del acreedor, el facultar a la parte fiel del contrato, a la activación de los mecanismos resolutorios.

La única duda será si la mora constituye requisito indispensable para tales efectos, en la resolución judicial por incumplimiento, y en la cláusula resolutoria expresa, dado que ambos mecanismos resolutorios pueden contemplar en el plano teórico, situaciones en las cuales, eventualmente, la mora no resultaría indispensable; ello, a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo de resolución extrajudicial, contemplado en el artículo 1429 del Código Civil.

5. A modo de conclusión

Con estas palabras sólo hemos querido llamar la atención en lo que respecta a un punto de contacto en particular, entre la resolución por incumplimiento contractual y la mora, pudiéndose apreciar que el mismo ofrece algunos rubros en los cuales la materia se torna debatible.

Muchas gracias.

La *Promoción Centenario* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú [*]

Señor doctor Alfredo Villavicencio Ríos, muy apreciado
Decano de la Facultad de Derecho,

Señora doctora Elena Alvites Alvites
Directora de Estudios,

Señora doctora Gabriela Ramírez Parco
Secretaria Académica,

Señor doctor
Alfredo Bullard González, compañero en el padrinazgo de la promoción,

Estimados profesores y autoridades de la Universidad,
Queridos exalumnos,
Estimados amigos,

---

[*] Palabras pronunciadas en mi condición de padrino de la promoción Centenario de Derecho PUCP en la ceremonia de graduación que tuvo lugar la noche del viernes 27 de septiembre de 2019 en el Polideportivo de la Universidad Católica.

Hace unos diez días tomaron contacto conmigo miembros de la directiva de la Promoción Centenario de la Facultad, indicándome que habían acordado proponerme ser su padrino.

Tal designación me emocionó y alegró muchísimo, pues no sólo recuerdo con mucha gratitud cuando fui profesor de quienes hoy egresan —alumnos muy destacados por cierto—, sino también por el hecho de que resulta una feliz coincidencia el que ello se produzca —precisamente— cuando nuestra Facultad cumple cien años.

Cuando alguien me pregunta qué diferencias percibo entre los alumnos de hoy y los de mis años de estudiante, respondo que en cada salón veo a quienes fueron mis compañeros; y, si bien han cambiado los tiempos, no dejo de encontrar grandes similitudes en las características de nuestros estudiantes y de quienes pasamos por estas aulas hace más de treinticinco años.

Cada generación guarda sus recuerdos y la mía —sin duda— contó con el privilegio de tener a los mejores profesores.

Además, la época en la que fuimos alumnos tuvo una efervescencia muy especial, pues el año en que empazábamos a estudiar Derecho (1984), fue aquél en el que se promulgó y entró en vigencia el entonces nuevo Código Civil.

Así, en la Facultad no dejaba de tratarse este tema en todo cuanto curso de Derecho Civil existía, de modo tal que se analizaba rigurosa y comparativamente las diferencias entre el Código de 1936 y el nuevo cuerpo normativo.

Uno de los elementos fundamentales que marcó a mi generación fueron sus profesores, y ahora que egresan las promociones del Centenario, creo que ésta constituye magnífica oportunidad para recordar, con una breve semblanza, a aquellos catedráticos que marcaron el rumbo de muchas vidas en esta Facultad y quienes dejaron huella en todos quienes fuimos sus alumnos.

Algunas de estas personas ya no nos acompañan, pero otras —felizmente— siguen dictando y los alumnos de hoy tienen la suerte de que sean sus profesores.

Así, cómo no recordar las clases de Personas Jurídicas de don Javier de Belaunde López de Romaña, profesor paciente, pausado y muy dedicado a sus estudiantes, quien en aquella oportunidad dictaba en base a unos materiales de enseñanza que él había preparado y que contenían una serie de casos polémicos que servían para armar la discusión en clase y tomar posición en torno a diversos aspectos de la materia del curso.

Asimismo, en los primeros ciclos fuimos alumnos de Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien nos enseñaba Teoría General del Proceso; y más tarde fuera dos veces Decano de la Facultad y, hoy, el profesor a tiempo completo más antiguo de Derecho y uno de los más antiguos de la PUCP.

Lorenzo, ordenadísimo como siempre, preparaba sus clases con rigor y el dictado de las mismas era ameno, profundo y a la vez bastante pedagógico, de modo tal que culminado el curso, teníamos conceptos muy formados de las teorías fundamentales del proceso civil.

Avanzando en la carrera, nos correspondía llevar el curso de Derecho de Familia, área cuyo grupo de notables profesores, encabezaba el doctor Héctor Cornejo Chávez.

Cornejo no sólo era profesor, sino un muy destacado y polémico político, habiendo llegado a ser candidato a la Presidencia de la República por la Democracia Cristiana en 1962 y constituyente en 1978 por el mismo Partido, luego de protagonizar un memorable debate televisivo que mi generación nunca olvidará, con el también genial Luis Bedoya Reyes, líder del Partido Popular Cristiano, formado en 1966, precisamente por una escisión de la Democracia Cristiana.

Además, Cornejo Chávez había sido nombrado por el gobierno de Velasco, director del diario "El Comercio", luego de que éste fuera confiscado a sus propietarios en 1974.

Ello determinó que cuando volvieron los aires democráticos al Perú, pocos años más tarde, Cornejo fuera señalado como colaborador de una dictadura y, por tanto, se cirnió sobre él un marcado ostracismo en importantes círculos periodísticos, políticos y académicos.

Incluso una Universidad se negó a tomarlo como profesor, por estas razones.

Pero Cornejo no venía a la Universidad Católica a hablarnos de política. Venía a explicar, con una precisión de rigor matemático, el Derecho de Familia.

Era un extraordinario profesor, y sus alumnos disfrutábamos de un impecable razonamiento jurídico y de una vastedad de onocimientos que hacían de él todo un personaje, infalible en sus clases e implacable en sus calificaciones.

Además, no hay que olvidar que Cornejo fue autor del anteproyecto del Libro de Familia del Código de 1984, y su gran obra "Derecho Familiar Peruano", constituía en ese entonces y constituye treinta y cinco años después, fuente obligada de estudio.

Cornejo fue en esos tiempos un referente indispensable en la Facultad de Derecho y se retiró de la docencia pocos años después, en 1988, en plenitud personal e intelectual.

Pero, además, existieron otros profesores que constituían referentes obligados de nuestra Facultad en los años ochenta y, sin duda, también lo fueron antes y después de mi tiempo como alumno.

El primero de ellos, don Jorge Avendaño Valdez, Decano de la Facultad en cuatro períodos, tanto en los años sesenta como en los ochenta y noventa.

Avendaño, hermano mayor del profesor Juan Luis Avendaño Valdez —autoridad en Derecho Procesal Civil— y padre del profesor Francisco Avendaño Arana —experto en Derechos Reales—, era todo un personaje y tal vez haya sido, al interior de nuestra Facultad, el profesor que marcó el rumbo de ésta de una manera más contundente.

No olvidemos que Avendaño fue prorector de la Universidad en los sesentas y, quien dirigió la reforma de la enseñanza, implantando el método activo como una alternativa importante para el dictado de cursos en Derecho, inspirado en la metodología de la Universidad de Wisconsin, donde asistió un importante grupo de profesores de nuestra Facultad.

Pero no creo que el grueso de sus alumnos lo recuerde fundamentalmente por estos temas, sino más bien por sus propias clases.

Avendaño era el profesor que llegaba al aula y la llenaba con su sola presencia. Con una voz muy marcada y con una mirada de pocos amigos, hacía que el salón se convirtiera en un foro de permanentes intervenciones, ya que los temas planteados por él en base a los materiales de enseñanza que debíamos leer, resultaban en extremo interesantes.

Es difícil que alguien, luego de llevar el curso de Reales con Avendaño, no terminara queriendo la materia y la carrera misma.

Treinta y cinco años después uno puede juzgar lo vivido sin apasionamiento; y, sin duda, Jorge Avendaño marcó durante más de medio siglo no sólo a la Facultad, sino a todos quienes fuimos sus alumnos.

Pero hay otros profesores que también fueron referentes de primerísima línea de nuestra Facultad. Uno de ellos fue don Felipe Osterling Parodi, quien también dictó en Derecho por más

de cincuenta años, habiendo empezado a enseñar, precisamente en 1964, el año en que yo nacía.

Osterling era un personaje muy conocido, habiendo sido el egresado de nuestra Facultad que en estos cien años ocupó más cargos públicos y de la mayor importancia, pues no sólo fue Decano a principios de los años setenta, sino Ministro de Justicia en el restablecimiento democrático de 1980, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y Presidente del Senado de la República, justo en el momento del Golpe de Estado de 1992.

Las clases de Felipe eran también memorables.

Tan personaje como Avendaño, Felipe —de voz muy gruesa— fue uno de los políticos más destacados de su tiempo, siendo el Senador más votado por su Partido. Presidió la Comisión que elaboró el Código en el que estudiábamos (donde preparó el anteproyecto del libro de Obligaciones) y fue cabeza de uno de los principales Estudios de abogados de Lima.

Tenerlo en clase era apreciar una faceta diferente de alguien que todos los días aparecía en los periódicos, en la radio y en la televisión.

Gran profesor de Derecho de Obligaciones, con quien me correspondió el honor de escribir durante más de veintiún años y cuyos libros y enseñanzas han marcado la pauta de esta materia en nuestra Facultad y en todo el país.

Resulta imposible para mí hacer una mención desapasionada de Osterling, pues siempre lo consideré como mi padre en lo académico, pero tengan la seguridad de que no he exagerado ni una coma en lo que acabo de decir.

Y si de personajes se trata, no puedo dejar de mencionar al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, quien si estuviera aquí presente, sería el primero en molestarse conmigo por lo que voy a decir.

La importancia de De la Puente para nuestra Facultad y el Derecho en el Perú, ha sido y es inmensa, por varias razones.

No era un gran orador, pero sí un notable investigador y jurista, que participó de manera decisiva en lo que respecta a la elaboración del Código Civil, en lo que atañe a Fuentes de las Obligaciones y Contratos en General.

En 1983 publicó esa magnifica obra titulada "Estudios sobre el Contrato Privado", en dos tomos donde analizaba dogmáticamente todas las instituciones de la teoría general de los contratos; y, cada vez que uno avanzaba con la lectura de estos libros, podía constatar que todas esas doctrinas habían sido volcadas como normas en el Código que acababa de entrar en vigencia, pues De la Puente había estudiado hasta el último resquicio de esas materias, incorporando las doctrinas más sólidas de su tiempo.

El año pasado, con ocasión de la visita al Perú de unos profesores franceses y de unas conferencias donde se analizaba la reforma del código de ese país en materia de contratos del año

2016, se podía constatar cómo aquella reforma no había recogido varios de los planteamientos más avanzados que sí incluyó el Código de 1984, precisamente por iniciativa de De la Puente.

Como he señalado en diversas ocasiones, la obra escrita por De la Puente y Lavalle, a la que se sumaron en los años noventa, los seis tomos de "El Contrato en General", hizo que la doctrina peruana se pusiera los pantalones largos.

Además, no hay que olvidar la bonhomía, sinceridad y modestia absoluta del profesor De la Puente, quien esta noche preferiría estar sentado en la última fila del auditorio, a encontrarse en el estrado; y quien en los años noventa rehusó un libro en su homenaje, a pesar de que éste ya estaba impreso. Recién se pudo editar otro libro en su honor tras su fallecimiento.

Otro personaje inolvidable es, sin duda, don Fernando de Trazegnies Granda, decano de la Facultad durante doce años consecutivos.

De Trazegnies siempre ha tenido el signo de la innovación, de la versatilidad dentro del Derecho y es un apasionado de la investigación en diversos ámbitos, siendo un académico inconforme con los valores entendidos y precursor en muy variadas e importantes materias.

Dicho sea de paso, tal vez por ello, quien siempre me hace acordar a él —y viceversa— es el profesor Alfredo Bullard.

Sus cursos de Filosofía del Derecho y Derecho Comparado siempre estuvieron a la vanguardia del conocimiento; y su fina

inteligencia transmitió inquietudes variadas en los alumnos que tuvieron a un profesor de empuje académico extraordinario.

La Universidad Católica y su Facultad de Derecho nunca olvidarán la creación de la Biblioteca "Para leer el Código Civil" y las obras que De Trazegnies escribió y publicó en nuestra casa de estudios, las mismas que van desde la inagotable y cambiante responsabilidad extracontractual, pasando por la rigurosa investigación histórica de "Ciriaco de Urtecho, litigante por amor", hasta el estudio de la inmigración china al Perú, en el "País de las Colinas de Arena".

No puedo dejar de recordar también a dos magníficos catedráticos y grandes señores de esta Facultad, quienes gracias a Dios, siguen transmitiendo sus vastísimos conocimientos.

Me refiero a don César Fernández Arce, profesor de todos nosotros en Derecho de Sucesiones, honestísimo expresidente de la Corte Suprema en dos períodos muy distintos de la historia del Perú, además de miembro del Congreso Constituyente que elaboró la actual Carta Política, donde tuvo aportes decisivos.

Pero Fernández Arce es también un gran investigador, habiendo publicado una extraordinaria obra de Derecho de Sucesiones, en la que no sólo comenta el Código de 1984, sino también analiza sus defectos, propone soluciones y se detiene en los recodos más importantes de la jurisprudencia nacional.

Fernández Arce es el profesor que siempre está a disposición de los alumnos y que cada vez que es consultado tiene el

consejo prudente y la palabra sabia de un juez por formación y por vocación, que nunca en su vida se alejó de esta línea de conducta.

Y, por supuesto que no puedo dejar de referirme a don César Delgado Barreto, autoridad peruana en Derecho Internacional Privado, una de las materias más complejas del Derecho en su conjunto, cuyo dictado resulta bastante difícil, y todo un reto para el profesor, a efectos de que sus alumnos puedan asimilar esta forma peculiar de entender la aplicación formal del derecho procesal y sustantivo en el mundo.

Además, Delgado Barreto es un hombre muy comprometido con el Perú y un convencido de que la buena política es tarea pendiente para las personas honestas.

Don César fue mi profesor, precisamente cuando ocupaba el cargo de Senador de la mayoría parlamentaria en 1988 y, a la vez, era Ministro de Justicia.

Recuerdo vivamente cómo sus clases se iniciaban con una especie de catharsis, cuando nos contaba lo que iba a hacer ese mismo día en el Ministerio —con lo cual uno podia discrepar—, pero más allá de ello, se veía al hombre correcto empeñado por hacer que sus alumnos entendiésemos el Perú, además —naturalmente— de la materia que le correspondía enseñar.

Don César también ha formado escuela; y la empezó desde su propia casa, habiendo transmitido su vena académica a sus magníficas hijas y excelentes profesoras, María del Carmen y

María Antonieta Delgado Menéndez y a su dilecto colaborador, el profesor César Candela Sánchez.

No cabe duda de que estoy omitiendo infinidad de nombres de gran importancia, pero en estos quince minutos sólo puedo hacer referencia de aquéllos con los que siempre me he sentido más cercano.

Creo que este recuento de mis tiempos como alumno, permite —además— apreciar a las personas con la perspectiva de la distancia.

No cabe duda de que mi recuento peca de parcial, pues sólo se refiere a una época de la Facultad y no a la integridad de sus cien años, pero constituye una muestra representativa del esfuerzo de sus docentes por dar lo mejor de sí hacia sus alumnos, en favor del desarrollo del Derecho, característica que ha constituido siempre sello indeleble de nuestra querida Facultad.

Aquí, lo más importante siempre han sido los estudiantes y los profesores, cuyos logros y presencia en el mundo jurídico y en la sociedad peruana han ido acrecentándose, a pesar de haber estudiado muchos años en casetas prefabricadas o en la vieja casona que perteneció a don José de la Riva Agüero y Osma, a veces olvidado benefactor por antonomasia de la Universidad Católica.

La modestia de sus primeros años, el esfuerzo del padre Jorge Dintilhac, primer rector de la Universidad, el compromiso de la Congregación de los Sagrados Corazones de permitir que las primeras clases de la Universidad y de Derecho se impartieran

en las antiguas aulas del Colegio de la Recoleta, muchas veces no se conocen.

La Universidad, materialmente, no siempre fue así, pero el empeño, esfuerzo, dedicación y conocimiento de quienes la han integrado a lo largo de estos más cien años, determinaron que ella y nuestra Facultad se convirtieran, décadas después de su fundación, en las más importantes del Perú y que continúen siéndolo, a la par que faro incansable de conocimiento, investigación, debate y respetuosa tolerancia.

Ustedes, queridos egresados, son fruto, realidad y esperanza de este esfuerzo centenario.

Muchas gracias

La legítima y la porción disponible

El Título III de la Sección Segunda (sucesión testamentaria) del Libro IV (derecho de sucesiones) del Código Civil, se encarga de regular lo relativo a la legítima y la porción disponible.

El tema resulta en extremo interesante, sobre todo porque hace algunos años estuvo en discusión en el Perú, lo relativo a la posibilidad de derogar esta normativa, a la par que establecer —como correlato de ello— una regulación que permita disponer de la totalidad del patrimonio hereditario, vía testamento, a favor de quién o quiénes desee el testador.

Veamos.

1. Régimen legal vigente

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

Resulta evidente que el concepto de herederos forzosos, de por sí, hace referencia a quienes deben tener tal calidad a la muerte del causante, de todas maneras.

Así, el artículo 724 determinará que «Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho».

El sentido o razón de ser de esta norma es, sin lugar a dudas, que las personas mencionadas se encuentren protegidas patrimonialmente, al heredar al causante de manera ineludible, con independencia de aquello que terminen heredando. A ellos, salvo supuestos de excepción (indignidad para suceder y desheredación) no se las puede excluir de la herencia del causante.

Pero esto no significa que el régimen legal peruano presente para tales herederos forzosos el 100% del patrimonio hereditario, pues la legislación vigente permite que el futuro causante, vía testamento, disponga de porcentajes máximos de la futura herencia.

El artículo 725 dispone que «El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes».

Esto es lo que se conoce comúnmente como «Tercio de libre disposición» y se trata de la situación más común, pues quienes otorgan testamento y mueren en tal condición, lo más probable es que tengan hijos u otros descendientes o cónyuge.

A estas personas sólo se les permite disponer (se entiende, vía legados) hasta del tercio de su futuro patrimonio hereditario.

Debemos subrayar que el regulado por el artículo 725, es el porcentaje más restringido de libre disposición, habida cuenta de que se entiende que las personas ahí mencionadas (hijos, demás descendientes o cónyuge) son aquéllas que pueden requerir de una mayor protección del ordenamiento legal.

Por su parte, el artículo 726 señala que «El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes».

Aquí la protección legal en materia de legítima disminuye, en la medida de que —se entiende—, los padres o demás ascendientes son personas que ya han hecho en la vida un patrimonio determinado y no requieren —por lo general— tantos recursos como los hijos y demás ascendientes o el cónyuge (artículo 725).

Además, tenemos el caso del artículo 727, norma que dispone que «El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes».

Esta norma es aplicable para quien no tenga cónyuge, hijos o demás descendientes ni padres u otros ascendientes; ello, con independencia de que pudiese tener otros herederos legales que no revistan la condición de herederos forzosos, como sería el caso de los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad (artículo 816, primer párrafo).

Quien se encuentre en el supuesto del artículo 727 puede establecer en su testamento la forma de disposición que estime conveniente con respecto a la totalidad de su patrimonio.

El legislador de 1984 entiende que, no existiendo herederos forzosos, correlativamente, el testador no se encuentra obligado a destinar porcentaje alguno de su patrimonio en favor de alguien en especial.

En estos supuestos, el testador podría disponer de su patrimonio en favor de sus herederos legales, que no tengan la condición de herederos forzosos; o de terceros, que no tengan siquiera la condición de herederos legales. Ellos, de ser beneficiados serían legatarios.

El Título III, De la legítima y la porción disponible, además regula el tema en sus artículos 728 a 733,[1] de los cuales

[1] Artículo 728.- Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.

Artículo 729.- La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.

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

Artículo 731.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma

nos interesa resaltar la última norma mencionada, ya que ella establece que «El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad,

---

vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

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

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

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

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

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

Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos».

Esta norma subraya la protección de los herederos legitimarios, a efectos de que el causante/testador no pueda privar o restringir los derechos hereditarios de los legitimarios.

2. Beneficiarios del tercio, mitad o 100% de libre disposición

Ahora nos corresponde señalar quiénes podrían ser los beneficiarios de los porcentajes de libre disposición que ofrecen las normas correspondientes, es decir, 33.33% (artículo 725), 50% (artículo 726) y 100% (artículo 727).

Pues, podrán ser otros herederos legales (no forzosos ni tampoco legatarios). Si fueran legatarios, será susceptible de ser beneficiada cualquier persona natural o jurídica que exista al momento de la apertura de la sucesión; es decir, a la muerte del causante/testador.

En el caso de las personas naturales, ello significará que la persona natural, al menos tendría que encontrarse concebida a la muerte del causante, en tanto si fuese persona jurídica, ella ya debería estar inscrita en Registros Públicos, en ese momento.

Esto significa que el régimen legal peruano no permite dejar legados a nombre de animales (mascotas, por ejemplo). Sí será

posible dejarlos a cualquier persona natural o jurídica, con el cargo de mantener a la mascota, claro está.

3. Nuestra opinión sobre el régimen vigente

En lo personal, desde que analizamos el tema por primera vez, en 1998 en nuestra obra *Tentaciones académicas*,[2] nos manifestamos de acuerdo con el régimen legal vigente, por estimar que el mismo mantiene y preserva los valores tradicionales de la sociedad peruana, a la par que protege el patrimonio de la familia, tendiendo a que permanezca, precisamente, en el seno de la propia familia y en su beneficio.

No estaríamos de acuerdo con derogar la legítima y los porcentajes de libre disposición de los artículos 725 y 726, pues ello implicaría dejar la puerta abierta para que las familias empobrezcan de la noche a la mañana, haciendo que quien tuviere en ellas la posibilidad de disponer del patrimonio, disponga de él a su antojo.

Si hoy en día se presentan situaciones muy complicadas a razón del fallecimiento del causante, ya podemos imaginar lo que ocurriría de prosperar en el Perú una reforma legislativa que derogue todas las normas relativas a la legítima.

---

[2] Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomos I y II y anexo legislativo.

4. La donación inoficiosa

Además, no olvidemos que el patrimonio de la familia y su preservación, no sólo están protegidos de legados infinitos y cuantiosos a favor de terceros, ajenos a la familia, sino también de donaciones que permitan, en vida, proceder de la misma forma que se quisiera vía testamentaria.

Recordemos la existencia del artículo 1629 del Código Civil, precepto que:

> Artículo 1629.- Nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento.
> La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.
> El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes, al momento de la muerte del donante.

Lima, noviembre del 2019.

La línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles

Hemos tratado en extenso acerca de las obligaciones de dar bienes inciertos y las obligaciones de dar bienes fungibles.[1] En esta ocasión no voy a volver sobre el particular, pero quiero abordar un problema teórico y práctico sobre el que he pensado mucho en los últimos tiempos.

Imaginemos que nos encontramos frente a una obligación de especie limitada, consistente en entregar un perro. El deudor, en el momento en que le corresponde hacer la elección, escoge a «Fido», un cachorro pastor alemán. En este ejemplo no cabe la menor duda de que después de realizada la elección, es decir, después de haber escogido a «Fido», se aplicará el artículo 1147 del Código Civil, en el sentido de que «Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos». Ello, por cuanto el bien (incierto al momento en que se contrajo la obligación) se convirtió en cierto con la comunicación de la elección al acreedor.

Éste es, por lo demás, el típico ejemplo de una obligación de dar un bien incierto y de cuáles son las consecuencias de la

---

[1] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de derecho de las obligaciones.* Lima: ECB Ediciones y Thomson Reuters, 2014, 2.ª edición, vol. I, pp. 163-179.

elección del bien. En buena cuenta, luego de escogido ese bien, la obligación se transformó en una de dar bien cierto y le serán aplicables las reglas de los artículos 1132 a 1141 de las obligaciones de dar bienes ciertos del mismo Código Civil.

Pero qué pasaría si la obligación consistiera en dar un automóvil, nuevo o usado (es decir, la especie o universo sería todos los automóviles del mundo), y ocurre que el deudor no escoge un automóvil específico, sino comunica a su acreedor que ha escogido entregarle un Toyota Corolla nuevo automático de 1800 cc, color rojo, año 2020, cero kilómetros.

Pues el problema será que el deudor no habrá escogido un bien cierto, sino una especie de autos, aquéllos que responden a esas características que, al estar constituida la especie por un número muy grande de individuos, todos idénticos, por cierto, ese deudor no habrá vuelto la obligación de dar bien incierto en una de dar bien cierto, sino que la habrá transformado en una obligación de dar bienes fungibles, ahora, de las características señaladas por el deudor.

Como vemos, por excepción, una obligación de dar bien incierto, en estas circunstancias no se transformaría con la elección en una de dar bien cierto, sino en una de dar bien fungible.

Las obligaciones de dar bienes fungibles no tienen regulación en nuestro Código Civil, ni tampoco se requeriría regularlas.

En este caso, la pregunta girará en torno a si el deudor del bien deberá entregar un Toyota nuevo de esas características o si esa «elección intermedia» carece de relevancia.

En caso se estime relevante, cuando individualice un automóvil dentro de esa especie, tal individualización no vuelve cierto lo fungible, encontrándose obligado el deudor, mientras subsistan bienes de esa especie.

Ahora bien, nótese que el deudor cuando realizó la «primera elección» escogió una especie de bienes fungibles y no un bien cierto, razón por la cual se podría decir que ese deudor todavía tendrá que completar ese proceso de elección, el mismo que no culminará hasta que entregue al acreedor un automóvil de esas características.

Con la entrega, el bien fungible sí se convierte en cierto y se aplicaría, de ahí en adelante, el principio *res perit domino*.

Pero, en verdad, la duda gira en torno a saber si cuando el deudor escoge entregar un Toyota de la especie señalada, esa «elección» tiene o no relevancia con respecto al derecho y al acreedor. Digo esto, porque así como escogió entregar un bien de una subespecie más o menos numerosa en el mundo, bien pudo haber elegido una subespecie muy reducida.

En estos casos, el riesgo de pérdida de la prestación se acrecentaría notablemente; un riesgo que, por cierto, no tenía pensado asumir el acreedor y que, de hecho, tampoco asumió al celebrar el contrato con el deudor, dado que la especie de donde se tendría que realizar la elección es, prácticamente, una espe-

cie ilimitada. Esta posición estima que el considerar válida esa «elección intermedia», que no convirtió en bien cierto los bienes inciertos, perjudicaría los intereses del acreedor, porque le haría asumir riesgos más allá del contrato celebrado.

Entonces, ¿cuál sería la respuesta pertinente para el caso concreto?

En verdad, nos inclinamos por el segundo camino, dado que transitar por el primero haría asumir riesgos al acreedor que nunca pensó asumir.

En buena cuenta, se considerará que el bien ha sido escogido en el momento en el cual el deudor comunique al acreedor que ha escogido el Toyota Corolla, de las características descritas, con número de motor «X», número de chasis «Y», y número de serie «Z».

En pocas palabras, cuando le comunique cuál es el bien que ha escogido.

¿Y si el bien, idéntico a los demás, no tuviese siquiera número de serie?

Pues no quedaría otra cosa que estimarlo como un bien cierto, vale decir, «esta botella del vino Marqués de Riscal Reserva Tinto» o «esta botella de un litro de Coca-Cola, sabor tradicional», etc.

Dentro del razonamiento descrito, la pérdida de ese bien determinaría la extinción de la obligación, dado que a esa obli-

gación ya le serían aplicables los artículos 1132 a 1141, propios de las obligaciones de dar bien cierto.

Complicado tema, porque habría que adecuar algunos conceptos para lograr esta solución, justa para las partes, pero estimamos que no habría alternativa de resultados equivalentes.

No obstante, admitimos que se trata de un tema muy debatible.

Lima, noviembre del 2019.

El artículo 1358 del Código Civil

Recuerdo cómo cuando éramos estudiantes y entró en vigencia el Código Civil de 1984, el medio jurídico elogió notablemente la inclusión del artículo 1358, norma de la parte general de contratos que establece que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de una vida diaria».

Este precepto salvaba de nulidad o anulabilidad una serie de contratos menudos. Los ejemplos habituales estaban centrados en los menores de edad que compraban alimentos en una tienda, en un vendedor ambulante o en el quiosco del colegio. Tales contratos de compraventa hubiesen sido nulos, de no existir el artículo 1358.

O sea, el 1358 fue un artículo precursor en el ejercicio de los derechos de los incapaces, pues —incluso— extendía sus alcances a todos los demás incapaces; es decir, a todos los incapaces mayores de edad que no estuvieran privados de discernimiento. Sin duda, una norma excelente.

Cuando entra en vigencia el Decreto Legislativo n.° 1384, el 4 de septiembre de 2018, es decir, la Ley de protección a las personas con discapacidad, el artículo 1 de este Decreto mo-

dificó, entre otras normas, el artículo 1358 del Código Civil, habiéndolo configurado con la siguiente redacción:

> Artículo 1358.- Contratos que pueden celebrar la persona (sic) con capacidad de ejercicio restringida
> Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 (sic) numerales 4 al 8 (sic) pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

En primer término, el nuevo texto del artículo 1358 sólo hace referencia a las personas con capacidad de ejercicio restringida, es decir, a quienes, antes de la reforma del 2018 en este tema, eran considerados como relativamente incapaces. Nótese que el ámbito de aplicación del 1358 original no realizaba distinción alguna; vale decir, que su ámbito de aplicación comprendía tanto a los antiguos incapaces relativos (artículo 43) como a los antiguos incapaces absolutos (artículo 44) que no estuvieran privados de discernimiento.

Y, ¿cuál es el ámbito del nuevo artículo 1358? Pues, como la propia norma lo indica, las personas contenidas en los incisos 4 al 8 del artículo 44.

El artículo 44, luego de la reforma del 2018, menciona a las siguientes personas, como que tienen capacidad de ejercicio restringida:

> Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida
> Tienen capacidad de ejercicio restringida:
> 1.- Los mayores de dieciséis y menos de dieciocho años de edad.

> [..]
> 4.- Los pródigos.
> 5.- Los que incurren en mala gestión.
> 6.- Los ebrios habituales.
> 7.- Los toxicómanos.
> 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
> 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad. (El subrayado es nuestro).

En primer término, hay que decir que la inclusión del inciso 9 por el Decreto Legislativo n.° 1384 del 4 de septiembre de 1984, fue una barbaridad, pues las personas en estado de coma no pueden ser, obviamente, personas que tengan capacidad de ejercicio restringida. Son personas que, mientras dure ese estado, tienen incapacidad absoluta, por lo que deberían haber sido comprendidas en el artículo 43, en un inciso 2, inmediatamente después de los menores de dieciséis años.

Pero, más allá del señalamiento de este grueso error y volviendo al 1358, podemos apreciar que la versión del año 2018 sólo considera como personas con capacidad de ejercicio restringida que pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades de una vida diaria a quienes están en los incisos 4 a 8 del 1358. Queda claro que no están comprendidas las personas en estado de coma (evidentemente, no podrían estarlo), pero tampoco están los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, lo que resulta sorprendente, en la medida de que son personas casi adultas y que se parte del valor entendido de que tienen discernimiento.

Ellos no están facultados expresamente por el nuevo 1358 para celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria, como sería el caso de alimentos, ropa, artículos de aseo personal, una *tablet*, un televisor, etc.

Nunca se explicó la razón a la que obedeció esta exclusión.

Como tampoco se explicó por qué no se comprendió dentro de los alcances del nuevo 1358 a los incapaces absolutos regulados en el artículo 43, norma que sólo contempla, después de la reforma del 2018, con el Decreto Legislativo n.° 1384, al inciso 1, que comprende a «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

La lógica y natural concordancia de este inciso 1 debió ser el artículo 1358, que facultara expresamente a estos menores de dieciséis años a celebrar actos relacionados con las necesidades de su vida diaria. Pero el 1358 no los comprende expresamente.

Entonces, en este estado (penoso) de la legislación, ¿cómo quedan los actos jurídicos celebrados por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1) y por menores de dieciséis años?

Nos queda claro que se plantea un serio problema, porque el artículo 219, también modificado en la reforma del 2018, por el Decreto Legislativo n.° 1384, derogó el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, precepto que, dentro de las causales de nulidad que regula, establecía, hasta el 3 de septiembre de 2018, al acto jurídico, «Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358».

En otras palabras, en el Perú de hoy no existe una norma legal que sancione con nulidad los actos jurídicos, en general, que sean celebrados por las personas absolutamente incapaces (menores de dieciséis años, artículo 43, inciso 1 y personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, inciso 1 —menores de dieciocho y hasta dieciséis años— e incisos 4 al 8 —demás casos de personas con capacidad de ejercicio restringida—). Pero para estos últimos casos (artículo 44 incisos 1 al 8) se contempla la anulabilidad como sanción legal (artículo 221, inciso 1).

Nótese la gravedad del régimen vigente, que no sanciona nulidad alguna por incapacidad absoluta. Sólo por la antigua incapacidad relativa (hoy, capacidad de ejercicio restringida).

Es decir, ningún acto celebrado por las personas comprendidas por el artículo 43, es nulo por falta de capacidad.

Entiendo que si los actos de las personas contenidas en el artículo 43, inciso 1 (y único) son celebrados por los padres del menor o por su tutor, tales serían válidos, pero si tales actos hubieran sido celebrados por los propios menores de edad; por ejemplo, la compraventa de una casa, ¿también serían válidos?

Aplicamos el mismo ejemplo para los actos celebrados por personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44). Es obvio que en el caso de los menores de dieciocho, pero mayores de dieciséis, si tales actos hubiesen sido celebrados por sus padres o tutores, tales actos serían válidos. Pero si el menor de edad hubiese comprado o vendido, él solo y por él mismo, una casa, tal contrato sería anulable (artículo 222, inciso 1).

Lo mismo podemos decir de quienes tienen capacidad de ejercicio restringida (incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil). Si ellos mismos contrataran la compraventa de un inmueble, sin la participación de sus respectivos apoyos, tales actos podrían ser anulables, a diferencia de los actos jurídicos celebrados por esas personas con capacidad de ejercicio restringida, pero con la asistencia de sus respectivos apoyos.

Pero el artículo 219 del Código Civil, cuando establece las causales de nulidad, no menciona los actos celebrados por incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1).

Esta carencia del inciso 2 del artículo 219, cuando en el año 2018, el Decreto Legislativo n.° 1384 derogó expresamente tal inciso, ha creado un régimen legal caótico en lo que respecta a la nulidad por falta de capacidad.

Tal derogatoria, sin embargo, no podría conducirnos a afirmar que todos los actos, cualquiera que ellos fueren, que celebren tales personas (artículo 43, inciso 1), serían actos válidos, porque si así fue, la seguridad jurídica se vería seriamente lesionada (más de lo que ya está, en todo orden de cosas) en el Perú.

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Nótese que el artículo 43 establece un régimen de incapacidad absoluta (artículo 43), lo que conduce a razonar en el sentido de que tal norma carecería de objeto si es que la infracción a la misma no tuviera sanción alguna por parte del Derecho.

Entonces, para nosotros queda claro que si un incapaz absoluto menor de dieciséis años celebrara un acto jurídico, sin la intervención de sus padres o tutor; tal acto debería ser considerado nulo, por ser contrario al orden público.

Y, por supuesto que es contrario al orden público, en la medida de que ese orden público se construye, precisamente, en función de la seguridad jurídica, la misma que se destruiría si el Derecho permitiese que las personas incapaces (menores de dieciséis años) celebren por sí mismas todos los contratos que deseen.

Además, si eso fuese posible, entonces carecería de todo sentido el que las normas legales del propio Código Civil aborden la capacidad, la incapacidad y la capacidad de ejercicio restringida. Serían, en ese supuesto, normas decorativas, vacías de contenido, cuyo cumplimiento o incumplimiento resultaría indiferente.

Pero la sociedad no puede permitir que ello ocurra. Seríamos el único país del mundo en el que la celebración de todo contrato por cualquier persona, tenga la edad que tenga, con el único requisito de que posea discernimiento, sería válido.

Y eso no puede ser así.

Entonces, debe entenderse que tales contratos son nulos, a menos que una norma legal faculte su celebración.

¿Existe esa norma legal? Sí, pues, aunque con un texto defectuoso, existe el 1358, modificado en el año 2018.

Y, de acuerdo a este precepto, son válidos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de las personas que tienen capacidad de ejercicio restringida y que se encuentran en los incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil. Se entiende que tales actos no serían anulables. ¿Y qué pasa con los actos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de los incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1); es decir, de quienes tienen dieciséis o menos años?

¿Podemos interpretar a contrario el artículo 1358, actual; es decir, interpretar que quienes no están en la excepción de validez, están en la regla de la nulidad? Pues, no.

El hecho de decir que «el jardín delantero de la casa está bien conservado», no permite deducir que «los demás jardines de la casa están mal conservados». Esto, pues la primera afirmación no tiene carácter excluyente o de excepción, lo que sí hubiera ocurrido si la primera afirmación dijese: «Únicamente el jardín delantero de la casa está bien conservado», pues ello permitiría, luego, afirmar que «los demás jardines de la casa no lo estarían».

Entonces, lo que hace el artículo 1358 modificado, es decir que «Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Y, entonces, ¿los menores de edad del inciso 1 del artículo 43 y 1 del artículo 44, pueden también celebrar este tipo de contratos?

Pues, entendemos que sí, en tanto tales menores cumplan con el requisito que constituye valor entendido en esas normas y es que esos menores de edad no carezcan de discernimiento (es decir, de la facultad que les permita distinguir unas cosas de otras).

Creemos que estos supuestos podrían interpretarse por analogía con aquellos contenidos en el artículo 1358 vigente.

Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho; por lo tanto, es obvio que los menores de dieciocho años que no carezcan de discernimiento pueden celebrar los mismos actos jurídicos que pueden celebrar los adultos con capacidad de ejercicio restringida, que están mencionados por el artículo 1358.

Por otra parte, interpretar lo contrario implicaría asumir que la Ley de protección a las personas con discapacidad (Decreto Legislativo n.° 1384), del año 2018 restringe los derechos y la capacidad de ejercicio de los menores de edad, mucho más que el texto original del Código Civil de 1984; y, sin duda, ése no ha sido el espíritu del legislador con la reforma del 2018.

En síntesis, a pesar de llegarse a esta conclusión después de un largo análisis (que no debería ser necesario, pero lamentablemente lo es), podemos llegar a afirmar que el artículo 1358, en general, podría seguirse leyendo en el mismo sentido que tenía el texto vigente hasta el 3 de septiembre de 2018.

Sin embargo, no es posible que el régimen de validez y nulidad tenga tales incongruencias. En ese sentido, debería modificarse el Código Civil en los siguientes artículos:

Artículo 219.-

En esta norma debería restituirse un inciso 2, que señale que el acto jurídico es nulo: «Cuando haya sido celebrado por un incapaz absoluto», lo que haría referencia al único caso de incapacidad absoluta en vigencia, que es el inciso 1 (y hoy, único inciso) del artículo 43: «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

Artículo 1358.-

Se debería reformar el texto de este artículo de la siguiente manera:

«Las personas comprendidas en el inciso 1 del artículo 43 y las comprendidas en los incisos 1 al 8 del artículo 44, siempre que no estén privadas de discernimiento, pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

De esta forma, el artículo 1358 volvería a comprender a los menores de edad, campo que dejó de tener regulación con la reforma del 2018, siempre, claro está, que los menores de edad, así como cualquier otra persona mencionada por la norma propuesta, no estén privados de discernimiento.

En conclusión, con el régimen legal propuesto, los actos celebrados por los menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1), sin ser representados por sus padres o tutor, serían nulos (artículo 219, inciso 2).

Los actos celebrados por los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1), serían anulables (artículo 221, inciso 1).

También serían anulables (artículo 221, inciso 1) los actos celebrados por las demás personas con capacidad de ejercicio restringida que se hallan contempladas en los incisos 4 al 8 del artículo 44), que hayan sido celebrados por esas personas sin el auxilio de los apoyos que contempla la ley.

Los supuestos de nulidad (artículo 219, inciso 2) y de anulabilidad (221, inciso 1) encontrarían excepción en los contratos celebrados por las personas mencionadas (artículo 43, inciso 1 y artículo 44, incisos 1 al 8), cuando esas personas los celebren no careciendo de discernimiento y que tales contratos estén relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Lima, noviembre del 2019.

La resolución contractual y sus efectos

La resolución de los contratos, figura regulada de manera general en los artículos 1371, 1372, 1428, 1429 y 1430 del Código Civil y de manera específica en diversos contratos típicos, es uno de los mecanismos más empleados por las partes en las relaciones contractuales.

Es evidente que la resolución, en cualquiera de sus facetas, no encuentra espacio en el marco de las relaciones contractuales sanas, sino en el ámbito de la patología de los contratos.

La resolución, además, ofrece diversos ámbitos de aplicación. Uno de ellos, por ejemplo, es el de la excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446 del Código Civil), pero no cabe duda de que el terreno más amplio donde se desarrolla, es el del incumplimiento contractual, en el cual la resolución está regulada en los ya mencionados artículos 1428, 1429 y 1430 del propio Código Civil.

En este breve ensayo abordaremos diversos aspectos de la resolución, básicamente centrados en sus efectos.

1. RESOLUCIÓN Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

Un primer tema que debe ser analizado en torno a la resolución es el que respecta a la validez de los contratos.

El artículo 1371 del Código Civil establece que «La resolución deja sin efeto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración». ¿Cuáles son los alcances de esta referencia a la validez del contrato?

Entiendo —y siempre lo he comprendido así— que la mención que el legislador de 1984 hace al «contrato válido», tiene como fundamento el haber querido subrayar que la resolución no acarrea la nulidad de los contratos, y también que, como valor entendido, ella no se basa en causales de nulidad, sino en otras causales, las mismas que pueden derivar en la ineficacia del contrato, mas no en su invalidez.

Y, entonces, ¿la resolución contractual no podría ser invocada judicial o extrajudicialmente en un contrato viciado de nulidad?.

Como sabemos, el artículo 219 regula siete causales de nulidad de los actos jurídicos, las mismas que son aplicables, también a los contratos, por ser éstos una especie de actos jurídicos. El texto del artículo 219 es el siguiente:

> Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:
> 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
> 2.- Derogado.

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4.- Cuando su fin sea ilícito.
5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7.- Cuando la ley lo declara nulo.
8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Imaginemos un contrato viciado por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad (inciso 6 del artículo 219). Se trataría de un contrato viciado de nulidad. En este caso, ¿qué pasaría si ninguna de las partes hubiese advertido el vicio y el contrato se estuviera ejecutando? Bueno, pues, hasta ese momento, nada, pues, al no haber sido declarado nulo, ese contrato seguiría siendo válido. Pero ocurre que, como se trata de un contrato de duración, una de las partes empieza a incumplir y la otra decide activar alguno de los mecanismos resolutorios del contrato.

En ese caso, ¿se cumpliría con el presupuesto resolutorio contenido en el artículo 1371 del Código Civil? Creemos que sí, pues la resolución tiene por objeto dejar sin efeto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración; y, de este modo, el contrato es válido, al no haber sido declarado nulo.

Ahora bien, imaginemos que ese contrato es resuelto, sea de modo judicial o extrajudicial.

En este supuesto, el contrato habría dejado de surtir efectos, pero seguiría siendo válido. En este estado de cosas, ¿alguien po-

dría demandar se declare su nulidad? Pues, sí, dado que la declaración de nulidad es un procedimiento (judicial o extrajudicial) basado en una causal totalmente distinta (un vicio estructural del contrato, de origen) de la causal que llevó a que ese contrato se resuelva (el incumplimiento del mismo, causal sobreviniente, por excelencia).

Por otra parte, y para cerrar este punto, resulta necesario plantear el supuesto inverso; vale decir, aquél en el cual primero se intenta y logra que los tribunales de justicia declaren nulo el contrato. En ese caso, ¿alguno de los contratantes podría intentar resolverlo? Pues, ya no, en la medida de que la declaración de nulidad previa habría logrado despojar de toda validez al contrato; y, correlativamente, el mismo habría perdido toda eficacia, dado que un contrato declarado nulo, no puede surtir efectos.

Además, ello iría de la mano con lo dispuesto en el artículo 1371, norma que establece que la resolución busca dejar sin efecto contratos válidos, y el de nuestro ejemplo no lo sería.

Con ello, queremos poner de relieve que un mismo contrato podría estar atacado de vicios de origen, como alguna causal de nulidad o anulabilidad o de rescisión; y también de un vicio sobreviniente, como sería el caso de alguna causal de resolución. Todo dependerá de cuál de esas causales sea activada, en la medida de que las causales son como los platos del menú de cualquier restaurante. El cliente puede escoger cualquiera de ellos, con tal de saciar su apetito. Es evidente que no todas esas pretensiones acarrearán las mismas consecuencias, pero —precisamente— dependerá del interesado el hacer saber aquélla que más le convenga.

Siempre hemos advertido que el ejemplo por excelencia al respecto, está constituido por la venta de bien ajeno en la que el comprador desconoce el carácter ajeno del bien.

De acuerdo al artículo 1539 del Código Civil, el comprador podría demandar la rescisión del contrato, en la medida de que está presente el vicio de origen, consistente en el desconocimiento del carácter ajeno del bien. Esta rescisión, si es declarada por los tribunales de justicia, acarreará que el contrato pierda sus efectos (argumento del artículo 1370 del Código Civil).

Pero este contrato también podría ser anulado, si el comprador incurrió en error y vició su voluntad o si incurrió en el vicio del dolo, por acción u omisión de su contraparte. En esos supuestos, podrá recurrir a demandar la anulabilidad del contrato, en base a lo dispuesto por el artículo 221, inciso 2 del Código Civil. Si tuviera éxito, el contrato sería anulado y se consideraría nulo desde el momento de su celebración (argumento del artículo 222 del Código Civil).

No olvidemos que en nuestro ejemplo también podría estar presente un vicio más grave, también de origen, consistente en el fin ilícito que hubiera podido tener esa venta de bien ajeno (artículo 219, inciso 4 del Código Civil). Si alguien hubiese demandado la nulidad (y no la rescisión ni la anulabilidad) y hubiese tenido éxito, entonces, el acto será nulo, lo que equivale a decir que se retrotraerán tales efectos al momento de celebración del acto, razón por la cual nunca se habrá considerado válido.

Pero hay más, y es que el contrato de venta de bien ajeno también podría resolverse por incumplimiento, si imaginamos que el vendedor del bien nunca cumple con entregarlo al comprador y transferirle su propiedad. En este caso, el comprador podría recurrir a resolver el contrato por incumplimiento, por cualquiera de los mecanismos que le franquea la ley, ya sea de manera judicial (artículo 1428) o extrajudicial (1429 a 1430, si fuese el caso). La resolución sólo afectaría los efectos del contrato, mas no su validez.

Entonces, como vemos, un mismo contrato podría estar atacado por más de un vicio que dé lugar a su pérdida de eficacia o de validez.

Claro está que si ese contrato ya se encontrara anulado o hubiese sido declarado nulo, no estaría presente el supuesto de validez que constituye requisito esencial para demandar la resolución de un contrato (argumento del artículo 1371).

2. ¿Cómo se materializa la pérdida de eficacia, luego de resuelto un contrato?

De acuerdo al artículo 1371, «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración».

El artículo 1372 complementa la idea cuando señala que «La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva (segundo párrafo).

En primer lugar, hay que precisar que el segundo párrafo del artículo 1372 incurre en un error cuando señala que «en ambos casos, los efectos de la sentencia…».

Este error es evidente y lo hemos advertido desde 1998, en *Tentaciones académicas.*[1] El mismo consiste en hacer referencia a los efectos de una sentencia en dos casos, cuando uno de esos dos casos es, precisamente, el de la resolución extrajudicial.

Entonces, hay que entender la norma en el sentido de que en la resolución judicial los efectos de la sentencia firme que la declare, se retrotraerán al momento en que se produjo la causal que motivó la resolución.

De igual modo, cuando se trate de una resolución extrajudicial, los efectos de la carta notarial que la declare se retrotraerán al momento en que se produce la causal que la motiva.

Pero ¿qué significan estos efectos retroactivos?

Pues, que se considerará como que el contrato no debió surtir efectos desde ese momento.

En el caso concreto, el tercer párrafo del artículo 1372 señala que «Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior (el momento en que se produce la

---

[1] Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomos I y II y anexo legislativo.

causal que la motiva), y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento».

En verdad, no queda claro lo dispuesto por esta norma (que fuera introducida vía modificación al Código Civil por el Código Procesal Civil en 1993).

Imaginemos, primero, un contrato de compraventa de un inmueble en el cual se hubiere pactado que el precio se pagará a plazos. En tanto el vendedor ya entregó la casa al comprador y ya le transfirió la propiedad del bien; mientras el comprador ha pagado cuatro de las veinte cuotas mensuales en que se pactó el pago del precio. En ese estado de cosas, el vendedor procede a resolver el contrato de modo extrajudicial, luego de haber recurrido al mecanismo contemplado por el artículo 1429 del Código Civil.

¿En este caso, la restitución de prestaciones debe hacerse hasta el momento en que el comprador dejó de pagar, por ejemplo, la quinta cuota? ¿O es que debe hacerse hasta el momento en que se celebró el contrato?

No tengo duda de que en los contratos de ejecución inmediata o diferida, la respuesta es la segunda, pues carecería de sentido que las prestaciones se queden como si fuera una fotografía, o como estaban al momento en que se produjo la resolución del contrato. La restitución de prestaciones en razón de la resolución, no tiene que ver con el momento en que se presente el vicio que diera lugar a la resolución. Tiene que ver con restituir

todo aquello que hubiesen ejecutado las partes, con prescindencia del momento en que apareció el vicio.

Así, en este ejemplo, el vendedor deberá devolver todas las cuotas de pago del precio que hubiese recibido, independientemente de si después de aparecida la causal resolutoria, el comprador hubiese pagado alguna más de las que había pagado al momento en que el reiterado incumplimiento, dio origen a que el vendedor resuelva el contrato.

La idea, simplemente, es que las cosas queden como al momento de la celebración del contrato; cuando ninguna de las partes había cumplido con ejecutar prestación alguna. Y ello, con el propósito de que ningún contratante deba algo al otro. Todo esto, con prescindencia, naturalmente, del tema de la indemnización por daños y perjuicios, si correspondiera al caso.

El vendedor deberá devolver todas las cuotas pagadas y, correlativamente, el comprador deberá devolver el bien y transferir su propiedad al vendedor.

En síntesis, la restitución de las prestaciones en la resolución será total, en la medida de que ello fuese posible. De lo contrario, se recurrirá a devolver el valor total de tales prestaciones (argumento del tercer párrafo *in fine* del artículo 1372), con prescindencia del momento en que se produjo el vicio.

Nos queda claro que si el comprador hubiese sido la parte infiel que ha dado lugar a la resolución del contrato, también deberá indemnizar al vendedor, por el uso que hizo del bien

durante los meses en que estuvo en posesión del mismo y vivió en él.

Pero la resolución funciona de manera diferente en aquellos casos en que los contratos son de duración, como sería el arrendamiento.

Imaginemos un arrendamiento pactado a diez años. Ya se vienen ejecutando seis y el arrendatario deja de pagar. El arrendador (propietario) activa el mecanismo de resolución extrajudicial al cuarto mes del incumplimiento; y, finalmente, resuelve el contrato.

En este ejemplo, el arrendatario ya ha pagado setenta y dos meses de renta y el arrendador (propietario) ha cedido el uso del inmueble por esos setenta y dos meses, en los cuales, precisamente, ese inmueble ha sido usado por el arrendatario.

¿En este caso cabrá aplicar el artículo 1372, tercer párrafo? Pues, claro que no, porque si aquí pensásemos en una devolución de prestaciones o de un valor, caeríamos en el absurdo.

Si el propietario devolviese al arrendatario las setenta y dos rentas recibidas, pues quedará en una situación de injusta descompensación, pues su arrendatario no podría devolverle el uso que hizo del bien durante esos seis años.

Menos aún correspondería pensar que el arrendatario tendría que devolver el valor de ese uso, por la sencilla razón de que ese valor estaría representado por el monto de la renta, caso en el cual se daría el absurdo en que arrendador y arrendatario se

tendrían que entregar sumas idénticas de dinero, lo que produciría —de seguro— una compensación de sumas de dinero de absoluta inutilidad.

Entonces, aquí no cabría restitución alguna de prestaciones ni de valores en momento alguno, lo que contradice el artículo 1372, segundo párrafo, pero está de acuerdo a la razón, la lógica y el derecho.

Todo esto, al igual que señalamos en nuestro primer ejemplo, con absoluta prescindencia del tema indemnizatorio.

El mismo razonamiento sería aplicable a otros contratos de duración, como es el caso del suministro.

Debemos subrayar que, en los contratos de prestación unilateral, como es el caso de la donación, tampoco sería relevante el momento en que se haya presentado la causal que motivó tal resolución, sino el hecho de que el donatario deberá devolver el íntegro de lo que hubiese recibido del donante, con prescindencia de cuánto habrá recibido al momento en que se presentó la causal resolutoria.

3. Los efectos de la resolución frente a aquellos de la rescisión, anulabilidad y nulidad

3.1. Con respecto a la rescisión

Como sabemos, el artículo 1370 del Código Civil establece que: «La rescisión deja sin efecto un contrato por causal exis-

tente al momento de celebrarlo». Agrega el 1372, primer párrafo, que «La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato».

Ya hemos dicho que en los contratos de ejecución inmediata o diferida, como la compraventa, la resolución opera retroactivamente, pero no al momento de la presencia del vicio, sino al momento de la celebración del contrato.

Con la rescisión ocurre exactamente lo mismo, pero en este caso es la norma legal la que establece lo señalado, coincidiendo con la lógica, la razón y el derecho (el artículo 1372).

En una venta de bien ajeno, por ejemplo, una vez rescindido el contrato por desconocimiento del carácter ajeno del bien por parte del comprador, el comprador deberá devolver el bien al comprador y transferirle su propiedad. El vendedor, por su parte, deberá devolver al comprador todo aquello que hubiese recibido por concepto de precio. Esto, naturalmente, con prescindencia del tema indemnizatorio.

Como vemos, la solución en este caso será idéntica a la del supuesto de resolución por incumplimiento.

No planteamos un ejemplo de rescisión en contratos de duración, porque el Código Civil no contempla este remedio para algún contrato de esta naturaleza.

3.2. Con respecto a la anulabilidad

Ya hemos señalado que el artículo 222 del Código Civil establece que «El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare».

Entonces, si la compraventa de un inmueble se anulara, la solución que deberá recibir el caso sería la misma que para los supuestos de resolución y rescisión.

Ahora bien, la diferencia teórica fundamental entre la rescisión y la resolución; por un lado, y la anulabilidad, por otro, es que, una vez declaradas las dos primeras, el acto se torna ineficaz con efectos retroactivos (los mismos que, más allá de lo que dice la norma) son iguales, pues en ambos casos los efectos retroactivos se retrotraen al momento de la celebración del contrato. En el caso de la anulabilidad, los efectos también se retrotraerán al momento de la celebración del contrato (acto jurídico). Sólo que la rescisión y la resolución tornan ineficaces a los contratos, en tanto la anulabilidad los invalida.

3.3. Con respecto a la nulidad

Una vez declarada la nulidad de un contrato, él se considerará inválido (nulo) desde el momento de su celebración. En ese sentido, resultarían aplicables a la nulidad los mismos criterios que a este respeto vertimos en el acápite 3.2 respecto a la anulabilidad.

4. Ineficacia *versus* invalidez

En este punto debemos preguntarnos si, más allá de la diferencia teórica entre ineficacia e invalidez, que todos entendemos, en realidad existe o no alguna diferencia de orden práctico entre ambas figuras.

La ineficacia constituye un aspecto de la invalidez. Todo acto inválido o nulo, es un acto necesariamente ineficaz, pero la ineficacia no necesariamente proviene de un acto que hubiese sido invalidado (declarado nulo o anulado), habida cuenta de que existen otros muchos supuestos por los que un acto jurídico o contrato puede ser ineficaz. Más allá de la rescisión y de la resolución, tenemos al mutuo disenso, a la transacción que sólo ponga fin a los efectos de un contrato, etc.

Pero, una vez que nos encontremos frente a un contrato ineficaz, cuáles son los elementos prácticos que lo distinguen de un contrato que hubiese sido declarado nulo. Pues, en realidad, en la práctica, ninguno, dado que el tema de la ineficacia o de la invalidez se solucionará, finalmente, con la restitución de las prestaciones o de su valor, si ello fuese posible.

Entonces, nos permitimos preguntarnos si sería posible pensar en una teoría unitaria en cuanto a los efectos de la resolución, rescisión, anulabilidad y nulidad, en tanto y en cuanto tales remedios tienen idénticas características en lo que respecta a sus efectos prácticos.

Tal vez ello sí sea posible, lo que no impide el tratamiento separado de las figuras, dados sus orígenes, ámbitos de aplicación (actos jurídicos o contratos) y otros elementos.[2]

5. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, los problemas prácticos que plantean la resolución, la rescisión, la anulabilidad y la nulidad, son sencillos de solucionar en los casos concretos, permitiéndonos cuestionar una serie de principios y preceptos legales que, por lo general, constituyen valores entendidos.

Lima, noviembre del 2019.

[2] Incluso, nótese cómo en el caso de la nulidad o de la anulabilidad de contratos de duración (*p. ej*., un arrendamiento o un suministro), a pesar de la nulidad declarada, resultaría imposible pensar en una restitución de las prestaciones ya ejecutadas. Ello, por más de que estemos en presencia de contratos nulos. Esto, naturalmente, también afectará la tesis de que cuando se declare nulo un contrato, se considerará que el mismo nunca surtió efectos. Nos preguntamos si podríamos decir algo así, luego de que un arrendamiento o un suministro, parcialmente ejecutados, fuesen declarados nulos.

Segunda Parte
Arbitraje

Palabras de presentación de la obra, *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y marítimo en el Perú,* escrita por el doctor José Antonio Pejovés Macedo [*]

Señora doctora Margarita Suárez, distinguida profesora de historia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y prologuista de la obra.

Señor doctor Jorge Ortiz Sotelo, distinguido historiador marítimo y Capitán de Fragata en retiro de la Marina de Guerra del Perú.

Señor doctor José Antonio Pejovés Macedo, autor del libro que esta noche presentamos.

Queridos amigos,

Es para mí muy grato participar de la presentación de este libro, titulado *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y marítimo en el Perú*, que acaba de ser

[*] Pronunciadas la noche del martes 6 de noviembre de 2018, en la trigésimo novena Feria del Libro Ricardo Palma, organizada por la Cámara Peruana del Libro, en el auditorio Martín Adán, parque Kennedy, Miraflores.

publicado por el Fondo Editorial de la Universidad de Lima, en donde José Antonio es un muy reconocido profesor de su Facultad de Derecho.

Agradezco mucho la gentileza que ha tenido el autor al pedirme que participe en su presentación, y desde ya pido disculpas a los miembros de la mesa y al público asistente, pues no podré quedarme hasta el final del evento, habida cuenta de que debo ir a dictar mis clases a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Cuando hace algunos meses José Antonio me habló de la inminente aparición de la obra que hoy presentamos, lo felicité, dado que la materia abordada en este libro es, prácticamente, desconocida en el medio jurídico nacional.

Estoy seguro de que la mayoría de abogados que nos dedicamos al arbitraje, pensábamos que el auge de esta institución se había dado a partir de los años noventa del siglo pasado.

Y esto, porque no cabe duda de que hubo un gran espacio en la vida jurídica de nuestro país, en el que los arbitrajes resultaron ser algo escaso en la práctica, ya sea porque los códigos de procedimientos —cuando lo regulaban— le otorgaban un tratamiento muy parco; o porque recurrir a él, resultaba siendo muy complicado, dado que el ordenamiento jurídico en su conjunto, conducía, fundamentalmente, a que las controversias sean resueltas por los tribunales ordinarios; vale decir, por el Poder Judicial.

Sin embargo, el arbitraje tuvo una presencia muy notable en el Perú, sobre todo en materia mercantil y marítima, con la existencia del Consulado de Lima, fundado en 1613, por un grupo importante de mercaderes de esta ciudad que, como dice José Antonio en su libro, concentró funciones y competencias que lo convirtieron en una institución muy influyente; dentro de las cuales se encontraban las de resolver controversias del tráfico comercial, asociadas al derecho mercantil y marítimo, además de funciones de carácter tributario, aduanero y financiero, que no es del caso comentar.

El autor refiere que el precedente histórico del Tribunal del Consulado fue el denominado Consulado del Mar, cuerpo de normas marítimas que se establecieron el siglo XIII en el Mediterráneo, que recogieron los usos y costumbres de la gente de mar; y, de otro lado, a las corporaciones de mercaderes organizados, que instituyeron los tribunales para resolver sus controversias.

Pejovés recuerda que la materialización de un derecho marítimo especial y de la *lex mercatoria*, distintos del derecho común, fueron la razón por la cual los comerciantes constituyeron organizaciones dotadas de competencia para aplicar ese derecho marítimo y la *lex mercatoria*, y así resolver las controversias surgidas en torno al mar y lo marítimo.

Reseña José Antonio Pejovés que hubo una especie de monopolio que se mantuvo hasta fines del siglo XVIII, y que determinó que, siendo Lima para España la capital del virreinato más importante de Sudamérica, fuese Lima también el lugar de mayores transacciones y grandes controversias; habiéndose esta-

blecido con los reyes Carlos V y Felipe II, un sofisticado aparato burocrático para fiscalizar ese tráfico eminentemente marítimo.

Indica el autor que los comerciantes de Lima, solicitaron al virrey García Hurtado de Mendoza y Manrique, la instalación y funcionamiento del Consulado, ya que rechazaban la justicia ordinaria por su demora, costos y falta de conocimiento de los usos y costumbres comerciales.

Nótese cómo el Tribunal del Consulado de Lima fue monopólico en su momento hasta 1778.

Más allá de mencionar las demás funciones que cumplía el Tribunal del Consulado, José Antonio señala que la más trascendente fue la competencia jurisdiccional sobre las controversias en las que se vieron inmersos los mercaderes de la corporación de Lima, en su actividad comercial con otros miembros del gremio o con terceras personas, por el incumplimiento de las normas mercantiles. Todas estas disputas mercantiles fueron conocidas y resueltas por el tribunal.

Es muy importante resaltar, como lo hace el autor, que dicho tribunal era un fuero privativo que resolvía los litigios de los mercaderes agremiados en el Consulado, aplicando la *lex mercatoria* y sus propias normas contenidas en ordenanzas de 1619.

José Antonio explica que el tribunal ejerció su jurisdicción como un mecanismo de solución de controversias, no alternativo sino exclusivo, y a través de instituciones vigentes en la actualidad, como el arbitraje y la conciliación.

Basándose en lo escrito por el predecesor del derecho mercantil en el Perú, Juan de Hevia Bolaños, cuya obra fue publicada en Lima y después en Madrid, y las enseñanzas de Robert Smith, señala Pejovés que la jurisdicción del Tribunal del Consulado de Lima fue privativa, es decir, una jurisdicción exclusiva para resolver las disputas comerciales entre los mercaderes comprendidos en esa jurisdicción; siendo tan exclusiva dicha competencia, que las ordenanzas respectivas establecían fuertes multas a quienes se abstuvieran de llevar sus controversias a la sede consular; incluyendo disposiciones que prohibían a los poderosos inquisidores del Tribunal del Santo Oficio, conocer controversias de carácter mercantil.

Además, como señala José Antonio, el tribunal tuvo un papel conciliador antes del inicio de los procesos, siendo frecuente que se llegara a acuerdos en esta etapa.

Resulta muy interesante apreciar en el estudio de José Antonio, cómo las primeras constituciones que rigieron en el Perú independiente, no suprimieron el Tribunal del Consulado como el órgano de solución de las controversias mercantiles, pues el mismo mantuvo su vigencia de manera paralela a los tribunales de justicia ordinarios, hasta su extinción producida a través de una ley promulgada el 31 de agosto de 1887.

La competencia territorial del Consulado se extendió por todo el territorio del virreinato del Perú, habiéndose llegado a nombrar diputados mercantiles en sitios tan alejados de Lima, como Santiago, Quito o Buenos Aires.

En lo que respecta al marco jurídico aplicado por el Tribunal del Consulado de Lima, éste consistió en las ordenanzas de 1619 y un *corpus* normativo especial contenido en la *lex mercatoria* y otras normas.

Otro de los aspectos emblemáticos del trabajo de José Antonio Pejovés, radica en que ha investigado de manera muy prolija la actividad procesal del Consulado de Lima, en diversas fuentes y archivos, habiendo reseñado algunos de los casos que logró encontrar en los mismos.

Es curioso cómo los escritos autorizados por abogados eran inadmisibles en el tribunal, ya que se entendía que ellos, en su accionar, dilataban los procesos; no obstante lo cual, las partes sí podían ser aconsejadas e instruidas por abogados.

Las sentencias se aprobaban por mayoría (dos votos de tres); y ellas eran impugnables para que fueran conocidas por el tribunal de alzadas. Lo resuelto por este último tribunal ponía fin al proceso, y no era recurrible si confirmaba lo resuelto por el Tribunal del Consulado; de lo contrario, cabía una segunda apelación.

Casi al finalizar la obra, el autor realiza un paralelismo entre la función jurisdiccional del Tribunal del Consulado y la conciliación y el arbitraje en la actualidad, siendo muy interesantes los rasgos de similitud que logra advertir.

Luego de haber intentado resumir en esta primera parte de mi exposición, la obra del profesor Pejovés, quisiera formular algunas reflexiones personales en torno al tema bajo estudio.

La obra es muy valiosa porque trata, como dije al principio, acerca de una materia que ha pasado inadvertida en la historia moderna del arbitraje.

Ella nos recuerda que el arbitraje surge como una necesaria alternativa al Poder Judicial, tanto así que, en aquella época, la competencia del Tribunal del Consulado para conocer las controversias mercantiles y marítimas, no era facultativa, sino obligatoria.

Cuando José Antonio recuerda el disgusto de los comerciantes de Lima por las notorias dilaciones de los procesos judiciales en los que se ventilaban sus controversias, dicha crítica no hace sino reafirmar el lamentable y eterno problema del Poder Judicial en el Perú, consistente en la lentitud de la administración de justicia.

Los comerciantes querían, entonces, una justicia más rápida para ellos; y la tuvieron.

Sin embargo, al igual que ocurrió hace exactamente cuatro siglos, quienes somos partidarios del arbitraje, no debemos olvidar que es necesario para cualquier sociedad, el tener un Poder Judicial moderno, eficiente, serio y competente.

El hecho de contar con el arbitraje como medio alternativo para determinadas y específicas controversias, sólo permitirá aliviar la carga procesal en alguna escasa medida, pero no significará que el arbitraje pueda funcionar sin un adecuado complemento y un buen Poder Judicial.

Nótese cómo tanto las sentencias del Tribunal del Consulado, como los laudos arbitrales de la actualidad, podían ser impugnados ante los tribunales ordinarios, de modo tal que la última palabra en esta materia, siempre la tendrá el Poder Judicial; de manera que, así como nos preocupamos del arbitraje, debemos hacerlo con respecto al propio Poder Judicial.

Por otra parte, resulta curioso cómo tanto en las normas que regulaban el Tribunal del Consulado de Lima, como en la actual Ley de Arbitraje, existe una apreciación peyorativa con respecto a los abogados, habida cuenta de que en el Tribunal del Consulado no se permitían escritos firmados por letrados, en tanto que el Decreto Legislativo n.° 1071 permite a las partes litigar por sí mismas, sin el requisito de la defensa cautiva.

Nótese cómo, si bien no se prohíbe la participación de los abogados en los arbitrajes contemporáneos, la ley peruana parte del entendimiento de que los arbitrajes comerciales, bien podrían solucionarse sin abogados, tal como ocurría hace cuatrocientos años, tomando como valor entendido el que las partes actuaran de buena fe y que trataran de exponer sus posiciones de la manera más sencilla posible. Lo que a entender del Tribunal del Consulado y a criterio de la actual Ley de Arbitraje, no ocurre necesariamente cuando se está en presencia de abogados.

Este prejuicio contra los letrados y las formalidades que habitualmente traen consigo, se extiende en nuestro país, al caso de los arbitrajes de derecho, en donde no se exige a los árbitros colegiatura alguna. Y a los arbitrajes de derecho que revistan el

carácter de internacionales, en donde se permite que los árbitros, incluso, no tengan la profesión de abogado.

Estas consideraciones también se extienden a la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento, cuerpos normativos que permiten que los árbitros de parte en los tribunales que resuelvan este tipo de controversias, no tengan necesariamente que ser abogados, salvo el caso del presidente o árbitro único, de encontrarnos en este último supuesto.

Ello significa que, en el arbitraje con el Estado, a pesar de encontrarnos frente a tribunales arbitrales que deben conocer arbitrajes de derecho, éstos podrían estar compuestos teóricamente por un abogado y por dos profesionales de distinta especialidad.

Nótese cómo las leyes de arbitraje siguen priorizando el conocimiento específico de las materias en controversia por sobre los títulos profesionales y el conocimiento específico del derecho.

Éstos son rasgos evidentes que nos recuerdan los orígenes del arbitraje mercantil, el mismo que, junto con el arbitraje en materia de derecho internacional público, constituyen los antecedentes más remotos del arbitraje.

Es muy curioso apreciar cómo en las postrimerías del siglo XIX, el 20 de abril de 1888, es creada la Cámara de Comercio de Lima, en sustitución del Consulado (apenas siete meses y veinte días después de que éste se extinguiera); y, precisamente, un siglo después, a fines del siglo XX, son las Cámaras de Co-

mercio de las principales ciudades del Perú, las que empiezan a promover el arbitraje de una manera intensa.

En nuestro país tenemos notorios ejemplos de Cámaras de Comercio que han promovido y promueven el arbitraje y revisten una constante actividad, como es el caso de las de Piura, La Libertad, Huancayo y Arequipa, sólo por citar las más representativas del interior del Perú.

Pero, no cabe duda de que es la Cámara de Comercio de Lima, sucesora en la historia del Consulado de Lima, como gremio de los comerciantes, la que ha dado el impulso más notorio al arbitraje en el Perú, desde la creación de su centro de arbitraje en el año 1993.

Nótese cómo la Cámara de Comercio como sociedad intermedia, ha tenido y tiene esta actividad promotora de la solución de controversias.

El otro ejemplo notorio en materia de sociedades intermedias en el Perú, es el caso de la Pontificia Universidad Católica del Perú, desde la creación de su centro de arbitraje, en el año 2000.

Pero, claro que existen notorias diferencias entre el Tribunal del Consulado y los arbitrajes modernos, como es el caso de quienes resolvían la controversia, personas que en el Tribunal no eran designadas por las partes, sino por el propio Consulado, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje moderno.

No obstante, en ambos casos la idea era que quienes resolvieran las controversias fuesen personas especializadas en la materia, especialización que, en lo que respecta a derecho comercial y marítimo, no existía en el Poder Judicial. Hoy en día las mismas consideraciones se aplican para los arbitrajes comerciales, en donde serán árbitros expertos en la materia quienes resolverán las controversias, como en los arbitrajes en la contratación pública, en donde para integrar los tribunales arbitrales, la ley exige una rigurosa y comprobada especialización.

Existía una diferencia también en el sentido de que las sentencias del Tribunal del Consulado de Lima eran recurribles en materia de fondo ante los tribunales ordinarios, en tanto los laudos arbitrales contemporáneos sólo deberían ser recurribles en anulación, por las causales netamente de forma que, de manera taxativa, establece la ley de arbitraje.

No obstante, esta disposición legal hoy se ha convertido en letra muerta, dado que, tanto los abogados litigantes como las cortes superiores que conocen los recursos de anulación, han entendido que constituye una causal no escrita, la falta de motivación o indebida motivación de los laudos, razón por la cual el Poder Judicial, en estos tiempos, se ha convertido, sin que lo diga la ley, en una especie de sala de apelación de los laudos arbitrales. Sin duda, una coincidencia con lo que ocurría hace cuatrocientos años.

En fin, podríamos continuar efectuando reflexiones sobre este tema, pero no es objeto de mi exposición el establecer todas las semejanzas y diferencias existentes entre el arbitraje del Tribunal del Consulado y el arbitraje contemporáneo.

Sí lo es, en cambio, resaltar el importantísimo trabajo que se presenta esta noche, escrito por el profesor José Antonio Pejovés Macedo, el mismo que resulta notoriamente sugestivo para relacionar el arbitraje comercial con sus orígenes en Lima, a la par que con sus vicisitudes durante los 274 años en que estuvo vigente el Tribunal del Consulado.

La aproximación al estudio casuístico que realiza José Antonio, nos servirá, sin duda, para abrir un panorama mayor sobre estos antecedentes, que nos llevan a una constatación histórica importante; y es que, por lo menos, cuando fue hegemónico en Sudamérica el Tribunal del Consulado de Lima, dentro del virreinato del Perú, en nuestra ciudad había más arbitrajes que en cualquier otra del subcontinente. Esta realidad también se vive en nuestros días, pues al ser el Perú el único país donde el arbitraje en contratación pública es obligatorio, y dado el número de contratos que celebra el Estado peruano cada año para la provisión de bienes, servicios y obras, es imposible que exista otra ciudad en Sudamérica donde se arbitre más que aquí.

Como podrá apreciar el público que hoy nos acompaña, son muchas las ideas que surgen a raíz de la lectura del libro de José Antonio; y, sin duda, muchas más surgirán en los próximos meses, cuando el medio arbitral haya leído esta valiosísima obra.

Mis felicitaciones al autor y al Fondo Editorial de la Universidad de Lima por tan acertada publicación.

Muchas gracias

Palabras de presentación del volumen 59 de la *Biblioteca de Arbitraje* «Las Juntas de Resolución de Disputas en la Contratación Estatal Peruana» escrito por Lizeth Rodriguez Portal [*]

Señor doctor César Guzmán Barrón,

Señor doctor Jaime Gray Chicchón,

Señor doctor Jackson Gallardo Aguilar, Jefe de la Subdirección de Procesos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado,

Señor doctor Abel Ruiz Bautista, Director del Círculo de Arbitraje con el Estado y moderador del presente evento,

Señora doctora Lizeth Rodriguez Portal, autora de la obra que esta noche presentamos,

Queridos amigos,

Les dirijo estas palabras en mi condición de Director de la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio y ellas serán muy breves,

---

[*] Palabras a ser pronunciadas en la Biblioteca «Ricardo Palma» de la Municipalidad distrital de Miraflores, la noche del miércoles 21 de noviembre de 2018.

porque ya hemos escuchado a los profesores que han presentado propiamente la obra y se han referido a su contenido y alcances.

En lo personal, quiero agradecer a Lizeth por la inmediata aceptación a la propuesta que le hicimos para publicar su obra y por el permanente entusiasmo con el que nos ha acompañado en el proceso de edición de la misma.

La *Biblioteca de Arbitraje* se enorgullece de haber sido pionera en la publicación del primer libro sobre *dispute boards* en América Latina. Me refiero al volumen 23, obra colectiva publicada en el 2014 y que fue coordinada por el profesor mexicano Roberto Hernández García.

Un año después también publicamos el primer libro escrito en el Perú sobre la materia, cuya autoría corresponde a los abogados Rodrigo Freitas Cabanillas y Juan Diego Gushiken Doy.

Y hoy, tenemos el gusto de incorporar a la colección el volumen 59, escrito por Lizeth Rodriguez Portal y que también versa sobre las juntas de resolución de disputas.

Gran satisfacción para nosotros y para el medio jurídico en general el que una abogada tan inteligente y tan apreciada como Lizeth, haya escrito sobre la materia y haya demostrado, con esta obra, una gran versación en el tema.

Como colección, la *Biblioteca de Arbitraje* aspira a concluir este año con la publicación del volumen 61.

Aunque suene contradictorio, hace dos semanas se presentó el volumen 60; y, a lo largo de este año estamos sumando once volúmenes publicados, es decir casi uno por mes; aunque no hemos superado el récord del año 2017, en que llegamos a publicar quince volúmenes.

Desde los inicios de nuestra colección, en el año 2006, ha sido permanente objetivo de la *Biblioteca de Arbitraje* el difundir las doctrinas en torno a este medio de resolución de conflictos; y, naturalmente, ella no podía ser ajena a la junta de resolución de disputas, dada la estrecha relación que tiene con el arbitraje.

No me voy a extender más y sólo quiero reiterar a quienes me acompañan en la mesa, el agradecimiento de nuestro Estudio por sus enseñanzas y participación; y, a Lizeth, nuestras felicitaciones más sinceras por tan importante logro académico.

Y a ustedes, queridos amigos, muchas gracias por su presencia esta noche.

La recusación basada en temas académicos

Un aspecto poco abordado en doctrina es el relativo a la recusación de un árbitro basada en temas de orden académico

En primer término, tenemos que definir qué entendemos por la expresión «orden académico». Creemos que se trataría de una recusación que se basa exclusivamente en la relación académica de alguna persona, sea parte, representante o abogado, con un árbitro. Pero, lo repetimos, tal recusación tendría que fundamentarse, en exclusiva, en razones de naturaleza académica, no amical ni de negocios o de otro tipo.

Voy a referirme a distintos supuestos susceptibles de presentarse. En ellos analizaré la relación árbitro-abogado, incluyendo en este último tema a la parte, sus representantes y a los demás árbitros que integren el tribunal arbitral.

1. Compañeros de colegio

Es posible que el árbitro y el abogado defensor hayan estudiado juntos en el colegio. Si éste fuese el caso, ello debería ser declarado en tales términos por el árbitro, apenas sea nombrado como tal o apenas ese abogado se integre públicamente a la defensa del caso.

Sobre este tema se podría decir que no es necesario declarar algo, en la medida de que se trata de hechos cuya antigüedad es mayor a cinco años y que, además, el hecho de haber sido compañeros de estudios en el colegio no garantiza que sean amigos, ya que, si lo fuesen, esto se tendría que declarar de manera prioritaria.

Además, se podría decir que un árbitro no tiene el deber de recordar los nombres de todos sus compañeros de colegio. Eso es cierto, pero lo más probable será que cuando escuches ese nombre y te suene conocido, puedas averiguar de dónde conoces a esa persona, a efectos de cumplir con tu deber de revelación, independientemente de cualquier tema de estudios conjuntos.

Por otra parte, dado que los estudios escolares duran once años, es indudable que, al menos, debe presumirse la existencia, no de amistad, pero al menos de una relación de compañerismo. En ese sentido, será preferible que el árbitro consiga una lista de quienes fueron sus compañeros de colegio, y que declare cuando se cruce con ellos en algún arbitraje. Ello no es causal de recusación, pero mejor será declarar tales circunstancias, pues el no hacerlo, permitirá recusarlo. Por último, nadie sabe cuál será el destino de la recusación.

2. Compañeros de universidad

Entonces, si creo que debería declararse las vinculaciones académicas por el colegio, con mayor razón debería declararse cualquier vinculación por haber estudiado juntos en la universidad,

ya sea por ser compañeros de promoción o por haber compartido algunos cursos.

No olvidemos que los vínculos universitarios no sólo son más recientes que los escolares, sino que además generan relaciones preprofesionales en algunos casos importantes.

Es obvio que, si el árbitro debiera declarar cualquier vínculo escolar, con mayor razón debería proceder en ese sentido en torno a relaciones de compañerismo en la universidad.

Ello se extendería —naturalmente— a los casos en que el árbitro haya sido alumno del abogado defensor (porque un buen alumno recuerda a quienes fueron sus maestros); y, aunque pueda sonar exagerado, al árbitro que haya sido profesor de algún abogado defensor. En ese sentido, resultará imposible que un profesor recuerde a todos sus alumnos. Siendo ello así, entonces habrá que hacer e ir alimentando, semestre a semestre, una relación de todos quienes han sido alumnos regulares de aquel profesor que ejerce función arbitral.

Esta vinculación —expresada o no por el árbitro— no debe generar recusación alguna, pero —si es posible— resulta mejor revelarla que pasarla por alto.

3. Doctorados, maestrías, cursos de extensión, diplomados, etc.

Lo expresado en el punto precedente será aplicable a las maestrías y doctorados, por tratarse de cursos conducentes a grados

académicos que, de acuerdo a ley, tienen una duración considerable.

Ello también se aplicará a diplomados, cursos de extensión o similares que tengan una duración apreciable en el tiempo, y en los que se hubiere compartido el aula, al menos, por varios meses.

No será aplicable, en cambio, a conferencias puntuales, cursos breves de algunos días y similares.

4. Las asesorías de tesis

El árbitro deberá declarar si el abogado de una de las partes ha sido su asesor de tesis o viceversa. Esto, pues el desarrollo de un trabajo de esta naturaleza implica una labor de meses o años, en la cual se puede crear una relación de confianza entre asesor y asesorado.

El tema resulta más evidente cuando la relación de asesoría de tesis se da en tiempo presente. No obstante, es claro que entre dos abogados serios que se encuentren en esta situación (por ejemplo, la de asesor y asesorado en una tesis doctoral), las actuaciones arbitrales, e incluso el laudo arbitral no tendrán por qué afectar en lo más mínimo la relación asesor-asesorado; pero hay que convenir en que tal situación podría generar en alguna parte procesal, dudas justificadas en relación a la independencia e imparcialidad del árbitro.

Como esto es inevitable, resulta mil veces mejor declarar esa relación de asesoría que no hacerlo. Además, no hay que olvidar que el asesor de tesis es el encargado, en primer lugar, de informar sobre la tesis para que ella se encuentre lista y el graduando expedito para sustentarla oralmente. Además, el asesor integrará el jurado calificador el día en que sea sustentada.

5. Las autoridades universitarias o de la Facultad de Derecho en que estudió

Estimo innecesario el que un árbitro deba declarar quiénes fueron las autoridades universitarias cuando estudió en la universidad; a menos, claro está, que haya tenido directa relación con ellas, como sería el caso en el cual los dos (árbitro y abogado defensor) hubieran ejercido representación de manera conjunta, lo que inevitablemente les habría llevado a tener un contacto permanente. También debería declararse sobre las autoridades universitarias si se hubiese tenido contacto con ellas debido a cualquier otra circunstancia.

6. Profesores de la Facultad

Si el árbitro y el abogado defensor fuesen profesores en la misma Facultad de Derecho, obviamente ello se tendría que declarar. No porque tal situación genere, de por sí, vínculos amicales o de compañerismo. Debo confesar que no conozco a la mayoría de mis colegas catedráticos en la Facultad de Derecho, pero al ser un universo reducido (de un poco más de trescientas personas),

la ausencia de declaración podría generar indebidas sospechas en alguna de las partes.

7. Si han escrito o publicado juntos

Obviamente, no me refiero a que ambos hubiesen enviado artículos al mismo número de una revista de derecho y ésta los hubiese publicado. Me refiero a algo mucho más cerrado, como, por ejemplo, si ambos hubiesen llevado adelante el proyecto de un libro colectivo, sea como organizadores, coautores o colaboradores o si, incluso, lo hubiesen escrito al alimón. Eso, por supuesto, que se tendría que declarar. No hay duda al respecto.

8. Si fueran parte de alguna asociación con fines académicos

Sería el caso en que árbitro y abogado integren, por ejemplo, una misma asociación o grupo que investigue sobre temas de derecho o si integraran ambos, por ejemplo, alguna academia jurídica. Estas vinculaciones pueden darse tanto a nivel nacional como internacional.

9. Conflictos de interés

Aunque parezca mentira, los temas de orden académico muchas veces generan no sólo vínculos afectivos, sino roces y animadversiones entre los académicos, fruto de sus tesis o posiciones sobre lo que escriben o, simplemente, celos académicos, muy frecuentes, aunque no lo parezca.

En este sentido, cuando se designe a un árbitro que sienta animadversión por el abogado de una de las partes o por su representante o por la propia parte, pues deberá rechazar el nombramiento o, si decide aceptar el encargo, pues deberá poner al margen estos rencores y actuar con absoluta imparcialidad. Ello, porque no se podría poner por escrito algo de esto en la carta de aceptación, a menos —claro está— que ello constase en elementos o medios de carácter objetivo. Pero la experiencia enseña que en estos casos resulta mejor no aceptar el cargo de árbitro.

Las fricciones de orden académico suelen ocurrir, sobre todo, cuando se trata de abogados y académicos de la misma especialidad.

10. Cualquier otra situación que sea pertinente declarar

Por último, es evidente que esta relación de supuestos no es taxativa, en la medida en que ellos tienen carácter meramente ilustrativo y, en tal virtud, podrían presentarse supuestos similares o incluso distintos, que hagan necesario que el árbitro revele determinados hechos para el conocimiento de las partes y de sus compañeros de tribunal.

Lima, noviembre del 2019.

Los derechos procesales del tercero del artículo 14 de la Ley de Arbitraje

(Trabajo para el libro en homenaje al doctor Hernando Montoya Alberti)

Mario Castillo Freyre[*]
Verónica Rosas Berastain[**]
Massiel Silva-Santisteban Amésquita[***]

Hace algunos meses recibí la gentil invitación de la Comisión que dirige el futuro Libro Homenaje al doctor Hernando Montoya Alberti, a efectos de escribir un artículo que se integrara al mismo.

---

[*] 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, donde dicta el curso de Derecho de las Obligaciones. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

[**] Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[***] Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre. Ha sido asistente de cátedra del Curso de Obligaciones dictado por el doctor Felipe Osterling Parodi.

Acepté de inmediato, dada la amistad y el gran aprecio que tengo hacia el homenajeado.

Estas primeras palabras las escribo a título singular, a pesar de que el artículo lo he escrito en coautoría con dos jóvenes y brillantes juristas, Verónica Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. Ello, no porque el artículo no sea un homenaje de los tres, sino en virtud a que mi conocimiento del homenajeado se remonta a hace varias décadas, cuando ambos dictábamos en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, cada uno en su especialidad, por supuesto.

Ahí tuve la oportunidad de trabar amistad con él y siempre me pareció una muy buena persona, además de un hombre muy conocedor del Derecho y un consejero prudente.

Con el correr de los años hemos coincidido en diversos asuntos profesionales y sociales y nuestro aprecio y amistad se han mantenido a plenitud.

Hernando es hijo del doctor Ulises Montoya Manfredi, padre del Derecho Comercial peruano; y hermano de otro ilustre jurista, el doctor Ulises Montoya Alberti, exdecano del Colegio de Abogados de Lima.

Felicito a los organizadores de este homenaje, por la excelente idea, la misma que hace justicia a un hombre de bien y a un jurista a carta cabal.

A continuación, nuestro artículo.

M.C.F.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071) se ha escrito y debatido acerca de los alcances del artículo 14; de la naturaleza que tienen aquellos que se quiere incorporar al proceso, habiendo sido calificados por la mayor parte de quienes han opinado sobre la materia, como "partes no signatarias" y por otros, dentro de quienes nos incluimos, como terceros.

Pero una materia que no ha sido objeto de tratamiento, es la relativa a cuáles son los derechos de esos terceros en el proceso arbitral al que sean convocados.

Partiendo de tales presupuestos, en este trabajo, luego de explicar las razones que determinan que la calificación de "parte no signataria" deba extenderse a supuestos en los que efectivamente el consentimiento de someterse a arbitraje resulte indubitable,[1] nos enfocaremos en identificar cuáles son los derechos procesales del tercero en situaciones en las que se pretenda aplicar el artículo 14.

[1] Sobre este tema ya se ha opinado a profundidad. CASTILLO FREYRE, Mario et al. La ley de arbitraje: Análisis y comentarios a diez años de su vigencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

1. LA PARTE NO SIGNATARIA. A PROPÓSITO DE LA NECESIDAD DE EFECTUAR UNA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE

Conforme se establece en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral es un acuerdo de voluntades que debe constar por escrito. El texto de la referida norma, es el siguiente:

> Artículo 13.- *Contenido y forma del convenio arbitral*
>
> 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
>
> 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito.
> Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
>
> 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
>
> 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‹comunicación electrónica› se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‹mensaje de datos› se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos,

ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

En el esquema planteado por la Ley de Arbitraje toda persona que haya suscrito ese convenio arbitral que puede calificarse como escrito en los términos regulados en el artículo 13, es calificada como parte signataria del mismo y, por ende, se encuentra vinculada a él. Ello, en la medida en que, conforme a lo regulado en la citada norma, no cabe duda de que ha declarado su voluntad de someterse a dicho acuerdo.

Existen situaciones, sin embargo, en que, habiendo un convenio arbitral que ya vincula a —al menos— dos partes en apli-

cación de lo establecido en el referido artículo 13, hay una tercera parte que, no habiendo suscrito ese convenio, sí habría dado su consentimiento para someterse a él. Esas situaciones, son las previstas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 14.- *Extensión del convenio arbitral.*
> El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

El propósito de la norma transcrita ha sido favorecer la inclusión de más personas o más partes en el proceso arbitral. Con esa finalidad, el artículo 14 no hace otra cosa que establecer que ese convenio arbitral que ha sido acordado en aplicación del artículo 13, no sólo vincula a aquellos sujetos que, en efecto, lo han suscrito y que pueden ser identificados con facilidad (partes signatarias), sino que vincula a un sujeto distinto a ellos (parte no signataria) que, aunque de un modo distinto al de aquellos, también ha declarado su voluntad de someterse a dicho convenio.

Lo señalado tiene que ser entendido como una premisa general, básica y elemental a partir de la cual se debe iniciar cualquier razonamiento que pretenda incluir a un sujeto no signatario en un convenio arbitral.

El supuesto contemplado en el artículo 14, entonces, es que alguien, distinto a las partes signatarias, es parte del convenio, a pesar de que no ha suscrito el mismo. Al ser parte del convenio, ese sujeto no signatario ha aceptado someterse a la jurisdicción arbitral, de modo que está legitimado para actuar como parte demandada o parte demandante en un proceso que se inicie en virtud del mismo.

Así las cosas, a efectos de que puedan extenderse los alcances de ese convenio arbitral suscrito al amparo del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, a un sujeto que no puede calificarse como una de las partes signatarias, lo que se tendría que demostrar es la calidad de parte del convenio arbitral de esa persona.

Para demostrar que es parte, es preciso demostrar que ha declarado, expresa o tácitamente, su voluntad de someterse a él, aunque lo haya hecho en un modo o una oportunidad distinta a la declaración hecha por las partes signatarias.

En caso no se lograra demostrar que ese sujeto no signatario ha dado su consentimiento, nos encontraríamos frente a un tercero a quien debería emplazarse en los tribunales ordinarios.

En esta línea, resulta importante advertir que el contenido del artículo 14 no debe ser tomado como una regla general. Jurídicamente hablando, lo sano y lógico es que no se pueda incorporar al proceso a un sujeto no signatario en un convenio arbitral. Sin embargo, y sólo al momento de analizar cada caso en particular, se podrá aceptar, excepcionalmente, que esto ocurra. Y para que ocurra, precisamente, ese sujeto no deberá ser un ter-

cero, sino que deberá poder calificarse como parte no signataria del convenio arbitral al haber consentido someterse al mismo.

Sostener algo distinto y pretender usar el artículo 14 de la Ley de Arbitraje como una fórmula elástica que pueda ser estirada para forzar la jurisdicción arbitral en sujetos que ni han suscrito el convenio arbitral en los términos expresados en el artículo 13, ni han dado su consentimiento (expreso o tácito) para someterse a él, sería absolutamente injusto, toda vez que resultaría contraproducente para los principios de la administración de justicia en general y del arbitraje en particular.

En esa línea y sin negar la buena intención que ha orientado la concepción del artículo 14, los tribunales arbitrales deben aplicar con mucho cuidado el contenido de dicha norma; ello, debido a que si se atrajeran a los arbitrajes a terceros (considerándolos como "partes no signatarias") contra su voluntad de manera indiscriminada, el destino de dichos procesos sería la impugnación de las decisiones que emitan esos tribunales arbitrales. Y no sólo eso, pues nos atreveríamos a afirmar que la validez del laudo podría discutirse con mucho éxito en sede judicial por los terceros que sean obligados a formar parte del proceso arbitral.

Decimos que esos terceros podrán tener éxito, porque podrían presentarse violaciones del debido proceso, y no sólo eso, ya que en caso de que sus reclamos frente a los tribunales ordinarios en materia de anulación de laudo no prosperasen, tendrían expedito su camino para recurrir a las acciones de garantía, específicamente la acción de amparo, por violación del

debido proceso y el apartamiento de la jurisdicción ordinaria (CASTILLO FREYRE et al. 2018, 232-233).

De esta manera, la interpretación y aplicación que se realice del artículo 14, debe partir siempre de determinar si, indubitablemente, es viable sostener que el sujeto a quien se pretende incorporar a un proceso arbitral como parte, pese a no ser una de las partes signatarias del convenio arbitral sobre el que se sustenta, sí habría declarado su voluntad de someterse a ese convenio.

La necesidad de que la interpretación que se realice de la extensión de los alcances del artículo 14 sea restrictiva, se deriva de la sola noción de parte y de consentimiento, que va asociada a ésa. Ello es así porque de otro modo se estaría afectando de manera negativa valores e instituciones jurídicas de suma relevancia, entre los que destacan la lógica misma del arbitraje y la seguridad jurídica.

Forzar a un sujeto a incorporarse a un arbitraje como parte del mismo o permitirle hacerlo en contra de la voluntad de quienes sí son parte signatarias de un convenio arbitral, es un despropósito que contraviene la esencia misma de la jurisdicción arbitral.

2. Momento en que debe solicitarse la inclusión del tercero

La ley y los reglamentos de los principales centros de arbitraje no se pronuncian acerca del momento en que la parte interesada

deba solicitar la inclusión del tercero al proceso arbitral. Se trata de un tema complicado. Veamos.

Si quien solicita el arbitraje fuese la parte interesada en que se incluya al tercero, tendremos un primer problema, porque el futuro demandante buscará emplazar a ese tercero, seguramente, lo que equivale a decir que tendrá intereses contrapuestos a los del tercero, quien —es lo más probable— no quiera participar en el arbitraje al no haber suscrito el convenio arbitral.

Ese primer problema se presenta en la solicitud de arbitraje, momento preciso en el que se debería solicitar la inclusión del tercero.

Esto determinará que, ante la posibilidad de que el tercero, finalmente, sea parte en el proceso, la parte emplazada deba manifestar si está o no de acuerdo en que se integre al tercero —como parte demandada— al proceso arbitral.

Aquí el problema radica en considerar cuáles son los derechos de ese tercero. Es obvio que el tercero no va a solicitar el arbitraje, pues al no haber suscrito el convenio arbitral, ello no le corresponde, pero alguna de las partes debería solicitar su inclusión como tercero («parte no signataria»), ya sea en la solicitud de arbitraje o en la contestación a dicha solicitud.

Decimos esto, pues si ese tercero llegara a ser considerado parte en el proceso arbitral, tendrá todos los derechos que como parte procesal le corresponden. Entonces, de eso se deduce que solicitar una inclusión en momento posterior ya vulneraría sus

derechos al debido proceso y a su manifestación específica de tutela jurisdiccional efectiva.

3. Momento en que debe solicitarse la inclusión del tercero

Es evidente que la parte que solicite el arbitraje deberá designar a quien será su árbitro de parte, en tanto la parte emplazada deberá hacer lo propio cuando conteste la solicitud de arbitraje.

Pero, si en cualesquiera de los documentos (solicitud de arbitraje y contestación) alguna de las partes hubiese solicitado la inclusión de un tercero en calidad de parte, pues será evidente que tales designaciones de árbitros sólo serán provisionales.

Decimos esto, en tanto y en cuanto si, finalmente, el tercero termina siendo parte en el proceso, habrá que elegir nuevamente a los árbitros. Pero sobre esto volveremos más adelante.

4. Cómo se decide el pedido de incluir al tercero en el proceso

4.1. Ambas partes están de acuerdo y el tercero también

¿Qué pasaría si en la solicitud de arbitraje y en la contestación se aprecia que ambas partes están de acuerdo en que se convoque al tercero para que sea parte en el proceso? Aquí, ¿el órgano administrativo del centro de arbitraje podría decidir incluirlo? Pensamos que no. Lo que se debería hacer es notificarle las co-

municaciones que al respecto han cursado las partes al centro de arbitraje (solicitud y contestación).

Si el tercero está de acuerdo con ser parte en el proceso arbitral, ya estarían todos de acuerdo (partes suscriptoras del convenio y tercero), con lo cual, el órgano administrativo del centro de arbitraje podría proceder a incluirlo como parte del proceso desde ese momento.

Nótese que en este caso, de acuerdo a ley y a todos los reglamentos de los centros de arbitraje, que conozco, tanto el futuro demandante como el emplazado (futuro demandado), ya habían nombrado sus árbitros de parte, y sólo faltaría que ellos designen al presidente del tribunal arbitral. Pero el trámite no podría continuar, porque el tercero, recién admitido al proceso, no ha participado en la designación del árbitro que le corresponde, sea en calidad de demandante, sea en calidad de demandado.

Así las cosas, se debería proceder a volver a nombrar al árbitro de la parte que corresponda, designación que deberán haber de consuno la parte suscriptora del convenio arbitral que corresponda y el tercero que ahora tendrá la misma condición procesal que aquélla, sea como demandante o demandado.

En ese sentido, lo primero que podría ocurrir es que el tercero ratifique al árbitro inicialmente designado por esa parte.

Pero también podría ocurrir que no lo haga y que se ponga de acuerdo con su litisconsorte para elegir a otro árbitro.

Ahora bien, la historia también podría seguir el curso de que no se pongan de acuerdo, con lo cual, conforme a algunos reglamentos, ese árbitro será designado supletoriamente por el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje, quedando firme la designación de árbitro hecha por su contraparte; en tanto, de acuerdo a otros reglamentos, en el supuesto en que dos o más codemandados o codemandantes no se pongan de acuerdo en el nombramiento de su árbitro, el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje, no sólo designará al árbitro de esa parte, sino que también quedará sin efecto el nombramiento de árbitro que hubiere hecho la parte contraria, siendo también designado su árbitro por el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje.

Éste es el procedimiento correcto para nombrar a los árbitros.

4.2. Las partes están de acuerdo, pero el tercero no

Pero ¿qué ocurriría en caso coincidan ambas partes, al inicio del arbitraje (solicitud y contestación) en la idea de incluir al tercero como parte del proceso, pero el tercero no lo desee?

Pues, en estos casos, sin duda, el tema sería más complicado.

En primer lugar, si una vez que el centro de arbitraje pone en conocimiento del tercero la voluntad de ambas partes para incorporarlo como parte del proceso arbitral, el tercero manifiesta no estar de acuerdo con ello, pues, entonces, el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje carecería de facultades para hacerlo.

En este caso, los árbitros designados por las partes, una vez que queden firmes sus designaciones, deberán nombrar al presidente del tribunal arbitral.

Será el tribunal arbitral el que deberá conocer y resolver el pedido de las partes para incorporar al tercero como parte del proceso.

El tribunal arbitral notificará al tercero y, de seguro, lo convocará, junto con las partes, a una audiencia especial en la que las partes y el tercero tendrán el derecho de informar oralmente. Luego, el tribunal arbitral resolverá si incorpora o no al tercero como parte del proceso. Contra esta resolución cabe interponer recurso de reconsideración, de acuerdo a ley. Una vez que sea resuelto este recurso, quedará firme lo dispuesto por el tribunal arbitral, ya sea incorporado al tercero como parte del proceso o no haciéndolo. Con respecto a este tema no cabe en el proceso otro recurso. El interesado, obviamente, al concluir el proceso, podrá interponer en el Poder Judicial recurso de anulación del laudo arbitral.

Éste sería el esquema que se tenga que seguir, también en los siguientes supuestos:

4.3. Si una parte solicita la incorporación del tercero, la contraria no lo desea y el tercero sí

4.4. Si una parte solicita la incorporación del tercero y éste y la contraparte se oponen

4.5. Si el tercero es quien solicita ser incorporado, y una parte está de acuerdo y la otra no

Aunque parezca raro, en la vida profesional hemos conocido —por referencias— más de un caso como éstos.

5. Consecuencias de la decisión del tribunal arbitral

En todos estos casos (4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.5) será el tribunal arbitral el que deba conocer acerca de la incorporación del tercero al proceso.

Si el tribunal arbitral decide no incorporar al tercero, el propio tribunal arbitral deberá seguir conociendo el proceso.

Pero, si el tribunal arbitral decidiera incorporar al tercero, si queremos respetar estrictamente los derechos de ese tercero, pues tendríamos que considerar que la conformación del tribunal arbitral podría variar.

En ese sentido, deberían establecerse normas al respecto, que señalen que el tercero, ahora incorporado como parte procesal, tendría el derecho de ratificar o no la conformación del tribunal arbitral. Si no lo hiciera, entonces, ese extercero deberá participar en la elección del árbitro que le corresponde, sea en su calidad de futuro demandante o de futuro codemandado.

Si se ponen de acuerdo y nombran a un nuevo árbitro, ese árbitro y el designado por la parte contraria, deberán designar al nuevo presidente del tribunal arbitral. Si el extercero y su codemandante

o codemandado no se ponen de acuerdo en la designación del árbitro de parte, pues —ya lo dijimos antes— de acuerdo a algunos reglamentos, será el máximo órgano administrativo del centro de arbitraje el que designe al árbitro; o, si el reglamento así lo establece, no sólo designará a ese árbitro, sino al de su contraparte, para que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo que sí debería subrayarse es que en ambos casos correspondería que los árbitros de parte elijan al nuevo presidente del tribunal arbitral.

Sólo así, la participación del extercero en el proceso arbitral cumpliría con todos los requisitos propios del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva.

No obstante, aquí debemos dejar sentada una preocupación, en el sentido de que este procedimiento desincentiva a los miembros del tribunal arbitral a resolver en sentido favorable a la incorporación del tercero como parte en el proceso, pues, con ello los miembros del tribunal arbitral estarán poniendo en riesgo su permanencia como árbitros. Tema complicado, por cierto, sobre el cual quiero llamar la atención, pero reconozco que no tengo una solución concreta que proponer.

6. ¿Qué debería ocurrir si la incorporación del tercero se solicita recién en una etapa posterior del proceso?

En los acápites anteriores hemos señalado que la incorporación del tercero al arbitraje deberá pedirse, sea con la solicitud de arbitraje, sea con la contestación a dicha solicitud.

Pero debemos preguntarnos qué ocurriría si tal solicitud se formula en una etapa posterior del proceso.

Tema difícil, pero trataremos de simplificar nuestros puntos de vista.

En primer lugar, cabría la posibilidad de que partes y tercero estuviesen de acuerdo. Si algún miembro del tribunal arbitral no lo estuviese, pues tendría derecho a renunciar a su cargo.

Cabe precisar, sin embargo, que el acuerdo de las partes y del tercero para su incorporación al proceso será complicado, pues implicará que el mismo se retrotraiga hasta la etapa previa a la contestación de la demanda o de la contestación y reconvención, precisamente, para que el extercero pueda ejercer plenamente sus derechos.

Sería como hacer que el proceso arbitral comience de nuevo. Asimismo, no debe perderse de vista que sería necesario que las Reglas del Proceso deban revisarse y acordarse nuevamente a efectos de que el extercero participe en su fijación, a menos que de manera expresa manifieste su voluntad de acogerse a las ya previstas antes de su incorporación.

Ahora bien, si avanzado el proceso es una parte la que solicita la incorporación del tercero y la otra parte se opone, pienso que el tribunal arbitral debería desestimar el pedido de incorporación, con independencia de lo que haya manifestado el tercero; ello, pues en caso contrario se estaría violando el debido proceso, retrotrayendo plazos, rehaciendo actos procesales y logrando —de seguro— que el proceso arbitral dure el doble de

lo que debió durar. Esto, sin duda, en perjuicio de la parte que se opone a la incorporación de ese tercero.

Además, si el tribunal arbitral permite ésto, podría convertirse en una maniobra procesal que articule la parte que sabe que va a perder el arbitraje, a efectos de conseguir prolongar el proceso.

En estos casos, los tribunales arbitrales no deberían incorporar al tercero.

No olvidemos que el tercero podría querer no sólo demandar, contestar la demanda o reconvenir (a lo que tendría derecho), sino reconstituir la conformación del tribunal arbitral, en cuya configuración no ha tenido participación alguna. Ello sería el caos, simple y llanamente.

Por lo demás, queda claro que, si se procediese a incorporar a un tercero contra su voluntad, ya avanzado el desarrollo del proceso arbitral y se negara a este tercero el ejercicio de alguno de sus derechos procesales, pues la causal de anulación del laudo estaría pintada.

7. ¿Qué ocurriría si se fuerza la incorporación de un tercero luego de instalado el Tribunal Arbitral?

Podría ocurrir —como de hecho hemos visto que ocurre en la práctica— que quien solicite la incorporación del tercero sea una de las partes y que el Tribunal Arbitral ya instalado decida que corresponde amparar esa solicitud, pese a que dicho tercero

ha manifestado expresamente su negativa a participar en el arbitraje.

En un escenario como el planteado, es evidente que la incorporación del tercero en calidad de parte no signataria sería en contra de su voluntad.

Pues bien, en ese escenario el tercero que es forzado a ser parte demandada o demandante en el proceso, debería tener derecho a que su opinión sea tomada en cuenta en la designación del árbitro de dicha parte. Sostener algo distinto tendría consecuencias muy graves, en tanto se estaría viciando el arbitraje y, asimismo, se estarían generando incentivos perversos.

Es en base a lo señalado y partiendo del presupuesto de que lo usual es que el Tribunal Arbitral que decide que el tercero participe, pese a no desearlo, no acepte ser recompuesto, estamos convencidos de que no puede forzarse tal participación luego de que el colegiado ha quedado firme y se ha instalado.

Nuestro parecer se sustenta en los efectos ciertos que acarrearía la incorporación no voluntaria de una parte no signataria luego de la instalación del Tribunal Arbitral y cuando las partes que sí forman parte del proceso desde su inicio ya han fijado sus posiciones a través los escritos correspondientes.

Es así que juzgamos que cualquier posición que pretenda forzar la incorporación no voluntaria de una parte —cuando haya quedado firme la designación de los árbitros— debe rechazarse, sin que importe siquiera si se trata de una parte signataria o una parte no signataria. Esto, dado que lo relevante son las

consecuencias lesivas que se generan en contra de las partes, el proceso arbitral y el arbitraje en general.

Sobre este punto, debemos resaltar que a diferencia de un proceso judicial, en el arbitraje no rige la figura del juez natural, en el que poco importa en qué momento podría ser incorporada una parte, pues ninguna de ellas tendría injerencia alguna para decidir quién resolverá la controversia. En esa línea, no habría afectación alguna del derecho del tercero que se incorporar pues las partes que han estado desde el inicio no han designado a quien resolverá la controversia.

En el arbitraje el escenario es distinto, por cuanto, como regla, en esa jurisdicción las partes sí tienen el poder de decidir a quién designan como árbitro y tal designación se realiza normalmente al inicio del proceso. Claro está, que existen excepciones en que tal designación podrá realizarse de forma previa, según el convenio arbitral suscrito por las partes o, incluso después, sin la participación de las partes, cuando tal designación es encargada a un Centro arbitral.

Así las cosas, consideramos que resultaría nefasto incluir a un tercero en el proceso contra su voluntad, pues de hacerlo se estaría atentando contra su derecho de defensa, el debido proceso y la igualdad jurídica. Como resulta lógico, esa afectación a los derechos del extercero viciaría irremediablemente el arbitraje, lo que, conllevaría, sin lugar a dudas, a que el laudo que se emita en dicho proceso arbitral sea anulado. Ello ocurriría dado que el extercero cuyos derechos habrían sido transgredidos, estaría legitimado a formular una demanda de anulación del laudo que,

al fundarse en una causal válida, debería ser declarada fundada por el órgano judicial.

En el marco delineado, es claro que de nada serviría haber seguido un proceso arbitral si, precisamente, el instrumento por el que se resuelve la controversia es anulado por haberse transgredido los derechos del extercero al debido proceso y defensa.

Nótese, entonces, que la incorporación del tercero contra su voluntad resultaría en un uso ineficiente de recursos, pues las partes habrían invertido tiempo y dinero (en gastos administrativos, arbitrales y de defensa) en un proceso arbitral cuyo laudo no les serviría para nada. Y no sólo emplearían los servicios privados de un Centro de arbitraje, sino que necesariamente emplearían recursos públicos (aumento de carga procesal), ya que para la anulación de laudo requerirían acudir al Poder Judicial, lo que implicaría que la controversia seguiría sin resolverse durante un mayor tiempo.

Además, no debe perderse de vista que debe exigirse a las partes un nivel mínimo de diligencia que implica que conozcan cuál es la controversia planteada y las implicancias que conllevan con terceros. Son las partes quienes están en mejor posición para determinar si es que un tercero debe o no participar en el proceso arbitral a iniciarse. Naturalmente, la evaluación de la incorporación de un tercero debería realizarse al inicio del proceso y no durante, o menos aún, al finalizar el mismo. La práctica contraria generaría incentivos perversos, pues una parte podría tratar de incluir a un tercero con el único ánimo de dilatar el proceso, mermar los derechos del mismo o, incluso, sembrar una causal de anulación. Bajo esas condiciones, el pedido

de incorporación que realicen las partes estará condicionado a lo que decidan el Tribunal Arbitral y el tercero al que se pretende incorporar.

El Derecho no puede incentivar conductas de mala fe, por lo que resulta indispensable que no se permita que las partes pretendan obligar la participación de un tercero en un momento posterior al inicio del proceso arbitral. De otro modo, se estaría afectando los derechos de ese tercero de forma irreparable. Así las cosas, la participación del tercero debería realizarse al inicio del proceso, a efectos de que participe en la elección del Tribunal Arbitral y tenga el tiempo suficiente para preparar su defensa, así como también para ser parte en la fijación de las reglas procesales que regirán todo el proceso arbitral.

Claro está, resulta distinto el escenario en que el tercero manifieste su voluntad de incorporarse al proceso arbitral, aun cuando el Tribunal Arbitral esté conformado y los plazos hayan sido establecidos. Aunque creemos que dicho extercero siempre podría solicitar que se reevalúen las reglas procesales a efectos de que sean adoptadas por consenso.

Lima, abril de 2020

8. REFERENCIAS

CASTILLO FREYRE, Mario *et al.* La ley de arbitraje: Análisis y comentarios a diez años de su vigencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje
(Quinta Parte)
se terminó de imprimir en el mes de
diciembre del 2020, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú