Homenaje al doctor Ulises Montoya Alberti

Volumen 130 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Homenaje al doctor Ulises Montoya Alberti

José Enrique Palma Navea
Jesús Martín Mori Condori
Coordinadores

Biblioteca de Arbitraje
VIGÉSIMO ANIVERSARIO

33er ANIVERSARIO
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Homenaje al doctor Ulises Montoya Alberti

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, septiembre 2026
Tiraje: 400 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima, Perú

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 2026-11698

ISBN: 978-612-4400-87-2
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor 11

SEMBLANZAS

Semblanza de Ulises Montoya Alberti 13
Jorge Andújar Moreno

Ulises Montoya Alberti, una lección de eficiencia y honestidad 19
Manuel Burga Díaz

DERECHO MERCANTIL GENERAL

Hacia un Código Civil-Económico del Perú.
A propósito de la derogación expresa de nuestro Código de Comercio 22
Alberto Stewart Balbuena

Responsabilidad social corporativa, un nuevo desafío jurídico 38
Julio Durand Carrión

El derecho ante la regulación de los riesgos en los mercados financieros:
de los riesgos financieros a los riesgos ASG 49
Luis Miguel García Mori

La inteligencia artificial en la modernización del derecho peruano 69
Valentin Antonio Bartra Abensur

El impacto económico derivado de la crisis sociofamiliar no atendida por el Estado peruano 77
Manuel Bermúdez-Tapia

El análisis económico del derecho: metodología de estudio
en el derecho constitucional económico peruano 96
María Elena Guerra-Cerrón

Derecho y economía digital: visión jurídica económica de la tecnología
y la transformación digital 108
Julio Núñez Ponce

Herramientas de inteligencia artificial aplicables al derecho comercial 115
Marco Alfonso Celi Arévalo

El destino de la empresa familiar a la muerte del fundador: entre lo sucesorio y lo empresarial 124
Jose Enrique Palma Navea
Jesús Martín Mori Condori

DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL

Algunas reflexiones en torno a los conceptos
de empresa y sociedad 135
Daniel Roque Vítolo

El secretario en la sociedad anónima 148
Andrés Vicente Vargas Apolinario

Inicio de procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores:
¿forma de inicio de concurso o procedimiento indirecto de cobro de acreencias? 156
Aldo Bianchini Ayesta

Principios de buen gobierno corporativo aplicables a los grupos de empresas 176
Rony Saavedra Gil

La sociedad por acciones cerrada simplificada 188
Hernando Montoya Alberti

Buenas prácticas de gobierno corporativo en el anteproyecto de la Ley General de Sociedades 196
Ricardo Beaumont Callirgos

La emisión de obligaciones en la Ley General de Sociedades 205
Rolando Castellares Aguilar

La debida diligencia en materia de derechos humanos, los proveedores
y el buen gobierno corporativo 215
María Elena Medina López

La junta de acreedores: análisis y enfoques para conocer al actor principal
de los procedimientos concursales 230
Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Nathali Rocío Aquino Bullón

TÍTULOS VALORES

Aportes a título diferente de la propiedad en la sociedad anónima 252
Víctor Enrique Toro Llanos
Milen Naomy Alvino Tomas

La evolución de los títulos valores frente a la digitalización financiera:
una mirada desde el legado de Ulises Montoya Alberti 265
Kamila Romero Herrera

Precedentes de un valor representado por anotación en cuenta: la factura negociable 275
Héctor Raúl Huaranga Navarro

Los remedios civiles frente a la tenencia ilegítima de títulos valores susceptibles de endoso 285
Juan Jesús Pablo Abanto

El *warrant*, certificado de depósito y almacenes generales
en el impacto del megapuerto de Chancay 303
César E. Ramos Padilla

CONTRATOS MERCANTILES

El pago y la capitalización de intereses: una propuesta modificatoria 336
Eduardo Jiménez Jiménez

Relaciones contractuales en tiempos de crisis:
cómo los centros comerciales pueden adaptarse legalmente 350
Juan Manuel Echevarría Arellano
Silvia Pierina Zuazo Quispe

Hardship clause: de la revisión a la renegociación contractual 363
José Leyva Saavedra

La necesidad de la implementación del *compliance* empresarial en las contrataciones públicas 378
Carlos Vicente Navas Rondón

DERECHO BANCARIO Y DE SEGUROS

Los nuevos paradigmas regulatorios y contractuales
del derecho bancario, financiero y bursátil en la actualidad 391
Julio Hernán Figueroa Bustamante

El principio indemnizatorio y su distorsión en el derecho de seguros 398
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre

DERECHO DE LA COMPETENCIA

La competencia desleal mediante la actividad empresarial del Estado no subsidiaria.
Reflexiones en el marco de la economía social de mercado 416
Gustavo Alonso Galván Pareja

ARBITRAJE Y MARC

La elección del árbitro:
independencia e imparcialidad, deber de revelación, conflictos de interés y sus remedios 429
Carlos Luis Ruska Maguiña

La autonomía de voluntad en el arbitraje internacional 446
Raúl Lozano Merino

Sin previo aviso: las medidas cautelares *inaudita altera pars* en el arbitraje de emergencia 454
Erick Cuba Meneses
Samuel Yábar Palacios

La conciliación en la LGCP 466
Alberto Retamozo Linares

Gestación y evolución de la normatividad aplicable al arbitraje societario y comentarios acerca de la regulación actual 479
Oswaldo Hundskopf Exebio

El arbitraje en la nueva Ley de Contrataciones del Estado 497
Gonzalo García Calderón Moreyra

La responsabilidad de las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas respecto de decisiones de índole técnica 503
Ricardo Rodríguez Ardiles

MISCELÁNEA

El derecho del mar. Visión histórica y origen de las doscientas millas 511
Jesús Antonio Rivera Oré

El derecho a la tutela jurisdiccional y la aplicación de la ley 523
Fernando Vidal Ramírez

Jurisprudencia internacional y nacional sobre prisión preventiva 531
Mario Amoretti Pachas

La liquidación y disolución de Pluspetrol Norte y su impacto en la ejecución de medidas correctivas en los lotes 8 y 1AB 546
Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Algunos casos de productos defectuosos que ponen en riesgo nuestras vidas 566
Crisólogo Cáceres Valle

Los crímenes del Putumayo (calumnias y medias verdades) 584
Aristóteles Álvarez López

Promoviendo un capitalismo inteligente: acerca del Estado social del derecho y los derechos sociales 600
Víctor Malpartida Castillo

Concepto de tributo en el Perú: análisis constitucional 623
Daniel Yacolca Estares

NOTA DEL EDITOR

En esta ocasión presentamos en sociedad el volumen 130 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, nada menos que un libro en homenaje al doctor Ulises Montoya Alberti, exdecano del Colegio de Abogados de Lima y exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Como sabemos, el doctor Montoya es uno de los precursores del arbitraje en el Perú en sus años aurorales, junto a una generación de juristas que hoy ya no nos acompañan y quienes fueron los primeros en integrar tribunales de arbitraje comercial en nuestro país.

Este libro homenaje no sólo reúne trabajos sobre arbitraje, sino sobre otras materias, en trabajos escritos por quienes guardan afecto y recuerdo por el maestro.

En lo personal, como director de la *Biblioteca de Arbitraje*, agradezco profundamente la confianza depositada en nuestra colección por los doctores Hernando Montoya Alberti, hermano del homenajeado (y, ambos, hijos del ilustre jurista don Ulises Montoya Manfredi, precursor del Derecho Comercial peruano) y el profesor José Enrique Palma Navea, promotores de este libro homenaje.

Lima, julio de 2026

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

* Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio fundador del Estudio que lleva su nombre (1993); Miembro de Número (2010) y vicepresidente (desde febrero de 2025) del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Derecho* y *Biblioteca de Arbitraje - Serie Digital* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

SEMBLANZAS

SEMBLANZA DE ULISES MONTOYA ALBERTI

Jorge Andújar Moreno[*]

LA SOMBRA LUMINOSA DE SU PADRE

Hay algunas selectas biografías que tienen como sello indeleble algún aspecto novedoso de una larga y significativa tradición familiar y que podría figurarse acaso como vidas paralelas, recordando a Plutarco cuando escribió sobre Alejandro y Julio César en su famosa obra.[1] Este es el caso especial, de alcance nacional, de Ulises Montoya Alberti (1940) y su padre y homónimo el destacado jurista Ulises Montoya Manfredi (1904-1994).

Es curioso que su padre Ulises Montoya Manfredi ejerció en su momento honrosos y significativos cargos públicos que años más tarde su hijo, nuestro homenajeado, ocupó en su oportunidad.

En efecto, ambos fueron decanos del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, uno en 1958, en época del presidente Manuel Prado Ugarteche, y el otro el 2004, año del bicentenario del colegio. Ambos fueron también decanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El padre entre 1967 y 1970; el hijo del 2001 al 2004.

Las coincidencias continúan y nos pueden sorprender aún más. Ambos ejercieron altos cargos en el sistema electoral nacional, esto es, en el Jurado Nacional de Elecciones.

En 1962, el padre fue elegido fiscal suplente de la Corte Suprema de la República. No existía aún el Ministerio Público, que recién comenzó a dibujarse como órgano constitucional autónomo desde la Constitución de 1979. Es, precisamente, en dicha calidad que es designado presidente del Jurado Nacional de Elecciones —JNE— que se encargó de dirigir el proceso electoral que eligió a la Asamblea Constituyente de 1978, que todos destacan como unas elecciones limpias y genuinas. El hijo fue también magistrado supremo del Jurado Nacional de Elecciones —JNE— en el periodo 2008-2010, en el cual se eligió en elección popular intachable a la primera alcaldesa de Lima Susana Villarán y se llevó a cabo el referéndum para devolución de aportes al Fonavi.

Ambos estudiaron y ejercieron también la cátedra de profesor de Derecho Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y fueron distinguidos como profesores eméritos. Asimismo, publicaron diversos artículos, ensayos, comentarios y libros sobre materia de derecho comercial que constituyen textos clásicos para los estudiantes y aun profesionales, y que detallaremos con precisión más adelante.

Un caso muy singular y similar de tradición jurídica familiar vinculado estrechamente al derecho y a San Marcos lo podemos hallar en Juan Antonio Ribeyro y Estada y su hijo Ramón Ribeyro y

---

[*] Doctor en Derecho. Profesor de la Unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[1] PLUTARCO. *Las vidas paralelas*. Imprenta Central, Madrid, 1880.

Álvarez del Villar, que fueron el tatarabuelo y bisabuelo del reconocido escritor peruano Julio Ramón Ribeyro.

Como anota el destacado cuentista, ambos ejercieron, en su respectiva oportunidad, y en ocasiones muy especiales, el cargo de ministro de Estado en la cartera de Relaciones Exteriores, es decir, canciller de la República, y ambos asumieron nada menos que el cargo de rector de la Universidad Nacional de San Marcos, y también la alta y augusta función de presidente de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, ambos escribieron sobresalientes tratados sobre derecho internacional y ejercieron también la cátedra en la Universidad de San Marcos.[2]

UNA FAMILIA DE JURISTAS Y ABOGADOS

Ulises Montoya Alberti pertenece a una vieja familia de juristas y no solamente por su ilustre y reconocido padre, sino también por su abuelo Ulises Montoya Aguirre, quien nació en Camaná, Arequipa, y ejerció el derecho procesal civil en los tribunales de Lima, Ica y Chincha. Fue justamente en esta localidad donde nació su primogénito, el doctor Ulises Montoya Manfredi, padre de nuestro homenajeado. Como se advertirá, existen al menos tres generaciones de abogados que llevan como nombre al célebre héroe mitológico griego, rey de Itaca, y que Homero canta en *La odisea*.

Pero su relación familiar con el derecho no culmina allí. Ha continuado, y aun se ha extendido en el seno de su familia en forma fructífera, casi como un ineludible legado que llevan sus miembros en su ADN.

Es así que su hermano, Hernando Montoya Alberti, también es un destacado profesor universitario en la Universidad de Lima, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - Unifé y, desde luego, en la Facultad de Derecho de San Marcos, en la misma especialidad de Derecho Comercial que su padre y su hermano. Asimismo, los tres hijos de Hernando son también abogados titulados, habiéndose especializado el menor de ellos, Hernando, en derechos reales, en tanto que las dos mujeres, Claudia y Sandra, han seguido la tradicional rama familiar del derecho comercial. En esta misma línea de cultivador del derecho se encuentra su tío Luis Montoya Manfredi y la sobrina de Ulises, hija de su hermana Carmen, abogada titulada en Suiza y que ejerce su profesión en el bufete de abogados de su esposo en Berna.

DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

Ulises Montoya Alberti es elegido por los abogados de Lima como decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima el año 2004, justo el año del bicentenario de la institución fundada por el rey de España, Carlos IV, mediante Real Cédula del 31 de julio de 1804, durante la época del virreinato, por lo que constituye una de las pocas instituciones académicas prerrepublicanas que continúan vigentes en la actualidad.

Poco después seguiría contando con el respaldo profesional gremial por cuanto como economista postuló y ganó el decanato del Colegio de Economistas del Perú para el periodo 2006-2007.

Su formación profesional como economista le permitió emplear instrumentos de gestión administrativa y financiera novedosos. Es así como se considera como una de las gestiones más exitosas en los anales de la historia de esa bicentenaria institución, en beneficio directo de sus miles de abogados agremiados. En lo económico y financiero Ulises Montoya, con apoyo de su director de Economía, José Enrique Palma Navea, dejó cifras en azul que no tienen referente de comparación con respecto a los resultados de la gestión de anteriores y posteriores directivas, pues hasta antes de su gestión los centros de control de gasto a nivel contable no se hacían con base en presupuestos o proyecciones económicas, los cuales fueron instituidos durante su gestión con rigor.

---

[2] RIBEYRO, Julio Ramón. *Antología personal*. FCE, Lima, 1994. p. 226.

En el pasado no existieron estimados serios sobre cuánto exactamente se invertía o gastaba en la institución, o cuán eficientes eran en el control y seguimiento de los objetivos planteados en cada periodo trimestral. Esta situación sí fue posible con dicha gestión debido a la mayor eficiencia y transparencia en la política administrativa, cuyo objetivo era forjar un colegio al servicio de todos los abogados de Lima.

Asimismo, la Dirección Académica y Promoción Cultural, a cargo de José Luis Noriega Ludwick, promovió ciento nueve actos académicos y diplomados internacionales y nacionales. Estos eventos eminentemente académicos congregaron a cerca de quince mil participantes. Del mismo modo, se publicó la meritoria *Revista Bibliotecal, Edición Bicentenario 1804-2004*, con trabajos académicos en todas las ramas del derecho escritas por los más destacados juristas y, en signo de apertura a nuevas tendencias, el cuento jurídico «El Palacio de Justicia. Cuento jurídico con prescindibles apostillas para abogados y litigantes», de Jorge Andújar, y un pionero trabajo sobre la primera mujer universitaria del Perú y Sudamérica que no llegó a ser abogada, la cusqueña María Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara, a cargo del exmagistrado del Tribunal Constitucional Carlos Ramos, ella hoy ampliamente reconocida en la comunidad jurídica nacional por su precoz lucha en favor de la mujer en momentos que la ley, la opinión pública y aún la propia magistratura les impedía frontalmente acceder al título profesional.[3]

En este marco de aniversario se organizó el I Congreso Internacional sobre el estado de la Ética en la Abogacía Mundial, congregando a más de seiscientos abogados nacionales, además de las catorce delegaciones extranjeras y 43 visitantes internacionales, entre reconocidos juristas, de lo que da cuenta pormenorizada en su memoria publicada en la *Revista del Foro*.[4]

Durante su gestión se impuso un nuevo patrón de calidad: el sello bicentenario, y una política de transparencia sobre beneficios y descuentos a favor de nuestros agremiados. Asimismo, se implementó una campaña contra la piratería en alianza con el Indecopi.

DE ESTUDIANTE A PROFESOR. DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Ulises Montoya Alberti, al igual que su ilustre padre, estudió derecho en la histórica y vieja casona de San Marcos, que fuera el ilustre y tan mentado Convictorio de San Carlos, cuna de grandes intelectuales y patrimonio de la humanidad desde 1991, entre los que señalaremos en el siglo XX solamente a nuestro premio Nobel, Mario Vargas Llosa.

Estudió en la Facultad de Derecho y en la de Economía en la década en los sesenta. Se graduó como doctor allí mismo en 1971. Su padre perteneció a la primera promoción que tuvo como maestro al conocido como el mejor jurista peruano del siglo XX por su vasto y pulcro conocimiento de derecho civil, filosofía y literatura, el doctor José León Barandiarán, con quien años después formaría un reconocido estudio jurídico.

Pocas personas tienen en verdad la singularidad y el privilegio de ser estudiante universitario y al culminar sus estudios, por méritos propios, convertirse en profesor emérito y más tarde en autoridad del mismo centro de estudios donde se formó. El prócer, tribuno, abogado y constitucionalista de la inicial república, José Faustino Sánchez Carrión, a comienzos del siglo XIX estudió en San Carlos y ejerció la cátedra del curso de Leyes y Cánones, y de Digesto Viejo allí mismo, pero que sepamos no asumió cargos directivos oficiales.

---

[3] COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Revista Bibliotecal. Edición Bicentenario 1804-2004*. 2004.

[4] COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Revista del Foro* n.°1 año XCI, Memoria, pp. 21-35.

Ese acto constituye desde luego un honor, pero fundamentalmente un enorme deber por cuanto exige que en el papel de profesor sea en todo aspecto mejor de los que en su momento le enseñaron. El que pergeña estas líneas pudo recorrer, guardando las evidentes distancias, un camino similar, al menos por un breve tiempo. Luego de casi veinte años de haber culminado mis estudios 1980-1987 pude enseñar al menos tres años en la misma Facultad de Derecho donde estudié, y desde al menos quince años tengo el honor de ejercer la cátedra en la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.[5]

Dentro de su meritoria línea de carrera, Ulises Montoya asumió el cargo de director de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos durante el período 1994-2001.

Durante su gestión hubo una intensa actividad académica con la organización de diversos eventos, suscripción de convenios interinstitucionales, creación de la especialidad en Arbitraje y Conciliación, así como la implementación de diversos cursos, como el de Formación y Capacitación de Conciliadores Extrajudiciales, cursos de posgrado de especialización de fiscales en derecho penal, entre otros.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, uno de sus logros más notorios en aquella gestión fue lograr la aprobación de un fondo intangible que tenía el propósito de adquirir un local para la Unidad de Post Grado de Derecho, el mismo que logró finalmente su objetivo con la compra del actual local institucional el año 2004, una espaciosa y simpática casona sita en general Santa Cruz 711, en el distrito de Jesús María.

Este es un hecho inusual en la historia de una universidad pública, y aun en la función pública, que, con tantos candados económicos impeditivos, limitaciones presupuestarias, exigencias y condiciones financieras difíciles de superar, muchas veces francamente burocráticas, hacen muchas veces imposible comprar un bien inmueble de esas condiciones con recursos propios de la universidad, es decir, sin exigir habilitaciones presupuestales especiales del Gobierno central que nunca llega en forma integral y de manera oportuna.

Los que estudiamos maestría en el vetusto edificio de la cuadra 12 de la avenida Wilson, hoy Inca Garcilaso de la Vega, a pocos metros de la concurrida y céntrica avenida Uruguay, apreciamos este singular y exitoso esfuerzo económico-financiero y administrativo que inició y que debidamente continuado por otros decanos ha permitido que la Unidad de Post Grado de Derecho de San Marcos pueda llegar y proyectarse de mejor forma a la comunidad académica y cumplir sus altos objetivos de enseñanza superior, de acuerdo a su tradición histórica.

Asimismo, Ulises Montoya Alberti, también fue decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos durante el periodo 2001-2004.

Durante su gestión dispuso la creación de 28 talleres de estudio, con los cuales se realizaron diversas actividades académicas en beneficio de los estudiantes. También impulsó el perfeccionamiento de los docentes de la facultad, permitiendo la participación de cincuenta profesores en eventos académicos realizados en el extranjero.

Asimismo, durante su decanato se celebraron importantes convenios interinstitucionales con diversas universidades e instituciones públicas y privadas, entre los que destaca el convenio celebrado con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2002, a través del cual se financió el Proyecto de Educación de Derechos Humanos denominado Conociendo mis derechos respetando los tuyos.

---

[5] Cfr. ANDÚJAR, Jorge. *Historia de la Facultad de Derecho de San Marcos en los ochenta*. Lima, 2019.

En el ámbito académico-administrativo, durante su gestión se creó la Escuela de Ciencia Política y se remodeló la biblioteca de la facultad, esto último con la contribución y aporte solidario no económico de los propios estudiantes.

OBRAS Y DISTINCIONES

Desde 1965 ejerció la cátedra universitaria en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y también en la Unidad de Post Grado de la misma casa de estudios (donde me enseñó el curso de Derecho Comercial). Asimismo, en la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad de Lima, entre otras, en los cursos de Derecho Comercial, Derecho Financiero, Derecho Tributario y de Conciliación y Arbitraje.

Creemos que el ejercicio de la docencia le permitió escribir los libros, ensayos y artículos sobre su especialidad con la debida actualidad y precisión académica. En tal sentido, Ulises Montoya Alberti escribió los siguientes libros, muchos de los cuales han servido y sirven de útil referencia para los estudiantes, abogados, economistas y otros profesionales de varias generaciones y que, a modo de reseña, sin ánimo exhaustivo, señalamos: *El derecho económico*, premio Fomento a la Cultura Javier Prado (1966); *La inflación y el derecho*, premio Fomento a la Cultura Manuel García Calderón (1971); *Economía y derecho* (1972); *El arbitraje comercial*, Premio al Libro (1988); *Legislación comercial y bursátil* (1996); *Comentarios a la Ley de Títulos Valores, Ley 16578* (1997); *Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores - Ley 27287* (2012); *Derecho Comercial*, tomos I y II (1998, 1999 y 2004); *Derecho Comercial*. Tomo III. Contratos Mercantiles - Contratos Modernos (2006).

Es de anotar que algunos de sus libros, entre ellos en nuestra opinión, quizás el más vasto y ambicioso, y quizás su obra maestra —su *capolavoro*— por cuanto hace un ordenado y riguroso repaso de todas instituciones fundamentales del derecho comercial, desde la parte general, abarcando el derecho de sociedades, derecho concursal, derecho del consumidor hasta el derecho de la competencia, es su *Derecho comercial*,[6] que al año 2004 estaba ya en la undécima edición, y cuyo ejemplar fue dedicado a este escribidor por el propio profesor. Esta obra consigna como autores tanto a él como a su ilustre padre y a su hermano Hernando. Se trata en rigor, pues, de una obra familiar, escrita a tres manos, de una familia de destacados abogados, como ya apuntamos.

Ha asumido honrosos cargos. En los años 2002 al 2006 fue vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Escuelas Institutos y Facultades de Derecho —Afeidal—. En el año 2004 fue presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados de Perú. Desde 2014 al 2018 fue vicepresidente del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral, firmado por los partidos políticos para las elecciones municipales y regionales (2014), elecciones generales (2016) y elecciones municipales y regionales (2018). Andando 2018 y 2019 fue presidente de la Federación Interamericana de Abogados - FIA.

Su trayectoria ha merecido algunos reconocimientos públicos y notorios que anotaremos brevemente. Fue ganador del Premio Jurisprudencia 2001 de la Federación Interamericana de Abogados - FIA y del Premio William Roy Vallance de la Fundación Interamericana de Abogados, año 2001, por su Contribución al Desarrollo del Derecho en el hemisferio occidental y mejorar las relaciones entre los miembros de la profesión legal en las Américas. Asimismo, obtuvo las condecoraciones Francisco García Calderón y Vicente Morales Duárez del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

También fue miembro honorario del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México INCAM y obtuvo las medallas José León Barandiarán, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y la Ricardo Palma, de la Universidad Ricardo Palma.

---

6 MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho comercial*. 11.ª ed. Grijley, Lima, 2004.

COLOFÓN

Como se ha podido verificar, el profesor Ulises Montoya Alberti tiene suficientes méritos académicos, morales, personales y familiares para rendirle un sincero tributo de reconocimiento y agradecimiento por la comunidad académica, tanto de estudiantes, profesores, abogados y economistas, entre otros.

Quizás los más significativo sea que aunque ya retirado del ejercicio de la abogacía, del fasto de la función pública y del apremio gratificante de la enseñanza universitaria o, como escribiría en su famoso soneto, Francisco de Quevedo: «Retirado ya en la paz de estos desiertos», se encuentra vivo y lúcido, y recordarlo y tratar de perennizarlo hoy con un libro homenaje que hemos preparado con ahínco y cariño sus amigos, colegas y exalumnos, que estimamos está a la altura de su trayectoria vital, es, en nuestro concepto, el mejor mensaje y agradecimiento que podemos tributarle.

ULISES MONTOYA ALBERTI, UNA LECCIÓN DE EFICIENCIA Y HONESTIDAD

Manuel Burga Díaz[*]

Conocí a Ulises Montoya Alberti, entonces decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, un 28 de mayo del 2001, cuando se reunió el primer Consejo Universitario de mi periodo rectoral en el incómodo sexto piso del edificio John F. Kennedy en la avenida República de Chile. No era fácil para mí, más historiador, más docente, más investigador que gestor y aún menos político, gestionar, durante el periodo 2001-2006, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con 20 facultades, 3000 docentes nombrados, 2200 empleados administrativos nombrados, más los docentes y administrativos contratados, a los que debemos sumar los 29 000 estudiantes. Más aún en un periodo de transición en el país, lo que nos permitió crear una Comisión Pro San Marcos, presidida por el presidente Valentín Paniagua e integrada por importantes personalidades de la sociedad civil.

La gestión rectoral, para un docente como yo, entrenado más en la docencia y la investigación que en la gestión académico-administrativa, resultaba verdaderamente una actividad desbordante. Pero tenía una ventaja, la debo reconocer honestamente, por mis actividades docentes en universidades extranjeras tenía un horizonte internacional de referencia muy claro a tener en cuenta en mis futuras actividades de gestión y en el diseño de un programa mínimo de gestión, que sea prudente, realista y verosímil.

En mayo del 2001, como colectivo docente, habíamos ganado las elecciones a la Asamblea Universitaria como Acuerdo Institucional Sanmarquino. Con un programa de 10 puntos de gestión que los defendía y desarrollaba en todos los debates con otros candidatos a rector durante los meses de abril y mayo 2001. Luego, una vez ganada la elección, con estos 10 puntos tuvimos que confrontarnos con la realidad sanmarquina y por eso, en un pequeño librito llamado *Invitación al diálogo* (2002), luego de visitar a todas las facultades, nos quedamos con cinco puntos urgentes: a) infraestructura, que nos llevó a construir la sede central Jorge Basadre y trasladarnos al campus en el invierno del 2002 e inaugurar la nueva administrativa el 12 de febrero del 2003, en el centenario del gran historiador de la república; b) docencia, investigación y proyección hacia la comunidad de nuestra universidad a través del trabajo de nuestros docentes, que nos llevó a crear la Oficina Central de Calidad Académica y Acreditación (OCCAA); c) modernización administrativa a través de la aplicación de las nueva tecnologías de la información y la comunicación, para lo cual creamos el programa Quipucamayoc; d) poner todos los cambios anteriores al servicio de los estudiantes y docentes de la universidad, que alcanzó su culminación cuando, en diciembre del 2005, el Gobierno central aprobó la puesta en marcha de un programa de homologación en cumplimiento del artículo 53 de la Ley Universitaria n.° 23733 de 1983; y, finalmente, e) promover las relaciones nacionales e internacionales de San Marcos, que permitió formar la Alianza UNMSM-UNI-UNALC y participar en la Red de Universidades de América Latina y el Caribe, lo que nos permitió la movilidad de muchos docentes y estudiantes dentro de esta red de universidades. Solamente menciono esos cinco lineamientos para no apartarme mucho de mis referencias a nuestro homenajeado Ulises Montoya Alberti.

Pero permítanme una última digresión. Así lo debo reconocer, que muy a menudo en el diálogo animado, tanto con los veinte decanos, como con docentes y estudiantes, comenzó a surgir la expresión «San Marcos, universidad abierta al futuro», que muchos decanos asumieron como un horizonte de gestión. Es muy cierto que tenemos en San Marcos un largo pasado, efectivamente largo, y por eso

---

[*] Fue rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos desde mayo del 2001 a mayo del 2006, elegido por la Asamblea Universitaria.

nos sentimos muy orgullosos de tener como fecha de fundación el 12 de mayo de 1551, gracias a la gestión del dominico fray Thomas de San Martín, unos cinco meses antes de que la UNAM de México recibiera su autorización real en septiembre del mismo año. Pero aprendiendo de ellos, de los mexicanos, necesitábamos mirar al San Marcos republicano, contemporáneo. La institución que ahora tenemos, la que dejó la distinción de «real», que significaba que era gestionado por el virrey, en 1821 al proclamarse la independencia y que dejó, luego, la categoría de «pontificia», que definía su dependencia del arzobispado, en 1876, para asumir el de «universidad mayor». Nos interesaba ir más allá de la historia grandiosa, de los mitos necesarios, explicables, y confrontarnos con el presente, el futuro. Así surgió, «San Marcos: universidad abierta al futuro».

En estas circunstancias conocí a Ulises Montoya Alberti. Sabía que era hijo de Ulises Montoya Manfredi, un ilustre abogado, especialista en derecho comercial y procesal civil, que también había sido decano de nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política, que había trabajado con José León Barandiarán, rector de San Marcos en el periodo 1957-1961. También sabía, por las conversaciones, que su abuelo, nacido en Camaná, Arequipa, Ulises Montoya Aguirre, fundador de la estirpe, fue también un prestigioso abogado arequipeño. Más aún, que su hermano Hernando era también docente de la misma facultad. Me impresionó saber que el decano de la Facultad de Derecho, como decíamos entonces, abreviando el camino, era parte de una tradicional familia peruana de abogados. Añadiría, de grandes abogados.

Me llamó mucho la atención, además, como para superar las conocidas dificultades en la gestión de los decanos en San Marcos, saber que Ulises era también economista titulado y que se había desempeñado como tal en diversas instituciones públicas y privadas. Más aún, tomé conocimiento, a través de un informe de su gestión como director de la unidad de postgrado (UPG) de su facultad, de 1994 al 2001, que había creado y desarrollado un fondo intangible con los ingresos de los recursos propios de la UPG, lo que le permitió, ya como decano (2001-2004), comprar una casona, hermosa, blanca, en la avenida Santa Cruz en Jesús María, para el funcionamiento de todas sus actividades vinculadas a los programas de maestrías y doctorado que se impartían en la UPG. Así, todos los integrantes de esta UPG que ocupaban dos incómodos pisos en un edificio en la avenida Wilson (ahora Inca Garcilaso) pudieron pasar a una hermosa casona en un lugar estratégico. Era un resultado original, en un San Marcos que soñaba quizá demasiado con la Reforma de Córdoba, lograda a través de gestión honesta, eficiente y de calidad académica, tal como lo reconoce Jorge Andújar Moreno,[1] en la semblanza que se incluye en esta publicación de homenaje a nuestro amigo Ulises Montoya Alberti.

Ahora, muchos años después de haber ejercido los cargos de autoridad en San Marcos, puedo constatar el importante recorrido profesional de nuestro homenajeado, dentro de San Marcos y en otras instituciones públicas y privadas. Pero también ahora he tomado conocimiento, leyendo de nuevo su memoria de gestión como decano, de mayo 2001 a mayo 2004, de los importantes cambios e innovaciones que realizó en dicho periodo. La adquisición de un valioso inmueble para el funcionamiento de la UPG es evidentemente una singularidad en el San Marcos de entonces. Una adquisición que aumentó el patrimonio material de nuestra universidad, como lo fue la donación del inmueble de Raúl Porras Barrenechea en la calle Colina de Miraflores y la casa familiar de Ella Dunbar Temple en la calle Francisco Valle Riestra de San Isidro. Docentes extraordinarios, abogados también, que dejaron sus bienes propios a nuestra universidad. La adquisición de Ulises Montoya Alberti, a través de una buena gestión como director de la UPG de su facultad, entre los años 1994 y 2001, permitió hacer esa adquisición con recursos propios. Algo que no sucedió en mi periodo de rector en otras de las 19 facultades, solo comparable al terreno de 40 000 m² que San Marcos recibió en cesión de uso en el distrito de San Juan de Lurigancho en el año 2004.

Todas estas actividades académico-administrativas no le impidieron a Ulises Montoya Alberti tener importantes publicaciones de su especialidad, muchos libros, como su conocido libro sobre derecho comercial, que en un gesto que nos muestra su calidad humana, lo convirtió en un libro de

[1] Autor de una importante tesis doctoral sobre las constituciones peruanas de 1856 y 1860, y su influencia en el constitucionalismo actual del 2026.

autoría compartida, en la que aparecen como autores, su padre Ulises Montoya Manfredi y su hermano Hernando. Ahora entiendo muy bien el orgullo que transmitía su rostro al leer el discurso para asumir el cargo de nuevo decano del Colegio de Abogados de Lima, que terminó con una frase final, la misma frase que su padre leyó al asumir el mismo cargo en 1958.

Finalmente, debo indicar que al leer su memoria de gestión, de su periodo como decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, he constatado de nuevo que la diversidad de actividades que desarrolló en una facultad —donde ya se veían las difíciles confrontaciones— aparecen como parte de una muy elogiable gestión. Recuerdo que en alguna ocasión, cuando conocí las evaluaciones de sus docentes de posgrado, me dijo, sonriendo, algo en broma: «Soy mejor gestor que docente». Así es Ulises, gran docente que siempre se mostraba ponderado, transparente y honesto. Que hablaba lo necesario en los consejos universitarios, pero que nos daba siempre lecciones de probidad y ponderación en la gestión de las unidades académico-administrativas que le tocó dirigir. Todo eso aprendí de Ulises. Por eso me fue tan fácil coordinar con él los programas rectorales, sentirme acompañado, dentro de un proyecto común, siempre con sugerencias y críticas constructivas que nos ayudaron a trabajar en bien de la institución en general. Por eso es que ahora saludo al gran amigo sanmarquino Ulises Montoya Alberti y le digo: gracias por tus lecciones, tu amistad y por tu trabajo en la construcción de ese presente y del futuro de San Marcos.

DERECHO MERCANTIL GENERAL

HACIA UN CÓDIGO CIVIL-ECONÓMICO DEL PERÚ A PROPÓSITO DE LA DEROGACIÓN EXPRESA DE NUESTRO CÓDIGO DE COMERCIO

Alberto Stewart Balbuena[†]

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Reflexión genérica previa sobre la evolución del ser humano

Desde la remota prehistoria, los seres humanos nos preocupamos por descubrir el bien y el mal, y en ese camino para protegernos no solo frente a los muchos poderosos carnívoros hambrientos que siempre nos asediaron, aprendiendo por nosotros mismos a usar el fuego, el agua y, en general, a la naturaleza integralmente, para fabricar instrumentos y armas: los contundentes y filosos mazos punzocortantes de hueso o de piedra que nos hicieron sentirnos poderosos frente a las diversas especies de carnívoros que pudieron aniquilarnos, a los que no solo disuadimos de atacarnos, sino que vencimos y llegamos a domesticar; aprendimos a comunicarnos con nuestros congéneres mediante el habla y la escritura, que nos permitieron preservar las comunes experiencias, trasmitiéndolas generacionalmente a nuestros descendientes, con lo cual, diciéndolo con Clarke, el ser humano «ha logrado su primera gran victoria contra el tiempo. Ahora, el conocimiento de una generación podía ser trasmitido a la siguiente […] a diferencia de los animales, que conocían solo el presente, el Hombre había adquirido un pasado, y estaba comenzando a andar a tientas hacia el futuro».[1]

1.2. El fenómeno bioeconómico

La vida emergió angustiosamente en el planeta: tuvo que superar mil contingencias naturales que la acecharon y parecieron atacarla. Para hacerles frente, el hombre *debió alimentarse*, *reproducirse, multiplicarse y extenderse,* obedeciendo al poderoso factor que la ha producido y la distribuyó en toda la Tierra: así se da el fenómeno de la evolución biológica constante y creciente,[2] en el «caldo primordial» propuesto por otro, Alexander Oparin (1894-1980),[3] pero, a la vez, puede considerársele como el esencial fenómeno económico natural para posibilitarla, desde su eclosión y el logro de su desarrollo. Esa íntima correlación elemental permite al ser humano concebir el c*oncepto fenomenológico de la biología económica natural*. Biología, pues se trata de una observación del origen la vida en un planeta que está recién consolidando su materialización física; esa vida puede ser calificada como *bioeconómica*, *pues para existir ha de procurarse los medios para mantener y desarrollar*; *y natural, dado que esos medios solo pueden provenir de la naturaleza en formación, que es su único entorno fenoménico material*.

[†] Fue profesor de nivel principal durante 30 años en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en la Universidad de Lima durante 20 años. Fue investigador en materias de Derecho Económico y Filosofía del Derecho.

1 CLARKE, Arthur. *Una odisea espacial*. Navarra: Salvat, 1970. Capítulo I: «La noche primitiva», pp. 13-34.

2 VERNDARNTSKY, Vladimir. *The Biosphere*. Gálica, 1929.

3 OPARIN, Alexandr. *El origen de la vida*. 1924. https://books.google.com.pe/books/about/El_origen_de_la_vida.html?id=vgKiDwAAQBAJ&redir_esc=y

1.3. El fenómeno económico, consustancial y simultáneo a la vida en el planeta

Esto fue percibido y usado empíricamente solo por el ser humano,[4] en un primer y largo momento, como la necesidad de guarecerse de la intemperie y obtener recursos para subsistir frente a la naturaleza hostil: como nómade, en procura de los vegetales que descubría en la tierra y siguiendo a los rebaños de animales para saciar su hambre,[5] inventando, además, el uso de instrumentos óseos y pétreos,[6] así como aprendiendo de la naturaleza, el uso del fuego y difundiendo ese aprendizaje, transmitiéndolo generacionalmente, gracias al habla,[7] hasta descubrir las ventajas de prescindir del nomadismo y a preferir el asentamiento en aldeas agrícolas que devendrían, luego en diversas ciudades que intercambiarían bienes y tenderían al dominio de unas sobre las otras para asegurárselos, generando el sometimiento y la esclavitud de los vencidos para construir templos, palacios y fortalezas para los vencedores, así como para labrar campos, descubrir y extraer, explotar y usar recursos naturales y yacimientos minerales. De estas actividades resultarían excedentes que atesorarían los vencedores y les asegurarían dominio y poder sobre quienes carecían de ellos, los dominados, los pobres y los esclavos. *El fenómeno económico, que fue natural, es ahora empírico y el ser humano está aprendiendo a manejarlo, produciéndose desequilibrios e inestabilidades que debe controlar.*

Se pueden percibir diversas expresiones creacionistas ilustrativas de los fenómenos vinculados a la aparición de la vida en nuestro planeta, orientándonos, específicamente, al débil ser humano, *homo sapiens*, desde el barro en el cual se gestó, como todas las diversas especies vivas que lo precedieron y de las cuales se diferenció evolutivamente, hasta llegar a dominar la Tierra. Justiniano, en *Instituta*, las *Instituciones*, en el siglo V de nuestra era, afirmó: «Todo el Derecho que usamos, corresponde a las personas, a las cosas y a las acciones. Por tanto es necesario que tratemos de las personas en primer lugar».[8] Hoy, hemos de entender que la persona es todo ser humano dotado de conciencia de sí mismo y de su ubicación en la sociedad, con libertad de discernimiento, capacidad de entendimiento, con voluntad y capacidad actual y presente, para proyectarse al futuro, desde su concepción, nacimiento vivo, desarrollo biológico pleno y hasta su muerte.

En esta evolución, vale decir, la de la vida en el planeta, pueden observarse tres elementos esenciales:

a) Que el ser humano, aunque débil, estuvo siempre destinado dominar la Tierra[9] y a ser «persona»[10], que para preservar su género y multiplicarse ha de vivir colectivamente,[11] conformando necesariamente familias y, como conjunto natural de estas, clanes, aldeas, ciudades, en fin, sociedades, como elemento presociológico.[12]

b) El logro del elemento precedente hizo necesario un orden que el ser humano debió descubrir y, necesariamente, darse a sí mismo, para estructurarlo: este orden es el que puede concebirse prejurídico, asignándosele una importancia tal que se consideró divina.

---

4 Génesis 3: 17-19: «[…] Al hombre le dijo: "Por haber escuchado a tu mujer, comiendo del árbol que te prohibí comer, diciéndote no comas de él: Por ti será maldita la tierra; con trabajo comerás de ella todo el tiempo de tu vida; Te dará espinas y abrojos. Y comerás de las hierbas del campo. Con el sudor de tu frente, comerás el pan, hasta que vuelvas a la tierra. Pues de ella has sido tomado; ya que polvo eres, y al polvo volverás"».

5 EMBER, Carol y Melvin; PEREGRINE, Peter. *Antropología* Décima edición. Madrid: Pearson, Prentice Hall, 2004, cap. 16, pp. 321-340.

6 DART, Raymond y GRAIG, Dennis. *Aventuras con el eslabón perdido*. México D. F.: FCE, 1962, caps. IX a XIII, pp. 173-289.

7 *Ut supra*, p. 320.

8 D. *Iustiniani, Institutionum*, Liber Primus, Libro I, De la Instituta del Señor Justiniano, Tit. II, # 12, p. 7.

9 DESMOND, Morris. *El mono desnudo*. Barcelona: Plaza & Janes, cap. 1, pp. 13 a 43.

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Duodécima edición. Lima: Editora Jurídica Motivensa, 2012, títulos I a VII, pp. 51-299.

11 Génesis 2: 18: «No es bueno que el hombre esté solo».

12 Aristóteles, Peisa, Lima, p. 7: «Es obvio que el Estado se encuentra dentro del orden natural y es antes que el individuo; […] al no bastarse a sí mismo cada individuo aislado […] El que no puede vivir en sociedad, o el que no necesita de nada ni de nadie […] es un bruto o un dios […] Por lo tanto, la naturaleza inclina a todos los hombres hacia tal asociación».

c) Desde su eclosión celular, ese ser debe satisfacer sus necesidades vitales, procurándose, como todos los demás vivientes, alimentos y cobijo, es decir, bienes que parecen configurar el elemento preeconómico.

Puede considerarse necesaria la unificación de los dos primeros elementos, el presociológico y el prejurídico, pues ninguno tendría sentido trascendente sin el otro; en cambio, el tercero debe entenderse esencialmente complementario a la unificación de los anteriores: es evidenciable empíricamente que en toda manifestación de vida, este elemento preeconómico ha estado presente, no solo en las múltiples manifestaciones iniciáticas de la vida animal instintiva, como los hatos, rebaños, jaurías, bandadas voladoras, enjambres de insectos y cardúmenes de peces, sino también en los bosques y en los campos, es decir, en las manifestaciones de la vida vegetal. Solo en el ser humano aparece racional, perfectible y deviene ontológico.

2. LOS ATISBOS DE LA CIVILIZACIÓN

2.1. Nomadismo. Sedentarismo. Etnias. Aldeas. Sociedades. Ciudades

El nomadismo fue la primera forma de vida de los seres humanos al desplazarse de un lugar a otro en busca de alimentos y refugios, tales como cuevas o cavernas que les permitieran guarecerse de la intemperie y de las fieras que los asediaban. Vivían de la caza y de la recolección de vegetales que encontraban en su camino. Esta forma de vida fue desapareciendo a medida que los nómades fueron creando herramientas para la caza y la recolección de los vegetales, iniciando el sedentarismo con la agricultura y la ganadería, es decir, el cultivo agrícola inicial, la cría de animales y, consecuentemente, con la conformación de etnias, aldeas, sociedades que se en muchos casos, guareciéndose tras las altas murallas de ciudades que intercambiaron los eventuales excedentes de su producción con sus vecinos. Cabe recordar aquí a la mesopotámica Babilonia de Hammurabi y su Código. Parecieran estas, secuencialmente, las etapas por las que ha pasado el *homo sapiens* desde la prehistoria, para superarse en forma tal que inició el cumplimiento del reto bíblico de dominar la Tierra.

2.2. En otras latitudes de la esfera: el continente desconocido

Mesopotamia se considera el lugar más privilegiado de la Tierra, donde se ubicó el bíblico «paraíso terrenal» del Génesis, en el cual se originó el ser humano, como obra final suprema del *Divino Hacedor*:[13] *Adán,* pudiendo atribuirse a Babilonia el privilegio de haberse fundado y desarrollado en ese lugar, al amparo del panteón invocado por Hammurabi, en el prólogo de su Código;[14] sin embargo, datan de contiguas zonas geográficas, Sumeria y Egipto, como ejemplo, en épocas similares y anteriores, otros desarrollos sociales, políticos y económicos igualmente importantes y con características semejantes tales como las de la India, el Sipango (Japón) y Catay (China) en Asia. En el continente europeo se dieron desarrollos humanos semejantes. Pero hasta finales del siglo XV de nuestra era los hubo también en continentes hasta entonces desconocidos por los conformantes de la Pangea centro-oriental: el Nuevo Mundo, lo que más tarde serían: las Américas y Australia.

2.3. De Caral al incario

A 174 kilómetros de Lima, capital del Perú, en la costa central de Sudamérica, sobre el Océano Pacífico, prácticamente desconocido por los países del antiguo continente hasta el siglo XVI, se descubrió a finales del siglo XX, una civilización con modelos culturales propios, completamente autónomos e igualmente milenarios que los mesopotámicos; por su ubicación, se supo que se trataba de la civilización Caral. Su descubridora, la arqueóloga peruana Ruth Shady, escribió:

---

13 Génesis 1: 26-29.

14 LARA PEINADO, Federico. *Código de Hammurabi.* Madrid: Tecnos, 2008, pp. 53-54, refs. 1 y 2.

> *La investigación sobre la formación de la civilización Caral, iniciada desde 1994, ha sustentado su precoz desarrollo y compleja organización económica, social y política, entre los 3000 y 1900 años antes de nuestra era. Destacan el diseño planificado del espacio construido; la monumentalidad de las construcciones arquitectónicas; el conocimiento especializado aplicado en el campo agrario, en la estabilidad estructural de los edificios, en la mecánica de fluidos, en el control del tiempo y cambios del clima, en el registro de la información o quipu, etc*. Asimismo, cabe señalar el manejo apropiado e integral que hicieron del territorio andino y sus recursos en condiciones de paz, promoviendo el intercambio intercultural. Finalmente, es importante indicar el tratamiento armonioso que le dieron al ser humano, fomentando la ejecución musical y de otras artes.[15]

De lo expresado en la cita textual precedente cabe apreciar, en primer término, la contemporaneidad entre esta civilización sudamericana, antes revisada. Esto, sin duda, induce la capacidad creativa autónoma del ser humano frente al entorno natural en el cual se encuentra y que ha de dominar para desarrollar con éxito. Solo cabe enfatizar que esta civilización Caral desarrolló una actividad pesquera muy eficiente, aprovechando su ubicación a las orillas del Océano Pacífico, procurándose rutas transversales de penetración hasta más allá de la Cordillera de los Andes, que corre paralela a la árida franja costera respectiva, es decir, cruzándola hasta la región amazónica, ofreciendo producción pesquera previamente conservada en sal bajo el ardiente sol de la latitud de su zona, para canjearlos por productos andinos y amazónicos, mediante operaciones de trueque sistemáticas y pacíficas. Estas evidentes actitudes y aptitudes productivas y comerciales, les permitieron desarrollos agrícolas igualmente eficientes en el árido terreno de su asentamiento costero, utilizando las aguas de los ríos cercanos.

Igualmente, organizaron una ciudad costera muy integrada, hoy denominada Supe, con manifiestas actitudes artísticas integradoras y pacíficas, carentes de instrumentos de guerra, lo que hoy siguen estudiando los antropólogos y arqueólogos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, bajo la dirección de la ya antes mencionada doctora Ruth Shady, descubridora de esta joya de la antigua cultura peruana.

Entre la Cultura Caral y la incaica pasaron muchos siglo, tal vez dos mil años. Entre ellas pueden observarse notables diferencias, pero también muchas similitudes. La más notable diferencia puede apreciarse en la ubicación geográfica de sus emplazamientos originarios: la cultura incaica aparece en uno de los emplazamientos más frígidos y altos de la Cordillera de los Andes, el Lago Titicaca; Caral fue una cultura que se desarrolla a las orillas del Océano Pacífico, en una cálida latitud próxima a la línea ecuatorial; tal vez de esas ubicaciones resulta la pacífica proyección caralina con dirección a la montañas serranas y hasta la selva amazónica, ofreciendo frutos del mar conservados en sal; en tanto, los incas, siglos más tarde, se orientarían hacia lugares y culturas, movilizándose a modo de conquistadores, hacia el oeste marino y el norte cálido.

Mucho más habría que decir sobre nuestras antiguas culturas de América, superando los propósitos de estas notas, a proponer que la evolución de la humanidad ha sido semejante en el tiempo y que el intercambio, convencional o cruento de la producción para satisfacer necesidades colectivas ha sido la vía del logro del desarrollo de las culturas y civilizaciones.

3. LA PROLONGADA HEGEMONÍA DEL COMERCIO EN LA HISTORIA

3.1. Retornando al Viejo Mundo

Como se viene evidenciando, la actividad del intercambio de bienes se multiplicó entre los seres humanos, ya sea mediante pactos entre ofertantes y demandantes y los resultantes beneficios entre los intervinientes, o gracias a la imposición por la fuerza o la astucia, causando sometimiento de unos sobre otros, dando lugar al dominio de determinados enérgicos vencedores y de mercaderes astutos, sobre los muchos vencidos y débiles sometidos, surgiendo en las sociedades humanas del viejo mundo, los amos poderosos y los siervos y esclavos necesarios para la subsistencia del poder a cambio de sus

[15] SHADY SOLÍS, Ruth. *Caral, patrimonio cultural de la civilización*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.

dotes más físicas que intelectuales, tal como lo observó y justificó nuestro muy recordado Aristóteles,[16] como es de verse en la cita textual precedente: el comercio fue la actividad económica preponderante desde el Imperio egipcio, las civilizaciones sumerias y las ciudades griegas, hasta la *civitas* Roma que dominó el mundo occidental desde el siglo octavo anterior a nuestra era hasta pocos siglos atrás de nuestros días, vale decir, manteniéndose la actividad comercial, tal vez durante más de cinco mil años, como el diseño económico básico de la civilización universal. Esbocemos esa evolución y los hitos más importantes de sus variantes.

3.2. Roma

Los teucros o troyanos fueron protagonistas de la antiquísima leyenda que narra cómo, casi 1200 años antes de Cristo, Eneas, esposo de Creúsa, hija del rey de Troya, Príamo, escapó de la destrucción de esta Ciudad con su hijo, cargando sobre sus hombros a Anquises, su padre, lo que ocurrió luego del largo asedio que los helenos o griegos impusieran a la referida ciudad, reclamando la devolución de Helena, esposa de Menelao, rey de Esparta, raptada por el príncipe troyano Paris, según narra el aeda Homero en *La Ilíada*.

Muchos siglos más tarde, otro poeta, Virgilio, en su poema *La Eneida*, narra el terrible viaje que hubo de realizar Eneas a través de Mediterráneo hasta llegar a las orillas del río Tíber, al centro de la península itálica. Ahí se casó con Lavinia, hija del rey del Latio. Su hijo, Ascanio, fundó la ciudad de Alba Longa, siendo su primer rey. Cuatro siglos más tarde, Numitor, su descendiente en el trono, fue destituido por su hermano Amulio, quien luego de matar a sus sobrinos, dispuso que su sobrina Rea Silvia fuera una célibe vestal a fin de que no tuviera descendencia. No obstante, Marte, el dios de la guerra, la sedujo, engendrando a los gemelos Rómulo y Remo, ordenó entonces que fueran puestos en una canasta sobre las aguas del río Tíber a fin de que sucumbieran en sus aguas, lo que no ocurrió, pues esta se estancó en un pantano. La loba Luperca los amamantó hasta que fueron encontrados por el pastor Fáustulo, quien con su esposa, Acca Larencia, los criaron en secreto. Ya mayores les hicieron saber su divina y principesca identidad. Los gemelos decidieron hacer justicia: mataron a Amulio, liberaron de su encierro a su abuelo, Numitor, y lo repusieron en el trono de Alba Longa.

Rómulo y Remo decidieron fundar una nueva ciudad, pero disintieron tanto sobre el lugar para ello como sobre la altura que habían de tener sus murallas. La discusión los llevó a retarse a muerte. Rómulo, luego de vencer a su hermano, decidió la respectiva ubicación, levantó las murallas y la denominó a la nueva ciudad Roma, quizás en memoria de Remo y se erigió como su primer rey. Estos míticos hechos ocurrieron, según la tradición oficialmente aceptada, el 21 de abril de 753 a. C. De ahí parten la dinastía de los reyes de Roma, los decemviros y la Ley de las Doce Tablas, primera expresión romana del *ius scriptum,* etapas iniciales del derecho romano.

3.3. Algunos de los hechos más trascendentes en la evolución de las sociedades de Occidente

Tal vez el tradicional arribo de Eneas a las orillas del Tíber es uno de los hitos más resaltantes en la historia del occidente europeo, por cuanto Roma se constituyó en su eje de desarrollo, gracias, precisamente, a la voluntad de expandir su influencia mercantil basada en la conquista del máximo posible de tierras y del sometimiento de sus habitantes a fin de utilizarlos como fuente de recursos en beneficio del gobierno centralizado en las Siete Colinas, valiéndose de la fuerza militar y del *ius civile*, aunque admitiendo el *ius gentium,* en especial, para fines políticos y comerciales.

El *ius civile* fue el derecho de la *civitas*, Roma, reservado a sus *cives*, sus ciudadanos, fundadores y sus descendientes, *Patricii*, los patricios y, por extensión, a los residentes admitidos en la ciudad y a los ciudadanos de otras ciudades sometidas o asociadas. Sus fuentes fueron las costumbres de los mayores: *mores maiorum*; la ley: lex, y, desde los años finales de la República, las decisiones del Senado: *senati*

[16] *Ut supra*, pie 12.

consultae. La economía de Roma, en especial a partir del año 501 a. C., en el cual se inicia la República, y, como se verá, concluye la etapa de gobierno de los reyes, se mantuvo muy concentrada en la agricultura, la extracción y uso de minerales y la construcción de caminos y edificios. Estas actividades se desarrollaron utilizando la mano de obra de los esclavos. La expansión de Roma en esta etapa implicó una fuente creciente de esclavitud, la cual permitió el trabajo no solo en las vías, las minas, en edificios públicos y los casas de los patricios, sino también proporcionó soldados para el conquistador ejército romano y el incremento del comercio. La ventaja de la esclavitud estuvo en su bajo costo; sin embargo, no puede negarse que la falta de motivación y la carencia de especialización redujeron la productividad esperada.[17]

La República romana se mantuvo hasta el año 27 a. C., cuando se inició el Imperio con Octavio Augusto, concluyó casi quinientos años después, en el 476, aunque en el 554 Justiniano retoma la ciudad de Roma y repone en ella al papa que a la muerte del Emperador en 565, permanece en ella, creándose, más de un siglo después, en el 754, los Estados pontificios que perdurarían intangibles hasta el siglo XIX, 1870.

El Imperio romano de Oriente o Imperio bizantino fue instaurado por el emperador Constantino en el año 330, al trasladar su sede a la antigua ciudad de Bizancio que renombró como Constantinopolis, en griego, 'Ciudad de Constantino', en español, hoy se denomina Estambul. El Imperio bizantino llegó a su fin en 1453 al sucumbir Constantinopla ante el asedio de los turcos otomanos.

3.3.1. Edad Media (siglos V-XVI): desde la caída del Imperio romano de Occidente hasta el descubrimiento de América

a) La sociedad medieval: es estamental, con clases privilegiadas. Hay inmovilismo social, pues no se podía ascender socialmente ni cambiar de clase. Aparece el feudalismo, pues los reyes no podían contener la presión de los bárbaros, requiriendo el apoyo de los «señores feudales».

b) La política medieval: el rey tiene el poder oficial, pero no gobierna realmente su territorio, fraccionado en regiones controladas por los diferentes y poderosos señores feudales.

c) La economía medieval: el señor feudal ofrece protección a sus súbditos, esclavos y siervos quienes ocupaban y cultivaban sus tierras o producían en sus talleres. Parte importante de esa producción se trocaba más que se vendía. Nace el *derecho mercantil —ius mercatorum—* con ánimo liberal, por voluntad divina y «subordinación al derecho, un orden jurídico subordinado a la religión», ha escrito Carlos Petit,[18] pero, igualmente, basado en la actividad intermediadora del mercader y los costos mínimos del trabajo del esclavo y del artesano.

d) La cultura medieval: se sustituye la cultura clásica por el teocentrismo cristiano o musulmán. La religión marca el orden social y cultural. Las obras literarias y otras producciones artísticas tienen a la religión como guía.

3.3.2. Edad Moderna (siglos XV-XVIII): desde el descubrimiento de América hasta la Revolución francesa

a) La sociedad: se generó un concepto egoísta e individualista del hombre, siendo el triunfo personal, la riqueza y la fama el principal objetivo. La sociedad se establece en estamentos, como en la Edad Media, pero que ahora son móviles, pues las personas pueden promoverse por sus propios méritos o mediante la compra de títulos.

---

17 ASIMOV, Isaac. *La República romana*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 174.

18 PETIT, Carlos. «Mercatura 3 *ius mercatorum*. Materiales para una antropología del comerciante premoderno». En *Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil, III Seminario de Historia del Derecho Privado*, *Sitges, 28-30 de mayo de 1992*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, pp.18 y 68.

b) La política: se formaron grandes monarquías europeas con el apoyo de las clases sociales unidas y los burgueses, habitantes de los «burgos» o ciudades.

c) La economía: se incrementan las transacciones comerciales por medio de la moneda y la banca. Aparece la clase burguesa: comerciantes y artesanos de la ciudad. *El religioso* ius mercatorum *deviene en derecho mercantil con contratos especiales, reglas de responsabilidad y acciones anónimas y el* animus lucrandi *(Galgano). Subsiste la esclavitud.*

d) La cultura: con el Renacimiento y el Barroco hubo un gran progreso literario, artístico y científico. Se retoma al modelo de la literatura y el arte clásico. En literatura nacen los géneros modernos y en pintura nace la técnica de la *perspectiva*[19] y el *punto de fuga*. El teocentrismo en sustituido por el antropocentrismo: el centro de interés se desplaza de Dios al ser humano.

4. DE «LA MANO INVISIBLE» DE SMITH AL CODIFICADOR BONAPARTE

Eric Roll, autor de *Historia de las doctrinas económicas*[20] escribió en la introducción del capítulo IV «El sistema clásico» de su obra, como un resumen del cambio de era de la humanidad y que parece que calza perfectamente con la sintética evolución del género que se está intentando culminar, razón por la cual me permito glosarla. El último cuarto del siglo XVIII está lleno de sucesos que parecen pregonar la fundación de una nueva era en la organización social y política.

En el campo de la producción se dio el comienzo de la Revolución Industrial, que iba a abrir enormes posibilidades de expansión al inicio del capitalismo industrial que acababa de hacer eclosión con la sociedad que conformaron Mateo Boulton, importante empresario, y el científico James Watt, en 1775, hecho que concretó la unión del líder de la industria naciente con el científico, unión que puede considerarse como simbólica de *la nueva era de la economía*. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos se proclamó, con lo cual cesó para Inglaterra la explotación de una de sus regiones coloniales más productivas y la privó de su poderoso apoyo para la acción y el pensamiento mercantilistas. Aquel mismo año, 1775, se publicó *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones,* libro ya referido y escrito por un filósofo escocés que devino en economista y que estaba llamado a ser la fuente y el origen de una innovadora economía para el desarrollo libre de las generaciones siguientes. Pocos años después, en 1779, la Revolución francesa selló el destino de lo que aún quedaba de la sociedad medieval. El título de este acápite alude a Adam Smith, «[…] el filósofo escocés convertido en economista» de la glosa precedente,[21] y a la Revolución Francesa, personificándola en Napoleón Bonaparte, quien alguna vez dijo que había de ser recordado más por las generaciones futuras más a causa de sus códigos legales que por sus victorias bélicas. A estas alusiones cabe agregar, la Guerra de Secesión norteamericana que materializó el fin de la esclavitud para la nueva sociedad que se estaba conformando.

4.1. La «mano invisible» de Smith, Say y el derecho económico

En 1776, Adam Smith planteó que una mano invisible era la que movía los mercados para obtener su eficiencia: «[…] cuando [el productor] dirige […] de tal manera que su producto sea del mayor valor posible, solo piensa en su ganancia propia; pero en este y en otros muchos casos *es conducido por una mano invisible, a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención* […] las miras de su interés propio promueven el de común, con más eficacia, a veces, que cuando de intento piensa fomentarlo directamente»[22].

---

19 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Perspectiva». En *Diccionario de la lengua española*: «Sistema de representación que intenta reproducir en una superficie plana, la profundidad del espacio y la imagen tridimensional con que aparecen las formas a la vista».

20 ROLL, Eric. *Historia de las doctrinas económicas*. Quinta edición. México D. F.: FCE, 1964.

21 ROLL, Eric. *Op. cit*., p.127.

22 SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Tercera edición. Barcelona: Orbis, 1985, tomo II, libro IV, p. 191.

4.2. La teoría de los tres factores

Jean Baptiste Say, actor de la Revolución francesa y traductor al francés de la obra de Smith, escribió, entre otras obras, en 1803 *Tratado de economía política*, el cual, aunque escrito en la segunda mitad del siglo XVIII, se editó exitosamente, por primera vez, en París ese año y se difundió con muchas ediciones posteriores hasta nuestros días. Más tarde, en 1817, escribió un *Catéchisme D'Économie Politique*.[23] Al inicio de esa obra, orientada a la difusión de los conceptos básicos de la economía mediante preguntas y respuestas, y contestando a *Qu'est-ce que nous enseigne l'économie politique?,* para responder que «la economía política nos enseña el modo como se producen, distribuyen y consumen las riquezas en la sociedad», lo que ha dado origen a la *Teoría de los tres factores*:[24] producción, distribución y consumo, desarrollada por economistas posteriores, con vigencia actual, equivalente al qué, cómo y para qué de muchos maestros contemporáneos de la economía.[25]

Para que esa aseveración sea admitida por todos los miembros de una sociedad determinada debe estar regulada legalmente: esto es, lo que intenta expresar el cuadro que se presentará a continuación en el cual cabe observar que los extremos, inicial y final, del ciclo de la economía, vale decir, la producción y el consumo, pueden entenderse, respectivamente, como la oferta y la demanda en los extremos conceptuales de la provisión de bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades vitales humanas en todas las sociedades de nuestro planeta. Entre esos extremos, como intermediario que los vincula, está la *distribución*, función económica, y el *derecho mercantil, regulando esa intermediación.*

Cabe anotar marginalmente que la denominación «derecho mercantil» es tomada, históricamente, en 1812, como el rechazo de España a la invasión napoleónica y al tratar los invasores de imponer el «Código de Derecho Comercial», recién creado por Napoleón Bonaparte en 1807, para sistematizar al consuetudinario «*jus mercatorum* superpuesto a los derechos locales con marcado carácter internacional».



Es conveniente observar en el cuadro precedente, la esencial posición intermediadora que corresponde a la *Distribución,* vinculando a la *Producción* con el *Consumo* y expresando que la atención de este corresponde a la *Demanda* que, a su vez, hubo de propiciar causal y originariamente la *Producción*, configurando la *Oferta*. Consecuentemente, estas, la *Oferta* y la *Demanda* son fundamentales para explicar cómo se determinan los precios y las cantidades de bienes y servicios, originando *los mercados* que son atendidos mediante la *Distribución* que intermedia la relación de las dos primeras.

Estas fuerzas constituyen la esencia de la ciencia de la economía, ciencia social presidida por el *fenómeno bioeconómico prehistórico*,[26] destinada por el ser humano al logro de la satisfacción de sus necesidades primarias, secundarias e, incluso superfluas y suntuarias, como sujeto actuante en los múltiples *mercados,* batallando con intereses muchas veces contrapuestos, lo que ha hecho indispensable la creación de las «divinas normas jurídicas», a lo largo de la historia y de acuerdo con sus ciclos, como se ha esbozado anteriormente. Así, la función económica de la *producción-oferta de bienes y servicios* ha devenido

---

23 SAY, Jean. *Catéchisme D'Économie Politique*.

24 SAY, Jean. *Ut supra.*

25 SAMUELSON, Paul A. y Nordhaus, William D. *Economía.* Decimoséptima edición. Méxivo D. F.: McGraw-Hill, 2002, Cap. 1. «Los fundamentos de la economía», p. 3; B. Los tres problemas de organización económica, p. 6.

26 *Supra*, # 1.2.

en *derecho industrial*; la *Demanda-Consumo*, en *derecho del consumidor*; y, *obviamente, la Distribución-Intermediación*, en *derecho mercantil* o *comercial*. Estas disciplinas jurídicas, paralelas a las funciones económicas organizadas desde Smith, funcionan como las reguladoras en cada Estado del mundo, actuales *civitas* que pueden ser consideradas equivalentes históricas y sociales de las embrionarias obras jurídicas del maestro Justiniano el Grande y su equipo de juristas, allende el lejano siglo V de nuestra era, compiladas e impresas luego, para el futuro del mundo, a finales del siglo XVI (1583) en Ginebra, por Dionisio Godofredo como *corpus iuris civilis*.

Es necesario recordar enfáticamente que los seres humanos de todas las latitudes, ordenándonos desde su origen y entorno antropo-sociológico, somos los autores y actores, activos y pasivos, de todo ese proceso evolutivo que, sin duda, sigue siendo perfectible y lo seguirá siendo, dando cumplimiento al mandato bíblico de dominar la tierra.

5. LA NECESIDAD DE LA CODIFICACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA RESULTANTE DE LA EVOLUCIÓN ECONÓMICA

5.1. Los principales hitos económicos de los últimos siglos

Como queda dicho, Smith publicó *La riqueza de las naciones* en 1775, año en el cual se inició la Revolución Industrial. Say tradujo el trabajo de Smith al francés, divulgándolo, además sacó al mercado su *Catecismo* en 1803.

Napoleón Bonaparte promulgó su *Code Civil de les Francaises* en 1804 y el *Code de Commerce*, en 1807, probablemente retribuyendo el apoyo de los comerciantes a su causa.

El presidente Ramón Castilla decretó la abolición de la esclavitud en el Perú el 3 de diciembre de 1853. Lo propio fue ocurriendo en el mundo entero, que ingresó en una etapa de igualdad social que ciertamente ha tomado su tiempo en concretarse universalmente. En 1865 se produjo guerra de secesión en Estados Unidos de América y la abolición de la esclavitud que aún se mantenía en los estados del sur. La actividad productiva dejó de tener un costo minimizado por la milenaria esclavitud y la actividad del comercio que pasó a ocupar la posición intermediadora que le corresponde en el ciclo de satisfacción de la demanda.

Todo ocurrió de modo congruente, con una excepción: el Código de Comercio francés de 1807, que poco tuvo que ver en esas importantes reformas; sin embargo, la imagen de su inspirador, el emperador de los franceses, Napoleón Bonaparte, llevó al mundo occidental a seguirlo.

5.2. Breve análisis de los cambios resultantes en los siglos XVIII y XIX

Puede considerarse como el primero de ellos: el sinceramiento de los costos de producción, antes hundidos e ignorados desde el origen de la sociedad humana, esencialmente mediante el milenario disfraz de la esclavitud, sancionando jurídicamente su eliminación desde finales del siglo XVIII, evidenciando empíricamente la complementariedad ontológica y, por tanto, esencial, entre la economía y el derecho.

Pudo entenderse, entonces, la conveniencia económica y jurídica de la unificación de los fenómenos económicos a la manera de Justiniano, evitando la poco útil dispersión normativa, específicamente, el logro de que las normas de derecho civil y comercial contuvieran la regulación de la mayor parte de las relaciones económicas, internas e internacionales, manteniendo la congruencia y la complementariedad normativas, mediante una codificación sistemática más conveniente. En tal sentido, luego de la eficiencia en la codificación de la normatividad civil, se consideró que, siendo evidente que lo alcanzado por ella se sustentaba en la actividad comercial, esta había de ser regulada de manera específica y se dedicó a ella, la reunió en los cuatro libros y más de seiscientos artículos que confor-

maron el Código de Comercio, como venía pergeñándose desde 1801 en la comisión respectiva presidida Gorneau, ministro del Interior de Gabinete Ministerial napoleónico, unificando y actualizando los múltiples antecedentes normativos que lo precedieron desde el reinado de Luis LIV, con su célebre ministro Colbert.

Cabe preguntarse si esto fue conveniente o necesario o si tales esfuerzos de consolidación normativa específica lo fueron. Lo histórico es que muchos gobiernos de la primera mitad del siglo XIX, no solo los admitieron, sino decidieron incorporarlos a sus sistemas jurídicos, multiplicándose, en el mundo eurooccidental por lo menos, la promulgación de sendos «Códigos de Comercio», tendencia que se incorporó fácilmente a los incipientes sistemas jurídicos de la América española, lo que amerita el análisis de la conveniencia actual de la dualidad de códigos en nuestro sistema normativo.

6. APUNTES CRÍTICOS SOBRE LA DUALIDAD DE CÓDIGOS

6.1. La «codificación legislativa» en la historia: origen remoto del término «código»

Es incuestionable que la palabra «código» tiene un origen latino; no obstante, se le usa para calificar conjuntos normativos muy anteriores a los normativos, como ocurre con el Código de Hammurabi, preparado por el rey de ese nombre, allende los 1900 años antes de nuestra era cristiana y muy anterior a la fundación de Roma. En su texto no existe palabra alguna que se acerque al término «código», debiendo ser considerado un cuerpo legal de 282 artículos que, aunque carece de un orden sistemático, presenta, de manera sencilla, situaciones conflictivas de naturaleza económico-social, tomándolas de ordenamientos anteriores dados en la misma región sumeria, antes del Imperio babilónico.[27]

En Roma, primitivamente, los *decemvirii: decenviros o diez descendientes de los fundadores* reemplazaron a los «reyes» que durante más de dos siglos habían gobernado la ciudad: *civitas*, con la misión de redactar nuevas leyes a fin de regular las relaciones entre los *ciudadanos: cives*, los habitantes que no lo eran y las de estos con la *ciudad*. Su obra máxima fue formalizar un conjunto de normas fundamentalmente consuetudinarias que se denominó: la *Ley de las XII Tablas: Duodecim Tabularum Lex*, evidenciando una marcada influencia griega. Más adelante, ya en el año 200 de nuestra era y, bajo la iniciativa del emperador Diocleciano, el jurisconsulto Gregorio trató de clasificar por primera vez la normativa vigente y de sistematizar compilaciones de diversos juristas, como Papirio, Ulpiano, Paulo y Disiteo, así como la idea de reunir ordenadamente las «constitutiones imperiales» vigentes. Estos trabajos fueron denominados desde entonces *Codex,* por primera vez. Otros juristas, como Hermógenes, en el año 293 y Teodiosio, en el 430, reiteraron esas compilaciones que, sin duda, inspiraron a Justiniano su perfeccionamiento, bastante más tarde, en el 529.

6.1.1. El código o **codex**

En el año 529 de nuestra era se publicó el Código de Justiniano que fue considerado, cinco años más tarde, *vetus, Viejo,* al publicarse en el 534, el «nuevo»: *Codex Repetitae Praelectionis, Novum*, integrado ordenadamente por doce libros, con 265 títulos y 4652 constituciones imperiales:

Libro primero: derecho eclesiástico y dogmas católicos; las fuentes materiales del derecho y de las obligaciones; y las facultades de los magistrados imperiales.

Libros segundo a octavo: derecho privado, que incluye el derecho civil y el derecho pretoriano.

Libro noveno: derecho penal sustantivo y procedimental.

---

[27] LARA PEINADO, Federico. Código Hammurabi. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2008, «Estudio preliminar», pp. XI a CXLVI.

Libros décimo hasta el duodécimo: referidos a la organización del imperio desde el punto de vista administrativo y financiero.

Esta obra que integra el *corpus juris civilis* con las otras tres dispuestas por Justiniano, es decir, el *Digesto*, las *Instituciones* y las *Novedades*, ha sido fundamental en la preservación y sistematización del derecho romano e influido en el desarrollo del derecho universal y los sistemas legales modernos,[28] debiéndose enfatizar que en cada una de ellas hay un contenido y propósito jurídico diferente que es conveniente establecer en este trabajo, específica, aunque muy sintéticamente, en el orden que se las viene enunciando al inicio de este párrafo.

6.1.2. El Digesto *o* Pandectas

El título *Digestum —Digesto*, en español— se publicó luego del *Codex* a fin de reunir en una sola obra todo dicho en materia jurídica. Por ello, en griego, se la denominó *Πανδέκται (Pandektai)*. Está integrada por 50 libros que contienen los dictámenes o sentencias de los jurisconsultos, *iura*, para lograr la recopilación histórica de la jurisprudencia romana que serviría, en adelante, como referencias fundamentales a los abogados litigantes de entonces y que, cabe decirlo, son empleadas sustentatoriamente hasta nuestros días, en muchos casos. Contiene principios generales del derecho en los libros I al IV; una segunda parte, «De Iudicis», acerca de los juicios, libros V al XI; la tercera que se denomina «De roebus», sobre las cosas, libros XII a XIX; la cuarta, llamada «Umbilicus», *Ombligo,* sin duda, por ser la parte central de la obra, entre los libros XX y XXVII, está dedicada a las hipotecas y a la familia; la quinta, a las sucesiones, entre los libros XXVIII y XXXVI; la sexta parte se dedica a la posesión y a la propiedad, entre los libros XXXVII y XLIV; concluyendo en la séptima, con estipulaciones diversas entre los libros XLV y XLVI, materias penales; entre los XLVII y XLVIII, «De apelationibus», sobre las apelaciones; y, el XLIX, concluyendo en el libro L, con el sistema municipal y normas interpretativas, integrando un título sobre el significado de las palabras y otro sobre las reglas jurídicas entonces empleadas.[29]

6.1.3. Instituta*: las Instituciones*

Se publicó en el 539, como síntesis de lo anterior, en cuatro libros de extensión relativamente reducida que fue dedicada a los estudiantes de derecho, *ius,* como lo expresó el propio Justiniano en el prólogo de la obra;[30] no obstante, le otorgó, por sus méritos, fuerza de ley.[31] Fue estructurada en las siguientes partes:

i. De la justicia y del derecho (libro I - títulos I y II) y De las personas (título III al XXVI).

ii. De las cosas, del dominio, del usufructo, de la posesión y de los demás derechos reales, así del testamento y la herencia.

iii. De la sucesión intestada, de las obligaciones y de los contratos.

iv. De las obligaciones *ex delicto* y de las acciones, con apéndice de *publicis iudiciis*.

---

28 Enciclopedia Jurídica Omeba.

29 https://es.wikipedia.org/wiki/Digesto?form=MG0AV3

30 JUSTINIANO. *Institutionum, D.Iustiniani*, *Los cuatro libros de la instituta*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Biblioteca de la Facultad de Derecho, p. 3: «En el nombre de nuestro señor Jesucristo - El Emperador César Flavio Justiniano […] a la juventud deseosa de estudiar leyes».

31 *Ibidem*, p. 4: «# 6. - […] luego que nos la presentaron los tres mencionados varones jurisconsultos, (#3 […] Triboniano, maestro y cuestor de nuestro sacro palacio […] Teófilo y Doroteo, varones ilustres, profesores de derecho) las leímos y revisamos, y les prestamos la plenísima fuerza de constituciones nuestras».

6.1.4. Novellae Constituciones*: las nuevas constituciones*

Esta obra recoge las normas supremas, constituciones imperiales, emitidas por Justiniano desde el año 533 y llega hasta las publicadas en el 565, año de su fallecimiento. Hay muchas que son leyes diversas promulgadas después del 534 —cuando promulgó la segunda edición del Código— que nunca fueron compiladas oficialmente durante su reinado. Además, debe anotarse que esta obra contiene narraciones que se refieren a situaciones jurídicas que no son formalmente normas legales; de aquí que se haya generalizado su denominación como «novelas de Justiniano». La mayoría de las historias, novelas de Justiniano, están dedicadas a cuestiones legales seculares, como el tema de la organización de la Iglesia y la gestión administrativa, es decir, el gobierno de la Iglesia, el clero y la organización de la vida monástica. De la masa total de historias cortas de la Iglesia, las novelas 120 y 123, que regulan varios aspectos de la vida de la Iglesia y algunas destacan los problemas de propiedad de la Iglesia; otras tratan sobre derecho de familia y leyes de herencia.[32]

6.1.5. Conclusiones históricas específicas

De lo analizado anteriormente emana que el término «Código», tuvo origen en los esfuerzos por ordenar las instituciones del derecho romano que se originaron consuetudinariamente y trataron de formalizarse con la Ley de las Doce Tablas, en el año 500 a. C. e intentarlo luego, a partir del 200 de nuestra era, lográndolo a partir del 520, con un milenio de por medio y con el *Códex* de *Ius Romanum Iustiniani*, es decir, en el «Derecho Romano de Justiniano». Es aplicable fundamentalmente al conjunto de normas orientadas a regular las conductas político-sociales de los seres humanos, tanto en el nivel de ordenamiento dictadas por quienes detentan el poder, derecho público, como en la interrelación horizontal de personas que comparten territorio y actividades económicas, derecho privado. También es evidente que fue empleado sistemáticamente, en los inicios del siglo XIX por una comisión encargada de la redacción del Código Civil francés, compuesta por Francois Tronchet, presidente de la Corte de Casación; Jacques de Malleville, juez de la misma corte; Jean Portalis, alto oficial administrativo, y Felix Julian Jean Bigot de Préameneu, antiguo miembro del Parlamento de París. En el plazo de cuatro meses, la Comisión presentó un borrador que fue enviado a la Corte Superior y a la Corte de Casación para que presentaran sus observaciones, por disposición del entonces Primer Cónsul Napoleón Bonaparte quien, luego de superada con éxito esa etapa, aprobó el *Code Civil des francais* por Ley del 21 de marzo de 1804[33] y se encuentra todavía en vigor, aunque con las necesarias y numerosas modificaciones.

6.2. La codificación napoleónica

El propósito de la Comisión fue refundir en un solo texto legal, el Código Civil, la tradición jurídica francesa, eliminando las leyes especiales orientadas a las diversas clases sociales, es decir, a la aristocracia, al campesinado, a los diversos gremios burgueses, incluyendo a los comerciantes e industriales, así como recreando la legislación administrativa con normas legales aplicables de manera general a toda la sociedad, eliminando las contradicciones y superposiciones nacidas de la coexistencia de diversos regímenes legales, en procura de una mayor estabilidad económica, social y política.[34]

Para lograr el instrumento adecuado a sus fines es evidente que la Comisión optó por la estructura propuesta por Justiniano en *Instituta*, es decir, un primer libro regulatorio de la «Persona»; el segundo se dedicaría a las «Cosas», o sea, a los *derechos reales*, para concluir en un tercero, con las *acciones* que incluyen, *las obligaciones* y *los contratos*, el medio que las personas emplean para crearlas.[35] Con esto, se lograría el nuevo derecho formal para Francia y el mundo. Como en la época de Justiniano, esta

---

32 https://es.wikidat.com/info/novellae-constitutiones?form=MG0AV3

33 https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia?form=MG0AV3

34 https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia?form=MG0AV3

35 JUSTINIANO, *Op. cit.*, p.11: # 12: «Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones […].» («Todo el derecho que usamos corresponde ya a las personas, ya a las cosas o a las acciones»).

síntesis, que había de comprender toda actividad humana, debió incluir necesariamente el *ius mercatorum*. No fue así, se optó por la especialización en razón de actividades económicas diferenciables de las normadas por el Code Civil como, por ejemplo, las resultantes de las operaciones bancarias con instrumentos y títulos de crédito no solo nacionales sino, contrariamente, internacionales, lo que implicaba contratos de transporte terrestre y marítimo rápidos y seguros inexistentes en el régimen civil propio de cada país.

Existieron antecedentes que la nueva Comisión hubo de tomar en consideración: como la Ordenanza de 1627, intentó unificar a las normas comerciales, dentro de una variedad de temas. Luego Jean Baptiste Colbert, ministro de finanzas de Luis XIV, dictó cinco ordenanzas en 1681, entre las cuales figuraba el llamado Código Savary, por el apellido de su autor, el «Edicto del rey para servir de reglamento al comercio de negociantes y mercaderes al por mayor y al por menor», con 122 artículos sobre legislación de comercio terrestre. En 1673 que incluyó tarifas impositivas únicas en todo el territorio francés y normas sobre concursos y balances para evitar el fraude, reglamentando las costumbres comerciales medievales. Este Código fue perfeccionado en 1774, a través del proyecto de Hue Miromesnil, que pretendió aunar criterios jurisprudenciales, y prácticas comerciales más recientes. Antes, en 1681 se habían dictado regulaciones del comercio marítimo.[36]

Estas normas fueron los antecedentes de Código de Comercio de 1807, que reunió las reglas del comercio marítimo y terrestre. Cabe preguntarse si no pudieron ser empleadas, reajustando las normas generales del *Code Civil*.

El *Code de Commerce* se organizó con una estructura de cuatro libros, lo cual, en la autorizada opinión del maestro Rippert: «Es un plan que no tiene nada se científico».[37]

Libro primero: trata de los comerciantes y del comercio, en general, incluyendo principalmente el concepto de acto del comercio y la definición de los primeros sobre la base del concepto mencionado; se ampara en la persona y el acto jurídico del *Code Civil* ya que «comerciante» es, necesariamente, una persona dedicada a realizar actos de comercio, tipo de acto jurídico y, como observó Rippert, «[…] los sujetos de derecho no son solamente los individuos, sino las sociedades […] entidades creadas por el hombre»,[38] de acuerdo con las reglas civiles prexistentes.

Libro Segundo: norma los contratos especiales de comercio, referidos tanto a las personas jurídicas como a las naturales que actúan como partes contractuales y a los actos especializados que realizan: las formas contractuales de trasmisión de la propiedad dominan la circulación y la intermediación de los bienes muebles e inmuebles son normadas en el *Code Civil*.

Libro Tercero: sobre la navegación y el comercio marítimo, recoge normas anteriores que actualiza y ordena, y el libro cuarto que se ocupa de las quiebras y bancarrota. Ambos pudieron ser tratados por legislación especializada en lo que no correspondiera a materias que el *Code Civil* también pudiera haber tratado como, por ejemplo, la falencia de las sociedades.

Cabe reiterar que en sus dos primeros *libros,* el *Code de Commerse* recuesta sus normas en las instituciones esenciales del *Code Civil: personas y cosas; contratos y obligaciones.* Además, debe observarse que ignora por completo «la Teoría de los Tres Factores» de Say, cuya edición contemporánea a la publicación del *Code* que incorpora la *industria*, *función productiva*, a su único objeto posible, es decir, la *función distributiva del comercio*, no alcanzando tampoco al destino de esta función, *la satisfacción del consumo*.[39]

---

36 https://www.laguia2000.com/francia/el-codigo-de-comercio-de-1807

37 RIPERT, Goerges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, p. 25.

38 Ibidem, p.49.

39 *Supra* p. 7, # 4.2.

El libro segundo, al tratar de los contratos, toca tácitamente la actividad industrial; lo hacen también los libros tercero y cuarto, al tratar el comercio marítimo y las quiebras y bancarrotas, respectivamente.

No obstante la dificultad de aislar la materia comercial en un código especializado, el sistema de codificación dual se difundió rápidamente y su aceptación en la convulsa Europa de entonces y, a través de ella, a los emergentes países de América e importantes naciones asiáticas. Su importancia continúa hasta hoy, con unas pocas reacciones en contrario, como se procurará especificar más adelante.

6.3. Apuntes sobre la dualidad de códigos de derecho privado en el siglo XIX

La importante influencia de Bonaparte en Europa conllevó que muchos países de ese continente se adhirieran a la dualidad de la codificación legal del derecho privado que proponía. Cabe proponer como ejemplo a Portugal, que lo hizo en 1833, y a los Países Bajos, en 1838. España que promulgó su Código Civil en 1889, después del de Comercio que lo hizo en 1885. Italia hizo la primera digresión al sistema napoleónico dual al adicionar a su Código Civil normas que correspondían al Código de Comercio en 1865, lo que establecía la preferencia por un código unitario. Lo mismo ocurrió en Alemania al poner en vigencia su *BGB* el 1 de enero de 1900, luego de sucesivas reformas, durante el siglo XIX, con incidencia en actividades comerciales y empresariales. En América Latina, Perú promulgó su Código Civil 1852 y el de Comercio en 1902, siguiendo el modelo dual.

6.3.1. Estado actual mayoritario en nuestra América

Todos los países de América Latina conservan al sistema de codificación dual napoleónico con excepción del Brasil y la Argentina que modificaron esa herencia, reformando sensiblemente sus respectivos sistemas de codificación del Derecho Privado, durante las dos primeras décadas del siglo XXI.

En efecto, en Brasil, en una misma norma, la Ley 10406, se promulgaron dos nuevos Códigos: tanto el Código Civil y como el Comercial, con una original maniobra legislativa, pues a cada contenido jurídico debió corresponder la respectiva ley. En este caso, el anterior Código Comercial brasileño con sus 913 artículos, fue promulgado por Ley 556 de l2 de junio de 1850 y solo sus artículos 1 a 456 fueron derogados por la Ley 10406 que dejó vigentes los artículos 457 al 913, además del «Titulo Único. DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NOS NEGÓCIOS E CAUSAS COMERCIAIS», cuyos artículos 1 al 30, son recogidos en tres *Secciones*, debiendo entenderse que mantuvieron su vigencia legal.[40] De lo expuesto se colige, en el derecho brasileño, que tanto el derecho civil como el derecho comercial están regidos por la misma Ley 10406 que así lo dispone en sus artículos 2028 y 2029, con los que finaliza.[41]

En la Argentina, fue «Aprobado por ley 26.994 y Promulgado según decreto 1795/2014», el «Código Civil y Comercial». La Ley fue sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 y publicada al día siguiente, entrando en vigencia el 1 de agosto de 2015. Fueron derogados tanto el respetado Código Civil que elaborara el maestro Dalmacio Vélez Sarsfield y que regía desde 1871, como el Código de Comercio, vigente durante 120 años; la influencia napoleónica se hace evidente pues, no obstante derogar el Código de Comercio, se declara expresamente, la incorporación a la normatividad civil únicamente la comercial, o sea la correspondiente a la función intermediadora de la economía, dejando de lado tanto su función etiológica, la producción, como la teleológica, su finalidad, la satisfacción de la demanda.

---

40 www.planalto.com

41 Código Civil brasileiño: «Sancionado el 10/01/2001 por el Presidente da República e entrara em vigor daqui a um ano, el 10-01-2003: Art. 2.044. Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no pra-zo de um ano após a vigência deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na do anterior; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição».

6.3.2. El caso del Perú

Cabe aseverar, finalmente que, América Latina, en general, mantiene hasta hoy la dualidad napoleónica de códigos sustantivos de derecho privado, con las excepciones antes descritas someramente, incluyendo al Perú que, no obstante la promulgación del Código Civil el 24 de julio de 1984 y su vigencia desde el 14 de noviembre del mismo año, no ha derogado, expresamente, el Código de Comercio, vigente desde 1902; sin embargo, cabe señalar, con el maestro Manuel de la Puente y Lavalle,[42] que nuestro Código Civil regula tanto a las obligaciones civiles como a las comerciales y a las fuentes de ambas, los contratos, como lo establecen el artículo 1353, en términos generales,[43] y el 2112, específicamente.[44]

Es, además, oportuno recordar que el régimen de las obligaciones fue siempre regulado por el Código Civil, lo cual es también un importante sesgo unificador;[45] no obstante, cabe señalar que hay muchas inaplicables normas del Código de Comercio de 1902 que están vigentes, aun cuando hay normatividad específica que las inutiliza: a modo de ejemplo, cabe citar la definición de comerciantes del artículo 1, cuyo numeral 2 del Código en referencia, define a «las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código»,[46] no obstante la vigencia de la Ley n.° 23407, Ley General de Industrias, promulgada el 28 de mayo de 1982 y las muchas que la presidieron, no obstante lo cual su inútil vigencia se mantiene. Lo mismo puede aseverarse de las normas de las secciones segunda y tercera del libro primero del Código en referencia, no siendo aplicables a sus secciones cuarta a sétima, derogadas expresamente por diversas leyes. El articulado del libro segundo del Código de l902, referido a *Los contratos especiales del comercio,* que va desde el artículo 124 hasta el 585, está expresamente derogado por sendas leyes específicas. El libro tercero, «Del comercio marítimo», no ha sido derogado, a pesar de que existe legislación específica muy actualizada.[47]

El distinguido maestro sanmarquino y exmagistrado constitucional, Ricardo Beaumont,[48] ha expresado su aquiescencia con ese hecho protectivo del pasado, sin expresar razones para ello. Cabe anotar que hoy existen normativas y regulaciones tanto nacionales como internacionales que constituyen un marco legal integral que regula todos los aspectos del transporte marítimo, la protección de las tripulaciones y de la carga en los grandes buques que mueven enormes volúmenes de contenedores en todos los mares, a cargo de la ONU, en su Comisión para el Derecho Internacional,[49] todo lo cual fue de improbable concepción de los autores del Código en el siglo XIX, no obstante su loable esfuerzo. Cabe, en este sentido, recordar el Código de Comercio del maestro sanmarquino, doctor Manuel García Calderón, en su edición de 1967, que agota lo referente a esa fecha, cincuenta años atrás, y este tema, acuciosamente.[50]

Cabe agregar que a la fecha de dación del Código de Comercio, las industrias tanto del transporte aéreo como la del terrestre automotor y su regulación, eran, obviamente, incipiente en el Perú y en el

---

42 DE LA PUENTE Y LAVALLE, José. *El contrato en general*. Tomo I. Lima: PUCP Fondo Editorial, pp. 228-230.

43 Código Civil
«Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

44 *Ut supra*: Artículo 2112: «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaliza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio».

45 STEWART BALBUENA, Alberto. «Código de Comercio peruano: génesis, precaria existencia y futura sucesión». En *Ius Et Praxis*, pp. 157-167.

46 Código de Comercio
«Artículo 1.- Son comerciantes, para los efectos de este Código:
1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».

47 Ley n.° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento por Decreto Supremo n.° 014-2005 de Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

48 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *El Código de Comercio de 1902 y el Proyecto de Ley Marco del Empresariado aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República*. Lima: Centro de Investigaciones del Poder Judicial, p. 131.

49 https://www.diariodetransporte.com/articulo/transporte-maritimo-y-puertos/normativas-regulaciones-transporte-maritimo/20240314114032091020.html?form=MG0AV3.

50 GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Código de Comercio*. Segunda edición. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1967, prólogos de la primera y segunda edición, pp. 7-10.

mundo, lo que no ocurre en nuestros días de megapuertos, supercarreteras, ciudades-aeropuertos, todo lo cual se procura que cada día esté mejor regulado tanto en el ámbito del derecho industrial, como en el del comercial y de consumo y laboral, no siempre con éxito.

7. PRONÓSTICO CONCLUSIVO

La economía se hace cada día más científico-tecnológica al referirse a una producción impulsada por energía eólica y una distribución virtual de alta tecnología con recuperación útil de deshechos que satisfagan el consumo masivo con costos que apuntan al descenso y auguran un futuro que permitiría desechar por obsoleto el esquema secuencial de Say, reemplazándolo por uno circular, de mucha mayor eficacia, procurando que todos los productos sean parte de un ciclo regenerativo, en el cual, nada se desperdicie y todo tenga un propósito de alta eficiencia.

Asimismo, la normatividad legal originada en los siglos XIX y XX, que acentúa sus deficiencias continuamente, debería orientarse a reemplazar su ordenamiento y optimizarlo, mediante una sola norma general de derecho privado, que bien podría ser el Código Civil económico, como eje de normas objetivas específicas, especializadas, coordinadas y concordantes.

Lo planteado para el futuro inmediato, permite recordar la normatividad única del viejo *Codex* del siglo VI de Justiniano, el cual fue integrado, más avanzado el Medioevo, en el *Corpus Iuris Civilis* del siglo XV, del cual han bebido todas las actuales sociedades conformantes las Estados del mundo con sus propias características, hasta llegar angustiosamente a nuestros días buscando adherirse, o retornar, al eje central que permita el ordenamiento privado libre, coordinado y concordante, mediante la *Codificación del Derecho Privado Económico,* distinguiéndolo con Ulpiano, en el *Digestum,* del *Publicum Ius*,[51] lo cual implica la *Codificación del Derecho Civil Económico,* haciendo innecesaria la de la actividad comercial básica por separado, no solo en nuestro ordenamiento privado peruano.

Cabe, pues, considerar necesaria la derogatoria del absoluta y meritoriamente derogatoria formal de nuestro ancestral Código de Comercio e intentar la modificación fraterna del actual Código Civil nuestro, hacia su sucesor, el *Código Civil-Económico*, en el ámbito del derecho privado.

---

51 ULPIANO. *Digestum*: «Publicum est quod ad statum lex romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet» («Es público, lo que interesa a la ley del estado romano; privado, lo que pertenece a lo útil individualmente a cada romano»), libro I, Ley 182.

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, UN NUEVO DESAFÍO JURÍDICO

Julio Durand Carrión[*]

1. INTRODUCCIÓN

Cuando dictamos el curso Instituciones de Derecho Mercantil, los alumnos suelen preguntarnos: ¿qué es una empresa? La pregunta parece inquietante y normativamente fácil de responder; sin embargo, les explicamos que hacer empresa es sencillamente servir al prójimo, cumplir deberes éticos y entregar calidad al mercado para los consumidores.

Esta primera aproximación nos va dando la idea de lo que entendemos por responsabilidad social empresarial en el contexto de la llamada economía social de mercado y sobre la base de la cual se ha estructurado hoy en día toda la sistemática mercantil, que es respaldada y defendida por el Estado y el propio mercado. En este contexto, es importante establecer las líneas maestras necesarias para entender cuál es el contenido real y moderno de la responsabilidad social empresarial y como se estructura y desarrolla en un proveedor para beneficio no solo de la propia empresa, sino también de la sociedad, del mercado y del propio Estado.

La responsabilidad de las corporaciones para algunos transmite la idea de responsabilidad legal u obligación; para otros significa un comportamiento socialmente responsable en el sentido ético. Aun para otros, transmite la responsabilidad frente a alguien de un modo causal. Para muchos simplemente se equipara a una contribución caritativa, o para algunos como conciencia social. Muchos de los que lo abrazan fervientemente lo ven como sinónimo de legitimidad en el contexto de ser apropiado o válido. Pocos lo ven como una especie de deber fiduciario que impone mayores estándares de comportamiento a los hombres de negocios que a los ciudadanos en general (Votaw, 1972, p. 25).

En efecto, tal como señalamos en el párrafo anterior, se habla de responsabilidad social empresarial desde distintas perspectivas y la más común ha sido, desde el enfoque del cuidado responsable del ambiente, el desarrollo sostenible, las buenas prácticas laborales e incluso las acciones de solidaridad y filantropía; sin embargo, hay otras aristas desde las cuales se puede hablar del tema sin descuidar obviamente las otras, porque se trata de un asunto omnipresente en el entorno corporativo-empresarial, y como tal está en la agenda y el debate político, económico y legislativo que propone una serie de estipulaciones para regularla, incluso en la actualidad se plantea que la responsabilidad social de los operadores de mercado sea incluso obligatoria, porque hoy en día se les exigen nuevos entregables, no solo de tipo económico, sino también sociales y fundamentalmente éticos.

El Tribunal Constitucional también ha esgrimido una concepción sobre responsabilidad social, así en la Resolución n.° 0048-2004-PI/TC establece que:

> […] la relación de las empresas con las preocupaciones sociales y medioambientales a través de sus actividades comerciales, que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.

[*] Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la UPC.

> En el marco del Estado social y democrático de derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible.

Por otro lado, en la Resolución n.º 03343-2007-PA/TC señala:

> En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

Lo expuesto por el Tribunal Constitucional establece varios puntos sobre los cuales puede hablarse de responsabilidad social empresarial, pero lo que más nos hace sentido es la última parte relacionada a la empresa, la comunidad y su entorno, porque es aquí donde podemos ubicar válidamente la responsabilidad de una empresa frente al mercado y frente a los derechos del consumidor, a los cuales tiene que respetar si quiere mantenerse competitivamente en el mercado.

En efecto, creemos que una empresa no es una unidad de decisión económica autónoma en el mercado, es decir que funcione de manera autárquica sin atender a su entorno, sino que todo lo contrario, las empresas interactúan con otros actores llamados hoy *stakeholders* y que son fundamentales en la planificación y desarrollo estratégico para cumplir eficientemente sus objetivos comerciales y en ese sentido una empresa es parte de la comunidad y de la sociedad en general, y como tal se debe al público consumidor, porque es este último el que le da vida al mercado y, por ende, a las propias empresas. Por lo tanto, una forma de devolver a los consumidores y a la sociedad ese favor por la preferencia de los productos o servicios de una determinada empresa es establecer líneas de acción societaria que determinen una política coherente de responsabilidad social empresarial. La forma como se visualice y ejecute los lineamientos dependerá de la empresa, el Gobierno o lo establecido en la ley (Durand, 2016).

En el caso del Perú, en la ley no podemos encontrar plasmada una obligación que determine que las empresas tengan líneas de responsabilidad social empresarial, es una cuestión de tendencia que tienen las empresas en el mundo global. Tan es así que en el APEC se ha discutido el tema, así como en los grandes foros mundiales de empresas y corporaciones, de manera que es un tema que está en la palestra del derecho corporativo.

No hay ley que obligue la RSE, por ello algunos autores la vinculan con el deber de no dañar o el deber de no cometer actos de abuso del derecho y en ese sentido por ejemplo el Tribunal Constitucional mediante el Expediente n.° 3315-2004-AA/TC señaló que uno de los principios que se derivan del artículo 65 de la Constitución es «el principio de proscripción del abuso del derecho», dicho principio plantea que «el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios».

Hoy día lo que se busca es que las empresas tengan aunque fuere un mínimo de preocupación por el mercado y su entorno, con un programa de responsabilidad, que deberá ser estructurado y desarrollado en colaboración con el Estado.

Lo que proponemos en este artículo es la responsabilidad social empresarial con una mirada de respeto a los derechos del consumidor en el mercado, como una expresión del buen gobierno corporativo de una sociedad mercantil, en el entendido que lo que subyace en una buena administración y gestión de negocios es el respeto por las personas y el respeto irrestricto de sus derechos, lo que implica una articulación empresarial donde la calidad y las buenas prácticas sean parte de su negocio

mismo, es decir que no se observe el respeto a los consumidores como un cargo adicional a su quehacer empresarial, sino que las buenas prácticas, sean parte de su propuesta ofertable a la comunidad de consumidores en general.

Lo expuesto en el párrafo anterior se reduce a una sola palabra que debe ser internalizada en toda la estructura funcional, administrativa y de talento humano de una empresa: calidad. Y como como decía el papa Juan Pablo II (1991) en la encíclica papal *Centecimus annus*:

> […] hoy el problema no es solo ofrecer una cantidad de bienes suficientes, sino el de responder a una demanda *de calidad:* calidad de la mercancía que se produce y se consume; calidad de los servicios que se disfrutan; calidad del ambiente y de la vida en general.

La matriz de la calidad total calidad debe ser estar presente en todos los procesos productivos y de gestión logística y administrativa de las empresas para crecer, para innovar, para dotar al mundo de un entregable, para cubrir una necesidad, para ofrecerle al consumidor lo mejor de los productos o servicios y, sobre todo, satisfacer sus necesidades y hacerlos felices (Durand, 2018).

Sin duda, mucho se ha escrito sobre la calidad y Denegri (2018: p. 64), expresaba que: «lo que se llama calidad, ostenta una escasez semejante a la del oro. En el mundo, en todos los órdenes de la existencia, hay solamente, aunque no siempre, un diez por ciento de calidad. El resto es basura».

Un gobierno corporativo que no considera en su plataforma operativa los derechos de las personas, y que no han internalizado el concepto de la responsabilidad social empresarial, sobre la base de la calidad, no tiene asegurada su permanecía en los negocios y tarde o temprano se afectarán, porque las propias fuerzas del mercado premian la calidad y castigan la ineficiencia y, sobre todo, las malas prácticas.

La responsabilidad social empresarial es una cuestión de decisión que tiene que ser asumida con liderazgo para proponer al mercado imágenes y motivaciones nuevas en una empresa en las que se ponga una mirada en el destinatario principal de sus negocios, es decir, el consumidor y el respeto a sus derechos y prerrogativas que le corresponden como ser humano y en ese sentido es necesario un serio compromiso de quienes están al frente de la administración y gestión de una empresa, para entender y actuar sobre la base de un razonamiento nuevo en materia de buen gobierno corporativo, donde el éxito de la gestión no se mida solamente por los resultados económico financieros, sino que también se mida por el respeto a las más elementales reglas del mercado y entre ellas la más importante, la regla de respeto a los derechos del consumidor dentro del contexto del mercado. Así, un operador de mercado se asegura no solo clientes, sino también un reconocimiento social por las buenas prácticas, lo cual sin duda redundará en una rentabilidad mayor, porque los consumidores premian a las buenas empresas con sus innumerables actos de consumo.

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN E IDONEIDAD, PILARES SOBRE LOS QUE DEBEN FUNDARSE LAS BUENAS PRÁCTICAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE CARA AL MERCADO

El derecho a la información es el derecho a la obtención de datos necesarios para tomar una decisión de compra y realizar una elección informada que nos permita ejercer plena y responsablemente los demás derechos del consumidor. Esto implica el derecho de exigir la información necesaria para que el consumidor pueda tomar una decisión de compra oportuna, informada y libre de cualquier influencia nociva que mediatice su acto de consumo. Es un derecho fundamental, porque permite hacer efectivos los demás derechos.

La publicidad tiene siempre como objetivo vender y en ese sentido nos traslada información sobre aquello que oferta un proveedor y lo hace con técnicas sutiles de comunicación para persuadir a los clientes y motivar en ellos el consumo. Es decir, vende a través del mensaje residual del acto publicitario, vende a través de la persuasión y de la imagen que nos conecta psicológicamente con los

bienes y servicios ofrecidos; sin embargo, la publicidad nos da siempre una información parcializada, nos dice únicamente lo bueno del producto o servicio, eventualmente nunca expresa lo malo, de tal manera que si el consumidor no tiene información objetiva, difícilmente podrá tomar decisiones de consumo adecuadas para preservar sus derechos. Por ello debe ser una constante preocupación de los proveedores ofrecer al consumidor toda la cobertura de información que sea posible que permita a este ejercer su derecho de libre elección.

El consumidor debe estar adecuadamente informado para gozar de protección frente a la difusión de informaciones, publicidad, rotulado o cualquier práctica que pueda ser fraudulenta, engañosa o falaz como, por ejemplo:

- Precio de los bienes y servicios.
- Condiciones de venta o del contrato.
- Garantías ofrecidas: periodo de vigencia, vida útil o plazo de expiración.
- Resultados de pruebas comparativas, tanto en calidad, cantidad, rendimiento y precios de productos similares.
- Restricciones y limitaciones del producto.

Por lo tanto, es obligatorio ofrecer información en el momento y lugar oportunos; brindar toda la información indispensable y relevante; no silenciar o dejar de informar respecto a probables defectos o efectos, consecuentes que conlleven el cambio de elección; omitir información relevante al consumidor; no brindarla en exceso con objeto de confundirlo o cansarlo; presentar toda la información en forma reglamentaria (por ejemplo en los envases conteniendo en forma visible y distinguible la información pertinente); restringir e impedir el uso de indicaciones o aseveraciones escritas, orales o simbólicas susceptibles de inducir a error o causar falsas impresiones a los consumidores; que el comerciante se ciña a los reglamentos que rigen los contratos; etc. En este sentido, el nuevo Código del Consumidor obliga a los proveedores a consignar los precios de sus bienes y servicios en soles, es decir, en moneda nacional.

Por ello en todo *spot* publicitario deben respetarse taxativamente todos los principios de la ética publicitaria, como son: la veracidad, comprobación, autenticidad, legalidad, responsabilidad social, pertinencia y respeto a la libre competencia. Caso contrario nos encontraremos ante las denominadas manifestaciones ilícitas de la publicidad dentro de las cuales la publicidad engañosa o mentirosa es una de las más graves y que inclusive, se encontraba prevista y sancionada en el Código Penal.[1]

Los efectos de la publicidad engañosa no acaban ni cesan cuando se retira o se indemniza ni tampoco con sanciones penales, por lo tanto, se hace necesario la rectificación publicitaria y su difusión debiera considerarse a costa del infractor (una norma de este tipo la encontramos en el Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley n.° 11098 del 11 de septiembre de l990). Asimismo, la Ley española 26-1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala en su artículo 3: «la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, perseguida y sancionada como fraude».

---

[1] El artículo 238 del Código Penal fue derogado por la segunda disposición derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1044, publicada en el 2008, que estableció:
«Segunda.- Derogación expresa. Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:
[…]
e) Los artículos 238, 239 y 240 del Código Penal.
Toda referencia legal o administrativa a las materias reguladas por disposiciones contenidas en el Decreto Ley n.º 26122, el Decreto Legislativo n.º 691 y el Decreto Supremo n.º 20-94-ITINCI, así como de sus normas modificatorias, complementarias o sustitutorias se entienden efectuadas a la presente Ley en lo que sea aplicable, según corresponda».

No debemos olvidar que el fenómeno publicitario admite dos consideraciones: por una parte, la publicidad se contempla como un instrumento destinado a estimular la demanda de bienes de consumo y a promover las ventas. Por otra parte, se considera como un medio de información al público, con la consiguiente necesidad de someter el mensaje a controles rigurosos con el fin de evitar que se recurra a técnicas atractivas, pero insidiosamente atentatorias contra los derechos y los intereses de los consumidores (Durand, 2012).

Luego, la información puede llegar al consumidor por tres canales que son: publicidad; rotulados o leyendas de mercadería y servicios; y términos de contratos. En general, la publicidad debe tener ciertas reglas, sea cual fuere el canal de información. Entre estas reglas tenemos:

- Estar regulada por reglas o códigos de ética.
- Ser considerada un servicio y no solo un medio para vender.
- Garantizar la leal competencia.
- Evitar suscitar impresiones falsas.
- Ser veraz y objetiva.

Los rotulados de mercaderías y servicios pueden estar contenidos en signos distintivos (marcas, nombres comerciales, lemas) o en leyendas informativas contenidas en envases, folletos, embalajes o presentaciones con información muy variada, y el control de los mismos se encuentra en manos del Indecopi y su infracción está sujeta a sanción administrativa.

En cuanto a la idoneidad de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores es también un asunto de capital importancia en el esquema de responsabilidad social de una empresa, porque tiene que ver con sus procesos productivos y la incorporación de la variable calidad en todas sus líneas de trabajo, de tal manera que se garantice a los consumidores un entregable de óptima calidad.

En este contexto, la idoneidad no está referida solo al contenido de la prestación principal, sino a todo los elementos que la empresa pone a disposición del consumidor como su propuesta ofertable de negocio de cara al consumidor, es decir, la prestación principal objeto del negocio y la prestación complementaria que potencia a la prestación principal como, por ejemplo, un restaurante donde se vende, obviamente, comida como el objeto del negocio, y se presta el servicio de estacionamiento gratuito de vehículos como complemento del mismo.

La idoneidad también está relacionada con las tres categorías conceptuales muy importantes de la teoría del derecho del consumidor y que deben respetarse para evaluar el alcance y contenido del entregable principal que recibe el consumidor al adquirir un bien o tomar un servicio. Dichas categorías son: la garantía expresa, la garantía legal y la garantía implícita.

En líneas generales, información e idoneidad son dos caras de la misma moneda, son dos conceptos que de cara al consumidor se complementan, porque una decisión de consumo adecuadamente informada nos permite acceder a un bien o servicio idóneo para los fines por los cuales contratamos como consumidores.

En materia de información, el tema, en nuestro concepto, pasa por promover una cultura de consumo diferente en la población, es decir, una nueva cosmovisión del fenómeno publicitario que nos permita asumir una posición más crítica, de mirada más aguda y menos expuesta al efecto residual de la publicidad, es decir, debemos estar más alertas al mensaje y no dejarnos llevar por la sutileza a veces engañosa información publicitaria.

En un mundo y un mercado como el de hoy, lleno de presiones crecientes y extendidas, no podemos quedarnos sin acción frente a publicidad agresiva que de manera ingeniosa, sutil e inclusive creativa anula nuestra capacidad de decidir responsablemente. Debemos abrir nuestra mente y liberar nuestro ojo interior para ver más allá del mensaje residual de la publicidad (Durand, 2012). Lo más importante siempre será que los proveedores cumplan su deber de información trasladando a los consumidores una data informativa, real, veraz, oportuna, precisa y coherente para garantizar transacciones y decisiones en consumo idóneas (Durand, 2010).

3. ALGUNOS EJEMPLOS DE FALTA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE CARA AL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES EN EL PERÚ Y EL MUNDO

3.1. Caso Apple

En enero de 2018, la fiscalía de Francia decidió abrir investigación a la marca Apple, toda vez que tuvo indicios que la empresa había lanzado sus nuevos productos con la llamada obsolescencia anticipada u obsolescencia prevista, es decir, cuando una persona compra un aparato electrónico hace una inversión con la esperanza que le dure y sea útil buen tiempo. Evidentemente, en algún momento habrá una renovación, pero es una renovación natural, porque queremos tener un mejor equipo, mejor tecnología, mejor garantía, pero no porque tenga una obsolescencia programada, esto también es un atentando contra la razón misma de la calidad que como consumidores esperamos cuando compramos un producto. ¿Comprarse algo que el propio productor sabe que en dos años no te va a servir o va a tener fallas? Suena ilógico, incoherente y desleal, y es también atentar contra el derecho de las personas en el mercado (Durand, 2018).

3.2. Caso Volkswagen

En febrero de 2018, la Agencia Medioambiental de Estados Unidos y el Ministerio de Medio Ambiente de Alemania decidieron investigar y sancionar al directivo de relaciones públicas de Wolkswagen toda vez que este sabía de los temas de contaminación que emitían sus vehículos. Este es un caso extremadamente grave, porque como directivo tenía conocimiento del daño que produce la contaminación, pero, lamentablemente, no tenía conciencia social. Una empresa que está marchando y administrándose a contrapelo de la tendencia mundial que es la conservación del medio ambiente y, sobre todo, traicionando la confianza que teníamos en esta empresa. Debemos preguntarnos si el valor de la marca sigue siendo el mismo o cuántas personas seguirán contratando y comprando automóviles de esta marca, particularmente creo que el número se irá reduciendo por falta de confianza de los consumidores.

Por años, Volkswagen fue un símbolo de garantía, calidad y en las generaciones pasadas, en las décadas de los setenta y ochenta, lo primero que ansiaba un joven era tener el famosísimo escarabajo de Volkswagen, el auto más vendido de la historia. Con esta lamentable noticia se traiciona esa confianza y reputación que la marca ganó en su público y el tiempo dirá si son los consumidores los que castigan a la empresa con sus bajas preferencias y compras (Durand, 2018).

3.3 Caso Empresas de Hemodiálisis

En mayo de 2018, el Indecopi dio a conocer que había impuesto una multa de S/ 1620,02 UIT a 31 centros médicos de hemodiálisis por concertar precios en el sector, conducta anticompetitiva proscrita en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo n.° 1034. Sin duda, un hecho terrible, lamentable y atentatorio contra los derechos que tenemos como consumidores, pero, sobre todo, como seres humanos. Lo que sucedió va más allá de una práctica anticompetitiva que lesiona el mercado, el real impacto de esta mala conducta por parte de los centros médicos es la potencial afectación a los pacientes que necesitan de este servicio para vivir, porque no estamos hablando ni siquiera de necesidades de recreo o lujosas, sino que estamos hablando de una práctica que

afecta severamente al sector salud, impidiendo que muchas personas puedan acceder a un servicio adecuado y necesario para continuar con el pleno desarrollo de sus vidas.

Estas conductas en el sector de salud no pueden ni deben permitirse, porque se trata de un tema de derechos humanos que va más allá del propio mercado, se trata de un tema referido a la dignidad de las personas y no se puede permitir que estas empresas atenten severamente contra su propios pacientes. Es, sin duda, una irresponsabilidad de parte de estas empresas, porque lo que no pueden conseguir por su eficiencia empresarial lo consiguen a través de una vedada práctica y la más reprochable que es la concertación de precios, más aún si se trata de un tema tan sensible como la salud. La pregunta que nos hacíamos era: ¿cuál es el siguiente paso? ¿Dejar morir a las personas porque no pudieron pagar los precios concertados que imponían estos 31 centros? ¿Hasta dónde puede llegar la conducta irresponsable, rentista y poco ética de estos directivos? Sin duda alguna, el tema es muy polémico y merecedor de toda nuestra atención (Durand, 2018).

3.4. Caso del atún enlatado

En noviembre de 2017, se dio a conocer el caso de la comercialización de las latas de atún de dudosa procedencia, sobre todo perjudiciales para la salud. Por aquel entonces, se procedió a quitar la licencia a la empresa certificadora por años; sin embargo, no se sancionó a la empresa que colocaba los productos en el mercado. Asimismo, se descubrió que una reconocida marca de atún enlatado proveniente de Ecuador colocaba el signo de la «marca Perú» cuando entraba al mercado nacional, configurando un caso más de publicidad engañosa para los consumidores (Durand, 2017).

3.5. Caso Leche Gloria

En junio de 2017, gracias a una denuncia proveniente de Panamá, se descubrió que la «leche» Gloria no era leche, sino un producto lácteo. Así de sorprendente. Se vendía durante muchos años un producto con características biológicas y componentes disímiles a los de la verdadera leche, y en ese sentido la publicidad y la propia figuraba una imagen de una vaca.

En este sentido, se demostró que la empresa a través de su publicidad violentaba el principio de veracidad, de tal manera que era una clara demostración de la forma poco ética como se desenvuelven algunas empresas en el mercado (Durand, 2017).

Lo expuesto, en estos casos, es una pequeña muestra de lo que sucede cuando una empresa no se conduce respetando las reglas de mercado, pero fundamentalmente los derechos de los consumidores, porque lo que subyace en el fondo es un atentado contra la esencia misma de las personas como seres humanos en tanto que se han violentado prerrogativas que le son inherentes y que deberían ser respetadas bajo todo punto de vista. Es por ello que si queremos una sociedad que avance empoderada, para los retos y desafíos que nos impone el siglo XXI, necesitamos de actores capaces de construir una forma de convivencia alturada, pacífica y, sobre todo, de respeto a las normas, entre ellas las normas de protección a los consumidores que son quizá las más importantes, porque nos vincula a todos en tanto somos personas.

4. EL NUEVO ORDEN ÉTICO EN EL CONTEXTO EMPRESARIAL PERUANO

Muchas veces lo que acontece en el mercado, donde no se respeta los derechos de los consumidores, nos planeta el dilema de la ética en los negocios, asunto al cual en ocasiones le hemos restado importancia y donde el Estado, llamado a cumplir un rol garantista, ha esquivado su responsabilidad a veces escudándose en leyes ineficientes y anacrónicas para un mercado que reclama eventualmente un rol más tuitivo y no tan esquivo del Estado, sobre todo en mercados de alcance social amplio como la educación, la salud, la alimentación, los servicios públicos, entre otros.

Así, Olavarría (2018) menciona:

> En efecto, la economía está dominada por la lógica del mercado y se produce una especialización e interdependencia creciente entre individuos, empresas y países, donde predominan la ganancia, el lucro racional, la libre competencia, empresas individuales y trabajo libre a precios regulados por el mercado sin intervención Estado. (p. 93)

Un aspecto fundamental que se encuentra implícito con la RSE es que las empresas que la apliquen no pueden ni deben constituirse en reemplazo de lo que le corresponde al Estado. Por eso, la RSE llega a confundirse con actividades filantrópicas debido a que se limitan a hacer donaciones y apoyar obras que de alguna manera la beneficien. La RSE es más que eso. Es contribuir al desarrollo sostenible de la sociedad en general, de tal manera que incluya la posibilidad de gestionar un cambio social integral y beneficioso para sus *stakeholders*. Este cambio social no lo hace directamente la empresa, se apoya en los diferentes grupos de interés, los que serán apoyados, guiados y orientados por la empresa promoviendo campañas y programas de índole social (Sarmiento, 2011, p. 12).

Reflexionemos. Una empresa no solo es un conjunto de recursos para generar rentabilidad para sus propietarios. En efecto, una empresa no es solamente una unidad de decisión económica autónoma que actúa de espaldas a la sociedad, sino que es un actor en la comunidad, un actor social, un actor importante en la producción de la riqueza, pero también un actor importante en el tejido social del país (Durand, 2017).

Como organización social, las empresas pueden llegar a influenciar en la esfera económica de una economía dada y por ello desempeñar un rol protagónico, destacándose situaciones como cuando el empresario decide invertir o no en una nueva planta y equipo, situación que puede ayudar a determinar la tasa de progreso económico que influenciará en el empleo y precios; o cuando decide cerrar una planta y mudarse a otro lugar, situación que puede influenciar en la economía futura; o cuando decide aumentar o reducir inventarios situación en la puede estar colaborando con la inflación o recesión acelerada, entre otros (Bowen, 1953, p. 4).

Eso implica que la primera norma y obligación que tiene un operador de mercado es no dañar, es decir, no impactar negativamente en cualquiera de los componentes del mercado, sobre todo, en aquellos destinatarios que son sus clientes; muy por el contrario, debe hacer el bien, desarrollando sus actividades negociales dentro de un sólido marco ético y conducirse en el más estricto respeto de las reglas de la legalidad y la institucionalidad, por lo que no es ético que una empresa oferte al mercado bienes o servicios a sabiendas de que no ofrecen las garantías de calidad a los consumidores y que, eventualmente, le pueden ocasionar un daño, eso es inadmisible. Un operador de mercado debe tener en su esencia como empresa un mandato para operar con la diligencia debida en todos sus procesos productivos, y eso implica una voluntad para hacer lo correcto en todos sus niveles y en todas sus estructuras, para crear y promover un comportamiento ético de buenas prácticas pensando en los consumidores. Eso, en esencia, implica hacer el bien, es decir, ética en los negocios.

Debemos dejar de lado esa concepción clásica de carácter civil, con la que se nos ha formado a muchos abogados en virtud de la cual: «quien causa un daño está obligado a indemnizarlo», principio que siempre ha regido la actuación de algunas empresas en el mercado en el entendido de que si actúan fuera del marco de la legalidad, lo ético era indemnizar los daños; sin embargo, eso es bueno, pero no es lo ideal, porque la presencia de una empresa en el mercado es para producir riqueza en todo sentido, no solamente económica sino también social; cabría preguntarse, parafraseando el célebre ensayo de Max Scheler: «cuál es el puesto del hombre en el cosmos», podría ensayar una pregunta: ¿cuál es el rol empresarial en el cosmos? Y su rol, obviamente, es satisfacer necesidades del ser humano con una propuesta de negocio que involucre bienes y servicios de calidad, pero con un contenido ético, principista y moral, para trascender y permanecer en el mercado, y contribuir al desarrollo de su comunidad y su entorno.

Un operador de mercado tiene como entregable principal la calidad, es decir, entregar algo bueno que no solo satisfaga necesidades humanas, sino que inclusive premie al consumidor. Así, las

empresas deben incorporar en su actuación, buenas prácticas de atención al cliente no como una práctica adicional a su prestación principal, sino como parte de su propuesta ofertable de negocio en sí misma, lo que implica asumir los problemas que puedan surgir con una cosmovisión distinta de responsabilidad y atención frente al mercado.

Un operador de mercado tiene a su vez un mandato natural que es no solo crear riqueza, sino trascender y hacer crecer al país, porque creciendo su entorno y su comunidad asegura un mercado futuro, pero ese mandato tiene que ser cumplido con prácticas de responsabilidad social empresarial que respete las reglas del mercado y de los consumidores, tarea que es fácil en la medida que se desenvuelva dentro del marco de la legalidad y de la institucionalidad.

5. REFERENCIAS

Fuentes bibliográficas

BOWEN, H. *The Social Responsibilities of the Businessman*. New York: Harper, 1953.

CHANG HA, J. *Globalization, economic, development and role of the State*. Washington, D. C.: Zed Books Ltd., 2004.

DE CASO, I. y ROMERO, F. *Diccionario de derecho privado*. Tomo II. Barcelona: Labor, 1998.

DENEGRI, M. *Debate*. Lima: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

MOSSET ITURRASPE, J. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1996.

NOAH, Y. *Sapiens. De animales a dioses*. Lima: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

OLAVARRÍA, J. «Masculinidades, paternidades y familias. ¿Qué es lo que viene?». En *Difícil ser hombre*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018.

Fuentes hemerográficas

DURAND, J. «El Código de Protección y Defensa del Consumidor: retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú». En *Athina*, n.° 12, 2016, pp. 58-106.

DURAND, J. «El Código de Protección y Defensa del Consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú». En *Revista de Actualidad Mercantil*, n.° 4, 2015, pp. 94-135.

ORTIZ DE ZEVALLOS, F. *Revista Semana Económica*, n.° 1369, 2013.

SARMIENTO, S. «La responsabilidad social empresarial: gestión estratégica para la supervivencia de las empresas». En *Dimensión Empresarial*, vol. 9, n.° 2, 2011, pp. 6-15.

SCHWALB, M. «Reflexiones sobre el marketing en el Perú. Estudio de Universidad del Pacífico y Apeim a nivel nacional mayo y junio de 2012». En *Anda News*, n.° 127, año 18, febrero 2013.

SCHWALB, M. «El consumidor es el juez». En *Anda News*, n.° 125, 2012, pp. 26-28.

VOTAW, D. «Genius Became Rare: A comment on the Doctrine of Social Responsibility Pt. 1». En *Management Review*, pp. 142-152.

Fuentes electrónicas

CAMPOZANO, A. «Compliance y responsabilidad social corporativa». En *E- Dictum*, n.° 47, 2015. https://dictum-abogados.bthemattic.com/files/2015/11/Doctrina-e-dictum-47.pdf

DURAND, J. «Concertación de precios de 31 Centros de hemodiálisis en el Perú ¿Solo un caso de libre competencia?». En *La Cátedra del Consumidor*. 2018. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2018/05/02/concertacion-de-precios-de-31-centros-de-hemodialisis-en-el-peru-solo-un-caso-de-libre-competencia/

DURAND, J. «En búsqueda de una responsabilidad social empresarial y prácticas de buen gobierno corporativo. Lamentando el accionar de Volkswagen y Apple». En *La Cátedra del Consumidor*. 2018. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2018/02/01/en-busqueda-de-una-responsabilidad-social-empresarial-y-practicas-de-buen-gobierno-corporativo-lamentando-el-accionar-de-volswagen-y-apple/

DURAND, J. «El turno de las latas de atún. Y ahora, ¿quién debe protegernos?». En *La Cátedra del Consumidor*. 2017. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2017/11/21/el-turno-de-las-latas-de-atun-y-ahora-quien-debe-protegernos/

DURAND, J. «La ética en la publicidad. Reflexiones en torno al escándalo de la leche». En *La Cátedra del Consumidor*. 2017. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2017/06/05/la-etica-en-la-publicidad-reflexiones-en-torno-al-escandalo-de-la-leche/

DURAND, J. «Una mirada crítica frente a las malas prácticas empresariales en el mercado. Reflexionando a la luz del incendio en las Malvinas (parte II)». En *La Cátedra del Consumidor*. 2017. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2017/06/30/una-mirada-critica-frente-a-las-malas-practicas-empresariales-en-el-mercado-reflexionando-a-la-luz-del-incendio-en-las-malvinas-parte-ii/

DURAND, J. «Una mirada crítica frente a las malas prácticas empresariales en el mercado. Reflexionando a la luz del incendio en las Malvinas (parte I)». En *La Cátedra del Consumidor*. 2017. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2017/06/28/una-mirada-critica-frente-a-las-malas-practicas-empresariales-en-el-mercado-reflexionando-a-la-luz-del-incendio-en-las-malvinas-parte-i/

DURAND, J. «El verdadero alcance de la responsabilidad social empresarial y el buen gobierno corporativo. Una visión sistémica y principista». 2016. En *La Cátedra del Consumidor*. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2016/10/31/el-verdadero-alcance-de-la-responsabilidad-social-empresarial-y-el-buen-gobierno-corporativo-una-vision-sistemica-y-principista/

DURAND, J. «La ética y el Derecho ¿En qué momento se separaron?». En *La Cátedra del Consumidor*. 2016. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2016/10/22/la-etica-y-el-derecho-en-que-momento-se-separaron/

DURAND, J. «Responsabilidad social empresarial. Tendencia, moda u obligación societaria». En *La Cátedra del Consumidor*. 2016. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2016/12/08/responsabilidad-social-empresarial-tendencia-moda-u-obligacion-societaria/

DURAND, J. «Alimentos no saludables. Un reto para la publicidad». En *La Cátedra del Consumidor*. 2012. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2012/02/08/alimentos-no-saludables-un-reto-para-la-publicidad/

DURAND, J. «¿Cuál es el alcance normativo del derecho a ser informado?». En *La Cátedra del Consumidor*. 2010. http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2010/11/11/cual-es-el-alcance-normativo-del-derecho-a-ser-informado/

JUAN PABLO II. (1991). *Carta Encíclica centesimus annus*. http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC n.º 03343-2007-PA/TC. Fecha 19 de febrero de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC n.° 0048-2004-PI/TC. Fecha 1 de abril de 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC n.° 3315-2004-AA/TC. Fecha 17 de enero de 2005.

EL DERECHO ANTE LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN LOS MERCADOS FINANCIEROS: DE LOS RIESGOS FINANCIEROS A LOS RIESGOS ASG

Luis Miguel García Mori[*]

INTRODUCCIÓN

Un mundo globalizado y el impacto de las crisis financieras han despertado en la sociedad una preocupación por la gestión de riesgos, especialmente en los mercados financieros. Dicha preocupación se ha plasmado en diversas normativas que han incorporado distintas formas de afrontar la apreciación del riesgo, entendido como incertidumbre, amenaza, vulnerabilidad, expresado matemáticamente en la relación riesgo-rendimiento en la ecuación de la recta o línea del mercado de capitales, la desviación estándar, el valor beta, el modelo CAPM o el valor en riesgo (VAR). La preocupación por el riesgo viene incorporando, cada vez con más fuerza, no solo los aspectos financieros, sino también en aspectos ambientales, sociales y de gobernanza (ASG), que se plasman en normativas, regulación y políticas públicas.

1. EL DERECHO Y SUS FUNCIONES

El derecho regula la vida en sociedad. La teoría tridimensional del derecho comprende tres perspectivas: el análisis de la realidad, el ámbito normativo y el axiológico. En tal sentido, Fernández Sessarego (2018, p. 57) destaca la necesidad de una regulación normativa que permita la convivencia humana, en sociedad, dentro un contexto basado en valores, en especial, en la defensa de la vida humana.

El derecho cumple diversas funciones tales como organizar la vida social, organizar el poder público, legitimar el poder, la resolución de conflictos, entre otras (Torres, 2001, p. 673 y ss.).

Arce (2023, pp. 103-108) destaca la función social del derecho como legitimidad del poder en un Estado social y constitucional de derecho, y la función de orientación social y promoción de intereses que se plasma en las diversas políticas públicas.

Cassagne (2019, p. 68) resalta el principio *pro homine* y su función ordenadora, en el derecho, en especial en la dación y la interpretación de las normas.

Rubio (2022, p. 80) señala tres elementos que estructuran una norma jurídica, un supuesto, una consecuencia y un nexo lógico jurídico que los vincula, contando con la fuerza del Estado para garantizar su cumplimiento.

En los tiempos actuales de globalización, una de las mayores preocupaciones, para las sociedades, son las crisis financieras y la gestión de riesgos. Parodi (2020, p. 341) refiriéndose a las lecciones aprendidas, sobre las crisis, destaca lo siguiente:

[*] Doctor en Derecho y Ciencia Política y doctor en Ciencias Contables y Empresariales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado, MBA y máster en Banca y Finanzas por la Universidad de Lima. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal. Máster en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad y máster en Derecho Electoral, Parlamentario y Técnica Legislativa por la Universidad de Castilla-La Mancha. Máster en Finanzas Corporativas por la Universidad de Barcelona. Máster en Gestión de Riesgos. Máster en Dirección de Proyectos y máster en Riesgos Digitales y Ciberseguridad por Ealde Business School y la Universidad Católica San Antonio de Murcia. Contador público por la Universidad Ricardo Palma.

> La primera lección es que los sistemas financieros son intensivos en información y están plagados de fallas, con información asimétrica, riesgo moral, selección adversa, comportamiento en manada, entre otros; por lo tanto, requieren regulación.

Ruiz (2024, p. 25) destaca que las fallas de mercado están dadas por la presencia de externalidades, bienes públicos, información asimétrica, con el consiguiente riesgo moral y selección adversa, así como por las prácticas abusivas o anticompetitivas.

Por su parte, Fabozzi, Modigliani y Ferri (1996, p. 39) ya resaltaban como función de la regulación: prevenir fraudes por no revelar información, promover la competencia y la imparcialidad, promover la estabilidad y controlar la actividad económica. Cabe señalar que Modigliani obtuvo el Nobel de Economía en 1985.

2. ¿QUÉ ES EL RIESGO? DIVERSAS PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN

Jorion (2007, p. 75) destaca que, aunque se suele asociar el concepto de riesgo al peligro de pérdidas, es necesario entender que en finanzas el riesgo está asociado a la dispersión de movimientos inesperados en las variables financieras.

Ahora bien, cuando se revisan las diversas normativas, asociadas a los mercados financieros, el concepto de riesgo puede ser entendido y abordado desde diversas perspectivas. Por ejemplo:

- Puede representar el efecto de la incertidumbre sobre el logro de los objetivos, como lo señala la ISO 31000. Este criterio lo adoptan los reglamentos de gestión de riesgos de las Superintendencias del Mercado de Valores (SMV) y de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBSAFP). Cabe señalar que hay quienes distinguen entre riesgo e incertidumbre, donde la incertidumbre representa la carencia de información para realizar un estimado (López y García, 2010, p. 20).

- Puede ser estimado desde la desviación estándar por el grado de volatilidad, asociado al análisis técnico y la obligación de los valores a contar con clasificadoras de riesgo, como la establece la ley del mercado de valores.

- Puede ser entendido desde la tasa de interés y la rentabilidad. A mayor riesgo mayor tasa de interés o mayor estabilidad exigida. Lo que puede ser asociado al modelo de valuación de activos y al reglamento de riesgos de mercado de la SBSAFP.

- Puede ser entendida la evaluación de riesgos desde el análisis de peligros o amenazas y vulnerabilidades, como lo pueden establecer las normas del sistema de gestión de riesgos de desastres, de ciberseguridad de la SBSAFP o la ley del mercado de valores.

- Puede ser entendido desde la posibilidad de incumplimiento de una obligación civil o comercial. Lo que puede ser asociado a la exigencia de provisiones por parte de la SBSAFP.

- Puede ser entendido desde el Valor Actual en Riesgo (VAR) y la evaluación de los escenarios de estrés dispuestos por la SBSAFP.

Otros ámbitos en los que se abordan temas de riesgos y regulación, los podemos encontrar en temas tales como transparencia de información y la línea del mercado de capitales, el uso de información privilegiada, el buen gobierno corporativo, el *compliance* y el modelo de prevención, la auditoría e incluso las finanzas sostenibles.

Estas perspectivas han sido abordadas desde distintas normativas, como se comentará en el transcurso de este artículo.

3. LA RELACIÓN RIESGO-RENDIMIENTO EN LA ECUACIÓN DE LA RECTA Y LOS MERCADOS FINANCIEROS

Los riesgos pueden ser de diferente naturaleza: financieros, operativos, legales, entre otros. Preve (2018, p. 16) destaca la clasificación entre riesgo único o diversificable y el riesgo sistémico o no diversificable que surge de los trabajos de Markowitz y su teoría del portafolio, y de Sharpe y su modelo de valoración de activos (CAPM).

El riesgo sistemático o de mercado es el que afecta a una gran cantidad de activos, mientras que el riesgo no sistemático, único o específico es el que afecta a uno o a una pequeña cantidad de activos (Ross, Westerfield, Jordan, 2014, p. 347).

En los mercados financieros se suele destacar la relación directa que existe entre riesgo y rendimiento. Para asumir un mayor riesgo se exige mayor rendimiento. Existirá una relación directa entre la tasa de interés y el riesgo, así a mayor riesgo mayor tasa de interés. De igual manera, a mayor riesgo se exigirá una mayor rentabilidad. Esto es, la tasa de interés va a responder a la rentabilidad exigida para asumir un riesgo, que va a corresponder al inversionista o al prestamista.

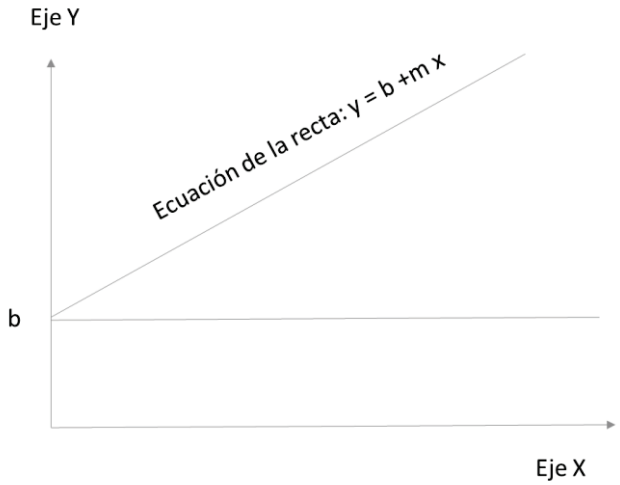
Esta relación directa se puede plasmar matemáticamente en la ecuación de la recta.

De forma analítica, tenemos la ecuación de la recta: $y = mx + b$. Esta ecuación es denomina ecuación intercepto-pendiente (Cotrina, 2023, p. 158), donde:

- «y» y «x» son valores en un plano cartesiano, de los ejes de las ordenadas («Y») y abscisas («X»), que representan una coordenada en la conformación de la recta.
- «m» es la pendiente, esto es, la inclinación de la recta.
- «b» es un punto de corte en el eje «Y».

La relación directa se puede apreciar a continuación de forma gráfica, en el siguiente ejemplo:

Gráfico n.° 1



Fuente: elaboración propia.

De hecho, esta idea de la ecuación de la recta va a estar presente en el modelo de valuación de activos financieros denominado CAPM «Capital Asset Model Pricing». Este modelo fue desarrollado por Harry Markowitz y Wiiliam Sharpe (Weston y Brigham, 1997, p. 202), quienes ganaron el Premio Nobel de Economía en 1990, conjuntamente con Merton Miller.

4. EL MODELO CAPM Y LA APRECIACIÓN DEL RIESGO DESDE LA TASA DE INTERÉS Y LA RENTABILIDAD

El modelo CAPM, *Capital asset pricing model*, es un modelo de valoración de activos financieros, que considera que la rentabilidad o tasa esperada, corresponderá a la tasa libre de riesgo más la beta del valor multiplicada por la diferencia entre la rentabilidad del mercado y la tasa libre de riesgo.

La fórmula del CAPM se puede escribir de la siguiente manera (Ruiz, 2023, p. 145):

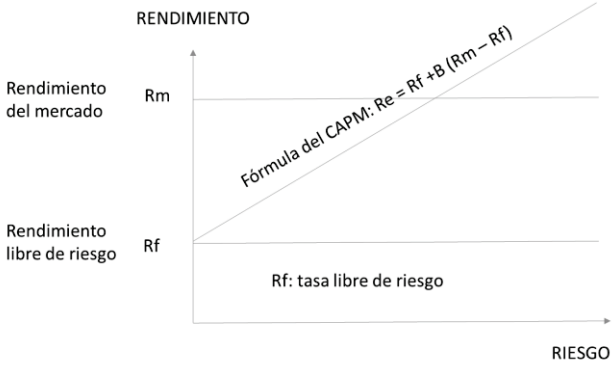
$$R_E = R_f + \beta(R_m - R_f)$$

Como se puede apreciar estamos ante la lógica de la ecuación de la recta, la que en su forma intercepto - pendiente (Cotrina, 2023, p. 158), se puede expresar:

$$y = n + mx$$

Donde «m» es la pendiente, igual que beta; y «n» es el punto de la ordenada, igual que Rf, que es la tasa libre de riesgo; y donde «x» es (Rm - Rf). Lo que gráficamente, lo podemos apreciar de la siguiente manera:

Gráfico n.° 2



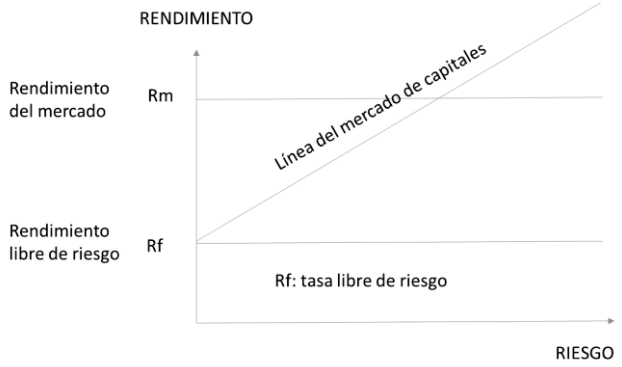
Fuente: elaboración propia.

Respecto al modelo CAPM, Bodie, Kane y Marcus (2004, pp. 167-168) destacan dos ideas importantes. La primera es que, frente a la dificultad de determinar la cartera del mercado, se toma un índice de mercado. La segunda es que, frente a la dificultad de estimar las rentabilidades esperadas, se toman los datos históricos de las rentabilidades realizadas.

5. LA ECUACIÓN DE LA RECTA Y LA LÍNEA DEL MERCADO DE CAPITALES

La ecuación de la recta es una idea subyacente a la expresión del modelo CAPM, el mismo que parte del portafolio de mercado, que va a representar la relación entre la tasa de rendimiento del mercado y la desviación estándar del mismo, representando los portafolios eficientes, en la relación riesgo-rendimiento (Ruiz, 2023, pp. 143-144).

Gráfico n.° 3



Fuente: elaboración propia.

Este modelo del CAPM parte de algunos supuestos teóricos, uno de los cuales es la transparencia de la información, lo que implica que todos inversionistas tengan acceso a toda la información disponible, de manera simétrica. Pero, esto no siempre es así por diversas razones.

La hipótesis del mercado eficiente alude a la cantidad de información disponible en el mercado (Bodie, Kane y Marcus, 2004, p.194). El nivel débil hace referencia a que los precios de los valores reflejan la información histórica. El nivel intermedio alude a que el precio de los valores incorpora la información disponible al público. Mientras que el nivel fuerte hace referencia a que el precio ha incorporado la información interna propia de la empresa.

6. EL DEBER DE TRANSPARENCIA Y LA BUENA FE

La transparencia es un deber en el mercado de valores que debe ser ejercido de buena fe, la cual puede ser apreciada desde una perspectiva subjetiva y otra objetiva (Estigarribia, 2007, p. 299). La subjetiva se refiere a una creencia, pero no cualquier creencia, sino una creencia razonada, bajo una lógica jurídica. La objetiva se refiere al comportamiento, el cual debe ser coherente con un actuar acorde al respeto al deber jurídico con el cual se busca cumplir.

Como parte de la transparencia, la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 12 señala:

> Está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad y transparencia del mercado […].

De otra parte, el artículo 28 señala la obligación de informar los «hechos de importancia», los que corresponden a la información que pudiera influir en la decisión de inversión. El Reglamento de hechos de importancia fue aprobado por la Superintendencia del Mercado de Valores, mediante Resolución SMV n.º 005-2014-SMV/01, de fecha 17 de marzo de 2014.

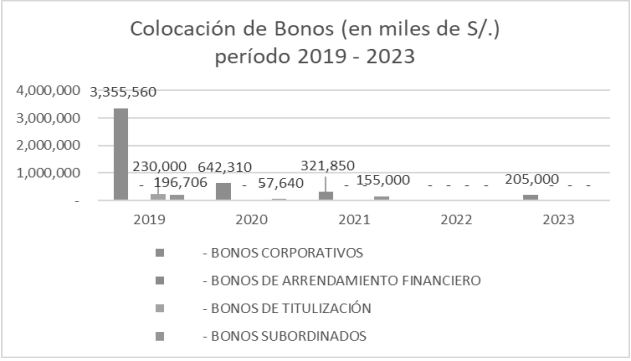
Montoya (2004, p. 441) resalta que la finalidad de la ley del mercado de valores es: i) promover el desarrollo del mercado de valores: ii) promover la transparencia; y, iii) la protección de los inversionistas.

7. LA INFORMACIÓN DE LOS RIESGOS, LOS PROSPECTOS INFORMATIVOS Y LAS EMISIONES DE BONOS

Cabe señalar que los riesgos de una operación influyen en las decisiones de inversión. En tal sentido, se puede apreciar, por ejemplo, en las emisiones de bonos, que los diversos riesgos, conocidos por el emisor, son informados en los prospectos de emisión y cuentan con clasificaciones de riesgo. Por ejemplo, se informan los riesgos país, macroeconómico, de tipo de cambio, de conflicto social, tributario, comercial, entre otros.

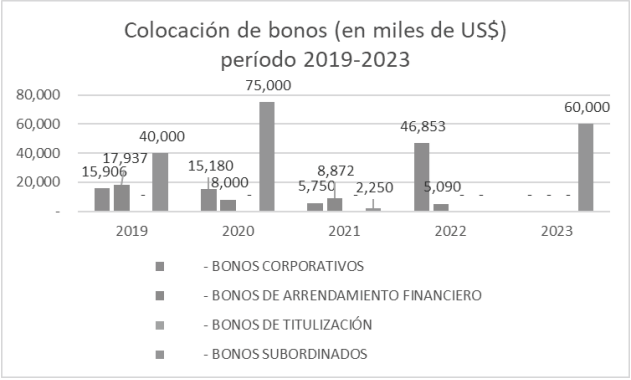
Entre los años 2019 y 2023 se han colocado bonos por US$ 300 millones de dólares y 5 mil millones de soles. Un detalle por año se puede apreciar en los siguientes cuadros:

Gráfico n.° 4



Fuente: elaboración propia con datos de la Superintendencia del Mercado de Valores, *Compendio anual 2023*.

Gráfico n.° 5



Fuente: elaboración propia con datos de la Superintendencia del Mercado de Valores, *Compendio Anual 2023*.

Los bonos pueden clasificarse de diversas maneras. Tenemos los bonos corporativos, los bonos titulizados, los bonos de arrendamiento financiero, los bonos subordinados, los bonos estructurados, entre otros. Como se puede apreciar en los cuadros precedentes, en los últimos años, principalmente, se han emitido bonos subordinados, tanto en soles como en dólares

Una forma de estimar el valor de un bono y/o el riesgo del mismo es a través de la tasa de descuento o el costo de oportunidad del inversionista. Cuando se realiza una valoración de un bono, generalmente, se tiene el compromiso de pagar una tasa de interés y de devolver el principal. Para su valoración, los flujos futuros que genera son traídos al valor presente mediante una tasa de descuento o costo de oportunidad del inversionista. La mayor o menor tasa de descuento, dependerá del nivel de riesgo que representa. Esta es la razón que los bonos puedan ser emitidos a la par, sobre la par o bajo la par.

8. LA TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN Y FRONTERA EFICIENTE EN EL MERCADO DE VALORES

La transparencia de la información es una base fundamental para la toma de decisiones. La frontera eficiente de un portafolio de valores alude a la combinación de riesgos y rentabilidades de diversos activos que conforman una cartera.

El punto tangente entre la línea del mercado de capitales y la frontera eficiente de un portafolio corresponderá a la cartera óptima.

Por supuesto, como todo modelo, el CAPM puede estar sujeto a crítica. Chu (2023, p. 174) resalta que pueden existir dificultades para estimar los parámetros del modelo o cambios en las empresas durante el periodo de estimación, entre otros aspectos. Pero lo cierto es que es un modelo de referencia, aunque no el único.

Ahora bien, pueden existir limitaciones para estructurar una cartea. Por ejemplo, el regulador puede establecer restricciones en las inversiones. Tal es el caso del Banco Central de Resera del Perú respecto a las inversiones de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Por ejemplo, mediante circular del BCRP 0027-2018, del 26 de julio de 2018, fijó como límites generales el 30 % para instrumentos emitidos por el Estado peruano y por el propio BCRP, y que la inversión en ambos no podía superar el 40 %.

9. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DESDE LA DESVIACIÓN ESTÁNDAR, EL ANÁLISIS TÉCNICO Y EL ANÁLISIS FUNDAMENTAL

La desviación estándar es otra forma de abordar el riesgo. Con la desviación estándar se mide la variación de un valor con respecto a la media. La desviación estándar es la raíz cuadrada de la varianza. Por su parte, la varianza es el promedio de los cuadrados de la diferencia entre la media y los valores que puede adoptar una variable (Alvarado y Augusto, 2013, pp. 57-58). Por ejemplo, la variación del valor de una acción en un período de tiempo. Así, una acción será más riesgosa en la medida en que muestre una mayor variación o volatilidad de su cotización.

La desviación estándar o típica es una medida de dispersión estadística y representa la raíz cuadrada del promedio de las diferencias, al cuadrado, entre los valores y la media de los mismos (Flores, 2017, p. 38). Su fórmula es la siguiente:

$$\sigma = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^{N}(x_i - \overline{x})^2}{N}}$$

Por ejemplo, analicemos los valores, cuyas cotizaciones, de los últimos 12 meses, han sido las siguientes:

Cuadro n.° 1

Periodos	Acción A Valor en S/ (a)	Promedio (b)	Diferencia (a-b)	Diferencias al cuadrado (c)	Promedio de las diferencias al cuadrado (d)	Raíz cuadrada de (d) Desviación estándar
1	3,22	3.67	-0,45	0,2025	0,259683333	0,50959134
2	4,25		0,58	0,3364		
3	3,26		-0,41	0,1681		
4	4,25		0,58	0,3364		
5	3,24		-0,43	0,1849		
6	4,35		0,68	0,4624		
7	3,26		-0,41	0,1681		
8	4,27		0,6	0,36		
9	3,25		-0,42	0,1764		
10	4,24		0,57	0,3249		
11	3,22		-0,45	0,2025		
12	3,23		-0,44	0,1936		

Fuente: elaboración propia.

Cuadro n.° 2

Periodos	Acción B Valor en S/ (a)	Promedio (b)	Diferencia (a-b)	Diferencia al cuadrado (c)	Promedio de las diferencias al cuadrado (d)	Raíz cuadrada de (d) Desviación estándar
1	5,34	6.26583333	-0,93	0.85716736	0,57302431	0,75698369
2	6,35		0,08	0.00708403		
3	7,35		1,08	1.17541736		
4	6,35		0,08	0.00708403		
5	5,34		-0,93	0.85716736		
6	6,33		0,06	0.00411736		
7	7,35		1,08	1.17541736		
8	7,34		1,07	1.15383403		
9	6,36		0,09	0.00886736		

Periodos	Acción B Valor en S/ (a)	Promedio (b)	Diferencia (a-b)	Diferencia al cuadrado (c)	Promedio de las diferencias al cuadrado (d)	Raíz cuadrada de (d) Desviación estándar
10	5,37		-0,90	0,80251736		
11	6,35		0,08	0,00708403		
12	5,36		-0,91	0,82053403		

Fuente: elaboración propia.

Como se puede apreciar en el contraste de ambos cuadros, el valor B presenta una mayor desviación estándar que el valor A. Lo que representa una mayor volatilidad o variación, lo que a su vez representa un mayor nivel de riesgo.

Desde las finanzas, un valor puede ser abordado desde un análisis técnico y desde un análisis fundamental (Bodie, Kane y Marcus, 2004, p. 194). El análisis técnico comprenda los movimientos del valor, lo que incluirá su desviación estándar, entre otros aspectos.

Por su parte, un análisis fundamental, comprenderá en sus «fundamentos», como la situación de la empresa emisora del valor, la situación del mercado o la industria donde opera la empresa, entre otros aspectos.

Esta preocupación por la valoración de una acción o de un instrumento financiero, la podemos apreciar en la existencia de clasificadoras de riesgos. Así, tenemos que el reglamento de las empresas clasificadoras de riesgo corresponde a la Resolución SMV n.° 232-2015-SMV/01 del 15 de diciembre de 2015.

Por su parte, la Ley del Mercado de Valores de Perú, en su artículo 280, exige que los valores representativos de deuda cuenten al menos con los informes de dos clasificadoras de riesgo.

10. LA BETA Y LA VARIACIÓN DEL RIESGO EN ATENCIÓN AL MERCADO

La beta corresponde a la sensibilidad del valor respecto del mercado. En términos técnicos, beta es la pendiente de la recta. También se puede obtener de dividir la covarianza de la rentabilidad del mercado y del valor, entre el cuadrado de la desviación estándar o varianza del mercado (Ross, Westerfield y Jaffe, 2012, p. 402). La covarianza representa cómo se relacionan dos variables no explica necesariamente causalidad (Aliaga y Aliaga, 2009, p. 602).

En el siguiente cuadro se puede apreciar un ejemplo. Se han considerado diez periodos, el rendimiento del mercado y el rendimiento de un activo:

Cuadro n.° 3

	Eje X	Eje Y
Periodos	Rendimiento del mercado (%)	Rendimiento del activo (%)
1	40	38
2	35	33

3	25	29
4	36	34
5	43	40
6	36	35
7	25	30
8	45	40
9	30	28
10	37	34

Fuente: elaboración propia.

Lo que genera el siguiente gráfico, donde se puede apreciar la ecuación de la recta, de regresión, la beta que es la pendiente y el coeficiente de determinación, que indica la fortaleza de la relación que se aprecia en el gráfico n.° 6 en la siguiente página.

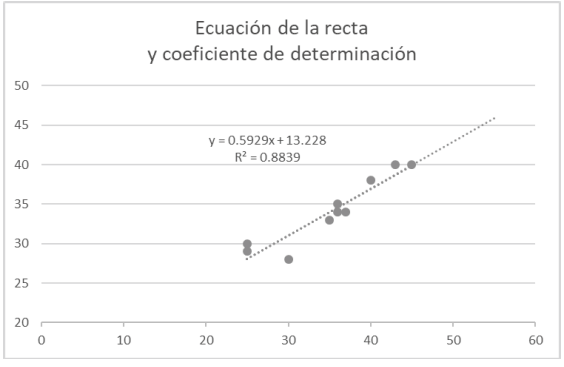
La regresión no explica una relación de causa y efecto entre las variables, sino que indica cómo se relacionan (Anderson, Sweeney, Williams, Camm y Cochran, 2019, p. 595). Para explicar la fortaleza de la relación se utiliza el coeficiente de determinación que varía entre cero y uno. Mientras más se acerque a uno, es mayor la fortaleza explicativa del modelo de la recta de regresión (Mendenhall, Beaver y Beaver, 2017, p. 702).

De otra parte, se puede apreciar en la regulación que la preocupación por el riesgo de mercado puede implicar aspectos como las tasas de interés y los tiempos de cambio. Así, por ejemplo, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en el reglamento para la gestión de riesgo de mercado, Resolución SBS n.° 4906-2017, en su artículo tercero, señala:

> Riesgo de mercado se refiere a la posibilidad de pérdidas derivadas de fluctuaciones en las tasas de interés, los tipos de cambio, los precios de instrumentos de renta variable y otros precios de mercado […].

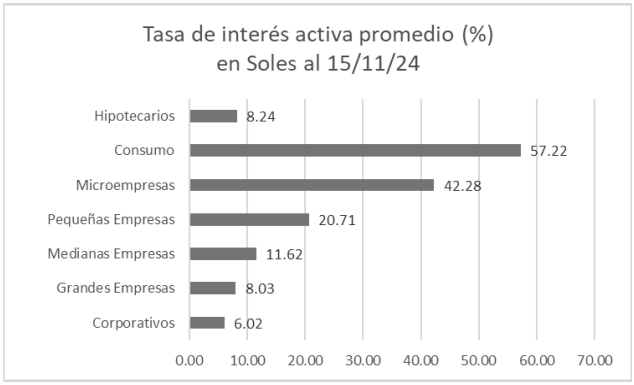
En lo que respecta a las tasas de interés, en los siguientes cuadros (n.°s 7 y 8) se pueden apreciar las tasas de interés activas promedio, en porcentaje, en el sistema bancario, al 15 de noviembre de 2024.

Gráfico n.° 6



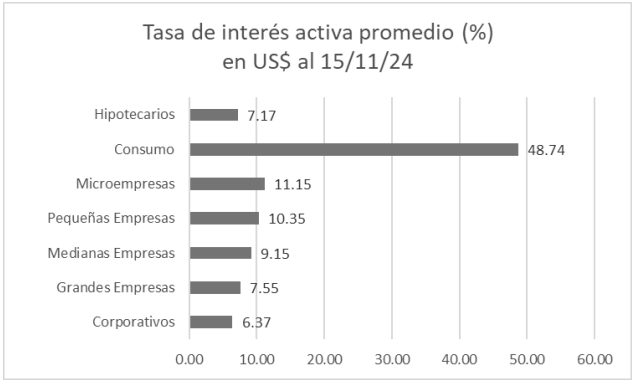
Fuente: elaboración propia.

Gráfico n.° 7



Fuente: elaboración propia con datos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, con datos al 15 de noviembre de 2024.

Gráfico n.° 8



Fuente: elaboración propia con datos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, con datos al 15 de noviembre de 2024.

11. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DESDE LA ISO 31000

La ISO es la Organización Internacional de Normalización, que agrupa a 172 oficinas nacionales de normalización. En el Perú, la oficina responsable es Inacal, el Instituto Nacional para la Calidad.

El 10 de julio de 2014 se promulgó la Ley n.° 30224, que creó el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de la Calidad, cuyas competencias son la normalización, la acreditación y la metrología.

La ISO 31000, de 2018, de directrices de gestión del riesgo, en su segunda edición, fue adoptada como norma técnica peruana NTP-ISO 3100. Dicha norma define el riesgo como «el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos». Por su parte, la evaluación de riesgos comprende aspectos tales como la identificación, análisis y valoración de riesgos, para la toma de decisiones. La primera edición

de la ISO 3100 corresponde al año 2009. Cabe señalar que de forma previa a la aprobación de la norma ISO, hay toda una etapa de discusión y evaluación a nivel internacional.

Se puede apreciar la influencia de la ISO 31000, en el reglamento de gobierno corporativo y gestión integral de riesgos, Resolución n.° 272-2017, del 18 de enero de 2017, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones, que estable en su artículo segundo, sobre definiciones y referencias, literal doble «f» que, el riesgo es:

> la posibilidad de ocurrencia de eventos que impacten negativamente sobre los objetivos de la empresa o su situación financiera.

Por su parte, en el reglamento de la gestión integral de riesgos, de la Superintendencia del Mercado de Valores, Resolución SMV n.° 001-2023-SMV/01, de fecha 17 de enero de 2023 (que derogó el reglamento previo del 2015), se establece en su artículo segundo, de definiciones y referencias, literal k que, el riesgo es el: efecto de la incertidumbre sobre los objetivos.

12. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DESDE LA EVALUACIÓN DE PELIGROS O AMENAZAS Y VULNERABILIDADES

La Ley n.° 29664, publicada el 19 de febrero de 2012, que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd), destaca en su artículo 6, numeral 6.2, literal a que para la estimación del riesgo se debe conocer los peligros o amenazas y analizar las vulnerabilidades.

De igual manera, encontramos referencias a las amenazas y vulnerabilidades, en la norma técnica peruana, NTP-ISO/IEC 27002, sobre controles de seguridad de la información, que en su parte introductoria señala:

> Los activos son objeto de amenazas, tanto deliberadas como accidentales mientras que los procesos relacionados, los sistemas, las redes y las personas tienen vulnerabilidades inherentes.

Por su parte, el reglamento para la seguridad de gestión de la seguridad de la información y la ciberseguridad, Resolución n.° 504-2021, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en su artículo décimo, señala que es objetivo del sistema de seguridad de la información y ciberseguridad:

> […] identificar los activos de información, analizar las amenazas y vulnerabilidades asociadas a estos, y formular programas y medidas que busquen reducir la posibilidad de incidentes […].

A su vez, la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 16b, de la administración general de riesgos señala:

> Las personas autorizadas por la SMV deberán establecer un sistema de administración integral de riesgos […] para identificar potenciales acontecimientos o eventos que impacten negativamente en las operaciones y servicios que realizan en el mercado de valores […].

13. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DESDE LA POSIBILIDAD DE INCUMPLIMIENTO

Otra forma de abordar el riesgo es desde la posibilidad de incumplimiento de una obligación. Por ejemplo, encontramos la Resolución SBS 3780-2012, del 31 de marzo de 2011, mediante la cual se aprueba el reglamento de gestión de riesgo crediticio. En su artículo 31, literal a se establece que se deberá:

> Identificar señales de alerta temprana, tanto cuantitativas como cualitativas, que indiquen una evaluación negativa del deudor o del mercado en el que opera […].

Complementariamente, el artículo 35 destaca que se deberán realizar pruebas de estrés para estar preparados frente a escenarios adversos y medir la capacidad de respuesta de las empresas frente a dichas potenciales situaciones.

Complementariamente, el reglamento para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones, Resolución SBS n.° 11356-2008, del 19 de noviembre de 2008. Al respecto, en el capítulo II numeral 1 se establecen las siguientes categorías para clasificar al deudor: normal, con problemas potenciales, deficiente, dudoso y pérdida. Se clasificará como normal cuando cumple sus obligaciones y se considera que su flujo de caja no se verá afectado de manera significativa. Será considera con problemas potenciales, si se considera que su flujo de caja se verá afectado, de forma negativa, en el futuro próximo, y presenta atrasos ocasionales que no excedan los 60 días. Será deficiente si el flujo de caja no le permite atender el pago de deudas, presenta atrasos mayores de 60 días, pero menores de 120 días. Será dudoso si los atrasos son mayores de 120 días, pero menores de 365 días. Será pérdida si está en suspensión de sus pagos y el atraso es mayor de 365 días.

Como referencia, en el siguiente cuadro se puede apreciar una evolución de la situación de los créditos:

Cuadro n.° 3

Año 2024				
Créditos	**Enero**		**Septiembre**	
	Soles	**%**	**Soles**	**%**
Vigentes	273 373 061	92,29	327 010 732	94,30
Refinanciados y reestructurados	7 427 770	2,51	5 269 026	1,52
Atrasados	15 401 695	5,20	14 481 692	4,18
Total	296 202 525	100,00	346 761 450	100,00

Fuente: elaboración propia con datos de la SBS, situación de los créditos enero, septiembre 2024.

En el cuadro precedente resalta una reducción de los créditos atrasados, así como de los refinanciados y reestructurados, habiendo aumentado los créditos vigentes.

14. LA REGULACIÓN DE RIESGOS DESDE EL VALOR ACTUAL EN RIESGO (VAR) Y LA CONTINUIDAD DE NEGOCIO

¿Se puede medir la probabilidad de incumplimiento por impacto de eventos externos? ¿Se puede medir la probabilidad de pérdida? ¿Se pueden estimar escenarios de estrés? La respuesta es sí, una manera es mediante el valor en riesgo (VAR).

Jorion (2007, p. 105) destaca que el «valor en riesgo» es una medida estadística que sumariza el riesgo en un número fácil de entender.

Hull (2010, p.157) resalta en el valor en riesgo dos aspectos, un horizonte temporal y un nivel de confianza estadístico, por lo que el valor en riesgo representa un nivel de pérdida, en un periodo, con un porcentaje de confianza estadística que no excederá de dicho importe.

EL VAR se puede trabajar con los parámetros de desviación estándar y de nivel confianza, se puede trabajar con valores históricos o se puede aplicar la simulación Montecarlo.

Con el valor en riesgo se suele estimar el peor escenario con un nivel de confianza del 95 % o el 99 %. Esto es, se busca estimar cuál sería la pérdida máxima a un porcentaje de probabilidad. Esta

preocupación de estimar las potenciales pérdidas, las podemos vincular a los escenarios de estrés, a los que se someten las evaluaciones de las instituciones financieras. Con el objetivo de analizar si están en condiciones o no, de afrontar situaciones de crisis, y para que puedan adoptar medidas de prevención antes dichas potenciales situaciones, por ejemplo, la adopción de provisiones o el requerimiento de un aumento de capital.

En este contexto, se puede hace referencia a la Resolución n.° 4906-2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, que corresponde al reglamento de riesgo de mercado, que en su artículo 8 dispone, para la Unidad de Riesgos, metodologías en escenarios normales y de estrés (literal e), simulaciones de pruebas de estrés (numeral g), acciones correctivas frente a las pruebas de estrés (numeral h), entre otros aspectos, para estar en condiciones de hacer frente a situaciones que se presenten más allá de las situaciones que pudiéramos calificar como normales.

Ahora bien, Taleb (2013, p. 320), a quien se le reconoce la referencia al «cisne negro», destaca que la baja probabilidad de encontrar algún evento atípico, fuera de lo común, que podamos calificar como una «rareza», hace que usualmente pensemos que no pueda ocurrir. Pero luego de diversas crisis financieras globales, la experiencia nos enseña que debemos estar preparado para lo inesperado, aunque pudiera ser de baja probabilidad de ocurrencia. Preparación que se conoce como «continuidad de negocio». Al respecto, por ejemplo, la SBSAFP aprobó mediante Resolución n.° 877-2020, del 16 de febrero de 2020, el Reglamento para la Gestión de la Continuidad de Negocio, como parte de la gestión integral de riesgos. Para esta normativa, el sistema general de gestión de la continuidad de negocio implica: i) el entendimiento de la organización; ii) el diseño de una estrategia de continuidad; iii) la implementación de la estrategia de continuidad; iv) un plan de pruebas; v) capacitación y cultura organizacional; y, vi) revisión y actualización.

15. LA REGULACIÓN FRENTE AL USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

La Ley del Mercado de Valores, en su artículo 43, prohíbe el uso y la revelación de información privilegiada. Por su parte, el artículo 251-A del Código Penal de Perú, sanciona el uso indebido de información privilegiada, con pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 5 años. De igual manera, lo hace el Código Penal de Colombia, en su artículo 258.

García (2016, p. 1717-1718) señala que en este delito el bien jurídico protegido es «el correcto funcionamiento del mercado de valores», pero que existen otros criterios para el bien jurídico protegido como, por ejemplo, la transparencia, el acceso equitativo o la paridad informativa.

Por su parte, Caro (2019, p. 264) destaca como bienes jurídicamente protegidos: «a) La igualdad de acceso al mercado de valores; b) la transparencia en el mercado de capitales; y, c) el correcto funcionamiento del mercado de valores».

16. LA REGULACIÓN FRENTE AL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

La Superintendencia del Mercado de Valores, SMV, el año 2013 aprobó un Código de buen gobierno corporativo, compuesto de 31 principios, con base en los siguientes cinco pilares: i) sobre los derechos de los accionistas; ii) sobre la junta general de accionistas; iii) sobre el directorio y la alta gerencia; iv) sobre riesgo y cumplimiento; y, v) sobre la transparencia de la información.

El principio 25 destaca el deber del directorio de aprobar «una política general de riesgos».

El Instituto de Auditores Internos de España (2019, pp. 9-13) destaca en el ámbito de la ética empresarial un código de ética que comprenda valores en el *top at the tone* que corresponde a la alta dirección que también comprenda un marco normativo, en el que se despliegue la ética corporativa; un marco de responsabilidades, que incluya sanciones ante infracciones; así como mecanismos de comunicación y supervisión.

Por su parte, la OCDE y el G20 (2024) destacan en sus principios de buen gobierno corporativo, seis grandes ámbitos, lo siguiente:

- En el ámbito de consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo resalta la transparencia y la equidad en los mercados.

- En el ámbito de derechos y trato equitativo de los accionistas resalta la protección al ejercicio de los accionistas, incluyendo a los minoritarios y extranjeros.

- En el ámbito de los inversores institucionales, mercado de valores y otros intermediarios resalta la promoción de los mercados para promover el buen funcionamiento del gobierno corporativo.

- En el ámbito de la divulgación de la información y transparencia, resalta la comunicación de toda información relevante, incluida la financiera, la de gestión, la de sostenibilidad, la de propiedad y de gobierno.

- En el ámbito de responsabilidades del consejo de administración resalta el control sobre la dirección y la rendición de cuentas.

- En el ámbito de la sostenibilidad y la resiliencia, resalta la gestión de riesgos que contribuyan a la sostenibilidad y resiliencia.

Por su parte la CAF, Corporación Andina de Fomentos, cuenta con lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. Este código comprende 6 pilares para agrupar sus lineamientos. Estos pilares son: i) respecto a la propiedad; ii) respecto al directorio; iii) respecto a la alta gerencia; iv) respecto a la sostenibilidad corporativa; v) respecto a la arquitectura de control, y, vi) respecto a la transparencia y revelación de información tanto de la financiera como de la no financiera.

17. LA REGULACIÓN FRENTE AL *COMPLIANCE* Y EL MODELO DE PREVENCIÓN

La Ley n.° 27693, del 11 de abril de 2002, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, establece en su artículo 10 numeral 1 que los directorios de las entidades financieras designarán sus oficiales de cumplimiento con nivel de gerente, quienes «vigilarán el cumplimiento del sistema de prevención», y deberán supervisar, de acuerdo a la referencia del artículo 3, las denominadas operaciones «sospechosas».

Por su parte, la Ley n.° 30424, de fecha 20 de abril de 2016, que regula la responsabilidad administrativa (penal) de la persona jurídica, que establece la referencia de un modelo de «prevención» para eximir a la persona jurídica de una responsabilidad administrativa. Lo que, en buena cuenta, implica un comportamiento de buena fe por parte de la persona jurídica.

El reglamento de la Ley n.° 30424, Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, de fecha 8 de enero de 2019, destaca en su artículo 33 los siguientes elementos «mínimos» del modelo de prevención: i) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos; ii) un encargado de prevención; iii) procedimientos (canal) de denuncias; iv) la difusión del sistema de prevención; y, v) la evaluación del modelo de prevención.

En el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, Gómez-Jara (2018, pp. 31-32) destaca que no hay riesgo cero, que la referencia al riesgo no es a cualquier riesgo, sino que debe ser entendido como el mapa de riesgos penales,

García (2017, pp. 32-33) resalta en el *compliance* las funciones de prevención en la organización y de detección de las infracciones legales, para lo cual requiere adoptar medidas de vigilancia dentro de la empresa y adoptar acciones en caso de detectar infracciones.

Por su parte, Carrión (2014, p. 93) enfatiza al programa de cumplimiento como parte relevante del sistema de control interno de una organización.

El 28 de diciembre de 2024 se publicó, mediante Decreto Supremo n.° 148-2024-PCM, el modelo de integridad para el sector público, cuyos componentes son los siguientes: i) compromiso de la alta dirección; ii) gestión de riesgos; iii) políticas de integridad; iv) transparencia, datos abiertos y rendición de cuentas; v) controles y auditoría; vi) comunicación y capacitación; vii) canal de denuncia; viii) supervisión y monitoreo del modelo de integridad; y, ix) el encargado del modelo de integridad.

18. LA REGULACIÓN FRENTE A LOS RIESGOS ASG

Hoy a los mercados financieros, adicionalmente a preocuparse por la transparencia en la información, también se les está pidiendo la revisión y la auditoría de aspectos vinculados a los denominados aspectos o riesgos ASG, ambiental, social y de gobierno o gobernanza, incluyendo aspectos de ciberseguridad, lo que implica que las organizaciones deben mostrar sus actuaciones y logros en dicha materia. Incluso, ha surgido un término cuando dichos aspectos son «simulados», dando origen a la expresión *green washing*.

El rubro ambiental comprende aspectos como acciones para prevenir el cambio climático, el uso sostenible de recursos, la economía circular, entre otros.

El rubro social comprende aspecto tales como la inclusión social, la mejora del tratamiento laboral, la inversión en capital humano, el respeto a las comunidades donde se opera, entre otros.

El rubro de gobernanza comprende aspecto tales como la transparencia, la lucha contra la corrupción, los controles internos, el gobierno de datos, entre otros.

Estos aspectos se están incorporando en prácticas de buen gobierno corporativo. Así encontramos, por ejemplo, en el Código de Buen Gobierno de Panamá (2024), un rubro de atención a los principios ambientales, sociales y de gobernanza - ASG. El mismo que considera en el ámbito ambiental, el riesgo político y jurídico relacionado con el clima, el riesgo tecnológico relacionado con el clima, y los riesgos de mercado, reputacional y legal relacionados con el clima. En el ámbito social considera aspectos vinculados al cliente, la protección de datos, el *marketing*, los consumidores, los derechos humanos, los aspectos laborales, la seguridad y salud en el trabajo, el talento, la inclusión, entre otros. En lo que corresponde a la gobernanza, resalta la preocupación de la organización con los aspectos asociados al desarrollo sostenible y su responsabilidad al respecto.

19. LA REGULACIÓN Y LAS FINANZAS SOSTENIBLES

Las finanzas no han sido ajenas a la preocupación medioambiental. En el pasado, se recuerda la preocupación por parte de los inversionistas «verdes» por invertir en empresas que fueran medioambientalmente sostenibles. Pero hoy se puede decir que es una obligación. Desde la Unión Europea tenemos la taxonomía verde europea o ambiental que, alineada con los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas, presentan un listado para verificar si las actividades empresariales que van a ser financiadas coinciden con actividades medioambientalmente sostenibles o neutrales. Estas normas, seguramente, en un futuro próximo, representarán un estándar de norma de conducta empresarial permitida para obtener financiamiento a nivel global.

Wieland (2017, p. 41) alude a la institucionalidad ambiental como la manera en la que un país se organiza para proteger el medioambiente. En tal sentido, las instituciones tradicionales vienen siendo

el Ministerio del Ambiente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Servicio Nacional de Áreas Protegidas por el Estado. Pero en el futuro próximo no será extraño cuestionar a las Superintendencias de Banca, Seguros y AFP y a la del Mercado de Valores respecto a que han hecho y qué vienen haciendo para promover las finanzas sostenibles, incluyendo los criterios ambientales, sociales y de gobierno.

20. CONCLUSIONES

- El derecho regula la vida en sociedad. En la actualidad, hay una preocupación por regular la gestión de riesgos, en especial en los mercados financieros.

- El riesgo puede ser apreciado desde diversas perspectivas, las que pueden ser incorporadas en diversas normativas.

- Existe una relación riesgo-rendimiento que impacta en los mercados financieros. El modelo de valuación de activos (CAPM) toma en cuenta en el mismo, la relación entre el riesgo y la rentabilidad en el mercado.

- En los mercados financieros existe una obligación de transparencia y de buena fe que se plasma, como ejemplo, en los actos jurídicos de emisión de instrumentos financieros.

- La regulación va a tener presente el análisis técnico y/o fundamental, a través de la exigencia de las clasificaciones de riesgo.

- La preocupación por los riesgos que se presentan en el mercado, la podemos encontrar en diversas normativas tanto de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, como de la Superintendencia del Mercado de Valores, entre otras.

- La regulación busca prevenir peligros o amenazas y vulnerabilidades.

- La regulación frente a incumplimientos, la podemos apreciar en las normativas sobre provisiones.

- La regulación que incorpora aspectos del valor en riesgo (VAR) la podemos encontrar en el análisis de escenarios de estrés para las instituciones financieras.

- La regulación respecto al gobierno corporativo también lo encontramos en los reglamentos generales de riesgo.

- El *compliance* y su modelo de prevención implican una normatividad para prevenir riesgos.

- La preocupación en los mercados también viene evolucionando para incorporar, además de los aspectos financieros, situaciones de riesgo en temas ambientales, sociales y de gobierno (ASG) que se plasman en recomendaciones o normativas.

- La preocupación por unas finanzas sostenibles viene incorporando dichas exigencias ASG en las normativas que buscan transformar los estándares a un nivel global.

21. BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA VALDEZ, Carlos y ALIAGA CALDERÓN, Carlos. *Estadística para los negocios en Excel*. Lima: Ecitec, 2009.

ALVARADO PINTADO, Luis y AGURTO MEJÍA, Hugo. *Estadística para Administración y Economía con aplicaciones en Excel*. Lima: Universidad de Piura, Editorial San Marcos, 2013.

ANDERSON, David R.; SWEENEY, Dennis J.; WILLIAMS, Thomas A.; CAMM, Jeffrey D. y COCHRAN, James J. *Estadísticas para negocios y economía*. Ciudad de México: Cengage, 2019.

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2023.

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Circular BCRP 0027-2018, Límites de inversión generales para los fondos administrados por las AFP*. Lima: 2018.

BODIE, Zvi; KANE, Alex y MARCUS, Alan J. *Principios de inversiones*. Madrid: McGraw-Hill, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019.

CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Tomo II. Parte Especial. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

CARRIÓN ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. Lima: Thomson Reuters, 2014.

CHU RUBIO, Manuel. *Finanzas aplicadas. Teoría y práctica*. Lima: Fondo Editorial UPC, 2023.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley n.° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú*. Lima: 2002.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley n.° 30224, Ley que crea el sistema nacional para la calidad y el Instituto Nacional de Calidad*. Lima: 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley n.° 30424, Ley de Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica*. Lima: 2006.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley n.° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd)*. Lima: 2012.

COTRINA, John. *Fundamentos de matemáticas*. Lima: Universidad del Pacífico, 2023.

ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura y otros. *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo I, Lima: Grijley, 2007.

FABOZZI, Frank J.; MODIGLIANI, Franco y FERRI, Michael G. *Mercados e instituciones financieras*. México D. F.: Prentice Hall, 1996.

FLORES DELGADO, José. *Estadística*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2018.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*. Volumen III. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

HULL, John C. *Risk Management and Financial Institutions*. Boston: Prentice Hall Pearson, 2010.

IGCP 2024. *Guías de Buenas prácticas de gobierno corporativo-empresas reguladas y grandes empresas no reguladas*. Panamá.

INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS DE ESPAÑA. *Auditoría y ética empresarial*. Madrid: IAIE, 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE LA CALIDAD - INACAL. *Norma técnica peruana NTP-ISO 31000, Gestión de riesgos. Directrices*. Lima: 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE LA CALIDAD - INACAL. *Norma técnica peruana NTP-ISO/IEC 27002. Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Código de práctica para controles de seguridad de la información*. Lima: 2017.

JORION, Philippe. *Value at Risk. The new benchmark for managing financial risk*. New York: McGraw-Hill, 2007.

LÓPEZ LUBIÁN, Francisco J. y GARCÍA ESTÉVEZ, Pablo. *Cómo gestionar los riesgos financieros*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010.

MENDENHALL, William; BEAVER, Robert J.; y BEAVER, Barbara M. *Probabilidad y estadística para las ciencias sociales del comportamiento y la salud*. Ciudad de México, Cengage Learning, 2017.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Decreto Supremo n.° 020-2023-EF, Texto único ordenado del mercado de valores, Decreto Legislativo n.° 861*. Lima: 2023.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Decreto Legislativo n.° 635, Código Penal*. Lima: 1991.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley de Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica*. Lima: 2019.

MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho comercial*. Tomo II. Lima: Grijley, 2004.

OECD. *Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20 2023*. París, OECD Publishing, 2024.

ONETO, A. y ROJAS, C. *Lineamentos para un código latinoamericano de gobierno corporativo (report)*. Caracas: CAF, 2024. https://scioteca.caf.com/handle/123456789/2239

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. *Reglamento 2020/852 del Parlamento Europea y Consejo. Criterios para determinar si una actividad se considera ambientalmente sostenible*. Bruselas: 2020.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Supremo n.° 148-2024-PCM*. Lima: Modelo de Integridad del Sector Público, 2024.

PREVE, Lorenzo. *Gestión de riesgo*. Buenos Aires: Remas Grupo Editorial, 2018.

ROSS, Stephen A.; WESTERFIELD, Randolph W. y JORDAN, Bradford D. *Fundamentos de finanzas corporativas*. México D. F.: McGraw-Hill, 2014.

ROSS, Stephen A.; WESTERFIELD, Randolph W. y JAFFE, Jeffrey F. *Finanzas corporativas*. México D. F.: McGraw-Hill, 2012.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2022.

RUIZ DÍAZ, Gonzalo y otros. *Análisis de impacto regulatorio*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2024.

RUIZ PÉREZ, José Luis. *Principios de valorización de activos financieros*. Lima: Fondo Editorial Universidad del Pacífico, 2023.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución SBS n.° 272-2017, Reglamento de gobierno corporativo y la gestión integral de riesgos*. Lima: 2017.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución n.° 504-2021, Reglamento para la seguridad de gestión de la seguridad de la información y la ciberseguridad*. Lima: 2021.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución SBS n.° 4906-2017, Reglamento para la gestión de riesgo de mercado*. Lima: 2017.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución SBS n.° 3780-2012, Reglamento de gestión de riesgo crediticio*. Lima: 2011.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución SBS n.° 11356-2008, Reglamento para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones*. Lima: 2008.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Resolución SBS n.° 877-2020, Reglamento para la gestión de la continuidad del negocio*. Lima: 2020.

SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES. *Anuario estadístico*. Lima: 2023.

SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES. *Código de Buen Gobierno Corporativo*. Lima: 2013.

SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES. *Resolución SMV n.° 001-2023-SMV/01, Reglamento de gestión integral de riesgos*. Lima: 2023.

SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES. *Resolución SMV n.° 232-2015-SMV/01, Reglamento de las empresas clasificadoras de riesgo*. Lima: 2015.

SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES. *Resolución SMV n.° 005-2014-SMV/01, Reglamento de hechos de importancia*. Lima: 2014.

TALEB, Nassim Nicholas. *El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable*. México D. F.: Paidós. 2013.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Lima: Idemsa, 2001.

WESTON, J. Alfred y BRIGHAM, Eugene F. *Fundamentos de administración financiera*. México D. F.: McGraw-Hill, 1997.

WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PERUANO

Valentin Antonio Bartra Abensur[*]

1. PRESENTACIÓN

El doctor Ulises Montoya Alberti ocupa un lugar destacado en la historia del derecho civil y comercial peruano. Su distinguida trayectoria como jurista y docente ha inspirado a generaciones de profesionales del derecho. Siguiendo los pasos de su padre, el ilustre Ulises Montoya Manfredi, quien fue una figura emblemática del derecho comercial, ha construido su propio legado de excelencia académica y profesional. Su dedicación a la enseñanza, combinada con su profundo conocimiento jurídico, lo ha convertido no solo en un referente respetado en el campo legal, sino también en un mentor y amigo admirado por colegas y estudiantes.

Fue mi profesor en el doctorado en derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y tuve el privilegio de presenciar de primera mano su dedicación, su sabiduría y su capacidad para inspirar a generaciones de juristas. Este ensayo, que es un homenaje a su visión y legado, está centrado en los nuevos paradigmas[1] que emergen en el primer cuarto del siglo XXI y su influencia profunda en la sociedad, el derecho y la economía.

Su visión integradora del derecho y la economía, que trasciende las barreras disciplinarias tradicionales, me sirvió como fuente de inspiración para mi investigación doctoral. Su enfoque, que reconoce la complementariedad de estas dos disciplinas aparentemente distintas, ofrece un marco más completo para analizar y resolver problemas complejos de nuestra realidad social. Esta perspectiva multidisciplinaria no solo enriquece el análisis, sino que también permite desarrollar soluciones más viables y efectivas. Mi experiencia trabajando con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de la cual Perú es signatario, me acercó al valioso enfoque del doctor Ulises Montoya. El estudio del medio ambiente, fundamentado en leyes naturales como el balance de energías y materiales, exige una comprensión profunda de las interrelaciones funcionales que la ecología nos proporciona.

Este encuentro entre disciplinas me llevó a desarrollar la metodología PIE (perspectiva *ius* económica), un enfoque tridimensional que integra el derecho, la economía y la ecología. Aunque estas disciplinas son distintas, su combinación ofrece bases sólidas para abordar problemas complejos desde múltiples dimensiones.

La metodología PIE ha demostrado ser una herramienta robusta que trasciende el ámbito ambiental. Su aplicación se extiende al análisis y propuesta de soluciones para desafíos contemporáneos que enfrenta nuestra sociedad en el siglo XXI, como la corrupción sistémica y el deterioro de los servicios públicos. Esta aproximación multidisciplinaria permite una comprensión más profunda de estos fenómenos y facilita el desarrollo de soluciones más efectivas.

El profesor Ulises Montoya Alberti destaca por su visión innovadora al integrar el derecho con la economía, disciplina que estudió para complementar su formación jurídica. Esta perspectiva interdisciplinaria le permitió alcanzar la distinción de ser nombrado decano del Colegio de Economistas, marcando el inicio de una brillante carrera profesional y académica.

---

[*] Abogado. Doctor en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[1] Los paradigmas son modelos o patrones de pensamiento que guían nuestra comprensión de la realidad.

Su trayectoria profesional incluye destacados cargos ejecutivos y directivos:

- Director ejecutivo en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas
- Gerente central de Negocios Internacionales del Banco de la Nación
- Magistrado supremo del Jurado Nacional de Elecciones

En el ámbito académico, su compromiso con la educación superior se refleja en sus roles como:

- Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM)
- Director de la Unidad de Post Grado en Derecho de la UNMSM
- Profesor principal de Derecho Comercial, Conciliación y Arbitraje
- Profesor emérito de la UNMSM
- Doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de Cajamarca
- Profesor honorario de diversas universidades peruanas

Su liderazgo en organizaciones profesionales incluye la presidencia de:

- Colegio de Abogados de Lima
- Colegio de Economistas de Lima
- Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú
- Federación Interamericana de Abogados (FIA)

En el ámbito internacional destaca su participación como:

- Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado
- Vicepresidente de la Asociación de Facultades, Escuelas e Instituciones de Derecho de América Latina (Afeidal)
- Presidente del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la FIA
- Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima

Su contribución al conocimiento jurídico se plasma en obras fundamentales como:

- El derecho económico
- La inflación y el derecho
- Economía y derecho
- El arbitraje comercial

- Legislación comercial y Bancaria
- Comentarios a la Ley de Títulos Valores
- Derecho comercial (obra en tres tomos)

Sus publicaciones han sido reconocidas con premios nacionales e internacionales, consolidando su posición como referente en el derecho comercial y económico. Además, su compromiso con la ética y la democracia se evidencia en su rol como vicepresidente del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral, donde supervisó procesos electorales regionales y municipales.

El inicio del tercer milenio, particularmente esta primera cuarta parte del siglo XXI, nos presenta una revolución tecnológica sin precedentes. La tecnología digital transforma nuestra vida cotidiana con avances que hace pocas décadas hubieran parecido imposibles. La expansión de la inteligencia artificial, la tecnología *blockchain*,[2] y los servicios de internet de alta velocidad a través de comunicaciones satelitales han eliminado las barreras tradicionales de espacio y tiempo, llevando conectividad y servicios digitales a todos los rincones del territorio nacional.

En este contexto de transformación digital, rendimos homenaje al profesor Ulises Montoya, cuyo legado cobra especial relevancia al analizar los nuevos paradigmas que están redefiniendo la sociedad y el derecho. La evolución tecnológica que comenzó con herramientas básicas como procesadores de texto, hojas de cálculo y presentaciones digitales ha dado paso a una nueva era donde las comunicaciones profesionales fluyen naturalmente a través de plataformas como WhatsApp y Zoom.

Ahora, con la aparición de la inteligencia artificial generativa como ChatGPT,[3] accesible para todos, se abre un horizonte de posibilidades sin precedentes para la modernización del derecho en el Perú. Esta tecnología no solo promete transformar la práctica jurídica, sino que también nos invita a reflexionar sobre cómo podemos aprovechar estas herramientas para materializar la visión innovadora que el profesor Montoya siempre promovió en el campo legal.

2. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y EL MARCO REGULATORIO DE LA IA EN EL PERÚ

2.1. Marco regulatorio de la inteligencia artificial

La implementación de la inteligencia artificial (IA) en el Perú ha alcanzado un hito significativo con la promulgación de la Ley n.° 31814,[4] del 5 de julio de 2023. Esta normativa establece el marco legal para promover el uso de la IA en beneficio del desarrollo económico y social del país como parte integral del proceso nacional de transformación digital. La ley adopta un enfoque basado en riesgos y contempla la participación activa de diversos actores, incluyendo personas naturales y jurídicas, así como organizaciones e instituciones tanto públicas como privadas. El proyecto de reglamento,[5] publicado el 2 de mayo de 2024, complementa esta ley estableciendo los lineamientos específicos para la promoción y uso adecuado de la IA en el desarrollo nacional.

---

2 *Blockchain*: bloques de datos concatenados que contienen información valiosa que no puede ser alterada sin perturbar a los demás elementos de la cadena. Forma de almacenar y trasmitir lo valioso y sensible con la mayor seguridad.

3 ChatGPT: IA generativa que se controla por comandos o instrucciones en lenguaje natural para la producción de textos. Está conectada a grandes repositorios de datos que le permite crear todo tipo de textos profesionales y académicos, lo que incluye lo jurídico.

4 Ley n.° 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país (2023).

5 Proyecto de Reglamento de la Ley n.° 31814 (2024).

2.2. Avances en la transformación digital

Según el informe *Transformación digital en el Perú 2024*,[6] publicado por la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el país ha logrado avances significativos en varios aspectos clave:

2.2.1. Posicionamiento internacional

El Perú ha alcanzado una posición destacada entre los líderes de gobierno digital según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), superando la media de los países miembros. Específicamente, el país se ubica entre las diez primeras posiciones en tres dimensiones críticas:

- Servicios impulsados por el usuario
- Diseño digital
- Sector público basado en datos

2.2.2. Modernización de la gestión documental

La implementación del Sistema de Gestión Documental ha mostrado un progreso significativo:

- 40 nuevas entidades públicas han incorporado el sistema.
- 204 entidades están integradas a la Plataforma Nacional de Interoperabilidad (PIDE).
- Se ha generado un ahorro superior a 12 millones de soles.

2.2.3. Eficiencia operativa

La Plataforma Nacional de Interoperabilidad ha demostrado su efectividad a través de:

- Más de 214 millones de transacciones realizadas
- Un ahorro estimado de 643 millones de soles
- Reducción significativa en el uso de papel y envío de documentos físicos

3. La IA en la modernización del derecho peruano

En esta sección se explora, de manera concisa y estructurada, las tendencias y posibilidades que ofrece la IA para modernizar el derecho peruano. Su propósito es despertar interés y fomentar el uso de tecnologías disponibles para impulsar mejoras necesarias, tanto en la práctica legal como en la formación jurídica. Se incluye: aplicaciones de la IA en el derecho, su impacto en la Administración Pública y su contribución a la enseñanza del derecho.

---

[6] SECRETARÍA DE GOBIERNO DIGITAL DE LA PCM. (2024). *Transformación digital en el Perú 2024: principales logros y avances de las instituciones públicas en el proceso de transformación digital*.

3.1. Uso y ventajas de la IA predictiva y generativa en el derecho

3.1.1. Inteligencia artificial predictiva

La IA predictiva se ha consolidado como una herramienta clave en el análisis y la toma de decisiones legales, con aplicaciones como:

- Generación de resúmenes y análisis de argumentos clave en casos penales
- Predicción de patrones delictivos para optimizar la asignación de recursos policiales
- Evaluación de riesgos de reincidencia, orientando decisiones sobre fianzas y sentencias
- Análisis masivo de evidencias para identificar patrones relevantes
- Preparación de casos basada en precedentes mediante análisis predictivos

3.1.2. Inteligencia artificial generativa

Por su parte, la IA generativa ofrece soluciones innovadoras para la práctica jurídica:

- Automatización en la redacción de documentos legales y contratos personalizados
- Implementación de sistemas de mediación basados en precedentes
- Elaboración de informes sobre regulaciones y políticas administrativas
- Análisis de riesgos en transacciones comerciales
- Respuestas automatizadas a consultas legales frecuentes

3.2. Modernización del derecho y la Administración Pública

3.2.1. Transformación digital en la administración de justicia

- Implementación de sistemas de gestión documental en entidades públicas
- Uso de la Plataforma Nacional de Interoperabilidad (PIDE)
- Reducción de costos operativos y uso de papel
- Aplicación de *blockchain* para garantizar la seguridad de documentos electrónicos

3.2.2. Mejoras en diferentes áreas del derecho

- Derecho Civil*:* automatización en notarías, digitalización de contratos y resolución de conflictos en línea.
- Derecho Penal: uso de análisis predictivos, evaluación automatizada de riesgos y gestión digital de evidencias.

- Derecho Administrativo*:* automatización de procesos gubernamentales, optimización de compras estatales y evaluaciones periódicas por resultados.

- Derecho Electoral*:* análisis de datos electorales, simulación de escenarios y transparencia en procesos.

3.3. La IA en la enseñanza del derecho en el Perú

3.3.1. Innovaciones en la formación legal

La IA complementa, sin reemplazar, las metodologías tradicionales:

- Simulaciones de juicios para desarrollar habilidades argumentativas

- Generación automática de materiales didácticos actualizados

- Plataformas de aprendizaje personalizado adaptadas al ritmo de cada estudiante

- Entrenamiento en negociación y mediación

3.3.2. Herramientas de apoyo al aprendizaje

- Bases de datos jurídicas actualizadas con acceso en tiempo real

- Sistemas de evaluación automatizada con retroalimentación inmediata

- Análisis de jurisprudencia y casos de estudio

- Asistencia en la redacción y documentación legal

3.4. Consideraciones éticas en la formación

- Garantizar la privacidad de datos y la protección de información sensible.

- Desarrollar habilidades para identificar y evitar sesgos algorítmicos.

- Mantener un balance entre la tecnología y las habilidades interpersonales.

- Adaptar la formación en ética profesional al entorno digital.

Este análisis refleja la visión progresista del profesor Ulises Montoya Alberti, quien ha promovido de manera incansable la integración de nuevas tecnologías en el derecho peruano. Su trabajo resalta el potencial de la IA para mejorar la administración de justicia, la formación profesional y la calidad de los servicios públicos.

4. PALABRAS FINALES

La tecnología ha revolucionado nuestra forma de entender y transformar el mundo, permitiéndonos registrar casi toda la realidad física y las complejas relaciones humanas. En este contexto, los datos han emergido como un activo fundamental de la sociedad moderna, impulsando tanto la innovación como la transformación en diversos ámbitos.

La calidad de los datos adquiere una relevancia crucial en un escenario marcado por la proliferación de *fake news*.[7] Desarrollar un pensamiento crítico y habilidades de verificación se vuelve indispensable para discernir entre información confiable y desinformación. En este sentido, las organizaciones profesionales y académicas, con sus rigurosos procesos de verificación, revisión por pares y validación, desempeñan un papel esencial en la garantía de la calidad de los datos que sustentan nuestras decisiones.

Sin embargo, en un entorno donde los datos personales están a disposición de empresas proveedoras de servicios, la privacidad se erige como una preocupación central. Es imperativo equilibrar los avances tecnológicos con la protección de los derechos individuales, asegurando que los datos sean manejados de manera ética y responsable.

El impacto de la tecnología también se refleja en el ámbito laboral, transformando derechos y redefiniendo el concepto de trabajo. Si bien plantea desafíos, también ofrece oportunidades significativas para mejorar los servicios públicos y privados, reduciendo costos y aumentando el control y la eficiencia en los procesos. Estas innovaciones, cuando se implementan con una visión inclusiva, tienen el potencial de generar beneficios para toda la sociedad, democratizando el acceso a servicios de calidad y fortaleciendo la equidad.

En este camino hacia el futuro, el reto será construir un equilibrio entre el uso estratégico de los datos, el respeto a la privacidad, y la búsqueda de un impacto positivo en todos los niveles de la vida humana. La tecnología no solo debe ser una herramienta de transformación, sino también un medio para construir un mundo más justo y sostenible para todos.

5. CONCLUSIÓN

Ulises Montoya trasciende su figura como jurista distinguido. Es un profesor inspirador, un amigo leal y un defensor incansable de la justicia y la sostenibilidad. Su legado en los campos del derecho y la economía es indiscutible, y su impacto en la formación de nuevas generaciones de juristas y líderes empresariales deja una marca profunda y perdurable.

Este homenaje celebra su extraordinaria contribución a la evolución del derecho y la economía en el siglo XXI, así como su compromiso inquebrantable con la construcción de un mundo más justo, equitativo y sostenible. Ulises Montoya no solo ha transformado los espacios en los que ha trabajado, sino que ha inspirado a todos aquellos que han tenido el privilegio de conocerlo y aprender de él.

Como estudiante y amigo siento una profunda gratitud por su sabiduría, su guía y su constante apoyo. Ulises Montoya es, y seguirá siendo, una fuente inagotable de inspiración para mí y para todos aquellos que han tenido la fortuna de cruzar su camino. Su ejemplo nos motiva a aspirar a un mundo mejor y a trabajar incansablemente por lograrlo.

6. REFERENCIAS

BARTRA, V. A. (2023). *Perspectiva ius-económica*. Lima: Editorial Universitaria.

KUHN, T. (1962). *La estructura de las revoluciones científicas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

MONTOYA, U. (2018). *Derecho y economía*. Lima: Jurista Editores.

Ley n.º 318314. *Ley que regula el uso de la inteligencia artificial en el Perú. Congreso de la República del Perú*. (2023, julio 5).

[7] Información falsa y tendenciosa para desinformar, causar zozobra o atacar a adversarios políticos o comerciales. Se está usando la IA para estos fines y se distribuye ampliamente por las redes sociales.

SECRETARÍA DE GOBIERNO DIGITAL DE LA PCM. (2024). *Transformación Digital en el Perú 2024: Principales logros y avances de las instituciones públicas*. Lima: PCM.

NACIONES UNIDAS. (2024). *Directiva sobre Cibercrimen*. Nueva York: ONU, 27 de noviembre.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2024). *Transformación Digital en el Perú 2024: Principales logros y avances de las instituciones públicas en el proceso de transformación digital*. Secretaría de Gobierno Digital.

Ley n.° 31814. (2023). Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país. *El Peruano*.

Proyecto de Reglamento de la Ley n.° 31814. (2024). Reglamento de la Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial. *El Peruano*.

EL IMPACTO ECONÓMICO DERIVADO DE LA CRISIS SOCIOFAMILIAR NO ATENDIDA POR EL ESTADO PERUANO

Manuel Bermúdez-Tapia[*]

INTRODUCCIÓN

El análisis del «proceso» en el ámbito jurisdiccional peruano en particularmente complejo, porque involucra muchos factores tanto endógenos como exógenos que inciden en el trámite y resultado del proceso.

No hay especialidad jurisdiccional en la cual un «proceso judicial» pueda ser evaluado en un trámite expeditivo (1); con un resultado predictible (2); y, sobre todo, en un sistema funcional (3) en términos positivos para las partes y el propio Estado.

En este ámbito se debe señalar que el litigante ejecuta una valoración y una proyección sobre el modo en que su expediente será evaluado en el ámbito jurisdiccional, y dicho análisis se ejecuta en forma primaria y que el «resultado» de este no será un elemento excluyente por sí mismo.[1] En este ámbito se debe considerar que no todo «demandante o denunciante» proyecta un resultado concluyente sobre el proceso judicial, porque es consciente de que no puede proyectar un resultado en forma determinante.

Sin embargo, de todas las especialidades jurisdiccionales en las cuales se analizan «conflictos judicializados», la especialidad vinculada al análisis de conflictos socio familiares judicializados,[2] es la más compleja de analizar,[3] debido principalmente al hecho de que las partes forman parte de un «conflicto humano» que ninguna resolución judicial podrá atender en la dimensión social y humana que aspiran las partes procesales.

Como consecuencia de este contexto, los conflictos sociofamiliares judicializados constituyen un problema tanto para el Estado,[4] por su rol como proveedor del servicio de impartición de justicia, como para la sociedad que ve elevándose sus niveles de violencia, todo lo cual provoca una evaluación de alcances multidisciplinarios al implicar un análisis desde diferentes áreas de trabajo:

a) Derecho constitucional: principalmente, porque se analiza la participación de la «persona» en un proceso judicial, respecto del cual se evalúa si se cumplen en el mismo las *garantías procesales de naturaleza constitucional*, como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el seguimiento de un proceso en un plazo razonable, entre otros principios.

---

[*] Abogado graduado con la mención de *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de España. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la UPAO. RENACYT PO140233. Registro de profesor investigador en Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Scopus ID 57278125300. Web of Science ResearcherID: GQB-0553-2022. Correo: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

[1] SALAH PALACIOS, Emilio. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Barcelona: Cultiva Libros, 2017, p. 99.

[2] No todos los conflictos sociofamiliares provocan la interposición de una demanda o denuncia en el ámbito jurisdiccional, inclusive un «proceso judicial» de divorcio puede ser «enviado a archivo» cuando las partes que habían ejecutado un procedimiento jurisdiccional optan por volver a la relación matrimonial y todo ello en el mismo trámite del proceso.

[3] En la especialidad jurisdiccional de familia se pueden incluir: a) procesos contenciosos: divorcios, liquidaciones de sociedad de gananciales, tenencia/custodia, alimentos, régimen de visitas, entre otros; y b) procesos no contenciosos: sucesiones intestadas, permiso de salida del país, interdictos, entre otros.

[4] BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos, 2008, p. 69.

Téngase en cuenta que la satisfacción de estos principios no responde necesariamente a un factor teórico, por cuanto existe una vinculación normativa constitucional vinculante del Estado a favor de la persona, conforme el artículo primero de la Constitución peruana de 1993, que detalla que la «persona es el fin supremo del Estado y de la sociedad».

La gravedad en el incumplimiento de este punto nos permite señalar que el «proceso judicial» puede devenir en una sentencia judicial que será *legítima*, siguiéndose un procedimiento preestablecido en la legislación sustantiva y procesal, pero que no garantizará una *legitimidad* respecto de su propio alcance ante las partes.

La mejor evidencia que representa lo señalado es el resultado de un proceso de alimentos, donde la sentencia suele ser incumplida por la parte que debe suministrarlos.

b) Teoría de Estado: porque se hace una evaluación del «servicio de impartición y administración de justicia», que en el caso peruano ha generado una situación particular al desarrollarse una doble referencia jurisdiccional respecto del seguimiento de procesos judiciales, esto porque es casi una regla general que se observe en el trámite de un «conflicto» entre partes el seguimiento del mismo en el ámbito jurisdiccional del Poder Judicial (jurisdicción ordinaria) y en casos especiales se deba recurrir a un proceso complementario, paralelo o derivado en el ámbito del fuero constitucional del Tribunal Constitucional.

   La recurrencia de esta situación durante los últimos años en el Perú debido al activismo judicial del Tribunal Constitucional ha generado la condición de que la «jurisdicción constitucional» se ha convertido en una «instancia» ordinaria del proceso judicial ordinario en el país.[5]

   Esta referencia se acredita cuando se señala que el Tribunal Constitucional resolverá un aproximado de 7000 expedientes,[6] mientras que la Corte Suprema de Justicia de la República solo alcanza a registrar no más de 4000 expedientes por año.[7]

   Este aparente conflicto de jurisdicciones que se yuxtaponen para la atención de un conflicto de naturaleza especial provoca en esencia que el propio Estado no disponga de un único mecanismo para garantizar el acceso a la justicia a sus ciudadanos y es una de las razones por las cuales la ciudadanía no confíe en sus instituciones de carácter jurisdiccional.[8]

c) Derecho Civil: principalmente en el análisis del derecho de familia, el cual se complementa con el estudio del derecho de personas y el derecho procesal civil.

   En este ámbito, la vinculación de un obsoleto Código Civil de 1984 limita el desarrollo del proceso judicial en la especialidad de familia, que se evidencia con la multiplicidad de modificaciones normativas que registra desde su promulgación.

d) Derecho procesal: principalmente, por la evaluación del «proceso judicial» y el análisis de elementos teóricos propios, como la evaluación de «medios probatorios», la «legitimidad y capacidad para obrar», la determinación de los «intereses» de las partes de un conflicto familiar.

---

5 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 11.

6 LA REPÚBLICA. *TC estima resolver 7000 expedientes este año*. http://larepublica.pe/politica/1167680-tribunal-constitucional-estima-resolver-7000-expedientes-este-ano

7 PODER JUDICIAL. *Ejecutorias supremas publicadas en el Diario Oficial El Peruano, por Corte Superior de Procedencia*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/32654a0043c38a2f8c958dc0653c5ce8/DDJJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=32654a0043c38a2f8c958dc0653c5ce8

8 En el Perú, al año 2015 se señalaba que el 79 % de la población no confía en el Poder Judicial. EL COMERCIO. *Tremenda desconfianza: opinión ciudadana sobre instituciones*. https://elcomercio.pe/politica/actualidad/tremenda-desconfianza-opinion-ciudadana-instituciones-387489

Sin embargo, el contexto en el cual es «evaluado» la especialidad de derecho de familia en el ámbito jurisdiccional es sumamente deficiente, principalmente por la confluencia de tres factores sumamente específicos:

a) Una legislación sumamente deficiente.

b) Una práctica jurisdiccional que no comprende el «conflicto familiar» y lo hace equivalente al «conflicto de intereses y derechos ordinario en el ámbito civil».

   Este punto se acredita con la emisión de resoluciones judiciales en un periodo en el cual ya prácticamente no resulta vinculante ninguna acción del Poder Judicial. En este sentido podemos señalar el caso de la niña «Pierina» que fue violentada por su propia madre, resultando lesionada, violada y, finalmente, asesinada. El progenitor en el trámite del conflicto familiar judicializado había solicitado la tenencia de la menor, la cual fue atendida positivamente un mes después del fallecimiento de la menor.[9]

c) Una mala evaluación de las partes procesales, tanto en la negligente evaluación de su participación en el proceso como también respecto de la determinación del nivel de participación en el mismo.

Como consecuencia de estos elementos podemos observar que los procesos judiciales en la especialidad de derecho de familia en el ámbito peruano se han desarrollado generando las siguientes características:

a) Constituyen en la actualidad la mayor carga procesal por especialidad en el Poder Judicial: según el informe del Banco Mundial para el año 2016, el 36,8 % de expedientes judiciales del Poder Judicial es de la especialidad de derecho de familia, superando el 34,6 % de expedientes en la especialidad de derecho penal.[10]

b) Presentan la mayor tasa de «abandono procesal» y situaciones de «participación maliciosa y temeraria»: en los procesos de alimentos y violencia familiar, este factor es uno de los «puntos problemáticos» de mayor incidencia.[11]

c) Presentan como referencia general la existencia de varios procesos judiciales devenidos de la generación de un «único conflicto», sobre el cual las partes van acumulando expedientes judiciales.

d) Constituyen procesos judiciales sumamente prolongados en el tiempo, a pesar del hecho de que la propia ley dispone que en casos de «niños y adolescentes», por aplicación del interés superior del niño, estos procesos deberían ser mucho más flexibles para así garantizar un derecho de naturaleza especial.

   La gravedad de este punto implica la inaplicación de la Ley n.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño y adolescente, que regula lo anteriormente expuesto, respecto de la regulación de un tiempo expeditivo para la atención de casos judiciales en los cuales se encuentren niños o adolescentes (inciso 3, artículo 4).

e) Constituyen procesos en los cuales se ejecuta una negligente evaluación de lo *íntimo*, de lo *privado* y de lo *público*, al nivel que la evaluación de la «actuación» procesal no es analizada con

---

9 EL COMERCIO. *Padre de Pierina demandará a jueces que le negaron su tenencia*. http://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/padre-pierina-demandara-jueces-que-le-negaron-su-tenencia-noticia-1337934

10 MINISTERIO DE JUSTICIA Y BANCO MUNDIAL. *Informe de trabajo sobre producción y sobre carga procesal en el Poder Judicial*. Lima: Minjus, 2017, p. 34.

11 *Idem*, p. 92.

la misma objetividad como en otras especialidades jurisdiccionales, por ejemplo, en la evaluación de la «capacidad», o en la evaluación de la «atribución de derechos y facultades», las cuales son condicionadas principalmente por una mala interpretación de lo que es «usual en lo social» de lo que es «legítimo en el ámbito jurídico».

En este nivel de condiciones es que la evaluación del «daño» que eventualmente se desarrolla en un proceso judicial de familia y perjudica a las partes procesales, a la sociedad y al propio Estado nos permite evaluar para el presente trabajo monográfico el contexto de la responsabilidad del Estado en la prestación de un servicio público de tanta importancia (a), de tanta incidencia en la sociedad peruana (b); y, que genera una elevada carga económica y gasto público sin ser proporcional a los resultados esperados (c).

En este ámbito, la evaluación económica que implica no atender la crisis sociofamiliar peruana no ha sido analizada diligentemente en las políticas públicas nacionales y por ello se requiere tener en cuenta la relación que existe entre la realidad social y familiar peruana con el ámbito de la gestión administrativa del país, porque ello incide en la gobernabilidad nacional.

1. LAS REFERENCIAS DEL IMPACTO NEGATIVO PROVOCADO POR LA NEGLIGENTE EVALUACIÓN DE CASOS DE FAMILIA EN EL PERÚ

Para evaluar nuestro ámbito de estudio, analizaremos preliminarmente tres jurisprudencias consideradas vinculantes por sus órganos jurisdiccionales emisores:

a) El caso Reynaldo Shols, STC n.º 09332-2006-PA/TC:[12] en este proceso, si bien el resultado fue positivo, la parte negativa del mismo se detalla en el hecho de los años que le implicó a Reynaldo Shols reconocer su legitimidad para defender los derechos de la hija de su señora esposa como parte integrante de su familia ensamblada, lo cual tomó ocho años.

b) El caso Tudela van Breugel, STC n.° 1317-2008-PHC/TC:[13] en este caso se determinó la tutela del «vínculo familiar» que prevalece sobre la «tutela de la familia» que exponía la esposa del señor Felipe Tudela y Barreda contra los hijos demandantes (Francisco y Juan Felipe Tudela), el mismo que implicó una serie de procesos judiciales de nulidades de matrimonios del patriarca, de procesos vinculados a la administración del patrimonio familiar y de violencia familiar.

c) El III Pleno Casatorio Civil, Casación n.° 4664-2010-Puno:[14] en este proceso, la parte victoriosa debió recurrir a una tercera instancia para que se le reconozca un derecho vinculado a la indemnización por abandono injustificado del matrimonio de parte de su esposo, quien había planteado el divorcio como demandante en el proceso inicial.

   En este sentido, la reconvención planteada por la *parte débil del proceso* debía ser sustentada en tres instancias judiciales, donde las dos primeras fallaron a favor del demandante que había demostrado que estaba separado de su esposa por más de cuatro años y, por tanto, debía declarase fundado el pedido de divorcio sin que se tome en cuenta el conflicto familiar generado por su propia causa.

---

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente n.° 09332-2006-PA/TC-Lima, caso Reynaldo Shols Pérez. http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente n.° 1317-2008-PHC/TC-Lima, caso Francisco y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas a favor de Felipe Tudela Barrera. http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01317-2008-HC.pdf

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación n.°. 4664-2010-Puno. http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2011/05/CS_D_III_PLENO_CASATORIO_CIVIL_120511.pdf

d) El VIII Pleno Casatorio Civil, Casación n.° 3006-2015-Junín (Poder Judicial, 2020): una referencia jurisprudencial que desde el inicio ha sido evaluada como un «conflicto civil» respecto de la disposición de bienes sociales cuando en esencia se trata de un conflicto entre medios hermanos sobre un tema sucesorio.

Estos tres casos peruanos nos permiten formular la evaluación del sistema jurisdiccional en la especialidad de derecho de familia y nos permiten sostener que el «periodo en el cual fue resuelto cada caso» y el «modo» en el cual se desarrolló cada uno constituyen elementos que permiten evaluar una «responsabilidad» en el Estado respecto de un servicio público.

2. LA EVALUACIÓN PRELIMINAR DEL SISTEMA JURISDICCIONAL PERUANO

La intervención de un ciudadano ante el sistema judicial, sea cual fuese su nivel de acción, es un tema que implica dos aspectos centrales:

a) Su participación respecto de la capacidad de hacer valer su posición (derechos e intereses).

b) La capacidad del sistema jurisdiccional de resolver el conflicto legal (y el conflicto sociofamiliar implícito), en un plazo razonable, evitando la apertura de nuevos procesos judiciales complementarios.[15]

Sin embargo, estos dos aspectos en el Perú no son complementarios, principalmente porque el ciudadano no sabe cómo plantear ante el sistema de impartición de justicia sus derechos de forma directa y exigir que este actúe en forma eficaz.[16]

Estos dos aspectos, generalmente ignorados en los procesos políticos de reforma judicial, son importantes desde todo punto de vista, porque tutelan primeros derechos del ciudadano (tutela judicial y debido proceso), como también legitiman la función pública, en el ámbito procesal.

Por ello, cuando se desarrolla una política de reforma judicial, uno de los aspectos centrales que debe observarse es el de la eficacia de la Administración Pública respecto de la tramitación de las causas procesales en el despacho judicial a cargo de las instancias iniciales del sistema de impartición de justicia. Basta con que un expediente judicial sea analizado por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema de Justicia de la República para indicar que «toda justicia que demora no es justicia».

Si los magistrados de primeras instancias cumplen su función con eficacia sin dilatar la resolución del conflicto (tanto en cuanto a la forma como en cuanto al análisis sobre el fondo), permitirán la legitimación de su función, la de su institución ante la sociedad, como también le permitirán al Estado una mejor distribución de recursos que redituará finalmente en la consolidación de un Estado democrático y social de derecho.

Esta actuación institucional en procura de la eficacia es el objetivo actual en la mayoría de países con una democracia consolidada, porque permiten que las entidades públicas puedan rendir cuentas ante la sociedad que evaluará el impacto social, económico y político de los fallos judiciales en la comunidad.[17]

---

15 Al respecto, debemos señalar que en la práctica procesal, los justiciables, en el excesivo «deseo» de acceder a una justicia acorde a sus intereses, han provocado situaciones donde los procesos se extienden a segundos procesos o se va de la jurisdicción ordinaria la constitucional, lo que ha provocado que se regulen nuevos tipos de procesos como el amparo contra amparo (STC n.° 4650-2007-PA/TC) y el Segundo amparo contra amparo (STC n.° 0345-2009-PA/TC), que el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando, yendo inclusive al fondo de la causa.

16 Se hace un *mea culpa* en este punto, porque los «abogados» son los que elevan el conflicto de las partes procesales en el desarrollo de un proceso judicial.

17 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Prólogo». En BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel *Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional.* Lima: Ediciones Legales, 2008.

Por eso resulta importante comprender el verdadero alcance de la labor del juez, que a criterio de Pereira Menaut, debe ser un *gentlemen*, prudente y garantista, que brinde seguridad y genere tranquilidad en la comunidad.[18]

3. PARÁMETROS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DE EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL PARA ANALIZAR SI EL ESTADO ES RESPONSABLE O NO

El sistema judicial en su conjunto, al ser un pilar fundamental en todo Estado democrático y social de derecho, exige de un comportamiento idóneo, óptimo y eficaz respecto de sus objetivos institucionales, para así darle legitimidad a su función pública.[19]

En este sentido, el que se plantee que el Poder Judicial, el Ministerio Público o Tribunal Constitucional funcionen y que lo hagan en un plazo razonable es para nosotros, una cuestión simple y sencilla: la exigencia a que cumplan con su (única) obligación institucional.

El que las instituciones sean óptimas a las exigencias sociales permite consolidar el derecho a una buena Administración Pública, porque este derecho abarca otros subderechos o garantías frente a la administración y terceros[20] y es, casi en forma exclusiva, el juez el funcionario público que puede operativizar los fundamentos de los derechos fundamentales del ciudadano con una apertura a la realidad social y moral del subsistema de los derechos inscritos en la constitución.[21]

Por tanto, el plantear ejercer el derecho de defensa no solo implica una petición ante el órgano jurisdiccional a efectos de justificar una posición judicial, es más que ello, es la posibilidad de tener un acercamiento directo con el órgano jurisdiccional para presentar un problema social de manera directa e informal sin utilizar los artilugios legales típicos de una asesoría legal. De esta manera, el juez puede acceder a conocer en forma amplia la realidad del justiciable y así construir preliminarmente una decisión con base en el *ethos* y los intereses de aquel sujeto de derechos que acudió a su despacho.[22]

Buena parte de los problemas que aquejan a la justicia se refieren a problemas de falta o insuficiencia de acceso a la misma por parte de aquellos ciudadanos que demandan una tutela judicial de sus derechos. Se trata del acceso a la justicia que constituye motivo de preocupación social.[23]

Frente a esta situación, las políticas de reforma judicial han procurado ejecutar medidas satisfactorias de atención a sus usuarios. A continuación señalamos algunas.

3.1. Materialización de derechos vinculados al acceso a la justicia

El derecho de acceder a la justicia es usualmente tratado en dos bloques relativamente diferenciados en función de quienes sean los beneficiarios del mismo: como un derecho de acceso a la justicia «para todos» y como un derecho «para quienes carecen de medios».[24]

Ambos bloques, a su vez, se desarrollan en los siguientes aspectos:

---

18 PEREIRA MEAUt, Antonio. *El ejemplo constitucional de Inglaterra.* Madrid: Universidad Complutense, 1992.

19 AGUILAR, Luis. *Gobernanza y gestión pública*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

20 TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 30.

21 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2004, p. 248.

22 LONDOÑO, Beatriz. «Derechos colectivos: una lectura desde nuestro patrimonio cultural intangible». En MOLINA, Carlos. *El Estado: reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI.* Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario, 2004, p. 248.

23 PASTOR PRIETO, Santos. *¡Ah, de la justicia!, política judicial y economía.* Madrid: Civitas, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993. p. 267.

24 *Idem*, p. 268.

a) **Respecto del acceso a la justicia «para todos»**: este principio responde al hecho de que las partes pueden comparecer personalmente en un proceso sin que ello implique disminuir el derecho a la asistencia letrada, dado que están actuando entre dos ámbitos de actuación factible en el ámbito jurisdiccional: la defensa técnica y la autodefensa.[25]

Este acceso a la justicia para todos se efectiviza en los principios de:

i. A que el magistrado conozca las implicancias directas e indirectas del caso: este principio responde al nivel de percepción del grado de conocimiento que tienen los órganos judiciales sobre el proceso que sigue el ciudadano.

Por encima de los resultados del proceso, la calidad del trato recibido en el despacho del magistrado, sin duda, es el factor más importante para cualquier usuario del sistema de impartición de justicia, y aunque parezca ilógico en el razonamiento del legislador o del abogado, lo que el ciudadano procura es que los jueces o fiscales conozcan suficientemente el asunto sobre el que tienen que decidir toda vez que este será el fundamento sobre el que se sostiene la legitimidad social de las decisiones judiciales.

El que los jueces y fiscales tengan conocimiento de los aspectos legales (elementos directos) y de los conflictos sociales, familiares y económicos (elementos indirectos) que involucran a las partes en el proceso judicial permitirán a las partes asumir una conformidad inicial sobre el resultado final, porque la función del magistrado no será cuestionada y toda acción que continúe con el conflicto legal estará limitada a una naturaleza jurídico-procesal.

A pesar de lo lógico de este fundamento, ocurre una situación particular en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia, por cuanto en la mayoría de procesos judiciales, las partes procesales omiten en forma expresa la «explicación total del conflicto» y es por ello que se pueden observar multiplicidad de procesos judiciales vinculados entre sí.

ii. Inmediación comunicativa: sobre la base del principio de inmediación procesal,[26] el cual tiene aceptación unánime y no es objeto de discusión, ampliamos su naturaleza, exigiendo que no solo las pruebas sean actuadas directamente por el juez,[27] sino que este interactúe con el justiciable, más allá de las audiencias programadas en el desarrollo del proceso judicial, esto es que el juez atienda a las partes procesales en su propio despacho en un horario de atención apropiado, cuando estas lo requieran.

iii. A que la comunicación sea lingüísticamente óptima:[28] el lenguaje jurídico es percibido por el ciudadano como un obstáculo de acceso a la justicia en nuestro país, no solo por el elemento idiomático, sino también por el factor de su comunicación con el sistema de impartición de justicia en general.[29]

---

25 CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. «El nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002 de reforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 28 de octubre)». En PÉREZ, Mariano Alonso y GONZÁLEZ, José Ángel. *Responsa Iuris peritorum digesta V*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, p. 189.

26 VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. «Crisis de la justicia y reforma del proceso penal». En MINISTERIO DE JUSTICIA. *Crisis de la justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002, p. 358.

27 VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Op. cit*., p. 358.

28 Ver: MORALES LAYNEZ, Benito. *El acceso a la justicia en el propio idioma.* Ciudad de Guatemala: AVANCSO, 2001.

29 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. «Acceso a la justicia a través del lenguaje y comunicación forense». En ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Libro de ponencias del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Grijley, 2009.

Para el ciudadano promedio, el ingresar al sistema jurídico formal y sistema jurisdiccional representa un choque traumático, en particular porque el «sistema» se presenta ante el ciudadano como una sumatoria de lenguajes y códigos lingüísticos que escapan a su lenguaje cotidiano.

Bajo esta premisa se puede inferir que para el justiciable la comunicación con los operadores jurisdiccionales, con el letrado de su causa (su abogado), e inclusive su interacción con la «mesa de partes» del despacho judicial, constituye un problema de *acceso a la justicia* poco valorado en los habituales procesos de reforma judicial, lo que se hace muy evidente en los procesos judiciales de familia, donde es viable la exclusión de la participación de un abogado.

El sistema jurisdiccional, por tanto, constituye un túnel por el cual el justiciable transitará para acceder a una «justicia» ideal; sin embargo, este tránsito no necesariamente será en línea recta y directa a la defensa de sus intereses.

Respecto del Perú, debemos considerar el hecho de que si para el ciudadano urbano es un problema acudir al sistema de justicia, la situación se agrava en las zonas rurales y marginales y este total poblacional constituye los dos tercios del país.

Toda vez que esta situación nos pone en la línea más complicada de acceso a la justicia, debemos considerar el hecho de que para el promedio de los ciudadanos los ámbitos jurídico y procesal se perfilan como disciplinas ambiguas y ajenas a su realidad.[30]

iv. A evitar todo tipo de marginación (directa e indirecta): suele pasar desapercibido el hecho de que los conflictos que provocan el proceso judicial (elementos indirectos) representan para los justiciables elementos que pueden provocar en el magistrado una reacción adversa a sus intereses, en particular por problemas vinculados a un acto de discriminación.

Este factor subjetivo es, en realidad, solo una percepción del justiciable, dado que el magistrado no puede actuar en forma discriminatoria, mucho menos justificar una posición que responda a dicha posición.

Sin embargo, y aunque en menor instancia, sí se observan, en una serie de casos, niveles de marginación de parte del magistrado hacia los justiciables, cuando las causas responden a situaciones como:

- La defensa de casos vinculados al análisis de derechos vinculados a la teoría de «género»: la representación de que un elevadísimo número de «madres» son las que obtienen el derecho de tenencia frente a los «padres» no siempre responde al hecho material del cuidado y vinculación entre la madre y el hijo, y esto se acredita en los procesos en los cuales la madre está en situación de detención o, eventualmente, está en condiciones que le impiden tener la custodia o tenencia de un hijo.

- La defensa de derechos vinculados a conflictos familiares: la defensa de derechos de «personas» ajenas al proceso judicial, como los «abuelos» o «nuevas parejas» de una parte procesal suele ser rechazada en un proceso judicial por carecer de legitimidad, siendo dicho argumento insuficiente para ser válido.

---

30 BAYO DELGADO, Joaquín. «La formación básica del ciudadano y el mundo del Derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial». En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Lenguaje judicial. Cuadernos de derecho judicial.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 12.

- El factor multicultural que rodea a los justiciables y al proceso judicial: en este punto, los contextos de complejidad de las relaciones sociales se agudizan en casos extremos como el resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad n.° 3495-2015-Áncash, donde se «condenó» a una persona por violación sexual a menor de edad, pero la pena «se suspendió» para «conservar la unión familiar».[31]

- El contexto socioeconómico que rodea al imputado de un ilícito penal:[32] en el ámbito del desarrollo de «procesos judiciales de alimentos», en caso de evidenciarse el incumplimiento de pago de dicho derecho, se ejecuta un proceso penal por el delito de omisión de asistencia familiar, en el cual se «evalúa» la capacidad del demandado para proceder a emitir una sentencia. Dicha «evaluación» de capacidad económica se ejecuta de manera displicente en la vía jurisdiccional ordinaria y natural: el juzgado de familia.

b) **Respecto el derecho de acceso a la justicia «para quienes carecen de medios»**

El acceso a la justicia «para todos» cuando se individualiza en un determinado ciudadano, se desenvuelve en un conjunto de elementos constitucionales y procesales, los cuales implican la conjunción de principios y derechos que involucran una defensa procesal óptima, sin la exigibilidad de que esta acción obtenga necesariamente un resultado que satisfaga los intereses del justiciable.

Estos elementos en el ámbito procesal implican la interacción de:

i. Exoneración de gastos y costas judiciales: la exoneración de gastos y costos judiciales y el auxilio procesal son equivalentes para la doctrina y la ley; sin embargo, debemos considerar que la naturaleza jurídica de ambas instituciones es diferente, porque ambas son complementarias.

La exoneración de gastos y costas judiciales implica un beneficio legal preestablecido[33] a un proceso judicial, a un conjunto determinado de sujetos que pueden actuar como parte procesal.

Este beneficio no necesariamente está vinculado al ámbito de un «beneficio de pobreza»,[34] porque, por ejemplo, el Estado, a través de sus entidades, es el principal sujeto procesal que percibe este beneficio y esta condición es «representativa» en los procesos judiciales de familia, donde las partes procesales solicitan «auxilio procesal» para no asumir los costos del pago de tasas judiciales o el pago de costas y costos judiciales al final del proceso.

ii. Auxilio procesal: el auxilio procesal es el desarrollo de la práctica judicial de la disposición legal que responde a la condición de carencia de disposición económica del sujeto procesal, la cual amplía su facultad de actuación ante el sistema de impartición de justicia dentro de una tutela judicial efectiva.

En este sentido, se actúa el «beneficio de pobreza» y responde a petición de parte, que deberá acreditar su condición.

---

31 Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad n.° 3495-2015, Áncash. http://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Imponen-pena-suspendida-a-joven-que-tuvo-relaciones-con-menor-de-13-años-para-conservar-unidad-familiar-R.N.-3495-2015-Áncash.pdf

32 VELÁSQUEZ MARTÍNEZ, Matías y Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES. *Desigualdad, indigencia y marginación social en la España ilustrada. Las cinco clases de pobres de Pedro Rodríguez Campomanes*. Murcia: Universidad de Murcia, 1991, p. 133.

33 PUPPIO, Vicente. *Teoría general del proceso*. Caracas: Universidad Católica-Andrés Bello, 2008, p. 344.

34 *Idem*, p. 343.

La justificación del desarrollo de este derecho radica en que no puede limitarse una actuación procesal en el sistema de impartición de justicia por las condiciones materiales que rodean al sujeto procesal, las mismas que pueden ser preexistentes como posteriores al desarrollo del proceso judicial.

La condición económica de un sujeto procesal, por tanto, no condiciona al sistema de impartición de justicia para que se habilite una exoneración del pago de gastos y costas judiciales.

iii. Defensa gratuita: en la actualidad, por acción directa del Ministerio de Justicia, el acceso de los justiciables a un abogado de oficio es un trámite sencillo, al menos en el ámbito de las zonas urbanas y está vinculado principalmente a la tramitación de causas en primera instancia.

Por otro lado, en el ámbito constitucional, el derecho «para quienes carecen de medios» se materializa con una defensa idónea.

iv. Defensa idónea: la complementariedad de los principios de exoneración de gastos y costas judiciales, de auxilio procesal, de defensa gratuita no necesariamente van a condicionar un resultado judicial positivo para el justiciable.

Por tanto, no basta con acceder a una defensa económicamente accesible, sino que esta sea idónea u óptima, sin que ello implique una victoria judicial respecto de la defensa de sus derechos e intereses.

Para justificar nuestra posición podemos recurrir a la complementariedad del *iuria novit curia* (principio dogmático) y la actuación el numeral 1 del artículo 6, del Decreto n.° 2591 de Colombia (1991), el cual establece un deber al juez de examinar la idoneidad de la defensa del justiciable (recurso procesal constitucional del derecho comparado).[35]

Suele suceder en el ámbito de la defensa judicial gratuita, que la *defensa legal* se limita al acompañamiento procesal del litigante, convirtiendo a este recurso en una institución vacía que deslegitima el derecho constitucional.

3.2. Descongestión procesal en los despachos judiciales

Estas acciones legislativas de incidencia procesal están diseñadas principalmente para buscar la eficiencia de la gestión pública en el ámbito jurisdiccional sobre la base de una optimización del gasto público.

El resultado en estas medidas revierte en el ciudadano, porque finalmente es este el sujeto que sufraga los actos que irroga el funcionamiento del aparato estatal.

La naturaleza de esta política legislativa es el contenido económico del gasto público, la cual se desarrolla en:

---

35 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *Derecho constitucional colombiano, de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 378.

A. Principio de oportunidad

Es un recurso del Ministerio Público que le faculta no iniciar una denuncia y proceso judicial, maximizando sus recursos en otros procesos que involucren una mayor carga procesal.[36]

Este recurso permite mejorar los recursos de los órganos de la justicia penal ponderando la protección de las libertades que caracterizan un Estado democrático, aumentando la eficacia del servicio público.[37]

En el ámbito de la jurisdicción en la especialidad de derecho de familia, el Ministerio Público evalúa la «Capacidad económica» del imputado y procede a desarrollar el principio de oportunidad, negándose a desarrollar un proceso judicial así este fuese requerido por el juez de familia (quien denuncia).

B. La exigibilidad de la resolución de conflictos en un plazo razonable sin dilaciones indebidas

Este derecho se desarrolla en los siguientes puntos:

i. *En primer lugar,* el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas implica el cumplimiento formal de los plazos previstos en la Ley Procesal.[38]

ii. *En segundo lugar,* que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho fundamental, pero este no tiene una naturaleza ilimitada.

iii. *En tercer lugar,* que en cuanto derecho fundamental no absoluto requiere por su naturaleza misma una reglamentación estatal que puede limitarlo siempre que no se llegue a desconocer su propia sustancia, para lo cual se debe tener presente el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia sobre cada procedimiento.

iv. *En cuarto lugar,* solo las dilaciones imputables a los órganos jurisdiccionales como representantes del Estado pueden llevar a concluir la inobservancia del plazo razonable.

La infracción del derecho a un proceso sin dilaciones es imputable, inmediatamente, al órgano jurisdiccional que directamente incumple las prescripciones legales con su propia inactividad, que desconoce los términos normativos incluso a causa de una excesiva actividad, o que consiente el incumplimiento de las partes o de otras autoridades no recurriendo a los poderes coactivos de que está dotado.[39]

v. *En quinto lugar,* el Estado debe suministrar tanto los medios materiales y personales como los normativos (sustanciales, procesales y orgánicos) para una efectiva impartición de justicia. Sin los medios materiales y personales precisos difícilmente podrán satisfacerse, mediante el debido proceso, los derechos e intereses legítimos.[40]

---

36 VENTAS SASTRE, Rosa. «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito penal y familiar». En GONZALO QUIROGA, Marta; BAZAGA FERNÁNDEZ, Isabel y VENTAS SASTRE, Rosa. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 156.

37 AUGER LIÑAN, Clemente. «El principio de oportunidad reglada". En MINISTERIO DE JUSTICIA. *La reforma del proceso penal.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, p. 277.

38 AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional.* Madrid: Amnistía Internacional, 2003, p. 105.

39 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLES CUSSAC, José. *La reforma de la justicia pena: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann.* Castelló Plana: Universitat Jaume I, 1988. p. 403.

40 *Idem*, p. 401.

vi. *En sexto lugar,* se debe tener presente que la valoración de las consecuencias de la demora debe considerarse con independencia de sus efectos sobre las partes. La demora no debe estar vinculada al ámbito de la pretensión de las partes, es un elemento particular que deberá tramitarse individualmente, para así no afectar la verdad procesal.[41]

C. Predictibilidad en la redacción de las resoluciones judiciales

A partir del Informe Preliminar de la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de la Administración de Justicia - Ceriajus, de octubre 2004 y abril 2005, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional han desarrollado una política interna que pondera el desarrollo de mecanismos de predictibilidad en la redacción de resoluciones judiciales, principalmente para dotar de un nivel de certeza a sus decisiones como garantía de seguridad jurídica en un Estado democrático y social de derecho.[42]

En este sentido, se han desarrollado y ejecutado plenos casatorios en las especialidades de derecho penal[43] y de familia[44] en la Corte Suprema[45] y una línea jurisdiccional que pondera el precedente vinculante en el Tribunal Constitucional, sobre la base de los fundamentos argumentativos y persuasivos de dichos fallos.[46]

D. Desjudicialización de conflictos

La desjudicialización de conflictos sociales en el ámbito jurisdiccional es una tendencia mundial, en particular en la especialidad procesal penal que responde a la necesidad de actuar en forma eficiente los recursos del Estado en el ámbito de la investigación criminal, limitando la judicialización de casos que revisten un interés superior.

Esta política aplicable al ámbito jurisdiccional se desarrolla en dos niveles:

i. Puede consistir en renunciar a continuar con el proceso iniciado o bien en ponerle fin, pero adoptando alguna medida alternativa, en particular la ejecución de condiciones impuestas por el juez.

ii. Limitación de toda acción futura que pudiere relacionarse con el tipo de causas que detalle el legislador.[47]

Sin embargo, esta «característica» usual en los procesos de reforma judicial no son tomados en cuenta en las reformas normativas que detallan conflictos sociofamiliares, en donde la regla general es la judicialización y la ampliación de la intervención del Estado.

---

41 AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional.* Madrid: Amnistía Internacional, 2003. p. 105.

42 DE MARINO, Rubén. «Función jurisdiccional e independencia judicial». En Ministerio de Justicia. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial* Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 1120.

43 Podemos citar:
VI Pleno Jurisdiccional Penal Supremo sobre lavado de activos, la acusación directa y proceso inmediato, la audiencia de tutela, problemas actuales de la prescripción, la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, y la incautación (diciembre, 2010).
Pleno Jurisdiccional que desarrolla la Sentencia Plenaria n.° 1-2005/DJ-301-A, sobre el momento de la consumación en el delito de robo agravado (2005).
Plazo razonable, desvinculación de la acusación fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del tribunal constitucional, la prueba ilícita y la prueba prohibida, determinación y sustitución de pena (Ley n.° 28002 TID), autoría y participación en delitos especiales, beneficios penitenciarios y cómputo de penas (2004).

44 Tercer Plano Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre divorcio por la causal de separación de hecho, que implica, entre otros factores, el análisis de la separación de hecho, la tutela de la familia y la indemnización por separación (mayo, 2011).

45 La relación de plenos jurisprudenciales se encuentra en la página web del Poder Judicial:
http://historico.pj.gob.pe/cortesuprema/cij/publicaciones/noticias.asp?codigo=10800&opcion=detalle

46 MITJANS PERELLÓ, Esther y CASTELLÁ ANDREU, Josep María. *Canadá: introducción al sistema político y jurídico*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2001, p. 333.

47 BARATTA, Alessandro y PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandro Baratta.* Salamanca: Universidad Salamanca, 2004, pp. 759-760

La regulación del «delito de feminicidio» en el Perú es una muestra de este punto de vista y se detalla en el hecho puntual de las consecuencias negativas de su desarrollo en el ámbito judicial, porque no existen elementos objetivos que lo diferencien del «delito de homicidio» respecto de la gravedad de los hechos.

E. Ahorro de recursos públicos

Si bien la limitación de recursos en el sistema de impartición de justicia es una constante histórica, la optimización de recursos debe buscar la eficiencia en el desarrollo de un proceso judicial sin que ello provoque la limitación de derechos de los justiciables.

En estas acciones de maximización de recursos[48] no podemos aceptar la introducción de instituciones procesales del derecho comparado en nuestro sistema procesal, principalmente el *writ of certiorari*,[49] porque existen razones de fondo, que generan una verdadera limitación de derechos fundamentales de los justiciables que se conjuga con la debilidad institucional del Poder Judicial y Tribunal Constitucional frente al poder político, situación que lo diferencia del contexto europeo[50] donde la separación de poderes es una garantía del Estado de derecho.

4. LA EXIGIBILIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN LÓGICO-ARGUMENTATIVA DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Para Manuel Atienza, la fundamentación de una resolución judicial supone efectuar una distinción entre tres tipos de concepciones de argumentación: a) la concepción formal ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión); b) para la concepción material, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que los hace verdaderos o correctos, responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; y, c) la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad (una serie de actos de lenguaje) dirigidos a lograr la persuasión de un auditorio.[51]

Por tanto, la labor judicial lejos de ser aplicativa es programática, al exigirse fundamentar las resoluciones judiciales desde una perspectiva argumentativa y una coherencia lógica, situación que involucra un armazón organizativo-racional en la decisión del magistrado que Marina Gascón Abellán define como la «racionalización de la función judicial».[52]

Este factor en la actualidad es tan imprescindible en la fiscalización de la labor funcional del magistrado que el Consejo Nacional de la Magistratura en el Perú evalúa diferentes resoluciones judiciales al momento de ratificar en el cargo a un juez o fiscal. Si bien esta fiscalización no cumple con un patrón lógico uniforme estándar, al menos es una buena iniciativa de gobernanza judicial, porque permite la participación de agentes de la comunidad: colegios de abogados, facultades de derecho y público en general, los que pueden opinar sobre los resultados al ser estos públicos.

5. EJECUTANDO UNA EVALUACIÓN AL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DE SU EFICACIA Y EFICIENCIA

Evaluar la gestión pública es una labor compleja que requiere el análisis de una serie de factores; sin embargo, en el ámbito de la administración y gerencia privada, como áreas en las cuales ubicamos

---

48 GAY WOOD, Horace. *A Practical Treatise on the Law of Nuisances in Their Various Forms, Including Remedies Therefor at Law and in Equity.* Charleston: Nabu Press, 2010.

49 SAVAGE, David y BISKUPIC, Joan. *Guide to the Supreme Court*. Washington D. C.: CQ Press, 2004.

50 CASAL HERNÁNDEZ, Jesús. *Constitución y justicia constitucional.* Caracas, Universidad Andrés Bello, 2004. p. 101.

51 ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra, 2004, p. 14.

52 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 191 y 115.

elementos referenciales de análisis para nuestro tema de estudio, es factible encontrar métodos de evaluación que pueden ser aplicables a los procesos y servicios públicos que brinda el Estado.

Toda vez que la evaluación de la función pública del sistema de impartición de justicia es una tarea compleja, el ciudadano procura encontrar niveles de eficacia y eficiencia del servicio público sobre la variable de la ejecución de recursos (humanos, administrativos, económicos y políticos), porque estos recursos son finalmente sufragados por su persona a través del pago de impuestos.

De este modo, la eficacia de la gestión jurisdiccional bien puede ser desarrollada como el grado de adecuación positiva de la relación entre objetivos y recursos respecto del modelo de sistema judicial que se trata de implantar como ideal.

Por tanto, comprender los niveles de evaluación de la eficacia como la eficiencia en la gestión jurisdiccional legitima:

- las resoluciones expedidas por el juez.
- la función del sistema de impartición de justicia.
- la legitimidad del Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional.
- el Estado democrático y social de derecho.

Situación que en el ámbito jurisdiccional de la especialidad de derecho de familia no se cumple.

6. ¿ES RESPONSABLE EL ESTADO POR UN MAL SISTEMA DE SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA?

Consideramos que el Estado «conoce» estos factores:

a) La especialidad jurisdiccional de derecho de familia es la que genera el mayor volumen de expedientes por año.

b) Se ha registrado como «elemento característico» en la jurisdicción de derecho de familia que un «conflicto socio familiar» puede desarrollar procesos judiciales complementarios, derivados, vinculados o paralelos que elevan la carga de violencia entre las partes como también sobre congestionan al Poder Judicial.

c) Se ha registrado la disfuncionalidad del Estado en la protección del derecho de alimentos (por ejemplo) cuando el «proceso penal» por el seguimiento del delito de omisión de alimentos no provoca una «condena» efectiva en el imputado, máxime si el mismo proceso no se «denuncia» ante el Poder Judicial, porque se acredita que el obligado a prestar alimentos no cuenta con recursos económicos para asumir dicha obligación, factor que es contrario a los alcances que se detallan en el proceso principal y de especialidad para evaluar dicho factor: «capacidad económica».

d) La afectación de las garantías procesales y constitucionales son relativizadas en forma exponencial en la jurisdicción de especialidad en derecho de familia y, sin embargo, no se ha reformado ningún «procedimiento» o «proceso» vinculado a la especialidad desde la promulgación del Código del Niño y del Adolescente que se dio en el año 2000.

En consecuencia, el análisis de estos elementos en el presente documento nos permite detallar que existe un nivel de responsabilidad objetiva de parte del Estado en la atención de las necesidades

de la población, principalmente porque no atiende el verdadero propósito del servicio público de impartir justicia.

Sin embargo, en un análisis bibliográfico sobre la «responsabilidad del Estado» en la prestación de servicios públicos, principalmente en el ámbito de la impartición de justicia, podemos detallar el hecho de que en Perú no existe mucho material del cual se pueda concluir una posición que a nuestro criterio sí resultaría válida para su análisis, por cuanto en otros «servicios públicos» que resultan deficientes el Estado ha ejecutado acciones de atención para reformular su rol y de esta manera se genera como consecuencia la mejora en la prestación del servicio público.

Si bien evaluar la responsabilidad del Estado resulta complejo, la confluencia de diferentes elementos de análisis que inciden en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de derecho de familia resulta un elemento que no es detallado porque esta especialidad es una de las menos valoradas en la práctica legal en el Perú, muy a pesar de su complejidad y vinculación con la paz social.

7. EL IMPACTO ECONÓMICO DERIVADO DE LA CRISIS SOCIOFAMILIAR

Lo detallado previamente se puede limitar al ámbito jurídico y jurisdiccional porque sus características y condiciones internas permite una explicación puntual en cada uno de los elementos analizados.

Sin embargo, poco se ha tomado en cuenta el impacto que lo previamente detallado incide en la realidad nacional, sobre todo porque el Estado está asumiendo niveles de representación negativos y limitados frente a la población, asumiéndose una condición negligente que provoca un descrédito y una condición de ilegitimidad.

El Estado como una representación de carácter político e institucional frente a la comunidad no está observando que las situaciones de crisis en las relaciones familiares impactan directamente en su rol de proveer una atención a los conflictos y de proteger los derechos de las personas en situaciones negativas, sobre todo cuando existen elementos que permiten detallar un nivel de vulnerabilidad.

Bajo esta perspectiva, el impacto económico que se puede registrar en el ámbito de la gestión pública y que afecta la legitimidad del Estado, se puede representar en los siguientes ámbitos:

a) En la gestión del presupuesto público, en todos los niveles de gestión gubernamental, especialmente porque los niveles y porcentajes de asignación de fondos públicos a servicios públicos para atender casos de violencia familiar o de apoyo a familias en situación de crisis resultan representativos en el ámbito del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y municipalidades.

   Los niveles de gestión pública en estos ámbitos no solo se registran en contextos de prestación de servicios públicos, sino que implican la contratación de un personal que amplía la base de costos económicos que deben asumir las diferentes entidades del Estado.

b) En la provisión de servicios públicos vinculados al ámbito de la impartición de justicia.

   En este punto, véase como el Poder Judicial y el Ministerio Público han destinado buena parte de sus presupuestos institucionales a la implementación de juzgados especializados, órganos jurisdiccionales complementarios (segunda instancia) y entidades de apoyo jurisdiccional.

   Desde el 2000, los juzgados civiles fueron disminuidos para dar paso a la creación de juzgados especializados en el ámbito familiar y en la actualidad la creación de juzgados especializados en violencia familiar, son los elementos más representativos.

c) En la provisión y atención de necesidades logísticas en las entidades de apoyo al sistema de impartición de justicia.

La implementación de programas de apoyo a poblaciones vulnerables vinculadas a la atención de crisis familiares permite detallar que las entidades con mayor presupuesto público son: el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio del Interior respecto de los requerimientos de la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia.

d) La desatención de otros requerimientos de presupuesto público que son afines a la atención de conflictos familiares como, por ejemplo, la implementación de políticas de atención y desarrollo de dinámicas familiares positivas en el ámbito de los servicios educativos.

El Estado no ha logrado percibir que la atención de los conflictos familiares ha superado la perspectiva en la cual solo se analiza el ámbito judicial. La dinámica familiar supera esta condición y por ello se requiere implementar políticas educativas que tengan un mejor impacto en la gestión del conflicto en las dinámicas familiares en crisis.

Un panorama complejo de evaluación que no se limita solo al contexto de la gestión pública por cuanto también se pueden observar elementos negativos en la comunidad nacional.

e) La ejecución de un gasto económico en la evaluación de conflictos familiares, tanto a nivel conciliatorio, policial y judicial.

Poco se toma en cuenta el contexto económico personal de las personas que están en situaciones de conflicto familiar, más allá de las condiciones en las cuales se desarrollen, porque se suele ponderar el factor psicológico y familiar, pero no el contexto temporal, las condiciones económicas negativas y el estado emocional que puede incidir en las relaciones laborales o productividad económica.

f) La desatención a la productividad individual y familiar debido a la inestabilidad y/o crisis familiar.

En este ámbito, el contexto económico individual y familiar queda supeditado a factores psicológicos y motivacionales complejos que limitan el contexto de la proyección de consecuencias económicas.

CONCLUSIONES

La determinación de una «responsabilidad» implica la ejecución de una serie de actos que pueden ser identificados en una relación de causalidad y sobre la cual se puede determinar una «acción que produce un daño».

En este sentido, la prestación de un servicio público a cargo del Estado sí puede ser evaluado en esta perspectiva, principalmente porque las propias entidades estatales vinculadas al ámbito de dicho servicio tienen pleno conocimiento de las deficiencias existentes y a diferencia de la atención que se brinda a otros sectores públicos, respecto de otros servicios públicos, en este ámbito se observa una negligente referencialidad.

Negligencia que implica necesariamente un impacto negativo en la prestación de un servicio público de mucha necesidad y de vinculación con la realidad social en el Perú, principalmente porque las partes en conflicto elevan los niveles de violencia y por ello hay una referencialidad con casos de feminicidio, omisión de alimentos, sustracción de menores y violencia familiar en general

Y el proceder negligente se traduce en las constantes reformas parciales que ejecuta el Congreso de la República en el ámbito de la legislación vinculada al derecho de familia; el proceso de reforma

técnico del Código Civil y del Código Procesal Civil por parte del Ministerio de Justicia que pertenece al Poder Ejecutivo, situación que no se logra explicar más aún cuando el texto del «Código Civil reformado de 1984» está aprobado en el Congreso de la República por más de diez años (en el caso de los libros «Acto jurídico», «Obligaciones», «Registros Públicos»).

Hay, por tanto, una serie de condiciones que nos permiten calificar que el servicio de impartición de justicia provoca «daños» en el ámbito de las relaciones interpersonales, porque la mala ejecución de un servicio público de tanta importancia está provocando en la sociedad peruana la justificación de «ejercer una autotutela» que, en principio, responde a la deslegitimidad del Estado respecto de la atención de sus problemas en el ámbito de la prestación del servicio público de justicia.

Una condición negativa que el Estado, a través de sus entidades públicas, no ha logrado asimilar y evaluar en el diseño de las políticas públicas y que, probablemente, genere una condición económica que incida en la realidad nacional en los próximos años debido a que estas consecuencias de deslegitimidad y falta de institucionalidad en los servicios públicos del Estado pueden provocar un nivel de desgobierno mucho más estructural que el que se registra en la actualidad.

REFERENCIAS

AGUILAR, Luis. *Gobernanza y gestión pública*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional.* Madrid: Amnistía Internacional, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra, 2004.

AUGER LIÑAN, Clemente. «El principio de oportunidad reglada». En MINISTERIO DE JUSTICIA. *La reforma del proceso penal.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

BARATTA, Alessandro y PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandro Baratta.* Salamanca: Universidad Salamanca, 2004.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2004.

BAYO DELGADO, Joaquín. «La formación básica del ciudadano y el mundo del Derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial». En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Lenguaje judicial, cuadernos de derecho judicial.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos, 2008.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. «Acceso a la justicia a través del lenguaje y comunicación forense». En ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Libro de ponencias del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Grijley, 2009.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. «Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho». En MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. e ISLAS COLÍN, A. (editores). *Derechos humanos y su interacción en el Estado constitucional.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018, pp. 167-186.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. «El nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002 de reforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 28 de octubre)». En PÉREZ, Mariano Alonso y

GONZÁLEZ, José Ángel (directores). *Responsa Iuris peritorum digesta V*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús. *Constitución y justicia constitucional*. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación n.° 4664-2010, Puno, 2011. http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2011/05/CS_D_III_PLENO_CASATORIO_CIVIL_120511.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Nulidad n.° 3495-2015, Áncash, 2015. http://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Imponen-pena-suspendida-a-joven-que-tuvo-relaciones-con-menor-de-13-años-para-conservar-unidad-familiar-R.N.-3495-2015-Áncash.pdf

DE MARINO, Rubén. «Función jurisdiccional e independencia judicial». En MINISTERIO DE JUSTICIA. *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

EL COMERCIO. *Padre de Pierina demandará a jueces que le negaron su tenencia*. 10 de enero de 2018. http://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/padre-pierina-demandara-jueces-que-le-negaron-su-tenencia-noticia-1337934

EL COMERCIO. *Tremenda desconfianza: opinión ciudadana sobre instituciones*. 20 de diciembre de 2017. https://elcomercio.pe/politica/actualidad/tremenda-desconfianza-opinion-ciudadana-instituciones-387489

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Prólogo». En BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima: Ediciones Legales, 2008.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GAY WOOD, Horace. *A Practical Treatise on the Law of Nuisances in Their Various Forms, Including Remedies Therefor at Law and in Equity*. Charleston: Nabu Press, 2010.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLES CUSSAC, José. *La reforma de la justicia pena: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castelló Plana: Universitat Jaume I, 1988.

LA REPÚBLICA. *TC estima resolver 7000 expedientes este año*. 8 de enero de 2018. http://larepublica.pe/politica/1167680-tribunal-constitucional-estima-resolver-7000-expedientes-este-ano

LONDOÑO, Beatriz. «Derechos colectivos: una lectura desde nuestro patrimonio cultural intangible». En MOLINA, Carlos. *El Estado: reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario, 2004.

MINISTERIO DE JUSTICIA y BANCO MUNDIAL. *Informe de trabajo sobre producción y sobre carga procesal en el Poder Judicial*. Lima: Minjus, 2017.

MITJANS PERELLÓ, Esther y CASTELLÁ ANDREU, Josep María. *Canadá: introducción al sistema político y jurídico*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2001.

MORALES LAYNEZ, Benito. *El acceso a la justicia en el propio idioma*. Ciudad de Guatemala: AVANCSO, 2001.

PASTOR PRIETO, Santos. *¡Ah, de la justicia!, política judicial y economía*. Madrid: Civitas, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.

PEREIRA MEAUT, Antonio. *El ejemplo constitucional de Inglaterra.* Madrid: Universidad Complutense, 1992.

PUPPIO, Vicente. *Teoría general del proceso.* Caracas: Universidad Católica - Andrés Bello, 2008.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *Derecho constitucional colombiano, de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

SALAH PALACIOS, Emilio. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Barcelona: Editorial Cultiva Libros, 2017.

SAVAGE, David y BISKUPIC, Joan. *Guide to the Supreme Cour*t. Washington D. C.: CQ Press, 2004.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. «Crisis de la justicia y reforma del proceso penal». En MINISTERIO DE JUSTICIA. *Crisis de la justicia y reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002.

VELÁSQUEZ MARTÍNEZ, Matías y RODRÍGUEZ CAMPOMANES, Pedro. *Desigualdad, indigencia y marginación social en la España ilustrada. Las cinco clases de pobres de Pedro Rodríguez Campomanes*. Murcia: Universidad de Murcia, 1991.

VENTAS SASTRE, Rosa. «Solución Extrajudicial de conflictos en el ámbito penal y familiar». En GONZALO QUIROGA, Marta; BAZAGA FERNÁNDEZ, Isabel y VENTAS SASTRE, Rosa. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.* Madrid: Dykinson, 2008.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

PODER JUDICIAL. *Ejecutorias supremas publicadas en el diario oficial El Peruano, por Corte Superior de Procedencia.* 2018.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/32654a0043c38a2f8c958dc0653c5ce8/DDJJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=32654a0043c38a2f8c958dc0653c5ce8

PODER JUDICIAL. *Casación 3006-2015, Junín. VIII Pleno Casatorio Civil.* 18 de septiembre de 2020. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b6ddba004fe28f0a9c65bd6976768c74/VIII%2BPleno%2BCasatorio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b6ddba004fe28f0a9c65bd6976768c74

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente n.° 09332-2006-PA/TC, Lima, caso Reynaldo Shols Pérez*. 2007. http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente n.° 1317-2008-PHC/TC, Lima, Caso Francisco y Juan Felipe Tudela Van Breugel Douglas a favor de Felipe Tudela Barrera. 2008.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01317-2008-HC.pdf

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: METODOLOGÍA DE ESTUDIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO PERUANO

María Elena Guerra-Cerrón[*]

«El verdadero viaje del aprendizaje consiste no en buscar nuevos paisajes, sino en mirar con nuevos ojos».[**]

1. INTRODUCCIÓN

La reconocida trayectoria y producción académica del maestro Ulises Montoya Alberti se da en diferentes ámbitos como: abogado, economista, docente universitario e investigador. Precisamente por la combinación de conocimientos de la economía y del derecho, que han sido y son materia de su especialidad, he considerado desarrollar en el homenaje al maestro y amigo, un tema que se ubica en la intersección del derecho y la economía. Se trata del análisis económico del derecho (en adelante, AED) como herramienta o, si se quiere, de una metodología que facilita la comprensión en la proyección de los efectos de algunas leyes. Además, sirve para la formulación de leyes y para la interpretación y aplicación del derecho, entre otros.

La inquietud heurística por el AED surgió hace varios años, cuando desarrollé una investigación teórica en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (en adelante, UNMSM) en el 2018[1] que tuvo como propuesta general la incorporación del AED como asignatura obligatoria en el plan de estudio de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM (en adelante, FDCP UNMSM), especialmente para los cursos de Derecho Comercial I, II y III (Parte General, Derecho Societario y Derecho de los Títulos Valores).

Esta vez, el interés surge con el dictado de la asignatura Derecho Constitucional Económico (en adelante, DCE) que, como curso electivo, forma parte del plan de estudios de la FDCP UNMSM en el que se estudia y analiza el conjunto de principios y disposiciones acerca del régimen económico contenido en la Constitución Política del Perú, con énfasis en la llamada Constitución económica.

Precisamente, en la identificación de la diferencia conceptual entre la «Constitución en sentido formal» y la «Constitución en sentido material» es donde se ubican los enfoques de la «Constitución económica en sentido formal» y la «Constitución económica en sentido material», en donde se formula la hipótesis que para el estudio de la «Constitución económica material» sería de utilidad que previamente los estudiantes adquieran conocimientos teórico-prácticos del AED.

De ahí que si en una anterior oportunidad la propuesta de inclusión del AED como asignatura obligatoria se justificaba para el estudio de las asignaturas de derecho comercial, hoy se amplía y fortalece la justificación con otras asignaturas y, por qué no decir, con todo el derecho, especialmente para el estudio del curso de DCE, al que puede considerarse como una «plataforma» o «basamento» en el que concurren los principios y reglas generales que rigen la vida de un Estado, a través de la

---

[*] Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Licenciada en Educación para el desarrollo por la PUCP. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires. Docente en la UNMSM y en la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro fundador del Círculo Jurídico Iberoamericano de Derecho Mercantil - Iberodemer.

[**] PROUST, Marcel. *En busca del tiempo perdido*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

[1] Se trata de la investigación realizada en el año 2018 como docente de Derecho Comercial I en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Proyecto Código E18020042: "Incorporación del Análisis Económico Del Derecho (AED) en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM".

actividad económica de los particulares del Estado y del rol que corresponde al Estado en el marco del régimen económico elegido.

Para el desarrollo de este artículo, el punto de partida está en la identificación de la sociedad como «sistema macro» para la cual existen subsistemas como el derecho, la economía, la sociología, medicina, entre otros, con énfasis en el derecho y la economía. Luego la descripción de conceptos como del llamado derecho económico (o derecho de la economía), la relación entre el derecho y la economía, la relación del DCE, el contenido del DCE, en qué consiste el AED y, finalmente, su relación con el DCE.

Como escribió el profesor Francisco Reyes Villamizar en su trabajo *Análisis económico del derecho societario*: «Dada la innegable utilidad del método mencionado […] se procura divulgar algunos de los conceptos básicos que han merecido la atención de los principios doctrinantes sobre la materia. En esta medida no se pretende avanzar en complicadas formulaciones econométricas, ni en intrincados conceptos jurídicos. Por el contrario, el propósito fundamental de esta monografía se habrá cumplido si lo aquí expuesto resulta fácilmente inteligible para quienes se acerquen a estas páginas […]».[2]

2. EL ENFOQUE SISTÉMICO: LA SOCIEDAD Y LOS SUBSISTEMAS DE DERECHO Y ECONOMÍA

A decir del Niklas Luhmann, a quien en más de una oportunidad he citado en artículos o estudios, por coincidir en la innegable importancia del enfoque sistémico: «Cuandoquiera que la palabra "sistema" sea usada, usualmente se asume tácitamente la unidad del sistema. La antigua tradición epistemológica explícitamente definió desde el principio, al sistema como una construcción».[3]

Así, la sociedad (comunidad) es un sistema (un gran sistema) que —como unidad— se ha construido y se transforma con base en subsistemas para asegurar su funcionalidad, entre otros subsistemas, se tiene al Derecho y a la Economía, donde: «[…] lo jurídico y lo económico no son solo fenómenos sociales, sino componentes de la realidad social, junto con la política o la religión, que confluyen con otros componentes para determinar el comportamiento individual y social del ser humano. El proceso conformador de cada sociedad se caracteriza por el grado de influencia de las regulaciones jurídicas sobre las realidades económicas y a la inversa, así como por el grado de influencia mutua de los contenidos ideológicos, éticos y políticos sobre las regulaciones jurídicas y las realidades económicas».[4]

Siguiendo el enfoque sistémico, al estudiar a la sociedad y la funcionalidad de las diferentes disciplinas, la referencia es al «sistema macro»; sin embargo, cuando se estudie de manera particular a cada disciplina o subsistema, esta se considerará como un sistema, que a su vez puede tener subsistemas. Así, se considerará al derecho y a la economía como sistemas.

A continuación, se presentan alcances sobre los conceptos de derecho y de economía.

2.1. Acerca del derecho

Si se pide un concepto de derecho, dada la complejidad de su propósito, no se tiene una sola respuesta. Por ello existen teorías como la normativa o la tridimensional del derecho y cada una justifica su enfoque. Así, puede decirse que la descripción sobre el derecho será un concepto inacabado, ello debido a la natural transformación de la realidad social y de las relaciones entre las personas que son sus destinatarias. El derecho es un sistema (sistema jurídico) y a la vez un subsistema de la sociedad,

---

2 REYES VILLAMIZAR, Francisco. «Presentación». En *Análisis económico del derecho societario*. Segunda edición actualizada. Bogotá: Legis, 2013, p. xvii.

3 LUHMANN, Niklas., *La unidad del sistema de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 29.

4 KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. «Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica». En *Revista Pensamiento Constitucional*, año XII, n.° 12, 2007, p. 19.

como sistema, a su vez, tiene como subsistemas diferentes ramas jurídicas con la clásica clasificación de derecho público (derecho constitucional, derecho penal y derecho laboral, entre otros) y derecho privado (derecho civil y derecho comercial).

En esta parte se comparte lo señalado por Carlos Nino: «El derecho, como el aire, está en todas partes»[5] y a la pregunta ¿qué es el derecho? señala: «Esta pregunta es, quizá, la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas […] Si los juristas no pueden resolver la cuestión tan simplemente, no se debe, casi con seguridad, a una incapacidad profesional o a que el derecho sea tan extraordinariamente complejo, elusivo y variable que escape a los marcos de cualquier definición».[6]

Así, intentaré definir el derecho como una creación de los hombres para que la sociedad pueda funcionar con sostenibilidad, con base en un orden contenido en un conjunto de normas para las personas que conviven en esta. Como creación humana a esta no solo subyacen normas, sino valores e idiosincrasia, estos últimos pueden ir cambiando en el tiempo, para lo cual se requerirá ajustes en el derecho.

2.2. Acerca de la economía

Suele señalarse que la economía nació con el hombre y que su evolución se da en paralelo a la de las personas, de tal modo que su estudio abarca todos los ámbitos de la vida de las personas en sociedad.

Sobre el tema, Juan Cachanosky[7] establece un antes y un después en la ciencia económica. En cuanto al antes, señala que la ciencia económica es un desprendimiento del derecho y el derecho de la filosofía, y que las primeras reflexiones sobre temas económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia. Explica que los griegos se preguntaban por el «precio justo» de los bienes, pero no se preguntaban sobre cómo se determinaba el precio; se preguntaban si era justo cobrar interés por el préstamo u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Agrega que durante toda la Edad Media la teoría económica estaba subordinada a un problema de justicia o de moral. Y con relación al después explica: «Durante mucho tiempo, se afirmó que Adam Smith fue el padre de la ciencia económica. Si por padre se quiere decir el primero en haber dicho algo en materia económica o en haber escrito un tratado completo y sistemático el título no le corresponde. Pero si por padre queremos decir el que hizo cobrar conciencia de la importancia de estas teorías para explicar cómo funcionan los mercados independientemente de la justicia entonces el título está muy bien ganado. Con Adam Smith la teoría económica gana importancia y popularidad y de alguna manera se puede decir que *se transforma en una ciencia independiente*».[8] (El resaltado es propio).

De manera general puede decirse que la economía es descrita como una ciencia que tiene por objeto el estudio de la producción, extracción, intercambio, distribución y consumo de todos los bienes y servicios que los miembros de una sociedad necesitan para vivir, así como la forma en que las sociedades se organizan, funcionan, prosperan y sobreviven. Está establecida una división de estudio: la macroeconomía, que parte de un objeto general como un país, o un continente o una zona; y la microeconomía, a la que corresponde el estudio de los agentes económicos como las empresas, la familia, los consumidores, entre otros. Puede agregarse que se trata de una disciplina social con base en un método científico para el estudio y desarrollo de las formas de aprovechamiento de los recursos escasos para las necesidades humanas.

---

5 NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Undécima edición. Barcelona: Ariel Derecho, 2003, p. vii.
6 *Idem*, p. 11.
7 CACHANOSKY, Juan. «Economía, derecho y el "análisis económico del derecho"», párrafo n.° I. https://bit.ly/2CuQ8Zi
8 *Idem*, párrafo n.° III.

2.3. Relación entre el derecho y la economía

Los subsistemas de derecho y de economía tienen objetos de estudio distintos, categorías, principios, reglas y un lenguaje propio; sin embargo; como señala Alfredo Bullard: «Esto no quiere decir que la ley y la economía deben recorrer caminos diferentes. Sin ley no hay economía que funcione».[9] El derecho y la economía coinciden en un objeto común que es la sociedad: el gran sistema, con énfasis en la vida en sociedad.

Así, resulta importante identificar la forma de aprehender ese punto de encuentro de estas dos disciplinas (subsistemas). De ahí que de manera preliminar podría señalarse que por el derecho se encontraría al llamado derecho económico, y por la economía al AED, lo que se analizará a continuación.

3. DERECHO ECONÓMICO

Según García Belaunde, la definición de derecho económico surge del texto del homenajeado Ulises Montoya Alberti,[10] que es el siguiente: «[…] conjunto de normas que condicionan la actividad estatal, tendientes a promover el desarrollo económico»[11] y citando a Aníbal Sierralta señala: «[…] es la rama especializada que estudia el conjunto de principios doctrinales y normas cuyo contenido económico regulan las relaciones jurídicas particulares y de estos con el Estado, así como los actos y disposiciones de este, en cuanto son atribuibles a los objetivos de la política económica y de su eficacia».[12]

Por su parte, Acosta Iparraguirre, citando algunas ideas también del homenajeado destaca las siguientes:

> 4.- La Primera Guerra Mundial señala el surgimiento del Derecho Económico, al tener el Estado que dictar medidas intervencionistas en el campo de la economía privada con la finalidad de obtener una máxima y rápida producción. 5.- El Derecho económico no se agota como Derecho de Guerra, pues terminada esta alcanza su consagración como Derecho de Paz, especialmente en aquellos países que se han trazado como meta el remover los cimientos de su organización económico-social por las vías legales. 6.-El Derecho Económico se presenta como una rama del Derecho, cuyos preceptos regulan la intervención del Estado en la Economía. 7.-Si bien es cierto que muchas de las disposiciones del Derecho Económico se hallan repartidas en las distintas ramas del derecho tradicional, una revisión especializada solo la puede ofrecer una rama especializada y, al menos formalmente autónoma […].[13]

De los textos antes citados se destaca la mención al «conjunto de normas», «rama especializada» y «rama del derecho» y teniendo en cuenta los elementos que concurren en una «rama jurídica», cabe preguntar si el derecho económico es una rama jurídica. En mi opinión, no se trata de una rama jurídica y coincido con Domingo García Belaunde, quien señala:

> […] toda ciencia o si se quiere, toda disciplina, sea general o particular, debe tener un objeto propio y específico, que no sea compartido con las demás; y si esto sucede, esto es, si son concurrentes en el mismo objeto, debe existir distinta perspectiva formal para su análisis. Así, por ejemplo, la historia analiza a los hombres, pero en su relación con su actividad externa en el tiempo; la sicología analiza también a los hombres, pero en su actividad mental o en los sucesos externos que afectan su psique, etc. La unidad de la ciencia es solo una aspiración, pues la diferenciación y división de las áreas, es lo que hace posible, el progreso del conocimiento. Pero en el derecho económico no existe, hasta donde alcanzan nuestras informaciones, esa unidad de

---

9 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El análisis económico de las instituciones legales». En *Derecho y economía*. Lima: Palestra, 2010, p. 27.

10 Véase,al respecto la cita a MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El derecho económico*. Tesis para obtener el grado de abogado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1966. El de GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Derecho económico y Constitución económica». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* n.° 33, 1989, p. 159. https://shorturl.at/zqfet

11 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit*., p. 158.

12 *Ibidem*.

13 ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. «Del Estado liberal clásico al Estado social del derecho. Surgimiento de la Constitución económica». En *La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*. Lima: 2003, pp. 66. https://shorturl.at/zc6pO

> objeto, de método, de tratamiento de los grandes problemas. Lo cual por cierto no significa que no tenga sentido o carezca de interés. Creemos que lo tiene. Pero tenemos la impresión de que, por lo menos jurídicamente, una ciencia o rama del derecho autónoma que se llame Derecho Económico (o Derecho de la Economía o Juseconomía), es simplemente una aspiración y una necesidad didáctica, pero no una necesidad científica.[14]

En conclusión, el llamado derecho económico no es una rama jurídica, sino un enfoque de estudio (o metodología) para las diferentes ramas jurídicas que tienen relación directa o indirecta con aspectos económcos. En este enfoque o metodología se comprenden las relaciones jurídicas particulares y de estos con el Estado, estamos en un doble ámbito, el del derecho público como del derecho privado y la interacción entre ambos.

Puede adelantarse la idea que, en el estudio de la economía, se comprendería el estudio del derecho económico, mientras que en el derecho se trataría del derecho constitucional económico.

4. CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO Y DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

El punto de partida es el constitucionalismo en general, luego el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social, siendo este tal vez la gesta del constitucionalismo económico, esto es, de la atención especial al marco axiológico y normativo en la Constitución Política referido a la actividad económico/empresarial de un Estado, y de donde, a su vez, surge el derecho constitucional económico y la constitución económica. Al respecto, García Belaunde señala: «Se ha hablado por tal motivo de un Derecho Constitucional de la Economía o de un Derecho Constitucional Económico. Pero nadie ha pensado que se tratase de disciplinas autónomas, con entidad propia, sino tal solo como partes del ordenamiento constitucional, susceptibles por cierto de un análisis detenido y aislado. Pero han sido y son parte del derecho constitucional».[15]

Así, puede señalarse que el DCE no es una rama jurídica, es un enfoque o metodología de estudio del derecho constitucional que se ocupa de la actividad económica del Estado y de la Constitución económica. Puede advertirse que ni el Derecho económico ni el DCE son disciplinas, sino metodologías de estudio.

4.1. ¿Qué es la Constitución económica?

Así como se menciona a la Constitución financiera o a la Constitución ecológica para enfocarse en partes de la Constitución Política, la Constitución económica está conformada por un conjunto de disposiciones que «[…] suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho. De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia».[16]

A decir de Domingo García Belaunde: «[…] no debemos seguir con la tradición, ya no debemos considerar que solamente hay dos grandes apartados en la Constitución, como son la constitución dogmática, o parte dogmática, por un lado, y la otra orgánica, sino que habría una tercera parte que

---

14 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit*., p. 158.

15 *Idem*, p. 159.

16 Tribunal Constitucional peruano, STC Exp. n.º 0008-2003-AI/TC, Lima: 11 de noviembre del 2003, f. j. 8. https://shorturl.at/XdQ4J

sería la Constitución económica. Pienso, entonces, que toda Constitución debe considerarse tres grandes apartados: uno dogmático que incluye los derechos clásicos y los más modernos, o sea los derechos económico-sociales, e incluso lo que los expertos en derechos humanos los llaman «los derechos de tercera generación, (como el derecho al ambiente, a la tranquilidad, al ocio); una parte orgánica (los poderes) y la parte destinada a la economía podríamos llamarlo Constitución Económica […] Replanteando todo esto, haciéndolo coincidir con un esquema que ha circulado mucho debido al esfuerzo del gran constitucionalista argentino Bidart Campos, podríamos hablar de que hay un "derecho constitucional del poder", que es la parte orgánica; un "derecho constitucional de la libertad", que es la parte dogmática y un "*derecho constitucional económico que sería la Constitución económica*"».[17] (El resaltado es propio).

4.2. Constitución económica formal y Constitución económica material

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado «[…] la Constitución no solo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. *Desde allí, la Constitución exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma* (interpretación conforme con la Constitución) […]».[18] (El resaltado es propio).

De tal manera, puede decirse que el enfoque en sentido formal de la Constitución Política está referido a cómo se dictan las leyes y a los contenidos de estas, mientras que el enfoque en sentido material se relaciona con el efecto de la aplicación de los textos a la realidad social o a los hechos reales. De lo abstracto a lo concreto, se tiene que advertir coherencia y armonía.

Ahora bien, por un enfoque sistémico, la división o clasificación antes señalada se aplica a la Constitución económica. García Belaunde opina: «Naturalmente, partiendo de la clásica distinción creada por el gran jurista italiano Mortati, sostenemos que hay una Constitución económica formal, o sea, la que está en los textos, y una Constitución económica material que es la que se vive, que puede ser coincidente con los textos o divergente de ellos».[19]

Precisamente, es el estudio de la constitución económica material como parte del DCE donde se considera necesario contar con conocimientos del AED.

5. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

5.1. ¿Qué es el AED? o ¿En qué consiste el AED?

Para Alfredo Bullard, se trata de: «[…] una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los sesenta en los EE. UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido. La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo cómo funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de

---

17 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Constitución económica en el Perú actual». En *Ius et Praxis*, n.° 10, 1987, p. 80. https://shorturl.at/GcXO2

18 Tribunal Constitucional peruano, STC Exp. n.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), f. j. 19. https://shorturl.at/UHzQ3

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Constitución económica en el Perú actual». *Op. cit.*, p. 80.

conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas».[20]

Por otro lado, para Francisco Reyes Villamizar, el AED se ha convertido en: «[…] una herramienta esencial, tanto en el ámbito de la docencia universitaria como en el de la formulación de políticas legislativas. Y aunque no todas las disciplinas del Derecho se beneficien en igual forma de esta metodología, lo cierto es que en ciertas parcelas del saber jurídico se ha vuelto imprescindible. Es imposible concebir, por ejemplo, el derecho de la competencia sin una referencia permanente a los más elementales conceptos económicos. ¿Cómo determinar, por ejemplo, si una conducta es anticompetitiva, sin considerar los conceptos de oferta, demanda, mercado relevante, monopolio, monopsonio o cártel? Y lo propio ha de decirse respecto de amplias regiones del Derecho Mercantil, en donde las implicancias económicas de la regulación tienen innegable trascendencia».[21]

Por su parte, Ramírez Villaescusa,[22] en su investigación doctoral *Derecho y economía en la transparencia judicial*, presentada en la Universidad Complutense, concluye que el análisis económico del derecho puede ser definido como una metodología para el estudio de las normas y de las organizaciones encargadas de su aplicación, que emplea las herramientas de la teoría económica para estudiarlas, como el marco de restricciones bajo el cual operan los individuos, tratando de satisfacer intereses u objetivos en un entorno caracterizado recursos limitados susceptibles de diversa asignación.

Evelyn Chumacero señala:[23]

> […] al hablar del Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) estamos frente a la aplicación de métodos económicos para entender las instituciones que son parte de los sistemas jurídicos. Se trata de un "préstamo" de conceptos y métodos de la Economía, especialmente la Microeconomía, para lograr una eficiente elaboración normativa, midiendo los costos de las normas. De esta forma se busca maximizar beneficios y reducir costos, logrando conocer el impacto que puede tener una determinada ley […] Resulta interesante tomar en cuenta que este tipo de acercamiento al sistema jurídico, utilizando las herramientas que le proporciona la Microeconomía, permite determinar aquello que resulta más eficiente, valiéndose de un Análisis de Costo-Beneficio (en adelante, ACB) […] Hablamos de costos y beneficios no solo en función de unidades monetarias, sino también en niveles de bienestar y malestar que pueden obtener los individuos y la sociedad en su conjunto.

Así, se puede afirmar que de la misma manera como se han identificado metodologías de estudio del derecho como el derecho económico y el derecho constitucional económico, el AED también es una metodología que si bien ha surgido de la economía, la calificó como una «metodología intersección» entre el derecho y la economía para estudiar y analizar problemas jurídicos a partir de principios y conceptos económicos. Así, se servirá de diferentes métodos de acuerdo a la situación problemática, para arribar a una solución práctica.

5.2. Propósito en el AED

Alfredo Bullard señala que con el AED se busca: «[…] un Derecho que, sin olvidar, otros aspectos o valores a los cuales se debe, sea un Derecho eficiente […]»;[24] que «Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente […] maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes»[25] y agrega que «el AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía, al igual que la teoría del consumidor, la teoría de la empresa, la racionabilidad individual, etcétera. El elemento principal es determinar qué es más eficiente, a través de un análisis

---

20 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 41.
21 REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Op. cit.*, p. xvii.
22 RAMÍREZ VILLAESCUSA, Rafael. *Derecho y economía en la transparencia judicial*. Tesis para optar el grado de doctor en Ciencia Política. Madrid: Universidad Complutense, 2011, pp. 180-181.
23 CHUMACERO ASENCIÓN, Evelyn. «La aplicación del análisis costo beneficio en materia de protección al consumidor». En *Revista de Actualidad Mercantil*, n.° 4, 2015, pp. 51-55. t.ly/lg88H
24 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 43.
25 *Idem*, p. 45.

costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los individuos actuamos de una manera u otra en base a incentivos, para saber si las reglas legales van a ayudar o no a alcanzar la eficiencia ».[26]

Algunos mitos con relación al AED son que con el AED el análisis costo-beneficio convierte en cifras las conductas de las personas y que este lleva a la pérdida de valores que caracterizan las conductas. No hay razón para mantener estos mitos, puesto que cuando se ha hecho referencia a la sociedad como «sistema macro», a su funcionalidad y sostenibilidad, precisamente a ello subyace la promoción de situaciones eficientes y de la eficiencia del propio Estado, de tal forma que si se usa la metodología del AED, especialmente para el estudio de la Constitución económica, lo que se está dotando es de un instrumento para mejorar la producción legislativa y la efectividad de las leyes en su aplicación.

5.3. El AED en los planes de estudio de Derecho

5.3.1. Contexto general

No cabe duda de la importancia del AED y su utilización en las diferentes evaluaciones costo-beneficio de la actuación de la administración pública en todos los niveles o, por ejemplo, el Indecopi en la supervisión de la libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, entre otros; o en su influencia en el Poder Legislativo, puesto que en el Reglamento del Congreso de la República se estableció como requisito para la presentación de un proyecto de ley que este contenga un análisis costo-beneficio para determinar su impacto económico.

En el año 2016, el congresista Alberto de Belaunde presentó un proyecto de ley[27] para crear una oficina de estudios económicos del Congreso de la República a fin de que, entre otros, se encargue de absolver consultas en cualquier materia económica o de impacto regulatorio que realicen los grupos parlamentarios y las comisiones del Congreso, lo que alcanza a la elaboración del análisis costo beneficio de los proyectos de ley, considerando lo siguiente: «El Análisis Costo-Beneficio de una iniciativa legislativa permite contar con información sobre las ventajas y/o desventajas que implica su aprobación y el impacto económico de su ejecución, y en esa medida aporta razones adicionales y externas a la propia propuesta que deben ser consideradas en el debate parlamentario para una evaluación integral de la misma, a fin de decidir sobre la oportunidad y conveniencia de su aprobación».[28]

Con la propuesta se presentó una exposición de motivos en la cual se detallan los beneficios y los costos. Si bien se puede discrepar de la forma como se han determinado estos, lo cierto es que se han desarrollado varios argumentos interesantes. En el año 2019, se propuso un proyecto similar, el Proyecto de Ley n.° 04654/2019-CR[29] para la creación de la Oficina de Asuntos Económicos como órgano funcional competente del servicio parlamentario; sin embargo, se desconoce la repercusión que tuvieron estas propuestas.

5.3.2. El AED como asignatura en los planes de estudio de derecho

De manera referencial, se tienen los siguientes planes de estudio.

---

26 *Idem*, p. 43.

27 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley n.° 00109/2016-CR de «Resolución que modifica los artículos 75 y 26 del Reglamento del Congreso y crea la Oficina de Estudios Económicos del Congreso de la República (OEC)». Lima: 2016. https://shorturl.at/CWolA

28 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley n.° 00109/2016-CR de «Resolución que modifica los artículos 75 y 26 del Reglamento del Congreso y crea la Oficina de Estudios Económicos del Congreso de la República (OEC)». Lima: 2016. https://shorturl.at/CWolA

29 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley n.° 04654/2019-CR de la «Resolución legislativa que incorpora el artículo 39-A del Reglamento del Congreso y crea la Oficina de Asuntos Económicos como órgano funcional competente del servicio parlamentario». Lima: 2019. https://rb.gy/4sj7me

A. En la Universidad Continental[30]

> Análisis Económico del Derecho es una asignatura de especialidad y de naturaleza obligatoria para los estudiantes de la carrera, se ubica en el décimo periodo de estudios. Tiene como prerrequisito haber aprobado 160 créditos. Esta asignatura busca desarrollar la competencia específica de Conocimientos Interdisciplinarios en el nivel logrado referido a la evaluación crítica. La asignatura comprende el estudio del método económico y el marco conceptual básico, los principios y los métodos de la economía, las escuelas del análisis económico del Derecho, así como el estudio de la influencia del análisis económico en las distintas instituciones jurídicas.

B. En la Universidad Peruana Ciencias Aplicadas[31]

> El curso general en la carrera de Derecho de carácter teórico dirigido a los estudiantes del séptimo ciclo busca desarrollar las competencias generales comunicación escrita y pensamiento crítico y la competencia específica perspectiva local y global. El curso Análisis Económico del Derecho aplica el método económico para entender el funcionamiento de las instituciones jurídicas. El Análisis Económico del Derecho proporciona al estudiante de las herramientas básicas que le permite poner al Derecho al servicio de la convivencia humana lo cual lo facultará para dar soluciones prácticas a los asuntos legales que afrontarán en su futura vida profesional.

C. En la Universidad de Lima[32]

En pregrado no está previsto como curso obligatorio, pero se considera el AED en el sílabo del curso Economía y Derecho, que es electivo: «El propósito principal del curso de Economía y Derecho es poner al día a los alumnos sobre los avances en este campo y familiarizarlos con las nuevas maneras de enfocar los problemas públicos. Para tal efecto, se estudiará el llamado análisis económico del derecho, centrado, principalmente, en una revisión del derecho civil tradicional para enfocarlo desde esta nueva perspectiva».

Asimismo, en el posgrado, en la Maestría en Derecho de la empresa:[33]

> El curso constituye una aproximación a los fundamentos y métodos de la economía con la finalidad de brindar al alumno una herramienta adicional para analizar críticamente las normas e instituciones jurídicas, en función a su impacto en el bienestar social. Tal fin se logrará a través de la revisión de los conceptos fundamentales de la teoría económica (principalmente, de la microeconomía) y algunos de sus métodos; los que luego son aplicados a diversos campos de la disciplina del Derecho. Entre los temas a tratar se comprende el régimen económico constitucional, la propiedad, la teoría económica del contrato, el análisis de los mercados y las denominadas «fallas de mercado», la regulación de ciertas actividades, la libre competencia y la protección al consumidor, la regulación laboral, entre otros temas.

D. En la Pontificia Universidad Católica del Perú

> Economía y Derecho es un curso optativo con vocación interdisciplinaria, que se imparte en el segundo ciclo de la carrera. Sus resultados se orientan a que el alumno conozca los aspectos básicos de la Economía e identifique la lógica económica implícita en las instituciones legales, por lo cual contribuye a la competencia de excelencia académica. El curso es esencialmente teórico, pero se complementa con casos prácticos para la aplicación de lo aprendido. Versa sobre los conceptos básicos de la economía; la evolución histórica y el contenido del vínculo con el

---

30 Véase, al respecto, el *Sílabo de Análisis Económico del Derecho*, en la facultad de Derecho de la Universidad Continental. https://shorturl.at/uzpy4

31 Véase, al respecto el *Sílabo de Análisis Económico del Derecho*, en la facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. https://shorturl.at/dMIbr

32 Véase al respecto: CHAMOCHUMBI CALDERÓN, Luis y Gustavo RODRÍGUEZ GARCÍA. «Sílabo de la asignatura Introducción a la Economía y Derecho». En *Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 2025. t.ly/uTtna

33 ZUÑIGA PALOMINO, Mario. «Sílabo de la asignatura Análisis Económico del Derecho». En *Escuela de Posgrado de la Maestría en Derecho Empresarial*. Lima: 2023. https://rb.gy/3qe4wb

> Derecho; *el análisis económico de las fuentes*, instituciones jurídicas y derechos, especialmente de naturaleza civil; la aplicación *del análisis económico* en el estudio de los derechos reales y la solución de problemas sociales y jurídicos vigentes.[34] (El resaltado es propio)

E. En la FDCP UNMS, en el Plan de estudios 2024[35]

No está considerado el AED como asignatura, pero sí incluido en la asignatura Economía y Derecho, que es un curso electivo en el séptimo semestre.

> El curso tiene una vocación interdisciplinaria y, su contenido temático permite que el alumno conozca los aspectos esenciales de la Economía y que comprenda la racionalidad económica, implícita de las instituciones legales, por lo que constituye también a una formación académica integral. Es esencialmente teórico, pero se propicia la atención de casos prácticos para una mejor comprensión. Estudia los conceptos básicos de la economía: la evolución histórica y el importante vínculo existente entre Economía y Derecho; el análisis económico de las partes, instituciones jurídicas y derechos; la aplicación del *análisis económico* en el estudio de los derechos patrimoniales en materias, de naturaleza civil y mercantil, así como la solución a problemas sociales y jurídicos urgentes. (El resaltado es propio)

Por la utilidad pedagógica del AED: a) sirve para que el estudiante tenga una comprensión teórica del derecho y también práctica teniendo en cuenta la realidad económico-social que finalmente resulta ser la sociedad, esto es, el lugar de la convivencia social; y, b) sirve como herramienta para la investigación, que es una de las razones esenciales en un centro de estudios universitarios, según lo que establece nuestra normativa universitaria. De ahí que, resulta necesario que se considere en el plan de estudio de la carrera de Derecho, como un curso obligatorio, desde los primeros semestres.

5.3.3. El AED y la Constitución económica

Reafirmando el contenido del derecho constitucional económico, con énfasis en la Constitución económica, se señala: «[…] en rigor, el aparato estatal de la economía (debidamente normativizado) que, en síntesis, coincide con los objetivos del llamado derecho económico. En consecuencia, y como quiera que el derecho constitucional es el que posibilita y da razón de ser al derecho económico, este último es eliminable, salvo que queramos mantenerlo, sobre la base de que siendo el derecho económico una ciencia síntesis, tiene muchos elementos de orden económico (y también de carácter administrativo) que están ausentes del derecho constitucional. En este supuesto, el derecho económico puede dar su aporte al derecho constitucional y a su apartado económico, pero bajo el supuesto de que este último es una ciencia autónoma y no una ciencia síntesis. Dicho en otras palabras, el derecho económico sería al derecho constitucional lo que la criminología es al derecho penal. Aspecto importante, sin lugar a dudas, con la condición de que lo mantengamos dentro de sus propios límites».[36]

Así, considero que se podría suprimir el curso Derecho y Economía para incorporar como asignatura obligatoria en el plan de estudios de Derecho de la FDCP UNMSM, el curso Análisis Económico del Derecho, donde naturalmente como punto introductorio se estudiaría la relación entre el derecho y la economía. Ello contribuiría al estudio de la Constitución económica en sentido material, y a la verificación de la coherencia entre el aspecto formal y el material, donde este último es la materialización o realización de los derechos, libertades y límites en la actividad económica.

Hay que tener presente que la ley y la economía no siguen caminos separados: «Sin ley no hay economía que funcione. Corresponde a la Ley definir las reglas básicas de la interacción de humana, definir los derechos y titularidades, permitir que las mismas se intercambien y corregir aquellos pro-

---

34 Véase, al respecto, el *Sílabo del curso Economía y Derecho*, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2016. https://shorturl.at/HAPnJ

35 Véase, al respecto el Plan de estudios del 2024 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. https://shorturl.at/AAY6m

36 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, p. 159.

blemas que las decisiones individuales y autónomas no puedan corregir. Pero es un derecho que acompaña la libertad, no que la niega y contradice, pues en el fondo es contradecir la voluntad de millones. El AED nos ayuda a definir cómo debe darse esa compañía».[37]

6. CONCLUSIONES

- La sociedad es un «sistema macro» que para su funcionabilidad y sostenibilidad cuenta con diferentes disciplinas o subsistemas como el derecho y la economía, entre otros, los cuales no solo deben ser funcionales, sino que además de armonizar, deben asegurar una relación coherente. Para verificar la coherencia se requiere de una herramienta o metodología como el AED.

- Para establecer cuándo se está ante una rama jurídica se requiere un objeto de estudio y regulación que se distinga de objetos en otras materias, un marco normativo propio, con un lenguaje propio y una metodología de estudio propio. Así, el derecho constitucional es una rama jurídica del derecho.

- El derecho económico (o derecho de la economía) no es una rama jurídica, como el derecho constitucional, el derecho civil o derecho mercantil, se trata de un enfoque o metodología de estudio para explicar la relación entre el derecho y la economía.

- La comprensión de la relación entre el derecho y la economía, y la eficiencia de esta relación puede alcanzarse a través del AED.

- El AED no es una disciplina de la economía y mucho menos del derecho, se constituye en una «metodología de intersección entre el derecho y la economía» que busca situaciones eficientes en la sociedad, para lo cual hay diferentes herramientas como el análisis del costo-beneficio.

- El derecho constitucional económico tiene por objeto el estudio del marco normativo contenido en la Constitución Política, relativo a la actividad económica y los derechos económicos, lo que comprende el estudio de la Constitución Económica. No se trata de una rama jurídica, sino de una metodología o enfoque de estudio del derecho constitucional.

- En el llamado derecho constitucional económico se identifica a la Constitución económica en sentido formal y a la Constitución económica en sentido material, donde la primera recoge el texto de los principios y reglas en materia económica, y la segunda trata de la verificación de la coherencia entre la parte formal y el resultado en la realidad, algo así como antecedente y consecuente.

- El AED, en la mayoría de planes de estudios de derecho, no está considerado como un curso obligatorio. En algunos casos se presenta como un curso electivo y en otros se desarrolla en el curso de Derecho y Economía.

- De manera especial, los estudiantes de derecho requieren conocer la metodología del AED para el estudio del derecho constitucional económico (constitución económica en sentido material) para una mejor comprensión de los temas y para obtener la competencia de establecer proyecciones acerca de las conductas de los destinatarios de la ley y de los efectos de las leyes en materia económica.

---

[37] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 27.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. «Del Estado liberal clásico al Estado social del derecho. Surgimiento de la Constitución económica». En *La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*. Lima: 2003. https://shorturl.at/zc6pO

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El análisis económico de las instituciones legales». En *Derecho y economía*. Lima: Palestra, 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley n.° 00109/2016-CR de «Resolución que modifica los artículos 75 y 26 del Reglamento del Congreso y crea la Oficina de Estudios Económicos del Congreso de la República (OEC)». Lima: 2016. https://shorturl.at/CWolA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley n.° 04654/2019-CR de la «Resolución legislativa que incorpora el artículo 39-A del Reglamento del Congreso y crea la Oficina de Asuntos Económicos como órgano funcional competente del servicio parlamentario». Lima: 2019. https://rb.gy/4sj7me

CACHANOSKY, Juan. «Economía, derecho y el "análisis económico del derecho"», párrafo n.° 1. https://bit.ly/2CuQ8Zi

CHAMOCHUMBI CALDERÓN, Luis y Gustavo RODRÍGUEZ GARCÍA. «Sílabo de la asignatura Introducción a la Economía y Derecho». En *Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 2025. t.ly/uTtna

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Constitución económica en el Perú actual». En *Ius et Praxis*, n.° 10, 1987. https://shorturl.at/GcXO2

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Derecho económico y Constitución económica». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* n.° 33, 1989. https://shorturl.at/zqfet

LUHMANN, Niklas., *La unidad del sistema de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Sílabo del curso Economía y Derecho* Lima: 2016. https://shorturl.at/HAPnJ

RAMÍREZ VILLAESCUSA, Rafael. *Derecho y economía en la transparencia judicial*. Tesis para optar el grado de doctor en Ciencia Política. Madrid: Universidad Complutense, 2011.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. «Presentación». En *Análisis económico del derecho societario*. Segunda edición actualizada. Bogotá: Legis, 2013.

ZUÑIGA PALOMINO, Mario. «Sílabo de la asignatura Análisis Económico del Derecho». En *Escuela de Posgrado de la Maestría en Derecho Empresarial*. Lima: 2023. https://rb.gy/3qe4wb

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional peruano, STC Exp. n.º 0008-2003-AI/TC, Lima: 11 de noviembre del 2003, f. j. 8. https://shorturl.at/XdQ4J

Tribunal Constitucional peruano, STC Exp. n.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), f. j. 19. https://shorturl.at/UHzQ3

DERECHO Y ECONOMÍA DIGITAL: VISIÓN JURÍDICA ECONÓMICA DE LA TECNOLOGÍA Y LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Julio Núñez Ponce[*]

1. INTRODUCCIÓN

El Dr. Ulises Montoya Alberti, en su tesis sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1966, afirmaba que el derecho económico «es el conjunto de normas que condicionan la actividad estatal, tendientes a promover el desarrollo económico». Posteriormente, Aníbal Sierralta afirmaba que el derecho económico: «es la rama especializada que estudia el conjunto de principios doctrinales y normas con contenido económico, que regulan las relaciones jurídicas entre particulares, y de estos con el Estado, así como los actos y disposiciones de este en cuánto son atribuibles a la política económica y su eficacia».[1] Frederick Hayek afirmaba que «el orden de mercado o catalaxia en una sociedad libre se basa en reglas que respetan la propiedad, la contratación y la libertad de las personas en la sociedad y que garantizan la relación equilibrada entre el Estado, el mercado y el derecho».[2]

En el Perú, el artículo 58 del Régimen Económico de la Constitución establece: «la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Asimismo, se establece lo siguiente: a) el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria; b) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; c) el Estado reconoce el pluralismo económico; d) el Estado facilita y vigila la libre competencia; d) la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato; e) el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera; f) el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios; g) el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

Por la Ley n.° 31878 se aprueba la Ley de Reforma Constitucional que promueve el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y reconoce el derecho de acceso a internet libre. Modifica el artículo 2 numeral 4 de la Constitución, estableciendo que el Estado promueve el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en todo el país.[3] Asimismo, la Política 35 del Acuerdo Nacional, establece lo siguiente: «Nos comprometemos a impulsar una sociedad de la información hacia una sociedad del conocimiento orientada al desarrollo humano integral y sostenible, con base en el ejercicio pleno de las libertades y derechos de las personas, y capaz de identificar, producir, transformar ,utilizar y difundir información en todas las dimensiones humanas».[4]

El objetivo de este aporte académico es dar una visión jurídica del derecho económico digital, incidiendo en los cambios constitucionales y legales que han permitido regular la economía en el con-

---

[*] Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Empresarial y abogado por la Universidad de Lima. Vicepresidente de Formación y Desarrollo del Capital Humano de Fiadi. Profesor de Legislación en Medios Digitales en la Escuela de Postgrado de la UPC. Postgrado en la UNMSM. Profesor de la UESAN.

[1] Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Derecho económico y Constitución económica». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.° 33, 1989.

[2] Vid. HAYEK, Frederick. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial, 2006.

[3] La Ley n.° 31878 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de septiembre de 2023.

[4] https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional

texto de la transformación digital y la promoción del uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) como un homenaje al Dr. Ulises Montoya Alberti en reconocimiento a su aporte académico y científico al derecho económico en su desarrollo comercial, societario, arbitral, entre otros ámbitos jurídicos y su excelente calidad humana. El Dr. Ulises Montoya Alberti fue mi profesor en postgrado y asesor de mi tesis doctoral *Derecho de identidad digital en internet* sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2. DERECHO Y TECNOLOGÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El derecho y la tecnología en la Constitución es una relación constante que se visualiza desde su dación en 1993 hasta la actualidad. La experiencia constitucional peruana contiene aportes jurídicos digitales que buscan la aplicación del derecho a la realidad, en un contexto de desarrollo del entorno digital en nuestra sociedad.

Por Decreto Legislativo n.° 1412 se aprobó la Ley de Gobierno Digital[5] que tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.

Por Decreto de Urgencia n.° 006-2020 se crea el Sistema Nacional de Transformación Digital[6] que se sustenta en la articulación de los diversos actores públicos y privados de la sociedad y abarca de manera no limitativa, las materia de gobierno digital, economía digital, conectividad digital, educación digital, innovación digital, servicios digitales y confianza digital.

Por Decreto de Urgencia n.° 007 2020[7] se aprueba el Marco de Confianza Digital que es el Estado que emerge como resultado de cuán veraces, predecibles, éticas, proactivas, transparentes, seguras, inclusivas y confiables son las interacciones digitales que se generan entre personas, empresas, entidades públicas o cosas en el entorno digital, con el propósito de impulsar el desarrollo de la economía digital y la transformación digital. Es un componente de la transformación digital y tiene como ámbitos la protección de datos personales, la ética, la transparencia, la seguridad digital y la protección al consumidor en el entorno digital.

La Ley n.° 31814[8] promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país, con el objeto de promover el uso de la inteligencia artificial en el marco del proceso de transformación digital privilegiando a la persona y el respeto de los derechos humanos con el fin de fomentar el desarrollo económico y social del país, en un entorno seguro que garantice su uso ético, sostenible, transparente, replicable y responsable.

3. LA ECONOMÍA DIGITAL Y EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL

La transformación digital es el proceso continuo, disruptivo y de cambio cultural que se sustenta en el uso intensivo de las tecnologías digitales, sistematización y análisis de datos para generar efectos económicos, sociales y de valor para las personas. La economía digital es la innovación y la transformación de la economía basada en el uso estratégico y disruptivo de las tecnologías digitales.

La Política Nacional de Transformación Digital al 2030 tiene como direccionamientos de acción cuatro pilares estratégicos que son los siguientes: conectividad, educación, gobierno y economía digital.

---

5 El Decreto Legislativo n.° 1412 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de septiembre de 2018.
6 El Decreto de Urgencia n.° 006 2020 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2020.
7 El Decreto de Urgencia n.° 007 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2020.
8 La Ley n.° 31814 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de julio de 2023.

Para desarrollar el pilar estratégico de economía digital, la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital emitió la Resolución de SEGDI n.° 005-2024-PCM-SGTD[9] que aprueba el Programa Articulador de Economía Digital en el Marco de la Política Nacional de Transformación Digital. En este documento se establecen los ejes estratégicos de la economía digital.

Los ejes estratégicos son los ámbitos sobre los cuales se estructura el crecimiento y desarrollo de la economía digital. Estos ejes, caracterizados por su naturaleza transversal, abarcan diversas áreas y sectores, asegurando una integración y coordinación eficaz entre diferentes iniciativas.

Los ejes estratégicos de la economía digital son los siguientes:

a) **Comercio electrónico**: se centra en potenciar y expandir el desarrollo y uso de las plataformas y canales digitales para la compra y venta de bienes y servicios, establecimientos de nuevos modelos de negocio, buscando así facilitar el acceso a mercados tanto nacionales como internacionales. Este enfoque no solo utiliza las tecnologías de Internet para mejorar la eficiencia de las transacciones comerciales y reducir costos, sino que también se enfoca en ofrecer una mayor diversidad de productos a los consumidores.

   «Cuando hablamos de comercio electrónico siempre hay que recordar que dicho comercio puede realizarse bien a través de la propia página web del vendedor o a través de una plataforma electrónica externa».[10] La responsabilidad del administrador de la plataforma se ha convertido en objeto de regulación con la legislación sobre protección de datos de una manera importante. En el Perú, la Ley n.° 29733 de Protección de Datos Personales regula el tratamiento de datos, los principios, derechos que se aplican en las transacciones de comercio electrónico.

   La digitalización del comercio es una oportunidad para las empresas peruanas de expandir su mercado, y promueve la inclusión económica al posibilitar a emprendedores y microempresas acceder a plataformas de venta en línea y a nuevos segmentos de clientes. Conforme Hayek, el orden de mercado o catalaxia se da en un entorno libre donde la igualdad de oportunidades y la menor intervención del Estado garantizan el libre intercambio y contratación. Una parte fundamental de este eje es comprender sistémicamente que también es necesario el desarrollo de infraestructuras de pago digitales seguras y la implementación de sistemas logísticos eficientes, para garantizar la entrega rápida y confiable de productos.

   «Para adaptarse a los nuevos modelos de mercados y negocios que surgen en esta nueva era, las empresas deben diseñar estrategias de comercio electrónico que contribuyan a la mejora de actividades tradicionales, adoptar nuevas formas de creación de valor y utilizar nuevos intermediarios para así poder lograr eficiencia en sus gestiones».[11] En este contexto, mejorar la logística es esencial para satisfacer las expectativas de los consumidores modernos, que demandan rapidez, flexibilidad y eficiencia en el servicio. Además, es fundamental establecer marcos regulatorios que aseguren la protección de consumidores y comerciantes en el entorno digital.

   El Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley n.° 29571, define la asimetría informativa como la característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes suele tener mayor y mejor información de los productos y servicios que ofrece el mercado a los consumidores, lo cual hay que corregir en el entorno digital para impulsar el crecimiento económico de Perú y aumentar la competitividad de sus empresas, así como

---

9 Resolución de SEGDI n.° 005-2024-PCM-SGTD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de mayo de 2024.

10 SAARRENPAA, Ahti. «*Dropshipping* y protección de datos como puntos delicados en el comercio electrónico». En *El derecho mercantil en el entorno digital: nuevas tendencias y regulaciones jurídicas*. Montevideo: Fiadi y La Ley, 2024, p. 57.

11 MERINO, David Enrique. *Introducción al derecho digital y tecnológico*. Tercera edición. Ciudad de México: Thomson Reuters, 2021, p. 168.

enriquecer la experiencia de compra de los consumidores, posicionando al electrónico como un factor determinante para la evolución de la economía digital en el país.

b) **Transformación digital empresarial**: este eje estratégico se enfoca en impulsar la integración de tecnologías digitales en las empresas peruanas, para aumentar su competitividad y fomentar el crecimiento económico. Este proceso trasciende la mera digitalización de operaciones en sectores tradicionales para incluir el desarrollo de un ecosistema que promueva la incubación de ideas de negocio, facilite el acceso a nuevas tecnologías digitales y proporcione capitales de riesgo e inversiones.

«El mercado digital y las exigencias actuales hacen que la seguridad sea un factor decisivo para elegir la mejor solución, que cumpla las necesidades operacionales de la empresa».[12] Dicho entorno es esencial para respaldar el surgimiento de nuevos emprendimientos y la reinvención de modelos de negocio, así como para apoyar la creación de pymes innovadoras, dotándolas de las herramientas necesarias para su expansión global, así como el surgimiento de nuevos modelos de negocio, *startups* y, eventualmente, su evolución hacia empresas unicornios.

«En un mundo globalizado, el conocimiento el empleo eficaz de la tecnologías que posibilitan el acceso a diversas fuentes de información se ha convertido en una ventaja significativa».[13] Este enfoque no solo potencia la eficiencia y la adaptabilidad empresarial, sino que también habilita un impacto económico significativo mediante emprendimientos basados en tecnología.

Para lograr la transformación digital, es esencial la sinergia y cooperación entre el sector público, la academia y el sector privado a fin de crear un entorno favorable que impulse la inversión en investigación, desarrollo e innovación. Asimismo, garantizar una formación continua en competencias digitales para la fuerza laboral, con lo cual se dinamizará la economía digital.

c) **Servicios financieros para la economía digital**: este eje se propone fortalecer la transformación del sector financiero peruano a través de la integración de tecnologías digitales, con miras a hacer los servicios financieros más accesibles, eficientes y seguros para toda la población. Se extiende desde la banca en línea y pagos móviles hasta incorporar soluciones financieras innovadoras como *fintech*, *blockchain* y criptomonedas, con el fin de democratizar el acceso al crédito, a las inversiones y a los servicios de ahorro.

«El término *fintech* deriva de las palabras *finance technology* y se utiliza para denominar a las empresas que ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de las tecnologías de información y comunicación».[14] La digitalización de los servicios financieros busca no solo agilizar las transacciones y aumentar su seguridad, sino también extender su alcance a las poblaciones no bancarizadas y vulnerables digitalmente.

El desarrollo de una infraestructura tecnológica robusta y la promoción de la interoperabilidad entre diversas plataformas son clave para establecer un ecosistema financiero digital unificado y competitivo. Aplicaciones de inteligencia artificial generativa y la utilización de tecnologías emergentes dinamizan los servicios financieros en la economía digital. De este modo, se pretende impulsar la inclusión financiera, promover el crecimiento contribuyendo al desarrollo sostenible del Perú en materia de economía digital.

---

12 TELLEZ VALDÉS, Julio. *Derecho y emprendimiento digital inteligente*. Ciudad de México: Grupo Editorial Hess, 2021, p. 22.

13 *Idem*, p. 15.

14 MERINO, David Entrique. *Op. cit*., p. 112.

d) **Gobierno digital para la economía digital**: consiste en fortalecer la transformación de la Administración Pública mediante la adopción de tecnologías digitales para mejorar la prestación de servicios gubernamentales, incrementar la transparencia y fomentar la participación ciudadana. Este enfoque se orienta hacia la creación de un gobierno más accesible, eficiente y abierto, que aproveche el potencial de los datos y las plataformas digitales para responder de manera más efectiva a las necesidades de los ciudadanos.

«El concepto de interoperabilidad del Estado es uno de los pilares que el Estado peruano necesita impulsar para mejorar su relación con los ciudadanos y para su propia eficiencia interna».[15] Al digitalizar trámites y servicios, se busca simplificar procesos, reducir tiempos de espera y costos, y ofrecer a la población acceso a información relevante en tiempo real, mejorando así la satisfacción ciudadana.

4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, TECNOLOGÍA Y PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL

> El punto central en la teoría cousiana es un concepto conocido como costos de transacción. Este concepto, a pesar de simpleza, es el corazón de la teoría de Coase. La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar un bien debo identificar el bien que quiero comprar y quien es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar bienes, compararlos, informarme sobre su precio y elegir el que finalmente me gusta.[16]

El análisis económico del derecho se aplica también a las itransacciones jurídicas realizadas en la economía digital. Las operaciones digitales en el mercado digital que incluye tecnologías como la inteligencia artificial y la analítica de datos son suceptibles de aplicación del análisis económico del derecho.

> Del Teorema de Coase se desprende que cuando los costos de transacción sean positivos, la solución eficiente ya no podrá producirse con independencia de la norma juridica elegida. Y en tal caso la norma elegida debe ser aquella que minimice los efectos de los costes de transacción, es decir, tanto la producción real de los costes de transacción como las situaciones ineficientes provocadas por el deseo de evitar costes de transacción.[17]

Los principios de la economía digital, formulados por la Secretaria de Gobierno y Transformación Digital, van a ser relacionados con el análisis económico del derecho. Debe tenerse en cuenta que los principios del modelo permiten garantizar que el desarrollo de la economía digital se realice de manera innovadora, participativa, segura, ética, responsable, inclusiva y resiliente.

Entre los principios tenemos los siguientes:

i. **Innovación centrada en las personas**: se enfoca en diseñar y desarrollar soluciones digitales que atiendan directamente a las necesidades, expectativas y desafíos de los usuarios finales, los cuales deben considerar los costos de transacción y hacerlos eficientes. Este enfoque promueve el desarrollo de tecnologías que mejoren la calidad de vida, asegurando que los avances sean relevantes y beneficiosos para la población objetivo.

ii. **Cooperación y colaboración multinivel**: destaca la importancia de la sinergia entre el sector público, el sector privado, la academia y la sociedad civil en el desarrollo y la implementación de la economía digital. Promueve un enfoque de gobernanza inclusiva, participativa y eficiente, donde cada actor aporta sus recursos, conocimientos y perspectivas para fortalecer y propiciar una economía digital madura que prevea costes de transacción positivos.

---

15 NUNEZ PONCE, Julio: «Interoperabilidad, identidad y la prestación de servicios digitales en la Ley de Gobierno Digital». En *Revista Gaceta Registral del Reniec*, año XIII, n.° 12, 2019, p. 17.

16 BULLARD, Alfredo. «Ronald Coase y el sistema jurídico: a propósito del Premio Nobel de Economía». En *Apuntes*, n.° 28,1995, p. 71.

17 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del derecho*. Lima: 1995, pp. 50-55.

iii. **Uso seguro, ético y responsable de las tecnologías y los datos**: refiere a la gestión y utilización de tecnologías y datos de manera que se respeten los derechos a la privacidad, la seguridad de la información y la integridad de los individuos y comunidades. Implica reconocer los datos como recursos críticos y estratégicos, promoviendo prácticas que aseguren su uso ético, la protección contra el acceso no autorizado y el manejo responsable que incluya medidas de seguridad eficientes que tengan costos de transacción positiva.

iv. **Adaptabilidad y resiliencia digital**: comprende la capacidad de los sistemas, las organizaciones y las sociedades para anticipar, adaptarse, responder y recuperarse rápidamente de las adversidades o cambios tecnológicos. Este principio subraya la importancia de construir infraestructuras digitales flexibles y seguras que contemplen costos de transacción positivas que puedan sostener operaciones críticas y servicios en el frente de desafíos y crisis, asegurando la continuidad y la eficacia de la economía digital.

5. CONCLUSIONES Y HOMENAJE AL DOCTOR ULISES MONTOYA ALBERTI

El derecho y la economía digital debe tener en cuenta que «el impacto de las nuevas tecnologías está dando lugar a amplias transformaciones. El Derecho, en cumplimiento de su finalidad, debe dar respuesta ante las implicancias jurídicas que originan las nuevas relaciones sociales y económicas».[18] En el presente aporte académico hemos relacionado el derecho y la tecnología en el ordenamiento jurídico peruano y se ha analizado los ejes estratégicos de la economía digital. Asimismo, se ha desarrollado la interrelación del análisis económico del derecho con los principios de la economía digital.

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha publicado en Viena, el 2023, *Taxonomía las cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital,* donde plantea cinco temas de investigación para el futuro: inteligencia artificial; datos; bienes digitales; plataformas en línea; sistema de registros distribuidos. Lo que demuestra la variedad de temas que interrelacionan el derecho y la economía digital.

Los avances tecnológicos permiten que se multipliquen los puntos de conexión entre el derecho y la economía digital que permite que el trabajo académico realizado sea un punto de partida para futuras investigaciones. El comercio electrónico, la transformación digital empresarial, los servicios financieros para la economía digital y el gobierno digital son ejes temáticos con creciente actualidad.

Por otra parte, agradezco la invitación a participar en esta publicación de homenaje al Dr. Ulises Montoya Alberti, quien ha sido mi profesor tanto en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima como en el Doctorado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y también fue asesor de mi tesis doctoral en la UNMSM.

Asimismo, el Dr. Ulises Montoya Alberti fue presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). En su discurso al asumir la presidencia de FIA en el 2018, con respecto a la globalización, dijo: «Vivimos una época de cambios acelerados, los que pertenecemos al siglo XX hemos sido testigos de cambios sociales, políticos económicos, tecnológicos, lo que en épocas pretéritas la apreciación de estos cambios abarcaba un tiempo que iban más allá de nuestro ciclo vital. Hoy día tenemos un mundo globalizado, tanto en el aspecto económico como jurídico, surgiendo una justicia internacional o supranacional, que incide sobre los criterios clásicos de la soberanía. El rol que juega el abogado es de particular importancia, su formación debe estar imbuida de valores éticos los que se forjan a través de las diversas etapas de su vida, desde el hogar, el colegio y la universidad».[19]

En las clases, actividades académicas, reuniones sociales hemos conocido al maestro, al guía, al amigo y al jurista que trasciende en la razón y el corazón de sus alumnos. Sabiendo de mi inspiración poética me animaba que compartiese este arte en las reuniones de fraternidad académica que

---

18 NUNEZ PONCE, Julio. *Temas de derecho digital y de las nuevas tecnologías*. Segunda edición Lima: EJIN, 2023, p. 16.

19 Discurso del Dr Ulises Montoya Alberti al asumir la presidencia en la FIA, publicado el 17 de agosto de 2018 en http://julionunezderechoinformatico.blogspot.com

asistíamos, le expresaba mi convencimiento de que la poesía es la expresión del alma y el sentimiento y en este homenaje académico considero que es propicio publicar el siguiente acróstico con su nombre y apellidos:

U nico y trascendente
L eal y líder presente
I nsigne ponente
S abio exigente
E mpatía excelente
S erenidad latente

M isión docente
O bjetivo competente
N ombre ilustre
T enaz como jurista
O rgullo altruista
Y ang de la justicia
A ción que perdura**.**

A lma con hermosura
L ibertad de pensamiento
B ondad de sentimiento
E xperiencia que guía
R eferente que confía
T iempo de calidad
I rradia amistad

Este acróstico reproducido significa trascender y eternizar la amistad y el intelecto que nos unen. Doctor Ulises Montoya Alberti, su legado intelectual, su labor académica, su calidad humana, cordialidad y empatía perduran en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Derecho económico y Constitución económica». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.° 33, 1989.

HAYEK, Frederick. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial, 2006.

MERINO, David Enrique. *Introducción al derecho digital y tecnológico*. Tercera edición. Ciudad de México: Thomson Reuters, 2021.

NUÑEZ PONCE, Julio. «Interoperabilidad, identidad y la prestación de servicios digitales en la Ley de Gobierno Digital». En *Gaceta Registral de RENIEC*, año XIII, n.° 12, 2019, pp. 17-26.

NULEZ PONCE, Julio. *Temas de derecho digital y de las nuevas tecnologías*. Segunda edición. Lima: EJIN, 2023.

SAARRENPAA, Ahti. «Dropshipping y protección de datos como puntos delicados en el Comercio Electrónico». En *El derecho mercantil en el entorno digital: nuevas tendencias y regulaciones juridicas*. Montevideo: Fiadi y la Ley, 2024, pp. 51-76.

TELLEZ VALDÉS, Julio. Derecho y emprendimiento digital inteligente. Ciudad de México: Grupo Editorial Hess, 2021.

HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICABLES AL DERECHO COMERCIAL

Marco Alfonso Celi Arévalo[*]

INTRODUCCIÓN

Atendiendo la gentil invitación del colega Jesús Mori para escribir un artículo inédito en homenaje a nuestro ilustre maestro, Dr. Ulises Montoya Alberti, iniciamos esta investigación con un tema motivador que empezamos a investigar desde el año 2022 como es la inteligencia artificial (IA).

De este modo hemos dado cuatro conferencias presenciales abordando el tema de la inteligencia artificial que también estudiamos en la cátedra de Derecho Comercial como de Derecho Informático. La primera conferencia fue el día 27 de octubre del 2023, titulada «La inteligencia artificial y el derecho», en el Auditorio Florencio Mixán Mass de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo; la segunda fue el día 7 de diciembre del 2023 en el XII Congreso Internacional «Inteligencia artificial, contratos comerciales y de consumo», organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con mi conferencia magistral titulada: «Aplicación de la inteligencia artificial y la tecnología *blockchain* en el derecho comercial»; la tercera fue el 26 de enero del 2024 con la conferencia magistral titulada «Inteligencia artificial y derecho informático», en el Auditorio Florencio Mixán de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo; y el 9 de agosto del 2024, nuestra cuarta y última conferencia titulada «Residuos espaciales y su impacto ambiental», en el Auditorio Florencio Mixán Mass de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo.

En este orden de ideas, vamos a analizar algunas herramientas que utiliza la IA y que se pueden aplicar al derecho comercial, a pesar de que algunos colegas colombianos especializados en derecho comercial concluyen que algunas herramientas de la IA son deficientes después de haber investigado respecto de ChatGPT, que no acertó con las respuestas correctas en materia comercial.

Si bien es cierto que nuestra especialidad, el derecho comercial o mercantil es antiguo, la IA tiene algunos años; sin embargo, aquello no es impedimento para iniciar una vez más esta investigación.

De acuerdo al esquema de esta investigación, en primer lugar vamos a abordar la IA, luego algunas de sus herramientas como son el *blockchain*, los *smart contracts* (contratos inteligentes) y ChatGPT. Asimismo, la aplicación de la IA en el derecho societario y en el derecho cartular, pensando siempre que puede ayudar a nuestro trabajo cotidiano en cualquier ámbito que desempeñemos la profesión, por ello a la inteligencia artificial se la conoce también en el ámbito jurídico como asistente virtual.

---

[*] Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM - UNT). Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial (Universidad Nacional de Trujillo). Profesor principal de la Facultad de Derecho y CC. PP. Universidad Nacional de Trujillo, en los cursos de Derecho Comercial, Derecho Ambiental, Derecho Informático y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC). Abogado fundador del Estudio Celi Arévalo Abogados. Docente del Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo y visitante en otras universidades nacionales y privadas. Conciliador extrajudicial y árbitro. Exdirector de la Unidad de Posgrado - Universidad Nacional de Trujillo. Exdirector de la Escuela de Derecho - Facultad de Derecho y CC. PP. de la Universidad Nacional de Trujillo. Miembro activo del Consejo de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Autor de los libros *Derecho ambiental. Desarrollo sostenible*, con dos ediciones y *El contrato de franchising.* Autor de artículos jurídicos publicados en revistas especializadas del país. Presidente del Instituto de Derecho Ambiental y Empresarial (Idaem).

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Hoy en día, mucho se ha escrito y publicado sobre el tema. Vivimos en un siglo altamente tecnológico y no podemos soslayar la importancia del tema, que ha incursionado en nuestra vida para siempre.

La combinación de algoritmos conocida como inteligencia artificial IA pretende construir máquinas tan capaces como las personas. Aunque aún nos parece lejana y enigmática, esta tecnología es una constante en nuestro día a día desde hace unos años.

Aunque se crea que las máquinas autónomas y los robots son cosa del futuro, lo cierto es que actualmente existen muchos casos de inteligencia artificial que operan en el trasfondo de las actividades humanas. Además, con frecuencia repercuten en otras facetas de nuestra vida cotidiana.

Hablar de máquinas inteligentes es sinónimo de hablar de inteligencia artificial (IA, es decir, dispositivos diseñados para realizar actividades específicas de forma automática sin necesidad de supervisión humana. En consecuencia, se considera que la informática —el campo responsable de la creación de máquinas inteligentes— incluye la inteligencia artificial.

Un subcampo de la informática jurídica denominado inteligencia artificial intenta utilizar máquinas para llevar a cabo actividades que las personas pueden completar utilizando cualquier tipo de razonamiento. Se trata de una automatización de procesos como el aprendizaje, la resolución de problemas y la toma de decisiones que asociamos a los procesos de pensamiento humano. En inteligencia artificial, los sistemas computacionales tienen que ser capaces de replicar rasgos que con frecuencia se relacionan con la inteligencia del comportamiento humano. Cuando se le presenta el mismo problema, un sistema inteligente se comporta como un humano y en una conversación a ciegas no podemos detectar la diferencia entre un programa informático y un humano.

Recordemos que la informática jurídica como herramienta del derecho tiene tres subcampos: la informática jurídica documental, la informática de control y gestión, y la informática metadocumental. En esencia, estamos hablando de inteligencia artificial en el ámbito jurídico, lo que tiene implicaciones educativas, ya que puede servir de apoyo a la investigación, la educación y la toma de decisiones judiciales. Los sistemas expertos jurídicos que incorporan una base de conocimientos, procesos de inferencia y una interfaz usuario-máquina son el resultado de la informática metadocumental.

Los sistemas expertos son programas informáticos que simulan el comportamiento humano. Para ofrecer un resultado sobre una cuestión concreta, utilizan los datos que el usuario ha suministrado. Como resultado, el sistema experto sigue haciendo preguntas hasta que encuentra un objeto relacionado con sus respuestas. El principal uso de la inteligencia artificial es en los sistemas expertos jurídicos.

Las definiciones generalmente aceptadas definen un sistema experto como un sistema informático que puede proporcionar respuestas que suponen procedimientos heurísticos inteligentes (no algorítmicos) cuando se atribuyen a seres humanos. En áreas de conocimiento claramente especificadas, los sistemas expertos pretenden simular la toma de decisiones de los expertos humanos.

Aunque es factible crear una máquina que imite algunos procesos mentales, el término «pensamiento» se refiere a una serie de acontecimientos neurofisiológicos que no podemos encontrar en las máquinas.

Existen varias clases de sistemas expertos como los que sustituyen a los expertos, los que identifican problemas, los que asisten en la identificación de problemas y los que ayudan en la toma de decisiones. Es fundamental recordar que existen distintos niveles de colaboración entre los expertos artificiales y los naturales.

Según Raymond Kurzweil: «Los componentes expertos tienen tres componentes primarios: a) una base de conocimientos estructurada con bases de datos de conceptos específicos de un dominio; b) reglas de decisión que esbozan procedimientos para tomar decisiones en un área especializada; y c) una máquina de inferencia, también llamada motor de inferencia, un sistema que aplica las reglas de la base de conocimientos a la toma de decisiones y es capaz de impulsar el razonamiento para resolver un problema específico».[1]

La metodología de desarrollo de un sistema experto se divide en tres etapas: a) definición del dominio o subdominio que se va a abordar; b) definición de los problemas que se van a resolver, que es crucial porque es necesario diferenciar entre las cargas cognitivas de los agentes artificiales y humanos; y c) identificación.

ChatGTP, la nueva herramienta de IA abierta que te permite hablar con una IA capaz de comprenderte, ayudarte y sorprenderte, es una de las herramientas clave de la inteligencia artificial. A partir de lo que le digas, ChatGPT puede producir textos lógicos e imaginativos, así como una gran variedad de cosas.

2. *BLOCKCHAINS*

Blockchain se traduce literalmente como «cadena de bloques». Incluyen datos de una transacción en red que han sido encriptados. Permiten la transferencia de datos (o valor) con un cifrado razonablemente seguro mediante el uso de criptografía porque están conectados (de ahí la palabra cadena). Para demostrar el concepto, sería conveniente visualizar un libro mayor en el que se documenten todas las entradas y salidas de fondos.

La transferencia es inusual porque distribuye la información por varios nodos iguales e independientes que la verifican y analizan sin necesidad de que se conozcan entre sí. Esto elimina la necesidad de que un tercero certifique la información. Como los bloques están unidos entre sí mediante cifrado criptográfico, es difícil cambiar los datos de un bloque anterior a la cadena, ya que para hacerlo habría que modificar la información de los bloques que le preceden. Una vez introducidos, los datos no pueden eliminarse, solo puede añadirse nueva información.

2.1. Términos comunes al hablar del blockchain

Existen términos comunes al hablar sobre blockchain como señalamos a continuación.

2.2.1. Encriptación

Cifrar datos en informática significa ocultarlos para que solo puedan ser descifrados con el uso de una clave o código. El cifrado tiene la misma función en criptografía. Es un método que facilita el intercambio de datos y aumenta la seguridad de los procesos que los utilizan.

2.2.3. Criptomoneda o criptodivisa

Se trata de un medio de intercambio que es digital. Bitcoin fue la primera criptodivisa en cobrar vida en 2009, después de que los cimientos del sistema fueran construidos por Satoshi Nakamoto, seudónimo utilizado por un grupo de personas que crearon el protocolo bitcoin (aunque todavía no está claro quién creó la moneda ocho años después). Otras con características y atributos distintos han seguido apareciendo hasta ahora. Actualmente, hay más de 1000 tipos diferentes disponibles.

---

[1] KURZWEIL, Raymond. *La era de las máquinas inteligentes*. México D. F.: Coed. Conacyt - México y Equipo Sirius Mexicana (Colección ciencia y filosofía), 1994, p. 28.

2.2.4. Bitcoin

Es una moneda descentralizada e independiente de la supervisión de cualquier entidad o autoridad central. Se dice que está controlada por todos los participantes en el sistema y por nadie al mismo tiempo, porque no está controlada específicamente por ninguna persona. Es de código abierto y se utilizan códigos cifrados anónimos —en lugar de dinero y billetes— para identificarla. Como aprovecha la tecnología entre iguales, simplifica el registro de todo tipo de transacciones financieras en un entorno seguro y entre iguales.

La primera criptomoneda que abordó el problema del doble gasto sin requerir una autoridad central o servidor fiable fue *blockchain*, que se desarrolló por primera vez como parte de bitcoin. En noviembre de 2017, el precio de un bitcoin superaba los 7300 dólares.

2.2.5. Ethereum

Algunos se han referido a esta plataforma descentralizada —que permite crear contratos inteligentes— como un superordenador descentralizado. Inicialmente, se concibió como una versión mejorada para eludir las restricciones de programación de la *blockchain* de bitcoin y funciona en su propia *blockchain*. Aunque codifica los datos de la misma manera, se diferencia principalmente en que se utiliza para llevar a cabo contratos inteligentes, que son programas de *software* que automatizan y permiten la ejecución de comandos preprogramados, y tiene muchos usos fuera de la industria financiera. Su criptomoneda, Ether, está valorada en unos 338 dólares y es la segunda criptomoneda más popular después de bitcoin.

2.2.6. Nodos

Las copias actualizadas de las transacciones son almacenadas y difundidas en tiempo real por estas máquinas, que son un componente de la red *blockchain*. Cada vez que se crea un nuevo bloque y se añade al libro mayor se añade una copia a cada nodo de la red. No todos los nodos son mineros, pero todos los mineros son nodos.

2.7. Tokens

A diferencia del dinero en efectivo, estas unidades pueden intercambiarse por una amplia gama de servicios y se envían a través de mensajes en la red *blockchain*. Un token puede utilizarse en una red privada para conceder derechos, pagar por trabajo o datos, servir como incentivo, abrir puertas a otros servicios o mejorar la experiencia del usuario. Cuando se utilizan en ICOS (*initial coin offerings*) como método de financiación de *startups*, pueden incluso emplearse como garantía de futuros servicios que una empresa se compromete a prestar. Las *startups* son empresas que aspiran a una rápida expansión en el mercado mediante conceptos empresariales creativos y una base tecnológica.

Las fichas se utilizan tradicionalmente para referirse a objetos que se compran a cambio de dinero en efectivo y se utilizan para obtener un bien o servicio. Por ejemplo, fichas para comprar comida en un festival o para jugar en un casino. Este término se refiere a unidades de valor que pueden obtenerse a través de la tecnología *blockchain* y utilizarse para adquirir bienes y servicios en la comunidad *blockchain*.

2.2.8. Hash

El sistema necesita validar los grupos de bloques con los que trabajan los mineros de la cadena de bloques. Para ello, deben encontrar una clave digital o huella que sirva para identificarlos. Esta clave se denomina hash. Es única, irrepetible e inmutable. Además, cada vez que se descubre un nuevo hash se distribuye a los demás nodos de la red para que siempre estén sincronizados.

Según la ingeniera de *software* Tess Rinearson, «un generador de hash deriva su valor de ser un número valioso, y un oro deriva su valor de ser un metal valioso».

2.2.9. ICO

Las ICO, u ofertas iniciales de monedas, son un tipo de financiación empresarial, como ya hemos mencionado al hablar de los tokens. Lo que las hace únicas es que venden tokens en lugar de acciones y sus accionistas pagan con moneda digital a través de la *blockchain*. Estos tokens pueden servir potencialmente como pago por el futuro acceso a plataformas o servicios; sin embargo, algunos autores de este tipo de financiación afirman que al no existir regulación en ocasiones estos tokens pueden no representar derechos reales de propiedad o económicos sobre la entidad que ofrece la oferta inicial de monedas.

2.2.10. Bifurcaciones o forks

En consecuencia, las redes públicas de *blockchain* son totalmente democráticas. Nadie está por encima, todo está descentralizado y los iguales tienen acceso a la misma información; sin embargo, durante la reciente South Summit, Luis Garicano, profesor de la London School of Economics, aclaró que esta fortaleza también supone una debilidad. No se pueden hacer actualizaciones ni modificaciones si todo está descentralizado y todo el mundo debe ponerse de acuerdo sobre los cambios. Además, vas en contra de los principios fundamentales de *blockchain* si centralizas en parte para aplicar modificaciones.

2.2.11. Aplicaciones de la tecnología blockchain

Los sistemas financieros y contractuales son solo dos de las muchas y diversas aplicaciones de la tecnología *blockchain*. Existen diecisiete aplicaciones.

2.2.12. Almacenamiento distribuido en la nube

La tecnología *blockchain* ofrece una alternativa a los servicios centralizados de almacenamiento en la nube como Dropbox, Amazon o Google Drive al permitir el almacenamiento de datos o archivos en una red P2P (peer-to-peer), que es una red en la que varios usuarios almacenan los datos.

2.2.13. Gestión de identidades

Los usuarios pueden construir su propia identidad digital impenetrable gracias a la tecnología *blockchain*. Los expertos predicen que los nombres de usuario y las contraseñas de internet acabarán siendo sustituidos por este tipo de identidad *blockchain*.

2.2.14. Registro y validación de datos

De forma similar a como las transacciones de *bitcoin* pueden quedar registradas de forma permanente en el *blockchain*, cualquier otro tipo de dato puede ser guardado utilizando esta tecnología, creando un registro distribuido inmutable y mucho más seguro que las bases de datos tradicionales que requieren la gestión de terceros.

2.2.15. Seguimiento de la cadena de suministro y comprobación de la procedencia

Hoy en día, es habitual que varias empresas o ubicaciones suministren diversos componentes del producto. En consecuencia, se establece toda una cadena de suministro que se extiende hasta la empresa que ensambla, fabrica y comercializa el producto final. En ocasiones, la cadena puede ser tan larga que resulta complicado gestionar toda la operación.

2.2.16. Servicios de notaría

Es sencillo y asequible utilizar la *blockchain* como servicio notarial. La *blockchain* elimina el requisito de que una autoridad centralizada o un tercero confirme la autenticidad de cualquier documento almacenado en ella, estableciendo registros inmutables y rastreando un documento o una secuencia de eventos.

2.2.17. Alquiler de propiedades y economía colaborativa

Añadiendo un contrato de arrendamiento inteligente, el sistema mencionado puede volverse aún más intrincado. Por ejemplo, si el propietario de un coche o un apartamento quiere alquilarlo, todo lo que se requeriría es crear y almacenar un contrato inteligente en la *blockchain* en el que el propietario establezca la cuota de alquiler para una duración determinada.

2.2.18. Inteligencia artificial y tecnología blockchain *en el derecho comercial*

Es factible comprender las propuestas tecnológicas de la inteligencia artificial en materia contractual, particularmente en esquemas de contratación mercantil, para definir el concepto y aportar anotaciones sobre posibles soluciones a las cuestiones de su aplicación en el razonamiento jurídico. En consecuencia, es fundamental aportar pruebas de su utilización en bienes y servicios relacionados con la inteligencia artificial que revistan especial importancia.

Hay casos evidentes de uso de la inteligencia artificial en el sector contractual. Un sistema de inteligencia artificial que ha sido entrenado para identificar problemas contractuales fue puesto a prueba contra veinte abogados experimentados en un estudio reciente de la empresa jurídica Law Geex. A lo largo de cuatro horas, los participantes revisaron cinco acuerdos de confidencialidad relativos a treinta problemas jurídicos típicos de las transacciones comerciales.

La tecnología de inteligencia artificial identificó el 94 % de los fallos encontrados tras analizar y analizar más de 3000 cláusulas y 152 párrafos, mientras que los abogados fueron capaces de identificar el 85 % de los defectos. Aunque esta disparidad puede no parecer gran cosa, fue enorme en términos de tiempo. La mayoría de los abogados terminaron la tarea en una hora y media.

Existen varios ejemplos de ello en todos los ámbitos del derecho, y la inteligencia artificial se ha hecho posteriormente más eficaz y eficiente.

3. *SMART CONTRACTS*

Contrariamente a lo que su nombre indica, los «contratos inteligentes», que son posibles en algunas *blockchains* como Ethereum, no son inteligentes en absoluto. En esencia, son programas de *software* que utilizan la cadena de bloques para almacenar los detalles de un contrato entre participantes. Cuando se cumplen determinados requisitos establecidos en el contrato, poseen la capacidad excepcional de autoejecutarse.

El sistema mencionado anteriormente puede hacerse aún más complejo utilizando un contrato de arrendamiento inteligente. Por ejemplo, si el propietario de un coche o un apartamento desea alquilarlo, bastaría con construir y almacenar en la blockchain un contrato inteligente en el que el propietario especifique un precio de alquiler por un tiempo determinado.

4. CHATGPT

En los últimos años se ha hecho pública la tercera generación de modelos de predicción lingüística creados por OpenAI, un centro de investigación de inteligencia artificial situado en San Francisco cuyo principal patrocinador es Microsoft. Generative Pre-trained Transformer (GPT) fue el nombre dado a esta generación. La Universidad John Hopkins fue coautora de un artículo en 2020 que hizo público el modelo GPT 3.

Se trata de un sistema de inteligencia artificial basado en el lenguaje con 175 000 millones de parámetros de aprendizaje automático. Se adhiere a la tendencia de los sistemas de procesamiento del lenguaje natural (PLN) basados en «representaciones lingüísticas preentrenadas». La creación de lenguaje natural, o lenguaje humano, es uno de los principales componentes de la PNL.

En sus diferentes iteraciones, GPT ha sido un modelo de lenguaje autorregresivo que emplea aprendizaje profundo para una variedad de tareas de creación y comprensión de lenguajes. Es «generativo» porque produce secuencias de textos novedosos y extensos, y está «entrenado» porque no se utilizó ningún conocimiento previo del dominio en su creación.

El texto se utiliza para entrenar toda la inteligencia artificial, se plantean preguntas y se da información, de modo que el sistema se «entrena» para llevar a cabo la tarea para la que fue creado de forma automática en función de los ajustes que se vayan realizando a lo largo del tiempo. En el caso de ChatGPT, este sistema de inteligencia artificial ha sido entrenado para conversar con cualquier persona y sus algoritmos son capaces de comprender con precisión lo que se le pregunta, incluidos los adjetivos y los cambios de frases, y de reaccionar de forma lógica.

Pasa el famoso «test de Turing», porque no nos permite saber si estamos hablando con un humano o con una máquina. Lo importante es que genera textos idénticos a los escritos por humanos, con información precisa, expresión natural y tono humano y simpático.

De todos modos, el sistema no «piensa», sino que selecciona y repite lo que tiene en sus datos.[2]

5. DERECHO SOCIETARIO

Todas las áreas del derecho, incluido el derecho societario, se ven afectadas por el campo de la inteligencia artificial (IA) en rápida expansión. Tenemos la oportunidad de descentralizar todos los procesos y aumentar la seguridad de las operaciones y transacciones en el tráfico legal y comercial mediante el uso de la tecnología de registro distribuido, en particular la cadena de bloques. El deseo de los socios y accionistas de contribuir con criptomonedas al capital social de una empresa es cada vez más evidente.

Los socios y accionistas de las empresas están cada vez más interesados en añadir criptomonedas a su capital social. En la misma línea, algunas empresas utilizan redes *blockchain* exclusivamente para sus juntas generales y están empezando a surgir las primeras empresas que tokenizan sus acciones y participaciones en el capital social. Esto indica que se están organizando y modificando su comportamiento en respuesta a las nuevas tecnologías.

---

2 DUBOIS SPAGNOLO, Favier. «Inteligencia artificial, robótica y derecho comercial: panorama, impactos y desafío». En *La Ley*, 10 de octubre de 2024, TR LALEY AR/DOC/2477/2024. (02/12-2024).
https://favierduboisspagnolo.com/uncategorized/inteligencia-artificial-y-derecho-comercial/

La influencia de la IA en las sociedades comerciales lleva varias décadas y, por lo tanto, el derecho ha evolucionado, de ahí que nació una nueva especialidad de derecho como es el derecho informático que, obviamente, está íntimamente relacionado con la IA.

Por otro lado, se señala que dentro del derecho societario «no es posible reconocer la personificación de la IA como miembro del Directorio de una sociedad, pues no se puede brindar la calidad de sujeto a la entidad que no es considerada persona natural o jurídica. Asimismo, la capacidad de razonamiento y capacidad de discernir propios del intelecto humano, son ajenos a cualquier manifestación de la IA que no consigue responder como una persona sí lo haría».[3]

Como sabemos, la junta de accionistas es el órgano supremo en una sociedad comercial cuyo capital se divide en acciones, y dentro de ellas se toman importantes decisiones que van a marcar el destino de la empresa. De este modo, se requiere la participación activa de sus miembros y, en este sentido, la tecnología *blockchain* es la más adecuada para permitirles delegar su participación, registrar sus intervenciones en la sociedad, organizar sus delegaciones y realizar otras actuaciones a través de sus portales digitales.

Entre los deberes del directorio se encuentran aquellos de diligencia que, por beneficio del *blockchain* se benefician en lo que respecta a la transparencia de los movimientos financieros.

6. TÍTULOS VALORES

Los títulos valores materializados y desmaterializados están contemplados en nuestra Ley de Títulos Valores n.° 27287. Los títulos valores desmaterializados, o «aquellos que carecen de un documento físico que les brinde soporte material» —es decir, «sin papel» o, más precisamente, la remoción de los títulos valores mientras se mantiene el derecho a través de mecanismos de soporte electrónico—, son los que se relacionan más estrechamente con la inteligencia artificial. Debido a que la modalidad de soporte ya no será física sino electrónica y se utilizarán tecnologías informáticas o digitales para asegurar la preservación de la sustancia del documento, esto lleva a clasificarlos como títulos valores electrónicos.[4]

Los títulos valores electrónicos se rigen por el artículo 6 inciso 2 de la Ley de Títulos Valores que precisa que, previo consentimiento de ambas partes, en la emisión de títulos valores se podrá utilizar una firma electrónica en lugar de una firma autógrafa con resultados equivalentes.

La firma electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita, según el primer artículo de la Ley n.º 27269, también conocida como Ley de Firmas y Certificados Digitales.

Adicionalmente, en el artículo 1 del reglamento de la misma ley (Decreto Supremo n.° 052-2008-PCM) se establece que tanto para el sector privado como para el público las firmas electrónicas son generadas bajo supervisión de IOFE, que garantiza la autenticidad y la integridad del documento emitido electrónicamente.

En muchos países de Europa ya se están usando los títulos valores electrónicos y ahora con ayuda de la IA los hace más confiables, con todas las herramientas que maneja la IA. Por ahora se está usando la firma digital y electrónica, la misma que se acentuó a raíz de la pandemia de Covid en que estuvimos encerrados aproximadamente dos años.

---

3 MARTÍNEZ, Juan; LEYVA, Sebastián; VILLÓN, Lincoln; y Claudia CASTIGLIONI. «Impacto del Blockchain y la inteligencia artificial en los deberes fiduciarios del directorio». En *Blog Derecho y Empresa*. 2022. https://cutt.ly/swEEXXd4

4 RENDÓN, C. F. y RENDÓN, P. C. *Títulos valores electrónicos* [Tesis de licenciatura]. Lima: Universidad Católica San Pablo, 2022. http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/20.500.12590/17400/1/RENDON_ESCOBEDO_PAU_VAL.pdf

7. CONCLUSIONES

- La combinación de algoritmos conocida como inteligencia artificial (IA) pretende construir máquinas tan capaces como las personas. Aunque aún nos parece lejana y enigmática, esta tecnología es una constante en nuestro día a día desde hace unos años.

- *Blockchain* significa «cadena de bloques». Incluye datos de una transacción en red que han sido encriptados. Permiten la transferencia de datos (o valor) con un cifrado razonablemente seguro mediante el uso de criptografía porque están conectadas (de ahí la palabra cadena).

- Los *smart contracts* (contratos inteligentes) son programas informáticos que almacenan los términos de un contrato entre partes en la cadena de bloques. Tienen la capacidad única de autoejecutarse cuando se cumplen una serie de condiciones establecidas en el contrato.

- Microsoft es el principal inversor en OpenAI, un laboratorio de investigación de inteligencia artificial, con sede en San Francisco, que desarrolló la tercera generación de modelos de predicción lingüística, incluida la conversación «GPT», que significa Generative Pre-trained Transformer (Transformador Generativo Preentrenado). Este modelo de lenguaje autorregresivo utiliza el aprendizaje profundo para una serie de tareas de creación y comprensión del lenguaje. Es «generativo» porque produce secuencias de texto largas y novedosas, y está «entrenado» porque en su creación no se utilizó ningún conocimiento previo del dominio.

- La inteligencia artificial (IA) está teniendo un gran impacto en todas las áreas del derecho, pero es importante en el derecho comercial, en especial en el derecho societario. Tenemos la oportunidad de descentralizar todos los procesos y aumentar la seguridad de las operaciones y transacciones en el tráfico jurídico y comercial mediante el uso de tecnologías de registro distribuido, en particular *blockchain*. El deseo de los socios y accionistas de aportar criptomonedas al capital social de una empresa es cada vez más evidente.

- En cuanto a los títulos valores, la inteligencia artificial interviene respecto a los títulos valores electrónicos o desmaterializados, facilitando las transacciones financieras, utilizando todas sus herramientas que le otorga la tecnología actual.

8. BIBLIOGRAFÍA

Libros

KURZWEIL, Raymond. *La era de las máquinas inteligentes*. México D. F.: Conacyt - México y Equipo Sirius Mexicana (Colección Ciencia y Filosofía), 1994.

Internet

DUBOIS SPAGNOLO, Favier. «Inteligencia artificial, robótica y derecho comercial: panorama, impactos y desafío». En *La Ley*, 10 de octubre de 2024, TR LALEY AR/DOC/2477/2024. (02/12-2024). https://favierduboisspagnolo.com/uncategorized/inteligencia-artificial-y-derecho-comercial/

MARTÍNEZ, Juan; LEYVA, Sebastián; VILLÓN, Lincoln; y Claudia CASTIGLIONI. «Impacto del Blockchain y la inteligencia artificial en los deberes fiduciarios del directorio». En *Blog Derecho y Empresa.* 2022. https://cutt.ly/swEEXXd4
PARODI CCORIÑAUPA, Camila. *La inteligencia artificial y su impacto en el derecho societario.* http://www.lanacion.com /

EL DESTINO DE LA EMPRESA FAMILIAR A LA MUERTE DEL FUNDADOR: ENTRE LO SUCESORIO Y LO EMPRESARIAL

Jose Enrique Palma Navea[*]
Jesús Martín Mori Condori[**]

INTRODUCCIÓN

Un libro de homenaje procura poner de relieve la transcendencia de la trayectoria del homenajeado porque ha impactado en determinado aspecto de la vida. En el caso particular del doctor Ulises Montoya Alberti, es un reconocimiento a su calidad como persona, como maestro y autoridad universitaria, así como a su participación gremial y, sobre todo, es un tributo a su destacada trayectoria en el ámbito del arbitraje, derecho de la empresa, derecho tributario y derecho económico.

Los autores de este artículo tuvimos la oportunidad de alternar con el doctor Ulises Montoya Alberti como director de la Unidad de Post Grado y decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y también como decano del Colegio de Abogados de Lima; y, sin lugar a equivocarnos, podemos afirmar que fue un profesional con gran compromiso, un trabajador incansable, visionario, buen gestor y de una honestidad personal e intelectual comprobada.

Para contribuir con el libro de homenaje al doctor Montoya Alberti, hemos desarrollado un tema sobre derecho empresarial y sucesorio, que analiza la situación de la empresa familiar a la muerte del causante que fue el fundador y/o mayor gestor de dicha entidad comercial.

En nuestro país, pocas empresas familiares superan el contexto de lo informal y la proyección en el tiempo. Referencias en el ámbito comercial, como la Empresa Lindley que ahora es «Arca Continental Lindley» (2025) o la Empresa AJE (2025) nos permiten evaluar un contexto panorámico y teórico significativo, tomando en cuenta que se trata de dos referencias importantes en el ámbito económico y empresarial, inclusive con proyección internacional a nivel de dominio de mercado en varios sectores del planeta.

Ante esta perspectiva, la evaluación de lo mayoritario nos permite evaluar la legislación nacional para poder proyectar las necesarias reformas conforme a las exigencias sociales, económicas, culturales y empresariales actuales y así mejorar la legislación actual pese a la posición de los doctrinarios tradicionalistas como Mario Castillo (2023), que consideran que un Código Civil promulgado en 1984 puede solucionar los problemas de nuestra sociedad cuarenta años después de su vigencia.

1. LA REALIDAD SOCIAL, ECONÓMICA Y EMPRESARIAL FAMILIAR EN EL PERÚ

La *empresa familiar e*n el Perú no tiene el tratamiento teórico y práctico que tienen otras instituciones o referencias socio económicas productivas, especialmente porque el contexto de la intimidad familiar

[*] Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de maestría y doctorado en la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Expresidente de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal del Indecopi.

[**] Abogado por la UNMSM, con estudios de Maestría en la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la misma universidad. Secretario académico de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Conciliador extrajudicial.

no suele exponer sus condiciones económicas, sobre todo a un nivel de alta productividad o de actividad empresarial.

Una condición por las que se limita la perspectiva del tratamiento de las empresas familiares en el Perú es que se asume que estas entidades no logran forjar una proyección en lo temporal o en lo económico, generándose una interpretación equivocada de esta realidad.

Tan es así que la mentalidad familiar en este tipo de empresas se conecta con la proyección de saber que en el futuro serán los mismos hijos y demás descendientes quienes seguramente continuarán con el manejo y dirección de la empresa, aspecto relevante que otro tipo de empresas no posee (Paladino y otros, 2020).

Por consiguiente, en tanto organización empresarial, la empresa familiar también debe adecuarse a los requerimientos que rigen para cualquier otra organización empresarial, esto es, ser capaz de gestionar sus recursos de manera adecuada con el propósito de percibir utilidades por medio de su participación activa en el mercado.

En ese entendido, lo contemplado por la agenda de una empresa familiar constituye una particularidad importante que se debe considerar, ya que implica responder a los diferentes desafíos que puede enfrentar aquella por tratarse de una compañía de propiedad de un colectivo como lo es la familia. Siendo así, la planificación del relevo generacional y la sucesión de quien o quienes asumen el liderazgo en la empresa familiar resulta ser un asunto clave para su continuidad.

En suma, la empresa familiar constituye un componente significativo de la actividad económica que se distingue de otros tipos de empresas, debido a su enlace directo con la familia como institución que tiene una influencia fundamental en su propia gestión, así como en sus órganos de gobierno. Estas acciones permiten evidenciar su contribución al PBI y a la creación de puestos de trabajo (Hinojosa, 2024).

A nuestro parecer, el contexto de las empresas familiares nos permite detallar algunos datos estadísticos:

a) Conforme estadísticas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el 80 % de las empresas peruanas tienen una condición y composición «familiar».

   De un aproximado de dos millones y medio de empresas nacionales, el 80 % (*El Peruano*, 2019), tiene un origen social y familiar constituido por una pareja matrimonial o convivencial (Bermúdez-Tapia, 2008).

b) Sobre el punto precedente, estas empresas familiares aportan al producto bruto interno peruano un aproximado del 40 %.

   El nivel de empleabilidad sobre la realidad nacional es significativo a un nivel en que se reporta que entre el 60 % y el 70 % de la tasa de empleados formales proviene de las empresas familiares (La Cámara, 2024).

c) Los grupos familiares empresariales tienen un promedio de tres empresas y el 63 % registran un total superior a los cien empleados.

d) Desde 1994 se ha registrado un incremento del número de empresas familiares, esto debido al impacto de la regulación constitucional del mercado, dando una mayor condición a la promoción empresarial especialmente a niveles de micro y pequeña empresa.

e) El incremento del número de empresas familiares se produce desde 1994 y las empresas fundadas desde esta época hasta la actualidad superan el 50 %.

f) Las empresas familiares tienen poca predisposición a mantener su posición en el mercado, especialmente porque no se ajustan a los cambios económicos, sociales y culturales. Esto se demuestra en el hecho que solo el 2 % de las empresas familiares han superado las cuatro generaciones familiares.

   El promedio de supervivencia empresarial a una generación es de aproximadamente el 40 % (Estrategias y Negocios, 2023), hecho que detalla que los grandes retos que afrontan las empresas familiares son la continuidad y el destino de la dirección familiar (Universidad de Piura, 2014), con lo cual se nos permite proyectar una posición respecto de los dos grandes problemas que identificamos en este punto: el problema sucesorio respecto de los sucesores forzosos y la gestión empresarial de las empresas familiares.

g) El incremento de la participación femenina en las empresas familiares es significativo en los últimos años, generándose:

   i. Un aproximado del 20 % de mujeres que presiden el directorio de la empresa familiar, generalmente porque la fundaron.

   ii. Las mujeres participan en más del 60 % del total de directorios en empresas familiares.

   iii. Un tercio de las gerencias generales son dirigidos por mujeres.

   iv. Casi dos tercios de las gerencias de línea son dirigidas por mujeres.

Los datos estadísticos empleados provienen de las investigaciones realizadas por Beatriz Boza (2020), los cuales nos permiten detallar una evidencia que las entidades públicas no han logrado difundir correctamente en la sociedad peruana: las empresas familiares son el motor de la economía peruana.

Sin embargo, consideramos que estas referencias deberían articularse sobre dos ámbitos específicos:

a) El contexto regulatorio del derecho de familia y el derecho de sucesiones que involucra a sucesores forzosos y familiares, toda vez que esta realidad es sumamente compleja y la perspectiva del Código Civil es absolutamente disfuncional (Bermúdez-Tapia, 2017b).

b) La gestión de una empresa familiar a la muerte del fundador o directivo de más alto rango, esto porque implica la transferencia de atribuciones y obligaciones a otros integrantes de la familia que suele provocar un contexto económico y familiar complejo.

2. LOS MAYORES PROBLEMAS DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES FAMILIARES

Tomando en cuenta lo acotado en el punto precedente, identificamos como problemas significativos en la evaluación del presente trabajo, dos referencias:

a) El contexto de la informalidad en las relaciones interpersonales con impacto en el desarrollo de los grupos familiares

   La *familia tradicional* entre los años 1984 a 2000, época de la inicial vigencia del Código Civil permite observar una condición familiar en lo económico muy limitada, tanto en lo patrimonial como a nivel de gestión comercial.

   Las condiciones negativas de la economía nacional con el fracaso del sistema democrático en los gobiernos de Fernando Belaunde Terry y Alan García Pérez, sumado a los elevados

niveles de corrupción en el país provocaron que las familias peruanas se focalicen en la supervivencia, no siendo posible analizar un panorama empresarial importante, debido a que se registró en la época una emigración significativa de peruanos hacia el exterior.

En una segunda etapa, entre el 2000 al 2010, se observa el mayor crecimiento de empresas familiares en el Perú, debido a la sostenibilidad económica de las ratios macroeconómicas del país. Elemento que es complementado en la etapa del 2010 a la actualidad, en la que varios grupos empresariales familiares han logrado posicionarse en el mercado, respecto de los productos que manufacturan o comercializan.

Sin embargo, en la doctrina poco se menciona que estos procesos de cambios en lo económico y social también incidieron en lo familiar, generándose nuevas realidades familiares debido a la migración, división familiar y muerte de familiares a consecuencia del terrorismo (Bermúdez-Tapia, 2019a).

Esta realidad familiar nos permite proyectar una situación totalmente inestable en el ámbito sociofamiliar en la actualidad (Grabinsky, 1994), por cuanto se ha registrado una condición proporcional entre el desarrollo económico personal y la división familiar, con el surgimiento de «nuevos grupos familiares», sobre todo con el registro de nuevos «hijos» en parejas diferentes a la matrimonial.

En este ámbito, las referencias que por ejemplo se pueden detallar en casos representativos de grupos empresariales familiares con universidades, como referencias económicas, en los casos de Raúl Diez Canseco y César Acuña, nos permiten detallar que las divisiones familiares debido a la aparición de «nuevas referencias familiares» cambia el panorama de la gestión del grupo empresarial.

b) La informalidad económica en los grupos empresariales

Debido a una condición transversal en la económica nacional, las empresas familiares, en su gran mayoría micro y pequeñas empresas, no logran una institucionalidad significativa porque las estructuras internas también están sujetas a variaciones importantes (Rendón, 2003), conforme lo mencionado en el punto precedente.

Ante esta realidad, las empresas familiares no suelen proyectar una condición de transferencia de patrimonios a nuevos integrantes, porque esto provoca la división interna en la familia y expone el verdadero patrimonio de las personas que conforman estos grupos empresariales.

Por otro lado, en Latinoamérica, se presenta una carencia en cuanto a la formalización e institucionalización de las empresas familiares, que en gran medida son micro y pequeñas empresas, cuyo impacto se refleja sustancialmente en el incumplimiento de sus obligaciones tributarias, fomentando así la informalidad empresarial (Hinojosa, 2024).

Asimismo, producto de la informalidad, en el sistema financiero estas empresas presentan mayores limitaciones crediticias, pues las entidades financieras prefieren otorgar préstamos a microempresarios en calidad de personas naturales, pese a que se tiene conocimiento que el crédito estará dirigido a propósitos comerciales.

Ello es un problema mayor que se complementa con:

i. Un escaso registro institucional en la Sunarp sobre empresas familiares.

ii. Una débil institucionalidad y proyección del Reniec en la sociedad peruana que no ha logrado identificar las relaciones familiares a la muerte del causante, en el contexto sucesorio. Referencia que se manifiesta con el hecho de mantener una legislación que

permite la «exposición» y «registro» de sucesores forzosos no identificados al inicio de un procedimiento sucesorio, especialmente cuando estas personas han formado parte de un grupo familiar que no era de conocimiento de los familiares de mayor edad o con legitimidad prioritaria en el ámbito sucesorio.

iii. Una escasa proyección del patrimonio empresarial en el ámbito del registro de bienes y recursos en el extranjero. Situación que en la actualidad está siendo evaluada por la Sunat (2025), pero sobre la cual no se ha registrado una mayor referencia y que permite la informalidad económica a favor de solo una parte de los sucesores forzosos en caso se produzca la muerte del fundador o del familiar con mayor injerencia en la gestión empresarial del grupo familiar.

Cabe mencionar que la formalización es un proceso crucial para asegurar la sostenibilidad de las empresas familiares y, por ende, la superación a la brecha generacional. Sobre todo, en este ámbito, los aportes de la familia como institución y las relaciones laborales que derivan de ella representan una oportunidad para generar cambios progresivos en una organización empresarial, facilitando su crecimiento y formalización (Hinojosa, 2024).

De esta manera, tanto la informalidad en las relaciones interpersonales como la informalidad económica de los grupos empresariales son situaciones que no contribuyen a la permanencia y el progreso de las empresas familiares, por lo que es imprescindible profundizar en el estudio de sus principales factores y alcances.

3. LA EMPRESA FAMILIAR Y SU TRATAMIENTO DOGMÁTICO Y LEGISLATIVO EN EL PERÚ

Ante lo expuesto previamente, en este acápite corresponde analizar el ámbito de la doctrina nacional, que es de reciente data, tanto en lo concerniente a lo regulatorio empresarial y familiar como a nivel de evaluación de casuística.

En tal virtud, es posible detallar algunas condiciones especiales:

a) Pocos especialistas en el ámbito del derecho de familia y del derecho sucesorio han tratado y evaluado el alcance de las empresas familiares.

   Al respecto, la mayoría de los investigadores en estas dos áreas del derecho se han focalizado en la evaluación de las instituciones tradicionales como si la realidad social peruana permitiera mantener elementos dogmáticos tradicionales del siglo pasado.

   No se ha tomado en cuenta el contexto constitucional (Bermúdez-Tapia, 2011), el desarrollo económico y social del país y el modelo regulatorio de cómo funciona el mercado peruano, para así modificar el panorama dogmático en las especialidades del derecho de familia y derecho sucesorio.

b) En el ámbito sucesorio, como especialidad autónoma, no es posible identificar el contexto jurisprudencial, por cuanto la mayoría de decisiones judiciales focaliza la atención de elementos del derecho civil y el derecho de familia, antes que a los vinculados al ámbito sucesorio.

c) La mayoría de trabajos relacionados a grupos empresariales focaliza su atención en la evaluación de elementos teóricos económicos y empresariales, debido a que se asume una subespecialidad en dicho ámbito debido a la naturaleza del objeto de estudio.

d) Pocos estudios enfatizan la perspectiva de la dirección de la empresa, sobre todo porque existe un elevado secretismo académico y profesional en la especialidad.

e) La mayoría de los estudios se centra en la evaluación de cómo es que debe «formalizarse» la empresa familiar, sin tomar en cuenta su contexto interno.

f) La mayoría de las empresas familiares registra un inicio informal y sujeto a la coyuntura temporal del país.

g) La mayoría de las empresas familiares no registra una condición de capital uniforme, inclusive esta referencia se extiende a un modelo empresarial donde las inversiones y el capital poco son evaluados por el administrador respecto de su registro contable o tributario.

4. EL PROBLEMA SUCESORIO O EMPRESARIAL A LA MUERTE DEL CAUSANTE

Lo anteriormente evaluado nos permite focalizar nuestra atención en la gestión de la administración de la empresa familiar a la muerte del fundador.

De acuerdo con Marcelino y otros (2020), para abordar esta problemática, es preciso tomar en consideración un aspecto importante: la profesionalización de la empresa. Para lo cual, resulta esencial enfocar el rol o comportamiento de cada actor en la organización empresarial, sea interno o externo, pero especialmente en este último, ya que su actuación conlleva al debate sobre quién es la persona más adecuada y eficiente para gestionar la administración de la empresa familiar.

Por otro lado, se presenta un problema significativo, si observamos que la legislación nacional no ha sido desarrollada para atender este aspecto, no tomándose en cuenta que ello impacta en la economía nacional, con lo cual se requiere una necesaria reconfiguración de la legislación nacional para así hacerla funcional y legítima (Bermúdez-Tapia, 2018).

Consideramos en este punto, como principales problemas en la gestión de la dirección de la empresa familiar a la muerte del fundador, las siguientes referencias:

a) La dirección de la empresa cuando existen sucesores del mismo nivel y con las mismas aptitudes. Las condiciones personales y familiares entre los sucesores forzosos pueden provocar una severa crisis en la gestión de la empresa familiar.

b) La división del patrimonio empresarial familiar cuando existen varios grupos familiares. Especialmente cuando el origen de estos grupos familiares se produjo a consecuencia de actos de mala fe o actos de egoísmo, con lo cual los conflictos internos en la gestión de la empresa familiar pueden provocar problemas en la transitabilidad del gobierno corporativo.

c) La existencia de herederos forzosos con representantes legales ambiciosos. Un problema especial y diferenciado que se registra sobre todo por la administración directa de los derechos sucesorios (Bermúdez-Tapia, 2019b).

d) La gestión interna de la empresa familiar a la muerte del fundador. Vinculada al ámbito de la dirección de secciones de la empresa, especialmente porque el sucesor puede asumir comportamientos o actitudes diferentes a las del causante.

Como se puede observar, este panorama de estudio permite una mayor proyección en los estudios interdisciplinarios entre lo económico y lo familiar-sucesorio.

5. EL PROBLEMA EN LA GESTIÓN FAMILIAR VISTO DESDE EL ÁMBITO ECONÓMICO

Siguiendo con la problemática expuesta, es propicio partir de la concepción que engloba el término «empresa familiar» que si bien se trata de una definición no uniformizada y heterogénea, es posible deducir cierto consenso.

Al respecto, para Aranda y otros (2021), una compañía es familiar siempre que exista cuando menos dos generaciones de una familia cuyo vínculo influye sobre los objetivos e intereses familiares. Siendo así, una de las dimensiones esenciales que caracteriza a toda empresa familiar y a su vez representa una cuestión económico-sucesoria, es el relevo generacional.

En su desarrollo, la empresa enfrenta diversos retos, siendo uno de ellos la exigencia de una capacidad de gestión administrativa cada vez mejor, lo que implica mayor preparación de los gerentes y/o directivos, así como mayores recursos en virtud de una corporación más consolidada profesionalmente (Quero y otros, 2024).

Resulta complicado, entonces, superar tales exigencias solo empleando recursos propios del grupo familiar, especialmente cuando debe materializarse un cambio generacional, debido a que sobre los nuevos directivos recae la tarea de prolongar el legado familiar empresarial, preservando su competitividad, nivel y capacidad en equilibrio con su profesionalismo.

Así, el desarrollo de la economía interna de un país puede verse beneficiado en tanto las actividades de la empresa familiar se alineen al mantenimiento de una visión empresarial orientada a optimizar sus facultades y habilidades en el manejo del talento humano en el escenario laboral (Quero y otros, 2024).

En esa misma línea, y tal como lo señalamos anteriormente, en este punto se presenta un debate sobre quién es el sujeto más adecuado para dirigir la gestión de la empresa familiar, lo cual se expone a continuación:

Marcelino y otros (2020) señala que, por una parte, existen quienes defienden la postura de que la familia debe ser profesionalizada para que sean sus propios integrantes o herederos quienes puedan tener el control administrativo empresarial y así generar un mayor desempeño respecto a su economía.

Prosiguen los autores advirtiendo que, por otra parte, hay quienes sostienen que, en lugar de que un heredero asuma la administración de la empresa, resulta más acertado que se contrate a un sujeto externo para ejercer tal función, de manera que la gestión de la empresa se encuentre verdaderamente profesionalizada.

En ese sentido, las estadísticas de las investigaciones demuestran que, al hacer un parangón entre los resultados de las acciones directivas de un miembro de la familia y un externo, es posible advertir un mejor resultado económico en las empresas familiares cuando estas tienen en su dirección a sujetos profesionales, que no precisamente son parte de la familia (Marcelino y otros, 2020).

Entonces, desde una perspectiva económica, lo anterior permite motivar la relevancia que supone analizar con mayor seriedad la cuestión sucesoria por estar ligada a la dirección de la gestión empresarial por parte de los propios familiares, así como la inclusión de sujetos externos en la administración de la empresa familiar, donde el proceso de la profesionalización constituye un aspecto de gran importancia.

6. EL PROBLEMA EN LA GESTIÓN FAMILIAR VISTO DESDE EL ÁMBITO FAMILIAR-SUCESORIO

En este apartado, en primera instancia, debemos mencionar que uno de los principales motivos por los que se lleva a cabo el relevo generacional es la muerte del fundador. Generalmente, esto se debe a que los predecesores no tienen el interés debido por elaborar un plan de sucesión o invertir en la preparación de los sucesores.

Siendo así, Avellán y Hernández (2021) destacan cuatro dimensiones del relevo generacional que se deben tomar en cuenta: i) la sucesión en el liderazgo; ii) la sucesión de la propiedad; iii) la definición y preservación del legado y los valores familiares; y, iv) la transferencia de riqueza a la próxima generación.

De forma precisa, en la segunda dimensión, que tiene que ver con el gobierno corporativo, la distribución de acciones o participaciones y la asignación de cargos, es donde se debe advertir si el fundador ha dejado un testamento, esto cuando la sucesión se produce por causa de muerte y no se cuenta con una asignación del sucesor ya establecida.

Por ello, la cuestión sucesoria es fundamental en la medida que, en el Perú, el fallecimiento del fundador de una empresa familiar deja expuesta una serie de deficiencias en lo que respecta a la planificación patrimonial y la gobernabilidad que puede amenazar la permanencia de este tipo de empresas.

Para Ticona y Neira (2023), la falta de un plan sucesorio adecuado, sea que contemple una sucesión testamentaria, la constitución de un fideicomiso testamentario o un pacto societario, ocasiona que se dé paso a una transmisión automática de participaciones a múltiples herederos y, en consecuencia, a la copropiedad, situación que complica la toma de decisiones y conlleva a una eventual paralización de la gestión operativa.

Asimismo, la carencia de instrumentos estatutarios, así como la elaboración de protocolos familiares que difieran la titularidad de la gestión provoca un conjunto de riesgos de conflicto interno, ventas forzadas o pérdida de valor económico, entre otras situaciones.

Al respecto, en el marco normativo peruano, el artículo 660 del Código Civil dispone que la herencia se transmite desde el momento de la muerte del causante.

Así, la sucesión familiar en el ámbito empresarial tiene una aplicación sujeta al régimen hereditario previsto en la legislación civil, respetando la legítima de los herederos forzosos y haciendo posible que, a través del testamento o de cláusulas estatutarias, el fundador pueda garantizar la continuidad y administración de la empresa. A decir de Avilez y Chacaliaza (2021), dicha regulación está orientada a equilibrar los derechos hereditarios con la estabilidad y continuidad de la empresa familiar, aunque en la práctica la falta de previsión testamentaria y de instrumentos de planificación provoca constantes conflictos judiciales, así como la pérdida de valor patrimonial.

7. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

A fin de contrarrestar la problemática antes expuesta, resulta conveniente articular las disciplinas sucesorias, familiares y corporativas.

Como punto de partida, Arenas y Rico (2014) advierten que los conflictos que presenta una empresa familiar se deben primordialmente a la inexistencia del denominado protocolo familiar, cuyo contenido incide en la gestión de la empresa en tanto se encarga de regular las relaciones económicas y profesionales entre la familia y la empresa, teniendo como propósito garantizar la continuidad esta última a través de las futuras generaciones familiares.

Por ello, las familias que cuentan con una dirección eficiente y estratégica son capaces de elaborar un protocolo familiar, dado que se encuentran bien organizadas como grupo familiar, siendo que la mayoría de ellas tienen un plan de sucesión de la propiedad.

En términos simples, el protocolo familiar es un mecanismo que prevé la sucesión, pues permite actuar con antelación para abordar eventuales conflictos de la manera más adecuada, por eso su elaboración debe efectuarse estratégicamente.

Ahora bien, la planificación sucesoria de modo preventivo, o sea mediante el empleo de testamentos, fideicomisos testamentarios o pactos sucesorios, facilita la transmisión ordenada de participaciones y aminora la fragmentación patrimonial (Avilez y Chacaliaza, 2021).

En particular, el fideicomiso testamentario permite delimitar a los beneficiarios y los mecanismos de administración hasta que la empresa familiar pueda alcanzar estabilidad. Además, la adopción de protocolos familiares y normas de gobierno corporativo que integren criterios de incorporación de herederos, requisitos para asumir cargos y reglas de valoración y transferencia de participaciones, protege la gestión empresarial y previene conflictos (Vela y otros, 2023).

Aunado a ello, la formación de la generación sucesora y la asesoría legal, tributaria y financiera fomentan la profesionalización, mientras que la previsión de mecanismos alternativos de resolución de controversias como la mediación o el arbitraje familiar proporciona vías más rápidas y confidenciales que el litigio judicial.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

La continuidad o propiamente el destino de la empresa familiar a la muerte del fundador demanda el empleo tanto de instrumentos sucesorios, reglas estatutarias y protocolos familiares que, primero, garanticen la separación entre la propiedad y la gestión; y, luego, incorporé la asesoría técnica y vías alternativas de solución de conflictos. De esta manera, la adecuación de estos mecanismos al marco normativo peruano y la formación de los herederos constituyen los ejes medulares para la preservación del valor patrimonial y la estabilidad de las empresas familiares.

9. REFERENCIAS

ARANDA, E., MARTÍN, V. y SANTOS, J. «Importancia económica de la empresa familiar. Una aproximación desde la política económica». En *International Review of Economic Policy-Revista Internacional De Política Económica*, vol. 3, n.° 1, 2021, pp. 99-118.
https://turia.uv.es/index.php/IREP/article/view/21260

ARCA CONTINENTAL LINDLEY. *Nuestra historia.* 2025. https://www.arcacontinentallindley.pe

ARENAS, H. y RICO, D. «La empresa familiar, el protocolo y la sucesión familiar». En *Estudios Gerenciales*, vol. 30. n.° 132, 2014, pp. 252-258.
https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/1812/PDF

AVELLÁN, V. y HERNÁNDEZ, V. «Caracterización del proceso de sucesión generacional en empresas familiares de países sudamericanos». En *Entreciencias: Diálogos en la Sociedad del Conocimiento*, vol. 9, n.° 23, 2021, pp. 1-16. https://www.scielo.org.mx/pdf/edsc/v9n23/2007-8064-edsc-9-23-e2380242.pdf

AVILEZ, O. y CHACALIAZA, L. *El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima* [Trabajo de investigación de maestría, Universidad de Lima]. Repositorio Institucional de la Universidad de Lima. 2021. https://hdl.handle.net/20.500.12724/13767

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: San Marcos, 2008.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *Los derechos y obligaciones paternofiliales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017a.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *El derecho de familia en la posmodernidad*. Trujillo: UPAO, 2017b.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. «Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho». En MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. e ISLAS COLÍN, A. (ediciones). *Derechos humanos y su interacción en el Estado constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, pp. 167-186.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2019b.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019a.

BOZA, B. *Familias empresariales*. 2020. https://www.ey.com/es_pe/insights/entrepreneurship/familias-empresarias#:~:text=Cerca%20del%2080%25%20de%20empresas,el%2060%25%20y%2070%25

CASTILLO FREYRE, M. *Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023.

CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Decreto Legislativo n.º 295*. 1984.

EL PERUANO. *80 % de empresas son familiares*. 2019. https://elperuano.pe/noticia/81789-80-de-empresas-son-familiares

ESTRATEGIAS Y NEGOCIOS. *Empresas familiares en Perú: solo 44 % sobreviven a la primera generación*. 2023. https://eyng.pe/web/2023/08/09/empresas-familiares-en-peru-solo-44-sobreviven-a-la-primera-generacion/

GRABINSKY, Salo. *La empresa familiar: guía para crecer y sobrevivir*. México D. F.: Del Verbo Emprende, 1994.

HINOJOSA, C., POLO, B., MEDINA, E. y HINOJOSA, M. «Transformación empresarial del sector comercio: Formalización de las empresas familiares en Perú». En *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 30 (número especial 9), 2024, pp. 330-344. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9645073

La Cámara. *El 80 % de empresas en Perú son familiares y enfrentan grandes desafíos*. 2024. https://lacamara.pe/el-80-de-empresas-en-peru-son-familiares-y-enfrentan-grandes-desafios/

LEY GENERAL DE SOCIEDADES. *Decreto Legislativo n.º 26887*. 1997.

MARCELINO, M., TORRES, A., MUÑOZ, D. y CAMACHO, A. «Profesionalización en la Empresa Familiar: Evolución y líneas de investigación». En *Nova scientia*, vol. 12, n.° 25, 2020, pp. 1-35. https://www.scielo.org.mx/pdf/ns/v12n25/2007-0705-ns-12-25-00018.pdf

PALADINO, M., TRAVERSO, L. y CAPUTO, P. *De la empresa familiar a la familia empresaria*. Sopla. 2020. https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=2fj5DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA5&dq=la+empresa+familiar+en+peru&ots=RsDai33FGv&sig=jcEdwANIdRT-azkeI9l0QMB-Hwo

PERÚ.21. *César Acuña: Comprendo a Rosa Núñez porque aún no entiende el motivo de nuestra separación.* 2019b

Perú.21. *Raúl Diez Canseco "no le robó la novia a su hijo" (la verdad despues de 13 años).* 2019. https://peru21.pe/lima/raul-diez-canseco-le-robo-novia-hijo-384116-noticia/

QUERO, E., MALDONADO, D. y ISEA, J. «Estrategias gerenciales competitivas para configurar un modelo de perfil gerencial en la empresa familiar». En *Gestio et Producti: Revista Electrónica de Ciencias Gerenciales*, vol. 6, n.° 10, 2024, pp. 55-74. https://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S2739-00392024000100055&script=sci_arttext

RENDÓN COBIÁN, Marcela. «Cultura y organización en la empresa familiar». En *Iztapalapa*, vol. 24, n.° 55, julio-diciembre, 2003.

SUNAT. *Tengo ingresos del extranjero.* 2025. https://personas.sunat.gob.pe/tengo-ingresos-extranjero

TICONA, F. y NEIRA, E. «Sucesión generacional y continuidad empresarial en las micro y pequeñas empresas familiares del sector textil». En *360: Revista De Ciencias de la Gestión*, vol 8, n.° 8, 2023, pp. 1-14. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/360gestion/article/view/27341/25603

UNIVERSIDAD DE PIURA. *En el Perú, solo el 15 % de las empresas familiares logran llegar a la tercera generación.* 2014. https://www.udep.edu.pe/hoy/2014/12/en-el-peru-solo-el-15-de-las-empresas-familiares-logran-llegar-a-la-tercera-generacion/

VELA, L., DÁVILA, J., CÉSAR, J. y HERRERA, J. «Gestión y sucesión en empresas familiares: Revisión bibliométrica». En *Salud, Ciencia y Tecnología - Serie de Conferencias 2023*, vol. 2, n.° 460, 2023, pp. 1-16. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9871949.pdf

DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONCEPTOS DE EMPRESA Y SOCIEDAD

Daniel Roque Vítolo[*]

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Constituye —en lo personal— un especial honor y privilegio haber sido convocado para participar con una contribución en una obra de homenaje al profesor doctor Ulises Montoya Alberti, quien representa uno de los pensamientos más lúcidos del derecho mercantil peruano y latinoamericano.

La trayectoria de este jurista es sumamente significativa, pues a sus grados académicos que lo llevaron a ser designado profesor emérito de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima —de la cual también fue decano en su Facultad de Derecho y Ciencia Política— se agrega la experiencia en el campo profesional presidiendo en su momento el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Economistas y la Federación Interamericana de Abogados, cumpliendo —asimismo— un relevante papel como referente del mundo empresario, actuando como director ejecutivo en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú y —también— como gerente central de Negocios Internacionales del Banco de la Nación.

Sus obras vinculadas con el derecho mercantil son siempre referidas —*El derecho económico*, *La inflación y el derecho*, *Economía y derecho*, *El arbitraje comercial*, *Legislación comercial y bancaria*, *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*, *Derecho comercial* (tres tomos)— así como los numerosos artículos de doctrina por él publicados.

Vayan —pues— en su honor estas humildes y breves reflexiones sobre la empresa y el derecho de sociedades a modo de celebración de su fructífera trayectoria.

2. LA EMPRESA EN EL MUNDO JURÍDICO

En las diversas legislaciones del mundo, ya sea por vía orgánica o aisladamente se ha introducido la figura de la empresa como protagonista de la actividad económica, comercial e institucional.[1] De hecho, la empresa —aún sin subjetivización jurídica— adquiere el rasgo de ser un verdadero «actor social».[2]

---

[*] Abogado (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de San Marcos de Lima (Perú); posdoctor en Derecho por la Universidad de Bologna (Italia); posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA); posdoctor en Derecho por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA); maestro del derecho por la Universidad Abierta Interamericana (UAI); profesor titular emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA); académico de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; director del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino; coautor de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 de Argentina; uno de los 100 juristas convocados para redactar el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (sancionado por Ley 26.994).

[1] Véase BOLTANSKI, Luc y CHIAPELLO, Eve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. México D. F.: Akal, 2002.

[2] Véase ARAQUE PADILLA, Rafael y MONTERO SIMÓ, María José. *La responsabilidad social de la empresa a debate*. Barcelona: Icaria, 2006.

A través de la regulación en forma autónoma, su mención en disposiciones aisladas, el reconocimiento de la calidad o carácter de empresario de su titular, o la sistematización de los contratos vinculados a su actividad, la empresa ha irrumpido en el mundo jurídico con un auge y un protagonismo inusitados.

En este aspecto, una vez más, como en sus orígenes, el derecho mercantil se ve impulsado a consagrar legislativamente una realidad que se desarrolla en forma creciente,[3] instituyendo una categoría quizás antes no concebida.[4]

La empresa es, justamente, este fenómeno el que asume, en nuestros días y desde hace años, el centro del debate en la búsqueda de su regulación específica.

En alguna oportunidad, al analizar el tema, hemos tomado posición y sostenido el carácter indudablemente institucional de la empresa.[5]

Los fundamentos esgrimidos eran los siguientes:

a) La empresa es la resultante de elementos diversos asociados, en su función económica, con la actividad de personas que le dan vida y desenvolvimiento.

b) Ella adquiere una fisonomía propia basada en la coordinación de los elementos que la componen, y a su vez distinta.

c) La empresa adopta la forma de un ente creado por la costumbre o la ley —según el caso— perteneciente a una categoría distinta a las de sujeto y objeto.[6]

Pero aquella fundamentación resulta viable dentro de un marco sociológico que avale el concepto de empresa como institución. Contrariamente, al ceñirnos a un ámbito de una disciplina más rigurosa, como lo es el derecho, algunos obstáculos aparecen como insalvables.[7]

En primer lugar, para que jurídicamente podamos afirmar que algo es una «institución», ese algo debe estar instituido y, en nuestra legislación, tal institución no existe —al menos subjetivizada—.[8]

Del mismo modo, considerar a la empresa como un sujeto, solamente, ha de agregar elementos que dificultan su concepción, pues no podemos escapar a ciertas confusiones que resultan comunes de identificar a la empresa con las sociedades, con la figura del empresario, o con otro sujeto de derecho.[9]

Ello nos llevaría a tener que precisar cuál de ellos es el verdadero sujeto, pues no resulta razonable afirmar que ambos los son si los confundimos en un solo concepto.

Con razón, Schmidt advierte que el concepto jurídico de empresa no es una categoría claramente definible tampoco en el derecho mercantil, desembocando en la concepción de Julius von Gierke, quien indica que por empresa debe *entenderse* «[…] un ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y los derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas

---

3 Véase RAVÀ, Tito. *La nozione giuridica di impresa*. Milano: 1945, comentada por Halperin en *La Ley* 55-1051.

4 Bastaría con leer nuevamente el trabajo de ARECHA, Waldemar. «Personalidad de la empresa comercial». En *Revista de Derecho Comercial*, en Buenos Aires, allá por el año 1841.

5 Véase WETZLER, Eric y VÍTOLO, Daniel Roque. «La empresa, un verdadero desafío para la ciencia jurídica». En *Revista Dirección y Gestión*, n.º 1, 1978.

6 Véase VÍTOLO. *Manual de derecho comercial*. Tercera edición. Buenos Aires: Estudio, 2023.

7 Véase Salvador Perrota en la nota bibliográfica realizada a la obra de ARECHA, Waldemar. «La empresa comercial». En La Ley, 59-1026.

8 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

9 Sin embargo, no es necesariamente lo que sostiene otra parte de la doctrina. Puede verse SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997, quien ya analizaba el tema en profundidad en la década del noventa.

que le corresponden […]», y que —en la concepción de Raisch—, si la empresa es —entonces— la unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado, ella contiene —o debe contener— las siguientes características esenciales:[10]

i. Un mínimo de medios materiales y personales.

ii. Una mínima medida de organización unitaria.

iii. La presentación de la unidad económica en el mercado.

Además, el notable aporte que la sociología efectúa al tema no puede dejar de ser considerado.[11] Quizás el derecho deba afrontar, finalmente, el fenómeno de la empresa y, en nuestro país, concebirla institucionalmente, recogiendo una realidad económica, con el sustento de la disciplina sociológica, en una temática que ha revolucionado el estudio del derecho mercantil en el siglo pasado y lo revolucionará aún más en el siglo actual.[12]

Es que, como en las organizaciones en general, en el enfoque de la empresa tradicional prevalecía el criterio de considerarla un sistema cerrado, o instrumento racional para el logro de objetivos fijos (formales) entre los cuales prevalecía el lucro. Pero la complejidad de las condiciones sociales de nuestra época y la velocidad del desarrollo tecnológico y consiguiente cambio social motivaron un nuevo enfoque de la empresa como un sistema abierto que interactúa constantemente con el contexto, del que recibe insumos (ingresos) y al que provee de productos o servicios (egresos).[13]

La empresa ya no se concibe como un ente aislado que existe en un vacío, sino dentro de dicho contexto, a cuyas influencias y presiones está sujeta.[14]

En otros términos, el enfoque del sistema abierto considera a la empresa como un subsistema social que funciona dentro de un sistema social más amplio, con elementos que —incluso— comprenden hasta aspectos éticos.[15]

Este análisis llega a plantearse la influencia de la acción que el subsistema ejerce sobre el sistema global, y es allí donde aparece la relación entre poder y responsabilidad social que nos mueve hasta ámbitos antes impensados.[16]

Resulta interesante la posición de Davis y Blomström,[17] quienes han sostenido —desde hace muchos años— que casi todo el poder ejercido por la empresa es funcional, es decir que el poder que la sociedad otorga a la empresa es más o menos suficiente para que esta desempeñe las funciones que la sociedad espera de ella. Es un poder, entonces, para hacer algo, más que un poder sobre algo o alguien.[18]

---

10 Véase SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial... cit.*

11 Véase SAINSAULIEU, Renaud y KIRSCHNER, Ana María. *Sociologia da empresa. Organização, cultura e desenvolvimento*. Río de Janeiro, DP&A, Lamparina, 2006.

12 Véase BAIGORRI, Artemio. *Introducción a la sociología de la empresa*. Kindle Edition, 2013.

13 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa, cit.*

14 Véase SEN, Amartya K.; SCAZZIERI, Roberto y ZAMAGNI, Stefano (eds.). *Markets, Money and Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

15 Véase MORENO PÉREZ, Carlos María. *Ética de la empresa*. Barcelona: Herder, 2017.

16 Véase MONTERROSO CASADO, Esther. *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

17 DAVIS, Keith y BLOMSTRÖM, Robert L. *Responsabilidad de la nueva empresa*. Buenos Aires: Marymar, 1976.

18 Véase SEN, Amartya K. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus, 2010.

Así, siguiendo estos conceptos, las responsabilidades sociales de los empresarios[19] surgen de la cantidad de poder social que poseen —y cuanto más grandes y globalizadas, el poder es mayor—.[20]

Una concepción de la empresa de esta naturaleza parecería —en una visión clásica del fenómeno—, en principio, vulneratoria de la libertad comercial o del régimen establecido por este derecho especial; sin embargo, cabe recordar que la evolución del derecho mercantil a lo largo de la historia ha hecho que una de las características actuales en las tendencias modernas sea la publicitación del mismo, como rama autónoma del derecho privado, lo cual lleva a que —también en el ámbito de la empresa— ese nuevo carácter público que invade nuestro derecho, deje sentir su influencia y hasta revolucione —en cierto modo— la idea de que las organizaciones empresarias escapan a otros aspectos, problemas o realidades humanas que se encuentren por fuera del mero tráfico mercantil o el concepto de lucro.[21]

Y ello hasta ha llegado a propiciar denominaciones empresarias o calificaciones de la actividad empresarial que no dejan de sorprender, como la que alude al concepto de una empresa «ciudadana»,[22] y la actual arista que adjudica a la empresa una «responsabilidad social»[23] y le exige —además— una necesaria «sostenibilidad».[24]

3. LA EMPRESA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación —en Argentina— no prevé normas específicas para conformar una suerte de «estatuto del comerciante» o «empresario», como tampoco respecto de «la empresa», ni se hace referencia a estos conceptos en el texto de las normas positivas.[25]

En efecto, las únicas alusiones que el Código efectúa respecto de las empresas o del empresario pueden encontrarse en:[26]

a) Normas en materia de registración y contabilidad —artículo 320—.

b) Poderes especiales para constituir uniones transitorias de empresas o agrupamientos de colaboración empresaria —artículo 375—.

---

19 Véase FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio y GALA DURÁN, Carolina (coords.). *La responsabilidad social empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2009, que comprende varios estudios que han abordado el análisis del concepto desde las ciencias económicas, la sociología y las ciencias políticas, incorporándose últimamente al debate las ciencias jurídicas, en la cual se ofrecen una serie de reflexiones en torno a las consecuencias jurídicas de la realización de conductas socialmente responsables.

20 Véase RUGGIE, John Gerard. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*. Barcelona: Icaria, 2014.

21 Véase OLCESE SANTONJA, Aldo. *El capitalismo humanista*. Madrid: Marcial Pons, 2009, obra en la cual el autor propone un cambio del paradigma empresarial desde el corazón del sistema empresarial, con los empresarios y dirigentes como protagonistas. Su tesis apunta a la idea de liderar desde la sociedad civil económico-financiera la reformulación de un capitalismo humanista que se explicite mediante una responsabilidad social y normas de gobierno corporativo para las grandes empresas serias y comprometidas, como herramientas de una gestión empresarial moderna, más rentable y al mismo tiempo más solidaria, que configure un concepto de lo que en la modernidad se califica o denomina como la «Nueva empresa responsable y sostenible».

22 Véase LOZANO, Josep M. *La empresa ciudadana como empresa responsable y sostenible*. Madrid: Trotta, 2009.

23 Véase NAVARRO GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad social corporativa*. Madrid: ESIC Editorial, 2024; MARCO FRANCIA, Pilar; JIMÉNEZ MONTAÑÉS, María Angela; VILLALUENGA DE GRACIA, Susana. *Responsabilidad social y COVID-19*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022; ABELLÁN LÓPEZ, María Ángeles; RODRIGUEZ DEL PINO, Juan Antonio. *Nuevas tendencias sociales en la responsabilidad social corporativa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2021; BOLDÓ RODA, Carmen. *Responsabilidad social corporativa. Nuevos retos, nuevas soluciones*. Castellón: Universidad Jaume I, 2021; BARRIO FRAILE, Estrella. *Responsabilidad social corporativa*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya (UOC), 2019; y, GARCÍA CALVENTE, Yolanda y SOTO MOYA, María del Mar. *Manual de responsabilidad social de las organizaciones*. Granada: Comares, 2019; entre otros.

24 Véase NAVARRO GARCÍA, Fernando. *Derechos humanos en la empresa sostenible*. Madrid: ESCIC Editorial, 2025; BATALLER GRAU, Juan y BOQUERA MATARREDONA, Josefina. Responsabilidad social y sostenibilidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; GIL SÁNCHEZ, Guacimar. *Responsabilidad social corporativa*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2018; VIDAL MARTÍNEZ, Isabel y MORRÓS RIBERA, Jordi. *Responsabilidad social sostenibilidad GRI e ISO 26000*. Madrid: FC Fundación Confemetal, 2014; CASTELLÓ MUÑOZ, Enrique. *La empresa bancaria sostenible y responsable*. Madrid: ESIC, Editorial, 2022; SANCHÍS PALACIOS, Joan Ramón; CAMPOS I CLIMENT, Vanessa; EJARQUE CATALÁ, Ana Teresa. *Emprendimiento sostenible*. Madrid: Ediciones Pirámides, 2020; y RAVINA RIPOLL, Rafael; TOBAR PASÁNTEZ, Luis Bayardo y GALLARDO CORONIT, Araceli. *Claves para un desarrollo sostenible*. Granada: Comares, 2018; entre otros.

25 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Erreius, 2016.

26 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Buenos Aires: Estudio, 2017.

c) Conservación de la gestión empresarial en los pactos de herencia futura —artículo 1010—.

d) En los contratos de consumo, para delimitar el concepto de la contraparte del consumidor —artículo 1093—.

e) En la definición y desarrollo del contrato de agencia —artículos 1479, 1481, 1482, 1483, 1484, 1485, 1487, 1488, 1497, 1498, 1499, 1500—, donde también en un sinnúmero de artículos, se menciona al «empresario» como contraparte del «agente» —ver artículos 1479 a 1500—.

f) En el contrato de concesión —artículo 1502—.

g) En los conjuntos inmobiliarios respecto de los parques empresariales o del destino dado al inmueble —artículo 2073—.

h) En lo que hace al derecho de los herederos a oponerse a la partición de un establecimiento de titularidad del causante cuando hubiera participado activamente en la explotación de la empresa —artículo 2333—.

i) En el modo de efectuar la partición si se debe dividir una empresa —artículo 2377—.

Simplemente, en la sección séptima del título IV del libro primero se establecen normas particulares relativas a la contabilidad y estados contables como exigencia respecto de todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios.[27]

Sin perjuicio de lo mencionado, el artículo 320 del Código señala que quedan excluidas de las obligaciones previstas las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

4. LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA

Si entonces podemos concluir en que la empresa es actividad más organización, conformando un objeto o conjuntos de objetos para el derecho, respecto de los cuales pueden generarse, mantenerse y combinarse diversas operaciones y negocios económicos y jurídicos,[28] y que la empresa —al menos en nuestro derecho positivo argentino— no está subjetivizada ni tiene carácter de sujeto de derecho ni de persona jurídica privada,[29] cabe preguntarse: ¿quién es el sujeto titular de esa organización, de esos bienes, de las relaciones jurídicas y económicas que surgen de la actividad empresaria, y a quiénes debemos considerar los centros de imputación diferenciados de conducta por el desenvolvimiento de la empresa?

Pues bien, esto es algo de lo que se ha ocupado satisfactoriamente la doctrina alemana a partir de los estudios clásicos de Düringer, Hachenburg y Geiler, a los que se refiere magníficamente Schmidt,[30] concluyendo que los titulares de la empresa pueden ser tanto:

---

27 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *¿Qué queda del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?* En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 2012-3.

28 Véase SANDVIK, Pal Thonsad. *Multinationals, subsidiaries and national business systems*. London: Pickering & Chato (Publishers) Ltd., 2012.

29 Véase el artículo 148 el Código Civil y Comercial de la Nación.

30 Véase SCHMIDT, *Derecho Comercial*... cit.

i. Personas humanas.[31]

ii. Personas jurídicas —públicas o privadas—.[32]

En tal sentido, la relación entre empresa y sociedad en lo que hace a los aspectos de relaciones jurídicas y económicas es una relación organizacional con campos diversos, pero integrados, pero en los cuales se destaca una relación de titularidad o dominio por parte del sujeto persona humana o persona jurídica privada sobre los bienes materiales e inmateriales que componen la empresa, al mismo tiempo que de titularidad de las relaciones jurídicas, económicas y sociales que la empresa genera a partir del desarrollo de su actividad, conformando esa persona humana o persona jurídica —calificada como «empresario»— el centro diferenciado de imputación de conductas atribuible a la actividad empresarial que desarrolla la empresa particular de su titularidad en todos sus campos.

5. LA RELACIÓN ENTRE EMPRESA Y SOCIEDAD EN LA LEY 26.994

El legislador de la Ley 26.994 —en la República Argentina— tomó en el año 2015 la decisión de unificar el régimen societario y concentrar la regulación legal de estos sujetos de derecho —las sociedades— bajo una única ley a la que denomina Ley General de Sociedades.[33]

De tal suerte, desaparecieron de la regulación positiva —con la derogación del Código Civil— las sociedades civiles reguladas por los antiguos artículos 1648 a 1788 bis de este cuerpo legal,[34] y las sociedades comerciales que regulaba la ley 19.550 —ambas— como especies del género sociedades, las que, a su vez, pertenecen a la familia de los institutos asociativos.[35]

De esta forma, el régimen societario se unificó en una única Ley General de Sociedades 19.550, y las sociedades —a secas, ni civiles ni comerciales— conforman —como dijimos— un género de la familia de los institutos asociativos.

Asimismo —y como segunda novedad—, el legislador de la Ley 26.994 ha privilegiado reservar el instituto de la sociedad para aquellas organizaciones en las cuales exista una empresa subyacente, de modo de descartar la posibilidad de que, bajo la figura societaria, se puedan cobijar proyectos que solo persigan obtener una utilidad apreciable en dinero a distribuirse entre los partícipes del mismo, con origen en el empleo de lo que cada uno hubiera aportado, y en las cuales no exista una verdadera empresa.[36]

Para estas últimas iniciativas se han reservado los contratos asociativos regulados en los artículos 1442 a 1478 del Código Civil y Comercial de la Nación —trasladados desde la Ley 19.550 al cuerpo principal del Código, y con una regulación más amplia y flexible—, los que han sido concebidos como contratos de libre creación —ver artículo 1446—, y que no son sociedades ni se les reconoce personalidad jurídica —ver artículo 1442—.[37]

Sin perjuicio de ello llama la atención que el legislador no haya realizado cirugía mayor respecto de la norma contenida en el artículo 3 de la Ley 19.550, referido a la posibilidad de que las asociaciones

---

31 En realidad, él se refiere a «seres humanos», pero he preferido utilizar en esta clasificación el lenguaje que ha adoptado entre nosotros el Código Civil y Comercial de la Nación.

32 Schmidt efectúa una serie de disquisiciones particulares que exceden el propósito de esta tesis cuando incorpora al debate la posibilidad de que alguna parte de la doctrina considere que pueden llegar a ser titulares de empresas los socios o accionistas de una sociedad comercial, los fiduciarios, el administrador concursal, el albacea testamentario, los grupos societarios, la comunidad hereditaria y hasta lo que se conoce en el derecho alemán como «sociedad de mano común», recurriendo para ello al pensamiento de autores relevantes como Baur, Wherens, Hoffman, Flume, Wagner, Zöllner y Kötter, entre otros.

33 Véase ROITMAN, Horacio y colaboradores. *Ley General de Sociedades Comentada y anotada*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2022.

34 Véase MUGUILLO, Roberto Alfredo. *Ley General de Sociedades. Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas*. Buenos Aires: Thomson Reuters, la Ley, 2023.

35 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Reformas a la Ley General de Sociedades por la Ley 26.994*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

36 Véase VÍTOLO. *Manual de sociedades* Tercera edición. Buenos Aires: Estudio, 2023.

37 Véase NISSEN, Ricardo A. *Ley de Sociedades Comerciales comentada*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2017.

civiles puedan adoptar la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos por la ley, quedando sujetas a sus disposiciones.[38]

Pues bien, más allá de ello debemos señalar que, atento a la unificación del régimen legal, resultó necesario sustituir el contenido del título de la sección I de la Ley 19.550, para eliminar el adjetivo calificativo «comercial» que contenía en su enunciado, de modo que dicha sección I, a partir del 1 de agosto de 2015, ya no trata «De la existencia de la sociedad comercial», sino —simplemente— «De la existencia de la sociedad».[39]

Finalmente, como el legislador ha descartado mantener dentro del régimen de la ley 19.550 un sistema sancionatorio respecto del instituto de la «irregularidad» —que bajo el régimen originario se regulaba en los artículos 21 a 26 de la Ley de Sociedades Comerciales—, también debió modificarse el título de la sección IV y, en lugar de mantenerse la denominación de dicha sección como «De las sociedades no regularmente constituidas» se sustituyó por: «De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos».[40]

Esta decisión del legislador de sustituir la denominación general de la Ley 19.550 y de las secciones I y IV del capítulo I debe interpretarse, entonces —desde nuestro punto de vista—, en el sentido de que:[41]

a) La figura societaria en el nuevo régimen legal queda habilitada solamente para los supuestos en los que dos o más personas —por medio de la celebración de un contrato plurilateral de organización— o un sujeto individual, persona humana o persona jurídica —mediante una declaración unilateral de voluntad—, en forma organizada bajo alguno de los tipos previstos en la ley —o no—,[42] se obliguen a realizar aportes para afectarlos a la producción de bienes y servicios participando de las ganancias y soportando las pérdidas —con excepción del supuesto contemplado en el artículo 3, respecto de las asociaciones civiles—.

b) Consecuentemente, todo otro emprendimiento que se pretenda encarar en forma asociativa en el cual no se destinen los aportes de los contratantes —o del socio único— a la producción de bienes y servicios, no podrá quedar encuadrado bajo el régimen de la Ley 19.550, sino que tendrá que canalizarse por medio de los institutos previstos en los artículos 1442 a 1447 del Código, bajo la figura de contratos asociativos, respecto de los cuales la nueva normativa señala que:

   i. Son contratos a los que no se les aplica la normativa societaria.

   ii. No constituyen sociedades ni sujetos de derecho.

   iii. En ellos las partes tienen libertad para configurarlos en cuanto a su contenido y su forma —ver artículos 1442, 1444 y 1446 del Código—.[43]

c) El sujeto de derecho individual que pretenda encarar una actividad económica que no se estructure en forma organizada no configurando —en sentido técnico— una empresa o establecimiento comercial o industrial, agropecuario o de servicios, no podrá quedar comprendido en el régimen de la Ley 19.550 modificada por la Ley 26.994 —más allá de que pueda acceder a la posibilidad de llevar contabilidad en los términos del artículo 320 del Código—.

38 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017; *Asociaciones civiles y fundaciones*. Buenos Aires: Erreius, 2016.
39 Véase DI CHIAZZA, Ivan G. y PASTORE, J. *Derecho civil y comercial. Sociedades*. Buenos Aires: Thomson Reuters, la Ley, 2021.
40 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016, tomo V.
41 Véase LORENZETTI, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.
42 Ver la sección IV, artículos 21 a 26, bajo el nuevo texto otorgado por la Ley 26.994.
43 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Estudio, 2017.

d) Desaparecen en el nuevo régimen las regulaciones específicas respecto de las sociedades civiles, las sociedades comerciales, las sociedades no regularmente constituidas —irregulares— y las sociedades de hecho con objeto comercial que estaban reguladas en los artículos 1648 a 1788 bis del Código Civil derogado y artículos 21 a 26 de la Ley 19.550, modificada por la Ley 22.903, respectivamente.

e) Se abre la posibilidad de constituir sociedades libres por fuera de los tipos previstos en la ley 19.550,[44] flexibilizándose la rigidez que la Ley de Sociedades Comerciales originariamente contemplaba en materia de tipicidad, y

f) Se admite la posibilidad de que las sociedades por acciones no solo puedan formar parte de otras sociedades por acciones,[45] sino también de sociedades de responsabilidad limitada —SRL—.[46]

Lo trascendente es que, bajo la Ley 19.550, la estructura societaria regulada por dicha ley solo es admitida en la medida en que tras la misma subyazca la existencia de una «empresa», y esa es —justamente— la relación que se establece entre ambos institutos: podrá haber empresa sin sociedad, pero no se admitirá la sociedad sin empresa.

6. LA RELACIÓN ENTRE «EMPRESA» Y «SOCIEDAD» EN LA LEY 27.349

El 2 se septiembre de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso de la Nación —ingresando el trámite por la Honorable Cámara de Diputados el 5 de septiembre de 2016— un proyecto de ley de apoyo a lo que denominó «el emprendedor», el cual tenía por objeto principal brindar un marco legal que favoreciera la creación de nuevas empresas y, particularmente, sirviera de apoyo para la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de «capital emprendedor» en la República Argentina.

Luego de haber sido considerado por la Cámara Baja, la que introdujo ciertas modificaciones al texto original, el Honorable Senado de la Nación convirtió en ley el proyecto remitido bajo el número 27.349.

Como ha ocurrido con las diversas iniciativas habidas a nivel internacional respecto de estos mecanismos de apoyo a lo que se denomina «capital emprendedor», las leyes que se dictan son complejas pues son muchos los aspectos que se deben abordar para estructurar un mecanismo de asistencia y promoción de estas actividades, y no todos ellos pueden resolverse con un solo instrumento. Incluso en algunos países —como España[47] o Chile—[48] el programa de incentivos se construye a través de varias leyes e institutos.

Y es que dentro de la identificación de las cuestiones que deben ser encaradas para superar las barreras de acceso a las nuevas iniciativas económicas de producción de bienes y servicios, y los remedios posibles, se han señalado:

---

44 Ver la sección IV, artículos 21 a 26, bajo el nuevo texto otorgado por la Ley 26.994.

45 Véase el régimen anterior en VERÓN, Alberto V. *Ley General de Sociedades*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2015; ídem, VERÓN, Teresita. *Ley General de Sociedades y otros entes asociativos*. Buenos Aires: Thomson Reuters, la Ley, 2018, entre otros.

46 Ver la nueva redacción otorgada por la Ley 26.994 al artículo 30 de la Ley 19.550.

47 La Ley de Fomento del Ecosistema de Empresas Emergentes, conocida como Ley de *startups*, sitúa a España a la vanguardia de Europa en el ámbito del apoyo a estas empresas innovadoras de base tecnológica y en la atracción de talento y capital internacional. La norma se aprobó por amplia mayoría en el Congreso de los Diputados el 1 de diciembre de 2022, tras incorporar numerosas aportaciones de los actores del sector y los diferentes grupos parlamentarios. Se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 22 de diciembre de 2022 y entró en vigor al día siguiente. La iniciativa forma parte de la Agenda España Digital 2026 y se enmarca en las reformas estructurales del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para mejorar el clima de negocios, complementando la Ley Crea y Crece y la Ley Concursal.

48 El programa «Capital semilla emprende» de Chile, es un fondo concursable de Sercotec que promueve la creación de nuevos negocios con oportunidad de participar en el mercado a través de su formalización. Para implementar el proyecto de negocio, cofinancia un plan de trabajo que incluye acciones de gestión empresarial e inversiones en bienes necesarios para cumplir el objetivo del proyecto.

i. *Brechas financieras*: las que deben cerrarse por medio de programas de «capital semilla»[49] y facilitación de acceso al crédito, y el *crowdfunding*.[50]

ii. *Asimetría de información*: lo que debe solucionarse mediante la facilitación de conexiones y prestando servicios —plataformas, redes de monitoreo y espacios colaborativos—.[51]

iii. *Ausencia de demanda*: cuya solución se encuentra en la creación de nuevos mercados, innovaciones y políticas de compras públicas.[52]

iv. *Escasa cultura empresarial innovadora:* lo que se corrige a través de un cambio cultural y con acciones dirigidas a la sensibilización sobre el fenómeno de los *start ups*,[53] y promociones de premios y eventos.

v. *Barreras legales y administrativas:* cuya corrección requiere de la reforma de marcos legales y administrativos en línea con los requerimientos de la nueva dinámica empresaria —simplificación de trámites para la creación y cierre de empresas—.[54]

---

49 Véase MORENO SERRANO, Enrique; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis y otros. *Crowdfunding*. Pamplona: Aranzadi, 2016. El «capital semilla», conocido en ocasiones como *financiación semilla*, es un tipo de oferta de acciones en la cual un inversor adquiere una parte de un negocio o empresa. El término «semilla» sugiere que se trata de una inversión temprana, lo que significa que el apoyo al negocio se realiza en su fase de creación hasta que consigue generar su propio *cash flow*, o hasta que está listo para una nueva inversión. El «capital semilla» puede incluir opciones como la financiación familiar y por amigos, la financiación de los denominados *angel investors* y, más recientemente, el *crowdfunding*. De hecho el artículo 63 de la nueva ley 27.349 dispone: «[…] Créase el Programa "Fondo semilla", en la órbita de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción, que tendrá como objeto capacitar y financiar a aquellos emprendedores que pretendan dar inicio a un proyecto o potenciar uno ya existente con grado de desarrollo incipiente. El programa otorgará asistencia técnica y financiera a los beneficiarios del mismo, los cuales serán canalizados a través de incubadoras, de acuerdo a las formas y condiciones que establezca la reglamentación. La Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa realizará convocatorias a emprendedores y empresas de reciente creación de la República Argentina interesadas en participar en el Programa "Fondo semilla", conforme la reglamentación que establezca a esos efectos. A los efectos del otorgamiento de la asistencia se evaluará y ponderará para la selección de proyectos, según lo disponga la reglamentación, los siguientes criterios no exhaustivos: a) potencial de innovación; b) representación provincial o regional; c) representación de la diversidad de los sectores productivos de la República Argentina; d) generación de empleo, y e) generación de valor. La autoridad de aplicación designará un consejo asesor que tendrá como función principal asistir a la misma en la fijación de los criterios de distribución de los fondos, y que estará compuesto por expertos y referentes nacionales del sector emprendedor, con especial consideración de las economías regionales, el desarrollo local y la innovación social, todo ello en las formas y condiciones que establezca la reglamentación. La asistencia financiera podrá consistir en créditos blandos, aportes no reembolsables (ANR) y/u otros instrumentos de financiamiento a determinar por la citada autoridad. A los efectos de la implementación del Programa "Fondo semilla", la autoridad de aplicación podrá aportar los fondos asignados al mismo con asignación específica al Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE). La Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa será la autoridad de aplicación del Programa "Fondo semilla", y estará facultada para dictar la normativa reglamentaria y complementaria […]».

50 El micromecenazgo, o *financiación colectiva*, más conocido por su expresión en inglés como *crowdfunding*, es un fenómeno de desintermediación financiera por la cual se ponen en contacto promotores de proyectos que demandan fondos mediante la emisión de valores y participaciones sociales o mediante la solicitud de préstamos, con inversores u ofertantes de fondos que buscan en la inversión un rendimiento. En dicha actividad sobresalen dos características, como son: i) la unión masiva de inversores que financian con cantidades reducidas pequeños proyectos de alto potencial; y, ii) el carácter riesgoso de dicha inversión. En términos generales, el *crowdfunding* consiste en la difusión pública, por parte de la persona que busca financiación, de la causa o negocio por el que brega, y la financiación mancomunada por parte de prestamistas independientes que simplemente simpatizan con el proyecto, o persiguen un crédito ofrecido por el prestatario. Dado que gran parte del éxito de esta forma de financiación descansa en la publicidad que se da al proyecto, las plataformas de financiación colectiva más importantes en la actualidad tienen soporte en Internet, por su alcance multitudinario y su bajo costo comparativo. El *crowdfunding* puede ser usado para muchos propósitos, desde artistas buscando apoyo de sus seguidores, campañas políticas, financiación de deudas, vivienda, escuelas, dispensarios y hasta el nacimiento de compañías o pequeños negocios. En el mismo sentido puede verse GARCÍA-PITA y LASTRES. José Luis. *Plataformas de financiación participativa y «Financial Crowdfunding»*. Valencia: Tirant lo Blanch, donde los autores analizan la Ley 5/2015 de España.

51 Véase MORALES BARCELÓ, Judith. *El derecho a la información en las sociedades mercantiles capitalistas*. Barcelona: J. M. Bosch, Editor, 2020; y VAÑÓ VAÑÓ, María José. *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario*. Pamplona: Aranzadi, 2008; entre otros.

52 Véase FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier y MARTÍNEZ ROSADO, Javier. *Derecho de sociedades y de los mercados financieros*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2018; entre otros.

53 Véase SMIL, Vàclav. *Invención e innovación*. Barcelona: Arpa Editores, 2025; TORMO NAVARRO, Marisa. *Inteligencia artificial*. Madrid: RC Libros, 2025.

54 Véase KIERAN, Dan. *Emprender*. Barcelona: Ediciones Koan, 2024; CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio. *Ecosistema del emprendimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024; y VAZQUES LEPINETTE, Tomás. *Aspectos contractuales de los start ups*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

En el caso de la Ley 27.349, la estructura escogida por el legislador para el desarrollo del capital emprendedor se compone de tres herramientas básicas.[55]

a) Medidas de apoyo financiero, subsidios e incentivos fiscales para los proyectos de "capital emprendedor" —título I, artículos 1 a 21—.

b) Mecanismos de financiamiento colectivo, como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor —título II, artículos 22 a 32, que trata del *crowdfunding*—.

c) La creación de un nuevo tipo societario, la sociedad por acciones simplificada (SAS), de simple y rápida constitución y funcionamiento, concebida como un tipo social ajeno a la Ley General de Sociedades 19.550, sin perjuicio de que se le aplique al mismo, en forma supletoria, este régimen legal en cuanto se concilie con la Ley 27.349 —sobre la que daremos mayores precisiones en el capítulo séptimo de esta tesis—.[56]

Se trata esta Ley 27.349, por cierto, de una ley de fomento a las «empresas», y dicha normativa concibe a estas nuevas empresas o sistemas de capital emprendedor empresario, organizadas bajo un tipo específico y particular de sociedades: las sociedades por acciones simplificadas (SAS).[57]

Esta es la contracara del régimen previsto en la Ley 26.994, pero que atiende al mismo fin de vinculación entre empresa y sociedad.

En efecto:

i. Así como bajo la Ley 19.550, modificada en su artículo 1 por la Ley 26.994, para que exista «sociedad» es necesario que tras la organización subyazca la existencia de una "empresa" cuya titularidad pertenezca a la sociedad.[58]

ii. ii) en el caso de la ley 27.349, la sociedad —bajo el tipo de sociedades por acciones simplificada (SAS)— se brinda una estructura jurídica organizacional específica y particular destinada a que los emprendedores, individuales o colectivos, puedan resultar titulares de empresas —haciendo especial hincapié en las empresas de innovación—, beneficiándose de las ventajas legales y operativas que brinda dicha estructura.

El caso entonces de las Ley de Apoyo al Capital Emprendedor 27.349 de Argentina, es un claro ejemplo del modo en el cual en un cuerpo legislativo específico y particular, se diferencian claramente los conceptos de empresa y sociedad, conceptualizando a la SAS como una estructura jurídica puesta al servicio de un emprendedor para el desarrollo de uno o más emprendimientos.

7. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN LÓPEZ, María Ángeles y RODRÍGUEZ DEL PINO, Juan Antonio. *Nuevas tendencias sociales en la responsabilidad social corporativa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2021.

ARAQUE PADILLA, Rafael y MONTERO SIMÓ, María José. *La responsabilidad social de la empresa a debate*. Barcelona: Icaria, 2006.

55 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Ley 27.349 comentada*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2017.

56 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. «El nuevo régimen del capital emprendedor y los emprendedores: un verdadero desafío para su interpretación y reglamentación». En *La Ley*, abril 2017, vol. LXXXI,, n.° 63-80. https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=46431&id2=49428

57 Véase VÍTOLO, Daniel Roque. *Capital emprendedor y sociedades por acciones simplificadas*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2018.

58 El artículo 1 de la Ley 19.550 bajo la redacción asignada por la Ley 26.994 exige que los aportes de los socios o del socio único sean destinados a la producción o intercambio de bienes y servicios para el mercado, a diferencia de lo que podía hacerse anteriormente utilizando la figura de la sociedad civil, cuya regulación ha sido eliminada a partir del 1 de agosto de 2015.

ARECHA, Waldemar. «Personalidad de la empresa comercial». En *Revista de Derecho Comercial*, 1841.

.

BAIGORRI, Artemio. *Introducción a la sociología de la empresa*. Kindle Edition, 2013.

BARRIO FRAILE, Estrella. *Responsabilidad social corporativa*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya (UOC), 2019.

BATALLER GRAU, Juan y BOQUERA MATARREDONA, Josefina. Responsabilidad social y sostenibilidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

BOLDÓ RODA, Carmen. *Responsabilidad social corporativa. Nuevos retos, nuevas soluciones*. Castellón: Universidad Jaume I, 2021.

BOLTANSKI, Luc y CHIAPELLO, Eve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. México D. F.: Akal, 2002.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio. *Ecosistema del emprendimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

CASTELLÓ MUÑOZ, Enrique. *La empresa bancaria sostenible y responsable*. Madrid: ESIC, Editorial, 2022.

COASE, Ronald H. *The firm, the market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

DAVIS, Keith y BLOMSTRÖM, Robert L. *Responsabilidad de la nueva empresa*: Buenos Aires: Marymar, 1976.

DI CHIAZZA, Ivan G. y PASTORE, J. *Derecho civil y comercial. Sociedades*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2021.

FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio y GALA DURÁN, Carolina (coords.). *La responsabilidad social empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier y MARTÍNEZ ROSADO, Javier. *Derecho de sociedades y de los mercados financieros*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2018.

GARCÍA CALVENTE, Yolanda y SOTO MOYA, María del Mar. *Manual de responsabilidad social de las organizaciones*. Granada: Comares, 2019.

GARCÍA-PITA y LASTRES. José Luis. *Plataformas de financiación participativa y «Financial Crowdfunding»*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GIL SÁNCHEZ, Guacimar. *Responsabilidad social corporativa*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2018.

HORTON, Paul B. *The sociology of social problems*. Décima edición. Prentice Hall College Div. 1991.

KIERAN, Dan. *Emprender*. Barcelona: Ediciones Koan, 2024.

LORENZETTI, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

LOZANO, Josep M. *La empresa ciudadana como empresa responsable y sostenible*. Madrid: Trotta, 2009.

MARCO FRANCIA, Pilar; JIMÉNEZ MONTAÑÉS, María Angela; VILLALUENGA DE GRACIA, Susana. *Responsabilidad social y COVID-19*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022

MONTERROSO CASADO, Esther. *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MORALES BARCELÓ, Judith. *El derecho a la información en las sociedades mercantiles capitalistas*. Barcelona: J. M. Bosch, Editor, 2020.

MORENO PÉREZ, Carlos María. *Ética de la empresa*. Barcelona: Herder, 2017.

MORENO SERRANO, Enrique; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis y otros. *Crowdfunding*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

MUGUILLO, Roberto Alfredo. *Ley General de Sociedades. Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas*. Buenos Aires: Thomson Reuters, la Ley, 2023.

NAVARRO GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad social corporativa*. Madrid: ESIC Editorial, 2024.

NAVARRO GARCÍA, Fernando. *Derechos humanos en la empresa sostenible*. Madrid: ESCIC Editorial, 2025

NISSEN, Ricardo A. *Ley de Sociedades Comerciales comentada*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2017.

OLCESE SANTONJA, Aldo. *El capitalismo humanista*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

RAVÀ, Tito. *La nozione giuridica di impresa*. Milano: 1945, comentada por Halperin en *La Ley* 55-1051.

RAVINA RIPOLL, Rafael; TOBAR PASÁNTEZ, Luis Bayardo y GALLARDO CORONIT, Araceli. *Claves para un desarrollo sostenible*. Granada: Comares, 2018.

ROITMAN, Horacio y colaboradores. *Ley General de Sociedades Comentada y anotada*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2022.

RUGGIE, John Gerard. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*. Barcelona: Icaria, 2014.

CAMPOS I CLIMENT, Vanessa; EJARQUE CATALÁ, Ana Teresa. *Emprendimiento sostenible*. Madrid: Ediciones Pirámides, 2020

SAINSAULIEU, Renaud y KIRSCHNER, Ana María. *Sociologia da empresa. Organização, cultura e desenvolvimento*. Río de Janeiro, DP&A, Lamparina, 2006.

SANDVIK, Pal Thonsad. *Multinationals, subsidiaries and national business systems*. London: Pickering & Chato (Publishers) Ltd., 2012.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SEN, Amartya K. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus, 2010.

SEN, Amartya K.; SCAZZIERI, Roberto y ZAMAGNI, Stefano (eds.). *Markets, Money and Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SMIL, Vàclav. *Invención e innovación*. Barcelona: Arpa Editores, 2025; TORMO NAVARRO, Marisa. *Inteligencia artificial*. Madrid: RC Libros, 2025.

TORMO NAVARRO, Marisa. *Inteligencia artificial*. Madrid: RC Libros, 2025.

VAÑÓ VAÑÓ, María José. *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario*. Pamplona: Aranzadi, 2008.

VAZQUES LEPINETTE, Tomás. *Aspectos contractuales de los start ups*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

VERÓN, Alberto V. *Ley General de Sociedades*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2015.

VERÓN, Teresita. *Ley General de Sociedades y otros entes asociativos*. Buenos Aires: Thomson Reuters, la Ley, 2018.

VIDAL MARTÍNEZ, Isabel y MORRÓS RIBERA, Jordi. *Responsabilidad social sostenibilidad GRI e ISO 26000*. Madrid: FC Fundación Confemetal, 2014.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Tercera edición. Buenos Aires: Estudio, 2023.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001

VÍTOLO, Daniel Roque. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Erreius, 2025.

VÍTOLO, Daniel Roque. Manual de Derecho Civil. Parte general, Estudio, Buenos Aires, 2017.

VÍTOLO, Daniel Roque. «¿Qué queda del Derecho Comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 2012-3.

VÍTOLO, Daniel Roque. Reformas a la Ley General de Sociedades por la Ley 26.994, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Capital emprendedor y sociedades por acciones simplificadas*. Buenos Aires: Thomson Reuters, Las Ley, 2018.

VÍTOLO, Daniel Roque. Manual de Sociedades. Tercera edición. Buenos Aires: Estudio, 2023.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Asociaciones civiles y fundaciones*. Buenos Aires: Erreius, 2016.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Estudio, 2017.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016, t. V.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Ley 27.349 comentada*. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2017.

VÍTOLO, Daniel Roque. «El nuevo régimen del capital emprendedor y los emprendedores: un verdadero desafío para su interpretación y reglamentación». En *La Ley*, abril 2017, vol. LXXXI, n.° 63-80). https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=46431&id2=49428

WETZLER, Eric y VÍTOLO, Daniel Roque. «La empresa, un verdadero desafío para la ciencia jurídica». En *Dirección y Gestión*, n.º 1, 1978.

WETZLER, Eric y VÍTOLO, Daniel Roque. «La función social de la nueva empresa». En *Dirección y Gestión*, n.º 2, 1979.

EL SECRETARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Andrés Vicente Vargas Apolinario[*]

INTRODUCCIÓN

Uno de los aportes del buen gobierno corporativo como movimiento de reforma del derecho societario es haber puesto de relieve la importancia de la participación del secretario en la sociedad anónima. Se dice así que el secretario es el tercer personaje más importante dentro de la sociedad al ejercer no solo labores administrativas, sino sobre todo de asesoramiento legal al directorio, a la junta general de accionistas y a los comités auxiliares en los que participa.

La Ley General de Sociedades (la LGS) conserva en este extremo una regulación de la figura del secretario únicamente como una función o responsabilidad más del gerente general y limitada a tareas de orden únicamente administrativo, aun cuando en la práctica dichas tareas, como la elaboración, custodia y conservación de las actas de los órganos societarios, no son ejercidas por el gerente general, sino por el asesor legal de la sociedad.

Por su parte, el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (el anteproyecto de la LGS) reconoce la figura del secretario, no obstante no de la forma suficiente para dotarlo de la relevancia que la realidad reclama.

1. EL SECRETARIO EN EL MARCO DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Una de los primeras y más importantes recomendaciones de gobierno corporativo fue la del *Committee on Corporate Governance Final Report*, publicado en Inglaterra en 1998, conocido como el *Informe Cadbury*. Según dicho documento, el secretario de la sociedad es el llamado a desempeñar un papel decisivo en la observancia del marco legal del directorio. Según este informe, el presidente y los miembros del directorio deben acudir al secretario a consultar cuáles son sus obligaciones, conforme a las normas y reglamentos. Además, el presidente debe recibir el apoyo constante del secretario para asegurar la efectividad del funcionamiento del directorio. El secretario administra, asiste y levanta las actas de las deliberaciones y acuerdos del directorio. Mientras que la responsabilidad por la elección, así como por la destitución del secretario, recae en el directorio.[1]

En el caso español, el informe denominado *El gobierno de las sociedades cotizadas*, conocido como el *Informe Olivencia*, estableció como una de sus recomendaciones que se dote de mayor relevancia a la figura del secretario del directorio, reforzando su independencia y estabilidad, y destacando su función de velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del directorio.[2]

Como refiere Fernández de la Gandara, aun cuando en la mayoría de ordenamientos no se ha prestado atención legislativa a los aspectos orgánicos y funcionales de la figura del secretario del directorio, el gobierno corporativo le asigna una notable importancia para la consecución de sus fines.[3]

---

[*] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por ESAN. Docente en la UNMSM y en la Escuela de Formación Continua de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

[1] COMMITTEE ON CORPORATE GOVERNANCE. *Committee on Corporate Governance Final Report*. Londres: Gee Publishing Ltd., 1998, aptdo. 4.25-4.26.

[2] COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES. *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: 1998. Recomendación 6.

[3] FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. «El secretario del consejo de administración». En AA. VV. *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 274-275.

Factores como un incremento de la complejidad normativa que recae sobre las sociedades, en especial aquellas que cotizan sus acciones en la bolsa de valores, o que pertenecen a un sector bastante regulado y supervisado (en banca y finanzas, por citar un ejemplo) reflejan la importancia del papel del secretario en la sociedad. Mateu de Ros afirma que el secretario, como hombre de confianza del presidente, participa en el antes, durante y el después de cada una de las sesiones del directorio. Interviene en la preparación de las convocatorias, en la elaboración del orden del día, en la remisión de la información relativa a los puntos de agenda y elaboración de las propuestas de acuerdos. Instalada las reuniones, el secretario asiste al presidente en el cómputo del quórum, comprueba las delegaciones de voto —*proxis*—, y deja constancia de los acuerdos que han sido alcanzados. Después de las reuniones, el secretario asegura la elaboración y firma de las actas de las sesiones, así como el registro, archivo y custodia de las actas del órgano societario o comisión auxiliar de que se trate.[4]

Así las cosas, el gobierno corporativo impulsa la figura del secretario en dos vertientes claramente definidas: (i) las funciones llamadas administrativas clásicas, de carácter formal, relacionadas con la custodia, administración y conservación de la información de los acuerdos societarios; y, (ii) una importante función de asesoría al directorio, la junta de accionistas y comités.

En esa orientación, el *Informe Cadbury*[5] le asigna un papel decisivo —*a key role*— al secretario para asegurar la observancia de los procedimientos que debe cumplir el directorio, así como su revisión periódica. Asimismo, el presidente y los directores deben consultar al secretario sobre cuáles son sus obligaciones y cómo deben cumplir estas conforme a las normas y reglamentos a que se encuentran sometidos.

El gobierno corporativo propugna porque el cargo de secretario recaiga en un profesional con formación jurídica, que ejerza el cargo de asesor legal de la empresa, asumiendo un rol de garante neutral en la aplicación de los principios de gobierno corporativo y del marco normativo en general. Por dicha razón, él mismo es el llamado a asumir la secretaría de la junta de accionistas, del directorio, así como de las comisiones auxiliares con la finalidad de garantizar la unidad de actuación en las funciones de secretaría y asesoramiento legal.

El secretario participa y coordina con el presidente la convocatoria al directorio o a la junta general de accionistas. También se considera adecuado que el secretario participe con derecho a voz en las deliberaciones del directorio y que se establezca la obligatoriedad de contar con un informe legal previo del secretario para aquellos casos en los que se vaya a adoptar un acuerdo de importancia para la sociedad, con independencia del informe que sea presentado por la gerencia o área pertinente, pues el informe requerido al secretario debe de ser uno asegurando la legalidad de la propuesta a evaluar.[6]

Respecto a la administración de la información al directorio el *Informe Olivencia*[7] incide en que la información debe ser suficiente para las sesiones del directorio, suficiencia entendida en términos de cantidad y calidad, para lo cual corresponde al secretario asistir al presidente para cumplir con este cometido. La cantidad y calidad no se refiere a abundancia, sino a proporcionar aquella información que es esencial a efectos de que el directorio cuente con los elementos de juicio necesarios para tomar las decisiones que le competen.

En lo que se concierne a las actas del directorio, siendo que estas representan las memorias de la gestión social, es necesario poner énfasis en que todas las deliberaciones y acuerdos deban encontrarse registrados en las actas de las sesiones de que se trate. Se debe tener en cuenta, además, que las

---

4 *Vid.* MATEU DE ROS, Rafael. «El secretario del consejo y la reforma de los consejos de administración españoles». En AA. VV. *Los consejos de administración españoles en una economía globalizada*. Madrid: Círculo de Empresarios, 1997, p. 345 y ss.

5 COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE. *Op. Cit.*, aptdo. 4.25-4.27.

6 MATEU DE ROS, Rafael. *Op. cit.,* p. 371 ss.; SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, Federico. «El secretario del consejo». En AA. VV. *Los consejos de administración españoles en una economía globalizada*. Madrid: Círculo de Empresarios, 1997. Cit., p. 437 y ss.

7 COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES. *Op. Cit.*, aptdo. II.4.2.

actas son de importante valor probatorio frente a controversias legales que pudieran suscitarse y deban de resolverse por parte de la autoridad competente por lo que es necesario extremar el cuidado en la redacción de las mismas, obligación que —se señala— recae en el secretario, pero que finalmente alcanza a los directores. Sobre esto último, en efecto, no podría un director tratar de eximirse de responsabilidad argumentando que desconocía el contenido del acta que firmó; por el contrario, ello sería la prueba de una falta a su deber de diligencia en el ejercicio del cargo.

2. EL SECRETARIO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

En nuestra legislación, como hemos señalado, la figura del secretario ha sido comprendida únicamente como una función más de cargo del gerente general. De acuerdo con el numeral 6 del artículo 188 de la LGS, corresponde al gerente general asumir la función de secretario tanto del directorio como de la junta de accionistas.

En lo que se refiere al desempeño del cargo, este ha sido legislado solo desde una visión de secretario administrativo. Así, entre las funciones que se encarga cumplir al gerente general actuando como secretario se encuentran: la elaboración de las actas del directorio y de la junta de accionistas, la suscripción de las mismas (artículo 135 de la LGS), así como el cumplimiento de la función certificante (artículo 137 de la LGS) y, aunque la norma no lo menciona expresamente, será el gerente general, por recaer en él la función de secretario, el responsable de las funciones de registro, archivo y custodia de las actas.

Respecto a la obligación de certificar los acuerdos el artículo 137 de la LGS señala que es obligación del gerente general el extender las copias certificadas de las actas, bajo su firma y responsabilidad.

De manera general, podemos decir que el régimen de responsabilidad del gerente general derivadas de las funciones señaladas en la LGS en este extremo, se sustentan en la función atribuida como secretario al gerente general. Dicho de otra manera, si el cargo de secretario fuese autónomo, las responsabilidades del caso no serían de cargo del gerente general.

En lo que se refiere a las recomendaciones incluidas en los *Principios para el buen gobierno de las sociedades peruanas* aplicable a las sociedades con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, no se ha contemplado recomendación alguna sobre la participación del secretario.

3. EL SECRETARIO EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El anteproyecto de la LGS presenta un avance en el reconocimiento de la figura del secretario, pero no de forma suficiente para asegurar que en la práctica ello incorpore un cambio significativo en lo que se refiere a un ejercicio autónomo e independiente del cargo, menos aún se hace mayor mención a la función asesora que cualitativamente el gobierno corporativo ha resaltado como necesario.

Lo llamativo es que se el referido anteproyecto dispensa un capítulo (el capítulo IV del título III) bajo el título «Secretaría» e inicia el artículo 174, numeral 174.1 de la LGS señalando que toda sociedad anónima cuenta con una secretaría, constituyendo la misma un órgano de apoyo de la administración y encontrándose integrada por un secretario, designado por el directorio, pudiendo también designarse a un vicesecretario para asistirlo y sustituirlo en caso de ausencia o impedimento. Ciertamente, es un avance que el anteproyecto de la LGS le dedique atención en una sección especial a la regulación de la figura del secretario; sin embargo, como se advierte, se le atribuye el ser un órgano de apoyo, no existiendo un reconocimiento de la función asesora del secretario. Dentro de ese contexto, la propuesta de regulación del secretario discurre sobre el desarrollo de las llamadas funciones administrativas.

Podríamos, incluso, afirmar que el terreno pretendidamente ganado en el anteproyecto de la LGS podría terminar siendo solo un espejismo en la medida que a continuación, el mismo artículo 174, en su numeral 174.2, señala que el secretario y el vicesecretario pueden ser el gerente general o más aún, un director. Cierto es que no estamos frente a una norma imperativa y la parte final del mismo numeral en comentario menciona la posibilidad de que el cargo del secretario recaiga en personas distintas al gerente general o un director. No obstante, también es verdad que las normas dispositivas cumplen una finalidad orientadora son un marco de referencia de aquello que el legislador considera como la mejor elección que podrían adoptar los particulares dentro de los espacios librados a la autonomía de la voluntad.

Además, lo anterior supone no reconocer la realidad —que en los hechos no es el gerente general el que se encarga de asumir las funciones administrativas del cargo de secretario—. Difícilmente encontraremos en la práctica a un gerente general redactando el acta o encargándose de la custodia y archivo de los libros societarios. Aun en sociedades de un mediano tamaño es claro que dichas funciones son realizadas por el asesor legal de la sociedad. Por lo tanto, debiera ser dicho ejecutivo en primer término el llamado en la ley a asumir el cargo de secretario con las obligaciones y responsabilidades que de ella se desprendan y dejar allanado el camino para aquellos casos de sociedades que atendiendo a su naturaleza, tamaño o posibilidades cuenten con los incentivos para decir de manera distinta. En efecto, en sociedades familiares o de menor tamaño, seguramente el papel de secretario lo podría asumir el gerente general o incluso un director —como considera el anteproyecto de la LGS—.

4. FUNCIONES DE LA SECRETARÍA

El artículo 176 del anteproyecto de la LGS establece las funciones de cargo de la secretaría.

4.1. Función de custodia

Corresponde al secretario velar por la existencia, regularidad, veracidad y actualidad de los libros de actas, matrícula de acciones y registros societarios —además de otros libros o registros que establezca el estatuto— así como por el cumplimiento de las formalidades y plazos requeridos por la ley. No se consideran incluidos en dicha relación los libros de contabilidad y los requeridos por las normas tributarias, atendiendo a que la gestión y custodia de dichos documentos son propios del encargado de la función contable en la empresa. Como se advierte, se tratan de actividades que en la práctica no atañen al gerente general o al director, sino que, las desempeña el asesor legal de la empresa.

4.2. Secretario de las sesiones

El anteproyecto de la LGS también señala que corresponde al secretario actuar como secretario de la junta general, así como de las sesiones de directorio y de comités del directorio, coadyuvando a su respectiva organización. Dentro de ello, el secretario, además de ser quien elabora el acta de la junta, es uno de los que participa firmándola, conforme se señala en el numeral 109.6 del artículo 109 del anteproyecto de la LGS.

Para el caso de las actas del directorio, estas son redactadas por el secretario dentro de los cinco días de celebrado el directorio y deben ser firmadas dentro de los diez días hábiles siguientes de realizada la sesión, bajo responsabilidad del secretario, en lo que se refiere a su redacción, y del presidente, secretario y los otros directores eventualmente designados para su firma, en lo que respecta a su aprobación y firma, conforme señala el artículo 144 del anteproyecto de la LGS. También se ha previsto en el artículo 114.2 del artículo 114 del anteproyecto de la LGS la formulación de la lista de accionistas asistentes a la junta general, la que debe contar con la firma de los accionistas, así como también del secretario. Entendemos que mediante la participación del secretario en la firma de la lista de asistencia se pretende dejar constancia de los accionistas asistentes y acciones representadas en junta general de accionistas —por lo que se trata del ejercicio de la función certificante—.

El numeral 112.2 del artículo 112 del anteproyecto de la LGS reconoce que el secretario puede participar con derecho a voz en las sesiones de la junta general de accionistas, lo cual es muy bueno, aunque no se ha señalado que el derecho a voz lo hace considerando una función de asesoría a la junta. No obstante, en el caso del directorio, se ha omitido otorgar el derecho a voz al secretario cuando debiera ser las sesiones del directorio el ambiente natural de participación del secretario. En la medida que el secretario sea el asesor legal quien ocupe el cargo, es el funcionario más capacitado para sustentar la conveniencia legal de las propuestas elevadas al directorio, y con el mismo argumento también en la junta general de accionistas y comités en los que participe.

4.3. Función informativa

Vinculado a lo comentado precedentemente, el anteproyecto señala que cuando sea conveniente o necesario, el secretario debe de informar a los asistentes sobre las normas estatutarias, los reglamentos internos de los órganos societarios y los convenios entre accionistas o entre estos y terceros debidamente comunicados a la sociedad.

Este extremo del anteproyecto atribuye al secretario una función informativa de la normativa interna de la sociedad y para aquellos casos que sea conveniente o necesario. Como hemos resaltado, una mejora cualitativa en el rol del secretario debiera ser el reconocimiento de su función asesora del directorio, la junta de accionistas y los comités auxiliares, lo cual supone una exigencia mayor a la de ceñirse a un rol informativo.

Ahora bien, podríamos decir que no es necesario que la ley contemple la función asesora del secretario para que en la práctica las sociedades lo acojan como una recomendación o buena práctica de gobierno corporativo si así lo desean. A fin de cuentas, no todo debe de encontrarse previsto en normas de naturaleza dispositiva. Consideramos que nada obsta para impulsar el rol asesor del secretario a través de recomendaciones —o normas *soft law*—, aunque la propuesta del anteproyecto puede representar una cortapisas si tenemos en cuenta que el interés de la propuesta normativa en este caso se encuentra en el lado opuesto del «deber ser», es decir, optimizar la regulación vigente, mejorar legalmente aquellos espacios que no solamente la jurisprudencia, sino, sobre todo, «los nuevos hechos» —parafraseando a Joaquín Garrigues— reclaman como un «nuevo derecho». Luego, cuando el anteproyecto de la LGS propone que el cargo de secretario puede ser asumido también por el gerente general o un director resta no solamente la posibilidad de que el cargo sea formalmente asumido por el asesor legal de la empresa, sino también diluye la posibilidad de que el secretario ejerza una función asesora.

4.4. Función certificante

El anteproyecto también se ocupa de la función certificante del secretario. Así, le corresponde al secretario suscribir cualquier comunicación que le sea encargada por el directorio o la gerencia, así como expedir y autenticar las constancias y certificaciones sobre el contenido de los libros y registros societarios, que sean requeridas por cualquier accionista o tercero con derecho para solicitarlas, las que tendrán valor probatorio frente a terceros.

Bajo la Ley General de Sociedades, la función certificante de los acuerdos societarios es de cargo únicamente del gerente general, por lo que es un avance que en el anteproyecto se señale que dicha atribución corresponde también al secretario. En ese sentido, el numeral 57.1 del artículo 57 del anteproyecto de la LGS señala que las copias certificadas pueden ser expedidas mediante reproducciones autenticadas por notario o por el gerente general, el secretario de la sociedad —si lo hubiere— o por la persona encargada de la administración de la sociedad.

La desvaloración del papel del secretario se deja notar también en este extremo del anteproyecto de la LGS, pues antes de resaltarse la preeminencia en labores de su cargo aparecen compartidas por otros funcionarios. Lo mismo ocurre cuando el numeral 75.5 del artículo 75 del anteproyecto de la

LGS señala que cualquier accionista puede solicitar copia de lo que le atañe en la matrícula de acciones, así como la expedición de certificaciones dirigiéndose para ello al gerente general o al secretario. Los accionistas también pueden solicitar copias certificadas del acta correspondiente, sea que asistieron o no a la junta general. En dicho caso, de acuerdo al numeral 127.1 del artículo 127 del anteproyecto de la LGS, el gerente general o el secretario tiene la obligación de extenderla, bajo su firma y responsabilidad, en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la fecha en que fue recibida la solicitud.

Más que un formalismo, sería mejor que se considere para todos estos casos que las solicitudes sean dirigidas al secretario o quien haga sus veces, o el notario cuando corresponda, con lo cual se resaltaría una mayor autonomía e independencia del cargo de secretario, además porque queda claro que cualquiera que al final de cuentas realice este tipo de actos lo hace en el ejercicio de una función propia de la secretaría.

Ahora bien, el cumplimiento de la función certificante del secretario (así como su participación en la firma de las actas) justifica la necesidad de que el nombramiento del secretario sea un acuerdo inscribible en los registros públicos a fin de que así pueda acreditar tal condición ante terceros, incluido los registros públicos para los trámites de inscripción de acuerdos societarios que lo ameriten.

Conforme al anteproyecto de la LGS, el secretario participará suscribiendo, conjuntamente con el presidente (y directores o accionistas, según sea el caso) el acta del directorio o de la junta de accionistas; incluso, como es práctica actual, si se trata de resoluciones del directorio o de la junta de accionistas, bastará con que las actas que recogen los acuerdos sean únicamente firmadas por el secretario. Cabe precisar que este último punto se encuentra previsto para el caso de las resoluciones de la junta en el artículo 221.2 del anteproyecto de la LGS, pero no se ha considerado para el caso de las resoluciones del directorio, por lo que es necesario su incorporación, conforme se encuentra regulado en la LGS.

4.5. Función de colaborar con el cumplimiento y ejecución de acuerdos

El numeral 176.1 del artículo 176 de la LGS también señala como función del secretario el coadyuvar al cumplimiento y ejecución de los acuerdos adoptados en la junta general o en el directorio; así como, ejercer las demás funciones que le asigne el estatuto y los encargos que le confíe la junta o el directorio.

La labor de coadyuvar puede ser entendida como una de apoyar o colaborar en el cumplimiento y ejecución de los acuerdos societarios y es entendible ello dentro del marco que ha previsto el anteproyecto de la LGS del cargo de secretario como uno sin la autonomía e independencia suficiente. En la actualidad, muchas sociedades han incorporado la función de cumplimiento normativo —*compliance*—, responsabilidad que suele recaer en el asesor legal. En dichos casos, sí existe una obligación del funcionario por monitorear el efectivo cumplimiento, entre otros, de los acuerdos societarios a fin de mitigar perjuicios económicos o reputacionales a la sociedad, ello constituye una razón adicional para justificar la independencia del cargo de secretario, así como ampliar los límites de sus atribuciones.

5. PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN LAS SESIONES

En lo que se refiere a la presencia del notario en la junta general de accionistas, así como en el directorio, los artículos 128 y 145 del anteproyecto de la LGS, respectivamente, establecen un procedimiento común. Para el caso de la junta general de accionistas el notario se limita a certificar la información contenida en la lista de asistentes y la identidad de estos, el texto de las mociones sometidas a votación, si las hubiere, y el recuento de votos de cada votación, sin asumir responsabilidad por la verificación del quórum, el cómputo de las mayorías respectivas, los otros aspectos sustantivos de la realización de la junta general, o la redacción del acta de la misma, en la medida que dichos aspectos continuarán siendo responsabilidad del secretario. También antes de cada votación, el notario solicitará al secretario el texto de la respectiva moción que se somete a votación.

Para el caso del directorio, igualmente, el notario se limita a certificar la identidad de los participantes, el recuento de votos de cada votación y los acuerdos adoptados, sin asumir responsabilidad por la verificación del *quorum*, el cómputo de las mayorías respectivas, los otros aspectos sustantivos de la realización de la sesión, o la redacción del acta de dicha sesión, aspectos que continuarán siendo responsabilidad del secretario. Ahora bien, para la certificación por el notario de los aspectos que le competen tanto para el caso de la junta general de accionistas como el directorio, el notario levantará un acta distinta al acta de la junta general o el directorio, según se traté (aunque por error de redacción el anteproyecto señala para ambos casos que el acta levantada por el notario es distinta al acta de la junta general únicamente). Es claro que el acta de la junta general o del directorio es elaborada por el secretario, debiendo adosarse la certificación notarial al libro de actas respectivo. Para ambos casos, el anteproyecto de la LGS señala que el acta levantada por el notario —sea de la junta general o del directorio— puede dar mérito a la inscripción de los acuerdos adoptados en registros públicos, sin necesidad de ser presentada conjuntamente con el acta de que se trate.

En la práctica podría ser complicado que se inscriban acuerdos en los registros que correspondan de la junta general o del directorio si en el documento emitido por el notario éste no asume responsabilidad sobre extremos que son esenciales, como la verificación del quórum, el cómputo de las mayorías en las votaciones y demás aspectos sustantivos, con el adicional de que probablemente no pueda constar en la certificación notarial la constancia de que dicho documento haya sido adosado al libro de actas respectivo, corriendo inserto en determinados folios del libro de actas de que se trate.

6. RESPONSABILIDAD DEL SECRETARIO

El artículo 177 del anteproyecto de la LGS señala que se aplican al secretario las responsabilidades civiles y penales que correspondan a sus funciones, por lo que deberá de estarse a lo propuesto para cada una de las responsabilidades. Así, por ejemplo, el anteproyecto de la LGS prescribe que el secretario o, en su caso, los administradores de la sociedad son responsables solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen como consecuencia de la demora en que incurran en el otorgamiento de las escrituras públicas u otros instrumentos requeridos o en las gestiones necesarias para la inscripción oportuna en el registro de los actos y acuerdos que mencionado el artículo 16 del mismo anteproyecto.

Otra responsabilidad del secretario es dejar constancia en el acta de la intervención de los accionistas, así como redactar y firmar las actas, sean que la misma fuese aprobada dentro de la misma sesión o fuera de ella, y dentro de diez días en el último caso, conforme se señala en el artículo 125 del anteproyecto de la LGS. En el mismo artículo también se incorpora como responsabilidad del secretario incluir como anexo a las actas las cartas notariales recibidas de los accionistas que presentan observaciones o desacuerdos con el acta puesta a disposición de los accionistas. Sobre ello, consideramos que es un exceso que se pueda establecer como obligación el incluirse como anexo de las actas las cartas notariales presentadas por los accionistas, más cuando, como aparece redactado, cualquier persona con derecho a asistir a la junta de accionistas podría hacer uso de esta facultad.

Una responsabilidad adicional del secretario, según el mismo artículo 125 del anteproyecto de la LGS, deviene de la necesidad de su participación en aquellos casos donde algunos de los accionistas que está obligado a firmar el acta se niega a hacerlo. En estos casos, para evitar el entrampamiento de no poder cerrar el acta con los acuerdos que fueron aprobados se propone que el secretario deba requerir notarialmente al accionista que se niega a hacerlo para que proceda a firmar el acta, si el accionista no lo hace dentro de un plazo, que como mínimo será de tres días hábiles, entonces se tiene por cerrada el acta con la firma del secretario con las firmas que existan a ese momento. Similar procedimiento rige para el caso de que el director obligado se niegue a firmar el acta del directorio, según el numeral 144.7 del anteproyecto de la LGS, en tal caso, el secretario requerirá notarialmente al director obligado para que firme el acta dentro de un plazo prudencial mínimo de tres días hábiles, si el director no cumple con hacerlo, se dará por cerrada y válida el acta con la firma del secretario y las otras firmas que existan a ese momento.

Se entiende entonces que el secretario deberá de conservar la carta notarial cursada al accionista o director, según corresponda, o adjuntarla como un anexo más del acta de la junta general de accionistas o del directorio, según sea el caso, a efectos de así acreditar haber realizado el requerimiento al accionista o director que se negaba a firmar. Pero bajo la función certificante que ejerce el secretario, como solución a la problemática de la negativa por parte de los accionistas o directores a firmar las actas, debiera ser suficiente con que el secretario deje constancia en la misma acta de la junta de accionistas o directorio que esta ha sido cerrada sin la firma de uno o algunos accionistas o directores, según sea el caso, no obstante que se le puso a disposición el acta para su firma dentro del plazo establecido por el anteproyecto de la LGS para contar con el acta cerrada y no obstante, el accionista o director no cumplió con firmar el acta, es decir, no debiera ser necesario diligenciar cartas notariales por este motivo si presumimos la actuación diligente del secretario, que debe actuar con independencia y neutralidad en todo momento.

De otro lado, el secretario también participa en aquellos casos en los que el acta no se pueda asentar en el libro o en las hojas sueltas, para dicho caso el artículo 126 del anteproyecto de la LGS señala que el documento que contiene los acuerdos debe ser entregado al secretario quien será el responsable de incorporarlas al libro u hojas sueltas tan pronto como estos se encuentren disponibles.

En lo que se refiere a las actas del directorio el secretario habíamos dicho, asume responsabilidad por su elaboración dentro del plazo de cinco días de celebrada la sesión. Adicionalmente a ello, el artículo 144 del anteproyecto de la LGS atribuye responsabilidad al secretario (además del presidente y los otros directores eventualmente designados para su firma) por la aprobación y firma del acta. Ahora bien, en estricto, no compete atribuir responsabilidad al secretario por la aprobación del acta dado que ello es atribución del presidente y los directores designados para el efecto únicamente.

Otro supuesto de responsabilidad del secretario viene dado por la obligación de cumplir con incluir en el acta las observaciones u oposiciones presentadas por los directores que quieren salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio. Así, el artículo 144 del anteproyecto de la LGS señala que si no se consigna en el acta la observación u oposición del director el secretario bajo responsabilidad debe incluirlas en el acta dentro del plazo de cinco días de recibida la solicitud del director. Por último, el plazo para solicitar que se consignen las observaciones o que se incluya la oposición vencería a los veinte días hábiles de realizada la sesión del directorio.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Resulta necesario regular la figura del secretario destacando una independencia en sus funciones, de forma que legalmente el cargo no se encuentre diluido entre las funciones del gerente general, máxime cuando en los hechos las funciones del secretario son ejercidas en mayor medida por el asesor legal de la sociedad. En esa orientación, el cargo de secretario debe recaer en el asesor legal de mayor jerarquía en la sociedad.

- Debemos superar la consideración del secretario de perfil administrativo, por lo que, además de cumplir con las funciones administrativas de registro, custodia, administración y certificación de los libros de la sociedad, el secretario debe contar con importantes competencias de asesoramiento legal al directorio, a la junta general de accionistas, así como a los comités en los que participa. El secretario debe de contar con derecho a voz en la junta general de accionistas, el directorio y en los comités en los que participa.

- Es una buena práctica que siempre que se vaya a adoptar un acuerdo de importancia para la sociedad el secretario dirija al directorio un informe legal previo, independientemente del informe a presentar por las gerencias o áreas respectivas, atendiendo a que el informe del secretario será uno de contenido jurídico; salvo que se opte por contar con un informe legal externo por la importancia o complejidad del caso.

INICIO DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO A PEDIDO DE ACREEDORES: ¿FORMA DE INICIO DE CONCURSO O PROCEDIMIENTO INDIRECTO DE COBRO DE ACREENCIAS?*

*Aldo Bianchini Ayesta***

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Caso 1: Pedro es acreedor de Juan, quien le adeuda la suma de S/ 250 000,00 derivados de la falta de pago de los servicios de transporte de la mercancía que Juan comercializa en un conocido centro de abastos de la ciudad. Pese a la considerable cantidad adeudada, Pedro no cuenta con garantía alguna, personal o real, que respalde el pago de su acreencia. En cuanto a los términos y condiciones pactados para la prestación del servicio y su pago, por usos y costumbres comerciales entre las partes se prescindió de un contrato escrito, prevaleciendo la emisión de facturas por los servicios prestados.

Después de más de dos meses de vencidas las facturas que incorporan el monto impago, y al carecer de garantías sobre el patrimonio de Juan para respaldar el pago de su acreencia, lo cual le dificulta sobremanera el cobro expeditivo de su crédito en vía judicial, Pedro decide solicitar ante la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario de Juan. Una vez emplazado este con el referido pedido, pretende cuestionar la existencia y exigibilidad del crédito invocado por Pedro alegando se compense dicha acreencia con diversas facturas emitidas con cargo a Pedro por la venta de una parte de la mercancía que comercializa Juan.

Caso 2: Minions S. R. L. es una empresa que se dedica a prestar el servicio de dictado corporativo de clases de idiomas a diversas empresas en la ciudad de Chiclayo. Mi Pobre Angelito S. A., empresa dedicada al tratamiento y reciclaje de residuos tóxicos con domicilio en dicha ciudad, solicita ante la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario de Minions S. R. L., puesto que esta última empresa habría incumplido su prestación de dictar *in house* a los trabajadores de la empresa solicitante durante los tres últimos meses un curso de aprendizaje del idioma inglés, por el cual Mi Pobre Angelito S. A. había pagado el monto de US$ 80 000,00. Frente a dicha solicitud, Minions S. R. L. alega que las inundaciones que anegaron el norte del país impidieron a su personal a acudir al establecimiento de la empresa, puesto que las vías de acceso a la misma estuvieron bloqueadas, mientras que luego una prolongada huelga del sindicato de los trabajadores de Mi Pobre Angelito S. A. se extendió por un mes, motivo por el que tampoco pudiera seguir ofreciendo el servicio de dictado de clases del idioma inglés.

Caso 3: La empresa Bombita S. A. C., dedicada al traslado vía *delivery* de diversos productos de consumo al por menor, adquiere una flota de motocicletas (20) de la empresa automotriz Valentino's S. C. R. L. por la suma de US$ 100 000,00. Dos meses después de celebrado el contrato de compraventa respectivo y cancelado el precio antes indicado, Bombita S. A. C. requiere a Valentino's S. C. R. L. la entrega de las motocicletas, frente a lo cual esta última empresa alega la imposibilidad de cumplir su prestación porque el buque que trasladaba dichos vehículos desde México (país del cual eran im-

---

* Las opiniones y posiciones académicas expresadas por el autor en el presente artículo son de índole exclusivamente personal y, por tanto, no vinculan en modo alguno a la institución pública en la cual desempeña sus funciones.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido secretario técnico de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Profesor de Derecho Concursal en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ha sido docente en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

portados tales bienes) se hundió frente a las costas de Piura. Entonces, Bombita S. A. C. decide solicitar que se declare el inicio del procedimiento concursal ordinario de Valentino's S. C. R. L., empresa que a su vez se opone a dicha solicitud aduciendo que el incumplimiento no le es imputable por los motivos antes descritos.

¿Qué tienen en común los tres casos expuestos líneas arriba? Obviamente, una relación obligacional previa entre las partes, en las cuales una de ellas ha incumplido la prestación a su cargo. Pero, además, se puede advertir que en los tres casos existe una controversia sobre el «incumplimiento» del deudor: en el primer supuesto, se pretende reducir el monto de la obligación con base en una compensación; en el segundo y en el tercero, el deudor pretende eximirse de los efectos de su incumplimiento alegando eventos de fuerza mayor que le impidieron cumplir con su prestación (en un caso una prestación de hacer y, en el otro, una prestación de entregar bienes muebles).

Bajo el marco normativo que rige con alcance general cada una de las situaciones y relaciones jurídicas antes planteadas, más allá de los elementos propios de la casuística de cada una de ellas, la problemática a resolver no sería particularmente novedosa: la resolución de disputas contractuales por inejecución de obligaciones constituye un asunto que es conocido con mediana frecuencia por el fuero judicial o arbitral al que es sometido. Pero tratándose de pedidos formulados por acreedores para que se declare el inicio del procedimiento concursal ordinario de su deudor, la cuestión adquiere una relevancia que trasciende, por las razones que se desarrollarán a lo largo del presente artículo, el interés patrimonial particular de los solicitantes para involucrar la totalidad del patrimonio del deudor y a la colectividad de acreedores de este, por las implicancias especiales que conlleva la declaración de inicio de concurso.

El presente artículo se ocupará de analizar esta problemática especial que trae consigo el supuesto de hecho para la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario por acreedores con el objeto de plantear una nueva perspectiva de estudio de esta figura legal en nuestro país. Para este fin, el trabajo constará de tres partes: en la primera se analizarán dos conceptos clásicos del derecho concursal, la insolvencia y la denominada «cesación de pagos», con antecedentes normativos sobre la materia en legislación comparada de algunos países y en el Perú; en la segunda se abordarán el objetivo y la finalidad del sistema concursal peruano y cómo el logro de los mismos se apoya, entre otros institutos, en la figura de la «perentoriedad» de los plazos legales para la actuación de las partes intervinientes en el concurso; y en la tercera, se aplicarán los conceptos y figuras analizadas en las dos primeras partes para comentar, a modo de crítica, la regulación legal del supuesto de hecho previsto en la Ley General del Sistema Concursal para declarar el inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores.

2. INSOLVENCIA Y CESACIÓN DE PAGOS

Uno de los conceptos centrales en torno al cual ha girado el estudio y evolución del derecho concursal es el de insolvencia, cuyo contenido y alcances ha ido variando con el paso del tiempo. Históricamente, el estudio de la insolvencia como figura rectora del concurso ha estado estrechamente asociado con el concepto de cesación de pagos, llegándose a identificar el significado de ambos conceptos por cierto sector de la doctrina.[1]

Entendemos que, como noción instrumental, resulta necesario adoptar una definición sobre el instituto en cuestión con miras a identificar de manera oportuna la situación de crisis económica y financiera del deudor que justifica su sometimiento al régimen excepcional del concurso. Es así como

[1] Sobre la «confusión» entre los conceptos de insolvencia y cesación de pagos, véase RASPALL, Miguel Ángel y María Laura RASPALL. *Derecho concursal de la empresa.* Buenos Aires: Astrea, 2014, pp. 212-216; MAFFÍA, Oswaldo. *La Ley de Concursos comentada.* Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 9; y KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime KLEIDERMACHER. *Lecciones de derecho concursal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 34-39.

se considera a la situación de insolvencia o, según algunos autores, a la cesación de pagos, como el presupuesto «objetivo» del concurso.[2]

Superada desde hace tiempo la equiparación de las nociones de «insolvencia» con el hecho objetivo del «incumplimiento» de obligaciones,[3] consideramos conveniente, sin la menor pretensión de dar por zanjada la falta de uniformidad legislativa y doctrinal sobre el tema, y solo a efectos del objeto del presente trabajo, diferenciar el concepto de insolvencia de la cesación de pagos.

En un primer momento se definió a la insolvencia, en términos generales, como la incapacidad del deudor para cumplir sus obligaciones, entendiéndose esta como un estado de incumplimiento generalizado y definitivo de las obligaciones de pago.[4] He aquí que ya notamos una diferencia que distingue en forma cualitativa a la insolvencia del simple incumplimiento de una obligación: es un *estado patrimonial* y no solo la constatación del incumplimiento en el pago, por el carácter generalizado de la incapacidad del deudor para cumplir sus obligaciones.

Empero, la noción de la insolvencia como un estado de «impotencia absoluta» del deudor para hacer frente a sus obligaciones enfrentó una serie de dificultades considerables en su implementación, de las cuales indudablemente la más importante estuvo marcada por la necesidad de acreditar si el deudor era o no patrimonialmente «solvente» para asumir el pago de sus obligaciones. Y esa acreditación de solvencia patrimonial pasaba necesariamente por demostrar si el deudor contaba con bienes cuantitativa y cualitativamente suficientes para responder por el pago del íntegro de sus obligaciones.[5]

Ante esa situación se hizo manifiesta la insuficiencia de ciertas definiciones consideradas «objetivas» de la insolvencia, como el conocido concepto contable de «diferencia activo-pasivo». Esta definición, si bien objetivamente comprobable, no estaba en condiciones de ofrecer una respuesta satisfactoria e integral a la problemática de la insolvencia puesto que no siempre el estado de insuficiencia patrimonial fijado en función al parámetro contable antes apuntado reflejaba necesariamente, a su vez, un estado generalizado de «impotencia patrimonial». Ello sumado al hecho de que la diversidad de criterios a emplearse para valorizar los activos dificultaba sobremanera una identificación precisa de la diferencia contable requerida para determinar la solvencia patrimonial del deudor.[6]

Se hizo necesaria entonces una definición que, sin dejar de lado el elemento de incumplimiento generalizado de obligaciones, incorporase una característica especial que denote con mayor grado de certeza el estado de crisis patrimonial del deudor. Fue así como se agregó el elemento «falta de cumplimiento regular» de las obligaciones del deudor para paliar la insuficiencia conceptual antes apuntada.

Según esta concepción, un deudor deviene insolvente cuando, pese a encontrarse al día en sus pagos, cumple con una o más obligaciones de una forma distinta a la pactada, generalmente a través

---

2 ESCUTI, Ignacio y Francisco JUNYENT BAS. *Derecho concursal*. Buenos Aires: Astrea, 2006, pp. 47-50; RASPALL, Miguel Ángel y María Laura RASPALL. *Ibidem*; CERDÁ ALBERO, Fernando e Ignacio SANCHO GARGALLO. *Curso de derecho concursal*. Madrid: Colex, 2000, p. 71; y FERRERO, Alfredo. «Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial». En *Revista de Derecho*, n.° 47, 1993, pp. 389-391.

3 Sin desconocer, por supuesto, la evidente relación de instrumentalidad que ofrece el concepto de incumplimiento de obligaciones para verificar, en circunstancias especiales que serán explicadas a lo largo del presente trabajo, el estado de insolvencia del deudor. Véase FERRERO, Alfredo. *Op. cit*., p. 389 y PAJARDI, Piero. *Derecho concursal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1986, pp. 233-235.

4 ESCUTI, Ignacio y Francisco JUNYENT BAS. *Op. cit*., pp. 47-48; MAFFÍA, Oswaldo. *Op. cit*., pp. 7-9.

5 Sobre el particular, es pertinente recordar que el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, norma legal vigente en nuestro país hasta octubre del año 2002, establecía que en caso el acreedor solicitante de la declaración de insolvencia de su deudor rechazara el ofrecimiento de pago formulado por el emplazado, este último tenía como recurso final la denominada «acreditación de solvencia», la cual consistía en la presentación de una relación de bienes del deudor susceptibles de embargo o ejecución, acreditando su valor contable o de tasación y las cargas que pudieran afectarlos. La Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi consideraba acreditada la solvencia del deudor si la valorización presentada, la misma que debía reflejar «razonablemente» el valor actual del bien, resultaba suficiente para garantizar la recuperación de los créditos invocados por el acreedor. Con la entrada en vigencia de la Ley General del Sistema Concursal, la figura de la acreditación de solvencia fue eliminada del marco normativo concursal peruano, entre otras razones porque, conforme a lo expresado en la exposición de motivos del proyecto de dicha ley, en la práctica ese recurso se prestó, esencialmente, a usos dilatorios por parte de los deudores cuando estos no podían formular una propuesta de pago seria y carecían de solvencia patrimonial.

6 PAJARDI, Piero. *Op. cit*., pp. 238-239; CERDÁ ALBERO, Fernando e Ignacio SANCHO GARGALLO. *Op. cit*., p. 71.

de una modalidad más onerosa para su patrimonio. Asimismo, bajo este enfoque conceptual tampoco es necesario acreditar el incumplimiento de todas las obligaciones del deudor o de la mayoría de ellas: ni siquiera de un porcentaje representativo de las mismas. Basta demostrar el incumplimiento de, por lo menos, una de sus obligaciones o, como ya se ha mencionado, que el cumplimiento de la obligación sea realizado de un modo distinto al que se había comprometido previamente el deudor.[7] Como podemos apreciar, la relevancia de la «falta de cumplimiento regular» de las obligaciones del deudor radica en su idoneidad para reivindicar la autonomía de la insolvencia como fenómeno económico que, al extenderse de forma orgánica sobre todo el patrimonio del deudor, trasciende ampliamente la esfera de la cesación de pagos como incumplimiento generalizado de obligaciones.

En efecto, siendo la insolvencia un estado, este debe manifestarse a través de uno o más actos del deudor, los mismos que al ser plenamente verificables constituyen lo que la doctrina ha coincidido en llamar «hechos reveladores» del referido estado patrimonial. En doctrina y derecho comparado tales hechos reveladores de la insolvencia pueden ser, además de la falta de pago de obligaciones, la denominada «fuga» u «ocultamiento» del empresario, el cierre o clausura del establecimiento donde el deudor realiza su actividad económica, el reconocimiento judicial o extrajudicial del estado de cesación de pagos por el propio deudor, la venta «a precio vil» de bienes, cualquier medio ruinoso o fraudulento para conseguir recursos, entre otros.[8]

A modo de conclusión sobre este punto, y siguiendo la línea conceptual trazada en un trabajo anterior,[9] podemos sostener que la insolvencia, en cuanto incapacidad patrimonial de la empresa para afrontar, en forma temporal o definitiva, el pago de sus obligaciones, constituye un estado de crisis patrimonial de orden estructural sufrida por el deudor,[10] respecto del cual la cesación de pagos se presenta como una de sus manifestaciones, exteriorizada a través del incumplimiento generalizado de obligaciones, mas en modo alguno la cesación de pagos puede ser considerada como la única «expresión» o «signo visible» de la situación falencial del deudor, por las consideraciones expresadas en los párrafos precedentes.

La definición de la insolvencia como el estado de incumplimiento generalizado del pago oportuno de las obligaciones del deudor brinda, por tanto, una aproximación más precisa a la crisis patrimonial que sustenta el sometimiento del deudor al régimen concursal. En lugar de referirse a una «impotencia patrimonial» del deudor para hacer frente al pago de sus obligaciones, terminología que nos remite a una imposibilidad definitiva de pago sujeta a una probanza muy difícil de alcanzar, la elaboración del concepto moderno de insolvencia se basa en identificar, por lo menos, la imposibilidad «temporal» del deudor para atender en forma general el pago de sus obligaciones.

Ahora bien, la instrumentalización «conceptual» de la insolvencia debe tener un tratamiento normativo que permita determinar adecuadamente los alcances de la definición esbozada líneas arriba. Para alcanzar ese propósito, el enunciado legal del presupuesto objetivo del concurso debe ser lo suficientemente sintomático de la crisis patrimonial del deudor, de modo que refleje, a través de la verificación del supuesto de hecho previsto en la norma, el estado generalizado de incumplimiento de obligaciones por parte del deudor.

Sobre el particular, no debe perderse de vista que el estado de insolvencia, como se expresó en los párrafos que anteceden, se revela a través de manifestaciones «externas» indicativas de su existencia, las cuales, sin embargo, no se confunden con el estado mismo de insolvencia, de manera que resulta plenamente válido suponer que, por ejemplo, el retraso en el cumplimiento de una obligación

---

7 KLEIDERMACHER, Arnoldo y Jaime KLEIDERMACHER. *Op. cit.*, pp. 34-39; MAFFÍA, Oswaldo. *Op. cit.*, pp. 9-11; PAJARDI, Piero. *Op. cit.*, p. 237.

8 MAFFÍA, Oswaldo. *Op. cit.*, pp. 11-13; ESCUTI, Ignacio y Francisco JUNYENT BAS. *Op. cit.*, p. 49.

9 Véase BIANCHINI, Aldo. *El desapoderamiento inmediato del deudor concursado*. Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp. 7-8.

10 FERRERO, Alfredo. *Op. cit.* p. 390; ECHEANDÍA Chiappe, Luis Francisco. «Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis». En *Gaceta Jurídica* (edición especial), n.° 57, agosto 1998, p. 39; FLINT, Pinkas. *Tratado de derecho concursal*. Lima: Grijley, 2003, p. 48; ESCUTI, Ignacio y Francisco JUNYENT BAS. *Op. cit.*, p. 48; y TONÓN, Antonio. *Derecho concursal*. Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 18 y 19.

obedezca a una crisis pasajera de iliquidez de la empresa más que a un falencia patrimonial estructural en la cadena de pagos, o que la clausura del establecimiento de la empresa derive de la imposición de una medida correctiva de orden administrativo y no de un problema crónico de funcionamiento del negocio.

Por consiguiente, la determinación de las hipótesis normativas para acreditar el estado de insolvencia exige, en primer lugar, una descripción del supuesto de hecho que sea lo más preciso posible para calificar como un «hecho revelador de insolvencia» propiamente dicho. Y, en segundo lugar, hacer posible que el deudor tenga la oportunidad de desvirtuar el carácter «revelador» del hecho antes mencionado mediante un procedimiento que le permita demostrar su solvencia patrimonial. Para ello resulta ilustrativo repasar someramente lo que establece sobre este aspecto la legislación concursal de algunos países.

3. REFERENCIAS NORMATIVAS

3.1. España

En España, el Texto Refundido de la Ley 22/2003 enuncia en el numeral 1 de su artículo 2 que «la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor», precisándose en el numeral 3 del mismo artículo que «se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Para el caso en que los acreedores soliciten la declaración de concurso de su deudor, se contemplan los siguientes supuestos:

a) Acreedor con título despachado para ejecución o apremio y en el que luego del embargo respectivo no se hubieran identificado bienes suficientes para el pago.

b) Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

c) Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de modo general el patrimonio del deudor.

d) Alzamiento o liquidación ruinosa de sus bienes por el deudor.

e) Incumplimiento generalizado de las siguientes obligaciones: pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud, pagos de cuotas de la seguridad social y pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones de origen laboral correspondientes a las tres últimas mensualidades.[11]

Como se puede apreciar, la configuración legal del presupuesto objetivo del concurso a pedido de acreedores bajo la normativa española se adhiere a la fórmula de los «hechos reveladores de la insolvencia», entre los cuales resalta el diseño de la figura de incumplimiento de obligaciones, en la cual, salvo el supuesto genérico de «sobreseimiento general en el pago corriente de obligaciones del deudor», se limita el escenario de incumplimiento obligacional a aquellos casos en los que el acreedor

---

11 Texto Refundido de la Ley 22/2003
«Artículo 2. Presupuesto objetivo.
1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor.
2. La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia.
3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.
4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:
1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.
2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.
3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor».

cuenta con un título de ejecución que no puede hacerse efectivo por falta de bienes suficientes, a embargos que afectan de modo general el patrimonio del deudor, y al incumplimiento generalizado del pago de ciertas acreencias (laborales, tributarias y de seguridad social) durante tres meses. Vemos entonces que el supuesto normativo español de incumplimiento generalizado de obligaciones tiene una delimitación bastante precisa tanto en cuanto al tipo de obligación como en lo concerniente al plazo de exigibilidad de las obligaciones impagas, constituyéndose en elementos que conforman un presupuesto objetivo demostrativo (revelador) del estado de insolvencia del deudor.

3.2. Colombia

En Colombia, el artículo 9 de la Ley 1116 establece que el inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. En el numeral 1 del mismo artículo, la citada norma prescribe que el deudor se encontrará en un estado de «cesación de pagos» cuando: a) incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad; o, b) tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. La citada norma precisa, además, que en cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10 %) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la referida ley.[12]

En cuanto a la legitimación para solicitar el inicio del denominado «proceso de reorganización» bajo el supuesto de cesación de pagos en los términos antes indicados, el artículo 11 de la ley colombiana señala que solo estarán facultados para efectuar dicha solicitud el deudor uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas o de oficio por la Superintendencia de Sociedades.[13]

Asimismo, el artículo 49 de la ley colombiana dispone que procederá declarar la apertura del proceso de liquidación judicial inmediata del deudor, entre otros supuestos, cuando este: a) lo solicite directamente o cuando incumpla su obligación de entregar oportunamente la documentación requerida como consecuencia de la solicitud a un proceso de insolvencia por parte de un acreedor; b) el deudor abandone sus negocios; c) a petición conjunta del deudor y de un número plural de acreedores titular de no menos del cincuenta por ciento (50 %) del pasivo externo; y, d) tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses.[14]

---

12 Ley 1116
«Artículo 9. Supuestos de admisibilidad.- El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.
1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:
Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10 %) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.
2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. […]».

13 Ley 1116
«Artículo 11. Legitimación.- El inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados:
1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad. […]».

14 Ley 1116
«Artículo 49. Apertura del proceso de liquidación inmediata.- Procederá de manera inmediata en los siguientes casos:
1. Cuando el deudor lo solicite directamente, o cuando incumpla su obligación de entregar oportunamente la documentación requerida, como consecuencia de la solicitud a un proceso de insolvencia por parte de un acreedor.

Resulta interesante observar que la legislación concursal colombiana reserva la definición del estado de cesación de pagos a un supuesto de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones del deudor y que el mismo sea representativo en relación con su patrimonio en el sentido de exigir que el total de acreencias impagas y exigibles no deba ser inferior en ningún caso a la décima parte del total de obligaciones del deudor. Asimismo, llama la atención que la referida norma condicione la verificación de la cesación de pagos a la existencia de una pluralidad de acreedores impagos, lo cual refuerza la idea de «incumplimiento generalizado» del deudor en el pago de sus obligaciones.

Por otra parte, también podemos apreciar que la ley concursal colombiana opta por utilizar el concepto de «cesación de pagos» para admitir el sometimiento del deudor a un proceso de reorganización, esto es, determina de algún modo que la importancia de recurrir al citado concepto adquiere relevancia en orden a identificar una crisis patrimonial del deudor que, aunque existente, pueda resultar «manejable» con vista a la permanencia del deudor en el mercado, reservando la identificación de crisis patrimoniales de mayor gravedad a la constatación de los supuestos normativos de declaración del proceso de liquidación judicial inmediata.

3.3. Argentina

En Argentina, la Ley 24.522 establece expresamente en su artículo 1 que el estado de cesación de pagos constituye el presupuesto para la apertura de los concursos regulados en dicha norma. En cuanto a la identificación del supuesto de hecho que permite verificar el estado de cesación de pagos, en el caso de la solicitud presentada por acreedores la citada ley reserva este pedido para el inicio del proceso de quiebra judicial, enunciando expresamente en su artículo 78: «[…] El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan».[15]

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 79 de la ley concursal argentina contempla un listado enunciativo de los denominados «hechos reveladores» del estado de cesación de pagos, los cuales son los siguientes: a) reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; b) mora en el cumplimiento de una obligación; c) ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones; d) clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad; e) venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago; f) revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores; y, g) cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.[16]

---

2. Cuando el deudor abandone sus negocios.
3. Por solicitud de la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa.
4. Por decisión motivada de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso de reorganización, o cuando el deudor no actualice el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto requerida en la providencia de inicio del proceso de reorganización.
5. A petición conjunta del deudor y de un número plural de acreedores titular de no menos del cincuenta por ciento (50 %) del pasivo externo.
6. Solicitud expresa de inicio del trámite del proceso de liquidación judicial por parte de una autoridad o representante extranjero, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.
7. Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses. […]».

15 Ley 24.522
«Artículo 1.- Cesación de pagos. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69».
Ley 24.522
«Artículo 78.- Prueba de cesación de pagos. El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan».

16 Ley 24.522

Asimismo, el artículo 83 de la ley concursal argentina dispone que el acreedor solicitante de la quiebra debe probar sumariamente, entre otros hechos, su derecho de crédito, así como los hechos reveladores de la cesación de pagos.[17]

La regulación argentina antes reseñada resulta coherente con el desarrollo sobre el concepto de cesación de pagos efectuado por la doctrina de ese país. Definida expresamente como un «estado patrimonial», la cesación de pagos bajo la legislación argentina exige, empero, para su verificación, la «exteriorización» de hechos reveladores de dicho estado, los cuales no se agotan en la falta de pago de obligaciones del deudor (que dicho sea de paso es definido escuetamente como «mora en el cumplimiento de una obligación»), sino que se extienden a todas aquellas manifestaciones tendientes a demostrar que el deudor está imposibilitado de cumplir «regularmente» sus obligaciones, con independencia de las causas que originen ese estado de crisis patrimonial.

Sin embargo, en nuestra opinión, creemos que la definición del estado de cesación de pagos como «la imposibilidad del deudor en cumplir regularmente sus obligaciones», y sin perjuicio de los hechos reveladores de dicho estado previstos en el artículo 79 de la norma argentina abre un amplio campo de discrecionalidad al juez de la quiebra para determinar cuándo un deudor se encuentra incurso en un estado de cesación de pagos, lo cual es susceptible de generar incertidumbre entre los agentes del mercado en torno a la verificación del estado en mención para decretar el inicio del proceso de quiebra.

3.4. Perú

En nuestro país, desde el año 1992, la determinación del supuesto normativo de cesación de pagos para la denominada, hasta el año 2002, declaración de «insolvencia» del deudor concursado a pedido de acreedores[18] quedó acotada a una situación obligacional específica: que uno o más acreedores demuestren mantener frente a su deudor créditos vencidos y exigibles por más de treinta días calendario, que en conjunto superen las cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT). Dicho supuesto se ha mantenido, con algún ajuste formal mínimo en su formulación normativa, bajo la vigencia del Decreto Ley n.° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial; el Decreto Legislativo n.° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial; y la Ley n.° 27809, Ley General del Sistema Concursal; este último dispositivo legal vigente a la fecha.

La Ley de Reestructuración Empresarial, vigente desde el año 1992 hasta el año 1996, establecía en su artículo 2 lo siguiente:

> […] Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a Cincuenta Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaratoria de insolvencia del deudor ante la Comisión de Salida del Mercado a que se refieren la segunda y tercera disposiciones complementarias del presente Decreto Ley, en adelante la Comisión.

«Artículo 79.- Hechos reveladores. Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros:
1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor.
2) Mora en el cumplimiento de una obligación.
3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.
4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.
5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.
6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos».

17 Ley 24.522
«Artículo 83.- Pedido de acreedores. Si la quiebra es pedida por acreedor, debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos, y que el deudor está comprendido en el Artículo 2».

18 Desde la entrada en vigencia de la Ley General del Sistema Concursal (2002), el texto de dicha norma ha prescindido de toda referencia al término «insolvencia», tan es así que al antes denominado «procedimiento de insolvencia», la nueva norma concursal lo tituló «procedimiento concursal ordinario», esto considerando que la referida ley concursal también regula otro procedimiento, de naturaleza eminentemente anticipatoria de la crisis patrimonial del deudor, denominado «concursal preventivo», siendo que este último solo puede ser iniciado a pedido del propio deudor.

> Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entiende por acreedor impago a aquel cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta días naturales siguientes a su vencimiento.[19]

En tanto, la Ley de Reestructuración Patrimonial, cuya vigencia se extendió del año 1996 al año 2002, en su artículo 1 definió como «acreedor», solo para efectos de la declaración de insolvencia del deudor, a «[…] aquel cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento».[20] Asimismo, el artículo 4 del referido cuerpo legal reiteró, con algún agregado, la fórmula empleada en el artículo 2 de la Ley de Reestructuración Empresarial señalando: «Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a 50 Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaración de la insolvencia de una persona natural o jurídica ante la Comisión, aun cuando esta se encuentre en proceso de disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades. […]».

Finalmente, la Ley General del Sistema Concursal, vigente desde el año 2002 hasta la fecha, establece en su artículo 26.1 lo siguiente: «Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. […]».[21]

Como puede verse, tratándose del «presupuesto objetivo» para declarar el inicio de un procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores, la legislación nacional de los últimos veinticinco años ha mantenido, de manera casi incólume, el mismo supuesto de hecho o, en términos doctrinales, «hecho revelador» de la insolvencia del deudor: una cesación de pagos manifestada a través de un evento que podemos denominar como «cualificado» de incumplimiento de obligaciones en lo que respecta al monto de tales obligaciones y a su plazo de exigibilidad, diferenciándose marcadamente en este sentido de la configuración legal de los hechos reveladores de la insolvencia previstos en la legislación comparada antes examinada.

Hacemos hincapié en «diferencias marcadas» en la medida que, en lugar de seguir el derrotero trazado en las legislaciones antes citadas, nuestro sistema concursal ha optado por configurar el supuesto de cesación de pagos como «hecho revelador de la insolvencia» del deudor no en base a la naturaleza o probanza expeditiva del derecho de crédito impago ni menos aún en la «aptitud» de dicho

---

19 Decreto Ley n.° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial
«Artículo 2.- Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a Cincuenta Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaratoria de insolvencia del deudor, ante la Comisión de Salida del Mercado a que se refieren la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias del presente Decreto Ley, en adelante la Comisión.
Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entiende por acreedor impago a aquel cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta días naturales siguientes a su vencimiento. Tratándose de créditos que se vencen por armadas o cuotas, solo se computarán las armadas o cuotas vencidas por cualquier causa».

20 Decreto Legislativo n.° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial
«Artículo 1.- Definiciones.- Para efectos de la aplicación de las normas de la presente Ley, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:
Acreedor.- Para efectos de la declaración de insolvencia, se entiende por acreedor impago a aquel cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento. […]
Artículo 4.- Declaración de insolvencia a solicitud de acreedores.- Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a 50 Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaración de la insolvencia de una persona natural o jurídica ante la Comisión, aun cuando esta se encuentre en proceso de disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades. […]».

21 Ley n.° 27809, Ley General del Sistema Concursal
«Artículo 26.- Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores
26.1. Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento. […]».

derecho impago para representar una cesación de pagos generalizada del deudor, sino en función a características especiales de exigibilidad y cuantía de ese derecho patrimonial.

En los siguientes apartados nos ocuparemos de abordar cómo este «diseño» legal del modelo de cesación de pagos elegido por nuestro legislador ofrece ciertas bondades en su aplicación, pero a la vez deja entrever algunas falencias en su contenido, para lo cual resulta indispensable recurrir en primer lugar a figuras e institutos propios del sistema concursal peruano.

4. OBJETIVO Y FINALIDAD DEL SISTEMA CONCURSAL. LA PERENTORIEDAD DE LOS PLAZOS

El artículo I del «Título preliminar» de la Ley General del Sistema Concursal consagra, de manera expresa, la recuperación del crédito como el objetivo rector del sistema concursal peruano.[22] Esto supone una toma de posición bastante clara acerca de cuál es el interés patrimonial que debe ser tutelado con carácter prevalente en nuestros procedimientos concursales: la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores involucrados en la crisis patrimonial del deudor que origina el sometimiento de este último al régimen excepcional del concurso.

Pero el precepto no concluye ahí: añade que la protección del crédito se implementa a través de procedimientos concursales que promuevan una «asignación eficiente de recursos» que maximice el valor del patrimonio del deudor, lo cual convierte a los procedimientos concursales regulados en la Ley General del Sistema Concursal en los «instrumentos» puestos a disposición de los acreedores para maximizar el valor del patrimonio del deudor concursado para estar en condiciones de obtener, al mayor grado posible, la recuperación de sus créditos.[23]

Para el logro del objetivo antes descrito, la Ley General del Sistema Concursal establece en el artículo II de su «Título preliminar» una finalidad alineada para tal propósito: fomentar, a través del desarrollo de los procedimientos concursales regulados en dicho cuerpo legal, el otorgamiento de un ambiente idóneo de negociación entre el deudor y sus acreedores para que estos últimos puedan decidir, a bajos costos de transacción, el destino de la empresa concursada, el cual solo puede ser la continuación de las actividades económicas del deudor bajo un proceso de reestructuración patrimonial o, de lo contrario, la salida ordenada del mercado del deudor mediante un proceso de disolución y liquidación de su patrimonio.[24]

De esta forma, y conforme a lo expresado por el Tribunal del Indecopi, el concurso se constituye en un espacio de negociación brindado a los acreedores y al deudor para superar el estado de cesación de pagos o de insuficiencia patrimonial que atraviesa el deudor, mediante la adopción y ejecución de los acuerdos por los acreedores reunidos en junta, en su calidad de principales afectados por la crisis

---

22 Ley General del Sistema Concursal. «Título preliminar»
«Artículo I.- Objetivo de la Ley
El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor».

23 En la Resolución n.° 0377-2004/SCO-INDECOPI del 22 de junio de 2004, el Tribunal del Indecopi señaló lo siguiente:
«[…] 4. Debe tenerse en cuenta que todo proceso concursal enfrenta el problema de que el patrimonio del deudor concursado resulte insuficiente para satisfacer los créditos de todos los acreedores, por lo que una situación de indefinición en la toma de acuerdos incrementará sustancialmente la proporción de pérdidas que tendrá que enfrentar cada acreedor y, por ende, hará más difícil y menos probable una salida exitosa de la crisis.
5. Por tal motivo, la maximización del valor del patrimonio en crisis se constituye en un propósito esencial del sistema concursal, pues en la medida que se logre ello, los acreedores se encontrarán en mejor posición de recibir retribuciones más altas por sus créditos, reduciéndose el riesgo derivado de la situación de crisis del deudor. […]».

24 Ley General del Sistema Concursal. Título preliminar
«Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales. Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción».

patrimonial del deudor, tendientes a obtener el máximo valor del patrimonio de este último y así pagar en mayor medida la totalidad de los créditos comprendidos en los procedimientos respectivos.[25]

La implementación y eficaz funcionamiento de este «ambiente de negociación» reposa, a su vez, en dos pilares estrechamente vinculados entre sí: por una parte, el rol facilitador de la autoridad administrativa concursal, constituida en primera instancia por la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi y en segunda instancia por la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi, a través de la realización de las actuaciones procedimentales necesarias para instaurar y luego propiciar el referido ambiente de negociación bajo «reducidos costos de transacción» en los términos del artículo II del «Título preliminar» de la Ley General del Sistema Concursal, como lo son la determinación del estado de concurso, la verificación y reconocimiento de los créditos de cada acreedor apersonado, la supervisión de la legalidad de los acuerdos de junta, el impulso de oficio del proceso ante la inacción de los acreedores y la fiscalización del correcto comportamiento de las partes a través de la imposición de sanciones administrativas, entre otras atribuciones a su cargo;[26] y, por otra parte, el otorgamiento a los acreedores del rol decisorio en el concurso,[27] cuyo impulso les corresponde como regla general y, solo de manera subsidiaria, interviene la autoridad concursal.[28]

Sobre este aspecto cobra especial relevancia una figura introducida en la vigente Ley General del Sistema Concursal y cuyos alcances irradian en forma determinante el inicio y desarrollo de los procedimientos concursales regulados bajo dicha norma legal: la perentoriedad de los plazos previstos en la referida Ley para las actuaciones de las partes intervinientes en el concurso.

El artículo 137.3 de la Ley General del Sistema Concursal establece que los plazos previstos en dicha norma son perentorios e improrrogables, precepto que resulta aplicable tanto a los plazos procesales como a aquellos que impongan la realización de actuaciones a las partes.[29]

El fundamento que subyace a esta exigencia de dotar de perentoriedad a los plazos previstos en la ley concursal para la actuación de las partes radica en la necesidad de fijar un límite «temporal» a tales actuaciones para evitar que una dilación excesiva o hasta indefinida en la realización de los actos a cargo del deudor o de los propios acreedores conduzca a una indebida prolongación del procedimiento, que termine por perjudicar los intereses patrimoniales de aquellos a quienes precisamente la normativa concursal pretende tutelar. Esto debido a que un elemento fundamental para propiciar el ambiente de negociación idóneo a que se refiere el artículo II del «Título preliminar» de la Ley General del Sistema Concursal, lo constituye la tramitación célere del procedimiento concursal en todas sus etapas, lo cual contribuirá de manera decisiva para procurar maximizar el valor del patrimonio del deudor, en la medida que un rápido inicio, desarrollo y conclusión del concurso reducirá el riesgo

---

25 En la Resolución n.° 0070-2014/SCO-INDECOPI del 15 de abril de 2014, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales indicó lo siguiente: «[…] Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el sistema concursal peruano busca facilitar al deudor en crisis y a sus acreedores un escenario de negociación y toma de decisiones de naturaleza privada que permitan superar, a bajos costos de transacción y en beneficio de los acreedores en cuanto principales afectados con dicha crisis, las situaciones actuales o inminentes de cesación de pagos y/o insuficiencia patrimonial de su deudor, mediante la adopción de acuerdos destinados a maximizar el valor del patrimonio concursado a fin de procurar el mayor grado de recuperación posible de los créditos, siendo este el objetivo rector en base al cual se estructuran y desarrollan los esquemas procedimentales puestos a disposición de los agentes económicos involucrados en este tipo de crisis patrimoniales. […]».

26 Ver Resolución n.° 0070-2014/SCO-INDECOPI, p. 13.

27 Ley General del Sistema Concursal. Título preliminar
«Artículo II.- Decisión sobre el destino del deudor
La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada».

28 Ley General del Sistema Concursal. Título preliminar.
«Artículo VII.- Inicio e impulso de los procedimientos concursales
Los procedimientos concursales se inician a instancia de parte interesada ante la autoridad concursal.
El impulso de los procedimientos concursales es de parte. La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria».

29 Ley General del Sistema Concursal
«Artículo 137.- Plazos máximos para la tramitación de procedimientos concursales
[…]
137.3 Los plazos previstos en la Ley son perentorios e improrrogables. Esta disposición se aplica tanto a los plazos procesales como a aquellos que imponga el deber de ejecución de actuaciones a cualquiera de los sujetos del procedimiento concursal».

natural de la depreciación o pérdida de valor de los bienes integrantes del referido patrimonio, protegiéndose así las legítimas expectativas de cobro de la colectividad de acreedores del deudor concursado.

De este modo, será perentorio el plazo de ley que tiene el deudor para apersonarse al procedimiento luego de ser emplazado con la solicitud de inicio de procedimiento concursal ordinario presentada por sus acreedores, bajo apercibimiento de ser declarado en concurso en caso de no hacerlo; por otra parte, solo aquellos acreedores que se apersonen solicitando el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo previsto por la ley para ello una vez difundida la situación de concurso del deudor podrán ejercer los derechos políticos de voz y voto en junta, quedando excluidos del ejercicio de tales derechos los acreedores apersonados fuera de dicho plazo, siendo también perentorios los plazos que la ley otorga a los acreedores para tomar los acuerdos de destino del deudor, la aprobación de los instrumentos concursales respectivos y demás orientados a la implementación de tales acuerdos, según sea el caso.[30]

Una consecuencia trascendental derivada de la aplicación de la regla de perentoriedad en los términos previstos en la ley concursal consiste en que las partes «pierden» el derecho a realizar los actos a su cargo luego de vencidos los respectivos plazos, precluyendo así en forma definitiva la oportunidad para efectuar tales actos en el procedimiento.[31]

En el caso del inicio del procedimiento concursal, la premura en promover su declaración por parte de la autoridad concursal para difundir públicamente este estado patrimonial del deudor y hacer extensivos *erga omnes* los efectos del régimen concursal a la totalidad de sus acreedores se revela como un asunto de la mayor importancia para activar con inmediatez y eficacia la solución colectiva del concurso a fin de garantizar una apertura «oportuna» del mismo que permita comenzar el trámite del procedimiento e impulsar su desarrollo de la manera más célere posible, de modo que los acreedores se encuentren en las mejores condiciones para tomar las decisiones orientadas a maximizar el valor del patrimonio del deudor y por esta vía puedan lograr una satisfacción óptima de sus intereses patrimoniales.

5. ¿ES EL INICIO DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO A PEDIDO DE ACREEDORES UN PROCESO INDIRECTO DE COBRO DE CRÉDITOS?

Como lo hemos apuntado en la primera parte de este artículo, el supuesto normativo de «cesación de pagos» previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal, cuya ocurrencia habilita a uno o más acreedores a solicitar la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario de su deudor, constituye un evento de incumplimiento «cualificado» de obligaciones por el deudor. Esto es así porque no basta verificar cualquier incumplimiento para demostrar el estado de insolvencia del deudor, sino que dicho incumplimiento tiene un *quantum* mínimo (deudas equivalentes a un importe no menor a 50 UIT) y, además, el crédito debe encontrarse vencido y exigible por más de treinta días calendario anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

En primer lugar, conviene señalar que, a diferencia de lo establecido en la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, consideramos un acierto del legislador el haber excluido de la regulación

---

30 Al respecto, véanse los fundamentos 17 a 21 de la Resolución n.° 0377-2004/SCO-INDECOPI del 22 de junio de 2004.

31 Con la excepción —particularmente notable— de la adopción de acuerdos por la junta de acreedores, en cuyo caso la regla de perentoriedad, si bien resulta igualmente aplicable, deviene en una eficacia «relativa» en cuanto el rol decisorio y conductor del proceso concursal que expresamente atribuye el artículo III del «Título preliminar» de la Ley General del Sistema Concursal a los acreedores, que permite que la colectividad de acreedores pueda, no obstante haberse declarado de oficio por la Comisión la disolución y liquidación de la empresa concursada precisamente por inacción de la junta bajo cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 96.1 de la citada norma, posteriormente reunirse en junta para revertir ese estado de liquidación a una de reestructuración patrimonial, en aras de proteger sus intereses patrimoniales en ejercicio de la autonomía privada que rige su accionar en los procedimientos concursales.

contenida en la ley vigente el término «insolvencia», tanto para nombrar al hoy denominado «procedimiento concursal ordinario»[32] como para definir, a través de esa acepción, a los «hechos reveladores» contemplados en dicha norma. Como fenómeno económico de crisis empresarial, la definición de la insolvencia se convierte, más allá del empleo metodológico de dicho concepto para fines académicos, en un asunto muy complejo cuando se trata de delimitar ese estado patrimonial en un texto normativo puesto que, sea plasmado con alcances amplios o específicos, la variedad y dinamismo de las crisis económicas atravesadas por los diversos agentes del mercado tornará insuficientes o, por oposición, inciertos los límites de tal definición legal.[33]

En segundo lugar, la limitación del «hecho revelador» de la insolvencia del deudor al supuesto de cesación de pagos «cualificado» del deudor previsto en el citado artículo 26.1 de nuestra ley concursal para la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores nos parece, en términos generales, la opción legal más adecuada para el sistema concursal peruano. Conforme lo señaláramos en la parte introductoria del presente artículo, una delimitación específica de los hechos reveladores de la insolvencia se traduce en la constitución de «presupuestos objetivos» que contribuyan a identificar con mayor acierto y prontitud el estado de insolvencia, siendo en esta línea de análisis la determinación de un supuesto específico de incumplimiento idóneo para tal fin. Ello sumado a que, estando a cargo de la tramitación de los procedimientos concursales una autoridad administrativa como lo es el Indecopi, resultaría poco factible en términos de facultades «jurisdiccionales» que dicha autoridad pudiese avocarse al conocimiento de otro tipo de hechos reveladores del estado de insolvencia que requieran de un margen de discrecionalidad más amplio para su verificación.

Dicho esto, nos preguntamos ¿acaso será posible que este incumplimiento «cualificado» de obligaciones pudiera ser incluso más «específico» que el enunciado legal contenido en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal? En nuestra opinión, no solo consideramos que es posible, sino más aún, creemos que esa mayor especificación del presupuesto objetivo vigente resulta necesaria para hacer más funcional y efectivo el uso de este mecanismo para dar inicio al régimen concursal, reduciendo con ello el empleo indebido del mismo con fines distintos a los que la normativa concursal pretende tutelar y que, en situaciones extremas, puede incluso conspirar en contra de la consecución del objetivo y finalidad del sistema concursal, por las razones que desarrollaremos en las siguientes líneas.

A nuestro parecer, el elemento de «exigibilidad» de los créditos invocados por el acreedor que insta el inicio el concurso de su deudor debería tener un grado mínimo de verosimilitud en su determinación, siquiera preliminar, por parte de la autoridad concursal al momento de verificar la solicitud y luego proceder a emplazar al deudor. Piénsese en los ejemplos descritos en la primera parte del presente trabajo: definitivamente no podrá analizarse de la misma manera la exigibilidad de los créditos derivados de las facturas en el caso 1, que en los demás casos (2 y 3), en los cuales la naturaleza especial de las prestaciones (prestación de hacer en el caso 2 y prestación de dar bienes muebles en el caso 3) exigirán un examen más detenido y no necesariamente «sumario» de la condición exigible del crédito que sustenta el pedido de inicio de concurso.

---

32 Al ser la insolvencia un estado patrimonial, resultaba manifiestamente impropio denominar al procedimiento «de insolvencia» (es decir, procedimiento del estado patrimonial), siendo más pertinente emplear un término acorde con el concurso en cuanto espacio de implementación de la solución colectiva de los acreedores a la crisis patrimonial del deudor.

33 Sobre el tema, Álvaro Pérez Ragone y Patricio Martínez Benavides expresan lo siguiente: «La insolvencia es un fenómeno multidimensional y no solo económico, ya que su base es un estado del patrimonio en el que existe un desequilibrio entre su activo de disponibilidad inmediata o liquidable a corto plazo y su pasivo actualmente exigible (*cash flow test*). Es preciso aquí destacar, que la insolvencia no necesariamente consiste en un patrimonio donde el pasivo es mayor que el activo, al modo de una simple operación contable (*balance sheet test*), ya que lo relevante es contemplar las deudas a su vencimiento, esto es, cuando sean actualmente exigibles, y veremos que solo algunas y no todas integran ese pasivo relevante. La insolvencia es también un fenómeno económico que constituye un estado complejo, ya que su exteriorización no es un hecho simple, sino que requiere tener en cuenta diversos elementos tales como «la calidad personal del deudor, su acceso al crédito, su activo, su pasivo al corto, mediano y largo plazo, las condiciones de mercado, su capacidad productiva, etc.». Cfr. PÉREZ RAGONE, Álvaro y Patricio MARTÍNEZ BENAVIDES. «Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo». En *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, n.° 1, vol. 42, 2015, p. 95.

Frente a este cuestionamiento, podría argumentarse que, en cualquier caso, el examen definitivo de la exigibilidad y existencia del crédito presupone necesariamente la posición del deudor, a quien se garantiza la posibilidad de oponerse a tales elementos del crédito al apersonarse al procedimiento luego de ser emplazado con la solicitud, con lo cual cualquier duda o incertidumbre acerca del carácter exigible del crédito en mención quedaría disipada al momento en el que la autoridad concursal emita pronunciamiento final respecto de la solicitud de declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario del deudor. No obstante, consideramos que una respuesta de ese tipo debería, por lo menos, hacernos reflexionar acerca del verdadero rol que debe cumplir el presupuesto objetivo de inicio del concurso a pedido de acreedores: como un hecho revelador del estado de insolvencia, en nuestra opinión la falta de pago de un crédito exigible debería estar sujeta, como regla general, a una probanza expeditiva que permita determinar, con la mayor prontitud posible, esa cesación de pagos «cualificada» a efectos de posibilitar una igualmente célere apertura del concurso y así procurar con la debida anticipación la tutela colectiva de los demás acreedores.

Lo contrario implicaría atribuir sustancialmente a la evaluación de una solicitud de inicio de procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores el carácter de una especie de «juicio cognitivo» sobre el derecho de crédito invocado, haciéndola participar más de una naturaleza de proceso declarativo de existencia de un derecho de cobro que de identificación de un hecho revelador del estado de insolvencia del deudor para su sometimiento a concurso. Ahora bien, con lo expresado no se pretende sostener en modo alguno que la probanza «sumaria» del crédito deba limitarse a documentos legalmente reconocidos como suficientemente acreditativos de la verosimilitud del derecho de crédito, como los llamados «títulos de ejecución» o actos con calidad de cosa juzgada (sentencias, laudos arbitrales, etc.), sino que los documentos presentados en sustento del pedido de inicio de concurso deben contener, con una determinación meridianamente clara, los elementos mínimos requeridos para verificar la existencia, origen, exigibilidad, titularidad y cuantía del crédito invocado (monto del crédito determinado o determinable, fecha de vencimiento para el cumplimiento de la obligación claramente consignada, identificación precisa de las contraprestaciones vinculadas al crédito de ser el caso, entre otros).

Consideramos necesario incidir nuestro análisis en el carácter *sumario* del juicio del crédito invocado para sustentar un pedido de inicio de concurso por acreedores. Ello por cuanto será esa idoneidad del crédito en ser objeto de un juicio sumario la que permitirá demostrar, en un tiempo razonablemente breve, la configuración de la falta de pago del mismo como un auténtico «hecho revelador» del estado de insolvencia patrimonial del deudor, entendido como una imposibilidad por parte de este último en afrontar, siquiera en forma temporal, el pago de sus obligaciones.

En este punto, es importante recordar que el incumplimiento en el pago de una obligación no supone, en sí mismo y objetivamente considerado, la constatación de un estado de insolvencia, puesto que dicho incumplimiento podría obedecer a múltiples causas, desde la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la prestación por causa no imputable al deudor (sin perjuicio del consiguiente deber de este último a restituir la contraprestación previamente recibida) hasta el propio incumplimiento por el acreedor de la prestación a su cargo tratándose de la ejecución de un contrato con prestaciones recíprocas (la figura de la «excepción de incumplimiento»). Incluso en el caso de figuras contractuales complejas, pueden presentarse situaciones de incertidumbre en cuanto a los términos y condiciones de cumplimiento de las prestaciones involucradas, escenario que faculta plenamente al deudor a cuestionar la pretensión de cobro de su acreedor aduciendo discrepancias interpretativas de las estipulaciones integrantes del contrato que originó el derecho de crédito invocado.

Siendo esto así, nos preguntamos: ¿estos casos de incumplimiento de pago de un crédito son acaso susceptibles de denotar una cesación generalizada de pagos demostrativa de un estado de insolvencia? Nosotros creemos que no, puesto que estos casos evidencian, por el contrario, que no necesariamente el deudor que no paga su obligación es un deudor *que no puede pagar*, sino más bien es un deudor *que decide voluntariamente no pagar,* incluso si tuviera la solvencia patrimonial para hacerlo, al tener una «expectativa fundada» de no estar obligado a ello. En los ejemplos citados en el párrafo que antecede resulta obvio que ante la complejidad de la casuística presentada durante la ejecución del contrato,

o por la propia ambigüedad u oscuridad de las cláusulas contractuales, el deudor a quien se pretende someter a concurso puede ejercer legítimamente su derecho a oponerse y contradecir la pretensión de cobro de su acreedor, controversia que, por su naturaleza, merece un juicio eminentemente cognitivo, el cual, más allá del resultado final de la *litis*,[34] se condice en estricto con un proceso declarativo de derechos más que con la verificación del estado de insolvencia patrimonial del deudor.

Ahora bien, nótese que nuestro planteamiento no pretende excluir, en modo alguno, la «estación probatoria» del procedimiento de declaración de inicio de concurso a pedido de acreedores. Resulta evidente y hasta imperativo que la autoridad concursal efectúe una verificación exhaustiva de la existencia, origen, exigibilidad, titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos invocados en aquellos casos en los que los solicitantes sean vinculados al deudor en los términos establecidos en el artículo 12 de la Ley General del Sistema Concursal, o en función a las circunstancias del caso concreto se genere una duda razonable sobre alguno de los elementos antes mencionados de tales créditos.[35] Sin embargo, en cualquier caso estos supuestos deben constituir la «excepción» y no «la regla» en cuanto al análisis probatorio de la solicitud, debiendo ser la «duda razonable» una situación clara y suficientemente justificada por la autoridad administrativa para realizar una investigación rigurosa que vaya más allá del examen de la documentación presentada en sustento de las acreencias invocadas.

Otro factor a considerar en respaldo de esta propuesta de «delimitación» del tipo de obligación pasible de someter a concurso ordinario a un deudor, lo constituye la limitación «intrínseca» que eventualmente debe afrontar la autoridad administrativa, en su condición de entidad con atribuciones «cuasi jurisdiccionales», al momento de evaluar solicitudes de inicio de concurso que involucren controversias contractuales de carácter complejo. Precisamente, por su falta de «jurisdicción», entendida esta en su acepción clásica de «decir en forma definitiva el derecho», consideramos que la Administración (Indecopi) solo debería estar en condiciones de efectuar, en términos generales, un examen sumario de las pretensiones planteadas con motivo de la solicitud de inicio de concurso ordinario por acreedores, más aún si se encuentra sujeta en dicha actuación a un plazo breve para resolver la referida solicitud.[36]

Por otra parte, una delimitación más precisa de la exigibilidad del crédito a efectos de la declaración de inicio del concurso ordinario del deudor también debería incidir en la especificación de circunstancias adicionales al vencimiento de la obligación que evidencien el estado de insolvencia. Así, sería aconsejable que el supuesto previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal establezca un periodo de exigibilidad del crédito previo a la presentación de la solicitud que sea mayor a treinta días calendario, como pudiera ser, por ejemplo, sesenta días calendario,[37] pues en nuestra

---

34 Aun en el supuesto de que el deudor resultase vencido en el juicio cognitivo sobre el derecho de crédito que se le pretende cobrar, ese resultado no denota en modo alguno, a criterio de quien escribe estas líneas, un «hecho revelador» de la insolvencia del deudor, pues será recién a partir de la «derrota» procesal del deudor que este pueda ser compelido, ya sin cuestionamiento válidamente oponible de su parte, a cumplir con su obligación.

35 En la experiencia administrativa hubo dos casos emblemáticos que ilustran la necesidad de investigar «por todos los medios» (en los términos empleados expresamente por nuestra vigente ley concursal en su artículo 38.6) los créditos invocados con base en documentos a los que de ordinario se les atribuye «contundencia probatoria» para acreditar tales derechos patrimoniales: el primero, a través de la Resolución n.° 079-97-TDC, y que constituyó precedente de observancia obligatoria, mediante el cual el Tribunal del Indecopi, luego de realizar una acuciosa investigación, declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia que declaró la insolvencia de la empresa deudora a pedido de un acreedor (el que, como resultado de la investigación realizada, mantenía vinculación con la deudora) sustentado en letras de cambio que, según se demostró en el procedimiento investigatorio llevado a cabo en segunda instancia administrativa, habían sido giradas «de favor», sin ninguna relación obligacional realmente existente que justificase la emisión de dichas cambiales; el segundo mediante Resolución n.° 0351-2000/TDC-INDECOPI, también aprobada como precedente de observancia obligatoria, por el cual el Tribunal del Indecopi declaró nula la resolución de primera instancia que había reconocido créditos a favor de una acreedora persona natural frente a la empresa deudora, sustentados en una sentencia firme. Aquí también se concluyó, después de un proceso de investigación en segunda instancia, que las partes recurrieron indebidamente a un proceso judicial de ejecución de garantías para obtener un pronunciamiento judicial favorable a la solicitante, pese a que los créditos en cuestión ya habían sido desestimados por el Indecopi hasta en dos oportunidades previas. Ante ello, el Tribunal dispuso que se demande la nulidad de cosa juzgada de la referida sentencia y, una vez interpuesta dicha demanda, se registren como contingentes los créditos invocados.

36 Noventa (90) días hábiles por instancia, según reza el artículo 137.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

37 Ciertamente, la determinación del plazo «mínimo» de exigibilidad previa de los créditos tampoco debe ser considerada en forma aislada de los demás elementos cualitativos exigidos por la norma para configurar el supuesto que la ley identifica como «hecho

opinión será el tiempo razonablemente considerable que haya transcurrido desde que un crédito devenga exigible sin haber sido pagado, el elemento que permita constatar con un mayor grado de predictibilidad el estado generalizado de dificultad patrimonial del deudor que le impide afrontar oportunamente el pago de sus obligaciones en la medida que, a criterio de quien escribe estas líneas, el antedicho plazo de treinta días calendario no refleja necesariamente que el deudor se encuentre en un estado de insolvencia, pudiendo tratarse únicamente de una situación de iliquidez de carácter temporal que no justifique su sometimiento al régimen concursal.[38]

La razón de la afirmación anterior es sencilla pero, a la vez, de connotaciones fundamentales para el tema que nos ocupa: la declaración de inicio de concurso a pedido de acreedores no es una vía procesal más con la que estos cuentan para la satisfacción de su interés patrimonial; por el contrario, es el vehículo procesal del que se vale el ordenamiento para identificar la cesación de pagos del deudor que justifique el sometimiento de este al régimen concursal, por lo que a nuestro entender incluso a partir de esta etapa «preconcursal» se trasluce un interés público en identificar el referido hecho revelador de la insolvencia para así activar tempranamente la solución colectiva a la crisis patrimonial del deudor en beneficio de todos sus acreedores.

No desvirtúa tal consideración el hecho de que sea uno o más acreedores quienes ostenten la legitimación para solicitar e impulsar en esta etapa procedimental la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario del deudor. Esta circunstancia deviene, por la naturaleza especial de la pretensión, en «accidental» a efectos del pronunciamiento que se busca obtener: eventualmente la tutela (satisfacción) del derecho de crédito que pueda obtener el o los acreedores solicitantes del concurso no representará, en sí misma considerada, el logro del objetivo perseguido por la ley con la presentación de estas solicitudes; más bien se convertirá en uno de los efectos resultantes de la acreditación de solvencia del deudor en la fase procedimental que corresponda.

Siguiendo el análisis precedente, una configuración «abierta» de la exigibilidad del crédito, tal como la establece el texto del artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal, abre la posibilidad de convertir a la vía preconcursal en una especie de «proceso de conocimiento» en sede administrativa (con todas las limitaciones que ello supone para la autoridad administrativa en cuanto a sus limitaciones para abordar determinados temas de orden sustantivo respecto del crédito invocado) que pueda terminar demorando excesivamente la determinación del presupuesto objetivo establecido por la ley para declarar el inicio del concurso. Esta situación puede conducir, naturalmente, a un uso indebido por parte del acreedor solicitante: además de los ejemplos mostrados en la parte preliminar de este trabajo, piénsese en aquellos supuestos de obligaciones originadas en la ejecución de esquemas contractuales de una naturaleza particularmente compleja en la que el acreedor de alguna de las prestaciones estipuladas en esa relación obligacional pretendiera utilizar la vía concursal para «forzar a negociar» a su contraparte ante una discrepancia en la ejecución del contrato o para compelerla al cumplimiento de su obligación bajo la amenaza de la declaración de su situación de concurso.

Por otra parte, consideramos también necesario que el supuesto previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal incorpore una especificación en lo concerniente al importe mínimo de los créditos que sustentan el pedido de acreedores para la declaración del concurso ordinario de su deudor. Si bien convenimos en que —más allá de lo arbitrario que en estricto pueda resultar la

revelador» habilitante del pedido de inicio de procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores. Es así que un plazo relativamente menor de exigibilidad pueda ser equilibrado con el incremento, también relativo, de la cuantía mínima de créditos impagos invocados en sustento de tales pedidos. No obstante ello, creemos que un plazo como el propuesto en este trabajo resulta más acorde con criterios generales de razonabilidad en la determinación del tiempo de incumplimiento de pago de obligaciones del deudorx en cuanto podría contribuir a identificar con mayor precisión situaciones de crisis empresariales merecedoras de tratamiento concursal, con independencia de las dimensiones de la empresa (grande, mediana o pequeña) o del tipo de actividad económica que realice en el mercado.

38 Con la salvedad de que considerar plazos mayores al propuesto en el presente trabajo pudiera implicar el riesgo de identificar ya no solo un estado de crisis patrimonial generalizada del deudor, sino un estado de insolvencia de tal gravedad que probablemente termine conduciendo a la empresa, de modo indefectible, a su salida del mercado a través de un proceso liquidatorio. Claramente, ello propiciaría un escenario no deseado por nuestro sistema concursal, el cual está diseñado con el propósito de estimular, en términos generales, un sometimiento oportuno del deudor en crisis al concurso para la superación de su estado de insolvencia mediante la mayor satisfacción posible que su patrimonio permita al interés de sus acreedores.

fijación del *quantum* mínimo de acreencias, pues en vez de 50 el mínimo podría haberse establecido en 30 o 40 UIT— el tope mínimo de 50 UIT funciona como barrera desincentivadora de pedidos de menor cuantía que tengan exclusivamente por objeto presionar al deudor al pago de esas acreencias. La norma en cuestión debería indicar expresamente que los acreedores solicitantes asuman la carga probatoria de presentar los documentos en los que el importe de los créditos aparezca claramente identificado o, por lo menos, determinable. Esta regla probatoria sería especialmente relevante tratándose de la valorización pecuniaria de prestaciones obligacionales distintas a la de dar una suma dineraria (de dar bienes, de hacer o de no hacer), tarea que, por lo general, suele revestir cierta complejidad y, por consiguiente, genera algún grado de incertidumbre en lo relativo a la cuantía de esa clase de obligaciones.

Una delimitación del supuesto contenido en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal en los términos propuestos en los párrafos que anteceden contribuiría además a que, una vez emplazado, el deudor pueda ejercer en condiciones más objetivas y expeditivas algunos de los medios de defensa de los que dispone en virtud a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley General del Sistema Concursal,[39] ello considerando el carácter perentorio del plazo previsto en el artículo 27.1 de la referida norma para su apersonamiento al procedimiento.[40]

De esta manera, el deudor emplazado con la solicitud presentada por sus acreedores en los términos antes descritos tendrá la carga ineludible de apersonarse al procedimiento dentro del plazo antes referido, en mérito a la perentoriedad del mismo, acreditando su capacidad de pago, oponiéndose a la existencia, exigibilidad, origen, titularidad y cuantía de los créditos invocados o ejercitando ambos medios de defensa en forma subordinada, si lo que pretende es neutralizar el pedido de inicio del procedimiento concursal ordinario. De ello se desprende una consideración de suma relevancia para determinar el inicio de dicho procedimiento: por la exigencia de la perentoriedad del plazo para su apersonamiento, el deudor solo puede ejercer los medios de defensa antes mencionados dentro del plazo indicado, puesto que de no hacerlo así o de ser desestimados por la autoridad concursal tales medios de defensa presentados dentro del referido plazo la consecuencia legal será indefectiblemente la declaración de inicio del concurso.[41]

Nótese que el hecho revelador del estado de insolvencia del deudor, al ser un supuesto «cualificado» de incumplimiento de obligaciones que se produce en un ámbito temporal específico (al momento de la presentación de la solicitud), determina que, al no poder ampararse medio de defensa

---

39 Ley General del Sistema Concursal
«Artículo 28.- Apersonamiento al procedimiento
28.1 El emplazado podrá apersonarse al Procedimiento Concursal Ordinario optando por alguna de las siguientes alternativas:
a) Pagando el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento. Si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor podrá consignar el íntegro del monto emplazado, conforme a las disposiciones del Código Civil y del Código Procesal Civil, en cuyo caso la obligación quedará extinguida.
b) Ofreciendo pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento. Se otorgará al acreedor el plazo de cinco (5) días para dar su conformidad. El silencio constituirá una aceptación del ofrecimiento de pago.
c) Oponiéndose a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto del emplazamiento. El ejercicio de esta opción no enerva el derecho del emplazado a plantear subordinadamente la alternativa anterior. La Comisión se pronunciará en el mismo acto administrativo sobre ambos, previo traslado al acreedor.
d) Allanándose a la solicitud».

40 Ley General del Sistema Concursal
«Artículo 27.- Emplazamiento al deudor
27.1 Verificada la existencia de los créditos invocados, la Comisión requerirá al emplazado para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber sido notificado, se apersone al procedimiento optando por alguna de las alternativas previstas en el numeral 28.1 del artículo 28».

41 Ley General del Sistema Concursal
«Artículo 28.- Apersonamiento al procedimiento
[…]
28.3 Se declarará la situación de concurso bajo los siguientes supuestos:
a) Cuando el acreedor solicitante rechace el ofrecimiento de pago formulado por el emplazado.
b) Cuando la oposición presentada por el deudor resulte infundada o improcedente y, en caso éste hubiese optado subordinadamente por la opción prevista en el literal b) del primer párrafo, la misma haya sido desestimada por el acreedor.
c) Cuando el emplazado reconoce el monto de los créditos materia del emplazamiento y se allana a la solicitud presentada.
d) Cuando el emplazado no se pronuncia sobre ninguna de las alternativas previstas en este artículo, dentro del plazo establecido en el artículo 27.1.».

alguno del deudor por haber sido desestimados o ser presentados en forma extemporánea, deba declararse el inicio del concurso ante la verificación incontestable de tal hecho revelador (cesación de pagos), con independencia de lo que pueda ocurrir después con las acreencias que sustentaron la solicitud. El deudor podría incluso pagar luego tales créditos o arribar a un acuerdo con el acreedor solicitante para reprogramar los términos de pago de los créditos en cuestión, pero esos constituirían actos entre particulares que en modo alguno podrían enervar la verificación temporal de la situación de cesación de pagos del deudor a la fecha en que fue presentada la solicitud de inicio de concurso.

Como lo señaláramos líneas arriba, una conclusión como la indicada deriva del postulado de que el inicio del procedimiento concursal ordinario del deudor a pedido de sus acreedores, en vez de ser un procedimiento «indirecto» de cobro de los acreedores que presentan dicha solicitud, se constituye en un mecanismo que, aunque impulsado por acreedores con un interés patrimonial propio, tiene por objeto primordial la verificación de un hecho revelador de insolvencia del deudor que, en cuanto presupuesto objetivo, debe dar lugar al inicio del procedimiento concursal ordinario del deudor para facilitar a la colectividad de sus acreedores, bajo un escenario de negociación a bajos costos de transacción, una solución pronta y satisfactoria a la crisis patrimonial del deudor a fin de recuperar sus créditos.

Si bien puede objetarse válidamente que la observancia estricta de la regla de la perentoriedad puede devenir, en más de una oportunidad, en una «condena excesiva» al deudor a su sometimiento al concurso no obstante este pueda acreditar su solvencia inmediatamente después de vencido el plazo para su apersonamiento (piénsese, por ejemplo, en el deudor que paga el íntegro del crédito al undécimo día de emplazado con la solicitud de sus acreedores), lo cierto es que la configuración normativa del supuesto «cualificado» de cesación de pagos previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal, sumada al carácter perentorio del plazo de apersonamiento del deudor y al nulo margen de discrecionalidad de la autoridad concursal como entidad administrativa sujeta al principio de legalidad para identificar una situación fuera del texto expreso de la norma legal capaz de desvirtuar la fuerza probatoria del citado hecho revelador de la insolvencia, impiden dar una solución «sustantiva» más acorde con la verificación efectiva de un estado de insolvencia que justifique la activación del aparato concursal en tutela del colectivo de sus acreedores.

Más allá de situaciones «límite» como la antes descrita que, como tales, siempre tienen la virtualidad de poner a prueba cualquier «opción» de diseño legislativo sobre una determinada materia, consideramos que supeditar, en términos generales, la declaración de inicio o la continuación del procedimiento en su fase preconcursal exclusivamente a la satisfacción del interés patrimonial de los acreedores que solicitan el inicio del concurso, con prescindencia de la oportunidad en la que el deudor satisface dicho interés, importaría atribuir al procedimiento de declaración de inicio del concurso a instancia de acreedores una mera finalidad de cobro de los derechos de crédito que estos últimos invocan en sustento de dicho pedido, en vez de la verificación de un estado de insolvencia del deudor ante su cesación generalizada de pagos, con lo cual el carácter excepcional y de interés público que se pretende tutelar a través de un régimen concursal carecería de relevancia alguna, convirtiéndose esta forma de inicio del procedimiento en una vía procesal de cobro más de la que dispone un acreedor, adicionalmente a las que ya le franquea la vía ordinaria, para satisfacer su interés patrimonial particular.

Desde nuestro punto de vista, esta concepción marcadamente «privatista» del pedido de inicio del procedimiento concursal ordinario por acreedores vacía clamorosamente de contenido este mecanismo procedimental en su vertiente pública, esto es, concebido como «hecho revelador» de un estado de cesación generalizada de pagos (insolvencia): la necesidad de verificar el supuesto de incumplimiento «cualificado» previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal al momento de la presentación de la solicitud pierde todo sentido al aceptarse que después del plazo perentorio del que dispone el deudor emplazado con dicho pedido para ejercer sus medios de defensa (en resumen, acreditar solvencia), el procedimiento pueda concluir por el pago o extinción de los créditos objeto de emplazamiento, o por cualquier acuerdo subsiguiente entre los acreedores solicitantes y el deudor por el cual se refinancien tales créditos o se establezcan nuevos términos de exigibilidad de los mismos.

Nótese que la crítica aquí planteada no pretende en modo alguno negar ni cuestionar la posibilidad de pago o refinanciamiento de tales créditos, pues tales actos jurídicos privados surtirán los efectos que les son propios. Lo que objetamos en este trabajo es que la eficacia *inter partes* de estos actos modificatorios y extintivos de una relación obligacional deba condicionar, a su vez, la continuación del procedimiento de declaración de inicio del concurso ordinario del deudor. Sobre el particular, consideramos oportuno precisar que, en contra de lo que pudiera sostenerse en sede doctrinal o jurisprudencial, la defensa «pública» del preconcurso no contradice el objetivo de recuperación de los créditos consagrado en nuestra ley concursal, puesto que el sistema concursal peruano busca que dicho objetivo sea alcanzado en el marco de un procedimiento instaurado, esto es, un concurso ya iniciado y con la colectividad de acreedores apersonados al mismo, mas no en la etapa previa a su inicio, en la que el pago u ofrecimiento de pago de los créditos objeto de emplazamiento dentro del plazo legalmente establecido para ello adquiere relevancia concursal solo para verificar o no el «hecho revelador» de insolvencia contemplado en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal, en vez de procurar la satisfacción del interés patrimonial de los acreedores solicitantes del concurso.[42]

Incluso, un pago o refinanciamiento «extemporáneo» de los créditos objeto de emplazamiento no acredita necesariamente la «solvencia» del deudor, sino eventualmente lo contrario: piénsese en aquel deudor que, viéndose amenazado con la declaración inminente de su concurso ordinario ante la solicitud de sus acreedores, termina «forzado» a cancelar tales créditos comprometiendo para ello bienes esenciales para su actividad económica regular (activos fijos, por ejemplo), con lo cual si bien logra «capear el temporal» de un inicio próximo de su concurso, no soluciona o, aun peor, puede terminar agravando su crisis patrimonial. Esto representa, a nuestro parecer, una clara demostración de que la verificación del supuesto de hecho establecido en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal debe responder a un fin público y no perseguir la satisfacción del interés privado de quienes instan el concurso del deudor.[43]

Finalmente, también es relevante destacar la relevancia que esta problemática reviste para nuestro sistema concursal desde una perspectiva cuantitativa, en el que la estadística institucional ofrecida por el Indecopi durante los últimos quince años demuestra, en forma categórica, una abrumadora mayoría de procedimientos concursales iniciados a pedido de acreedores frente a los concursos promovidos por el propio deudor, siendo esta última modalidad de inicio muy poco utilizada hasta ahora.[44]

6. CONCLUSIONES

- Como supuesto de cesación generalizada de pagos, el hecho que da lugar al inicio del procedimiento concursal ordinario del deudor a pedido de sus acreedores debe tener una descripción normativa específica de modo que pueda facilitar su verificación por parte de la autoridad administrativa concursal.

---

42 Bajo esta perspectiva «publicista» de la etapa preconcursal iniciada a pedido de acreedores, entendemos que resulta imperioso replantearse los alcances y límites en la aplicación al régimen concursal de figuras procesales clásicas de conclusión del procedimiento «sin pronunciamiento de fondo», tales como el desistimiento y el abandono del procedimiento.

43 Ello muy aparte de la necesidad de que, a criterio de quien escribe estas líneas, la ley reconozca a los acreedores solicitantes del inicio del concurso una especie de «incentivo» para presentar dicha solicitud en beneficio de la masa pasiva, traducido en prelaciones o privilegios de cobro dentro del concurso posteriormente iniciado (como está regulado, por ejemplo, en la legislación concursal chilena).

44 De acuerdo a la información estadística sobre inicio de procedimientos concursales a nivel nacional que figura en la página web del Indecopi entre los años 2006 y 2023 (https://www.gob.pe/busquedas?term=memoria&institucion=indecopi&topic_id=&contenido=&sort_by=none), el porcentaje promedio de procedimientos concursales iniciados a pedido de acreedores en el periodo 2006-2010 fue de un 94,86 % frente a un 5,16 % de procedimientos promovidos por el propio deudor. En tanto, en el periodo 2011 a 2020 el porcentaje de procedimientos promovidos por acreedores muestra que estos siempre han estado, por lo menos, encima del 80 % del total de concursos iniciados (en algunos años superando el 90 %), relegando a los procedimientos iniciados a pedido del deudor a una quinta parte. Sin poder profundizar en este artículo, por obvias razones metodológicas, sobre la grave problemática inherente a este «ausentismo» crónico de las empresas en crisis para promover voluntariamente el inicio de su procedimiento concursal (el cual ofrece comparativamente indudables ventajas frente a la opción del «concurso obligatorio» tanto en términos de acogimientos oportunos como de reducción de costos de transacción), las estadísticas antes apuntadas evidencian que en la realidad empresarial peruana (formal), la gran mayoría de empresas son compelidas a someterse al régimen concursal por sus acreedores.

- La identificación del supuesto normativo previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal para la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores debe efectuarse dentro del plazo expresamente establecido en dicha norma para tal efecto, en observancia de la perentoriedad de plazos legales que rige nuestro sistema concursal.

- El pago, extinción o refinanciamiento de los créditos materia de emplazamiento al deudor fuera del plazo previsto en la Ley General del Sistema Concursal no condiciona la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores o su continuación, puesto que la verificación del supuesto contemplado en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal dentro del plazo establecido en la referida norma, constituye el «hecho revelador» del estado de insolvencia del deudor que determina la necesidad de instaurar el régimen excepcional del concurso en tutela del interés de la colectividad de sus acreedores, y no solo en beneficio del interés particular de cobro de los acreedores solicitantes del inicio de dicho procedimiento.

- Sobre la base del análisis desarrollado en el presente artículo, se propone modificar el supuesto de hecho previsto en el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal, en los siguientes términos:

> *26.1 Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor.*
>
> *Es condición de procedencia de la solicitud, que los créditos invocados se sustenten en documentos que acrediten, de manera expresa e indubitable, el origen, existencia, exigibilidad, titularidad y cuantía de los mismos conforme a lo señalado en el párrafo anterior.*
>
> *El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento.*

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APLICABLES A LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Rony Saavedra Gil[*]

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídica se enfoca en las normas de buen gobierno corporativo que puedan recomendar la implementación de una asesoría profesional en los grupos de empresas, es decir, se busca que el asesor profesional vigile la correcta aplicación de los convenios de accionistas, siendo independiente respecto a los órganos de la administración de los grupos de empresas.

Es, por ello, necesario que los órganos de la administración de los grupos de empresas cuenten con capacidad técnica que permitan la intervención responsable para suscribir convenios de accionistas. En ese sentido, se establece una propuesta de lineamientos que puedan ser tomados en cuenta por los grupos de empresas e incorporarlos para posibilitar la implementación de la asesoría profesional y pueda fiscalizar a los órganos de la administración como parte de un buen gobierno corporativo.

No existe una única definición de gobierno corporativo ni principios o lineamientos para fortalecer las prácticas de buen gobierno corporativo. En ese sentido, la OCDE define al gobierno corporativo sosteniendo que es: «El sistema por el que las sociedades son dirigidas y controladas. La estructura del gobierno corporativo especifica la distribución de los derechos y responsabilidades de entre los diferentes participantes de la sociedad, tales como el directorio, los gerentes, los accionistas y otros agentes económicos que mantengan algún interés en la empresa. El gobierno corporativo también provee la estructura a través del cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento de su desempeño» (OCDE, 2004).

1.1. Labor del asesor profesional como práctica de buen gobierno corporativo en los grupos de empresas

Considerando que el análisis del presente trabajo es sobre la labor del asesor como práctica de buen gobierno corporativo en los grupos de empresas, específicamente en los convenios de accionistas suscritos, a continuación realizo una propuesta preliminar de lineamientos para que los grupos de

[*] Socio fundador de Saavedra Abogados. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Aprobado por unanimidad, con la máxima calificación «Sobresaliente» y con la mención *cum laude*. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado en ejercicio especializado en derecho mercantil y, en particular, en derecho de sociedades; fusiones y adquisiciones; gobierno corporativo; derecho del mercado de valores; títulos valores; derecho bancario y financiero; contratos mercantiles; arbitraje comercial e inversiones; derecho concursal; entre otros. Es miembro de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de reforma de la Ley General de Sociedades (Ley n.° 26887/1998), designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, MINJUSDH, Perú. Abogado miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Ha sido distinguido con la incorporación como miembro honorario de los ilustres colegios de abogados de: Tacna, Apurímac, Moquegua y Ventanilla - Callao. Es miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Pertenece a la nómina de árbitros para arbitrajes comerciales del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, entre otros. Libros publicados como autor: *Levantamiento del velo societario. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 2010; *Levantamiento del velo de la persona jurídica*, segunda edición, 2018; y, *Gobierno corporativo en los grupos de empresas*, 2022. Libros colectivos como coordinador y autor: *Tratado de derecho mercantil. Títulos valores*, 2019; *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, tomo I, 2019; *Comentarios a la ley general de sociedades*, tomo II, 2019; *Comentarios a la ley de títulos valores*, 2021; y, *Tratado de derecho mercantil. Derecho del consumidor, competencia desleal y libre competencia*, 2022. En revista jurídica como coordinador, autor y elaboración del prólogo: «Derecho de la empresa», edición 63, *Derecho & Sociedad*, 2024. Ha publicado capítulos en libros colectivos; extensamente artículos en revistas jurídicas indexadas; numerosos artículos en el diario oficial *El Peruano* y diversos artículos en otras publicaciones. Evaluador externo de varias revistas jurídicas. Además, es expositor en eventos académicos nacionales e internacionales. rony.saavedra@saavedragil.com y http://linkedin.com/in/ronysaavedragil

empresa puedan implementar y mejorar la gestión de la administración a través de prácticas de buen gobierno corporativo.

1.1.1. Principios para grupos de empresas donde prima la «intuición empresarial» del fundador

El fundador es quien con base en su «intuición empresarial» va a dirigir y controlar las decisiones de la gestión de la administración del «grupo», estableciendo que su persona debe asumir los cargos de presidente del directorio o de gerente general, porque gracias a su plan de negocios, el «grupo» ha alcanzado el auge económico esperado. Por lo tanto, para él no habría la necesidad de delegar el poder menos profesionalizar la gestión de la administración del «grupo», a través de la asesoría profesional.

Como se puede evidenciar, el fundador es quien toma las decisiones operativas siendo que estas no comprometen el futuro del «grupo», pero también diseña la gestión estratégica y es en base a sus decisiones que se determina sí el «grupo» se mantiene en el futuro.

Entonces, como el fundador es quien toma las decisiones en la gestión de los órganos de la administración del grupo de empresas y sin tener ningún criterio legal es el llamado a analizar los convenios de accionistas, es decir, si existe alguna inobservancia o interpretación errónea, este es el responsable solidario junto con el «grupo» por el cumplimiento equivocado del convenio de accionistas.

En vista de ello, existen en el grupo de empresas problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración. En ese sentido, propongo en forma preliminar los siguientes lineamientos para que el grupo de empresas donde prima la «intuición empresarial» del fundador pueda implementarla en su organización, porque su intuición empresarial no permite que los grupos de empresas prioricen la gestión empresarial y se pueda contratar una asesoría profesional:

Principio 1. El grupo de empresas debe contratar en temas que desconoce los servicios especializados, de un asesor con la finalidad de evaluar las condiciones de validez, exigibilidad y aplicación de los convenios de accionistas suscritos y puedan realizar una mejor toma de decisiones, mitigando riesgos jurídicos y económicos.

Principio 2. El grupo de empresas debe tener un procedimiento que permita la contratación de una asesoría profesional de forma idónea cuando es comunicado un convenio de accionistas al "grupo». El procedimiento de contratación se cumpliría en base al acuerdo del grupo y que debe estar insertado en el convenio de accionistas.

1.1.2. Principios para grupos de empresas dirigido por hermanos en donde la propiedad y la gestión de la administración es una sola

En algunos grupos de empresas los hermanos son los que han creado el «grupo», gracias a ellos existe un desarrollo en la inversión y, por lo tanto, el «grupo» ha obtenido mayor valor en el mercado, son los que controlan el grupo de empresas como también la gestión de los órganos de la administración, no teniendo los demás miembros ninguna autonomía en la toma de decisiones respecto a los convenios de accionistas.

En este tipo de grupos de empresas los órganos de la administración están conformados de la siguiente manera: la junta general de accionistas está conformado por los hermanos, el directorio por los hermanos y el hermano mayor es quien asume el cargo de gerente general. En ese sentido, las funciones y responsabilidades que cumplen en la gestión del grupo de empresas muchas veces se duplican, no existiendo separación entre la propiedad y la gestión del «grupo» y que puede generar

problemas en la toma de decisiones, específicamente al momento de analizar los convenios de accionistas suscritos y comunicados al «grupo», por tanto, existe falta de preparación en el manejo de cuestiones legales para poder entender los convenios de accionistas.

Por tanto, en este tipo de grupos de empresas existe problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración, al momento de realizar una correcta validez y ejecución de los convenios de accionistas. En ese sentido, propongo en forma preliminar el siguiente lineamiento para que el «grupo» que está dirigido por hermanos donde no existe separación de la propiedad y de la gestión de la administración puedan implementarla en su organización:

Principio 3. El grupo de empresas necesita contratar a especialistas «asesor», para que pueda analizar las cuestiones legales de los convenios de accionistas suscritos y se evite potenciales conflictos de intereses legales y financieros.

1.1.3. Principios para grupos de empresas donde existe delegación de funciones por sucesión

La gestión de la administración es asumida por los hijos o parientes de los propietarios del grupo de empresa con el único fin de conservar la tradición y privacidad de la familia, teniendo presente que no cuentan con ninguna experiencia profesional en gestión menos aún para analizar los convenios de accionistas suscritos, por ende, puede existir un cumplimiento equivocado del convenio.

De esta manera, en este tipo de grupos de empresas existen problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración, en ese sentido, proponemos en forma preliminar el siguiente lineamiento para que el «grupo» donde existe delegación de funciones por sucesión pueda implementarla en su organización:

Principio 4. El grupo empresas debe contratar a un profesional independiente «asesor» para que interprete y analice la validez de los convenios de accionistas y pueda la gerencia general realizar el cumplimiento correcto de dichos convenios.

Principio 5. El asesor debe proponer al grupo de empresas que este debe contar con un manual de organización que delimite las reglas de conducta de los órganos de la administración en los convenios de accionistas en concordancia con la LGS, con la finalidad de que no se realice el cumplimiento equivocado de dichos convenios.

2. PROBLEMAS FRECUENTES ENCONTRADOS EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS CUANDO ES FIRMADO UN CONVENIO DE ACCIONISTAS

2.1. Rol de los órganos de la administración de los grupos de empresas cuando se firma un convenio de accionistas

El problema sobre el que se basa el presente trabajo está relacionado con el rol de los órganos de la administración de los grupos de empresas que han traído consigo grandes retos cuando es firmado un convenio de accionistas y son los principios de buen gobierno corporativo, los que van permitir resolver sus problemas y pueda aplicarse la asesoría profesional.

Los grupos de empresas no toman en cuenta al momento de designar a los órganos de la administración la capacidad técnica legal que permita una intervención responsable para determinar sí se ha cumplido con las condiciones de validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas.

La designación de los órganos de administración en los grupos de empresas se realiza con base en el vínculo familiar, el fundador va a priorizar la confianza y el compromiso que tenga su familia con el grupo, por encima de lo capacitado que pueda estar un tercero que no pertenece a ella.

En ese sentido, es preciso indicar que la actual LGS no establece en ninguno de sus articulados cual debe ser el perfil profesional con el que debe contar la «asesoría profesional» para que los órganos de la administración de los grupos empresas puedan realizar prácticas de buen gobierno corporativo, solo se limita a señalar cual es el desenvolvimiento que deben tener los órganos de administración como son la junta general de accionistas, el directorio y la gerencia general cuando es suscrito un convenio de accionistas.

De esta manera, la junta general de accionistas realiza la deliberación para firmar los convenios de accionistas; posteriormente, esta debe comunicar al grupo de empresa sobre el convenio, asumiendo el grupo una conducta diligente que permita asegurar su cumplimiento. El directorio asume la función de realizar el análisis, evaluación de las condiciones de validez y exigibilidad; y, finalmente, es el gerente general quien de manera taxativa realiza el cumplimiento de los convenios de accionistas suscritos.

En la práctica los grupos de empresas cuentan con una junta general de accionistas, el directorio y la gerencia general, en donde participan el fundador, su esposa, hijos y hermanos, evidenciándose que prefieren concentrar la propiedad y la gestión en la familia. Por lo tanto, va a existir una falta de preparación, de capacidad técnica para realizar un correcto análisis de los asuntos legales específicamente de los convenios de accionistas. El grupo de empresas tiene el deber de vigilar el cumplimiento de los convenios de accionistas suscritos por los socios y terceros, a través de una conducta diligente de su administración social siendo responsable por su incumplimiento.

Por tanto, el desenvolvimiento que realizan los órganos de la administración es analizar de forma completa el contenido de dichos convenios, como también el resultado de su cumplimiento, es decir, las responsabilidades por la inobservancia, mala interpretación o ejecución incorrecta conllevaría afectar no solo a los grupos de empresas, sino también a los accionistas, terceros y al propio órgano de la administración. Esto sucede porque los grupos de empresas al momento de crecer económicamente no cuentan con un plan de gestión administrativa, generándose una encrucijada en su organización y esta debe elegir en priorizar la profesionalización de la gestión del «grupo» o que los familiares sigan gestionando al «grupo», optando el grupo de empresas por este último, por lo indicado, no se cumpliría con los estándares de transparencia al momento de designar a los órganos de la administración, existiendo no solo una demora sino una mala gestión y como consecuencia se genera inseguridad jurídica al momento de hacer cumplir los convenios de accionistas afectando la situación económica y financiera de los miembros del «grupo». Para solucionar la encrucijada en los grupos de empresas respecto a los convenios de accionistas suscritos y poder asegurar su cumplimiento efectivo tendríamos como órgano independiente a la asesoría profesional.

Asimismo, existen retos en materia de buen gobierno corporativo, en el sentido de que los grupos de empresas determinen el perfil profesional adecuado para realizar el seguimiento y control de la correcta aplicación de los convenios de accionistas suscritos, teniendo en cuenta que no se contravengan la ley, el estatuto y el pacto social del grupo.

En Perú, los grupos de empresas no han recibido el interés necesario, no siendo analizada su definición, naturaleza jurídica, características principales, entre otras. En ese sentido, debo indicar que la LGS no regula a los grupos de empresas, menos a las regionales, como tampoco el funcionamiento de estos, limitándose a señalar que para constituir una sociedad se necesita una pluralidad de socios, es decir, cuando menos por dos socios que pueden ser personas naturales o jurídicas.

De lo dicho anteriormente, establezco una posición preliminar respecto a los grupos de empresas y puedo esbozar una definición indicando que esta constituye la unión de dos o más sociedades teniendo presente que cada una cuenta con personalidad jurídica independiente de la otra.

En ese sentido, el peruano busca su desarrollo económico a través de la creación de empresas que satisfagan necesidades que han encontrado en la población, empresas que se encuentran en distintos rubros o sectores y que han sido creadas por «intuición empresarial» en las provincias de nuestro país, estas son las empresas familiares que debido al auge económico que tienen, han crecido, pero de forma desordenada en cuanto a la gestión administrativa de los grupos de empresas del cual forman parte.

El grupo Quimera Holding S. A. C., de Juan Carlos Córdova del Carpio, quien posee en el sector comercial a: TDS Distribuidores y Lubricantes Helios, en el sector gestión de residuos industriales a EPA, en el sector inmobiliario a Quimera y en el sector restaurante a El Turco y Paladar 1900, quien además es el socio fundador y que con base en su «intuición empresarial», ha tomado las decisiones que marcan el rumbo del «grupo», de acuerdo a su percepción, conocimiento empresarial, sexto sentido y por su olfato para los negocios. Debo precisar, que las personas que forman parte de los órganos de la administración del «grupo» son familiares, con el único fin de que sigan gestionándola, ya que las ganancias obtenidas se reinvierten para beneficio del «grupo» y no para la profesionalización de la gestión. Ante ello surge, en la práctica societaria, limitaciones como la interpretación errónea o ejecución incorrecta, de los convenios de accionistas y eso se refleja por la falta de preparación o capacidad técnica de los órganos de la administración del «grupo» para determinar las condiciones de validez, exigibilidad y cumplimiento de dichos convenios, generándose consecuencias como pueden ser: incumplimiento de los convenios por parte del «grupo», indemnizar a los miembros del «grupo» o a terceros que firmaron los convenios de accionistas.

Se tiene también a grupos de empresas tales como: el grupo Rocío; grupo Acuña; grupo Dyer & Coriat; grupo EFE; grupo Huancaruna; grupo Barrios; grupo Gloria; grupo Añaños; grupo Flores. Debo tener presente que va a primar el interés del grupo antes que el interés de cada sociedad controlada.

Como he afirmado en el párrafo precedente, se han creado grupos de empresas con estilos diferentes, pero con un solo objetivo común que es obtener una participación económica mayor en la toma de decisiones del grupo. Como la LGS no establece las características de este «grupo» como categoría general, menos aún como regional, es necesario explicar cuáles son estos caracteres estructurales: se tiene en cuenta a la autonomía jurídica y consiste en que cada sociedad cuenta con personalidad jurídica independiente, es decir, es sujeto de derecho y obligaciones distinta al grupo de empresa al que pertenece.

Por otro lado, la autonomía jurídica permite que la sociedad dominante pueda establecer que las sociedades dominadas varíen su denominación para incluir una o más palabras que les identifiquen o reconozcan como miembros del grupo empresarial. Como ejemplo, tenemos a la organización educativa continental de la familia Barrios que comparten en su denominación el mismo vocablo «Continental», así tenemos, que está compuesta por la Universidad Continental, el Instituto Continental y la Escuela de Posgrado Continental. Respecto a la dirección unitaria también existe un vacío legal en cuanto a esta característica y creo conveniente realizar una conceptualización preliminar indicando que: es cuando la empresa dominante va a tomar decisiones con base en el interés del grupo de empresa. Y, por último, se tiene la relación dominación-dependencia, que analizo en mí artículo sobre «grupo de empresas», estableciendo que: «[…] cuenta con cinco elementos que se mantienen en el tiempo que pueden ser: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. De la interacción de estos factores tenemos que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una sociedad genera para el primero el control y para la segunda la dependencia» (Saavedra, 2010, p. 327).

También, se tiene en cuenta que cuando existe dominación y control, es decir, una sociedad dominante y otra controlada, va a primar el interés del grupo antes que el interés de cada sociedad controlada.

Se toma en cuenta las formas de manifestación empresarial de los grupos de empresas que por ser grupos familiares la información que se pueda obtener es restringida para determinar la existencia

de un control interno sea de derecho o de hecho en el interior del grupo al existir estas dificultades de información podemos esbozar algunas propuestas preliminares con el fin de que se pueda determinar la dominación absoluta (es cuando la empresa dominante del grupo posee el 100 % de acciones o participaciones; la dominación mayoritaria es cuando posee más del 50 % de acciones o participaciones, y la dominación minoritaria es cuando posee menos del 50 % de acciones o participaciones).

También existe algunas dificultades para determinar el control relativo y administrativo dentro de los grupos de empresas, pero igualmente podemos añadir cuestiones preliminares para determinarlas indicando que el control relativo son los que se mantienen al margen de la gestión empresarial y son ausentes en las juntas de accionistas y el control administrativo es aquella que reposa en manos de los órganos encargados de la administración de la empresa, tales como directores, gerentes y demás ejecutivos. En referencia al control externo, que explico en mi artículo «Los grupos y la concentración de empresas en el Perú: definición, caracteres, estructuras y formas de manifestación empresarial»: «El control externo de derecho surge de la celebración de un contrato cuya finalidad principal es la dominación y el consecuente es el control. Aquí el vínculo contractual genera la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento —mediante las cláusulas— de un comportamiento subordinado que la empresa dominada deberá acatar a favor del sujeto dominante» (Saavedra, 2017, p. 300).

En Perú existen grupos de empresas, los mismos que no se encuentran regulados en la normatividad societaria, pero en forma preliminar podemos indicar algunos elementos que puedan determinar la existencia de este «grupo» que a continuación describiré: (i) la sociedad controlante del grupo de empresas posee absoluta o mayoritariamente el capital de la sociedad controlada; (ii) la sociedad controlante y controlada del grupo de empresas tienen directores y gerentes comunes; (iii) la sociedad controlante del grupo de empresas paga los salarios a los trabajadores de la sociedad controlada; (iv) la sociedad controlante del grupo de empresas utiliza los bienes de la sociedad controlada como si fueran propios; (v) los órganos de la sociedad controlada que pertenece al grupo de empresas actúan en función al interés del grupo antes que el interés particular; (vi) la sociedad controlante del grupo de empresas recontrata personal de la sociedad controlada sin ruptura de continuidad laboral.

Por otro lado, se puede reconocer la existencia de un grupo de empresas cuando hay un contrato de constitución de grupo, cuando hay un contrato de grupo jerárquico, sea este bilateral o plurilateral: que pueden tratar sobre la subordinación de la gestión social, la compensación por los daños habidos o venideros, las aportaciones periódicas o transferencia de recursos; cuando se firma un contrato paritario, es decir, existe una dirección unitaria sin dependencia del grupo. Igualmente, puede ser a través de contratos de colaboración empresarial, cuando dos o más empresas independientes destinan su patrimonio a una filial común; cuando existen acuerdos de accionistas relacionados a la colaboración empresarial. Asimismo, existe un grupo de empresas cuando las empresas por coordinación según sus niveles de colaboración y pueden ser *joint venture*, los consorcios, cooperativas de exportación; cuando existe participación de sociedades en otras sociedades.

El trabajo que desarrollan los órganos de la administración de los grupos de empresas es de forma activa como partícipes en la aplicación de los convenios de accionistas, pero resulta que los grupos de empresas al momento de crecer financieramente no tienen un plan de gestión administrativa, porque las ganancias obtenidas son para reinvertir en el «grupo», es decir, debe existir un retorno de la inversión, tal como sucede con el grupo Huancaruna, líder en exportación de café a través de su marca Alto Mayo, que al no contar con una profesionalización en la gestión de los órganos de la administración genera limitaciones para el correcto análisis de los convenios de accionistas.

Tampoco los grupos de empresas cuentan con estándares de transparencia al momento de designar a los órganos de la administración porque el socio fundador prefiere que el grupo quede en manos de la familia, tal como sucede con el grupo Flores, indicando que la familia trabaja por el bien común, confianza, orgullo del grupo, confidencialidad, pero existe un punto débil que es la falta de preparación profesional en los órganos de la administración para la toma de decisiones al momento de evaluar los convenios de accionistas.

Se puede evidenciar la falta de preparación en cuestiones legales, es decir, de capacidad técnica y se refleja en la realidad del «grupo» ya que existen limitaciones al momento de determinar las condiciones de validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas, porque en su contenido pueden haber cláusulas penales, falta de claridad o complejidad, ejecución incorrecta, la manera como los grupos de empresas deberán hacer cumplir los convenios, incumplimiento de los deberes, responsabilidad solidaria etc., que no son atendidas debidamente al existir debilidades profesional en los órganos de la administración de los grupos de empresas.

En la práctica societaria los grupos de empresas priorizan la gestión del «grupo» reinvirtiendo las utilidades antes que la profesionalización de la gestión. Solo para efectos ilustrativos, expondré las principales causas de falta de capacidad técnica de los órganos de la administración en los grupos de empresas, sin perjuicio de la existencia de otras en la realidad peruana:

(i) *Intuición empresarial del fundador:* el fundador de los grupos de empresas es quien con base en su «intuición empresarial» dirige como también controla económicamente y políticamente los órganos de la administración, porque con base en su diseño de plan de negocios el «grupo» ha alcanzado el auge económico esperado, sin necesidad de contar con una delegación del poder, por lo tanto, para el fundador del «grupo» no es necesaria la profesionalización de la gestión de los órganos de la administración.

(ii) *No existe separación de la propiedad y gestión:* los grupos de empresas son controladas por un grupo familiar que pueden ser los hermanos y la gestión de los órganos de la administración lo realiza el hermano mayor. Se manifiesta estableciendo que la propiedad y el control de los grupos de empresas lo realiza un grupo familiar, siendo este quien ejerce poder y toma las decisiones sobre la gestión de la administración. En ese sentido, los órganos de la administración de los grupos de empresas no tienen autonomía para la toma de decisiones, menos aún para analizar las condiciones de validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas.

(iii) *Delegación de funciones por sucesión*: los órganos de la administración son asumidos por los hijos o parientes de los propietarios de los grupos de empresas, para conservar la tradición de la familia y, sobre todo, la confidencialidad, quienes no cuentan con ninguna profesionalización en la gestión de los órganos de la administración para la toma de decisiones.

(iv) *No cambio generacional:* el fundador no ha designado a la persona que reúna las características necesarias según su parecer para continuar con el crecimiento del «grupo», ni tampoco ha establecido una edad límite para su retiro. Siendo muchas veces perjudicial para el «grupo», porque al no realizarse el cambio generacional que tenga una visión empresarial tampoco se podría contar con la profesionalización de la gestión de los órganos de la administración. En vista de ello, no existe una visión de largo plazo para establecer una mejora de la gestión de los grupos de empresas.

La LGS no establece cual debe ser el perfil del asesor profesional con el que deben contar los órganos de la administración de los grupos de empresas, solo se limita a señalar cuál es el desenvolvimiento que deben tener la junta general de accionistas, el directorio y la gerencia general, cuando es firmado un convenio de accionistas. De esta manera, teniendo presente la realidad actual de los grupos de empresas, los puestos de los órganos de la administración son ocupados por personas con falta de preparación técnica en la gestión de la administración, en el «grupo» tampoco existe una política de mejorar la gestión de los órganos de la administración, porque es el socio fundador quien los controla, no existe separación de la propiedad y de la gestión, la delegación de la funciones se realiza por sucesión y, por ende, no existe un cambio generacional. Es por ello que surge la necesidad en el grupo de empresas de contar con una asesoría profesional y pueda solucionar los problemas de gestión de los órganos de la administración en cuanto a los convenios de accionistas como práctica de buen gobierno corporativo.

Se puede indicar que los grupos de empresas deben contar con la colaboración del asesor profesional como órgano independiente del órgano de la administración, cuyo trabajo es velar por la

correcta validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas suscritos y no exista por parte de los órganos de la administración del «grupo» una interpretación errónea o cumplimiento incorrecta de dichos convenios que pueda conllevar a una inseguridad jurídica y económica del grupo de empresas.

El objetivo común de un grupo de empresas es la generación de utilidades y el retorno de la inversión realizada por los miembros de «grupo», pero enfrentan problemas propios de su naturaleza, ya que su crecimiento se realiza de manera desordenada no solo económicamente, sino también al momento de designar a los órganos de la administración, quienes no cuentan con un perfil profesional idóneo que permita la intervención responsable para determinar si se ha cumplido con las condiciones de validez para suscribir y aplicar los convenios de accionistas frente a los grupos de empresas.

En vista de ello, los órganos de la administración de los grupos de empresas al momento de ser designados priorizan la tradición y la privacidad y que el «grupo» solamente puede ser integrado por los miembros de la familia, siempre considerando que el «grupo» es de propiedad de la familia. Debilidades que se muestran en la realidad del «grupo», ya que solo la familia sabe cómo surgió el crecimiento del «grupo», existe orgullo del «grupo», compromiso y aceptación que quien controla económicamente y políticamente es el fundador del «grupo», pero no están preparados para la gestión de la administración, menos sobre cuestiones legales referentes a los convenios de accionistas, conllevando a que pueda existir una interpretación errónea; cumplimiento equivocado; incorrecta comunicación del convenio al «grupo»; debilidades en la manera como el «grupo» debe hacer cumplir los convenios de accionistas comunicados; el «grupo» asume la obligación de hacer cumplir los convenios de accionistas firmados por los miembros del «grupo» o terceros y, en caso no lo realice, el «grupo» puede verse perjudicado en pagar una indemnización.

Ante tales debilidades que se identifican en la gestión de la administración de los grupos de empresas es necesaria una asesoría profesional que permita mejorar la gestión cuya labor se centra en realizar el correcto análisis de las condiciones de validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas. En ese sentido, el asesor profesional al ser una especialista velará por la correcta aplicación de los convenios, teniendo en cuenta que no se contravenga la Ley, el estatuto y el pacto social. El asesor, de acuerdo con sus atribuciones, debe guiar a los grupos de empresas para que los órganos de la administración puedan realizar una buena gestión de la administración haciendo cumplir los convenios de accionistas.

Es por dicha situación que se necesita contar con un asesor, quien debe ser independiente del órgano de la administración para que pueda evaluar la validez y la correcta aplicación de los convenios de accionistas y pueda contribuir en la gestión de los grupos de empresas. En ese sentido, propongo en forma preliminar tres lineamientos orientados a la labor del asesor en los grupos de empresas que son: (i) uso de asesoría externa; (ii) labor de los órganos de la administración; y, (iii) los derechos y derechos de los miembros del directorio. Con los presentes lineamientos se espera que los grupos de empresas puedan implementar la asesoría profesional como asesoría especializada en cuestiones legales de los convenios de accionistas y exista una mejora en ese punto concreto de la gestión de los órganos de la administración como práctica de buen gobierno corporativo.

A continuación, realizo una referencia ilustrativa sobre las principales características de la asesoría profesional en los grupos de empresas.

1. Profesionalidad: los órganos de la administración de los grupos de empresas no cuentan con la capacidad técnica para realizar una gestión de la administración en forma responsable, ya que los puestos de trabajo son asumidos por los hijos de los dueños de las empresas o por parientes de la empresa, para conservar muchas veces la tradición de la familia y, sobre todo, la confidencialidad. En ese sentido, cuando el grupo de empresas crece no existe un plan de gestión de la administración generando una encrucijada en el sentido de que los familiares sigan gestionando el «grupo» o profesionalizar la gestión, como no hay una solución a este dilema se generan conflictos en la práctica como

puede ser una interpretación errónea, falta de claridad o complejidad, ejecución incorrecta o responsabilidad solidaria al momento de determinar la validez y el cumplimiento de los convenios de accionistas frente a los grupos de empresas y los órganos de la administración que la compone. Es por ello que es necesario contar con una asesoría profesional que es un órgano de control independiente del órgano de la administración de los grupos de empresas, la misma que velará por la correcta aplicación de los convenios de accionistas suscritos. La fiscalización estará a cargo de uno o más síndicos titulares designados por el grupo de empresa y la elección de igual número de suplentes.

2. Indelegabilidad: la asesoría profesional implica que el cargo debe ser realizado de manera personal. En ese orden de ideas: (i) no pude transferir sus funciones a otro profesional; (ii) salvo que la asesoría profesional sea realizada por una persona jurídica, dicho cargo seria ejercido por una persona natural que tenga la calidad de socio y/o integrante de la persona jurídica.

3. Plazo de duración: el grupo de empresa establece el término de la designación de la asesoría profesional y es de duración limitada, la misma que no excederá de un plazo mayor a tres años, con el fin de que sea evaluado por los órganos de la administración respecto a su correcto desempeño en el cargo. Puede ser reelegido la misma que deberá acordarse antes del vencimiento del plazo. El asesor permanecerá en el cargo hasta que sea reemplazado, existiendo por tanto una prorroga temporal. Si el asesor presentara su renuncia por causas inherentes a su función deberá de comunicar al grupo de empresas sobre su decisión, pero, como he afirmado en el párrafo precedente, el asesor permanecerá en el cargo hasta que sea reemplazado ya sea por el suplente o por el que designe el grupo de empresa.

4. Incompatibilidad con el cargo: sen la doctrina nacional y comparada no existen estudios que analicen la incompatibilidad de la asesoría profesional en los grupos de empresas sean estos como categoría nacional o regional. En vista de ello, he creído conveniente a manera ilustrativa proponer algunas causales de incompatibilidad: (i) no pueden ser asesores los socios, los miembros de la junta directiva, tampoco el gerente y los empleados del grupo; (ii) los cónyuges, los parientes por consanguineidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive los afines dentro del segundo grado de los miembros de los órganos de la administración de los grupos de empresas.

Debo entonces hacer hincapié, que los grados de parentescos mencionados en el párrafo precedente respecto a la incompatibilidad de la asesoría profesional es la siguiente: Consanguíneos en línea recta ascendente tenemos a: los padres (primer grado), abuelos (segundo grado) y bisabuelos (tercer grado); los consanguíneos en línea recta descendente son: hijos (primer grado), nietos (segundo grado) y bisnietos (tercer grado). Los consanguíneos colaterales son: hermanos (segundo grado), tíos y sobrinos (tercer grado) y primos hermanos (cuarto grado). Por otro lado, los afines en línea recta ascendente son los suegros (primer grado), los afines en línea en línea recta descendente son los yernos y las nueras (primer grado); y, por último, tenemos a los afines colaterales que son los cuñados (segundo grado). El asesor que acepta el cargo, pese a estar afectado por alguna de las causales de incompatibilidad mencionadas responderá en forma personal e ilimitadamente por los perjuicios que puede ocasionar a los grupos de empresas.

5. La asesoría profesional en caso de vacancia: la designación de la asesoría profesional implica que esta debe desempeñar el cargo designado de acuerdo con el periodo otorgado. Pero pueden suceder hechos que impliquen el término de la asesoría profesional y quedar vacante dicho cargo, las principales causas de vacancia pueden ser por fallecimiento, interdicción, imposibilidad de ejercer el cargo, es decir, condenado por sentencia penal firme, renuncia, incompatibilidad del síndico con el desempeño del cargo. En ese sentido, el grupo de empresas podrá reemplazar en el cargo al asesor.

Las características mencionadas anteriormente sobre la asesoría profesional van a permitir que su labor sea eficiente al momento de revisar la validez y aplicación de los convenios de accionistas de los grupos de empresas.

Por último, debo indicar que existe un vacío legal en la norma societaria ya que la misma no ha regulado el buen gobierno corporativo en la LGS generándose dificultades para recomendar la implementación de la asesoría profesional en los grupos de empresas y pueda fiscalizar a los órganos de la administración, por ello, creo necesaria como una conclusión preliminar y primordial realizar un análisis de los principios relacionados a la labor de la administración social y al uso de asesoría externa en materia de buen gobierno corporativo.

Los órganos de la administración de los grupos de empresas deben contar con asesoría profesional especializada para revisar la validez y cumplimiento de los convenios de accionistas suscritos. Dicha calidad recaería en la asesoría profesional con el fin de que realice una correcta interpretación ante la falta de claridad y/o complejidad, si existiera un cumplimiento equivocado o incumplimiento de los deberes del órgano de la administración. De esta manera, se mejora la gestión del órgano de la administración en virtud de la asesoría realizada por el profesional como parte de un buen gobierno corporativo.

En ese sentido, la labor del órgano de la administración de los grupos de empresas es activa para un mejor rendimiento de la empresa ante posibles riesgos que puedan ocasionar la falta de capacidad técnica de estos, sería necesario contar con especialistas como es el caso de la asesoría profesional para que pueda mejorar el desempeño del órgano de la administración a través de la revisión de las condiciones de validez y cumplimiento de los convenios de accionistas.

El apoyo o aporte de expertos —asesor profesional— a los miembros del directorio y gerencia general va a permitir una mejora de la gestión de la administración de los grupos de empresas, los mismos que en forma diligente revisarán a detalle la validez, exigibilidad y cumplimiento de los convenios de accionistas fortaleciendo a la administración social en la toma de decisiones y sobre todo el respeto a la ley, estatuto y el pacto social.

Considerando el análisis del presente trabajo que es sobre la gestión de órganos de la administración de los grupos de empresas, en cuanto a los convenios de accionistas suscritos, a continuación realizo una propuesta preliminar de lineamientos para que los grupos de empresas puedan implementar y mejorar la gestión de la administración a través de prácticas de buen gobierno corporativo.

(i) Principios para grupos de empresas donde prima la «intuición empresarial» del fundador

El fundador es quien en base a su «intuición empresarial» va a dirigir y controlar las decisiones de la gestión de la administración del «grupo», estableciendo que su persona debe asumir los cargos de presidente del directorio o de gerente general, porque gracias a su plan de negocios, el «grupo» ha alcanzado el auge económico esperado. Por lo tanto, para él no habría la necesidad de delegar el poder menos profesionalizar la gestión de la administración del «grupo», a través de la asesoría profesional.

Como se puede evidenciar, el fundador es quien toma las decisiones operativas siendo que estas no comprometen el futuro del «grupo», pero también diseña la gestión estratégica y es en base a sus decisiones que se determina sí el «grupo» se mantiene en el futuro.

Entonces, como el fundador es quien toma las decisiones en la gestión de los órganos de la administración del grupo de empresas y sin tener ningún criterio legal es el llamado a analizar los convenios de accionistas, es decir, si existe alguna inobservancia o interpretación errónea, este es el responsable solidario junto con el «grupo» por el cumplimiento equivocado del convenio de accionistas.

En vista de ello, existen en el grupo de empresas problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración, en ese sentido, propongo en forma preliminar los siguientes lineamientos para que el grupo de empresas donde prima la «intuición empresarial» del fundador pueda implementarla en su organización, porque su intuición empresarial no permite que los grupos de empresas prioricen la gestión empresarial y se pueda contratar una asesoría profesional:

Principio 1. El grupo de empresas debe contratar en temas que desconoce los servicios especializados de un asesor con la finalidad de evaluar las condiciones de validez, exigibilidad y aplicación de los convenios de accionistas suscritos y puedan realizar una mejor toma de decisiones, mitigando riesgos jurídicos y económicos.

Principio 2. El grupo de empresas debe tener un procedimiento que permita la contratación de una asesoría profesional de forma idónea cuando es comunicado un convenio de accionistas al «grupo». El procedimiento de contratación se cumpliría en base al acuerdo del grupo y que debe estar insertado en el convenio de accionistas.

(ii) Principios para grupos de empresas dirigido por hermanos donde no existe separación de la propiedad y de la gestión de la administración

En algunos grupos de empresas los hermanos son los que han creado el «grupo», gracias a ellos existe un desarrollo en la inversión y, por lo tanto, el «grupo» ha obtenido mayor valor en el mercado, son los que controlan el grupo de empresas como también la gestión de los órganos de la administración, no teniendo los demás miembros ninguna autonomía en la toma de decisiones respecto a los convenios de accionistas.

En este tipo de grupo de empresas los órganos de la administración están conformados de la siguiente manera: la junta general de accionistas está conformado por los hermanos, el directorio por los hermanos y el hermano mayor es quien asume el cargo de gerente general. En ese sentido, las funciones y responsabilidades que cumplen en la gestión del grupo de empresas muchas veces se duplican, no existiendo separación entre la propiedad y la gestión del «grupo» y que puede generar problemas en la toma de decisiones, específicamente al momento de analizar los convenios de accionistas suscritos y comunicados al «grupo», por tanto, existe falta de preparación en el manejo de cuestiones legales para poder entender los convenios de accionistas.

Por tanto, en este tipo de grupo de empresas existe problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración, al momento de realizar una correcta validez y ejecución de los convenios de accionistas, en ese sentido, propongo en forma preliminar el siguiente lineamiento para que el «grupo» que está dirigido por hermanos donde no existe separación de la propiedad y de la gestión de la administración puedan implementarla en su organización:

Principio 3. El grupo empresas necesita contratar a especialistas «asesor», para que pueda analizar las cuestiones legales de los convenios de accionistas suscritos y se evite potenciales conflictos de intereses legales y financieros.

(iii) Principios para grupos de empresas donde existe delegación de funciones por sucesión

La gestión de la administración es asumida por los hijos o parientes de los propietarios del grupo de empresa con el único fin de conservar la tradición y privacidad de la familia, teniendo presente que no cuentan con ninguna experiencia profesional en gestión menos aún para analizar los convenios de accionistas suscritos, por ende, puede existir un cumplimiento equivocado del convenio.

De esta manera, en este tipo de grupo de empresas existen problemas de gobierno corporativo específicamente en la gestión de la administración, en ese sentido, proponemos en forma preliminar el siguiente lineamiento para que el «grupo» donde existe delegación de funciones por sucesión pueda implementarla en su organización:

Principio 4. El grupo empresas debe contratar a un profesional independiente «asesor» para que interprete y analice la validez de los convenios de accionistas y pueda la gerencia general realizar el cumplimiento correcto de dichos convenios.

Principio 5. El asesor debe proponer al grupo de empresas que este debe contar con un manual de organización que delimite las reglas de conducta de los órganos de la administración en los convenios de accionistas en concordancia con la LGS, con la finalidad de que no se realice el cumplimiento equivocado de dichos convenios.

Todos los principios propuestos en forma preliminar son para que el asesor mejore el trabajo del grupo de empresas y este último pueda implementarlas como práctica de buen gobierno corporativo. Por tanto, el grupo de empresas con la implementación evidenciaría no solo una hoja de ruta ante desafíos legales que permitirán mantenerse en el tiempo, sino también ante futuros inversionistas y accionistas se muestra solidez creando un mayor valor en el grupo de empresas.

(i) En vista de ello, puedo indicar que el grupo de empresas permite que exista confianza no solo entre los socios sino también en terceros que suscriben los convenios de accionistas; (ii) se reduce los riesgos legales y financieros que podrían afectar al grupo de empresas; existe una correcta interpretación de los convenios de accionistas suscritos y comunicados al «grupo»; (iii) con la oportuna intervención del asesor el grupo de empresas diseña una estructura organizativa en la gestión mediante un trabajo en equipo de los órganos de la administración ya que su actuación es activa con respeto a lo acordado en el convenio de accionistas; (iv) existe transparencia en la información: el asesor profesional al ser proporcionado de toda la información suficiente por el grupo de empresas va a evaluar los convenios de accionistas, verificando si este cumplió con los requisitos que señala la ley, el estatuto y el propio convenio; (v) el asesor al proponer al grupo de empresas un manual de organización que delimite las reglas de conducta de los órganos de la administración en los convenios de accionistas menciona líneas de responsabilidad que establece la LGS, la junta general de accionistas es la que delibera, el directorio evalúa las formalidades del convenio y la gerencia general ejecuta el convenio de accionistas; (vi) y, por último el asesor permite que se realice un cumplimiento adecuado de los convenios de accionistas en el grupo de empresas.

3. BIBLIOGRAFÍA

SAAVEDRA GIL, Rony. «Los grupos de empresas». En *Revista Jurídica del Perú*, n.° 116, 2010, pp. 323-332.

SAAVEDRA GIL, Rony. «Los grupos y la concentración de empresas en el Perú: definición, caracteres, estructurales y formas de manifestación empresarial». En *Actualidad Civil*, n.° 40, 2017, pp. 291-303.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES CERRADA SIMPLIFICADA

Hernando Montoya Alberti[*]

1. INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo n.° 1409 ha incorporado en el régimen societario a la Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (SACS), cuya entrada en vigor se inicia a partir del día hábil siguiente de la entrada en operación del Sistema de Intermediación Digital de SUNARP (SID-SUNARP) para tramitar la constitución de SACS.

En efecto, la importancia de la formalidad en la constitución de este régimen societario se apoya en el SID SUNARP, como procedimiento que permite que el acto o contrato societario documentado, emitido siempre por un servidor público o un notario, sea evaluado por el registrador público, a fin de verificar que cumple con las normas vigentes y pueda ser incluido o inscrito en los registros públicos.

La norma comentada se otorga en aplicación de las facultades otorgadas al poder Ejecutivo al amparo de la Ley n.° 30823, la misma que en sus consideraciones tiene como finalidad, entre otras, impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeña y mediana empresas (mipyme) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario.

Es así como se otorga la partida de nacimiento a la sociedad por acciones cerrada simplificada, declarando el propio decreto legislativo que el objeto de este régimen es crear y regular un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa; y, su finalidad es, conforme al artículo 2 del decreto legislativo, la creación de este régimen alternativo a fin de promover una alternativa de formalización de actividades económicas de las personas naturales e impulsar con ello el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa.

Cabe entonces resaltar que este régimen alternativo societario está orientado a la constitución de una sociedad por personas naturales, descartando entonces la posibilidad que se constituyan por personas jurídicas; que la finalidad de la ley es impulsar el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa; y que al estar inmerso en un sistema de intermediación digital, resulta ser el notario el que está llamado a garantizar la formalidad en la constitución de la sociedad.

Finalmente, conforme a la sétima disposición complementaria final, el régimen SACS se rige supletoriamente por las disposiciones generales de la LGS así como por las específicas que regulan a la Sociedad Anónima Cerrada del mismo cuerpo legal.

Es en este contexto en el que nos interesa resaltar algunos aspectos relevantes respecto de este régimen alternativo de constitución societaria.

---

[*] Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor universitario y de la Academia de la Magistratura. Ha sido miembro de las Comisiones encargadas de redactar la Ley General de Sociedades y la Ley de Títulos Valores, de las Comisiones de Procedimientos Concursales y de Protección al Consumidor del Indecopi. Especialista en derecho societario, títulos valores, mercado de valores, contratación mercantil moderna, derecho de la competencia y concursal. Actualmente, tiene el cargo de Presidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (2022-2026). Asimismo, es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

2. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En varios países de Latinoamérica se ha hecho realidad esta modalidad societaria.

Para señalar un ejemplo, tenemos que en Colombia y en Argentina existe la posibilidad de constituir sociedades anónimas simplificadas, si bien no se reglan como cerradas, sí como simplificadas, y es más, en ambos países se permiten que se constituyan con una sola persona, con lo cual se da un paso con relación a la existencia de sociedades de un solo socio, situación que no es ajena a nuestra realidad, pues la misma Ley General de Sociedades (LGS) acepta las sociedades de un solo socio cuando la constituye el Estado (artículo 4 LGS), y en la Ley del Sistema financiero no se exige la pluralidad de socios cuando el banco constituya una subsidiaria.

En México se crea la sociedad por acciones simplificada y se incorpora a la ley de sociedades mercantiles, como un nuevo tipo de sociedad mercantil, creada en 2016, *destinada a personas físicas, autónomos, y caracterizada por la posibilidad de ponerla en marcha en un solo día, de forma electrónica.* Dentro los requisitos rígidos se encuentran la firma electrónica y autorización de uso o denominación social. Su finalidad es la constitución de *micro y pequeñas empresas*, donde la responsabilidad y participación se limita a los recursos aportados por cada socio, que son representados en acciones. Además, solo se necesita un único socio para constituirla.

Conforme al artículo 260 de la ley mexicana, las personas físicas que la constituyen solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración.

La sociedad por acciones simplificada en México ha sido creada con la intención de introducir una forma constitutiva sencilla, económica y en menos tiempo que otras formas societarias. Es propósito trasversal otorgar una opción para regularizar la situación legal de la actividad económica de las pequeñas empresas.

En Colombia, la Ley 1258 crea la sociedad por acciones simplificada. En cuanto a las personas que la constituyen puede ser una o más personas; se pueden constituir por documento privado; el objeto social puede ser indeterminado, con lo cual si no se detalla las actividades que está facultada a realizar, se entenderá que podrá realizar cualquier actividad lícita; puede ser dirigida por un representante legal y carecer de otros órganos societarios. Ese representante puede ser, a su vez, el único accionista de la sociedad y único miembro de la junta directiva; los accionistas tienen plazo de dos años pagar el capital que suscriben.

En España, a partir de 2003 entra en vigencia la reforma relacionada a las sociedades. La nueva forma societaria *Sociedad de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa (S. L. N. E.)*. Se permite la constitución unipersonal, su constitución se puede realizar a través de documento electrónico, la simplificación de los órganos societarios, y la posibilidad de objeto indeterminado. La sociedad de nueva empresa no puede constituirse ni funcionar con más de cinco socios. De igual forma, se introducen reglas relativas a cifras mínimas y máximas de capital y se imposibilita la participación de socios que no tengan la calidad de personas naturales. Se constituye bajo un formato simplificado.

Para poder registrar una S. L. N. E., el número de socios tiene que ser entre 1 y 5, y el capital social no puede superar los 120 000 euros, con un mínimo de 3000 euros. Los socios siempre son identificables.

En Uruguay, la Ley 1989 del 18/09/2019 creó un nuevo tipo de sociedad comercial denominado sociedad por acciones simplificada (SAS). Se constituyen por personas físicas como jurídicas (excepto las sociedades anónimas). Pueden constituirse por una sola persona física. La constitución e inscripción puede realizarse en línea, a través del registro de una sociedad por acciones simplificada.

El denominador común en toda la regulación societaria para este tipo de sociedades es, precisamente, su simplificación para su constitución, evitar dilaciones en la formalización de la sociedad y permitir el inicio de los negocios societarios en el más breve plazo. Dentro del marco de nuestra legislación los que se procura es facilitar la constitución de la modalidad societaria, en favor de la actividad de la micro, pequeña y mediana empresa, para así lograr en otros términos la formalización de actividades en la economía global.

3. LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, LA SOCIEDADES ANÓNIMA CERRADA Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES CERRADA SIMPLIFICADA

Estos tres modelos societarios parecen responder al tamaño de empresa necesario para realizar actividades económicas. El denominador común es la limitación de la responsabilidad de los socios frente a terceros por los actos y contratos realizados por la sociedad; el otro indicador sería el número de socios necesarios para su constitución; así, tanto la sociedad anónima cerrada como la sociedad de responsabilidad limitada requiere contar con un número mínimo de socios y con un número máximo. Señala la ley que deben ser no menos dos ni más de 20. Para el caso de la SACS se mantiene el número mínimo de socios para su constitución, así como el máximo de 20 socios, pero la condición de estos es que deben ser personas naturales.

En términos generales, la sociedad de capitales constituye el vehículo de la inversión y es por eso que se requiere que su estructura sea ágil, para que vaya de la mano con el intereses de los inversionistas. Por lo menos, ese es el espíritu de la Ley n.° 26887 (en adelante, LGS). Dentro de las modalidades societarias se ha regulado a las sociedades de responsabilidad limitada, manteniéndose el tenor de los artículos de la antigua Ley n.° 16123, respetado por el Decreto Legislativo n.° 311. Esta forma societaria nace con la Ley n.° 16123 el año 1966, y su éxito se dio precisamente por la modificación y regulación de su estructura orgánica, en donde se suprime el directorio como un órgano societario, para dar pie a una administración más ágil a través del órgano de gerencia. En dicha modalidad societaria se mantiene el derecho de preferencia en la adquisición de acciones, ello bajo la premisa que el número de socios es limitado a un máximo de 20 personas y se persigue en ánimo societario de naturaleza cerrada, a diferencia de la sociedad anónima ordinaria o la sociedad anónima abierta.

Estas notas características se adoptan en el modelo de la sociedad anónima cerrada regulada en la Ley General de Sociedades n.° 26887, y la gran diferencia se da en la representación del capital social: mientras que en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, el capital está representado por participaciones en donde su trasmisión requiere de una escritura pública. En el caso de las sociedad anónima cerrada, el capital social está representado por acciones y pueden trasmitirse por documento privado con la obligada comunicación a la sociedad. En ambas modalidades societarias se mantiene el derecho de adquisición preferente ante la trasmisión de acciones, en donde el accionista tiene derecho a ser preferido antes que las acciones se trasmitan a un tercero. Se extiende este derecho al caso de la sucesión, en cuyo caso, de haberse pactado, ante el fallecimiento del socio la trasmisión de acciones debe caer en preferencia en los socios de la sociedad antes que en los herederos. Los socios tienen en este caso un derecho preferente a adquirir las acciones.

Al margen de estos comentarios, la formalidad para la constitución de las sociedades anónima cerrada y sociedad comercial de responsabilidad limitada siempre requieren de escritura pública.

La SACS mantiene alguno de los requisitos contemplados en la SAC, pero marca distancia en cuanto a la constitución de la sociedad. En la SACS se permite su constitución por documento que no sea necesariamente escritura pública, sino más bien homologado por notario púbico para su registro en el Registro de Personas Jurídicas. Por lo demás, las condiciones y requisitos de la SACS, frente a la SAC y SCRL son similares con algunas notas referenciales. El artículo 7 del Decreto Legislativo n.° 1409 precisa: «El documento privado que contiene el acto de constitución de una SACS se genera mediante el uso del SID-SUNARP, suscribiendo dicho acto por medio de la firma digital de los accionistas fundadores conforme con la ley de la materia y el Código Civil». En tanto que el artículo 9 precisa: «El documento electrónico firmado digitalmente por los accionistas fundadores que contiene

los requisitos señalados en el artículo 6 del presente Decreto Legislativo, es título suficiente para la calificación e inscripción de la constitución de la SACS en el registro de Personas Jurídicas de la SUNARP».

Antes de proseguir debe quedar claro que la SACS tiene un capital social representado por acciones que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, es decir, los actos y obligaciones de la sociedad no se trasladan a los socios.

La SACS abandona en su denominación la referencia a que se trata de una *sociedad anónima*, es una modalidad societaria con una denominación referida a sociedad por acciones, antes de ser referida a una sociedad anónima. La inquietud será si, en efecto, es una sociedad anónima más. La sociedad anónima busca esconder en el anonimato de su denominación a los socios de la sociedad, por ello se les suele denominar anónima, a diferencia de las sociedades de personas (sociedad colectiva), en las que se obliga a que el nombre de uno de alguno de los socios se identifique con el nombre de la sociedad, pues en tales casos es el socio quien responde solidariamente por las obligaciones de la sociedad y, precisamente, al referir su nombre en la razón social de la sociedad otorga una especie de garantía frente a los terceros que negocian con la sociedad, pues identifica a los socios como responsables solidarios, subsidiarios e ilimitados por los negocios de la sociedad.

En el caso de las sociedades anónimas, el nombre de la sociedad se puede esconder en un nombre de fantasía que de ninguna manera revele el nombre del socio o socios de la sociedad, pues estos precisamente se enconden en el anonimato de su denominación frente a terceros, habida cuenta de que es irrelevante dar a conocer su situación de socio, dado que no responden por las deudas de la sociedad. En la sociedad anónima, y en las sociedades de responsabilidad limitada, los socios responden por su aporte al capital social, y solo en casos de excepción, como sería el caso de incurrir en una sociedad irregular de inicio, responde por los actos de la sociedad.

En el caso de la SACS, si bien se reniega del anonimato en su referencia societaria, lo cierto es que al no dar a conocer los nombres de los socios, siguen siendo una modalidad de la sociedad anónima. Además, el mismo decreto Legislativo n.° 1409 señala en su séptima disposición complementaria y final: «El régimen SACS creado por el presente Decreto Legislativo se rige supletoriamente por las disposiciones generales de la LGS así como por las específicas que regulan a la Sociedad Anónima Cerrada del mismo cuerpo legal».

3.1. Características y diferencias en los modelos societarios

Comencé refiriéndome al nombre de la sociedad, y vemos que el nombre hace referencia a una sociedad cuyo capital está representado por acciones, y el término simplificada está orientado con mayor nitidez a la facilidad de requisitos para constituir la sociedad; y, añadiría la mayor claridad para determinar la existencia de la sociedad, pues de no formalizarse en un plazo determinado caduca el procedimiento de Constitución, hecho que nos releva de las sociedades en formación y que nos introduce en el tema de las agencias fundacionales, como actos preparatorios para la constitución de la sociedad.

El objeto social: el objeto social es determinante en la constitución de toda sociedad, pues es la razón de ser la constitución de la sociedad, los socios aceptan aportar a una sociedad con pleno conocimiento de los actos a los cuales se va a dedicar. En esta relación interna, el objeto social es importante, tan es así que una de las causales de separación[1] del socio de la sociedad es el cambio del objeto social.

---

[1] «Artículo 200.- Derecho de separación del accionista
La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:
1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,

No obstante ello, es oportuno comentar algunas consideraciones recogidas en otras legislaciones, en las que las sociedades por acciones simplificadas pueden constituirse con un objeto genérico, y ello se justifica en tanto son sociedades que se inician, no han delimitado su campo de acción, y lo que se procura es evitar ampliaciones del objeto social sujeto a formalidades, como es el acuerdo de junta general de acciones y soportar derechos de oposición. Mas bien, esta facilidad debe tener en todo caso un plazo para la determinación del objeto social, pues no debería mantenerse en el tiempo en forma indefinida el objeto social.

Si bien es cierto la LGS contempla como requisito que se indique el objeto social en forma detallada, no es menos cierto que ha ampliado sus consideraciones en cuanto a la legitimación de los actos realizados fuera del objeto social. Es, precisamente, el artículo 12[2] de la LGS, por extensión aplicable a las SACS que determina que «La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social». A modo de referencia, en la legislación colombiana el inciso 5 del artículo 5 de la Ley 1258 precisa que el acto constitutivo debe contener: «Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita».

La finalidad de la norma que regula la creación de las SACS (artículo 2 de Decreto Legislativo n.° 1409) precisa: «La creación del régimen de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada tiene por finalidad promover una alternativa de formalización de actividades económicas de las personas naturales e impulsar con ello el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa». Dicho esto, tenemos que la finalidad de la norma es complementar la Ley 30056 en la cual se dieron normas relativas a facilitar la inversión y el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, y es así como dentro de su contenido se reguló las características de las micro, pequeñas y medianas empresas, y se fijó como parámetros el nivel de sus ventas anuales. Así, será calificada como microempresa aquella que realice ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT); Pequeña empresa aquella que realice ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el

4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.
Solo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.
Aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separación deben ser publicados por la sociedad, por una sola vez, dentro de los diez días siguientes a su adopción, salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicación.
El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación del aviso a que alude el acápite anterior.
Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotización en Bolsa se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre. Si no tuvieran cotización, al valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones.
El valor fijado acordado no podrá ser superior al que resulte de aplicar la valuación que corresponde según lo indicado en el párrafo anterior.
La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios».

[2] «Artículo 12.- Alcances de la representación
La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.
Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que esta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a cocontratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.
La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social».

monto máximo de 1700 UIT; y mediana empresa[3] cuando sus ventas anuales oscilan entre las 1700 UIT y el monto máximo de 2300 UIT. Por encima de este monto, no califica para los beneficios que otorga la Ley n.° 30056.

La limitación de la norma en comentario (Decreto Legislativo n.° 1409) es que solo permite la constitución de este modelo societario por personas naturales, excluye a las personas jurídicas. El espíritu de la norma está destinado para las personas naturales que deseen formar sociedad, al extremo que en las limitaciones a la trasmisión de la posición del socio, se exige que el socio adquiriente tenga la condición de persona natural (artículo 14.2).

La norma tiene por objeto crear y regular un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa, denominado sociedad por acciones cerrada simplificada. Se busca entonces formalizar y dinamizar a estas empresas. Dicho esto, la norma no aplica a las empresas cuyas ventas superen las 2300 UIT. No obstante esta finalidad, no nos cabe la menor duda que toda sociedad que se constituya se encuentra siempre en el primer rango de empresa, pues recién está empezando su actividad y no tiene registrada ventas anuales.

En cuanto al *número de socios*, tal como lo hemos expresado, el número mínimo es de dos socios y el máximo es de 20 socios. Todos deben ser personas naturales; y la trasmisión de la condición de socio se dará solo a personas naturales, respetándose el derecho de adquisición preferente, derecho por el cual, el socio debe ser preferido antes que un tercero en la trasmisión de las acciones de la sociedad. Si la trasmisión se realiza a favor de una persona sin respetar el derecho de preferencia en la adquisición de las acciones, entonces, dicha trasmisión de acciones no produce efectos frente a la sociedad; la sociedad seguirá reconociendo como socio al socio que trasmitió sus acciones; y el gerente no podrá inscribir la trasmisión de las acciones en tanto constate que se ha violado la norma del derecho de preferencia. En el supuesto que la trasmisión se haya realizado a favor de una persona jurídica, igualmente, dicha trasmisión no produce efectos jurídicos frente a la sociedad. La excepción a dichas norma la otorga el artículo 5 del reglamento (Decreto Supremo n.° 312-2019-EF) que permite dicha trasferencia a persona jurídica si esta se realiza en el marco de un proceso de reorganización societaria, es decir, como consecuencia de una fusión o una escisión de sociedades. El reglamento introduce un elemento no contemplado en la ley, que nos genera la incertidumbre de llegar a la conclusión que dicha trasmisión es válida, pero que dicha sociedad debe transformarse.

Este *derecho de adquisición preferente* está regulado en el artículo 14 del Decreto Legislativo n.° 1409, bajo un epígrafe equivocado, pero en el fondo se regula en forma distinta al derecho de adquisición preferente contenido en el numeral 237 de la Ley n.° 26887 relativo al derecho de adquisición preferente en la SAC, el cual permite en su último párrafo, establecer en el estatuto otros pactos**,** plazos y condiciones para la transmisión de las acciones y su valuación, *inclusive suprimiendo el derecho de preferencia para la adquisición de acciones*.

Este último supuesto no está contemplado el artículo 14 del Decreto Legislativo n.° 1409; más bien en la norma que regula el derecho de adquisición preferente en las SACS ha acortado los plazos de respuesta ante la oferta de venta de las acciones, limitando la trasmisión a personas naturales.

En lo que se refiere al *aporte y al capital social*, el régimen difiere de los términos generales impuestos a las sociedades anónimas. En este modelo societario los aportes deben pagarse íntegramente al

---

[33] «14.1 El accionista que se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o a terceros debe comunicarlo previamente a la sociedad mediante carta dirigida al gerente general detallando, de ser el caso, el nombre del potencial comprador, el precio propuesto, forma de pago y demás condiciones de transferencia. El gerente general hará de conocimiento de los demás accionistas dicha carta dentro de los tres (03) días hábiles siguientes, para que dentro del plazo de siete (07) días hábiles siguientes de conocida, puedan ejercer el derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital.
14.2 El accionista puede transferir a terceros las acciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, a partir del día siguiente de vencido el plazo, para que los demás accionistas ejerzan su derecho de adquisición preferente. En caso de que no se ejerza el derecho preferente, la transferencia de acciones solo se puede realizar a persona natural bajo sanción de ineficacia de la transferencia».

momento de la constitución de la sociedad.[4] Además, el aporte en la constitución de estas sociedades debe ser dinerario o consistir en bienes muebles no registrables y su entrega debe entenderse en el momento de la suscripción del acto constitutivo para lo cual el gerente deberá emitir un acta de recepción.

En cuanto a los órganos de la SACS debemos entender que al regirse supletoriamente por las normas de la SAC. Tiene el régimen facultativo del directorio como órgano societario; ello en el entendido que la séptima disposición complementaria y final, dispone la supletoriedad de las normas de la sociedad anónima cerrada; y de las disposiciones generales de la ley general de sociedades. Dicha facultad esta corroborada con el artículo 11 del reglamento del Decreto Legislativo n.° 1409 que dispone que «El pacto social y el estatuto pueden establecer que la SACS tiene Directorio».

Si bien es cierto que el alcance de la norma supletoria nos ubica dentro de las normas de la sociedad anónima cerrada, debemos entender que al referirse la ley a las normas generales aplicables en la ley general de sociedades no se está refiriendo solamente a los artículos 1 al 49 de la ley, sino a las normas de la sociedad anónima que resulten compatible con lo señalado para el régimen de las SACS.

En cuanto a la *organización de la sociedad*, la SACS puede contar con directorio, si así lo decide, dicha compatibilidad haría que se le aplique las normas reguladoras del directorio e inclusive aquellas relacionadas al directorio que se instale en las sociedades anónimas cerradas.

Mas bien el tema que nos lleva un poco a reflexión, es el relativo a las *juntas generales de accionistas*. En este caso, las SACS se rigen en primer lugar por su norma particular y, en ese sentido, el artículo 13 del Decreto Legislativo n.° 1409 merece un comentario especial. Dicha norma dispone:

> La junta general la convoca el gerente general con una antelación no menor de tres (03) días a la fecha de la celebración de la junta mediante esquelas con cargo de recepción, correo electrónico u otro medio de comunicación previsto en el estatuto que permita obtener constancia de recepción. La convocatoria no es necesaria cuando se reúna la junta general con la presencia de la totalidad de los accionistas y estos aprueben el tema de agenda.

Como vemos del enunciado del artículo, no se distingue las normas de convocatoria de las juntas generales obligatoria anual, de las demás juntas, inclusive de las juntas de reorganización societaria. Debemos entender que la simplificación en la regulación de esta sociedad por acciones cerrada ha simplificado al extremo el régimen de convocatoria de las juntas generales de accionistas. Al parecer en todos los casos, la antelación de la convocatoria es de tres días, sin distinguir de las juntas generales anuales ni de otras precisadas en el estatuto, tal como lo establece el artículo 116 de la LGS. Llama entonces la atención que en el caso de convocatoria para aprobar los estados financieros y gestión de la sociedad, propios de una sesión de junta general obligatoria anual, en la cual se requiere una antelación en la convocatoria de 10 días, y la puesta a disposición de los accionistas de los documentos a aprobar con diez días de anticipación, dicho plazo queda de lado pues, pues la norma contenida en la regulación de las SACS el plazo de antelación es de 3 días, debemos entender entonces que en esta modalidad societaria, los documentos deben está a disposición de los accionistas con tres días de anticipación, plazo que puede resultar estrecho de acuerdo a la información que se deba proporcionar.

Por otro lado, la norma especial (Decreto Legislativo n.° 1409) precisa que la convocatoria la hace el gerente general. Dicha situación se confirma con lo dispuesto en el reglamento de la ley cuando dispone que exista o no exista directorio, la convocatoria la hace el gerente general.

---

[4] «Artículo 10. contenido del estatuto
[…]
2. La indicación de que cada acción suscrita por los accionistas fundadores debe encontrarse totalmente pagada.
[…]».

En el régimen general, la convocatoria la hace el gerente general en la medida que la sociedad anónima cerrada haya decidido no contar con el directorio.

En el presupuesto de la norma en comentario, la convocatoria no la hace el directorio, aun cuando este exista, pues dicha función se estaría delegando en manos del gerente general, lo cual nos llama la atención pues no debemos olvidar que el directorio, en caso de constituirse, es el responsable de la gestión social, y a dicho órgano le corresponde la convocatoria, y elevar la propuesta de aprobación o desaprobación de los temas que son materia de la junta general de accionistas.

En lo que se refiere a la *trasformación de la sociedad* la ley dispone que «[…] los accionistas de una SACS pueden acordar adoptar otra forma societaria de acuerdo con las disposiciones de la LGS». Al respecto, debemos tener presente que la transformación no implica la pérdida de la personería jurídica, sino el cambio en la forma societaria, y que al amparo de los artículos 115 de la LGS se requiere una mayoría calificada para adoptar el acuerdo de transformación.

Respecto al acto constitutivo y su implicancia en la carencia de requisito que hace que la sociedad devenga en una sociedad irregular, merece comentario especial el artículo 15 del reglamento del Decreto Legislativo n.° 1409, que establece las reglas del acto constitutivo de la SACS, y señala un plazo máximo de constitución de la sociedad no mayor a 72 horas, contadas desde la incorporación provisional de la denominación en el Índice Nacional de Personas Jurídicas en el Módulo SACS del SID-SUNARP, hasta la suscripción por todos los intervinientes mediante el empleo de la firma digital. Transcurrido el plazo, vence automáticamente el proceso de formación del acto constitutivo de la SACS, salvo que antes se haya formulado el desistimiento del servicio.

La importancia de esta regulación es que interfiere con las normas societarias respecto a las sociedades en formación y a las sociedades irregulares que incurren en dicha situación por no cumplir con las formalidades para la constitución de la sociedad.

Tal como está siendo regulada la constitución de las SACS, al incumplir con las formalidades vence automáticamente todo acto de constitución. En tal sentido cabe introducirnos al tema de los actos prefundacionales y a la responsabilidad de las personas implicadas en la constitución de la sociedad; sin embargo, resulta poco funcional la operatividad de dicha sociedad, por más que la califiquemos como irregular, pues su inscripción no podrá continuarse, salvo que se reinicie el trámite nuevamente.

BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Ricardo Beaumont Callirgos[*]

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se explica la influencia de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el diseño y regulación del anteproyecto de la nueva Ley General de Sociedades. Viene a ser un anticipo de las ideas y regulaciones destacables de un futuro trabajo mucho mayor y profundo de comentario sobre la nueva Ley General de Sociedades.

La Comisión Revisora del anteproyecto que fue elaborado en el 2017 por un grupo de trabajo que presidió el profesor principal de la PUCP, doctor Julio Salas Sánchez (+),[1] que la llevó adelante por disposición del señor ministro de Justicia, doctor Eduardo Arana Ysa,[2] y que ocupó parte importante del segundo semestre del año 2024. Aguarda —hasta donde se tiene noticia— a que el Congreso de la República delegue facultades legislativas al Ejecutivo para que este pueda formalizar la dación de una nueva ley de la materia que el Perú tanto necesita. No debemos olvidar que la vigente Ley n.° 26887 data de 1998, es decir, de hace 28 años, y los cambios de la realidad empresarial en el Perú y en el mundo han sido profundos.

En su estructura, el anteproyecto guarda similitud con la vigente ley, es decir, tiene un «Libro primero» con normas generales aplicables a todas las sociedades; un «Libro segundo» exclusivo para la sociedad anónima; un «Libro tercero» dedicado a las otras formas societarias; y un «Libro cuarto» con normas complementarias.[3-4] No he visto dónde o cómo se incluirán las otras formas societarias creadas en los últimos años, me refiero a las sociedades de beneficio e interés colectivo, que se las suele llamar sociedades BIC,[5] o las sociedades por acciones cerradas simplificadas que son de trámite virtual, directamente en la Sunarp sin intervención notarial.[6]

En este pequeño artículo el autor explicará, fundamentalmente, asuntos de directorio y junta general de accionistas, cuórums y mayorías, materias que se pueden regular en el estatuto y temas conexos, todo esto para la sociedad anónima.

Por cierto, para seguir la trama de este artículo y comprenderlo hay que estar muy vinculado profesionalmente a la vigente Ley General de Sociedades o hay que tener a la mano tanto la vigente ley como el mismo anteproyecto.

---

[*] Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades, LGS, n.° 26887 (1998). Miembro de la Comisión Revisora del Anteproyecto LGS (2024). Presidente del Instituto Peruano de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Mercantil, IPDM. Exmagistrado del Tribunal Constitucional.

[1] Estuvo integrada por los doctores Hernando Montoya Alberti, Ricardo Beaumont Callirgos, Oswaldo Hundskopf Exebio, Alfonso Montoya Stahl, Roberto Mac Lean Martins, María Elena Guerra Cerrón, Edison Tabra Ochoa, Liliana Gil Vásquez, Juan Luis Hernández, entre otros destacados juristas.

[2] Al 20 de mayo del 2025, el primer ministro.

[3] Reorganización de sociedades; transformación, fusión escisión; otras formas de reorganización; sucursales, disolución; liquidación y extinción; y sociedades irregulares.

[4] Tiene un «Libro quinto» que no es materia societaria, ya que son los contratos asociativos de asociación en participación y consorcio, el primero de los cuales se encuentra incluido desde 1966 con la Ley n.° 16123 de Sociedades Mercantiles, y el segundo se agregó en 1998 con la vigente Ley General de Sociedades n.° 26887.

[5] Ley n.° 31072 del 24 de noviembre del 2020.

[6] D. Leg. n.° 1409 del 11 de noviembre del 2018 y Decreto Supremo n.° 312-2019-SUNARP.

1. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL DIRECTORIO

La vigente ley regula muy defectuosamente, en el artículo 38, la nulidad de los acuerdos societarios,[7] y, por cierto, por su contenido, apunta más a los de la junta general de accionistas,[8] que en este caso se denomina «impugnación», que a los del directorio. La remisión que hace este artículo 38 a los artículos 34, 35 y 36 es equívoca, porque estos artículos se refieren a la demanda de nulidad del acto constitutivo, es decir, a la escritura pública que contiene el pacto social y estatuto, nada que ver con la nulidad de un acuerdo del directorio. En efecto, para este órgano, entre los artículos 153 a 184 (directorio), que sería el lugar para su desarrollo, no existe una sola norma que aluda en forma precisa al derecho que asistiría a los miembros del directorio o a terceros con legítimo interés, a solicitar la nulidad o impugnar los acuerdos de este.

En los artículos 177 a 180 de la vigente norma se define el marco de responsabilidad de los directores, los contratos, créditos, préstamos o garantías que pueden o no pueden celebrar, y los conflictos de interés, pero de modo impreciso, en particular si lo comparamos con los artículos 41 y siguientes del anteproyecto, debidamente concordados con los artículos 147 a 154 del mismo. La distancia es abismal.

En el anteproyecto, entonces, sí se regula, y de modo directo y preciso, la impugnación de acuerdos del directorio debiendo merecer particular atención lo dispuesto en los artículos 41.1, 43.3, 45.2, 46.1, 47.2, 48.2, 48.3 y 50 relativos a «causales», «proceso», «caducidad». «medida cautelar» e «indemnización por daños y perjuicios como reconvención».

El artículo 43.3 ordena, por ejemplo: «Tratándose de acuerdos de la junta general o del directorio, solo pueden impugnar los socios o directores que, en cada caso, no hubieran concurrido a la respectiva junta o sesión, o que asistiendo hubieran sido privados ilegítimamente de emitir su voto o hubiesen votado en contra del acuerdo *dejando constancia del motivo de su voto*».

En el 46 se dice: «El socio o director que impugne un acuerdo debe mantener su condición de tal durante el proceso». No sería justo que impugne y luego venda sus acciones o renuncie al cargo, porque el adquirente de aquellas o el alterno, suplente o reemplazante, según fuere el caso, tal vez no tenga interés en la acción o tenga un enfoque distinto de la materia.

El 48.2 ordena: «El juez, a pedido de los socios que representen más del 20 % de las participaciones o acciones suscritas de la sociedad, puede dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado».

Finalmente, el artículo 50 señala: «Cuando la impugnación se hubiere promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, a pedido de la sociedad, el juez puede imponer al demandante, en beneficio de la sociedad afectada por la impugnación, la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. Esta pretensión puede ser interpuesta por la sociedad en vía de reconvención».

No obstante que dentro del marco de las «buenas prácticas del gobierno corporativo» esta opción —la impugnación de los acuerdos del directorio— debiera ser recibida con beneplácito, existiría la preocupación de «paralizar las decisiones de las empresas» ante eventuales demandas infundadas en donde se solicite en sede judicial o arbitral, medidas cautelares de suspensión de los acuerdos adoptados.

---

7 «Artículo 38. Nulidad de acuerdos societarios.- Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

8 «Artículo 139. Acuerdos impugnables.- Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de […]».

No podemos vendarnos los ojos y no reconocer que, en ocasiones, en la minoría del directorio, por ejemplo dos de cinco miembros o tres de siete —en cuyos casos habría más del 20 %—, existen personas de mala fe o que actúan con fines políticos, y podrían aprovechar estas normas para crear obstáculos a las empresas; y por cierto, también hay un segmento de ellos, en el periodismo, que podría alentar estas acciones.

Es verdad que debemos evitar el abuso de las mayorías, pero con igual o mayor razón, el abuso de las minorías.

Una forma de evitarlo y poner paños fríos sería establecer, mediante una disposición final transitoria, por ejemplo, que la materia de impugnación de acuerdos del directorio entrará en vigor el 1 de enero del 2027, lo que se llama, establecer una *vacatio legis* de esta norma. Aguardaríamos acontecimientos, es decir, jurisprudencia vinculada y doctrina.

2. SECCIÓN TERCERA DEL ANTEPROYECTO: ACCIONES

Normas generales. Hay una o dos cosas importantes que el anteproyecto mejora a la vigente ley en cuanto al tema de la «matrícula de acciones», artículo 92 versus artículo 75.

Ellos serían, uno, el del artículo 75.2 el que precisa que en este «debe constar toda la información relevante de los accionistas», lo cual, verdaderamente, es importante, porque este documento, muy valioso en la vida de la empresa y *también para su uso eficiente en las «buenas prácticas de gobierno corporativo»*, es fundamental, y debemos alentar y exhortar su administración frecuente y eficaz, lo que no sucede en nuestra patria.

El otro sería lo regulado en el artículo 75.5 el que expresa: «Cualquier accionista puede solicitar copia de lo que le atañe en la matrícula de acciones, así como la expedición de certificación del gerente general o del secretario de la sociedad, declarando la inexistencia de convenios inscritos en la matrícula de acciones entre accionistas o de accionistas con terceros respecto a las acciones de su titularidad».

Asuntos de interés serían: (i) en el 86.4 se declara que es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, tema que tiene que ver con el artículo 882 del Código Civil y con el 101 de la LGS vigente. El tema en el anteproyecto se mantiene prácticamente igual al de la vigente ley; (ii) también el tema de la opción para suscribir acciones del artículo 87 del anteproyecto y del artículo 103 de la vigente ley, nomás que en vez del plazo de dos años se extiende a diez años, lo cual aparece muy acertado.

Lo del control indirecto de acciones del artículo 105 de la vigente ley está en el artículo 96 del anteproyecto. No se entiende por qué la obligación de enajenar estas acciones en el plazo de dos años. Se va a terminar burlando la norma, vendiéndolas a cualquier otra empresa del grupo económico.

Derechos y gravámenes sobre acciones. El tema del usufructo, garantía mobiliaria (prenda) y medidas cautelares (embargo) sobre acciones permanece prácticamente igual en los artículos 107 a 110 de la vigente ley, versus artículos 98 a 101 del anteproyecto.

3. SECCIÓN CUARTA: ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

Título II: Junta General de Accionistas. II.I. Delegación. Nos parece mal, con el enfoque de las «buenas prácticas de gobierno corporativo», que el anteproyecto establezca que la junta obligatoria anual pueda acordar «delegar en el directorio la designación de los auditores externos» (artículo 104 inciso e).

¿Está bien que el directorio designe a quienes deben auditar la gestión del mismo directorio y de la gerencia general, del staff gerencial? ¿Quién debe hacerlo?

En las quiebras y estafas millonarias de EE. UU. participaron como cómplices, las empresas Auditoras Arthur Andersen (caso ENRON), Ernst and Young, Delloite, KPMG, Price Waterhouse, World Com. y AIG. Conocido ha sido el caso del Banco Lehman Brothers.

La misma junta general debe designar a los auditores o elegir una comisión especial que haga este trabajo, ojalá, con algunos directores independientes.

Otras alternativas que aparecerían interesantes serían —dependiendo de la dimensión y características de la sociedad—: (i) haber previsto en el estatuto que para esta hipótesis y con arreglo al artículo 118.3 del anteproyecto se requiera la asistencia de todos los accionistas para la conformación del cuórum y la unanimidad para la validez de la votación; y la otra, (ii) que con arreglo al artículo 143.1 del Anteproyecto, establecer para el directorio mayorías más altas a las de la mayoría absoluta o la unanimidad para la validez del acuerdo.

Lo que se pretende es que todos, mayorías y minorías —en la junta general o en el directorio— estén de acuerdo con la firma auditora a contratar. En este orden de ideas, la propuesta de texto de un «nuevo» 143.2 sería: «Si la Junta Obligatoria Anual u otra Junta General hubiese delegado en el Directorio la facultad de designar los auditores externos [104 e], la concurrencia de todos los directores y la unanimidad del acuerdo a tal efecto, serán indispensables».

4. CONVOCATORIA

Se mantiene con el artículo 109.1 del anteproyecto la norma de que «Cuando uno o más accionistas que representen no menos del 20 % de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe convocarla dentro de los siguientes quince días […]», pero se agrega algo muy importante no previsto en la vigente ley, cuando en el artículo 109.3 se expresa: «Para el ejercicio del derecho a solicitar la convocatoria a junta general, *el estatuto podrá establecer un porcentaje menor al establecido en el numeral 109.1, pero en ningún caso mayor*». Aporte de las buenas prácticas de gobierno corporativo.

5. AGENDA DE LA JUNTA GENERAL

Se mantiene con el artículo 111.6 del anteproyecto la norma: «La Junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria», pero se agrega «salvo cuando en la misma junta general haya acuerdo unánime de la totalidad de las acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad». Esto último parece sumamente importante y *estaría en línea con el enfoque de las buenas prácticas de gobierno corporativo*.

6. CUÓRUMS Y MAYORÍAS

También aparece muy interesante y novedosa la norma del artículo 118.3 cuando dispone: «El estatuto puede establecer cuórums superiores y mayorías superiores a las establecidas, pero nunca inferiores. También puede requerir la asistencia de todos los accionistas para la conformación del cuórum y la unanimidad para la validez de la votación, para determinados asuntos».

Decimos que es muy importante porque en el estatuto se podrá señalar qué asuntos requerirán (i) la presencia de todos; y, (ii) la unanimidad en la votación para la validez del acuerdo. Así, se le da espacio a la minoría para que participe, a la cual en no pocas ocasiones la vigente ley la tiene totalmente marginada. Lo que hay que saber es conocer bien la ley para pactar adecuadamente e insertar las cláusulas convenientes en el estatuto. Desde cierto enfoque, *esta sería una contribución al derecho societario de las «buenas prácticas de gobierno corporativo»*.

7. CONFLICTOS DE INTERÉS Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VOTO

En la vigente ley, tímidamente, el artículo 133 trata este tema.

En el anteproyecto, el artículo 123 tiene seis impresionantes literales y el 123.3 seis incisos. Está dicho todo, o casi todo.

Ahora bien, el 123.3 es *numerus claussus*, pues el 123.5 sanciona: «En cualquier caso de conflicto de interés no comprendido en el numeral 123.3, el accionista no estará privado del derecho de voto».

El artículo 123.3 deberá ser materia de análisis particular en otro documento o en un libro que lleve el título «Nueva Ley General de Sociedades comentada», por la sensacional extensión que significaría hacerlo acá y que rompería el esquema de este pequeño fascículo. Pero se cumple con señalar que este tópico ha sido desarrollado en el anteproyecto, muy acertadamente.

El artículo 123.1 del anteproyecto norma: «Se considera que existe conflicto de interés en toda situación, particular o general, temporal o permanente, actual o probable, en la que un accionista tenga un interés, directo o indirecto, particular o general, de hecho de derecho, que esté o pueda estar en conflicto con el interés social».

Por último, el artículo 123.6 del mismo ordena: «Asumen responsabilidad frente a la sociedad por los daños y perjuicios causados, los accionistas que incumplen las disposiciones de este artículo 123, así como los accionistas beneficiados […]».

Esto es muy positivo si miramos las cosas societarias, también, bajo el enfoque de las «buenas prácticas del gobierno corporativo».

8. COOPTACIÓN

Según los artículos 136.2 del anteproyecto y 157 segundo párrafo de la vigente ley: «Si no hubiere directores alternos o suplentes y se produjese la vacancia de uno más directores, el mismo directorio puede elegir a los reemplazantes,[9] salvo disposición diversa del estatuto». Quiere decir que el estatuto puede proscribir la cooptación.

Esto último es sumamente importante, también bajo el enfoque de las «buenas prácticas de gobierno corporativo», porque, en ocasiones, la junta general remueve o separa al «director indeseado» porque incomoda, por rebuscón, pedilón de muchos informes técnicos o legales, informes previos de auditoría, etc., en ocasiones y justamente, el director correcto, el que no se amarra con uno o con otro, el que desea lo mejor en interés de la empresa, y evita y lucha contra la corrupción, y que en más de una ocasión la «olfatea» para dejar a los que quedan en la opción «libre» de cooptar y llamar al «amigote» al que en todo momento y circunstancia va a decir «chicheñó».[10] El estatuto, advirtiendo esta posibilidad, «proscribe la cooptación y dispone que en caso de impedimento, renuncia o remoción de algún director, los restantes no podrán cooptar, sino deberán convocar a junta de accionistas para que esta elija al director de reemplazo». En la junta, con mayor amplitud y serenidad, se podrá discutir el caso y conocer, después de lo sucedido y escuchando incluso al removido, a quién se debe elegir como reemplazo.

9. VACANCIA MÚLTIPLE

El artículo 158 de la vigente ley, sobre vacancia múltiple, no define en qué consiste «asumir provisionalmente la administración» y en no pocas oportunidades los que se hacen cargo de ella la aprovechan por lapsos relativamente prolongados con fines egoístas y en daño a la sociedad.

---

9 A esta opción, justamente, se le denomina «cooptación».

10 Aprovechar en leer la tradición de Ricardo Palma: «El obispo chicheñó». Ediciones Océano-Éxito, Barcelona, volumen III, p. 165.

El artículo 137.2 del Anteproyecto cubre el vacío expresando: «La administración provisional a cargo de los directores hábiles solo comprenderá temas de naturaleza ordinaria dentro de la actividad normal de la sociedad conforme a su objeto social». *¿También aporte de las buenas prácticas de gobierno corporativo?*

10. CUÓRUM

El artículo 168 de la vigente ley establece:

> El cuórum del directorio es la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el cuórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel.
>
> El estatuto puede señalar un cuórum mayor en forma general o para determinados asuntos, *pero no es válida la disposición que exija la concurrencia de todos los directores*.

A contrario sensu, el artículo 142.3 del anteproyecto repite la primera parte pero cambia sustancialmente la segunda cuando dispone «El estatuto puede señalar un cuórum mayor en forma general o para determinados asuntos, *siendo válida la disposición que exija la concurrencia de todos los directores*».

Estos son los cambios promovidos por el enfoque de las *«buenas prácticas de gobierno corporativo», es decir, que se escuche, en bien de la empresa, a mayorías y minorías*. Pero hay que tener cuidado de que la mayoría quede sometida al antojo y arbitrariedad de la minoría. Es malo el abuso de la mayoría, pero es igualmente malo y hasta tal vez peor, el abuso de la minoría. ¿Por qué? Porque, según nos lo explicaba el maestro Montoya Manfredi hace más de cincuenta años, se supone que la mayoría, el que ha invertido más capital, tiene más interés que el que ha invertido menos en el futuro y en el bienestar de la sociedad. Es una cuestión de lógica elemental, nos lo refería. Hay que reflexionar bien estas cosas antes de ponerlas en el estatuto, y dependerá de cada tipo de empresa y de cada caso en particular.

11. MAYORÍAS

Pero hay más en el mismo sentido. El artículo 143.1 del anteproyecto ordena: «Cada director tiene derecho a un voto. Los acuerdos del directorio se adoptan por mayoría absoluta de votos de los directores asistentes. El estatuto puede establecer mayorías más altas o la unanimidad para determinados asuntos o, en general, para todos los temas que se traten en el directorio».

El primer párrafo del artículo 169 de la vigente ley solo se quedaba en que «el estatuto puede establecer mayorías más altas», pero «unanimidad para determinados asuntos o para todos los temas que se traten en el directorio» jamás. *Aquí se advierten los cambios que nacen y se desarrollan a partir del nuevo enfoque, es decir, el de las «buenas prácticas del gobierno corporativo».*

Supra, hemos sugerido un nuevo artículo 143.2. Nos remitimos a él.

12. CONFLICTOS DE INTERÉS

Los artículos 179 y 180 de la vigente ley regula los casos de conflicto de interés. Por supuesto que a juicio del autor de este artículo dicen nada, apañan todo y blindan, cubren o protegen determinadas acciones de directores que no siempre son del todo correctas. La normativa es muy genérica y, por ende, imprecisa.

En el segundo párrafo del artículo 179, por ejemplo, se autoriza determinados «contratos, créditos, préstamos o garantías», si es que previamente el directorio lo aprobó, con el voto de al menos dos tercios de sus miembros. Pero dos tercios, en cifras grandes, por ejemplo, 1000, es diferente a mayorías absolutas, 667 (66,6666 es 67,00) es muy diferente a 501. Pero en números pequeños, dos tercios, es igual, o muy cercano, a mayorías absolutas. Así, en directorios de 3, 5, 6, 7, 8 y 9 miembros solo en dos casos de estos 6, dos tercios es mayor que mayoría absoluta, que son los casos de 7

(mayoría absoluta es 4 y dos tercios es 5) y 9 (mayoría absoluta es 5 y dos tercios es 6) miembros. En los demás, dos tercios es igual o lo mismo que mayoría absoluta. En otras palabras, la norma engaña.

Los artículos 150, 151 y 152 del anteproyecto, bajo los títulos «Situaciones de conflicto de interés», «Personas vinculadas» y «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y dispensa» con 4 parágrafos y 7 incisos, 3 parágrafos y 7 incisos, y 3 parágrafos y 2 incisos, respectivamente, desarrollan casi completamente la temática, tal como lo dijimos para el caso de los conflictos de interés para los accionistas regulado en el artículo 123 del anteproyecto.

Estas son normas nacidas a partir del desarrollo y difusión de las «buenas prácticas de gobierno corporativo».

RESUMEN DE LOS TEMAS TRATADOS EN ESTE ARTÍCULO

MATRÍCULA DE ACCIONES, JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS Y DIRECTORIO

Matrícula de acciones

Este libro se llamó antes «Libro de registro y transferencia de acciones». Para evitar confusiones y que el lector creyese que las transferencias se inscriben en Registros Públicos se decidió el cambio de nombre por matrícula de acciones. Es un libro —ahora «sistema», pues se puede llevar en registros electrónicos— sumamente importante. En la vigente ley se regula en el artículo 92 y es el gerente general el responsable por la existencia, regularidad y veracidad de los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y, por cierto, de la veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad, según puede verse de los incisos 1 y 7 del artículo 190.

En el anteproyecto, la matrícula de acciones se regula en el artículo 75 y es el secretario el que tiene por función «Velar por la existencia, regularidad, veracidad y actualidad de la matrícula de acciones», según puede verse del artículo 176.1 a.

Junta general de accionistas. Directorio

Según el artículo 117 de la vigente ley, *cuando uno o más accionistas*, que representen no menos del 20 % de las acciones suscritas con derecho a voto, soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar. El artículo 109.3 del anteproyecto dispone que «el estatuto podrá establecer un porcentaje menor al establecido en el numeral 109.1 (20 %), pero en ningún caso mayor». Por ejemplo, 10 %, 8 %.

También otra cosa muy importante es que el «estatuto puede requerir la asistencia de todos los accionistas para la conformación del cuórum y la unanimidad para la validez de la votación, para determinados asuntos», según se dispone en el artículo 118.3.

Más sobre la *junta general*. Según el tercer párrafo del artículo 116 de la vigente ley, «la junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos permitidos por la ley», que actualmente es solo uno, el previsto en el artículo 181 sobre «pretensión social de responsabilidad contra cualquier director». En el anteproyecto se ha dispuesto (111.6) que la junta sí puede tratar otros asuntos «cuando, en la misma junta general, haya acuerdo unánime de la totalidad de las acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad».

Esto es muy importante. La junta general no tiene por qué estar sometida a la voluntad del directorio, que es el órgano que prepara la agenda. Si todas las acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad quieren tratar otros temas, es decir, distintos a los de la agenda, ¿quién se lo puede prohibir? Pero el anteproyecto, entonces, no ha dicho nada nuevo, porque esta sería «junta universal» que se encuentra regulada en la vigente ley en el artículo 120 y en el anteproyecto en el artículo 106.

Según como está redactado el artículo 111.6 del anteproyecto es junta universal. En una primera lectura, el profesor que suscribe interpretó que si todas las acciones con derecho a voto, *presentes o representadas en la sesión, decidían tratar otro u otros asuntos lo podían hacer*, pero estaba equivocado porque el texto del artículo del anteproyecto no hace cita solo de las acciones presentes o representadas en la sesión, sino de todas las emitidas por la sociedad, que es cosa distinta y que ya sería, obvio, junta universal.

Tanto en la vigente ley (114.4) como en el anteproyecto (104.e) se dispone que *la junta general puede «delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda»*. En mi opinión, tal delegación debería ser excepcional. No puede ser que el mismo directorio negocie con las empresas auditoras cuál de ellas deberá realizar la tarea de verificar si el directorio y la gerencia general han cumplido con llevar adelante las medidas idóneas para el cumplimiento del objeto social, el presupuesto, las inversiones y los gastos, el estado de ganancias y pérdidas y el estado de situación financiera. Debería ser un comité especial de la misma junta general, ojalá con algunos directores independientes. Si no hubiese otra opción, para esta hipótesis, *debería haberse previsto en el estatuto que para la validez del acuerdo se deberá requerir la concurrencia de todos los directores y la unanimidad de los votos, en otras palabras, mayorías y minorías deberán estar de acuerdo* con quienes eligen como auditores, es decir, los que van a controlar el trabajo, la eficiencia y la eficacia en la gestión por parte del directorio y la gerencia general. Esto último será perfectamente posible con arreglo a los artículos 142.3 y 143.1 del anteproyecto.

Destacamos que en la vigente ley esto no es posible. En efecto, el artículo 168, respecto al cuórum de asistencia del directorio, dispone: «El cuórum del directorio es la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el cuórum es el número entero inmediato superior a la mitad de aquel. El estatuto puede señalar un cuórum mayor en forma general o para determinados asuntos, *pero no es válida la disposición que exija la concurrencia de todos los directores*».

Directorio: impugnación de sus acuerdos

La vigente ley regula muy defectuosamente, en el artículo 38, la nulidad de los acuerdos societarios[11] y, por cierto, por su contenido apunta más a los de la junta general de accionistas,[12] que en este caso se denomina «impugnación».

En efecto, para aquel órgano, entre los artículos 153 a 184 (directorio), que sería el lugar para su desarrollo, no existe una sola norma que aluda en forma precisa al derecho que asistiría a los miembros del directorio o a terceros con legítimo interés a solicitar la nulidad o impugnar los acuerdos de este.

En el anteproyecto sí se regula, de modo directo y preciso, la impugnación de acuerdos del directorio, mereciendo particular atención lo dispuesto en los artículos 41.1; 43.3; 45.2; 46.1; 47.2; 48.2; 48.3 y 50; relativos a «causales», «proceso», «caducidad», «medida cautelar» e «indemnización por daños y perjuicios como reconvención».

El artículo 43.3 ordena, por ejemplo: «Tratándose de acuerdos de la junta general o del directorio, solo pueden impugnar los socios o directores que, en cada caso, no hubieran concurrido a la respectiva junta o sesión, o que asistiendo hubieran sido privados ilegítimamente de emitir su voto o hubiesen votado en contra del acuerdo *dejando constancia del motivo de su voto*».

---

11 «Artículo 38. Nulidad de acuerdos societarios.- Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad».

12 «Artículo 139. Acuerdos impugnables.- Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de […]».

En el 46 se dice: «El socio o director que impugne un acuerdo debe mantener su condición de tal durante el proceso». No sería justo que impugne y luego venda sus acciones o renuncie al cargo, porque el adquirente de aquellas o el alterno, suplente o reemplazante, según fuere el caso, tal vez no tenga interés en la acción o tenga un enfoque distinto de la materia.

El 48.2 ordena: «El juez, a pedido de los socios que representen más del 20 % de las participaciones o acciones suscritas de la sociedad, puede dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado».

Finalmente, el artículo 50 señala: «Cuando la impugnación se hubiere promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, a pedido de la sociedad, el juez puede imponer al demandante, en beneficio de la sociedad afectada por la impugnación, la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. Esta pretensión puede ser interpuesta por la sociedad en vía de reconvención».

No obstante que dentro del marco de las buenas prácticas del gobierno corporativo esta opción —la de la impugnación de los acuerdos del directorio debiera ser recibida con beneplácito—, existiría la preocupación de «paralizar las decisiones de las empresas», ante eventuales demandas infundadas en donde se solicite en sede judicial o arbitral, medidas cautelares de suspensión de los acuerdos adoptados.

No podemos vendarnos los ojos y no reconocer que en ocasiones, en la minoría del directorio, por ejemplo, dos de cinco miembros o tres de siete, en cuyos casos habría más del 20 %, existen personas de mala fe o que actúan con fines políticos, y podrían aprovechar estas normas para crear obstáculos a las empresas; y por cierto, también hay un segmento de ellos, en el periodismo, que podría alentar estas acciones.

Es verdad que debemos evitar el abuso de las mayorías, pero con igual o mayor razón, el abuso de las minorías.

BIBLIOGRAFÍA

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 5ª reimpresión. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Jurisprudencia societaria comentada*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2009.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Volúmenes I y II. Bogotá: Temis, 2002.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Bicentenario Perú 2021*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2021.

BE LAWYER. *Derecho corporativo. Alcances y perspectivas*. Octubre 2021.

DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea. 2010.

PALACIO, Lino Alberto y Patricia FERNÁNDEZ DE ANDREANI. *Conflicto de intereses del administrador societario*. Buenos Aires: Astrea, 2020.

VV. AA. *Memento práctico. Gobierno corporativo*. Madrid: Francis Lefebvre, 2023.

LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

*Rolando Castellares Aguilar**

1. REFERENCIAS PREVIAS

La actual Ley General de Sociedades (LGS), Ley n.° 26887, que en esencia se ocupa del régimen aplicable a las diversas formas de organización societaria, señalando las normas generales aplicables a todas estas modalidades societarias llamadas mercantiles (en el Libro I), a las Sociedades Anónimas (en el Libro II), a las demás formas de organización societaria para realizar actividad empresarial (en el Libro III) y a los contratos asociativos (en el Libro V). Se ocupa también de la Emisión de Obligaciones, en un libro aparte (en el Libro IV) e, inexplicablemente, junto a la *reorganización* de las sociedades y como «norma complementaria», dejando clara evidencia que las obligaciones es un tema ajeno a esta ley, por lo que su regulación y mantenimiento dentro de la LGS debería ser objeto de evaluación, más aún desde que la misma materia o tema (obligaciones) está también regulada y ampliamente tratada en la Ley del Mercado de Valores y en la Ley de Títulos Valores que, como resulta por demás obvio, son los textos o cuerpos legales que resultan ser más apropiados para la regulación y tratamiento legal de las obligaciones.

No dudamos que, en efecto, esta sección conformada por 29 artículos (del 304 al 332) resulta ser una parte extraña o ajena al contexto de la ley en general, que versa sobre organizaciones societarias, pues, en nuestra opinión, el lugar de la materia que nos ocupa —obligaciones— no debería ser esta LGS, sino la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Títulos Valores, conforme pasamos a sustentar, al no ser más esta forma o instrumento de endeudamiento una modalidad propia o exclusiva de las organizaciones societarias reguladas por la LGS.

Al respecto, debemos recordar que las derogadas y anteriores LGS (Ley n.° 16123 que desde el año 1966 sustituyó las disposiciones que sobre «compañías mercantiles» contenía el Código de Comercio, así como las actualizaciones realizadas mediante el Decreto Legislativo n.° 311 de noviembre de 1984 y su TUO aprobado por Decreto Supremo n.° 003-85-JUS), la materia de obligaciones contenía similar regulación en 24 artículos (226 al 249), dentro de su sección cuarta que se ocupaba de las sociedades anónimas, es decir, la emisión de obligaciones estaba considerada como un mecanismo de endeudamiento exclusivo y propio de las sociedades anónimas (S. A.), lo que se explicaba porque hace 57 años (1966) no se contaba con una Ley del Mercado de Valores y la anterior Ley de Títulos Valores (Ley n.° 16587), que era coetánea (1967) de la anterior LGS, se ocupaba solo de cuatro títulos valores, ninguno de ellos valor mobiliario y ninguno de ellos obligaciones, por lo que bajo tal concepción y ubicación legislativa se incorporó dentro de la sección correspondiente a las S. A., lo que por muchos años impidió que otras formas societarias y demás personas jurídicas y naturales recurran a esta forma directa de financiamiento a través de la emisión y colocación en el mercado de valores de obligaciones como alternativa al tradicional financiamiento bancario o a recursos propios para cualquier deudor de recursos financieros de considerable magnitud que requiera de financiamiento con deuda en trato directo con ofertantes de fondos dinerarios, fuera del sistema financiero y sin recurrir únicamente a recursos propios.

* Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de posgrado en Ciencias Administrativas en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma y Posgrado en Banca y Finanzas por la Facultad de Economía y Comercio de la misma Universidad de Roma, Italia. Vocal del Tribunal Administrativo de la Conasev (hoy SMV). Miembro de la Comisión Redactora de la Ley de Título Valores y de la Ley del Sistema Financiero (Ley de Bancos). Profesor universitario y asesor legal de diversas entidades bancarias y financieras, nacionales y extranjeras. Email: rolando@castellares.com

Fue mediante normas recientes y, en especial tributarias, que se varió tal régimen de identificar la emisión de obligaciones con las sociedades anónimas, haciendo extensiva su emisión a cualquier persona jurídica, por lo que se explica que la actual LGS lo haya extraído del libro dedicado a dicha modalidad societaria (S. A.), pero manteniéndolo, sin embargo, dentro de su cuerpo como norma «complementaria» en lugar de haberlo remitido a la Ley del Mercado de Valores —LMV— (Decreto Legislativo n.° 861), que inclusive ya posibilita que las obligaciones sean emitidas por cualquier deudor, incluyendo a las personas naturales o a cualquier persona jurídica distinta a las sociedades anónimas, lo que incluye a las EIRLtda., sociedades colectivas, cooperativas de toda naturaleza, asociaciones, fundaciones y cualquier otra persona jurídica y no solo por S. A., como lo vino haciendo la LGS. Esta apertura total en la emisión de Obligaciones la encontramos expresamente señalada en los artículos 4[1] y 86[2] de la LMV. Así, pues, no siendo más la emisión de obligaciones facultad o patrimonio exclusivo de las sociedades reguladas en la LGS, y menos solo de las S. A., concluimos que la LGS no es el lugar o la norma más apropiada para la regulación de la emisión de obligaciones, por lo que nuestra propuesta es excluirla totalmente de la LGS, remitiéndolo a las leyes propias de la materia, como son la LMV y la Ley de Títulos Valores.

La emisión de obligaciones no es sino un mecanismo de endeudamiento o modalidad de captación de ahorro-inversión del público en el mercado de valores, en forma directa y sin intermediación de los agentes del sistema bancario (salvo que los emisores de las obligaciones sean estos), mediante la cual el inversionista acepta constituirse en acreedor del emisor de las obligaciones y no en copropietario o partícipe del negocio o empresa a la que se destinarán sus recursos, como ocurre cuando adquiere otra clase de valores que no representan deuda (v. gr. acciones) o participaciones, salvo que ello sea una condición o característica de la emisión, lo que constituye una excepción y conlleva una verdadera novación y cambio de situación del inversionista, como ocurre con las obligaciones convertibles o con la capitalización de deuda, por ejemplo, sin que, por cierto, sea esa la regla en los instrumentos de deuda como son las obligaciones.

2. CONTRADICCIONES EN LA LGS: PROPUESTA DE CAMBIOS

Además de esta desubicación de la regulación en materia de emisión de obligaciones, explicable por sus antecedentes regulatorios —pero no justificable—, quizá solo por el hecho de que las mayores emisiones son realizadas por las organizaciones societarias, apreciamos diversas contradicciones que se han generado debido a la coexistencia de una pluralidad de normas legales que tratan el mismo tema de las obligaciones, como las que señalamos en seguida, las que deberían salvarse en ocasión de revisar la actual LGS o elaborar la ley que la sustituya:

2.1. Régimen de prelación de tenedores de obligaciones

La actual LGS señalaba que no hay prelación entre las distintas emisiones o series de obligaciones del mismo emisor en razón de la fecha de su emisión o colocación, salvo que ello se pacte en favor de alguna emisión o serie, en cuyo caso es necesario que la asamblea de acreedores de las emisiones precedentes preste su consentimiento. Esto último constituía un contrasentido del enunciado inicial, pues si no existiese ninguna preferencia entre las distintas emisiones o series, el pacto de preferencia respecto a alguna emisión o serie tendría que ser aprobada en asamblea por la totalidad de los acreedores y no solo por los acreedores de las emisiones *precedentes*. Agregaba este mismo numeral que la regla de no prelación entre ninguna de las emisiones no afectará la preferencia que tiene cada emisión

---

1 Ley del Mercado de Valores
«Artículo 4.- Oferta Pública. Es oferta pública de valores mobiliarios la invitación, adecuadamente difundida, que una o más *personas naturales o jurídicas* dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios».

2 Ley del Mercado de Valores
«Artículo 86.- Definición. La oferta pública de valores representativos de deuda a plazo mayor a un año solo puede efectuarse mediante bonos, sujetándose a lo dispuesto en la presente ley y a las disposiciones sobre emisión de obligaciones contenidas en la Ley de Sociedades. *Pueden emitir bonos de acuerdo a dichas disposiciones incluso las personas jurídicas de derecho privado distintas a las sociedades anónimas*».

respecto a sus propias garantías y, finalmente, que la preferencia de los obligacionistas respecto a los demás acreedores se regirá por las normas de la materia que determinen su preferencia (artículo 309,[3] LGS), estableciendo un régimen de preferencias con diversas contradicciones.

Este cambio que se introdujo fue muy preocupante, pues según el anterior régimen (artículo 229 de la anterior LGS): «la fecha de cada emisión determina la prelación entre ellas, salvo el derecho preferente de cada emisión respecto a sus propias garantías», esto es, establecía una prelación según la antigüedad de su emisión, que es la regla común en materia de prelación de acreencias, tal como lo establecía entonces el artículo 24 del Decreto Legislativo n.° 845 —Ley Concursal— que disponía que la preferencia de los créditos sin garantía, se determina «según su antigüedad», por lo que no se encontraba explicación para esta norma distinta y cambio de régimen de preferencia solo para las obligaciones introducido por la LGS, que generó de inmediato serios problemas en el mercado. Así, por ejemplo, se dijo que si hay una emisión de obligaciones (A), sin garantías, en marzo 1998; luego un crédito bancario asumido por el emisor, sin garantías, en marzo 1999 (B); más otra emisión de obligaciones (C), sin garantías, en marzo del 2000, todas ellas, deudas asumidas por el mismo deudor (a través de dos emisiones de obligaciones y de un crédito bancario):

- Si A se equipara a C (por ser ambas deudas asumidas mediante emisión de obligaciones en las que se dispuso que no había prelación), entonces A pierde antigüedad y se perjudica frente a B y C.

- Si C se equipara a A (por ser ambas deudas asumidas mediante emisión de obligaciones en las que se dispuso que no había prelación), entonces C gana antigüedad y se beneficia en perjuicio de A, pero no respecto a B según el último párrafo que tenía el artículo 309 de la LGS, que disponía que en ese caso de acreencias distintas a obligaciones rige la ley de la materia, o sea, que primaría la regla de la preferencia por antigüedad. Así, esta regla de la LGS solo resultaba aplicable si entre emisión y emisión no hubiese otras acreencias distintas a dichas emisiones de obligaciones, lo que dista de la realidad y constituía una falta de lógica y consistencia.

En la práctica y en el ejemplo antes señalado, y bajo las reglas comunes de preferencia basadas en la antigüedad, el inversionista C adquiere las obligaciones a sabiendas que es el tercero en prioridad respecto a los acreedores A y B, mientras que el inversionista A conoce que es el primero en preferencia por su antigüedad respecto a B y C. Por ello, hasta que no fue modificado este régimen, en el mercado se optó por señalar en cada contrato de emisión que ella tendrá la preferencia según su antigüedad y según la fecha de cada emisión, lo que evitó discusiones innecesarias de preferencias que la LGS introdujo al distinguir entre deudas provenientes de emisiones de obligaciones y deudas distintas a dichas emisiones, lo que no tenía sustento lógico.

De no hacerlo se corría el riesgo que, además de los conflictos ya señalados, la existencia de una dificultad en la determinación de las preferencias respecto a las emisiones hechas antes de la LGS sobre las que podría sostenerse que la nueva regla de preferencia era de aplicación por ser la vigente en el momento del concurso de acreedores y fecha de establecimiento de tales preferencias, a lo que válidamente podría contradecirse señalando que la ley aplicable debe ser más bien la vigente en oportunidad de su emisión, la que no puede ser variada en forma retroactiva, posición que está además

[3] Ley General de Sociedades
Texto original:
«Artículo 309:- Régimen de prelación
No existe prelación entre las distintas emisiones o series de obligaciones de una misma sociedad en razón de su fecha de emisión o colocación, salvo que ello sea expresamente pactado a favor de alguna emisión o serie en particular. Si se conviene un orden más favorable para una emisión o serie de obligaciones, será necesario que las asambleas de las obligaciones de las emisiones o series precedentes presten su consentimiento.
Lo dispuesto en el párrafo anterior no afecta el derecho preferente de que goza cada emisión o cada serie con relación a sus propias garantías.
Los derechos de los obligacionistas en relación con los demás acreedores sociales se rigen por las normas que determinen su preferencia».

sustentada en lo dispuesto por la séptima disposición transitoria[4] de la misma LGS y la propia Constitución que garantiza la plena validez de los acuerdos contractuales según las leyes vigentes en el momento de ser concertados y que las leyes no pueden modificar los contratos ya formalizados conforme a las leyes vigentes en el momento de perfeccionarlos (artículo 62).[5]

Lamentablemente, la LGS nada señalaba al respecto; por el contrario, bajo un criterio contrario y opuesto al cambio que introduce, en el mismo artículo 309 se dispone: «[…] si se conviene un orden más favorable para una emisión o serie de obligaciones, será necesario que las asambleas de obligacionistas de las emisiones o series *precedentes* presten su consentimiento», olvidándose de los obligacionistas de emisiones o series *posteriores* que se supone que tienen la misma prelación y, además, como ya anotamos antes, contrariamente a lo que disponía, solo exigía el consentimiento de los obligacionistas de emisiones «precedentes» y no de los posteriores como tendría que haber sido evidenciando la prelación por antigüedad en este extremo. Ante ello, cuando en fecha posterior a la LGS se elaboró la Ley de Títulos Valores se rectificó dicho régimen, modificando el artículo 309 de la LGS según la tercera disposición modificatoria de la Ley de Títulos Valores, texto vigente actualmente, que restituye el régimen de prelación por antigüedad de las acreencias, salvando así las contradicciones antes anotadas. El actual texto, señala lo siguiente:

> **Artículo 309.- Régimen de prelación**
>
> La fecha de cada emisión y series de obligaciones de un mismo emisor determinará la prelación entre ellas, salvo que ella sea expresamente pactada en favor de alguna emisión o serie en particular, en cuyo caso será necesario que las asambleas de obligacionistas de las emisiones o series precedentes presten su consentimiento.
>
> Lo dispuesto en el párrafo anterior no afecta el derecho preferente de que goza cada emisión o cada serie con relación a sus propias garantías específicas.
>
> Los derechos de los obligacionistas en relación con los demás acreedores del emisor se rigen por las normas que determinen su preferencia.

De este modo, esta materia de prelación entre las diversas emisiones de obligaciones, y entre acreedores en general de distinto origen y naturaleza, así como la aceptación de una preferente prelación respecto a una determinada emisión de obligaciones, ha quedado regulado con propiedad y ajustado a las reglas comunes que en esta materia tenemos en nuestro ordenamiento legal y también, mayoritariamente, en la legislación comprada, que tiene como base la antigüedad de la acreencia para determinar la prelación. Basado en el conocimiento y mejor información que tiene un acreedor reciente de la situación actual del deudor, respecto a la capacidad de pago y solvencia del deudor en la fecha de decidir tomar las obligaciones emitidas por este, por lo que los acreedores recientes deben estar expuestos al riesgo de contraparte según la situación actual del deudor, de quien tienen pleno y reciente conocimiento, respecto a un acreedor antiguo que también asumió el riesgo de crédito, pero con información de esa época o fecha de endeudamiento del deudor.

Como es fácil apreciar, temas como los que comentamos no son, pues, propios de una LGS, por lo que postulamos que toda la regulación en esta materia de obligaciones que contiene la actual LGS, debería ser trasladada a las leyes especiales que regulan este instrumento de deuda, y a leyes y cuerpos normativos que rigen la prelación de pagos ante la pluralidad de acreedores, como ante el

---

4 Ley General de Sociedades
«Séptima.- Inscripción de actos escriturados con fecha anterior a la dación de la ley
Por excepción las escrituras públicas de modificación del pacto social y del estatuto y, en general, de *emisión de obligaciones*, transformación, fusión, escisión o disolución, o cualquier otro acto societario que hayan sido otorgadas o que correspondan a acuerdos adoptados antes de la vigencia de esta ley, podrán inscribirse en el Registro, aun cuando contengan pactos o se sujeten a formalidades que no se ajusten a lo establecido en esta ley».

5 Constitución Política del Perú
«Artículo 62.- La libertad de contratar *garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato*. Los *términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

concurso por insolvencia que es regida por otras leyes especiales como el Código Civil y la Ley General del Sistema Concursal (Ley n.° 27809), y no mantenerlo en la LGS.

2.2. Acciones y obligaciones al portador

Las obligaciones pueden ser nominativas o al portador (artículos 313, LGS). Esta norma contradice los argumentos esgrimidos para prohibir la emisión de acciones al portador (artículo 51), más aún cuando las obligaciones pueden ser convertibles, o perpetuas y/o estructuradas, en modo tal que en esos casos, las obligaciones resultan muy similares a las acciones, por lo que carece de sustento negar la posibilidad de emitir acciones al portador y permitir que las obligaciones (sean o no convertibles) si puedan ser al portador.

En su lugar, estimamos que debe establecerse como regla (como ya se logró incorporar en la Ley de Títulos Valores, norma que obliga la identificación del tenedor de valores al portador),[6] que en los títulos valores al portador, para ejercitar cualquier derecho derivado de ellos, su titular debe identificarse necesariamente, tipificándose además como delito la práctica denominada prestanombre (interpósita persona o «testaferro»), con lo que los argumentos de orden tributario y de prevención de lavado de activos que se esgrimen respecto al riesgo del uso de los valores al portador carecen de todo sustento y han sido salvadas todas las objeciones que se señalaban contra estos títulos al portador, confundiéndolos con valores anónimos, cuando la mención y clase del título valor como «al portador» se refiere exclusivamente a su forma de transmisión o circulación (que opera sin más formalidad que su simple entrega o tradición), no debiendo ello relevar o liberar de identificarse a quien exija la prestación o derecho que representa cualquier título valor al portador, así como quien demanda judicialmente la ineficacia de un título valor al portador, extraviado o sustraído debe identificarse.

No vemos por qué no debe hacer lo propio quien cobra un dividendo de una acción al portador o pretende participar en una junta de accionistas del tenedor de acciones al portador, tal como lo permitía la LGS anterior o lo permiten otras legislaciones, o quien cobra los intereses de un bono o de cualquier otra obligación al portador, o quien cobra un cheque al portador, debe necesariamente identificarse, con lo que se rompe y elimina el mito de que los títulos valores al portador facilitan la evasión tributaria o fomentan el lavado de activos. De ser así, tampoco debería permitirse la emisión de obligaciones al portador, como la actual LGS sí lo permite, o la emisión de cheques al portador, de CBME y CBMN al portador, que igualmente están permitidos por las leyes nacionales a la fecha.

Temas como este, de las alternativas de emisión de obligaciones en forma nominativa o al portador, no son, pues, materia de la LGS, por lo que este régimen de emisión de estos instrumentos de deuda debe ser tratado en las leyes especiales de la materia, como la LMV y la Ley de Títulos Valores.

2.3. Soporte de las obligaciones

Las obligaciones, según señala el artículo 313 de la LGS, pueden ser representadas por «[…] títulos, certificados, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma que permita la ley», soportes de los cuales ya las leyes de la materia tratan con mejor y mayor claridad y técnica. En efecto, los soportes de los

---

[6] Según el artículo 25 de la Ley de Títulos Valores al portador, es obligatorio que el tenedor que exija algún derecho representado por el título deba identificarse. Esa identificación debe comprender el nombre o denominación social, número de documento oficial de identidad, firma de ser el caso, informaciones que pueden ser consignados en el mismo título o, indistintamente, en documento aparte. Precisa esta ley al respecto que el hecho de que el tenedor de un título al portador consigne esos datos de su identidad en el mismo título valor no conlleva que el título deje de ser al portador ni que dicho tenedor que se identifique señalando sus datos y firma (de ser el caso) en el mismo título valor asuma responsabilidad cambiaria respecto al mismo.
En seguida reproducimos el texto del referido artículo 25 de la Ley de Títulos Valores, que no existía en la anterior Ley, por lo que se generó la errada idea de que los títulos valores al portador o sus tenedores son títulos o tenedores anónimos, lo que no es correcto.
«Artículo 25.- Identificación del último tenedor
El tenedor que exija la prestación representada en un título valor al portador deberá identificarse. El nombre, el número del documento oficial de identidad y la firma de cancelación podrán constar en documento aparte o en el mismo título valor, sin que por ello se altere su naturaleza, ni genere obligación cambiaria derivada del mismo para dicho tenedor».

títulos valores son físicos o tangibles, pudiendo desde ya hace algunos años también utilizarse soportes desmaterializados como las anotaciones en cuenta o soportes electrónicos, como lo señalan con mejor propiedad la LMV en su artículo 80,[7] y la Ley de Títulos Valores en los artículos 1 y 2[8] que los distingue con una adecuada técnica legislativa. Por ello, la disposición contenida en el antes mencionado artículo 313 de la LGS resulta innecesaria y superada por las normas que rigen en modo especial esta materia, pues es por demás evidente que distinguir los soportes que pueden utilizarse para la representación de las obligaciones (u otros valores) en «títulos» y «certificados» no tiene sustento, al no ser los «certificados» un soporte distinto al «título» o soporte físico o de papel.

La Ley de Título Valores, con total precisión, trata sobre estos soportes que todos los valores pueden tener, no solo las obligaciones. Distingue el valor en título, que es el título-valor, del valor que no utiliza un soporte físico o de papel, sino otros soportes o sistemas desmaterializados o no físicos, como la anotación en cuenta, es decir, registros contables, o medios electrónicos que posibilitan prescindir del soporte físico, por lo que se les ha venido en denominar valores «desmaterializados» para distinguirlo de los «materializados», tal como son descritos en el glosario[9] de la Ley de Títulos Valores, haciendo el distingo básicamente en el soporte físico o papel.

---

7 Ley del Mercado de Valores
«Artículo 80.- Forma de Representación. Los valores pueden ser representados por anotaciones en cuenta o por medio de títulos, independientemente que se trate de valores objeto de oferta pública o privada. Cualquiera fuera su forma de representación confieren los mismos derechos y obligaciones a sus titulares».

8 La denominación Ley de Títulos Valores que tiene la Ley n.° 27287 en su elaboración generó nuestra observación al resultar una denominación impropia, pues esta Ley n.° 27287 no solo regula los títulos valores, sino también a los valores desmaterializados, por lo que propusimos que la ley debería denominarse Ley de Valores Negociables o tener una similar denominación, comprendiendo así tanto a los valores en título, como a los valores con anotación en cuenta y a los valores en otros soportes (electrónico) que faculte la ley. Ante ello, el equipo que elaboró el proyecto de esta ley definió por mayoría que se mantenga la denominación anterior de Ley de Títulos Valores, debido a que el encargo que se había recibido era el de proponer una ley de títulos valores y presentar una ley con otra denominación podría generar alguna observación o considerarse un incumplimiento del encargo. Además, se arguyó que la denominación no es lo sustancial, sino es el contenido de la ley lo importante. Ante esa argumentación admitimos que la amplitud de la ley que comprende todos los valores, ya sea que tengan soporte físico (títulos, papel) o soporte distinto (desmaterializados), quede señalado expresamente en la misma ley, lo que quedó plasmado en los dos primeros artículos de esta ley: el artículo 1 que se refiere a los valores en título (títulos valores) y el artículo 2 que se refiere a los valores desmaterializados o con anotación en cuenta. Así, aun cuando por la denominación de la ley parecería que trata solo a determinados valores —los que tienen soporte físico—, no es así. Es una ley que comprende a todos los valores, con y sin soporte físico, como puede apreciarse de dichos numerales que reproducimos en seguida:
Ley de Títulos Valores
«Artículo 1.- Título valor
1.1 Los *valores materializados* que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la *calidad* y los efectos de *Título Valor*, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de título valor.
1.2 Si le faltare alguno de los requisitos formales esenciales que le corresponda, el documento no tendrá carácter de título valor, quedando a salvo los efectos del acto jurídico a los que hubiere dado origen su emisión o transferencia.
Artículo 2.- Valor Representado por Anotación en Cuenta
2.1 Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el artículo 1, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.
2.2 La creación, emisión, transmisión y registro de los valores con representación por anotación en cuenta, así como su transformación a valores en título y viceversa, se rigen por la ley de la materia; y *por la presente Ley, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza*.
2.3 La representación por anotación en cuenta comprende a la totalidad de los valores integrantes de la misma emisión, clase o serie, sea que se traten de nuevos valores o valores existentes, con excepción de los casos que señale la ley de la materia.
2.4 La *forma de representación de valores, sea en título o por anotación en cuenta*, es una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión, susceptible de modificación conforme a ley».

9 Ley de Títulos Valores. Glosario
«15. Valor materializado. El título valor emitido en soporte papel, generándose una inmanencia e identidad entre el derecho patrimonial y dicho soporte». De este modo se asevera que papel (soporte físico) y derecho patrimonial representado son uno solo, por lo que resulta necesaria su tenencia o posesión física para exigir el derecho que representa el título-valor.
«16. Valor desmaterializado. El valor que prescinde del soporte papel y, en su lugar, está representado por anotación en cuenta cuyo registro está a cargo de una Institución de Compensación y Liquidación de valores». Por lo que en este caso deja de denominarse título valor, siendo lo apropiado denominarlo valor desmaterializado (que puede constar en un soporte electrónico u otro que no sea el físico o papel, o «valor con anotación en cuenta», que es el valor que se registra en cuentas bajo los mismos principios del derecho registral, con la necesaria intervención de una institución de compensación y liquidación de valores —ICLV— que actúa como el ente registrador de estos valores que, sin afectar la naturaleza y fines de los títulos valores, confiere inclusive mayor seguridad para el mercado y para los agentes que operan con estos valores.

Por ello, disposiciones como esta (artículo 313, LG), sobre el soporte de las obligaciones, carecen de utilidad y sentido en una ley que regula a las organizaciones societarias, debiendo tratarse este tema en las leyes especiales de la materia, como la LMV y la Ley de Títulos Valores que, por lo demás, ya lo tratan con propiedad y mejor técnica legislativa, conjuntamente con los demás valores, no solo respecto a soportes para las obligaciones, sino para todos los valores, razón por la cual estimamos que este tema debe ser excluido de la LGS.

2.4. Título de ejecución o título ejecutivo de las obligaciones

El mismo numeral (artículo 313, LGS) se refiere a las obligaciones en «títulos o certificados» y a los «cupones correspondientes a sus intereses», señalando que tienen «mérito ejecutivo», mientras que las obligaciones «representadas por medio de anotaciones en cuenta» se rigen por las leyes de la materia. Igualmente, esta disposición ya carece de utilidad y sentido al estar tratado este asunto de la calidad de título ejecutivo de las obligaciones con mayor claridad y mejor técnica, en la LMV y en la Ley de Título Valores. En efecto, la LMV en su artículo 81, modificado por la Ley de Títulos Valores, ya señala que los valores de oferta pública o privada, que representen deuda, constituyen «títulos de ejecución», por lo que no requieren de protesto cuando consten, sea en título o en soporte materializado. Y tratándose de valores con anotaciones en cuenta, la calidad de título de ejecución recae en el certificado de titularidad que expida la institución de compensación y liquidación de valores - ICLV, que también la LMV ya ha determinado con claridad, quedando así plenamente establecido que todos los valores mobiliarios (y no solo las obligaciones de las que trata la LGS), tienen mérito ejecutivo por sí solos sin requerir de la formalidad del protesto para ejercer las acciones cambiarias derivadas de ellos, utilizando el soporte físico (títulos valores) o el certificado que expida la ICLV (valores con anotación en cuenta), según dispone el artículo 216 de la LMV.[10]

Al respecto, según el artículo 688 del CPC, el proceso de ejecución se promueve solo en mérito a *(i) títulos ejecutivos* y a (*ii) títulos de ejecución*. Los documentos a los que la ley les da mérito ejecutivo son títulos ejecutivos (artículo 693,[11] CPC). Por tanto, lo que para la LGS es un *título ejecutivo*, para la LMV es un *título de ejecución*, contradicción que precisamente se genera como consecuencia de tratar la misma materia en diversas normas legales, que es muy frecuente en nuestra legislación, por lo que estimamos que lo correcto es eliminar estas materias que son propias de las leyes especiales como la LMV, la Ley de Títulos Valores y normas procesales (CPC), mas no en la LGS de la que debe ser excluida.

2.5. Registro del prospecto de emisión de obligaciones

Según el artículo 314 de la LGS, en el caso de obligaciones en título o certificado, las informaciones referidas a las garantías específicas, a su valor nominal, fecha de vencimiento, modo y lugar de pago, régimen de intereses y demás condiciones de la emisión o serie pueden constar en forma resumida, siempre que se indique en el mismo título que estas informaciones aparecen completas y detalladas

---

10 Ley del Mercado de Valores
«Artículo 81.- Ejecución de Valores Representativos de Deuda. Los valores mobiliarios representativos de deuda, emitidos por oferta pública o por oferta privada, constituyen títulos valores ejecutivos. Tratándose de valores representados por anotaciones en cuenta, tal condición recae en el certificado a que se refiere el artículo 216».
«Artículo 216.- Certificado. La titularidad para la transmisión y el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por anotaciones en cuenta o de los derechos limitados o gravámenes constituidos sobre ellos pueden ser acreditados con certificado otorgado por la institución de compensación y liquidación de valores.
El certificado a que se refiere el párrafo anterior no confiere más derechos que los que en él se indica. El acto de disposición del certificado es nulo.
Mediante disposiciones de carácter general Conasev regulará la expedición, vigencia y procedimientos aplicables al certificado de que trata el presente artículo».

11 Código Procesal Civil. Títulos ejecutivos
«Artículo 693.- Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:
1. Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, *debidamente protestados* o con la *constancia de la formalidad sustitutoria del protesto* respectiva; o, en su caso, con *prescindencia de dicho protesto* o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
2. La *constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores* en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia».

«[…] en un prospecto que se deposita en el Registro y en la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores […]», antes de poner las obligaciones en circulación. Por otro lado, según el artículo 434 de la LGS, «[…] El depósito del prospecto de emisión de Obligaciones se anota en la Partida de la sociedad emisora».

Estas exigencias a todas luces ahora resultan, a nuestro juicio, ociosas, obsoletas, y duplican innecesaria e inadecuadamente las informaciones referidas a la publicidad de las condiciones de las emisiones de obligaciones, que ahora se publicitan a través del Registro Público del Mercado de Valores, que opera dentro de la SMV (antes Conasev), por lo que el depósito de los prospectos de emisión de obligaciones en los RR. PP. (Sunarp) que contenía la LGS anterior a la actualmente vigente se explicaba debido a que no existía entonces (1966) el registro público especial de valores que hoy tenemos, en el que todo emisor de valores para su oferta pública debe inscribirlos o registrarlos, por lo que las normas que al respecto contiene la LGS deben ser derogadas y ser excluidas de su texto, por tratarse de asuntos propios de las leyes especiales en materia, como son la LMV y la Ley de Títulos Valores, más aún cuando la LGS no señala cuál es el procedimiento para el depósito de prospectos en RR. PP. - Sunarp.

Según el Código Civil (artículo 2010),[12] toda inscripción en Registros Públicos (Sunarp) requiere de la formalidad de un instrumento público, con lo que se estaría estableciendo una formalidad onerosa, además de innecesaria hoy, cuando la publicidad de estos prospectos y condiciones de las emisiones de obligaciones tienen ya una adecuada regulación en la LMV, y una frondosa y suficiente regulación en las normas emitidas por la SMV (antes Conasev), que ya no disponen ningún registro o inscripción en la partida registral del emisor en la Sunarp. Urge, pues, eliminar esta disposición que ordena depositar el prospecto de emisión de obligaciones que contiene aún vigente la LGS, requisito que, como sabemos, solo se requiere en las emisiones con colocación por oferta pública y en vía de información para el inversionista, que ya se cumple plenamente a través de la inscripción ante el Registro Público de Valores y autorización previa ante la SMV, por lo que, en la práctica, estas disposiciones contenidas en la LGS ya no vienen siendo más observándose, resultando innecesario su mantenimiento en dicha ley que rige y es propia de las organizaciones societarias y no de los instrumentos de deuda que pueden utilizar no solo estas sociedades mercantiles, sino cualquier otra persona jurídica e inclusive persona natural.

2.6. Obligaciones convertibles

Los artículos 315, 316 y 317 de la LGS tratan acerca de las obligaciones convertibles, disponiendo que solo las sociedades anónimas (S. A.) y las sociedades en comandita por acciones, pueden emitir «obligaciones convertibles en acciones», conforme a las condiciones previstas en la escritura pública. Estas disposiciones nos generan serios reparos por sus evidentes contradicciones y total desactualización.

Así, no tiene consistencia que admitiéndose la convertibilidad de las obligaciones no pueda tal capitalización de deuda ser posible solo con emisión de acciones de una S. A. o de una SeCpA, esto es, solo a cambio de acciones y no, por ejemplo, a cambio de participaciones, cuando la deuda a través de obligaciones puede ser asumida por cualquier otra modalidad societaria o persona jurídica en general cuyo capital no esté representado por acciones, no solo por deudores emisores de acciones, como se restringe en los artículos antes señalados.

En efecto, tal limitación era explicable cuando la LGS anterior a la vigente permitía emitir obligaciones solo a las S. A., mas no ahora cuando la emisión de obligaciones no es más facultad o exclusividad de las S. A.

---

12 Código Civil
«Artículo 2010.- Título que da mérito a la inscripción
La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria».

2.7. Limitación de los gastos del sindicato de obligacionistas

Según el artículo 319 de la LGS, los «gastos normales» del sindicato de obligacionistas, corren a cargo de la «sociedad emisora» y no deben exceder del «2 % de los intereses anuales» devengados por las «obligaciones emitidas», salvo pacto distinto.

Resulta, pues, por demás extraño e inapropiado que una ley que regula las organizaciones societarias regule asuntos totalmente extraños a lo que debe ser su contenido. Más aún, haciendo referencias a la naturaleza de gastos que no son posibles siquiera de entender, como es la referencia a «gastos normales», cuya determinación no es nada clara ni existen elementos para calificarlos como tales y distinguirlos de los gastos extraordinarios o «no normales», ni se señala quién asume estos últimos.

También resulta carente de sustento fijar límites a los gastos que pueda generar el sindicato de obligacionistas que sean de cargo del emisor si este fuese una «sociedad» (sin señalar el caso de emisores que no sean sociedades), fijando tal límite en 2 % de los «intereses anuales» devengados por las obligaciones emitidas, no es concordante con la libertad de determinar costos y precios ni con la naturaleza de ciertas obligaciones que no generan intereses, sino otras formas de ganancia de capital. Tal es el caso de obligaciones que se coloquen bajo la par, o devenguen otra clase de ganancias o ajustes de capital con índices diversos sin devengar «intereses». Según su tenor, parecería también que estas disposiciones de la LGS solo rigen para emisores que sean sociedades y las obligaciones generen solo intereses, dejando en el limbo a los demás emisores no societarios y otras forma de rentabilidad de las obligaciones, lo que no se condice con la realidad.

Estas son, pues, otras normas que contravienen las disposiciones que ya contiene la ley de la materia (LMV), reglamentada por diversas disposiciones de la SMV, por lo que deben ser excluidas de la LGS.

2.8. Representante de obligacionistas

La LGS (artículo 306) no señala que el representante de obligacionistas sea persona no vinculada al emisor, por lo que podría sostenerse la derogatoria tácita del artículo 87 de la LMV, que sí establece tal prohibición.

Si se considera que no ha operado tal derogatoria expresa en aplicación el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, tendríamos que concluir que la limitación que contiene la LMV solo opera para las obligaciones que sean objeto de oferta pública, mientras que en las ofertas privadas bien podría actuar como representante de los obligacionistas una persona vinculada al emisor, lo que constituye un trato dispar que igualmente debe ser concordada, señalando este régimen en las leyes de la materia, como son la LMV y la Ley de Títulos Valores.

Con relación a este representante de obligacionistas, innecesariamente se repiten sus funciones en el artículo 325 de la LGS cuando ya lo están en el artículo 92 de la LMV, lo que justamente abona en favor de la tesis de la derogatoria tácita antes indicada, pues tendríamos dos normas que regulan la misma materia (artículo I CC). Esta regulación duplicada, lo único que genera es contradicciones y desorientación para el mercado, lo que debe solucionarse mediante la exclusión de esta materia de las obligaciones de la LGS, remitiéndola a las leyes de la materia.

Por otro lado, según la LMV, el representante de obligacionistas se requiere solo si se tratan de emisiones de obligaciones que sean bonos (obligaciones de plazo mayor a un año), mientras que la LGS lo establece para toda emisión de ellas, es decir, inclusive para los instrumentos de corto plazo, contradicción que igualmente debe solucionarse, excluyendo esta materia de la LGS.

2.9. Readquisición de obligaciones por el emisor

Además del rescate (que es la readquisición de obligaciones por el mismo emisor para amortizarlas), el emisor puede readquirirlas, sin amortizarlas, bajo condición de recolocarlas «dentro del término más conveniente». Entre tanto, los derechos que corresponden a esas obligaciones quedan en suspenso y los intereses y demás créditos se extinguen por consolidación (artículo 331, LGS).

Cabe preguntarse al respecto: ¿cuánto tiempo es el que se considera «más conveniente»? Se entiende (que es más conveniente) para el emisor (¿o es para el tomador?). ¿Puede ser este lapso indefinido si se demuestra que ello es lo que más conviene?

Apreciamos, además, que no hay límite para esta recompra; en cambio, para el caso de adquisición de acciones por el propio emisor se ha fijado como tope el 10 % y por un plazo máximo de 2 años (artículo 104.4., LGS), tratamiento con el que no se guarda concordancia, dejándose el plazo y monto de las readquisiciones de las obligaciones a libre determinación del emisor, lo que no creemos que sea lo más conveniente y, en todo caso, debería ser un tema materia de la ley correspondiente que no es, pues, la LGS.

2.10. Emisiones bajo régimen especial

Las emisiones de obligaciones sujetas a régimen especial se rigen por la LGS solo en forma supletoria, como señala el artículo 332 de la LGS. No hay duda de que las emisiones, según la Ley General del Sistema Financiero, se rigen en forma supletoria por la LGS, pero nos preguntamos si las emisiones conforme a la LMV son de régimen especial también, al estimarse que el régimen ordinario sería el previsto en esta LGS. Por lo que ¿tendríamos en materia de emisión de obligaciones a la LGS como ley general, y a la LMV y a la Ley de Títulos Valores como leyes especiales?

Como sabemos, la LMV hace frecuentes remisiones a la LGS, por lo que de haber diferencias entre LGS y LMV (y las hay varias no solo en los casos antes señalados), la pregunta es: ¿cuál o qué ley primará en materia de emisión de obligaciones?, que es el tema de nuestro interés. Dudas e interrogantes para las que no encontramos solución, proponiendo por nuestra parte excluir de la LGS todas las regulaciones que contiene en materia de emisión de obligaciones, por no ser la LGS la norma apropiada para regularlas.

3. REFLEXIÓN FINAL

Estas son algunas de las preocupaciones que nos llevan a proponer que lo más acertado y recomendable es excluir de la LGS esta primera sección del Libro IV de la actual LGS, remitiéndolo a las leyes especiales de la materia en su integridad que son la LMV y la Ley de Títulos Valores, uniformando y reordenando así nuestra legislación en esta importante materia de emisión de obligaciones.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Ley General de Sociedades
- Ley del Mercado de Valores
- Ley de Títulos Valores
- Código Civil
- Código Procesal Civil

LA DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, LOS PROVEEDORES Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

María Elena Medina López[*]

1. INTRODUCCIÓN

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha definido el concepto de buen gobierno corporativo señalando: «El buen gobierno corporativo ayuda además a asegurar que las corporaciones toman en cuenta los intereses de un amplio rango de componentes, al igual que para comunidades con las que operan, y que sus Juntas de Administración son responsables con la compañía y los accionistas. Ello ayuda a asegurar que las corporaciones operen para el beneficio de la comunidad»,[1] es decir, el buen gobierno corporativo impacta necesariamente en la comunidad, formando con ello entonces el concepto de empresa responsable.

Los hechos acontecidos en la Galería Nicolini en el año 2017, en donde se evidenciaron situaciones de esclavitud juvenil por parte de empresas informales, nos demostraron que en el siglo XXI este flagelo aún no se había extinguido. El 8 de octubre del 2024, una noticia evidenció que las malas prácticas laborales no solo se encuentran vinculadas al sector informal, sino que también el sector formal demuestra ser afectado por estas prácticas: un grupo de niños fue encontrado en Pachacámac laborando de manera forzada más de 10 horas diarias en una fábrica de abono, esto derivo en una denuncia en la fiscalía por trata de personas.

Las situaciones párrafos anteriores descritas nos demuestran cómo en los últimos años el empresariado formal no ha cumplido su rol de impulsor de buenas prácticas corporativas, y es que a veces pensamos que solo puede cumplir este rol mediante campañas publicitarias, apoyando la intervención directa de este tipo de empresas; sin embargo, estamos teniendo una visión limitada de la solución, no solo se combate con estas medidas, sino que puede ser aún más beneficioso que antes de contratar efectuemos un proceso de conocimiento de nuestras partes vinculadas (proveedores) y de acuerdo a los riesgos que impliquen como es el caso que se encuentre asociado a noticias negativas de trata de personas, entre otros delitos, se recomiende o no contratar a dicha empresa. Este proceso es mucho más responsable que incluso impulsar campañas de responsabilidad corporativa, porque estamos dejando sin fuente económica a empresas formales o informales que tienen prácticas abusivas en contra de nuestra sociedad y que propagan la criminalidad en nuestro país.

El conocimiento de nuestra contraparte es realizado mediante una debida diligencia que nos permite de esta manera impulsar de manera real prácticas corporativas éticas y comprometidas con la sociedad, generando así un buen gobierno corporativo empresarial.

El presente artículo pretende demostrar que si la debida diligencia en el conocimiento de las contrapartes formara parte de una práctica obligatoria regulatoria por parte del sector privado y fuera considerada como un requisito para la creación y desempeño de una persona jurídica, ello sería de vital importancia para la difusión de las buenas prácticas corporativas (buen gobierno corporativo).

---

[*] Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Bancario y de las Instituciones Financieras por la Universidad Complutense de Madrid. Especializada en Corporate Compliance en la Universidad Pacífico, certificada internacionalmente en ACAMS (certificadora internacional en lavado de activos). Docente de pregrado y posgrado en la Universidades Autónoma del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente, es *head compliance* AML y *data protection* en una empresa del sistema financiero.

[1] OCDE. *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, 1999, p. 7.

2. RELACIÓN ENTRE LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

La debida diligencia empresarial relacionada al conocimiento de los proveedores definitivamente nos brinda un marco contextual para el correcto desarrollo del buen gobierno corporativo dentro de una organización, entendiendo que una empresa que practique adecuadamente los principios del buen gobierno corporativo adoptará estándares que permitirá que sus socios comerciales (proveedores) sean adecuados tanto por su reputación (no tener vínculos con delitos de lavado de activos y precedentes) como por su actividad comercial, siendo que ello permitirá que no se acepte a proveedores cuyo accionar impulse la comisión de delitos relacionados a la transgresión de los derechos humanos.

En el contexto del buen gobierno corporativo, la debida diligencia refiere a un conjunto de prácticas y procedimientos que las empresas deben implementar para asegurarse de que están cumpliendo con las leyes, regulaciones y normas éticas relevantes y de que están gestionando sus riesgos de manera efectiva, pero con un enfoque más riguroso y detallado.

Dentro del marco del buen gobierno corporativo, la debida diligencia mejorada busca asegurar que los órganos de gobierno (como el consejo de administración) y la dirección de la empresa:

1) Cumplan con las normativas y leyes: asegurándose de que todas las operaciones y transacciones de la empresa cumplen con las regulaciones locales e internacionales, como las relacionadas con la prevención de lavado de dinero, financiación del terrorismo, sanciones, derechos laborales, y la protección del medio ambiente.

2) Evaluación de riesgos más exhaustiva: implica un análisis más detallado de los riesgos legales, financieros, operativos y reputacionales a los que la empresa se enfrenta, tanto en el contexto de sus operaciones como de sus relaciones con otras empresas o terceros.

3) Transparencia y rendición de cuentas: impone la obligación de una mayor transparencia en la toma de decisiones, así como la implementación de sistemas de control y monitoreo para garantizar que las prácticas empresariales sean éticas y que los accionistas y otras partes interesadas reciban información clara y precisa sobre la gestión de la empresa.

4) Prevención de conflictos de interés: asegurándose de que los procesos de toma de decisiones no se vean afectados por intereses personales de los directores o empleados, y que las relaciones con partes relacionadas sean adecuadamente gestionadas y divulgadas.

5) Responsabilidad social y ética empresarial: promueve la integración de prácticas sostenibles y éticas en todas las actividades de la empresa, fomentando la responsabilidad social corporativa, la integridad y el respeto por los derechos humanos.

6) Prevención de fraudes y delitos financieros: el proceso de debida diligencia mejorada también debe implicar medidas para evitar fraudes, manipulaciones o cualquier tipo de delito financiero, como la falsificación de documentos o la malversación de fondos.

Según todo lo expuesto la debida diligencia en el buen gobierno corporativo implica un enfoque más riguroso y sistemático para identificar, evaluar y mitigar riesgos, asegurando de esta manera que la empresa opere de manera ética y cumpla con todas las normativas aplicables, protegiendo adecuadamente sus intereses y los de sus accionistas, empleados y demás partes interesadas.

Se debe de considerar a la debida diligencia empresarial como una herramienta indispensable para el desarrollo de las prácticas de buen gobierno corporativo de toda empresa.

3. CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL

Los primeros pasos hacia un empresariado responsable se dieron en los años noventa cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la OCDE), que ha jugado un papel clave en el desarrollo de marcos normativos y directrices internacionales para promover políticas empresariales responsables, se centró en definir el concepto de buenas prácticas empresariales, ello direccionado al respeto de a los derechos humanos, la gestión ambiental y la lucha contra la corrupción; sin embargo, esta iniciativa quedó en una definición conceptual, ya que no se enmarco en la posibilidad de sancionar a las empresas que no cumplen lo dispuesto en dicha directriz. Es por esta razón que en muchos países con normativas débiles se continuaba operando sin tomar en cuenta estos estándares, el concepto de debida diligencia corporativa no fue desarrollado en esta primera etapa.

La consolidación de la responsabilidad social corporativa y el concepto de debida diligencia fue en el año 2010, cuando se publicó la ISO 26000 *Guía de responsabilidad social*, la misma que define a la debida diligencia como el «proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económico de las decisiones y actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida de un proceso, con el objetivo de evitar y mitigar dichos impactos negativos»,[2] es decir, la define como el proceso que nos permite identificar la posibilidad de riesgos de carácter social y con ello mitigar estos de manera preventiva. Este concepto fue de vital importancia para que organismos como la OCDE tengan mucho más claro el panorama y puedan madurar la importancia de una debida diligencia como herramienta de vital relevancia para llegar a una empresa corporativamente responsable.

La OCDE en el año 2011 publico la *Guía de debida diligencia para la responsabilidad corporativa en la cadenas de suministro*, siendo este uno de los documentos claves que desarrolló para abordar riesgos sociales, ambientales y de derechos humanos en las cadenas de suministro de una empresa (proveedores) desde el punto de la debida diligencia enfocada en las contrapartes o proveedores, asimismo la ONU publicó el documento *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos,* siendo que en dicho documento enfatiza el rol que debe de cumplir o exigir a las empresas en identificar debidamente los riesgos relacionados a derechos humanos que pueda existir en su organización: «Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos».[3]

Este enfoque es vital, puesto que no solo toma la responsabilidad de las empresas en la realización de una debida diligencia, sino que direcciona al Estado como brazo de apoyo para una adecuada identificación de los riesgos que podría tener una empresa en materia de derechos humanos.

El documento de la ONU va un paso más, puesto que indica la necesidad de establecer una debida diligencia enfocada exclusivamente en materia de derechos humanos: «Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas».[4]

Siguiendo la línea de avance del diseño de esta figura, fue en el año 2016 que se publicó el documento *Guía de debida diligencia para la cadena de suministro en minerales*, enfocado en la extracción y comercio de minerales, un sector especialmente vulnerable a la explotación laboral y el daño ambiental

---

2 ISO 26000:2010 *Guía de responsabilidad social*. https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es

3 ONU. *Principios rectores sobre empresas y derechos humanos*. 2011, p. 12.

4 *Idem*, p. 25

según múltiples estudios realizados es por ello que establece los pasos que debe de seguir una empresa minera para la realización de una debida diligencia:

- Establecer sistemas fuertes de gestión empresarial.
- Identificar y evaluar los riesgos en la cadena de suministro.
- Diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados.
- Llevar a cabo una auditoría independiente a cargo de terceros para la debida diligencia de las cadenas de suministros en los puntos determinados de la cadena de suministro.
- Informar sobre la debida diligencia de la cadena de suministro.[5]

Estos cinco puntos si bien se enfocan en un solo tipo de rubro de empresa (minera) también es de aplicación a otros rubros, de hecho, estos principios han sido adoptados por empresas con distintos tipos de actividad económica. Asimismo, estos pasos tienen como objetivo asegurar que las empresas actúen de manera ética y responsable ya que establece: la existencia de una política de debida diligencia, cuyo enfoque central será respetar los derechos humanos; el desarrollo de una evaluación de riesgos en la cadena de suministros (proveedores), identificando de esta manera los posibles riesgos de abuso de derecho, lavado de activos, entre otros, adoptando medidas correctivas con los proveedores para establecer medidas que mitiguen las consecuencias negativas así como la implementación de mecanismos que aseguren una correcta debida diligencia.

Los esfuerzos de ONU y de la OCDE se complementaron la directrices por parte del Grupo de Acción Financiera, GAFI, acerca de la debida diligencia en materia de lavado de activos delito que se encuentra relacionado de manera indirecta con la afectación que pueden realizar las empresas del sistema financiero en materia de derechos humanos, es así que establece en su Recomendación 10, la debida diligencia aplicada a los clientes, desarrollando en que situaciones se debe de considerar realizar así como los puntos que debe de considerar toda empresa del sistema financiero para efectuarla:

> Las medidas de DDC (debida diligencia del cliente) a tomar son las siguientes:
>
> (a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes.
>
> (b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente.
>
> (c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial.
>
> (d) Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos.[6]

Como se puede leer de los párrafos anteriores, la debida diligencia unida a un concepto claro de buen gobierno corporativo se ha estado gestando desde hace muchos años, si bien no de manera clara

---

5 *Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo*, 2016, pp. 17-19.

6 *40 Recomendaciones de GAFI*. Recomendación 10, https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/416-fatf-recomendacion-10-debida-diligencia-del-cliente

(al inicio) luego se observó la necesidad de darle consistencia y una dinámica definida a dicho concepto, el Perú no ha sido indiferente a estos cambios y acercamientos a un empresariado más responsable, por ello veremos como nuestra normativa nacional ha ido progresando direccionado siempre a estos estándares internacionales.

4. CONTEXTO NACIONAL DE LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL

En nuestro contexto nacional se han desarrollado normas que se han centrado en dar a conocer el proceso de debida diligencia no solo a clientes, sino también a los proveedores, todo ello direccionado a empresas formales en su mayoría supervisadas por organismos como SBS o SMV, es decir, enfocados en la gran empresa, es así que al respecto tenemos las siguientes normativas nacionales que mencionan o refieren al debido conocimiento que toda empresa debe de tener a los proveedores:

RESOLUCIÓN SBS N.° 2660-2015, REGLAMENTO DE GESTIÓN DE RIESGOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Normativa que se direcciona a las empresas del sistema financieros y que establece el proceso de conocimiento de proveedores como parte de la debida diligencia que debe de efectuar este tipo de empresas de manera obligatoria:

> **Artículo 36.- Conocimiento de proveedores**[7]
>
> Las empresas deben desarrollar procedimientos de debida diligencia durante la selección de los proveedores, considerando en dicha categoría a las empresas con las que se contrata la prestación de bienes o servicios que se encuentran relacionados directamente con el desarrollo de la actividad por la cual son objeto de supervisión y/o regulación por parte de la Superintendencia. Para cumplir con dicho procedimiento, las empresas deben requerir y verificar la siguiente información como mínimo:
>
> a) Nombres y apellidos completos o denominación o razón social, en caso se trate de una persona jurídica.
>
> b) Registro Único de Contribuyentes (RUC), o registro equivalente para no domiciliados, de ser el caso.
>
> c) Tipo y número de documento de identidad, en caso se trate de una persona natural.
>
> d) Dirección de la oficina o local principal.
>
> e) Años de experiencia en el mercado.
>
> f) Rubros en los que el proveedor brinda sus productos o servicios.
>
> g) Identificación de los accionistas, socios o asociados que tengan directa o indirectamente más del 25 % del capital social, aporte o participación de la persona jurídica, y el nombre del representante legal, considerando la información requerida para las personas naturales.
>
> h) Declaración jurada de no contar con antecedentes penales del proveedor, de ser el caso.
>
> Las empresas deben:
>
> a) Al momento de selección de los proveedores y con posterioridad a la vinculación entre las partes, deben verificar las listas señaladas en el Anexo n.° 1, a fin de determinar si se encuentra o no comprendido en ellas.

[7] Superintendencia de Banca Seguros y AFP, Resolución SBS n.° 2660-2015.

> b) Actualizar la información de forma periódica; el plazo de actualización no puede ser mayor a los dos (2) años. En caso no se haya modificado la información, deberá dejarse constancia de ello.
>
> c) Evaluar los casos en los que, teniendo en consideración el sector donde desarrollen sus actividades económicas, es conveniente incluir en los contratos con los proveedores la obligación de cumplir con las normas de prevención del LA/FT, así como aspectos relacionados al deber de reserva de la información a la que tienen acceso.
>
> d) Elaborar señales de alerta relacionadas a los proveedores, así como los procedimientos que se deben seguir una vez que estas se activen.

El artículo expuesto resultó de importancia significativa, ya que consideró herramientas importantes para el conocimiento de los proveedores como es el caso de la actualización de la información sus datos, identificación mediante el contraste en listas negativas del proveedor con la finalidad de conocer si se encuentra asociado a algún delito de lavado de activos o precedentes al mismo y conocer a sus beneficiario finales

Toda esta información recogida y analizada por la entidad financiera servirá de sustento para recomendar o no mantener una relación comercial con el proveedor, este proceso descrito es obligatorio y es auditado por SBS.

Así, también, no solo la SBS ha colocado criterios para la aplicación de una debida diligencia a proveedores o contrapartes, la SMV también ha indicado lo mismo en el Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS que también ha definido el concepto de debida diligencia también considera estos criterios mediante los siguientes artículos:

DECRETO SUPREMO N.° 002-2019-JUS

> **Artículo 5.- Definiciones**
>
> […]
>
> 8. Debida diligencia: proceso a través del cual la persona jurídica identifica y evalúa con detalle la naturaleza y el alcance de los riesgos de delitos en el marco de su actividad, la cual permite la toma de decisiones informadas, con la finalidad de prevenir o mitigar el riesgo de la comisión de delitos, en el ámbito de las transacciones comerciales, proyectos, actividades, socios comerciales y personal considerado dentro de estas categorías.
>
> […]
>
> 24. Socios comerciales: aquellas personas naturales o jurídicas vinculadas a la persona jurídica por un interés económico o comercial recíproco, que incluyen, pero no se limita a los clientes, socios de operaciones conjuntas (*joint venture*), consorcios o cualquier otra forma asociativa empresarial, proveedores, contratistas, subcontratistas, agentes, distribuidores, intermediarios e inversores.
>
> **Artículo 25.- Debida Diligencia**
>
> La persona jurídica implementa un procedimiento de debida diligencia, como un control especifico adicional, a otros ya implementados, sobre operaciones, proyectos, actividades, socios comerciales o incluso el personal, a fin de evaluar con mayor profundidad, el alcance, la escala y la naturaleza de los riesgos inherentes o residuales identificados como parte del proceso de evaluación. Esta permite contar con un control de prevención y detección de riesgos de delitos en la toma de decisiones sobre la conveniencia de posponer, continuar suspender o revisar las operaciones, proyectos, actividades, las relaciones con los socios comerciales o el personal.[8]

[8] Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, Ministerio de Justicia.

El Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, que enmarca el sistema de prevención de delitos, refiere no solo al proceso de debida diligencia como un proceso aplicado a sus socios comerciales, que según las normas este concepto abarca también a sus proveedores como refiere se refiere en el artículo 5. Ahora si bien no se detalla como realizar este proceso de debida diligencia para sus partes asociados, es importante la mención que se hace en la norma; sin embargo, la falta de obligatoriedad en implementar un sistema de prevención de delitos no refuerza la idea o la necesidad de efectuar una debida diligencia para proveedores, en las grandes empresas no pertenecientes al sistema financiero.

No solo la regulación nacional ha definido o ha mencionado criterios relacionados a la debida diligencia de proveedores, también las ISO han referido a dicho procesos, siendo que el más cercano por el riesgo que desea mitigar (relacionado a corrupción) es la ISO 37001, que vamos a referir en las siguientes líneas:

ISO 37001

> **Anexo 10.1**
>
> El objetivo de realizar la debida diligencia sobre determinadas operaciones, proyectos, actividades, socios de negocios, o el personal de una organización es evaluar con mayor profundidad, el alcance, la escala y la naturaleza de más que un riesgo bajo de soborno identificado como parte de la evaluación de riesgos de la organización […].
>
> **Anexo 10**
>
> […]
>
> 3c) los procedimientos de debida diligencia implementados por la organización a sus socios de negocios deberían ser consistentes con los niveles de riesgo de soborno similares (un alto riesgo de soborno de socios de negocios en lugares o mercados en los que existe un alto riesgo de soborno es probable que requiera un nivel significativamente mayor de la debida diligencia, que la de menores riesgos de soborno de socios de negocios en lugares o mercados de bajo riesgo de soborno).[9]

La ISO 37001, Sistema Gestión Antisoborno, señala la necesidad de realizar una debida diligencia para proveedores o llamados por la normativa como socios comerciales, todo ello relacionado al sistema todo ello en el marco de gestión de riesgos relacionados al soborno, corrupción pública privada, que podrían relacionarse con otros delitos, como es el caso de la trata de personas de manera indirecta.

Como hemos podido revisar, nuestra normativa nacional obligatoria se centra en la Resolución SBS n.° 2660-2015 que señala que las empresas del sistema financiero deberán de realizar una debida diligencia a sus proveedores. Asimismo, esta misma normativa detalla la forma o los pasos que se deberá de seguir para efectuarla, se enfoca en la prevención de la comisión del delito de lavado de activos, que si bien se relaciona de manera indirecta con otros delitos no resulta siendo eficiente para el buen gobierno corporativo que solo se aplique a empresas del sistema financiero. El Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS y la ISO 37001 son grandes pasos para llegar a tener una debida diligencia a proveedores mediante los sistemas de prevención o el sistema de gestión; sin embargo, no son de carácter obligatorio, esto último resulta siendo el problema o el obstáculo que puede acercar a que la mayoría de empresas peruanas sin importar el rubro o la actividad económica puedan aplicarla a sus socios comerciales (proveedores) con la finalidad de quitar dinamismo a empresas que cometen diversos delitos asociados a la transgresión de los derechos humanos.

Pero qué tan importante resultará siendo el impacto de las debidas diligencias de proveedores para impulsar buenas prácticas corporativas que ayuden a la sociedad a combatir la criminalidad y que

[9] ISO 37001:2016 «Sistema de Gestión Antisoborno».

esto al mismo tiempo impulse el sentido el buen gobierno corporativo a continuación vamos a citar algunos casos que demuestran la necesidad de volverlo obligatorio.

6. EL EMPRESARIADO PERUANO Y LA NEGLIGENCIA EMPRESARIAL

Como bien conocemos, nuestro empresariado peruano está conformado en su mayoría por las mypes, siendo que hasta el 2024 el 86,3 % de estas es informal esto según un estudio efectuado por Comex Perú (Sociedad de Comercio Exterior del Perú),[10] este indicador resulta siendo preocupante sobre todo conociendo que muchas de las empresas formales tienen como parte de su cadena de suministro a una mype que está en vías de regularización, y que no se ha tomado la más mínima diligencia en conocer si se encuentra asociada a la comisión de algún delito precedente a lavado de activos o que transgrede los derechos humanos.

Los casos de trata de personas por explotación laboral son recientes, a pesar de que tenemos casos emblemáticos como es el caso de la Galería Nicolini (en Las Malvinas); sin embargo, aún persistimos con este flagelo, el Gobierno el año 2023 públicó una noticia alarmante solo en ese año se habían atendido más de 70 casos de casos de explotación laboral infantil.[11]

El año 2024, las noticias nos mostraban cómo menores fueron rescatados de la explotación laboral infantil en una fábrica de abonos.[12] Resulta alarmante, ya que forma parte de una cadena de suministros de una gran empresa, impulsando de esta forma indirecta la mala práctica establecida en la ejecución de su actividad económica.

7. LA DEBIDA DILIGENCIA DE PROVEEDORES

El párrafo anterior demuestra cómo la falta de realizar una debida diligencia a proveedores impulsa a que empresas informales con malas prácticas sobrevivan y puedan realizar actividad económica. Es por ello la necesidad de efectuar una debida diligencia a la cadena de suministro, la misma que debe de ser documentada.

Según nuestro marco nacional, y de acuerdo a las mejores prácticas de buen gobierno corporativo, la debida diligencia de los proveedores debe de ser efectuada al inicio de la relación comercial, es decir, cuando aún es prospecto de cliente, de manera que el riesgo inherente del futuro proveedor no impacte a la empresa, es por esta razón que se han definido lineamientos en común que usualmente son considerados en las empresas:

- Etapa de selección: es la primera etapa en la que se empieza con la convocatoria de proveedores, y en donde se escoge al proveedor acorde a su historial de actividad comercial o de servicios, al precio y a otros factores que se consideren pertinentes y que hayan sido aprobados. Es pertinente comentar que en algunas empresas esta primera etapa también podría realizarse un primer filtro con la finalidad de conocer si es que el prospecto de proveedor tiene alguna coincidencia negativa relacionada al delito de lavado de activos.

- Etapa de evaluación: es en esta etapa en donde el análisis del prospecto del cliente debe ser diferencias:

---

10 https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2024-08-08/el-863-de-las-mype-es-informal-segun-un-estudio-de-comexperu, 2024.

11 https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/776621-fiscalia-de-trata-de-personas-atiende-mas-de-70-casos-de-explotacion-laboral-infantil-en-el-ultimo-ano

12 https://www.infobae.com/peru/2024/10/08/explotacion-infantil-en-pachacamac-rescatan-a-ninos-que-eran-forzados-a-trabajar-en-una-fabrica-de-abonos/

1) Persona natural, conocer si:

- Es un cliente PEP (persona expuesta políticamente) por estar ocupando un cargo en el gobierno o si se encuentra vinculado a un PEP, ya sea por tener un vínculo por consanguinidad (padre, madre o hijo) o por afinidad (familiares de su cónyuge).
- Se encuentra relacionado con noticias negativas referentes al delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.
- Realiza la actividad económica por la que será contratado.
- Tiempo en el que ejerce dicha actividad económica.
- Trabaja con otras empresas relacionadas al servicio que se va a contratar.
- Validar si la persona natural se encuentra asociado a alguna sanción.
- Validar si los costos por los que es contratado van acorde al mercado.

2) Persona jurídica, conocer:

- A los accionistas de la empresa.
- Si fuera una estructura societaria compleja, conocer a su beneficiario final.
- Siempre se debe de conocer al beneficiario final.
- Efectuar filtros para conocer si la persona jurídica, sus accionistas y beneficiario final se encuentran relacionados a noticias negativas relacionadas a lavado de activos.
- Si se encuentra relacionada la persona jurídica, sus accionistas, beneficiario final se encuentra relacionado a sanciones.
- Si realiza la actividad económica por la que es contratado.
- Si tiene historial de prestar los servicios por los que es contratado.
- Validar si los costos por los que es contratado van acordes al mercado.

Adicionalmente, se aconseja revisar listas como:[13]

- Lista de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC, por sus siglas en inglés)
- Lista de terroristas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
- Lista de terroristas de la Unión Europea

[13] Vista de «*Third parties compliance* medidas de asepsia para prevenir delitos en la gestión de la cadena de suministro». En *Revista de Derecho Corporativo - ESAN*, 2024.

- Listas relacionadas con el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva: listas emitidas por el Consejo de Seguridad de la ONU

- Lista de países y territorios no cooperantes

- Listado de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otras.

- Etapa de monitoreo: una vez realizada la debida diligencia de proveedores y obteniendo recomendación afirmativa se empezará con el monitoreo de los proveedores que se encuentren vinculados comercialmente con la empresa, los criterios para la realización del mismo son:

    - Conocer si hay alguna actualización de la información interna de los proveedores.

    - Actualizar el filtrado realizado a los proveedores para conocer si ahora registran información negativa relacionada a lavado de activos y de sus delitos precedentes.

Las directrices arriba mencionadas forman parte, en su mayoría, de los procesos de debida diligencia que realizan las empresas pero, a excepción de las empresas del sistema financiero, de forma no obligatoria, lo que sin lugar a dudas no ayuda a impulsar las buenas prácticas corporativas.

La efectividad de la debida diligencia de la cadena de suministro no solo se basa en los principios rectores básicos expuestos párrafos anteriores, sino que actualmente en otras regulaciones es llevada por una debida diligencia enfocada en los derechos humanos, siendo esta particularidad la que debiera ser aceptada de manera obligatoria por la regulación local, teniendo así el buen gobierno corporativo un brazo de apoyo.

8. LA DEBIDA DILIGENCIA EN LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PROVEEDORES

En los últimos años, el concepto de debida diligencia enfocada en los derechos humanos ha cobrado una relevancia creciente, ya que las empresas se enfrentan a presiones por parte de la sociedad civil, los gobiernos y diversas partes interesadas para que asuman una mayor responsabilidad por los efectos sociales y ambientales de sus acciones, por trascender la esfera ética, incorporando también aspectos legales, reputacionales y económicos.

La debida diligencia en materia de derechos humanos se fundamenta en el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y en diversas normativas internacionales que buscan garantizar el respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial. Existen varios marcos regulatorios esenciales que guían este proceso, entre los cuales destacan los siguientes:

1) Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011): adoptados por la ONU, son fundamentales para fomentar la debida diligencia. Establecen que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica la responsabilidad de evitar que sus actividades afecten negativamente estos derechos a lo largo de sus cadenas de suministro.

2) La Directiva Europea sobre Debida Diligencia (2022): la Unión Europea ha comenzado a implementar regulaciones más estrictas que refuerzan las obligaciones empresariales en materia de derechos humanos. Esta directiva exige a las empresas realizar evaluaciones de riesgos relacionadas con los derechos humanos y adoptar medidas para prevenir efectos adversos en su cadena de suministro.

3) Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU (2015): en particular, el ODS 8 (Trabajo decente y crecimiento económico) y el ODS 16 (Paz, justicia e instituciones sólidas) fomentan prácticas empresariales responsables que garantizan el respeto por los derechos humanos en todas las actividades económicas.

Si aplicáramos la debida diligencia en materia de derechos humanos a los proveedores, se diría que es un proceso mediante el cual las empresas se esfuerzan por identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones a los derechos humanos que puedan surgir en las actividades de sus proveedores, contratistas y demás participantes en su cadena de suministro.

Para cumplir con sus responsabilidades en este ámbito, las empresas deben seguir algunos lineamientos generales y establecidos comúnmente:

1) Evaluación de riesgos: es fundamental que las empresas realicen un análisis exhaustivo para reconocer y comprender los posibles riesgos de violaciones a los derechos humanos presentes en su cadena de suministro. Esto implica examinar si los proveedores operan en contextos de alto riesgo, como países con prácticas laborales deficientes, inseguridad, discriminación o explotación.

2) Políticas y compromisos: las empresas deben establecer políticas claras que manifiesten su compromiso con los derechos humanos. Dichas políticas deben ser comunicadas a los proveedores y, en ciertos casos, exigirles que también se adhieran a estos principios. Es esencial que estas políticas estén alineadas con los estándares internacionales y nacionales sobre derechos humanos.

3) Implementación de acciones: una vez identificados los riesgos, las empresas deben implementar medidas para prevenir, reducir o rectificar los impactos negativos. Esto puede incluir la adopción de buenas prácticas laborales, la promoción de condiciones de trabajo justas, la eliminación de la explotación infantil o laboral, y la creación de mecanismos efectivos para resolver conflictos.

4) Monitoreo y seguimiento: las empresas deben llevar a cabo un monitoreo constante para asegurar que no se vulneren los derechos humanos en su cadena de suministro. Esto puede implicar auditorías, inspecciones y revisiones periódicas de los proveedores para verificar el cumplimiento de los estándares en derechos humanos. Este proceso debe ser transparente e incluir la participación de las partes interesadas.

5) Remediación: en caso de que se identifiquen violaciones a los derechos humanos, la empresa tiene la responsabilidad de adoptar medidas correctivas y de remediación. Esto puede incluir la terminación de relaciones con proveedores que no cumplan con los estándares o la implementación de programas de atención para las víctimas de tales violaciones.

6) Transparencia y divulgación: las empresas deben garantizar la transparencia en sus iniciativas para asegurar el respeto a los derechos humanos en su cadena de suministro. Esto abarca la publicación de informes sobre las acciones realizadas, los resultados obtenidos y los desafíos enfrentados. La divulgación de esta información contribuye a generar confianza entre los consumidores y otras partes interesadas.

Adicionalmente, es importante rescatar que los lineamientos párrafos anteriores indicados no serían consistentes si es que no se implementan indicadores que permitan evaluar la eficacia de la implementación de las acciones (controles) por ello establecer indicadores confiables resulta siendo necesario:

> Supervisar y evaluar con indicadores de rendimiento.- El seguimiento y la evaluación continuos son vitales para garantizar la eficacia de las medidas de DDDH. Las empresas deben establecer indicadores clave de rendimiento (KPIs por sus siglas en inglés) para realizar un seguimiento de

> los progresos y llevar a cabo revisiones periódicas para evaluar el impacto de sus esfuerzos. Esto permite realizar los ajustes y mejoras necesarios sobre la marcha. Por ejemplo, una multinacional británica de bienes de consumo realiza un seguimiento de varios KPIs relacionados con los derechos humanos, incluido el porcentaje de proveedores que cumplen los requisitos de su política de abastecimiento responsable y el número de proveedores auditados anualmente.[14]

A pesar de los marcos regulatorios existentes y la buena voluntad de las empresas, la implementación de la debida diligencia en materia de derechos humanos en las relaciones con los proveedores enfrenta diversos desafíos:

1) Falta de transparencia: las cadenas de suministro son a menudo complejas y los proveedores se encuentran dispersos en distintos países con normativas variadas. Esta diversidad dificulta el monitoreo y la evaluación de los riesgos en cada eslabón de la cadena.

2) Desigualdad de poder: las grandes multinacionales suelen tener una posición de mayor poder en comparación con sus proveedores, especialmente cuando estos son pequeñas empresas o están situados en países en desarrollo. Esta disparidad puede obstaculizar la adopción de estándares de derechos humanos y limitar la creación de relaciones colaborativas que fomenten su respeto.

3) Falta de información y recursos: en ocasiones, las empresas no disponen de los recursos ni de la información necesaria para realizar evaluaciones exhaustivas de los riesgos en sus cadenas de suministro. Esto es particularmente evidente en sectores o regiones que no están bajo el escrutinio constante de organismos internacionales.

4) Resistencia de los proveedores: algunos proveedores pueden mostrarse reticentes a cumplir con los estándares de derechos humanos. Esta resistencia puede deberse a la falta de incentivos económicos, la competencia de otros proveedores que no aplican estos principios, o simplemente a un desconocimiento sobre la importancia de los derechos humanos.

A todo lo mencionado debemos de agregar que en el marco regulatorio peruano la debida diligencia como proceso aplicado para las empresas no es obligatorio, excepto para las empresas obligadas, si a ello sumamos que este proceso debe ser enfocado a los proveedores desde la perspectiva de los derechos humanos todo se vuelve más complejo, puesto que nuestra normativa no ha resaltado dicha necesidad, es más ni siquiera existe una difusión acerca de este tipo de debida diligencia que es practicada en otros contextos regulatorios internacionales.

Que existe una poco difusión regulatoria de la debida diligencia en materia de derechos humanos de los proveedores en nuestro país resulta contraproducente a los avances del buen gobierno corporativo, que debiera de ser practicado por todas las empresas peruanas desde la gran empresa hasta las pymes; sin embargo, aun cuando la gran empresa se esfuerza en cumplir con estos lineamientos los esfuerzos quedan cortos ya que si no se concientiza en la necesidad de trabajar con proveedores íntegros que no alientan la comisión de delitos dentro de su estructura corporativa, entonces todo queda en nada.

9. DEBIDA DILIGENCIA DE PROVEEDORES O DEBIDA DILIGENCIA DE DERECHOS HUMANOS ENFOCADO EN LOS PROVEEDORES

De todo lo expuesto en el presente artículo nos queda identificar si resulta eficiente tener un proceso de debida diligencia de proveedores a secas o si es que necesario combinar esta figura jurídica con la aplicación de los derechos humanos.

---

[14] https://www.kroll.com/es-mx/publications/debida-diligencia-en-materia-de-derechos-humanos, 2024.

La debida diligencia a proveedores es una excelente herramienta que permite conocer a tu proveedor y evitar:

- Vinculo comercial con empresas pantalla (empresas creadas para la comisión de un delito).
- Que la fuente de origen de sus ingresos sea de dudosa procedencia.
- Que nos encontremos asociados de manera indirecta al accionar ilícito de la empresa (venta de estupefacientes, corrupción).

Es decir, los delitos que nos ayuda a mitigar son aquellos que se encuentran relacionados al delito de lavado de activos y sus delitos precedentes, siendo esto un apoyo para la práctica del buen gobierno corporativo, hay que comentar que es indispensable que la debida diligencia de proveedores debe de ser obligatoriamente practicada por las empresas peruanas.

Ahora bien, si una debida diligencia a proveedores es eficiente para la práctica del buen gobierno corporativo en definitiva lo es más aquella que se encuentra enfocada en la identificación de riesgos que puedan transgredir los derechos humanos, es decir, una debida diligencia de derechos humanos aplicada a los proveedores porque sin lugar a dudas como se ha explicado en este texto ello induciría a que las grandes empresas solo trabajen con proveedores con responsabilidad social corporativa alentando entonces el desarrollo del buen gobierno corporativo para la pequeña empresa.

La adecuada implementación de la debida diligencia en derechos humanos no solo genera un impacto positivo en las comunidades y los trabajadores, sino que también ofrece importantes beneficios a las empresas:

1. Mejora de la imagen: las empresas que demuestran un auténtico compromiso con los derechos humanos pueden consolidar su reputación ante consumidores, inversionistas y organismos reguladores.

2. Cumplimiento de normativas: respetar las regulaciones en materia de derechos humanos permite a las empresas evitar sanciones legales y demandas por violaciones.

3. Acceso a nuevos mercados: aquellas empresas que respetan los derechos humanos a menudo cuentan con mayores posibilidades de ingresar a mercados internacionales, especialmente en aquellos que exigen que las cadenas de suministro cumplan con estándares específicos de sostenibilidad y derechos humanos.

4. Fortalecimiento de relaciones con proveedores: al trabajar en conjunto con los proveedores para mejorar sus condiciones laborales y operativas, las empresas pueden establecer vínculos más sostenibles y colaborativos, lo que resulta beneficioso a largo plazo.

La debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de los proveedores es una responsabilidad ética, legal y estratégica para las empresas que operan a nivel global y que impulsa la práctica adecuada del buen gobierno corporativo.

A pesar de los retos que esto conlleva, los beneficios de garantizar el respeto a los derechos humanos a lo largo de la cadena de suministro son claros, tanto para las empresas como para las comunidades y los trabajadores. Adoptar prácticas de debida diligencia no solo protege los derechos fundamentales de las personas, sino que también fortalece la competitividad y sostenibilidad de las empresas en un mundo que pone un enfoque creciente en los desafíos sociales y ambientales.

10. CONCLUSIONES

- La debida diligencia de los proveedores nos brinda un marco contextual para el correcto desarrollo del buen gobierno corporativo dentro de una organización por lo que las empresas adoptarán estándares ideales a favor de la responsabilidad social corporativa, permitiendo cumplir con las leyes, regulaciones y normas éticas relevantes.

- Los primeros pasos hacia un empresariado responsable se dieron en los años noventa cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la OCDE) que ha jugado un papel clave en el desarrollo de marcos normativos y directrices internacionales para promover políticas empresariales responsables que se centró en definir el concepto de buenas prácticas empresariales ello direccionado al respeto de a los derechos humanos, la gestión ambiental y la lucha contra la corrupción.

- El documento de la ONU va un paso más, puesto que indica la necesidad de establecer una debida diligencia enfocada exclusivamente en materia de derechos humanos.

- El Grupo de Acción Financiera, GAFI, también se enfoca en la debida diligencia de proveedores pero en materia de lavado de activos.

- De acuerdo al contexto nacional la normativa que trata acerca de la debida diligencia de proveedores es la resolución SBS n.° 2660-2015 y el Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, siendo que solo la primera es obligatoria y aplicada exclusivamente a las entidades del sistema financiero.

- Según nuestro marco nacional y de acuerdo a las mejores prácticas de buen gobierno corporativo la debida diligencia de los proveedores debe de ser efectuada al inicio de la relación comercial y las etapas usuales para realizarla son: etapa de selección, etapa de evaluación y etapa de monitoreo.

- La debida diligencia en materia de derechos humanos se fundamenta en el concepto de responsabilidad social corporativa (RSC) y en diversas normativas internacionales que buscan garantizar el respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial.

- Si una debida diligencia a proveedores es eficiente para la práctica del buen gobierno corporativo en definitiva lo es más aquella que se encuentra enfocada en la identificación de riesgos que puedan transgredir los derechos humanos, es decir, una debida diligencia de derechos humanos a los proveedores.

- La adecuada implementación de la debida diligencia en derechos humanos no solo genera un impacto positivo en las comunidades y los trabajadores, sino que también ofrece importantes beneficios a las empresas: mejora de la imagen, cumplimiento de normativas, acceso a nuevos mercados y fortalecimiento de relaciones con proveedores.

- Es de vital importancia que la debida diligencia de derechos humanos enfocada en los proveedores sea obligatoria como lo es en otras legislaciones, ello con la finalidad de generar o impulsar un empresariado consciente y ético que tenga en su cadena de suministro empresas con una estructura societaria sana.

11. BIBLIOGRAFÍA

ONU. Principios rectores sobre empresas y derechos humanos. New York: ONU, 2011.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. 2019.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS Y AFP. Resolución SBS n.° 2660-2015, Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. 2015.

ISO. ISO 37001:2016 Sistema de Gestión Antisoborno. 2016.

ISO. ISO 26000:2010 Guía de Responsabilidad Social. 2010.

OCDE. Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo. París: OCDE, 2016.

GAFI. 40 Recomendaciones de GAFI. París, GAFI, 2001.

FORBES.
https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2024-08-08/el-863-de-las-mype-es-informal-segun-un-estudio-de-comexperu , año 2024.

KROLL.
https://www.kroll.com/es-mx/publications/debida-diligencia-en-materia-de-derechos-humanos, año 2024.

PORTAL DEL GOBIERNO DEL PERÚ. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/776621-fiscalia-de-trata-de-personas-atiende-mas-de-70-casos-de-explotacion-laboral-infantil-en-el-ultimo-ano, año 2024.

INFOBAE.
https://www.infobae.com/peru/2024/10/08/explotacion-infantil-en-pachacamac-rescatan-a-ninos-que-eran-forzados-a-trabajar-en-una-fabrica-de-abonos/. 2024.

MENDOZA VAEZ, Paul. «Third parties compliance. Medidas de asepsia para prevenir delitos en la gestión de la cadena de suministro». En Revista de Derecho Corporativo - ESAN. 2024, https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/790/791

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.
https://www.ilo.org/es/publications/infograf%C3%ADa-debida-diligencia-en-derechos-humanos, 2024.

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos: experiencias y herramientas prácticas en América Latina*. 2021.

LA JUNTA DE ACREEDORES: ANÁLISIS Y ENFOQUES PARA CONOCER AL ACTOR PRINCIPAL DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio [*]
Nathali Rocío Aquino Bullón [**] [****]

1. INTRODUCCIÓN

Un deudor en situación de concurso se encuentra en un escenario en el que tiene recursos limitados y una multiplicidad de acreedores impagos, los cuales, en el marco del derecho común,[1] buscarán ejercitar todas las acciones legales posible para cobrar antes y mejor, con relación al resto de acreedores, generándose de este modo una pugna por la recuperación de créditos mediante actuaciones individuales y desarticuladas que terminarán depredando el escaso patrimonio del deudor para la satisfacción de los créditos de unos pocos acreedores, en perjuicio de la mayoría de acreedores y del propio deudor.

Frente a este escenario real, bajo las «reglas de juego» del derecho común, marcado por acciones individuales de cobro, el derecho concursal busca propiciar soluciones adoptadas de manera colectiva a la situación de crisis patrimonial del deudor.

En ese sentido, la Ley n.° 27809, Ley General del Sistema Concursal (LGSC), prevé que los procedimientos concursales tienen por finalidad la creación de un ambiente idóneo de negociación para que el deudor concursado y sus acreedores puedan arribar a un acuerdo de reestructuración o su salida ordenada del mercado por medio de la liquidación,[2] tendiente al cumplimiento del objetivo de la LGSC, esto es, la recuperación de sus créditos.[3]

La forma de hacer operativa esa finalidad se materializa con la constitución e instalación de la junta de acreedores, órgano máximo de la deliberación concursal, y sobre el que recae las principales decisiones que se adoptarán al interior de los procedimientos concursales.

---

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato al magíster en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la PUCP. Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la PUCP y de Arbitraje Comercial y Arbitraje con el Estado en cursos de posgrado en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Expresidente a la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal del Indecopi.

[**] Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Barcelona. Se ha desempeñado como docente en el curso de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad San Ignacio de Loyola.

[***] La coautora se desempeña como Ejecutivo 1 de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal del Indecopi; sin embargo, las apreciaciones y conclusiones vertidas en este artículo son estrictamente personales, por lo que no suponen opiniones o criterios de la citada autoridad ni de ningún otro órgano funcional del Indecopi.

[1] El término es utilizado para distinguir las disposiciones del ordenamiento jurídico aplicable a las acciones para la recuperación de créditos, caracterizado por acciones individuales ejercidas por los acreedores en defensa de su interés, para contraponerlo al derecho concursal que se caracteriza por ser un régimen de excepción.

[2] LGSC. Título Preliminar
«Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales. Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción».

[3] LGSC. Título Preliminar
«Artículo I.- Objetivo de la Ley. El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor».

La finalidad de este artículo es abordar los aspectos principales del funcionamiento de la junta de acreedores y su semejanza con la junta general de accionistas, institución con la cual guarda similitudes en su tratamiento en el marco del ordenamiento jurídico peruano.

2. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS DECISIONES EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES REGULADOS EN LA LGSC

Una vez verificada la situación de insolvencia del deudor —la cual genera no solo tensiones entre este y sus acreedores, sino también conflictos entre los propios acreedores, así como entre estos y otras partes interesadas—, surge la necesidad de determinar quién debe asumir la conducción y toma de decisiones sobre el destino de la empresa en crisis. En palabras de Eidenmüller, resulta necesario «sustituir» el régimen de gobierno corporativo por uno de gobierno de la insolvencia (Eidenmüller, 2023).[4] Dicha determinación le corresponde al legislador, quien la definirá en función al objetivo u objetivos que persiga según el modelo de sistema concursal adoptado. Por tanto, no existe una única respuesta correcta, sino que esta variará según el enfoque normativo de cada ordenamiento jurídico.

Los modelos adoptados por las legislaciones respecto de la participación de los acreedores en la toma de decisiones al interior del concurso se pueden dividir, de manera general, en dos: un modelo privatista en el que los acreedores juegan un rol fundamental en la adopción de decisiones, y otro público o «judicializado» en el que, en contraposición al anterior, los acreedores no tienen injerencia en la adopción de decisiones sobre la solución del crisis del deudor, dejando al órgano jurisdiccional, o a quien este designe, la prerrogativa de ordenar y dirigir la marcha del concurso (Nuñez Ojeda y Aguilar Martínez, 2021).

Sobre el particular, Goldenberg observa que en las últimas décadas el derecho concursal ha evolucionado desde una concepción pública de la insolvencia —caracterizada por la intervención estatal— hacia modelos que asignan a los acreedores un rol central en la adopción de decisiones, consolidando así una tendencia privatizadora del procedimiento concursal (Goldenberg Serrano, 2013). En efecto, se reconoce que al ser los procedimientos concursales mecanismos para la resolución colectiva de los conflictos surgidos con ocasión de la insolvencia del deudor, esto es, conflictos de naturaleza privada, no resulta razonable sustraer a los acreedores de la adopción de decisiones fundamentales al interior de dichos procedimientos.[5]

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las legislaciones de cada país no siempre se adhieren estrictamente a uno u otro de los modelos comentados, sino que pueden adoptar fórmulas intermedias que combinan elementos de ambos enfoques, inclinándose en mayor o menor medida hacia la autonomía de los acreedores o hacia la intervención judicial en la toma de decisiones.[6]

---

4 Aunque el autor precisa que esta distinción no es tan marcada si se concibe al derecho concursal como el gobierno corporativo bajo una situación de crisis financiera.

5 Al respecto, Goldenberg ha señalado lo siguiente: «[…] podrá observarse que el ensanchamiento del ámbito de la autonomía privada en el derecho concursal responderá a la idea de dar preeminencia a los intereses de los acreedores, dando completo énfasis a la finalidad distributiva del concurso. La regla concursal se reubica como un modo alternativo de tutela del crédito, tal y como la ejecución forzada, caracterizado por la colectivización y coordinación de los diversos acreedores en miras de un resultado más eficiente, atendiendo a las especiales características que revela la insolvencia. Pero la norma jurídica revierte su poder en conceder una respuesta preconcebida a la situación de crisis patrimonial a efectos de permitir que los acreedores, utilizando como base la autonomía negocial, puedan autorregular sus propios intereses. Se pierde el poder de dirección heterónomo, como resultado de la mentada "desjudicialización", y se realza la función autónoma de los acreedores en la gestión del patrimonio del deudor» (Goldenberg Serrano, 2013, p. 28).

6 En ordenamientos jurídicos como los de Francia o Italia, los tribunales se adscriben a un modelo más judicializado, pues son los tribunales los que adoptan las decisiones más relevantes en los procedimientos concursales, mientras que ordenamientos jurídicos como los de Inglaterra o Alemania, los acreedores tendrán una participación más preponderante. Por su parte, el caso de Estados Unidos bajo el «Chapter 11» podríamos decir que es un modelo mixto, en el que el deudor juega un rol importante, pues se rige bajo un modelo *debtor in posesión*, donde si bien los acreedores pueden manifestar su posición (mediante un sistema de adhesiones), dicha decisión puede ser sustituida, bajo ciertas condiciones, por el juez (como en el supuesto de *cramdown)*. Para conocer más sobre el modelo adoptado en el «Chapter 11» y los cambios significativos que han operado en la realidad respecto de la distribución efectiva del poder en la toma de decisiones, véase (Baird y Rasmussen, 2010).

En el caso del Perú, hasta la vigencia del Decreto Ley n.° 7566, Ley Procesal de Quiebras, nuestro sistema concursal se caracterizaba por ser un procedimiento netamente adscrito al modelo judicializado, en el cual los acreedores tenían poca o nula participación en el devenir del proceso de quiebra del deudor, que estaba dirigido por el juez de quiebra con participación del síndico.[7]

Desde la promulgación del Decreto Ley n.° 26116 y sus normas modificatorias hasta la actual LGSC, el sistema concursal peruano se adscribe al modelo privatista, en el cual los acreedores reunidos en junta son quienes tienen el derecho y la obligación de adoptar la decisión el destino del deudor,[8] así como de tomar todas las decisiones destinadas a la implementación de dicha decisión para la recuperación de sus créditos.

Cabe preguntarse por qué los acreedores, y no el deudor o el Estado, son los llamados a adoptar dichas decisiones. Para ello resulta necesario identificar quién tiene mayores incentivos para maximizar el valor del patrimonio del deudor a efectos de alcanzar la recuperación del crédito, que es, como apuntamos líneas arriba, el objetivo eje de la LGSC.

Esto puede ser explicado desde la óptica de los problemas de agencia y los costos asociados a dichos problemas. Los problemas de agencia pueden ser definidos, en términos generales, como los conflictos surgidos de la relación entre una parte denominada «principal» y otra denominada «agente», donde el principal depende de las acciones ejecutadas por el agente y resulta afectado por ellas, de modo que resulta necesario, establecer mecanismo que incentiven al agente a cumplir con lo prometido y en interés del principal, y evitar que actúe en interés propio (Armour, Hansmann y Kraakman, 2009). De esta manera, los conflictos surgidos de la relación de agencia implicarán costos que pueden dividirse en: (i) costos de monitoreo del principal; (ii) costos de garantía del agente; y, (iii) pérdida residual (Jensen y Meckling, 1976).

Si bien los problemas de agencia se desarrollan en diferentes contextos, cuando un deudor se encuentra en insolvencia, los problemas de agencia no solo se agravan, sino que además sufren transformaciones, siendo los más relevantes los problemas surgidos entre los accionistas del deudor y sus acreedores, y los conflictos entre estos últimos.

En palabras de Armour, Hansmann y Kraakman, la separación patrimonial —consecuencia de la personalidad jurídica y la responsabilidad patrimonial limitada— puede agudizar los problemas de agencia entre los accionistas y los acreedores, al incentivar a los primeros a realizar acciones oportunistas en contra de los segundos, tales como la desviación de activos, la sustitución de activos y la dilución de deuda; sin embargo, cuando la empresa pasa de una situación de solvencia a una de insolvencia, estos problemas de agencia se intensifican, pues se incrementan los incentivos para que los accionistas y los representantes (gestores) del deudor realicen actuaciones que destruyan el valor del patrimonio (Armour, Hansmann y Kraakman, 2009, pp. 110-114). De esta manera, los accionistas pierdan incentivos para conservar el valor de la empresa, lo que justifica que sean sustituidos por los acreedores quienes soportan el verdadero riesgo económico.

En esa misma línea, Eidenmüller reconoce que, bajo el principio de responsabilidad patrimonial universal, son los acreedores quienes tienen mejores incentivos para adoptar decisiones económicamente racionales en el concurso (Eidenmüller, 2023, p. 34).

Esto implica que cuando la insolvencia se hace presente, los acreedores deben asumir el rol de quienes toman decisiones fundamentales, desplazando a los accionistas en la gestión y control del

---

7 Para mayor referencia sobre el régimen concursal peruano hasta la vigencia del Decreto Ley n.° 7566, véase (DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal*, 2003) y (CASTELLANOS SÁNCHEZ, 2009).

8 LGSC. Título Preliminar
«Artículo III.- Decisión sobre el destino del deudor. La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada».

destino de la empresa. Este reemplazo funcional es una respuesta normativa a la desalineación de intereses y al riesgo de conductas oportunistas por parte de los accionistas.

En efecto, considerando que el patrimonio del deudor se encuentra afectado al pago de las obligaciones asumidas por este, los titulares recuperarán su inversión o parte de ella si existe un remanente luego de que la totalidad de acreedores hayan satisfecho sus créditos, hecho que rara vez ocurre, por lo que en un escenario de crisis patrimonial el deudor —representado por sus accionistas— ya no tiene los incentivos necesarios para adoptar decisiones eficientes, pues parte de una situación de desventaja frente a los acreedores.[9] Como consecuencia de ello, la participación del deudor en el procedimiento concursal estará limitada a la de proporcionar información para la adecuada adopción de acuerdos y la de proponer medidas para la recuperación del crédito, pero no decidir sobre ellas, así lo establece la LGSC, al disponer que el deudor podrá participar en junta con derecho a voz, pero sin voto.[10]

De igual modo, el Estado no posee los incentivos necesarios para adoptar la decisión sobre el destino del patrimonio del deudor, pues esto no le afecta de manera inmediata o directa, como sí sucede con todos los acreedores, pues cualquier decisión que tomen estos últimos respecto de dicho patrimonio afectará directamente a la recuperación de sus créditos.[11]

En tal sentido, el fundamento de la opción legislativa adoptada por la LGSC radica en que son los acreedores quienes poseen mayores incentivos para adoptar decisiones eficientes en el concurso, ello porque, considerando que el objetivo de la LGSC es la recuperación del crédito, son estos los directamente afectados con la crisis del deudor que impide el cumplimiento de pago y, consecuentemente, son ellos los que tienen más interés en que las decisiones adoptadas respecto del patrimonio del deudor sean las más adecuadas para la obtención de su mayor valor, pues el éxito o el fracaso del concurso del deudor repercutirá directamente en la recuperación o no de los créditos involucrados en él (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2001).

3. EL ROL PROMOTOR DEL ESTADO

Ahora bien, el hecho de que el Estado no posea los mejores incentivos para adoptar la decisión acerca del destino del patrimonio del deudor no quiere decir que no cumpla una función importante en el sistema concursal.

En efecto, una idea «privatista» del derecho concursal no debe confundirse con un abandono total por parte de Estado en dicha materia, sino como señala acertadamente Goldenberg una noción que tiene como trasfondo «una tendencia que amplía el campo de acción de la autonomía privada en atención al retroceso del legislador en la formulación de soluciones generales y abstractas, sean liquidadoras o conservativas, pero en cualquier caso imperativas» (Goldenberg Serrano, 2013, p. 44).

---

9 Al respecto, se señala que el deudor o los titulares de este no tienen incentivos para adoptar decisiones eficientes sobre el patrimonio afecto al concurso pues ya perdieron y perder más no los ubicaría en una situación peor a aquella en la que ya se encuentran, por lo que solo estarían interesados en iniciar proyectos riesgosos, pero altamente rentables, pues solo así obtendrían un valor que permita generar remanentes, pero estos proyectos tienen altas probabilidades de generar pérdidas y pocas de generar una alta rentabilidad (Ezcurra Rivero, 2005).

10 Artículo 46 de la LGSC.

11 Debe tenerse en cuenta que, los sistemas «judicializados» en los que los tribunales tienen un rol preponderante, justifican esta decisión en los conflictos que podían surgir al interior de las juntas de acreedores y que podía ocasionar retrasos en la adopción de decisiones al interior del procedimiento. En ese sentido, Quijano, comentando la Reforma Concursal española efectuada mediante la promulgación de la Ley n.° 22/2003 del 9 de julio de 2003, señala lo siguiente: «Partiendo de estas premisas, no es extraño que en los modelos más tradicionales de ordenación concursal vinieran atribuidas a las Juntas de acreedores un amplio conjunto de funciones relacionadas con los principales asuntos que afectan el interés colectivo (nombrar síndicos que representaran a la masa pasiva, reconocer y graduar créditos, discutir convenios, etc.). Tampoco lo es que, superada la mentalidad más privatista de la tradición concursal, se viera a la Junta de acreedores como una fuente de lentitud, complicación o conflictividad, base en muchas ocasiones de impugnaciones, recursos e interferencias. Tal situación ha sido habitualmente criticada en esos términos y prácticamente todos los intentos de reforma que se sucedieron en época más reciente han tenido en común, en esta materia, el expreso deseo de reducir la función de la Junta de acreedores con el fin de agilizar el procedimiento y de limitar técnicamente los motivos de oposición a ciertas decisiones» (QUIJANO GONZÁLES, 2004).

Al respecto, la LGSC establece que el Estado, a través del Indecopi, es el encargado de facilitar y promover la negociación entre los acreedores y deudores,[12] para que sean estos, a través de la autonomía privada, quienes regulen sus relaciones dentro de los límites que la ley establece, siendo que su actuación es subsidiaria[13] y de supervisión para el adecuado desenvolvimiento del procedimiento concursal.

Sobre este punto, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala) ha señalado que «el artículo III del Título Preliminar de la LGSC […] atribuye a los acreedores el rol decisorio y conductor del procedimiento concursal en contraposición a la intervención subsidiaria de la autoridad concursal, la cual se encuentra limitada a intervenir como supervisora de las negociaciones entre los acreedores y el deudor y velar porque estas se desarrollen en forma transparente y bajo los principios de la buena fe y lealtad que rigen la actividad de los agentes de mercado».[14]

En consecuencia, dentro del rol que detenta el Estado, este debe orientar sus esfuerzos a: (i) facilitar y promover la negociación entre el deudor y sus acreedores, mediante el establecimiento de reglas de juego sencillas y transparentes que reduzcan los costos de transacción; y, (ii) respetar la autonomía de la voluntad respecto de las decisiones adoptadas por los acreedores reunidos en junta, sin que esto enerve su facultad para controlar de manera *ex post* la legalidad de tales acuerdos, en resguardo del interés colectivo de los acreedores y las formalidades esenciales establecidas por ley (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2012).

4. LA JUNTA DE ACREEDORES: ÓRGANO MÁXIMO DE DELIBERACIÓN

Dada la importancia de la intervención de los acreedores en los procedimientos concursales, pues en ellos recae la decisión sobre el destino del deudor, la LGSC ha dispuesto que sea la autoridad administrativa la que determine a través del procedimiento de reconocimiento de créditos quienes son los que detentan tal calidad frente al deudor concursado.[15]

Es por ello que una vez cerrada la etapa de reconocimiento de créditos, esto es, mediante el pronunciamiento de la autoridad administrativa respecto de la totalidad de solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas de manera oportuna,[16] corresponderá que esta disponga la publicación del aviso de convocatoria a instalación de junta en el boletín concursal.[17]

Bajo esa premisa, la junta de acreedores es el órgano colegiado que reúne a los acreedores que han obtenido el reconocimiento de sus créditos por parte de la autoridad administrativa, constituyéndose desde su instalación en el órgano máximo responsable de la adopción de acuerdos al interior del procedimiento concursal en reemplazo de los órganos societarios del deudor.

---

12 Título Preliminar
«Artículo X.- Rol promotor del Estado. El Estado, a través del Indecopi, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley».

13 Título Preliminar
«Artículo VII.- Inicio e impulso de los procedimientos concursales. Los procedimientos concursales se inician a instancia de parte interesada ante la autoridad concursal.
El impulso de los procedimientos concursales es de parte. La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria».

14 Resolución n.° 0426-2014/SCO-INDECOPI emitida por la Sala el 22 de julio de 2014, en el marco del Expediente n.° 010-2011/CCO-INDECOPI.

15 El procedimiento de reconocimiento de créditos es un claro ejemplo del rol promotor y de supervisión que detenta el Estado, a través del Indecopi, en el marco de los procedimientos concursales sometidos a su conocimiento, pues es el encargado de la constatación de la realidad del pasivo concursal, a través de la verificación del origen, existencia, legitimidad, titularidad y cuantía de los créditos de los acreedores apersonados al procedimiento.

16 Cabe precisar que la LGSC establece la posibilidad de presentar solicitudes de reconocimiento de créditos tardías en el marco del procedimiento concursal ordinario.

17 Artículo 43 de la LGSC.

Sobre el particular, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi señaló que, como consecuencia del proceso concursal, «la junta de acreedores reemplaza a la junta de accionistas como órgano máximo de decisión en una empresa en crisis» y se constituye en «en el órgano supremo de representación de la insolvente y asume el poder de dirección del proceso concursal, el cual lo legitima para delegar su representación en un tercero que se encargue de la liquidación del deudor y regular el ejercicio de las atribuciones que corresponden a este último como consecuencia propia del mandato otorgado por la junta».[18]

El amplio poder reconocido a la junta de acreedores en los procesos de reestructuración ha quedado plasmado en el artículo 63 de la LGSC,[19] el cual establece que en el caso de reestructuración la competencia de la junta de accionistas, de asociados o del titular del deudor quedarán suspendidas siendo asumida por la junta de acreedores, la que podrá decidir no solo sobre la administración y funcionamiento del deudor concursado, sino sobre aspectos esenciales a la vida de la sociedad como, por ejemplo, la transformación, fusión o escisión de la sociedad, el cambio de domicilio, del estatuto y hasta del objeto social.

Por su parte, en los procesos de disolución y liquidación este amplio poder conferido a la junta de acreedores va más allá, pues no se trata solo de la suspensión de la competencia de los órganos societarios, sino del «desapoderamiento» del deudor en la medida que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LGSC,[20] por efecto de la aprobación del convenio de liquidación, cesan las funciones de sus órganos de administración (directores, gerentes, entre otros), asumiendo dichas funciones el liquidador designado por la junta de acreedores.

Dentro de los amplios poderes reconocidos a la junta de acreedores para la adopción de acuerdos al interior del procedimiento concursal ordinario, la LGSC señala, entre otras, las siguientes atribuciones:

i. Decidir el destino del deudor, optando por la reestructuración o la liquidación del mismo.[21]

ii. Supervisar la ejecución de los acuerdos adoptados en junta.[22]

---

18 Resolución n.° 0388-2002/TDC emitida el 24 de mayo de 2002, en el Expediente n.° 002-1993/CRE-CAL. Si bien dicha resolución fue emitida durante la vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, predecesora a la LGSC, es aplicable a esta última considerando que la regulación respecto a las atribuciones de la Junta de Acreedores es sustancialmente la misma.

19 «Artículo 63.- Atribuciones de la Junta de Acreedores durante la reestructuración
63.1 Durante la reestructuración quedará en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o el titular, cuyas funciones serán asumidas por la Junta.
63.2 La Junta, por sí sola, podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias incluyendo aumentos de capital por capitalización de créditos, conforme a las formalidades establecidas para la capitalización en el artículo 68.
63.3 El estatuto del deudor bajo reestructuración patrimonial mantiene su vigencia, siempre que no se oponga a los acuerdos de la Junta o la Ley. La Junta sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía».

20 «Artículo 82.- Efectos de la celebración del convenio de liquidación.
Son efectos inmediatos de la celebración del Convenio de Liquidación, los siguientes:
a) Produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de aquel, aun cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y las obligaciones que la Ley expresamente exceptúa;
b) Los directores, gerentes y otros administradores del deudor cesan en sus funciones y, en consecuencia, quedan privados del derecho de administrar los bienes de éste;
c) La administración y representación legal le corresponde al Liquidador designado por la Junta para tal efecto y, en consecuencia, quienes ejercían la representación legal del deudor hasta la fecha del acuerdo de celebración del Convenio de Liquidación carecerán de representación procesal, sea el deudor demandante o demandado;
d) El Liquidador administrará los bienes objeto de desapoderamiento a que se refiere el literal b) del presente artículo y también los bienes respecto de los cuales el deudor tenga derecho de usufructo cuidando, en ambos casos, que los frutos liquidados ingresen a la masa de la liquidación.
[…]».

21 Artículos 50.4 y 51.1 de la LGSC.

22 Artículo 51.1 de la LGSC.

iii. Aprobar el régimen de administración del deudor en caso decida la reestructuración del deudor, pudiendo optar por ratificar a la administración original, designar un nuevo administrador u optar por administración mixta.[23]

iv. Designar al liquidador o entidad liquidadora en caso decida la disolución y liquidación del deudor.[24]

v. Aprobación de los instrumentos concursales respectivos, esto es, el plan de reestructuración o el convenio de liquidación.[25]

De esta manera, la junta de acreedores es el órgano deliberativo y de decisión que representa a la totalidad de los acreedores apersonados al concurso y se constituye en el espacio de la formación de la voluntad colectiva de los acreedores involucrados en este, de igual manera que la junta de accionistas es el espacio de la formación de la voluntad social en el ámbito societario.

5. INSTALACIÓN, *QUORUM* Y JUNTAS REALIZADAS CON POSTERIORIDAD A LA INSTALACIÓN

Conforme a lo dispuesto en la LGSC, será la Comisión la que efectuará la convocatoria a la primera reunión de la junta de acreedores, denominada de instalación, mediante aviso publicado en el Boletín Concursal del Indecopi.[26]

Ello se realizará una vez la Comisión se haya pronunciado respecto de todas las solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas de manera oportuna por parte de los acreedores. La citación por su parte debe señalar el lugar, día y hora en que llevará a cabo la reunión en primera y segunda convocatoria, debiendo mediar entre cada una dos días hábiles.

Dicha instalación se efectuará en el día y hora indicados en la convocatoria, siempre que se cumplan los *quorums* requeridos por ley, esto es, en primera convocatoria con la presencia de más del 66,6 % del total de acreedores reconocidos, y en segunda convocatoria con la presencia de los acreedores que hayan asistido,[27] en la que dicho órgano deliberativo podrá pronunciarse respecto a:

i. La elección de sus autoridades, esto es, su presidente y su vicepresidente.

ii. Destino del deudor.

iii. Aprobación del régimen de administración, en caso de reestructuración; o designación del liquidador, en caso de disolución y liquidación.

iv. Aprobación de los instrumentos concursales (plan de reestructuración o convenio de liquidación).

v. De ser el caso, el nombramiento del comité de acreedores y la delegación de facultades.

Con posterioridad a la instalación de la Junta de Acreedores, las convocatorias deberán realizarse por el presidente de dicho órgano o, en su ausencia, por el vicepresidente. Dicha convocatoria deberá realizarse mediante publicación en el Boletín Concursal del Indecopi con una anticipación no menor a 10 días hábiles a la fecha de realización de la reunión en primera convocatoria y deberá señalar el

23 Artículos 50.4 y 61 de la LGSC.
24 Artículo 50.4 de la LGSC.
25 Artículo 50.4 de la LGSC.
26 Artículo 43 de la LGSC.
27 Artículo 50 de la LGSC.

lugar, día y hora de realización en primera y segunda convocatoria, debiendo mediar entre estos 2 días hábiles.[28]

Adicionalmente, la LGSC reconoce el derecho de los acreedores que representen cuando menos el 10 % del total de créditos reconocidos frente al deudor a solicitar, mediante comunicación de fecha cierta, al presidente de la junta de acreedores la convocatoria a sesión de dicho órgano. En caso de negativa o vencido el plazo de 10 días hábiles desde la solicitud sin que se haya efectuado la convocatoria, tales acreedores quedarán facultados a solicitarla ante la Comisión.[29] Este mecanismo previsto para la convocatoria de la junta de acreedores constituye una herramienta de protección para los acreedores minoritarios, al otorgarles la posibilidad de solicitar que se convoque a la junta de acreedores y proponer los puntos de agenda que serán sometidos a consideración de dicho órgano deliberativo, forzando al presidente a efectuar dicha convocatoria y, en caso de incumplimiento por parte de este, acudir ante la autoridad concursal para lograr dicha convocatoria.

Con relación a este último mecanismo para la convocatoria a la junta de acreedores ha surgido en la casuística una cuestión acerca de si los puntos de la agenda presentada por los acreedores que solicitan la convocatoria deben ser necesariamente seguidos por el presidente de la junta de acreedores o si este puede omitir o modificar alguno de ellos.

Dicha discusión surge a raíz del entendimiento de la disposición contenida en el artículo 57.2 de la LGSC, que establece que los acreedores solicitantes deben presentar la «agenda sugerida» al presidente de la junta de acreedores.

La sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse con relación al mencionado artículo, primero en la Resolución n.° 504-2019/SCO-INDECOPI del 12 de noviembre de 2019, en la que señaló que «los acreedores tienen la facultad de solicitar al presidente la convocatoria a junta, pudiendo proponer no solo la agenda sugerida, sino también la fecha, hora y lugar en la que se llevará a cabo la misma, los cuales deberán ser considerados por el presidente en sus propios términos al realizar la convocatoria respectiva, salvo que existan situaciones que justifiquen, bajo parámetros de razonabilidad, que la referida convocatoria deba realizarse en términos y condiciones de fecha, lugar y hora distintas a las propuestas por el acreedor o acreedores solicitantes».[30] En ese primer pronunciamiento, la sala interpreta que los acreedores no solo sugieren la agenda, también, el lugar, fecha y hora, siendo que todos estos elementos deben ser considerados al momento de convocar al referido órgano deliberativo; no obstante, deja a salvo que el presidente de la junta de acreedores pueda modificar los términos señalados por los solicitantes cuando medien razones que justifiquen dicha modificación.

Posteriormente, dicho criterio fue modificado por la Sala, mediante la Resolución n.° 107-2023/SCO-INDECOPI del 28 de marzo de 2023,[31] haciendo una interpretación aún más severa del artículo bajo comentario, reduciendo el grado de discrecionalidad del presidente de la junta de acreedores respecto de la agenda presentada por los acreedores que solicitan la convocatoria. En efecto, en dicho pronunciamiento la sala concluye que el presidente de la junta de acreedores no cuenta con facultades para modificar, excluir o seleccionar los temas de agenda propuestos por los acreedores solicitantes, a partir de una interpretación teleológica y sistemática del artículo 57.2 de la LGSC y complementada con el funcionamiento de otros órganos colegiados similares (junta general de asociados y junta general de accionistas), por lo que se encuentra vinculado a los puntos de agenda presentados.

---

28 Artículo 57.1 de la LGSC.

29 Artículos 57.2 y 57.3 de la LGSC.

30 Fundamento de 36 de la Resolución n.° 504-2019/SCO-INDECOPI del 12 de noviembre de 2019, emitida en el marco del procedimiento concursal ordinario del Club Universitario de Deportes, en el Expediente n.° 172-2011/CCO-INDECOPI (cuadernillo de apelación).

31 Emitida en el marco del procedimiento concursal ordinario de Compañía Minera San Simón, en el Expediente n.° 103-2016/CCO-INDECOPI (cuadernillo de apelación).

Cabe señalar que, mediante la precitada Resolución n.° 107-2023/SCO-INDECOPI, la sala aprobó un precedente de observancia obligatoria;[32] sin embargo, dicha resolución no fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, por lo que carece de efecto vinculante; no obstante, constituye un criterio interpretativo.

Al respecto, nos encontramos de acuerdo con esta última interpretación efectuada por la sala, pues si se parte de que la disposición prevista en el artículo 57.2 de la LGSC contiene un mecanismo tuitivo de los acreedores minoritarios, no resulta razonable que se otorgue al presidente de la junta de acreedores la posibilidad de modificar o excluir los puntos de agenda propuestos por los solicitantes, ya que ello implicaría vaciar de contenido dicho mecanismo, en la medida que, a través de una decisión discrecional del presidente de la junta de acreedores, se limitaría la posibilidad de que los acreedores que representen cuando menos el 10 % de los créditos reconocidos soliciten que dicho órgano trate los temas de agenda que consideren pertinentes.

6. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR PARTE DE LA JUNTA DE ACREEDORES

La junta de acreedores es un órgano esencialmente deliberativo, cuyas decisiones constituirán la voluntad colectiva de dicho órgano. Dichas decisiones se adoptan de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad y el principio mayoritario.

Conforme a lo señalado por el maestro De la Puente y Lavalle, la autonomía privada es la libertad concedida o el poder reconocido a las personas para que, de común acuerdo, autorregulen sus relaciones de contenido patrimonial, mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, regulando sus propios intereses y creando relaciones jurídicas entré sí, teniendo como único límite las normas que conforman el ordenamiento jurídico (De la Puente y Lavalle, 2001).

Comentando la autonomía privada como expresión del negocio jurídico, Goldenberg señala que este último denota esencialmente el fortalecimiento de la libertad humana para en la autorregulación de sus intereses en el que el ordenamiento jurídico cumple dos funciones: la primera, reconocer dicho poder; y la segunda, como límite al mismo. Señala, además, que en el marco de los negocios jurídicos plurilaterales, en las que si bien nos encontramos con múltiples intereses, en muchos casos antagónicos estos se encauzan a una finalidad común (Goldenberg Serrano, 2013, p. 41). Dichas apreciaciones resultan relevantes para entender el procedimiento concursal en el que precisamente estamos ante una multiplicidad de acreedores

Al establecer la LGSC el respeto a la autonomía privada en las decisiones adoptadas en el marco de los procedimientos concursales, se reconoce el poder de la junta de acreedores de regular libremente sus propios intereses dentro de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, mediante la negociación y adopción de acuerdos sobre la base del sistema de mayorías.

En efecto, comoquiera que nos encontramos con una pluralidad de agentes económicos, resulta necesario establecer un mecanismo que permita la adopción de acuerdos, el cual puede reposar en la unanimidad o la mayoría.

---

[32] El criterio interpretativo emitido por la Sala tiene el siguiente texto: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley General del Sistema Concursal, en aquellos casos en los cuales los acreedores que representen cuando menos un diez por ciento (10 %) de los créditos reconocidos por la autoridad concursal requieran al presidente de la junta de acreedores que convoque a reunión de dicho órgano colegiado sugiriendo determinados puntos de agenda, el presidente se encuentra obligado a incorporar la totalidad de dichos puntos de agenda en la publicación que efectúe convocando a reunión de junta de acreedores, siendo ello una formalidad cuyo incumplimiento constituye un vicio sobre la convocatoria, susceptible de ser evaluado según el procedimiento establecido para la impugnación de acuerdos de juntas de acreedores previsto en el artículo 118 de la Ley General del Sistema Concursal.
Asimismo, el presidente de la junta de acreedores que incumpla con la obligación de incorporar la totalidad de los puntos de agenda propuestos por los referidos acreedores, en la publicación de la convocatoria a reunión de junta de acreedores, incurre en responsabilidad administrativa, de conformidad con el literal d) del artículo 125.1 de la Ley General del Sistema Concursal».

Bajo la unanimidad los acuerdos sometidos a consideración del órgano colegiado se adoptarán siempre y cuando todos los participantes se encuentren de acuerdo con el mismo; sin embargo, aun cuando el objetivo del sistema concursal es la recuperación del crédito, no debe perderse de vista que los intereses que detentan los acreedores no solo son múltiples y disímiles, sino que en muchos de los casos, incluso contrapuestos, lo que impide —o por lo menos dificulta— lograr el consenso respecto de un asunto sometido a consideración de la junta de acreedores, incrementándose de este modo los costos de coordinación en detrimento del desarrollo del procedimiento concursal.

Para evitar los problemas que suscitan la búsqueda del consenso en la adopción de acuerdos por parte de la junta de acreedores, la LGSC prevé que estos se adopten bajo el sistema de mayorías, por el cual los acreedores que representan a la mayoría de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal serán quienes harán prevalecer su voluntad frente a los acreedores minoritarios, de modo tal que la voluntad de la colectividad de acreedores encarnará la voluntad de la mayoría de los acreedores reconocidos en el concurso.

En lo que respecta a las mayorías para adoptar acuerdos, la LGSC establece mayorías simples, reservadas a la regularidad de acuerdos sometidos a consideración de la junta de acreedores y mayorías calificadas para los temas de agenda de mayor relevancia, al estar vinculados a aspectos gravitantes del procedimiento. La mayoría simple implica que para la adopción de acuerdos en primera convocatoria se requieren votos favorables por un importe superior al 50 % del total de créditos reconocidos, mientras que en segunda convocatoria se requiere el voto favorable del importe superior al 50 % del total de créditos asistentes a la reunión.[33]

La mayoría calificada, reservada para los casos en que la junta de acreedores se pronuncie sobre el destino del deudor (reestructuración y disolución y liquidación), aprobación de los instrumentos concursales (plan de reestructuración, convenio de liquidación y acuerdo global de refinanciación), así como sus modificaciones y en los casos en que la LGS exija mayorías calificadas, como es el caso de los acuerdos de reorganización societaria, se requiere para su aprobación votos favorables por un importe superior al 66,6 % del total de créditos reconocidos en primera convocatoria, mientras que en segunda convocatoria se requiere el voto favorable del importe superior al 66,6 % del total de créditos asistentes a la reunión.[34]

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando los acreedores vinculados al deudor —declarados como tales por la autoridad concursal— representen más del 50 % del total de créditos reconocidos, y la Junta de Acreedores deba pronunciarse sobre el destino del deudor, la aprobación de los instrumentos concursales y sus modificaciones deberá realizarse una doble votación en salas separadas,[35] una de acreedores no vinculados y otra de acreedores vinculados, siendo que para la adopción de acuerdos debe obtenerse, en ambas, votos favorables que superen, en primera convocatoria, el 66,6 % de los créditos reconocidos en cada sala; y en segunda convocatoria el 66,6 % de los créditos asistentes en cada sala.

7. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES

Tal como se ha señalado anteriormente, la LGSC ha conferido a la junta de acreedores el poder de dirigir la marcha del procedimiento concursal adoptando las decisiones que le permitan la recuperación de sus créditos, en pleno ejercicio de su autonomía privada y sobre la base del sistema de mayorías.

Sin embargo, ni la autonomía privada de la junta de acreedores ni el poder conferido a la mayoría para hacer prevalecer su voluntad en la adopción de acuerdos son irrestrictos, sino que encuentran su

33 Artículo 53.2 de la LGSC.
34 Artículos 53.1 y 51.1 literal a) de la LGSC.
35 Artículos 59 de la LGSC.

límite en el respeto al ordenamiento jurídico, los fines del procedimiento concursal y la buena fe, lo cual ha sido evidenciado por la jurisprudencia concursal en diversas oportunidades:

> […] la autonomía privada de los acreedores intervinientes en el proceso concursal no es irrestricta. Sus decisiones no deben transgredir disposiciones normativas de orden público ni desnaturalizar la consecución de los objetivos propios del sistema concursal, siendo estos los límites a la libertad de autorregulación de los intereses que confluyen en el concurso.[36]

> Sin embargo, la autonomía privada de los acreedores intervinientes en el proceso concursal no es irrestricta. Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, la aplicación del sistema de mayorías permite a la junta imponer los acuerdos adoptados en su seno a la totalidad de los acreedores, mientras tales decisiones no transgredan normas de orden público ni desnaturalicen la consecución de los objetivos propios del sistema concursal, siendo estos los límites a la libertad de autorregulación de los intereses que confluyen en el concurso.[37]

En efecto, si bien bajo la idea privatista del derecho concursal que otorga a los acreedores un rol preponderante en la toma de decisiones en defensa de sus intereses, lo que se materializa es que la junta de acreedores se encuentra habilitada para regular de la manera que considere más conveniente sus relaciones jurídicas patrimoniales al interior del procedimiento concursal, encontrándose obligada la autoridad concursal a respetar el ejercicio de su autonomía privada, no debe perderse de vista que esta habilitación se encuentra exenta de límites; por el contrario, dicha actuación no es irrestricta, pues en ningún modo puede contravenir disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico.

En esa línea, la junta de acreedores no podrá adoptar decisiones que contravengan, por ejemplo, las disposiciones relativas al contenido mínimo del plan de reestructuración[38] o establecer el pago de créditos laborales sin tener en cuenta que, cuando menos, el 30 % del total de fondos a distribuir anualmente sean destinados al pago de tales créditos,[39] el orden de preferencia en el pago en los casos de disolución o liquidación, o de venta o transferencia de activos fijos del deudor en los casos de reestructuración.[40]

Asimismo, la junta de acreedores no podrá adoptar acuerdos que atenten contra los fines del procedimiento concursal y la buena fe, esto es que impliquen el ejercicio abusivo de un derecho, como pasaremos a analizar más adelante.

Por tanto, la autonomía de la voluntad por parte de los acreedores que va a guiar la adopción de decisiones en los procedimientos concursales, las normas imperativas del ordenamiento jurídico y el ejercicio de los derechos dentro del marco de la buena fe y los fines del procedimiento concursal serán los dos límites infranqueables al poder de decisión otorgado a la junta de acreedores.

Conforme a lo dispuesto en la LGSC, será la autoridad concursal, en ejercicio de su labor de supervisión *ex post*, la encargada de controlar la legalidad de los acuerdos adoptados por la junta de acreedores, a través de los mecanismos de impugnación y la declaración de oficio de la nulidad del acuerdo.

8. PARALELISMOS CON LA REGULACIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Resulta inevitable hacer un parangón entre la legislación societaria y la legislación concursal en lo relativo a la regulación de la junta de accionistas y la junta de acreedores, respectivamente, pues no

---

36 Resolución n.° 3333-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 del Tribunal del Indecopi el 28 de diciembre de 2020, en el Expediente n.° 036-2003/CCO-ODI-ESN.

37 Resolución n.° 1225-2012/SC1-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 del Tribunal del Indecopi el 24 de mayo de 2021, en el Expediente n.° 036-2003/CCO-ODI-ESN.

38 Artículo 66.3 de la LGSC.

39 Artículo 66.4 de la LGSC.

40 Artículos 42, 69.1, 88 y 89 de la LGSC.

solo regulan una situación similar como es el caso de la formación de una voluntad colectiva, sino que ambas se sustentan en el principio de autonomía privada y en el sistema de mayorías para la adopción de acuerdos vinculantes para todos.

En efecto, la Ley General de Sociedades establece que la junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, la que debidamente convocada y con el *quorum* correspondiente adopta las decisiones de su competencia por mayoría.

Al respecto, Elías Laroza señala que el hecho que la Ley General de Sociedades establezca que la junta general de accionistas es un órgano permite concluir la existencia de evidente distinción entre la voluntad individual de los socios y la voluntad que emana del órgano y que es inseparable de la sociedad misma, de manera que la junta general de accionistas es un órgano de formación de la voluntad social, la misma que se expresará a través de las decisiones que se adopte por medio del sistema de mayorías (Elías Laroza, 2001).

Así, Julio Salas señala que la junta general de accionistas es un órgano de decisión, pero también un órgano deliberante, pues la deliberación previa de los temas sometidos a consideración de dicho órgano será uno de los requisitos sustanciales para que se forma la voluntad social (Salas Sanchez, 2017).

En tal sentido, como órgano supremo, la Junta General de Accionistas será competente para adoptar las decisiones más relevantes para la sociedad, las mismas que se encuentran previstas en los artículos 114 y 115 de la Ley General de Sociedades, lo que no significa que la actuación de dicho órgano sea irrestricta, pues no solo debe limitarse a decidir sobre los ámbitos de su competencia,[41] sino que también se encuentra limitada por las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, las normas imperativas previstas en la ley[42] y los requisitos formales para la celebración de sus reuniones.

Asimismo, el artículo 127 de la Ley General de Sociedades prevé que los acuerdos de la junta general de accionistas serán adoptados por el sistema de mayorías, siendo que para la adopción de la regularidad de temas sometidos a consideración de dicho órgano se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones representadas en la reunión, salvo para los casos en que se trate la modificación del estatuto, aumento o reducción de capital, emisión de obligaciones, enajenación de activos por montos superiores al 50 % del capital social y acuerdos de reorganización societaria, en los que se requerirá la mayoría absoluta del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

De lo anteriormente señalado podemos afirmar que la legislación societaria otorga a la junta de accionistas la calidad de órgano máximo de la deliberación y toma de acuerdos societarios, decisión que recae en sus principales actores (los accionistas) y cuyo peso específico por cada accionista es directamente proporcional a la cantidad de acciones que detenta sobre el universo del capital social. Lo mismo sucede en la legislación concursal, donde la junta de acreedores tiene igual rol en lo que a deliberación y adopción de acuerdos se refiere, lo que está en manos de los acreedores, a razón del porcentaje de créditos reconocidos sobre el total de acreencias concursales del deudor.

Estas similitudes tienen múltiples implicancias, siendo una de ellas la que justificaría la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades a los procedimientos concursales, sobre todo en lo que respecta a la adopción de acuerdos por parte de la junta de acreedores, en tanto órgano colegiado.

---

41 Artículo 111 de la Ley General de Sociedades.

42 Conforme a Elías Laroza, está referido a los derechos individuales de accionistas y terceros que no pueden verse afectados por las decisiones de la sociedad, como es el caso de los derechos previstos en los artículos 95 y 96 de la Ley General de Sociedades (Elías Laroza, 2001).

9. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS ADOPTADOS POR LA JUNTA DE ACREEDORES

El artículo 118.1 de la LGSC establece que, contra los acuerdos adoptados por la junta de acreedores, dentro de los diez días hábiles siguientes a la adopción del acuerdo, el deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10 % del total de créditos reconocidos, pueden ejercer su derecho de impugnación ante la Comisión, cuando tales acuerdos: (i) incumplan las formalidades legales; (ii) inobserven disposiciones del ordenamiento jurídico; o, (iii) constituyan el ejercicio abusivo de un derecho.[43]

Por su parte, el artículo 119.1 de la LGSC establece que en caso el deudor y los acreedores hubieran participado en la junta de acreedores deberán haber dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo y su intención de impugnar el mismo, mientas que en caso de que no hubieran asistido a dicha junta, el plazo para impugnar el acuerdo se computará desde que tomaron conocimiento del mismo, siempre que acrediten haberse encontrado en imposibilidad de conocer la convocatoria, siendo que, en cualquier caso, su derecho a impugnar caducará a los quince días de adoptado tal acuerdo.[44]

El porcentaje mínimo de créditos que establece la LGSC para que los acreedores puedan impugnar un acuerdo adoptado en junta constituye un requisito de procedencia impuesto por la norma, de manera tal que la impugnación presentada por acreedores que representen un porcentaje menor al 10 % del total de créditos reconocidos será declarado improcedente por la autoridad concursal en la medida que carecen de legitimidad para impugnar el acuerdo dado su porcentaje de participación en el pasivo del deudor.

Asimismo, se requiere, en el caso de los acreedores que hayan participado en la junta donde se adoptó el acuerdo impugnado, que dichos acreedores hayan votado en contra de este, pero que hayan dejado constancia de su intención de impugnar el mismo. El sustento es que la junta de acreedores conozca desde la primera oportunidad que un acuerdo es susceptible de revisión por parte de la autoridad concursal y pueda ejercer su derecho de defensa acerca de la legalidad del acuerdo de manera oportuna. En caso no se cumpla este requisito, la autoridad administrativa declarará improcedente la impugnación formulada.

Otro límite impuesto por la norma para que el deudor y los acreedores ejerciten su derecho de impugnación frente a un acuerdo que contraviene disposiciones del ordenamiento jurídico o que impliquen el ejercicio abusivo de un derecho es el temporal, lo cual se encuentra ligado a la defensa de la seguridad jurídica, pues resulta contrario a la protección de dicho principio la posibilidad de que un acuerdo sea susceptible de impugnación de manera indefinida.

En tal sentido, la LGSC establece un plazo de diez días hábiles para ejercitar el derecho a impugnar un acuerdo, cuyo cómputo dependerá si el deudor o los acreedores participaron o no en la junta de acreedores, haciendo la salvedad que, en caso no hayan participado, solo estarán legitimados

---

43 «Artículo 118.- Impugnación y nulidad de acuerdos
118.1 El deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10 % del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, podrán impugnar ante la misma, los acuerdos adoptados en Junta dentro de los diez (10) días siguientes del acuerdo, sea por el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos.
[…]».

44 «Artículo 119.- Tramitación de la impugnación de acuerdos
119.1 El procedimiento para la impugnación se sujetará a lo siguiente:
a) Si la impugnación es presentada por el deudor o acreedores que estuvieron presentes en la sesión correspondiente, estos deberán haber dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo y su intención de impugnar el mismo.
b) Si no hubiesen asistido a la Junta, el plazo se computará desde que tomaron conocimiento del acuerdo, siempre que acrediten imposibilidad de conocer la convocatoria. En cualquier caso, el derecho a impugnar un acuerdo caducará a los quince (15) días de adoptado.
[…]».

a impugnar el acuerdo si acreditan la imposibilidad de haber conocido de la convocatoria. No obstante, la imposición de plazos breves para el ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos va más allá, pues la LGSC prevé que el ejercicio de dicho derecho caduca a los quince días hábiles de adoptado el acuerdo, por lo que vencido dicho plazo el acuerdo deviene en inimpugnable.

10. DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE UN ACUERDO ADOPTADO POR LA JUNTA DE ACREEDORES

El artículo 118.2 de LGSC establece que, en los mismos supuestos relativos a la impugnación de junta de acreedores, esto es, cuando el acuerdo incumpla formalidades legales, contravenga disposiciones del ordenamiento jurídico o cuando constituyan el ejercicio abusivo de un derecho, la autoridad concursal se encontrará facultada a declarar su nulidad de oficio, es decir, sin necesidad de que algún interesado interponga impugnación alguna, teniendo como límite para ejercer dicha facultad un plazo de treinta (30) días hábiles de adoptado el acuerdo.

El ejercicio de la facultad conferida a la autoridad concursal debe ser interpretada tomando en cuenta el rol subsidiario de esta y la obligación que tiene de respetar el ejercicio de la autonomía privada de la junta de acreedores, por lo que esta atribución del Indecopi debe ser ejercida de manera excepcional y restringirse únicamente a aquellos acuerdos en que se evidencie una manifiesta contravención a las disposiciones imperativas contenidas en el ordenamiento jurídico o que desvirtúen manifiestamente los fines del sistema concursal.

En efecto, dicha facultad debe enmarcarse en el respeto irrestricto al principio de legalidad que rige la actuación de la Administración Pública y la defensa del interés público que subyace en los procedimientos concursales, que no es otro que la recuperación del crédito.

11. ABUSO DEL DERECHO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Conforme se señaló anteriormente, el deudor o los acreedores que representen más del 10 % del total de créditos reconocidos pueden impugnar el acuerdo adoptado por la junta de acreedores cuando este implique el ejercicio abusivo de un derecho.

Enrique Varsi, parafraseando al maestro Carlos Fernández Sessarego, señala que para este último «el abuso de derecho se produce por la acción u omisión de la persona que siendo legítimo titular de un derecho lo ejerce de manera irregular o antisocial, agraviando de este modo a quien posee un interés existencial que lamentablemente, carece de protección jurídica. El abuso es así un "ilícito sui géneris". Quien actúa abusando de su derecho, sin obtener beneficio de ninguna especie, mediante su ejercicio, irregular y antisocial, incumple un deber jurídico general como es el de lesionar un interés existencial ajeno de carácter patrimonial, no protegido por expresa norma jurídica» (Varsi Rospigliosi, 2018).

La figura del abuso del derecho no es propia del derecho concursal, por el contrario, se ha desarrollado ampliamente en el marco del derecho común y se encuentra prevista en la Constitución Política del Perú[45] y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.[46] Ahora bien, dicha figura ha sido a su vez recogida en el derecho concursal, como límite al sistema de mayorías que rige para la adopción de acuerdos en la junta de acreedores.

---

45 Constitución Política del Perú
«Artículo 103.-
[…]
La Constitución no ampara el abuso del derecho».

46 Título Preliminar del Código Civil
«Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

Su funcionalidad como medio de defensa de los acreedores minoritarios frente a un acuerdo adoptado en mayoría por la junta de acreedores ha sido evidenciado por Adrianzén, para quien la posibilidad de que los acreedores impugnen un acuerdo adoptado por la junta por considerar que constituye el ejercicio abusivo de un derecho se enmarca dentro de los medios de defensa de la minoría en sentido amplio (Adrianzén Rodríguez, 2000).

Asimismo, mediante la Resolución n.º 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996,[47] el Tribunal del Indecopi estableció los criterios para identificar los supuestos de abuso de derecho en un procedimiento concursal, señalando que para que se presente dicha figura deben concurrir los siguientes elementos:

i. Que el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento jurídico.

ii. Que su ejercicio vulnere un interés causando perjuicio.

iii. Que al causar tal perjuicio el interés afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica.

iv. Que se desvirtúen manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento jurídico reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

Conforme al mencionado criterio, nos encontraremos frente al ejercicio abusivo de un derecho de la mayoría de los acreedores que hicieron prevalecer su voluntad en la junta de acreedores cuando se cumplan los mencionados requisitos, siendo que la ausencia de uno de ellos determina la inexistencia o imposibilidad de aplicar dicha figura.

12. CRITERIOS PRINCIPALES DE LA SALA EN MATERIA DE ABUSO DEL DERECHO

Por su propia naturaleza, la identificación del ejercicio abusivo de un derecho debe efectuarse de manera casuística con la finalidad de determinar en cada caso concreto si se cumplen los mencionados requisitos, por lo que resulta pertinente remitirnos, a manera de ejemplo, a algunos casos resueltos por la autoridad administrativa en los que los acreedores minoritarios alegaron el ejercicio abusivo de un derecho.

12.1. Condonación del 100 % de los créditos reconocidos

Mediante Resoluciones n.°s 1505-2009/SC1-INDECOPI[48] y 2336-2010/SC1-INDECOPI del 17 de diciembre de 2009 y 18 de agosto de 2010,[49] respectivamente, la autoridad concursal se pronunció respecto de los acuerdos adoptados por la junta de acreedores relativos a la condonación del 100 % de los créditos reconocidos, resolviendo en el primero de ellos que este no constituía el ejercicio abusivo de un derecho, mientras que en el segundo sí lo constituía, sustentando el diferente pronunciamiento básicamente que el primero de los acuerdos fue adoptado en el marco de la reestructuración del deudor como parte de la modificación del plan de reestructuración; y el segundo en el marco de su proceso de disolución y liquidación como parte del convenio de liquidación.

Conforme se detalla en la Resolución n.° 1505-2009/SC1-INDECOPI, la Comisión resolvió declarar de oficio la nulidad del acuerdo relativo a la modificación del plan de reestructuración del

---

47 Si bien dicha resolución fue emitida con anterioridad a la vigencia de la LGSC, los criterios adoptados por la autoridad concursal para la identificación del ejercicio abusivo de un derecho se mantienen vigentes y siguen siendo aplicados por la actual Sala Especializada en Procedimientos Concursal.

48 Emitida en el marco del procedimiento concursal ordinario del señor Henry Edward Stewart Checa, tramitado en el Expediente n.° 069-2002/CRP-PIURA.

49 Emitida en el marco del procedimiento concursal ordinario del señor Henry Edward Stewart Checa, tramitado en el Expediente n.° 005-2004/CCO-ODI-PIU.

deudor por el cual se condonó el 100 % de los créditos reconocidos y que fuera adoptado por el acreedor mayoritario del deudor en perjuicio del acreedor minoritario[50] por considerar que había quedado acreditado el cumplimiento de los cuatro requisitos establecidos en la Resolución n.º 104-96-TDC.

En grado de apelación, la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 discrepó con lo señalo por la primera instancia concursal, pues a su consideración, el acuerdo en cuestión no desvirtuaba los fines económicos y sociales para los cuales se concedió el derecho a la mayoría de determinar la condiciones que consideren convenientes para la recuperación de sus créditos, entre ellos la utilización de mecanismos como la condonación de créditos, por considerar que la decisión del acreedor mayoritario de condonar se enmarca dentro de los parámetros de racionalidad económica, pues si bien el acreedor mayoritario renunció a su derecho de cobro frente al deudor concursado, se mantenía su derecho de cobro frente a su deudor principal, del cual el concursado era fiador. En palabras de la sala:

> 35. Debe tenerse en consideración que no resulta extraño que un acreedor acceda a renunciar al cobro de una parte de sus créditos si es que con ello alcanza mejores condiciones de pago del saldo restante. Por ejemplo, es frecuente en los procesos de reestructuración patrimonial que ciertos acreedores convengan con su deudor en reducir o eliminar el pasivo concursal adeudado por concepto de intereses, a cambio de lo cual dichos acreedores reciben un tratamiento favorable en el cronograma de pagos respectivo, usualmente mediante el establecimiento de plazos de pago más breves o el otorgamiento de tasas de interés preferenciales.
>
> 36. Del mismo modo, podría presentarse el supuesto que determinados acreedores condonen el íntegro de sus créditos, pero supediten dicha renuncia a la obtención de ventajas económicas vinculadas con la conservación y fomento de las relaciones comerciales sostenidas con el deudor concursado. En términos generales, la decisión de condonar créditos se sustenta en criterios objetivos de racionalidad económica que justifican la pérdida del derecho de cobro, ponderando los beneficios que al final reportará dicho sacrificio para lograr el saneamiento patrimonial de la empresa y, de esta forma, poder optimizar su capacidad de pago en el mediano o largo plazo.
>
> 37. Sin embargo, en el presente caso la Comisión consideró que resultaba atípico que un acreedor renuncie al 100 % de los créditos concursales ya que ello, en principio, únicamente «beneficiaría al deudor concursado» en perjuicio de los acreedores, quienes no tendrían posibilidades de recupero. No obstante, dicha consideración se torna subjetiva, puesto que tal como se ha mencionado en el párrafo precedente los acreedores podrían tener justificaciones valederas para tomar dicha decisión, las cuales podrían ser acordes con la finalidad del Sistema Concursal.
>
> […]
>
> 45. El acuerdo adoptado contribuye, desde el punto de vista del acreedor mayoritario, a una solución eficiente a la crisis del deudor y al recupero de sus créditos.
>
> 46. En efecto, la decisión adoptada no contraviene la finalidad del sistema concursal puesto que es el acreedor mayoritario quien ha evaluado y considerado que es eficiente sincerar sus posibilidades de recupero de los créditos, sin renunciar a sus expectativas de cobro, puesto que únicamente se estaría eliminando la posibilidad de cobrar al fiador de Costesac, manteniéndose plenamente vigente la obligación principal, respecto de la cual las posibilidades de recupero se tornan más reales. Asimismo, las consecuencias negativas de dicha decisión estarían siendo asumidas de manera proporcional por ambos acreedores.

De otro lado, como se señala en precitada la Resolución n.° 2336-2010/SC1-INDECOPI, el acreedor minoritario del deudor impugnó el acuerdo adoptado por la junta de acreedores relativo a la modificación del convenio de liquidación en el que se condonaba el 100 % de los créditos reconocidos, dicha impugnación fue declarada fundada por la Comisión, declarando la nulidad del acuerdo por considerar que el mismo constituía el ejercicio abusivo de un derecho.

---

[50] El acuerdo en cuestión fue adoptado con el voto favorable de Interbank, acreedor mayoritario del señor Henry Edward Stewart Checa, habiendo votado en contra de dicho acuerdo el Banco de Crédito del Perú, acreedor minoritario del mencionado deudor. Fue el Banco de Crédito del Perú el que solicitó ante la Comisión la declaración de nulidad del acuerdo por considerar que implicaba el ejercicio abusivo de acreedor mayoritario.

A diferencia del caso anterior, la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 consideró que la condonación de la totalidad de los créditos reconocidos sí configuraba el ejercicio abusivo del derecho otorgado a la mayoría de los acreedores para determinar las condiciones para la recuperación de sus créditos por considerar que en el marco de un proceso de disolución y liquidación, y estando expedito el derecho de los acreedores de separarse del procedimiento cuando si lo consideran infructuoso, no resulta justificado que el acreedor mayoritario imponga al minoritario la condonación de la totalidad de sus créditos. En palabras de la sala:

> 23. En términos generales, la decisión de condonar créditos debe sustentarse en criterios objetivos de racionalidad económica que justifican la pérdida del derecho de cobro, ponderando los beneficios que al final reportará dicho sacrificio para lograr el saneamiento patrimonial de la empresa y, de esta forma, poder optimizar su capacidad de pago en el mediano o largo plazo.
>
> 24. Sin embargo, a diferencia de una reestructuración patrimonial, en la cual no resulta extraño que un acreedor acceda a renunciar al cobro de una parte de sus créditos si es que con ello alcanza mejores condiciones de pago del saldo restante u obtenga ventajas económicas vinculadas con la conservación y fomento de las relaciones comerciales sostenidas con el deudor concursado; en el presente caso dicha justificación no resulta evidente por tratarse de un proceso de liquidación en el que no es posible obtener una ventaja mayor para el recupero de los créditos no condonados. La razón es que en un proceso de liquidación el mayor o menor recupero de los créditos siempre dependerá del valor del patrimonio de la deudora y no existe además ningún incentivo en mantener relaciones comerciales en tanto la concursada definitivamente saldrá del mercado al dejar de operar.
>
> […]
>
> 28. Las razones económicas y financieras expuestas por el señor Bazán determinaban que, al tener garantías reales constituidas sobre bienes de Corporación Stewart era más eficiente el cobro de sus créditos en el proceso concursal de dicha empresa, siendo que el cobro en el concurso del señor Stewart resultaría infructuoso por la falta de bienes, por lo que continuar participando en este último procedimiento le generaría costos innecesarios.
>
> 29. Sin embargo, al encontrarse el deudor sometido a un proceso de liquidación, el acreedor mayoritario que no desea continuar participando en el concurso por tener una vía de cobro adicional y menos onerosa frente a un tercero, tiene expedito su derecho a separase individualmente del procedimiento concursal ordinario, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 90 de la Ley General del Sistema Concursal, por lo que no resulta legítimo que dicho acreedor prive de manera definitiva a los demás acreedores de sus derechos de crédito para el logro de tal finalidad.
>
> 30. Nótese que, en las circunstancias antes descritas, no existe justificación válida para que el acreedor mayoritario imponga a los demás acreedores la renuncia a sus derechos de crédito frente al señor Stewart, incluso si objetivamente las expectativas de cobro fueran mayores para aquellos en el procedimiento concursal de Corporación Stewart. La decisión de optar por una u otra vía de cobro -o ambas- es privativa de cada acreedor, quien lo hace en función de su propio interés patrimonial, de modo que, salvo que medie una decisión del acreedor mayoritario basada en el ejercicio regular de su derecho de voto, los demás acreedores tienen expedito su derecho para cobrar indistintamente al deudor principal o a sus garantes. Esta situación no se da en el presente caso, en el que como ya se ha indicado, el Interbank en representación del señor Bazán privó de manera innecesaria y definitiva a los otros acreedores de sus créditos frente al señor Stewart, cuando la propia ley concursal le otorga de modo expreso una vía distinta al acuerdo de Junta de Acreedores para separarse del procedimiento, que únicamente afecta su esfera individual.

Con relación a los pronunciamientos disímiles de la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 respecto de acuerdos adoptados por la junta de acreedores relativos a la condonación del 100 % de los créditos reconocidos, consideramos que existe un error de apreciación por parte de dicha sala al sustentar sus diferentes pronunciamientos en el estado del procedimiento concursal del deudor, esto es, si se encuentra en reestructuración patrimonial o en disolución o liquidación. Ello toda vez que, más allá de la situación particular del patrimonio del deudor, lo esencial para verificar la legalidad del acuerdo de condonación parcial o total de los créditos involucrados en el concurso es si dicho acuerdo responde a criterios objetivos de racionalidad económica que justifican dicha decisión, pues solo de

esta manera este se encontrará acorde a los fines económicos y sociales para los cuales la LGSC otorgó a los acreedores el derecho de autorregular sus relaciones patrimoniales.

En efecto, no todo acuerdo de condonación, incluso aquellos respecto de la totalidad de créditos involucrados en el concurso, implicará *per se* el ejercicio abusivo por parte de la mayoría de acreedores que lo adoptó, debiendo la autoridad concursal indagar si dicha decisión obedeció a casusas que justifiquen, en el marco del concurso, la pérdida del derecho de crédito.

Lo que resulta por lo menos curioso es que la justificación de la mayoría de acreedores que adoptaron dicho acuerdo en el primero de los casos es que era mejor sincerar sus posibilidades de cobro (que eran a su consideración nulas frente al deudor concursado, quien era fiador de su crédito) y continuar con el cobro frente a su deudor principal. En este caso, el problema, independientemente a que el deudor se encontraba o no en reestructuración, era ver si tal acuerdo se encontraba justificado desde una perspectiva económica en la que se privilegia la recuperación del crédito, que un acreedor reduzca sus posibilidades de cobro condonando los créditos del fiador del crédito para dirigirse únicamente contra su deudor principal, pues no estaría obteniendo ninguna ventaja mayor en el procedimiento en cuestión ni en ningún otro.

12.2. Tratamiento diferenciado de acreedores

Si bien por regla general a todos los acreedores que intervienen en el procedimiento debe dispensársele un trato igualitario,[51] participando de las ganancias y pérdidas en forma proporcional a sus créditos (principio de proporcionalidad), ello no implica que en el marco de la autonomía privada que rigen las decisiones de la junta de acreedores esta pueda adoptar acuerdos por los cuales se otorgue a determinados acreedores un trato diferenciado injustificado.

En efecto, la segunda instancia concursal ha reconocido en varios pronunciamientos que si bien la posibilidad de que los acreedores reciban un trato diferenciado no constituye por sí mismo una afectación a sus derechos, este trato diferenciado debe basarse en un criterio objetivo que lo justifique, caso contrario, constituirá un acuerdo discriminatorio.

En la Resolución n.° 0052-2000/TDC-INDECOPI, del 4 de febrero de 2000,[52] el Tribunal de Defensa de la Competencia resolvió la impugnación formulada por diversos acreedores contra el plan de reestructuración aprobado por la junta de acreedores, el cual establecía un trato preferente en la programación de pagos a favor de ciertos acreedores financieros. La impugnación se basó en que dicho trato diferenciado beneficiaba únicamente a quienes otorgaron nuevas líneas de crédito a la empresa en crisis, excluyendo al resto de acreedores.

En dicho caso, el tribunal consideró que el trato diferenciado no constituía un abuso de derecho, pues se encontraba justificado en un criterio objetivo: la necesidad de capital para ejecutar el plan de reestructuración. En particular, advirtió que los acreedores beneficiados habían asumido el riesgo de financiar a la deudora, mientras que aquellos excluidos del beneficio también fueron invitados a participar en la operación, pero no lo hicieron.

En ese sentido, la sala señaló que la diferenciación en las condiciones de pago no vulneraba el trato igualitario en tanto reconocía la contribución efectiva de determinados acreedores a la superación de la situación de insolvencia y la recuperación de créditos, lo cual resultaba compatible con los fines

---

51 La doctrina invoca el principio clásico denominado *par conditio creditorum*, donde un sector hace referencia a su constitución como pilar fundamental del derecho concursal e incluso objetivo del mismo, mientras otro sector, más allá de reconocerlo, critica dicha connotación de pilar o eje fundamental, lo cierto es que si se tiene en cuenta que el sistema concursal busca dar respuesta a una situación colectiva generada como consecuencia de la insolvencia del deudor común, existe una necesidad de coordinar los intereses de los acreedores afectados por dicha situación, escapando al objeto de este artículo entrar a discutir sobre el mencionado principio y su grado de injerencia en nuestro ordenamiento jurídico.

52 Emitida en el marco del procedimiento concursal de Bakelita y Anexos S. A. (BASA) tramitado en el Expediente n.° 282-1997-CSM.

del sistema concursal. Por ello, confirmó la validez del acuerdo adoptado por la junta en este extremo, descartando que se hubiera incurrido en el ejercicio abusivo por parte de la mayoría de acreedores.

En la Resolución n.º 0469-2000/TDC-INDECOPI,[53] emitida el 6 de noviembre de 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, entre otros aspectos, se pronunció por la impugnación formulada por diversos acreedores contra el acuerdo global de refinanciación aprobado por la junta de acreedores. Uno de los aspectos centrales fue la clasificación como acreedores no garantizados a ciertos bancos que contaban con medidas cautelares u otras afectaciones específicas sobre el patrimonio de la deudora, quienes fueron ubicados en el grupo E, en lugar de ser reconocidos dentro del grupo D, correspondiente a acreedores con garantías reales.

La sala confirmó el criterio de primera instancia, señalando que dicha clasificación constituía un abuso de derecho por parte de la junta de acreedores. En su análisis, el tribunal sostuvo que si bien existen diferencias en la naturaleza económica entre garantías reales y medidas cautelares, la legislación concursal equipara ambas figuras en cuanto a su orden de preferencia, por lo que no existía margen legal para justificar la diferenciación propuesta por la deudora y el Banco Wiese Sudameris ni se presentaron elementos de juicio que acrediten una diferencia que justifique el trato distinto entre tales acreedores. Además, la sala observó que la existencia de una tasa de interés levemente mayor para el grupo afectado no resultaba suficiente para compensar dicha diferencia en las condiciones de pago.

Por todo ello, la sala concluyó que la diferenciación efectuada carecía de sustento objetivo y debía considerarse como un trato discriminatorio contrario al marco normativo aplicable.

Por su parte, en la Resolución n.° 1411-2013/SDC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2013,[54] la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó la resolución de primera instancia por la cual se declaró infundada la impugnación formulada por un acreedor minoritario contra el acuerdo adoptado por la junta de acreedores relativo a la aprobación del acuerdo global de refinanciación.

En dicho pronunciamiento, la sala señaló que el referido acuerdo, entre otras cuestiones, establecía un trato diferenciado entre los acreedores respecto de la fecha de cómputo de intereses, lo cual se encontraba acorde a los fines del procedimiento concursal, pues respondía a criterios objetivos sustentados en el mayor riesgo asumido por este grupo de acreedores al otorgar financiamiento al deudor.

En tal sentido, en este último caso bajo comentario, la sala consideró que el trato diferenciado aplicado a los acreedores había sido efectuado bajo parámetros objetivos, pues la ventaja conferida a un grupo determinado de acreedores respecto de la fecha de inicio del devengo de sus intereses estaba sustentada en el mayor riesgo que estos asumieron al otorgar financiamiento al deudor concursado.

12.3. Prórroga en el plazo de pago de los créditos reconocidos

Mediante la Resolución n.° 2134-2010/SC1-INDECOPI del 20 de julio de 2010,[55] la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 se pronunció respecto del acuerdo adoptado por la junta de acreedores relativo a la modificación del plan de reestructuración del deudor por el cual se postergó el pago de los créditos reconocidos por más de siete años, a través de diversas modificaciones al plan de reestructuración.

En dicho caso, la Comisión resolvió declarar de oficio la nulidad del mencionado acuerdo, por considerar que se verificó, además de los tres primeros elementos previstos en la Resolución n.º 104-

---

53 Emitida en el marco del procedimiento concursal preventivo de Austral Group S.A.A. tramitado en el Expediente n.° 014-CP-2000/CRP-ODI-CAMARA.

54 Emitida en el marco del procedimiento concursal preventivo de Maderera Vulcano S. A. C., tramitado en el Expediente n.° 0256-2010/CCO-INDECOPI.

55 Emitida en el marco del procedimiento concursal ordinario de Balarezo Contratistas Generales S.A., tramitado en el Expediente n.° 0927-2000/CRP-ODI-CÁMARA.

96-TDC, que el mencionado acuerdo desnaturaliza los fines económicos y sociales por los que se otorgó el derecho a la junta de acreedores para estableces las condiciones que considere convenientes para la recuperación de sus créditos.

La sala discrepó de dicha conclusión, pues consideró que no se cumplieron el tercer ni el cuarto elemento que configuran el abuso de derecho, en la medida que, frente a las diversas prórrogas al pago de los créditos adoptados por la junta de acreedores, los acreedores minoritarios tuvieron la posibilidad de solicitar la disolución y liquidación por incumplimiento del plan de reestructuración. Además, sostiene la sala, la decisión de prorrogar el plazo para el pago de los créditos se encuentra sustentado dentro de los fines del sistema concursal:

> 32. Debe tenerse en consideración que no resulta extraño que los acreedores accedan a prorrogar el plazo para el pago de sus créditos, si es que con ello se refuerza la posibilidad del recupero de los mismos. Es frecuente que ello ocurra en los procesos de reestructuración patrimonial, en los que en un periodo determinado la concursada no haya obtenido suficientes fondos para afrontar sus obligaciones, pero que debido a la existencia de nuevos factores que repercutirán favorablemente en su línea de negocio, los acreedores convengan la reprogramación de sus créditos. En términos generales, la decisión de prorrogar el pago de las cuotas es el resultado de una ponderación de los beneficios que al final reportará dicho sacrificio para lograr el saneamiento patrimonial de la empresa y, de esta forma, lograr el pago de la totalidad de los créditos.
>
> 33. En esta línea, los motivos que condujeron al señor Rodríguez a votar en un sentido específico constituyen justificaciones valederas para adoptar la decisión de modificar el cronograma de pagos, siempre que no contravengan la finalidad del sistema concursal. Como se indicado previamente, el señor Rodríguez ha afirmado que, desde su punto de vista, la modificación del cronograma de pagos constituye una decisión eficiente basada en las proyecciones de la empresa concursada y en las licitaciones obtenidas por esta, la cual permitirá el pago de los créditos a cargo de la concursada.
>
> 34. Atendiendo a que el plazo acordado en la última modificación del cronograma de pagos resulta razonable y a que la empresa concursada efectivamente ha acreditado la existencia de nuevos factores que, a criterio del acreedor mayoritario, repercutirán favorablemente en su negocio, las razones expuestas por el señor Rodríguez no parecen estar destinadas a contravenir el cobro de los créditos de los acreedores minoritarios, sino más bien a darle un plazo a la concursada para que esta proceda a procurarse los fondos necesarios para afrontar las obligaciones asumidas en el Plan de Reestructuración.

Concordamos con el pronunciamiento efectuado por la sala, pues dentro del respeto a la autonomía privada que la LGSC ha otorgado a la junta de acreedores para autorregular sus relaciones jurídico-patrimoniales en el marco del concurso, mal podría la autoridad concursal inmiscuirse en la decisión de estos para establecer las condiciones de pago de los créditos, entre ellas el plazo para su cumplimiento o la reprogramación del inicio de dichos pagos. En efecto, resultaría por lo demás arbitrario que la autoridad concursal pueda, por ejemplo, definir un plazo máximo para el pago de los créditos involucrados en el concurso, cuando son los acreedores involucrados en el mismo los que, atendiendo a la situación patrimonial del deudor y sus expectativas de cobro, deben definir tales condiciones.

13. CONCLUSIONES

El sistema concursal peruano apuesta, en el marco de los procedimientos concursales, por la privatización de las decisiones sobre el destino del deudor y por la implementación de dichas decisiones para el cumplimiento del objetivo de la LGSC que no es otro que, la recuperación del crédito.

En tal sentido, la junta de acreedores es el órgano máximo de deliberación y toma de acuerdos en los procedimientos concursales en reemplazo de los órganos societarios del deudor. En ella recae la adopción de los mencionados acuerdos, contando para tal efecto con amplias atribuciones.

Desde esa perspectiva, el rol que cumple Estado, a través del Indecopi, es uno subsidiario a la actuación de los acreedores, recayendo en este la labor de facilitar y promover la negociación entre el deudor y sus acreedores, así como el respeto a su autonomía privada.

La adopción de acuerdos al interior de la junta de acreedores se rige por el principio de autonomía privada y el sistema de mayorías a través de los cuales se reconoce a los acreedores involucrados en el concurso el derecho a regular libremente sus propios intereses mediante la adopción de acuerdos bajo el sistema de mayorías, esto es que los acreedores que representan a la mayoría de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal serán quienes harán prevalecer su voluntad frente a los acreedores minoritarios.

No obstante ello, la adopción de acuerdos por parte de la junta de acreedores encuentra sus límites en el respeto al ordenamiento jurídico, los fines del procedimiento concursal y la buena fe, siendo la autoridad concursal la encargada de velar por la legalidad de los mismos a través de los mecanismos de impugnación de junta de acreedores y la declaración de oficio de la nulidad del acuerdo, cuando estos contravengan disposiciones imperativas del ordenamientos jurídico o cuando constituyan el ejercicio abusivo de un derecho.

La regulación de la junta general de accionistas por parte de la normativa societaria guarda notables semejanzas con la regulación de la junta de acreedores por parte de la legislación concursal. Ello por cuanto ambos órganos tienen una naturaleza jurídica similar, pues ambos constituyen órganos colegiados de deliberación y decisión, donde la formación de la voluntad colectiva (en el caso de la junta general de accionistas, la voluntad social) se adopta en atención al sistema de mayorías.

14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIANZÉN RODRÍGUEZ, L. C. «Los límites al poder de las mayorías en las juntas de acreedores». En *Ius et veritas*, n.° 20, 2000, pp. 199-210.

ARMOUR, J., HANSMANN, H. y *Kraakman*, R. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxfort: Oxford University Press, 2009.

BAIRD, D. y RASMUSSEN, R. «Antibankruptcy». En *The Yale Law Journal,* vol. 119, n.° 4, 2010, pp. 648-699.

CASTELLANOS SÁNCHEZ, L. «Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios del cuento». En *Themis Revista De Derecho*, n.° 57, 2009, pp. 199-226.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001.

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P. «Aumentando los costos del sistema concursal: la insolvencia en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil». En *Advocatus*, n.° 5, 2001, pp. 317-330.

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P. «Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal». En *Foro Jurídico*, n.° 2, 2003, pp. 64-72.

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P. «Rol promotor del Estado». En J. ESPINOZA ESPINOZA y P. ATOCHE FERNÁNDEZ. *Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exgético*. Lima: Rhodas, 2012, pp. 97-100.

EIDENMÜLLER, H. *Comparative Corporate Insolvency Law*. Segunda edición. Bruselas: European Corporate Governance Institute, 2023.

ELÍAS LAROZA, E. *Derecho Societario Peruano*. Lima: Editora Normas Legales, 2001.

EZCURRA RIVERO, H. *Sociedades insolventes ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para revisar decisiones de la junta? ¿Cuál es el límite?* 2005. https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2011/12/2005he_sociedadesinsolventes.pdf

GOLDENBERG SERRANO, J. L. «Bases para la privatización del derecho concursal». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 20, 2013, pp. 9-49.

JENSEN, M. y MECKLING, W. «Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure». En *Journal of Financial Economics*, 1976, pp. 305-360.

NUÑEZ OJEDA, R. y AGUILAR MARTÍNEZ, A. «La junta de acreedores: una visión comparada». En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.° 2, 2021, pp. 145-189.

QUIJANO GONZÁLES, J. «La junta de acreedores en el nuevo derecho concursal español». En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 2. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 1527-1561.

SALAS SÁNCHEZ, J. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

VARSI ROSPIGLIOSI, E. «Creaciones e innovaciones jurídicas de validez universal por Carlos Fernández Sessarego». En *Athina Revista de Derecho*, n.° 14, 2018, pp. 25-38.

TÍTULOS VALORES

APORTES A TÍTULO DIFERENTE DE LA PROPIEDAD EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Víctor Enrique Toro Llanos[*]
Milen Naomy Alvino Tomas[**]

1. INTRODUCCIÓN

El aporte de bienes a la sociedad es un tema que mantiene vigencia permanente en la doctrina, no es un tema agotado o concluido; en efecto, en todos los tiempos del devenir histórico de la humanidad, el hombre se ha valido de sus capacidades para descubrir y crear bienes que hagan llevadera su existencia.

Desde la aparición de las sociedades como formas de organización para desarrollar una actividad económica, este ha hecho uso de sus creaciones valiosas como bienes susceptibles de ser aportados para la conformación del capital social, tanto para la creación de las sociedades, como para el incremento del capital social, cifra esencial de las sociedades de capital.

En principio, se presume que el aporte de bienes dinerarios y no dinerarios es en propiedad, salvo estipulación escrita que disponga que se hace a título distinto,[1] siempre que este sea permitido por el ordenamiento jurídico. Las formas de aportes por las que se transfieren a la sociedad derechos distintos al de propiedad previstos en el marco normativo societario nacional, son (i) el aporte en uso y (ii) el aporte en usufructo.

El análisis de estos tipos de aporte trasciende las fronteras de la normativa societaria, puesto que se encuentra regulado por el derecho común en el libro de los derechos reales, específicamente como derechos reales desmembratorios de la propiedad. Siendo así, el tema materia de esta investigación será abordado dentro los criterios teóricos de la doctrina y del marco normativo nacional conciliando el derecho societario con el derecho común.

Es propósito del estudio analizar las incongruencias que se presentan en la normativa del derecho societario y del derecho común en torno a los institutos reales del uso y el usufructo como formas susceptibles de aportes, específicamente en las sociedades de capitales. La Ley General de Sociedades hace referencia al uso y al usufructo, como si fueran derechos que se ejercen desvinculados de la

---

[*] Doctor, magister y abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Profesor principal de Derecho Comercial I, II y III en la UNMSM y profesor del curso de Sociedades Anónimas en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

[**] Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de Derecho Comercial I y II en la UNMSM. Asistente de cátedra de Sociedades Anónimas en la PUCP. Past President del Círculo Financiero Corporativo.

[1] LEY GENERAL DE SOCIEDADES. «Artículo 22.- Los aportes […] El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere solo el derecho transferido a su favor por el socio aportante. […]».

propiedad. Sin embargo, se trata del aporte de uno o más atributos inherentes a la propiedad, excepto el *jus abutendi* o facultad de disposición que conservará el propietario, que en ningún caso podrá ser el socio aportante.

Respecto al derecho real de usufructo, existe el supuesto de que el accionista aporte a la sociedad los frutos que le genera el ejercicio del derecho de usufructo sobre un bien ajeno y, por otro lado, la Ley General de Sociedades incluye la posibilidad —la cual analizaremos más adelante— de aportar en usufructo un bien del cual el socio aportante es propietario. En ambos supuestos los efectos jurídicos previstos en el derecho común difieren del derecho societario, resultando relevante precisar esas diferencias.

De otro lado, el derecho real de uso conforme a su naturaleza jurídica es un derecho real que se ejerce gratuitamente sobre bien ajeno, de manera personalísima y temporal. Sin embargo, para el derecho societario se maneja una concepción y naturaleza jurídica distintas a las del derecho común; en efecto, el derecho de «usar» el bien aportado por la sociedad no es gratuito, debe entregarse como contraprestación al socio aportante su valor en acciones. En ese sentido, desde el punto de vista del derecho común, el aporte en uso es inviable jurídicamente.

De esta manera, resulta de especial importancia aclarar estas aparentes inconsistencias de la norma legal societaria teniendo en consideración el principio de la unidad del ordenamiento jurídico nacional.

2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EL CAPITAL SOCIAL

2.1. Naturaleza jurídica de la sociedad anónima

La sociedad anónima es la figura societaria preponderante de la época moderna debido a su carácter capitalista y a la responsabilidad limitada de sus socios, lo cual entraña la separación de responsabilidades entre la sociedad y los socios, puesto que una y otros responden del cumplimiento de sus propias obligaciones con sus respectivos patrimonios.[2]

En las sociedades de capitales, el aporte de bienes dinerarios o no dinerarios es un elemento *sine qua non* para la constitución de este tipo de organización empresarial; en cambio, en las llamadas sociedades personalistas, el aporte de servicios personales de los socios es esencial, pasando a un segundo plano el aporte de bienes de capital. En el primer caso, el capital social de la sociedad anónima no solo es un elemento necesario para su constitución; sino, es un mecanismo que se presenta como la medida y límites de los derechos económicos, políticos y sociales de los accionistas y permite que exista una administración independiente.

La Ley General de Sociedades no define a la sociedad anónima;[3] sin embargo, de su articulado se infiere que los elementos constitutivos de esta figura jurídica, de modo general, son el «personal, material y el fin social», conforme a lo siguiente.

2.1.1. Elemento subjetivo o personal

Los accionistas son la expresión del elemento personal de la sociedad anónima, quienes voluntariamente se obligan a efectuar aportes de bienes de capital y, en contraprestación, reciben de la sociedad títulos valores nominativos llamados acciones que confieren a sus titulares derechos y obligaciones dentro de la organización societaria.

---

2 MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho comercial I*. Tomo I. Undécima edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 169.

3 Así coinciden los autores Ulises Montoya Alberti y Hernando Montoya Alberti al mencionar que «a diferencia de la norma anterior, la nueva ley no formula ni proporciona una caracterización completa de lo que es la sociedad». El artículo 1 —y otros de la LGS— se limitan a mencionar implícitamente los elementos más importantes para su existencia.

El artículo 4 de la Ley General de Sociedades[4] establece como requisito indispensable para la constitución de una sociedad la «pluralidad de socios», siendo dos socios la cantidad mínima exigible. Este requisito deberá de mantenerse durante la vida de la sociedad, bajo pena de disolución de pleno derecho.[5] No obstante, se admiten excepciones a esta exigencia cuando el único socio es el Estado, o en otros casos en que la ley lo señale de forma expresa.

Al respecto, es válido el debate acerca de la unipersonalidad de socios basado en la operabilidad de las sociedades anónimas en la economía actual; sin embargo, ello no invalida que uno de los elementos de la sociedad sea el elemento personal, puesto que para la existencia de una sociedad siempre deberá preexistir un grupo de personas (o una persona, como en otras legislaciones) que convenga(n) en aportar bienes para el ejercicio de actividades económicas.

La *ratio legis* acerca de la pluralidad de socios encuentra sustento en la conformación y composición del órgano supremo de la sociedad anónima, la junta general de accionistas; cuyas decisiones llamados acuerdos se adoptan por las mayorías accionarias representadas en dicha junta. Por la pluralidad, el control de la empresa se encuentra en la titularidad del capital social, especialmente de las mayorías accionarias; en cambio, en la «sociedad anónima unipersonal» —SAU— el control de la empresa está concentrado en el único socio.

Los aportes tienen una doble implicación, de un lado el riesgo que asume el socio aportante por los bienes entregados en propiedad a la sociedad y, del otro lado el beneficio del derecho a las utilidades generadas en el desarrollo del objeto social. Estas implicaciones son inversamente proporcionales; en efecto, a mayor riesgo mayores utilidades. Esto explica la necesidad de compartir los riesgos con otras personas y como contrapartida se compartirán los beneficios económicos y el control de los negocios y operaciones empresariales. En la SAU el socio no comparte riesgos ni beneficios empresariales con otros; él asume solo la aventura de llevar a cabo una actividad económica organizada bajo la modalidad de una sociedad capitalista de responsabilidad limitada, sin comprometer su patrimonio personal por las obligaciones de la SAU, solo asumirá el riesgo de perder los bienes dados en aporte.

2.1.2. Elemento material

Este elemento hace referencia al patrimonio de la sociedad anónima, el cual tiene plena autonomía respecto del patrimonio individual de los socios, sobre los que se genera una separación de responsabilidades en función de dichos patrimonios, a lo que se le conoce como responsabilidad limitada.

Inicialmente el patrimonio social se conforma con los aportes de los socios fundadores de la sociedad anónima. El valor de los bienes aportados será cuantificado en términos dinerarios en la cuenta del capital social, que será abonado en el activo y en el pasivo, de tal manera que el patrimonio social inicial, en términos contables, coincide con el capital social; siendo así, el patrimonio neto o líquido de la sociedad[6] se encontrará en perfecto equilibrio.

El patrimonio neto o líquido de la sociedad que aún no ha iniciado su objeto social se encuentra equilibrado; es decir, la diferencia entre el activo y el pasivo en el punto inicial es cero. Este indicador económico comienza a variar en forma positiva o negativa a partir de la realización de los negocios y operaciones de la sociedad anónima.

---

4 Ley General de Sociedades
«Artículo 4.- Pluralidad de socios
La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.
No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley».

5 ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano.* Tomo I. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 57.

6 El patrimonio neto o líquido es la diferencia cuantificada entre el activo y pasivo del patrimonio social a una fecha determinada, la cual puede ser positiva o negativa, según si está por encima o por debajo a la par entre el activo y el pasivo.

De manera general la doctrina societaria admite que el patrimonio social no es un elemento material en conservación de la sociedad anónima; por el contrario, es un elemento dinámico en constante transformación, sujeto al vaivén de las curvas de la prosperidad o adversidad económica; en tanto que el capital social es una cuenta o cifra numérica estable en el tiempo, que no varía automáticamente a menos que la junta general de accionistas disponga el aumento o la reducción de esa cuenta.

El patrimonio social corresponde a la sociedad anónima como persona jurídica y sujeto de derecho, con voluntad propia reconocida por el ordenamiento jurídico, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones ante terceros con el respaldo de su patrimonio social. La sociedad anónima responde, por las obligaciones asumidas, con su propio patrimonio que tiene carácter autónomo, no se integra al patrimonio personal e individual de los accionistas; ellos no responden por las deudas de la sociedad, su responsabilidad es limitada; esto es, que solo responden con el límite de sus aportes.

2.1.3. El fin económico

Este aspecto se relaciona con el principal propósito que persigue la sociedad anónima como trasfondo de las actividades mercantiles que realiza, es decir, con la obtención de utilidades o ganancias para los accionistas a través del ejercicio de su objeto social.

Si bien la Ley General de Sociedades contempla la regulación separada de las sociedades mercantiles y civiles, en lo substancial no existen razones significativas que conlleven a mantener esa diferenciación.

Respecto del fin social, en el pasado existía diferencias normativas; en la actualidad este tema ha sido superado y no cobra vigencia la concebida diferencia de que «las sociedades mercantiles tienen un fin lucrativo, en cambio las sociedades civiles son sin fines de lucro».

La Ley General de Sociedades deja establecido que toda sociedad, civil o mercantil, persigue un «fin económico». Esta expresión tiene un contenido genérico, en el queda comprendido el «ducro» en una relación de género a especie, por lo que es aceptable afirmar que: «todo fin lucrativo es un fin económico; pero no todo fin económico es un fin lucrativo». Esta afirmación conlleva a pensar que el lucro se vincula con el tráfico económico y la especulación comercial a diferencia de aquellas actividades que no son propias de la intermediación especulativa entre el productor y el consumidor.

El fin social es la obtención de beneficios económicos que solo se alcanzan con la realización del objeto social.[7] El nacimiento de toda sociedad tiene como causa fuente o principal motivo desarrollar una actividad económica organizada llamada objeto social.

Algunos autores consideran que la sociedad es creada para hacer empresa; sin embargo, la opinión mayormente aceptada señala que la empresa es más que un objeto social, incluso más que la propia sociedad.

La sociedad anónima se caracteriza por distribuir sus beneficios a los accionistas en forma de pagos de dividendos en efectivo, siempre que sean titulares de acciones que proporcionan derechos a dividendos. La obligación de la sociedad anónima de pagar dividendos nace con el acuerdo de junta general de accionistas en la forma establecida en la ley.

---

7 Ley General de Sociedades
«Artículo 11.- Objeto social
La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.
La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.
La sociedad podrá realizar los negocios, operaciones y actividades lícitas indicadas en su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto».

Estos tres elementos constitutivos de la sociedad están presentes en la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley General de Sociedades, precisando que la sociedad anónima nace mediante un acto jurídico de la libre manifestación de voluntad de dos o más personas, naturales o jurídicas. Asimismo indica que «[…] quienes constituyan la sociedad convienen en aportar bienes y servicios para el ejercicio en común de actividades económicas».

De esta concepción genérica podemos adicionar los elementos esenciales que caracterizan a la sociedad anónima para obtener una definición de esta clase de sociedad, entre estos caracteres de la sociedad anónima tenemos que la sociedad anónima es: una sociedad de capitales, no admite el aporte de servicios personales de los socios, su capital se encuentra dividido en acciones, se rige por una denominación social, es de responsabilidad limitada de los socios por las deudas de la sociedad y que las decisiones del órgano supremo de la sociedad anónima llamados acuerdos se adoptan por las mayorías accionarias representadas en el capital social.

3. APORTES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Para la sociedad anónima es susceptible de aportación todo activo económicamente apto para el cumplimiento del fin social.[8] Esto implica que los aportes no se limitan únicamente al dinero, sino que abarcan una amplia gama de bienes, tales como los bienes muebles, inmuebles, fungibles o no fungibles. Entre estos últimos, destacan los derechos industriales, como las marcas, patentes, nombres comerciales y logos. Además, se incluyen otros derechos, como los derivados de las franquicias, los contratos de *know-how*, contratos de *leasing*, y los títulos valores. En resumen, conforme lo establecido en la Ley General de Sociedades, cualquier elemento de contenido patrimonial, que pueda significar utilidad para la sociedad, puede ser objeto de aporte.

El artículo 74[9] de la Ley General de Sociedades establece que únicamente pueden ser objeto de aporte aquellos bienes o derechos susceptibles de valoración económica. Esta disposición exige que los aportes sean cuantificables en términos económicos; cuyo valor quedará representado en el capital social. En este mismo sentido y de manera concordante, el artículo 27 del referido cuerpo normativo dispone que en la escritura pública donde conste el aporte de bienes deberá insertarse el informe de valorización en el que se describan los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor.

Según Elías Laroza[10] la exigencia de que los bienes o derechos que se aportan a la sociedad sean susceptibles de valoración económica debe entenderse no solamente en el sentido de una equivalencia en dinero, sino que es necesario que los aportes estén en el comercio y sean realizables o convertibles en dinero, de tal manera que, eventualmente, puedan ser vendidos o utilizados para pagar las deudas sociales. Este criterio encuentra justificación tratándose de los aportes en propiedad, más no respecto de los aportes a título diferente, como lo son el aporte en uso y usufructo previstos en la ley de la materia.

Los aportes son actos de libre disposición de bienes de capital que realizan los socios o accionistas a la sociedad. Los bienes aportados se transfieren en propiedad a la sociedad; esto significa que salen de la esfera del patrimonio personal de los socios para formar parte del patrimonio social de la persona jurídica. El aporte no es gratuito, como contrapartida la sociedad anónima emite acciones a favor de los accionistas.

Las acciones son títulos valores nominativos que representan derechos patrimoniales de sus titulares —accionistas— que a su vez se traducen en obligaciones de la sociedad emisora. Existe una

---

8 DE LA CÁMARA, Manuel. *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución.* Madrid: Consejo General del Notariado, 1996, pp. 13-14.

9 Ley General de Sociedades
«Artículo 74.- Objeto del aporte
En la sociedad anónima solo pueden ser objeto de aporte los bienes o derechos susceptibles de valoración económica».

10 LAROZA, Elías. *Op. Cit.*, p. 280.

relación de acreedor y deudor entre el accionista y la sociedad anónima respecto de los aportes efectuados, ello implica que el accionista tiene derecho al reembolso del valor real de sus acciones cuando se pierda el vínculo social. En efecto, frente al accionista separado o excluido, la sociedad se encuentra obligada a satisfacer el reembolso señalado; igualmente, tratándose de la liquidación del patrimonio social, el accionista tiene derecho al remanente patrimonial en proporción a su participación en el capital social.

Asimismo, al aportarse un bien mueble o inmueble a la sociedad anónima este automáticamente queda a disponibilidad de la misma y se encuentra supeditado a la administración que desempeñen los órganos de la sociedad como la junta general de accionistas, el Directorio (de ser el caso) o la Gerencia General; existiendo la posibilidad de que este bien pueda ser o no utilizado por la sociedad, situación que solo dependerá de la administración; sin embargo, para efectos del cálculo de las acciones en función del aporte, sí será necesaria la valorización de acuerdo a lo establecido en el artículo 74 de la Ley General de Sociedades.

Al respecto el artículo 36[11] del Reglamento de Registro de Sociedades aprobado mediante Resolución n.º 200-2001-SUNARP/SN (en adelante, el Reglamento de Registro de Sociedades) indica que en caso de aporte de bienes o derechos de crédito el informe de valorización debe contener la información suficiente que permita la individualización de los bienes o derechos aportados.

Por individualización se entiende que se busca que la valorización determine un monto numérico que permita a los accionistas identificar el número de acciones del aportante en el pacto social o escritura pública de aumento de capital. Sin embargo, dicho monto no determina la ganancia total que el bien pueda generar a la sociedad, sobre todo tratándose de bienes de capital como muebles o inmuebles que podrían generar ingresos económicos a la sociedad por sobre la valuación del aporte.

Por ello, la valorización no se realiza en función de cuanta rentabilidad pueda generar un bien (ya que eso dependerá de la administración bajo la que se encuentre), sino que esta depende del valor real y actual del mismo y los criterios que se establezcan al realizar el informe de valorización.

3.1. Tipos de aportes conforme a la Ley General de Sociedades

3.1.1. Según el objeto

En el caso de los aportes dinerarios —usualmente utilizados—, el socio aporta cierto monto a la sociedad y a cambio recibe un número de acciones correspondientes al cálculo realizado en función de su monto aportado y el valor nominal de la acción de acuerdo con el estatuto de la sociedad anónima.

Por otro lado, la Ley General de Sociedades destaca que, en el caso de los aportes no dinerarios, estos podrán ser bienes muebles o inmuebles y a su vez brinda la posibilidad de aportar derechos de crédito. A estos tres tipos de aportes no dinerarios, la Ley General de Sociedades le brinda una única exigencia legal: ser un bien susceptible de valoración económica, la cual deberá responder a un informe de valorización que contenga información suficiente que permita la individualización de los bienes o derechos aportados.[12]

---

[11] Ley General de Sociedades
«Artículo 36.- Informe de valorización
En los casos de los aportes de bienes o de derechos de crédito, sin perjuicio de lo exigido por el artículo 27 de la ley, el informe de valorización debe contener la información suficiente que permita la individualización de los bienes o derechos aportados. El informe debe estar suscrito por quién lo efectuó y contendrá su nombre, el número de su documento de identidad y domicilio».

[12] Artículo 36 del Reglamento de Registro de Sociedades, Resolución 200-2001-SUNARP/SN.

3.1.2. Según la modalidad de aporte

El artículo 22 de la Ley General de Sociedades establece que el aporte puede realizarse a título diferente de propiedad, siempre y cuando ello se estipule expresamente; en cuyo caso, la sociedad adquiere únicamente los derechos transferidos a su favor por parte del socio aportante.[13] El citado artículo 22 tiene un contenido general, dentro de la categoría de las reglas básicas de las sociedades, por tanto, es aplicable a toda clase de sociedades, indistintamente si son sociedades capitalistas o personalistas; siendo así, se justifica la posibilidad del aporte a título diferente de propiedad, como en el caso de aporte de servicios, en este supuesto viene al caso precisar si el servicio es personal del socio o si se trata de un servicio real con un bien determinado a fin de que la sociedad se sirva temporalmente de un derecho del bien dado en aporte.

Tratándose del aporte de derechos reales distintos de la propiedad, el artículo 29 de la Ley General de Sociedades establece que un bien puede ser aportado en «uso» o en «usufructo».

3.1.2.1. Aporte en «uso»

En lo que respecta al uso como una forma de aporte de un bien a la sociedad anónima, es necesario desglosar las principales características que distinguen al uso de otros institutos jurídicos semejantes.

El derecho de uso consiste en utilizar un bien no consumible y recoger sus frutos en cuanto estos sean necesarios, sin alterar la sustancia del bien. Es un derecho real de contenido menor que el usufructo y se rige por las reglas del usufructo en cuanto le sean aplicables.[14]

De acuerdo con el Código Civil, el derecho de uso no puede ser materia de ningún acto jurídico salvo la consolidación.[15] Al respecto, la consolidación refiere a un modo extintivo de las obligaciones; podemos citar el caso del derecho de usufructo en el que las calidades de nudo propietario y usufructuario se reúnen posteriormente en este último por haber adquirido la propiedad su anterior titular (acto *inter vivos*),[16] esto sucedería también en el caso del uso y sería posible la consolidación por acto *inter vivos* o por motivo de sucesión testamentaria o intestada.

Respecto a realizar un aporte de bien en «uso» a la sociedad, es claro que esta figura no cabe dentro del supuesto de consolidación al que refiere el artículo 1029 del Código Civil puesto que al realizar un aporte a la sociedad no se extinguen obligaciones, sino más bien nacen nuevas obligaciones con razón de la contraprestación entre el bien aportado y las acciones que le corresponden al socio aportante, puesto que los aportes societarios son necesariamente onerosos y suponen una contraprestación en forma de participaciones en el capital social.

Sumado a ello, el derecho de uso al igual que la habitación son derechos personalísimos e intransmisibles.[17] Es intransmisible en cuanto este derecho recae sobre un bien ajeno no consumible y

---

13 Ley General de Sociedades
«Artículo 22.- Los aportes
[…]
El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere solo el derecho transferido a su favor por el socio aportante. […]».

14 Código Civil
«Artículo 1026.- Régimen legal del derecho de uso
El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título anterior, en cuanto sean aplicables».

15 Código Civil
«Artículo 1029.- Carácter personal de los derechos de uso y habitación
Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación».

16 ALIAGA HUARIPATA, Luis. «Alcance de la consolidación. Comentarios al artículo 1300 del Código Civil». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V (Derechos reales). Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 743-746.

17 VARSI ROSPIGLIOSI, E. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo 2: Posesión y propiedad. Lima: Universidad de Lima, 2018, p. 87.

es de naturaleza temporal, esto es «que subsiste mientras dicho derecho esté vigente y sirva a las necesidades del propio usuario o de su familia»,[18] por lo que, debido a su temporalidad, es un derecho vitalicio que una persona puede ejercer, pero *nunca transmitir a terceros*.

Asimismo, es personalísimo puesto que al ser intransferible solo faculta su ejercicio al titular del mismo, además que el plazo de duración puede estar especificado en el acto constitutivo de origen y si no fuera así, se entenderá que la vigencia del uso será por el tiempo de vida del usuario, extinguiéndose el derecho con su muerte.

Considerando la naturaleza jurídica de este instituto real regulado en el Código Civil y teniendo en cuenta que el derecho societario no es una isla, divorciado del ordenamiento jurídico nacional, es objeto de este estudio analizar la normativa de derecho societario y de derecho común acerca de la viabilidad o inviabilidad de dar en aporte un derecho real de uso.

Veamos algunos escenarios hipotéticos que nos permitan dilucidar acerca de la viabilidad jurídica del «aporte en uso».

a) **El aportante es titular del derecho real de uso**

Si el accionista aportante es titular del derecho real de uso, la ley prohíbe transferir este derecho bajo cualquier forma de disposición a título gratuito u oneroso; por tanto, no puede aportarlo, si lo hace se extingue el derecho de uso. Siendo un derecho real no cesible, la relación entre el nudo propietario y el usuario se mantiene por todo el tiempo que se haya establecido.

Al parecer esa no es la razón de la norma legal bajo comentario; por el contrario, se refiere a la entrega de un bien (mueble o inmueble) a la sociedad, no en propiedad, sino solo para que la sociedad anónima se «sirva del bien». Siendo así, jurídicamente no es viable el aporte del derecho real de uso que el accionista aportante ejerce sobre bien ajeno.

b) **El aportante es propietario del bien aportado**

Respecto a la posibilidad de «aportar en uso» un bien de propiedad del aportante a la sociedad anónima, de igual manera resulta inviable tal aporte por la naturaleza misma de este instituto, por ser un derecho «real gratuito» que se ejerce sobre bien ajeno. Siendo así, la sociedad no debería entregarle acciones al aportante; en este supuesto se desnaturaliza el concepto jurídico de los aportes societarios, los cuales son necesariamente onerosos, porque suponen una contraprestación en forma de participaciones en el capital social, en línea con el criterio teórico de que el capital social no solo es un activo, sino también constituye un «pasivo de la sociedad»; conformado por los aportes de los socios, constituye en sí una deuda de la sociedad a favor de los socios.[19]

En conclusión, debido a la naturaleza jurídica del derecho de uso regulado en el Código Civil, jurídicamente no puede ser materia de aporte de la sociedad anónima y de ninguna otra forma de sociedad civil ni mercantil. Al respecto, el anteproyecto de la Ley General de Sociedades, publicado en el año 2021, ha suprimido toda referencia textual sobre este derecho real.

En lo referente al «aporte en uso» previsto en el artículo 29 de la Ley General de Sociedades, se puede inferir que se relacionaría, más bien, con un supuesto distinto, esto es, la entrega de un bien (mueble o inmueble) para que la sociedad lo pueda «usar» de acuerdo con sus necesidades comerciales, es decir, para que se sirva de él. En tal caso, no habría un aporte del derecho real de uso, sino un aporte en propiedad de la renta que genere el bien del accionista

---

18 VON HUMOLDT, Lucrecia Maisch. *Los Derechos Reales.* Lima: Instituto Pacífico, 2015.

19 GONZÁLES LINARES, Nerio. *Derecho civil patrimonial: derechos reales.* Lima: Jurista Editores, 2012, p. 776.

entregado a la sociedad para que se sirva temporalmente por el plazo convencional. Dicho servicio real aportado tendrá un valor económico, no será gratuito; el cual quedará representado en el capital social de la sociedad anónima. Ese valor económico se determinará, básicamente, por la renta que el socio aportante deje de percibir en dinero, recibiendo a cambio acciones. Siendo así, no es jurídicamente apropiada la denominación de «aporte en uso» contemplada en la Ley General de Sociedades. En definitiva, se trata del aporte real de servicios con un bien determinado.

3.1.2.2. Aporte en usufructo

Todo acto de aporte y disposición de bienes de la sociedad debe realizarse buscando el interés social. Es indudable que, desde un punto de vista jurídico, la sociedad en su calidad de sujeto de derecho tiene un interés propio, distinto al de sus socios, directores o administradores. Este interés se vincula con la realización de actividades económicas específicas.[20]

De acuerdo con lo expuesto, la sociedad acepta como aportes bienes dinerarios o no dinerario en cuanto estos permitan ejercer las actividades y operaciones descritas en su objeto social, acorde con el interés social de la sociedad.

Los artículos 29[21] y 30[22] de la Ley General de Sociedades establecen la posibilidad de «aportar bienes en usufructo» a la sociedad. Sin embargo, la naturaleza jurídica de este instituto real de derecho común parecería ser incompatible con los aportes societarios.

El usufructo es un derecho real de duración limitada que permite usar y disfrutar de una cosa ajena sin alterar su sustancia.[23] Asimismo, de acuerdo con el Código Civil, el usufructo es un derecho que se puede constituir por (i) ley cuando esta expresamente lo determina, (ii) contrato o acto jurídico unilateral y (iii) por testamento.[24] Además, los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, no estando previstos en este, por las disposiciones del Código Civil.[25]

Al respecto, el usufructo es transmisible por acto inter vivos, lo que no impide su disposición vía aporte de acuerdo con la Ley General de Sociedades; siendo así, se presentarían dos situaciones a destacar: (i) el accionista titular del bien fructífero en calidad de nudo propietario solo pierde, temporalmente, el derecho a usar y disfrutar del bien afectado, conservando el *ius abutendi* y (ii) que el accionista usufructuario aporta los frutos generados por un bien de propiedad de tercero.

En el primer supuesto, el accionista «nudo propietario» es quien afecta un bien de su propiedad en usufructo a favor de un tercero; siguiendo este criterio legal, cabe preguntar si es viable o no el

---

20 MONTOYA STAHL, A.; LOAYZA JORDÁN, F. «La determinación obligatoria del Objeto Social: Una regla anacrónica». En *Ius Et Veritas*, vol. 24, n.º51, 2015, pp. 156-172. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15658

21 Ley General de Sociedades
«Artículo 29.- Riesgo de los bienes aportados
El riesgo del bien aportado en propiedad es de cargo de la sociedad desde que se verifica su entrega.
El riesgo del bien aportado en uso o usufructo recae sobre el socio que realiza el aporte, perdiendo la sociedad el derecho a exigir la sustitución del bien».

22 Ley General de Sociedades
«Artículo 30.- Pérdida del aporte antes de su entrega
La pérdida del aporte ocurrida antes de su entrega a la sociedad produce los siguientes efectos:
1. Si se trata de un bien cierto o individualizado, la obligación del socio aportante se resuelve y la sociedad queda liberada de la contraprestación. El socio aportante queda obligado a indemnizar a la sociedad en el caso que la pérdida del bien le fuese imputable;
2. Si se trata de un bien incierto, el aportante no queda liberado de su obligación; y,
3. Si se trata de un bien a ser aportado en uso o usufructo, el aportante puede optar por sustituirlo con otro que preste a la sociedad el mismo beneficio. La sociedad queda obligada a aceptar el bien sustituto salvo que el bien perdido fuese el objete que se había propuesto explotar. En este último caso, el socio aportante queda obligado a indemnizar a la sociedad si la pérdida del bien le fuese imputable».

23 FERRADAS REYES, Moraima. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V: Derechos reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 607.

24 Artículo 1001 del Código Civil peruano.

25 Artículo 1005 del Código Civil peruano.

aporte en favor de la sociedad, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del instituto del usufructo; cuyo objeto es conceder «gratuitamente» al beneficiario los frutos generados por un bien ajeno; esto es, concede el derecho de usar y disfrutar de una cosa «no consumible» con carácter temporal. Siendo así, el usufructo en vía de aporte a favor de la sociedad no condice con la naturaleza jurídica del derecho real de usufructo. En efecto, los frutos y provechos del bien fructífero los percibe el propietario del bien afectado, no los percibe la sociedad, por cuanto, ella compensa al nudo propietario —socio aportante— con títulos valores llamadas acciones.

En definitiva, no es viable el aporte en usufructo de un bien de propiedad del socio aportante puesto que, la sociedad tiene la obligación de hacer participar al aportante en el capital social por el valor dinerario de los frutos representados por acciones nominativas; siendo así, desnaturaliza la figura jurídica del derecho real de usufructo.

La Ley General de Sociedades establece que todo «aporte no dinerario» —incluidos los aportes en usufructo— deberán ser valorizados; sin embargo, los frutos no son de percepción instantánea, se obtienen de manera continuada durante el tiempo convencional establecido en el aporte; siendo así, el valor de los frutos por aportar a la sociedad quedará determinado al momento del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad o de aumento de capital social.

Es cierto que el cálculo de la valorización de los frutos es definitivo; no da lugar a revaluación de los frutos realmente obtenidos por el usufructuario aún, en el caso que se haya establecido convencionalmente en el aporte. En efecto, si el valor de los frutos percibido supera o no, el valor de canje por las acciones nominativas; no es pertinente acordar devoluciones, reintegros, capitalizaciones o reducciones proporcionales del capital social.

Por otro lado, en el «cuasi usufructo», si el socio da en aporte a la sociedad un derecho de usufructo sobre un bien dinerario, es cierto que ello será válido de acuerdo con el Código Civil y la Ley General de Sociedades. Sin embargo, por su naturaleza es obvio que este derecho recae sobre futuros frutos de un bien dinerario, los cuales no podrán ser percibidos ni total ni parcialmente al momento de la firma de la escritura pública, tal como lo exige el artículo 27 de la Ley General de Sociedades.[26] Este requisito genera una limitación en la operatividad de dichos aportes, pues la falta de disponibilidad inmediata de los bienes aportados podría afectar la certidumbre y liquidez de la sociedad receptora al momento de la constitución o del aumento de capital, según sea el caso; no obstante, puede convenirse al efectuarse el aporte.

Otro supuesto similar se presenta en el caso de los flujos generados por fideicomisos, las rentas de capital derivadas del mercado de valores o los ingresos provenientes de instrumentos financieros como fondos de inversión, fondos mutuos u otros como aportar acciones en usufructo. En todos estos casos, los rendimientos generados tampoco podrán ser percibidos de manera inmediata ni total ni parcialmente al momento de la firma de la escritura pública, lo que podría generar incertidumbre respecto a la efectividad y ejecución del aporte. Además, en ambos escenarios, dichos aportes no se alinean completamente con los objetivos que derivan del interés social de la sociedad, ya que la esencia del aporte societario radica en fortalecer la estructura patrimonial y operativa de la empresa de manera efectiva e inmediata en línea con el interés social. Esto marca una identidad fundamental con el supuesto contemplado en el punto (i), donde el aporte no cumpliría con los requisitos legales y con el principio de utilidad inmediata para la sociedad.

Dicho esto, es evidente que el usufructo de bienes dinerarios y no dinerarios (muebles o inmuebles) sujetos a valorización y que resulten útiles para la sociedad en el momento del aporte de capital de los socios, es lo que debe entenderse como aporte en usufructo en una sociedad anónima siempre que esté dentro de los alcances de las normas de derecho común y de la Ley General de Sociedades.

---

[26] Ley General de sociedades
«Artículo 27.- Valuación de aportes no dinerarios
En la escritura pública donde conste el aporte de bienes o de derechos de crédito, debe insertarse un informe de valorización en el que se describen los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor».

Esto se debe a que los montos de valorización no pueden ser simplemente estimables o indeterminados en el tiempo, sino que deben estar plenamente determinados al momento en que se suscribe la escritura pública, conforme a las exigencias legales establecidas. La certeza sobre el valor del aporte es un elemento fundamental para garantizar la seguridad jurídica y contable de la sociedad, evitando posibles conflictos respecto a la composición del capital social.

Tratándose del aporte de la renta generada por un bien inmueble de propiedad del socio aportante, supone que se está aportando un servicio real con un bien determinado, cuyo valor dinerario es representado en la cuenta del capital social. Este supuesto *no constituye aporte en usufructo* porque la referida renta tiene la calidad de frutos civiles, los cuales no son percibidos por la sociedad receptora sino, por el propietario mediante títulos valores llamados acciones.

Respecto del *segundo supuesto* en el que el accionista es el usufructuario que da en aporte los frutos generados por un bien de propiedad de tercero. Es cierto que, el usufructo es «un derecho intransmisible por vía de sucesión o de muerte; en cambio, si lo es por acto *inter vivos*». Siendo así, el aporte de este derecho real es perfectamente viable, de manera que el accionista titular de los frutos de un bien de tercero puede transmitirlo en vía de aporte a favor de la sociedad, quien deberá respetar el plazo del derecho real establecido a favor del aportante, debiendo regresar el bien a su dueño (tercero) al término del plazo concedido en el usufructo.

En ese sentido, el aporte del derecho de usufructo adquirido por un socio sobre un bien de propiedad de un tercero, este aporte será válido siempre que no haya prohibición expresa de transmitirlo.[27] Es decir, el socio podrá aportar dicho derecho siempre y cuando no se haya constituido con el carácter personalísimo, estipulándose la prohibición de transmitirlo.[28]

Por ejemplo, si una persona busca aportar el derecho de usufructo sobre un bien que le fue conferido mediante testamento, habrá que revisar que el contrato de usufructo mediante el cual adquiere dicho derecho no establezca prohibición de trasmitir el derecho, de acuerdo con lo indicado en el artículo 1005 del Código Civil.

El plazo del aporte en usufructo podrá ser igual o menor al establecido en favor del accionista aportante, en consonancia con el adagio jurídico que «nadie transmite mejor derecho que el que tiene» el usufructo puede ser cedido a un tercero con el consentimiento del nudo propietario; de manera que el usufructo establecido a favor del socio aportante puede ser dado en aporte, conforme la normativa comentada del derecho común y de la Ley General de Sociedades. Si el usufructo dado en aporte a la sociedad es por un plazo inferior al establecido en favor del aportante, al término de dicho plazo, la sociedad deberá devolver el bien fructífero al socio beneficiario de los frutos; en cambio, si la cesión es por todo el tiempo de duración del usufructo, la devolución o entrega del bien usufructuado podrá hacerse directamente al nudo propietario.

4. CONCLUSIONES

- La sociedad anónima es un ente jurídico de mayor relevancia para la organización de la actividad empresarial en la economía moderna debido a su carácter capitalista y a la responsabilidad limitada de sus socios. Su naturaleza jurídica abstracta se sostiene en tres elementos esenciales: el «personal», representado por los accionistas; el «material», que corresponde al patrimonio autónomo de la sociedad; y el «fin económico» orientado a la obtención de utilidades mediante el ejercicio de su objeto social. La autonomía patrimonial de la sociedad

---

27 Código Civil
«Artículo 1002.- Transferencia o gravamen del usufructo
El usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa».

28 ARIAS SCHREIBER PEZET, M. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos Reales.* Tomo III. Lima: Normas Legales, 2011.

anónima y la separación entre el capital social y el patrimonio personal de los socios garantizan un esquema de responsabilidad limitada.

- Los aportes en la sociedad anónima no se limitan únicamente al dinero, sino que abarcan una variedad de bienes y derechos susceptibles de valoración económica, como bienes muebles, inmuebles, derechos industriales y títulos valores. La legislación establece que estos aportes deben ser cuantificables en un informe de valorización, asegurando su correcta individualización. La normativa permite diversas modalidades de aporte diferente al aporte en propiedad, buscando garantizar flexibilidad en la estructuración del capital social, sin embargo, estos conceptos encuentran discrepancias normativas entre el derecho societario y el derecho común.

- Teniendo en cuenta que el derecho real de uso es personalísimo e intransmisible, no es jurídicamente posible el aporte bajo esta modalidad. Si el accionista aportante es titular del derecho real de uso sobre un bien de tercero, la ley prohíbe transferir este derecho bajo cualquier forma de disposición a título gratuito u oneroso. De otro lado, no cabe la posibilidad de «aportar en uso» un bien de propiedad del aportante en razón a la naturaleza misma de este instituto, por ser un derecho «real gratuito» que se ejerce sobre bien ajeno. Siendo así, la sociedad no debería entregarle acciones al aportante; en este supuesto se desnaturaliza el concepto jurídico de los aportes societarios, los cuales son necesariamente onerosos, porque suponen una contraprestación en forma de participación en el capital social.

- Aun cuando, la Ley General de Sociedades contempla la expresión de «aporte en uso», lo que realmente se estaría llevando a cabo es el aporte del servicio real con un bien determinado. Esto implica que, desde una perspectiva jurídica, el aporte en uso no es viable; en puridad se trata del aporte de la renta diferida de un bien por el tiempo que dure la entrega convenida entre el aportante y la sociedad anónima.

- Finalmente, el aporte de bienes en usufructo presenta complejidades jurídicas debido a la naturaleza temporal y gratuita de este derecho real. Aunque la Ley General de Sociedades permite los aportes en usufructo, su aplicación en el contexto de una sociedad anónima genera varias dificultades, principalmente por la falta de disponibilidad inmediata de los frutos y la desnaturalización del concepto de aporte societario, dado que este debe ser oneroso. Si bien el usufructo puede ser transmisible, el hecho de que los frutos se perciban gradualmente, y no de manera instantánea, complica la valoración y la operatividad de estos aportes en términos de la liquidez y la certeza sobre el capital social de la sociedad. En definitiva, para que el usufructo sea un aporte viable, debe ajustarse a las normas legales, estar claramente valorizado al momento de la constitución de la sociedad o aumento de capital, y ser compatible con los objetivos de la sociedad, garantizando la seguridad jurídica y contable. Sin embargo, el usufructo sobre bienes de terceros constituido a favor del accionista aportante podría ser un aporte válido, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos por la normativa vigente. Es esencial que no exista ninguna prohibición expresa que impida la transmisión del usufructo. En este sentido, si el usufructo no está condicionado a un carácter personalísimo o a una cláusula que impida su cesión, el accionista podrá aportar dicho derecho real a la sociedad anónima; en cambio, si el aporte recae en bienes de propiedad del aportante el aporte resulta jurídicamente inviable.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA HUARIPATA, Luis. «Alcance de la consolidación. Comentarios al artículo 1300 del Código Civil». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V: Derechos reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos reales*. Tomo III. Lima: Normas Legales, 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley n.° 295*, *Código Civil Peruano*. Lima, 24 de julio de 1984.

DE LA CÁMARA, Manuel. *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1996.

ELÍAS LAROZA, ENRIQUE. *Derecho societario peruano*. Tomo I. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

FERRADAS REYES, Moraima. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V: Derechos reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

GONZÁLES LINARES, Nerio. *Derecho civil patrimonial: derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2012.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley n.° 26887, Ley General de Sociedades*. Lima, 27 de julio de 1997.

MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho Comercial I*. Tomo I. Undécima edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

MONTOYA STAHL, A. y LOAYZA JORDÁN, F. «La determinación obligatoria del Objeto Social: Una regla anacrónica». En *Ius Et Veritas*, vol. 24, n.°51, 2015. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15658

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP), *Resolución n.° 200-2001-SUNARP/SN, Reglamento de Registro de Sociedades*. Lima, 2001.

VARSI ROSPIGLIOSI, E. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo 2: Posesión y propiedad. Lima: Universidad de Lima, 2018.

VON HUMOLDT, Lucrecia Maisch. *Los Derechos Reales*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

LA EVOLUCIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES FRENTE A LA DIGITALIZACIÓN FINANCIERA: UNA MIRADA DESDE EL LEGADO DE ULISES MONTOYA ALBERTI

Kamila Romero Herrera[*]

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el ecosistema financiero ha experimentado una transformación profunda impulsada por la innovación tecnológica. Dentro de este contexto, los títulos valores, instrumentos fundamentales para el dinamismo de las transacciones comerciales en el Perú, no han sido ajenos a estos cambios.

La digitalización financiera y el desarrollo de tecnologías como *blockchain* han redefinido los procesos de estructuración, negociación y ejecución de estos instrumentos, planteando nuevos desafíos y oportunidades para el derecho mercantil.

Este artículo se inscribe en la tradición del pensamiento del maestro Ulises Montoya Alberti, cuya doctrina ha dejado una marca indeleble en el derecho mercantil peruano. Sus aportes sobre los principios de literalidad, autonomía y ejecutividad han sido fundamentales para comprender la naturaleza de los títulos valores. No obstante, el avance tecnológico ha generado la necesidad de reinterpretar estos principios en un entorno digital sin desvirtuar su esencia jurídica.

En este sentido, el presente trabajo persigue un doble propósito. En primer lugar, busca rendir homenaje a la trayectoria del maestro Ulises Montoya Alberti, cuya obra sigue siendo un referente en el estudio del derecho mercantil. En segundo lugar, pretende analizar el impacto de los avances tecnológicos en los títulos valores, así como los retos normativos que surgen para equilibrar la solidez del derecho tradicional con las exigencias de la era digital.

La pregunta central que orienta esta investigación es: ¿Cómo la digitalización y las *fintech* están transformando los títulos valores y de qué manera el derecho debe adaptarse a esta evolución? Abordar esta cuestión implica reflexionar sobre la manera en que los principios tradicionales pueden ser armonizados con la constante innovación tecnológica.

Solo a través de un análisis crítico y propositivo será posible construir un marco jurídico que preserve la seguridad y certeza que históricamente han caracterizado a los títulos valores, al mismo tiempo que responda de manera eficiente a los desafíos del siglo XXI.

2. PALABRAS PARA EL HOMENAJEADO

La evolución de los títulos valores refleja las innovaciones y cambios que se han dado en los ámbitos económico, social y tecnológico, ajustándose a los tiempos y contextos en los que surgen.

Como egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, escribir este artículo no solo es un reto intelectual, sino también un verdadero honor. Es un homenaje al legado del maestro Ulises Montoya Alberti, una figura que ha dejado una huella indeleble en generaciones y cuyo nombre se ha convertido en sinónimo de excelencia en el derecho mercantil peruano.

[*] Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociada en el Área de Derecho Corporativo del Estudio Kerz.

Ulises Montoya Alberti, con su sólida formación tanto en derecho como en economía, ha sido una referencia clave en la doctrina jurídica nacional. Para aquellos que, como yo, compartimos el orgullo de ser sanmarquinos, Montoya Alberti es el ejemplo de lo que aspiramos a ser: un académico y profesional que ha elevado el derecho peruano con su sabiduría, rigor y dedicación.

Su influencia no se limita a las aulas de nuestra alma mater. Las ideas del maestro Montoya Alberti han dejado una marca profunda en todas las instituciones académicas donde tuvo la oportunidad de enseñar, y sus libros siguen siendo una guía esencial para quienes buscamos entender y desarrollar el derecho mercantil.

Como jurista, su enfoque en los principios fundamentales de los títulos valores como la literalidad, autonomía y negociabilidad, no solo ha cimentado las bases de nuestro sistema jurídico, sino que ha fortalecido instrumentos clave para la economía. Cada página de sus obras refleja no solo su erudición, sino también su firme convicción de que el derecho debe evolucionar con los tiempos, pero sin perder su esencia

Este artículo se enmarca en esa tradición, partiendo de los conceptos clásicos defendidos por el maestro Ulises Montoya Alberti para abordar un tema de gran relevancia en la actualidad: el impacto de las *fintech* y la digitalización financiera.

La pregunta que guía este análisis es clara: ¿Cómo adaptar los principios tradicionales de los títulos valores a un entorno digital sin comprometer su esencia jurídica? Este planteamiento nos lleva a explorar nuevas regulaciones y reflexionar sobre cómo equilibrar la rica tradición jurídica con las exigencias de la innovación en nuestra era digital.

3. BREVE BIOGRAFÍA Y LEGADO ACADÉMICO DE ULISES MONTOYA ALBERTI

Ulises Montoya Alberti es una de las figuras más influyentes del derecho mercantil en el Perú. Su trayectoria está marcada por su compromiso con la investigación, la docencia y la práctica profesional. A lo largo de su vida, ha desempeñado roles fundamentales que lo consolidan como un referente en el derecho peruano y latinoamericano.

El legado jurídico de Ulises Montoya Alberti no es solo personal, sino también familiar. Proviene de una tradición de juristas que ha dejado una huella profunda en el desarrollo del derecho en el Perú. Su padre, Ulises Montoya Manfredi, fue un destacado abogado y sentó las bases de esta tradición, que ha perdurado con gran excelencia a través de sus hijos.

Ulises Montoya Alberti continuó con esta herencia, llevándola a nuevas alturas y convirtiéndose en un ícono del derecho mercantil y arbitral, además de ser una fuente de inspiración para todos aquellos que seguimos su ejemplo.

Como presidente de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), Montoya Alberti promovió iniciativas para fortalecer la cooperación jurídica entre los países de la región. Su labor como vicepresidente del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral en 2014 también refleja su compromiso con la integridad y la transparencia en los procesos democráticos del Perú.

En el ámbito profesional, se desempeñó como árbitro comercial en la Cámara de Comercio de Lima, resolviendo disputas con un enfoque basado en la equidad y un profundo conocimiento del derecho arbitral y comercial. Esta labor demuestra su capacidad para aplicar el marco legal de manera práctica, asegurando soluciones justas y eficientes.

Ulises Montoya Alberti también es reconocido por su vasta producción académica. Entre sus obras más destacadas se encuentran *El derecho económico*, *La inflación y el derecho*, *Economía y derecho*, *El*

arbitraje comercial y Derecho comercial y *comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Estos textos reflejan su habilidad para integrar perspectivas jurídicas y económicas, ofreciendo análisis que van más allá de lo meramente legal.

Como docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, su impacto ha sido especialmente significativo. Su legado como formador de generaciones de juristas está reflejado en su título de profesor emérito, reconocimiento otorgado por su dedicación a la excelencia académica y su contribución al desarrollo del derecho en el Perú. Montoya Alberti ha inspirado a numerosos estudiantes a buscar el conocimiento con rigor y a ejercer la profesión con ética y responsabilidad.

En resumen, la vida y obra de Ulises Montoya Alberti representan un modelo de integridad y excelencia en el derecho. Su legado trasciende las aulas y los tribunales, consolidándose como una figura clave para comprender la evolución del derecho mercantil ante los desafíos contemporáneos.

4. LOS TÍTULOS VALORES: APORTES CLÁSICOS DE MONTOYA ALBERTI

Montoya Alberti definió a los títulos valores como documentos esenciales para ejercer los derechos que en ellos se incorporan. Basándose en las teorías de César Vivante y Ascarelli, destacó que estos instrumentos actúan como un puente entre el derecho y las necesidades económicas. Los principios que resaltó son los siguientes:

4.1. Literalidad

Este principio establece que el derecho contenido en el título está limitado a lo que se encuentra expresamente en el mismo. Es decir, el contenido y las condiciones que figuran en el título son los únicos elementos vinculantes para las partes involucradas. Este principio asegura que las partes actúen conforme a lo expresado de manera clara y precisa en el documento, evitando interpretaciones que vayan más allá de lo que está literalmente estipulado.

En ese sentido, «significan que solo lo que resulta de los términos en que está redactado el título determina el contenido, los alcances, los modos de ejercicio de los derechos cartulares. De esta manera, ni el acreedor ni el deudor podrán invocar acciones que no aparezcan del documento».[1]

4.2. Autonomía

Se refiere a la capacidad de cada nuevo tenedor del título para adquirir un derecho independiente del anterior titular. Esto significa que el derecho del nuevo tenedor no se ve afectado por las relaciones previas entre los tenedores anteriores ni por las condiciones de la transmisión del título. Esta característica es esencial en los títulos valores, ya que garantiza seguridad y certeza jurídica en las transacciones comerciales.

4.3. Ejecutividad

Este principio asegura que los títulos valores sean un medio eficaz para hacer valer los derechos en caso de incumplimiento. Permite que el titular solicite de manera expedita una acción judicial para hacer cumplir el derecho establecido, sin necesidad de pruebas adicionales. Esta característica facilita un procedimiento ágil para la recuperación de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones, brindando seguridad a los titulares.

Estos principios, si bien diseñados en un contexto tradicional, son perfectamente aplicables en el entorno digital, siempre que se interpreten a la luz de las nuevas tecnologías y necesidades.

---

1 MONTOYA, U., MONTOYA, U. y MONTOYA, H. *Comentarios a la ley de títulos valores*. Lima: Idemsa, 2012.

5. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

La transformación digital ha impactado profundamente el mercado financiero, modificando la estructura y circulación de diversos instrumentos. Aunque herramientas como las tarjetas de crédito, las transacciones bancarias electrónicas y las billeteras digitales han cobrado gran relevancia, los títulos valores siguen desempeñando un papel fundamental en la economía debido a su fuerza ejecutoria.

La incorporación de tecnologías como la *blockchain* ha permitido desarrollar mecanismos más seguros y eficientes para la negociación de estos instrumentos, garantizando su trazabilidad y autenticidad. Asimismo, la tokenización ha abierto nuevas oportunidades para la representación digital de activos, facilitando su transmisión y respaldo en entornos digitales.

Investigaciones previas han analizado cómo la *blockchain* refuerza la seguridad jurídica de los títulos valores electrónicos. Chaparro, citado en Rincón y Martínez (2023), sostiene que esta tecnología permite registrar de manera inalterable cada modificación o endoso realizado sobre un título valor, asegurando su autenticidad y cumplimiento normativo. De este modo, si un título electrónico se firma nuevamente, su registro en *blockchain* facilitará la verificación de su historial y legitimidad.[2]

En este contexto, la incorporación de innovaciones tecnológicas no solo ha optimizado los procesos financieros, sino que también ha planteado desafíos jurídicos. La adaptación de los principios tradicionales del derecho de cambio y societario a esta nueva realidad resulta clave para lograr un equilibrio entre seguridad, eficiencia e innovación en la regulación de los títulos valores.

6. *BLOCKCHAIN* Y TOKENIZACIÓN

La *blockchain* ha irrumpido con fuerza en los ámbitos financiero y legal, cambiando la manera en que entendemos los conceptos tradicionales del derecho, tales como la literalidad y la autonomía de los títulos valores.

Gracias a la creación de registros digitales inmutables y descentralizados, la *blockchain* está redefiniendo estos principios fundamentales, adaptándolos a las nuevas necesidades del entorno digital y comercial.

Según Rincón y Martínez (2023, p.17), la *blockchain* es una herramienta clave en la negociación de títulos electrónicos, ya que «se concibe como una herramienta eficaz y con plena posibilidad de aplicar en el endoso de títulos electrónicos, lo cual genera importantes ventajas para las partes».

La tokenización, por su parte, permite representar activos reales o virtuales mediante tokens, los cuales pueden ser comprados, vendidos o transferidos instantáneamente, sin la necesidad de intermediarios tradicionales.

De este modo, la *blockchain* influye en los principios clave de los títulos valores de la siguiente manera.

6.1. Literalidad en la era digital

En el contexto digital, el principio de literalidad ha sido transformado gracias a la tecnología de contratos inteligentes *smart contracts*. Estos contratos son programas autoejecutables que operan de forma automática cuando se cumplen las condiciones preestablecidas, sin intervención humana.

---

[2] RINCÓN CÁRDENAS, E. y MARTÍNEZ MOLANO, V. *La negociación de títulos valores electrónicos de manera descentralizada:* blockchain. 2023. https://urosario.edu.co/sites/default/files/2023-11/tic-tank-articulo-blockchain.pdf

Así, las condiciones del título o acuerdo se reflejan de manera literal y no pueden ser modificadas una vez establecidas, lo que asegura que lo pactado se ejecutará de forma inmediata y transparente. Este mecanismo no solo garantiza que el contenido coincida fielmente con lo acordado, sino que refuerza la seguridad jurídica, ya que cualquier intento de alteración del acuerdo quedaría registrado de manera irreversible y pública en la *blockchain*. De esta manera, cualquier modificación será identificada como una versión diferente, preservando la integridad del acuerdo.

Los contratos inteligentes implementados sobre *blockchain* también permiten verificar los términos de un acuerdo sin necesidad de intermediarios, lo que ahorra tiempo y reduce costos. Tal como señalan Tapscott y Tapscott, *blockchain* permite la creación de «registros inviolables»[3] que aseguran la exactitud de los acuerdos, lo que representa un concepto fundamental para garantizar la integridad de las transacciones.

6.2. Autonomía de los títulos digitales

La autonomía de los títulos valores en la era digital ha sido reforzada por la tecnología *blockchain*. Cada token emitido en una red *blockchain* es único e intransferible, otorgando un derecho independiente a su titular.

Esto significa que el nuevo propietario de un token adquiere un derecho vinculado exclusivamente al registro de la transacción en la cadena de bloques, sin depender de las condiciones o disputas de propietarios anteriores. Además, la transferencia de tokens se realiza de manera inmediata, eliminando la necesidad de largos procesos de verificación o intervención de terceros y aumentando la seguridad de las operaciones.

A diferencia de los títulos valores tradicionales, que pueden requerir validaciones adicionales, los tokens digitales permiten transacciones rápidas y seguras gracias a la descentralización y el cifrado propio de la *blockchain*. Según Mougayar, la tokenización de activos facilita la transferencia de propiedad, tanto de bienes tangibles como intangibles, representando una «revolución en la propiedad y el intercambio».[4]

Cabe destacar que la tokenización no se limita únicamente a los títulos valores tradicionales, sino que también se aplica a activos físicos, como bienes raíces, acciones o incluso arte digital.[5] En este sentido, los tokens no solo representan el valor de un bien, sino que también pueden conferir derechos adicionales, como acceso a servicios o participación en una comunidad.

Esta característica otorga a los títulos digitales una gran flexibilidad y capacidad de adaptación, diferenciándolos de los títulos desmaterializados tradicionales. Aunque estos últimos ya permiten una gestión electrónica eficiente, los títulos basados en *blockchain* añaden nuevas capas de seguridad, transparencia y mediante contratos de automatización inteligentes. Además, se reduce aún más la necesidad de intermediarios, agiliza la ejecución de derechos asociados al título y amplía su aplicabilidad en mercados globales sin depender de infraestructuras centralizadas.

7. RETOS JURÍDICOS

La aparición de nuevas tecnologías como *blockchain*, contratos inteligentes y tokenización plantea una serie de retos jurídicos que deben ser abordados para asegurar un entorno seguro y justo tanto para

---

3 TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex. Blockchain *Revolution: How the Technology behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. New York: Penguin, 2016.

4 MOUGAYAR, William. *La cadena de bloques empresarial: promesa, práctica y la revolución de 100 años.* Wiley, 2016.

5 Como ejemplo de un token de arte digital, se destaca la venta realizada por *La Belvedere*, que permitió a los compradores poseer una parte digitalizada de una obra icónica a través de tokens, ofreciendo así una nueva forma de inversión en el mercado del arte. En este caso, *La Belvedere* creó una copia en alta resolución de la pintura *'El Beso'* y la dividió en un rompecabezas de 10.000 cuadrículas únicas, cada una a la venta por separado a un precio de 1.850 euros.

consumidores como para empresas. Entre los desafíos más significativos se destacan tres aspectos fundamentales: el reconocimiento normativo, la protección del consumidor y la interoperabilidad.

7.1. Reconocimiento normativo

Uno de los desafíos más urgentes a nivel global es la adaptación del marco legal para reconocer la validez de los títulos y contratos digitales. Es crucial que los ordenamientos jurídicos les otorguen la misma seguridad y efectos legales que a sus equivalentes tradicionales.

Sin un respaldo normativo claro, la ejecución de estos instrumentos en procesos judiciales o en mecanismos de resolución de disputas se vuelve incierta. Este vacío puede frenar el desarrollo de los mercados digitales y generar inseguridad entre los participantes. Algunos países han avanzado en esta dirección, como Estonia, que ha sido pionera en la validación legal de documentos digitales.[6]

7.2. Protección del consumidor

Otro reto significativo es la protección del consumidor en un entorno digitalizado. Con la creciente adopción de tecnologías emergentes, los usuarios se exponen a nuevos riesgos, como fraudes digitales y errores tecnológicos que pueden afectar sus derechos.

Las garantías legales claras y accesibles son imprescindibles para garantizar que los consumidores puedan hacer frente a estas amenazas. La falta de un marco adecuado de protección del consumidor puede generar desconfianza y desinterés en el uso de plataformas digitales.

En el contexto de la tokenización y los contratos inteligentes, es esencial que existan mecanismos para la reparación de daños en caso de fallos tecnológicos o fraudes. De acuerdo con Acurio, experto en delitos informáticos, explica que «es indispensable que los usuarios cuenten con herramientas jurídicas que les permitan identificar y recurrir ante situaciones de abuso o fraude digital».[7]

La regulación de la protección del consumidor debe adaptarse rápidamente a las nuevas formas de interacción digital para garantizar la integridad de las transacciones y la confianza en el mercado.

7.3. Interoperabilidad

Finalmente, un desafío emergente en el ámbito de las tecnologías financieras es la interoperabilidad entre plataformas digitales y sistemas financieros tradicionales. En este sentido, la interoperabilidad se refiere a la capacidad de diferentes plataformas y sistemas para comunicarse entre sí, de manera fluida y sin barreras.

Este tema cobró relevancia especialmente en el campo de la banca digital, donde ya se reconoce el derecho de los usuarios sobre la propiedad de su información y la posibilidad de transferirla de una entidad financiera a otra.

Según Pablo Sanguinetti, experto argentino en derecho financiero, «la interoperabilidad no solo se trata de la compatibilidad técnica entre plataformas, sino también de la adaptación regulatoria que permita la integración de los sistemas financieros tradicionales con las nuevas soluciones digitales».[8]

---

6 ACADEMIA DE GOBERNANZA ELECTRÓNICA. *e-Estonia. La e-Gobernanza en la práctica*. s. f. https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/viewer/e-Estonia-la-e-gobernanza-en-la-practica.pdf

7 ACURIO DEL PINO, Santiago. *Delitos informáticos: generalidades*. Organización de los Estados Americanos, 2013. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

8 FILLOTTRANI, Pablo; LINARES LEJARRAGA, Sebastián; Cledou, María Guillermina y ESTEVEZ, Elsa. *Portugal, el salto a la transformación digital*. Caracas: CAF. 2021. https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1801

La interoperabilidad es esencial para evitar la creación de barreras operativas que puedan obstaculizar el desarrollo de un mercado financiero más inclusivo y eficiente. Las plataformas tecnológicas deben ser compatibles con los sistemas financieros tradicionales, permitiendo a los usuarios transferir su información de manera segura y sin restricciones.

8. OPORTUNIDADES

8.1. Transparencia

La trazabilidad inherente al *blockchain* reduce riesgos de fraude. *Blockchain* es una tecnología que ofrece un registro descentralizado e inmutable, lo que asegura una trazabilidad completa de todas las transacciones.

Esta característica reduce considerablemente los riesgos de fraude, ya que las transacciones son verificadas por una red de nodos antes de ser registradas de manera definitiva.

Según un estudio de «la naturaleza de los registros públicos en *blockchain*, donde las transacciones son verificadas por consenso, facilita la auditoría y reduce las oportunidades de manipulación fraudulenta».[9]

8.2. Accesibilidad

La tokenización permite que más personas accedan a instrumentos financieros complejos. La tokenización es un proceso en el cual activos tangibles o intangibles se representan digitalmente en la *blockchain*, lo que permite que personas de diversas partes del mundo puedan acceder a instrumentos financieros complejos, como bienes raíces o acciones.

Esta democratización de los activos financieros es especialmente relevante para las personas que no tienen acceso a los mercados tradicionales. Según el informe de PwC sobre el impacto de *blockchain* en las finanzas, «la tokenización de activos financieros y bienes raíces a través de *blockchain* facilita el acceso a instrumentos que antes eran inaccesibles para muchos, promoviendo la inclusión financiera».[10]

8.3. Eficiencia

La digitalización destaca por su principal característica, la reducción de costos operativos y aceleración de las transacciones. En ese sentido, la *blockchain* mejora la eficiencia, debido a que elimina intermediarios y simplifica procesos de verificación en las transacciones. Ello no solo reduce los costos operativos, sino también acelera la ejecución de las transacciones, haciéndolas más rápidas y menos costosas.

Según el Foro Económico Mundial, «el uso de *blockchain* permite que las transacciones sean procesadas de manera más rápida y con menos costos administrativos, lo que aumenta la eficiencia en diversos sectores, desde las finanzas hasta la cadena de suministro».[11]

---

9 KOLDOVSKIY, Maksym; PROKOPENKO, Ihor; KHALILOVA, Mariam; ORAZBAYEVA, Samal y MACHADO, José. *Desarrollo de la tecnología* blockchain *en la contabilidad financiera*. MDPI. 2024. https://www.mdpi.com/2079-3197/12/12/250

10 PWC. Blockchain *is here. What's your next move?* 2022 https://www.pwc.com/gx/en/services/consulting/blockchain.html

11 FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *The new value creators: How* blockchain *is transforming business models*. 2022. ttps://www.weforum.org/reports/the-new-value-creators-how-blockchain-is-transforming-business-models

9. PROPUESTAS PARA UN DERECHO FINANCIERO INTEGRADOR MODERNO

El futuro del derecho financiero requiere un enfoque integrador que combina tradición e innovación. Enfocando la creciente adopción de tecnologías emergentes, como la *blockchain*, la tokenización y los contratos inteligentes, debido a que es crucial que el marco jurídico evolucione para incluir estos avances sin perder de vista los principios fundamentales del derecho financiero.

A continuación, algunas propuestas clave que podrían contribuir a esta integración.

9.1. Armonización e innovación normativa

9.1.1. Modificación de la Ley de Títulos Valores (Ley n.° 27287) para incorporar definiciones precisas de activos digitales y títulos valores electrónicos

Si bien la regulación actual contempla los títulos valores desmaterializados, aún no existe un marco normativo que aborde de manera específica los títulos valores basados en *blockchain*. A medida que los activos digitales, como criptomonedas y tokens, se vuelven más comunes en los mercados financieros, resulta fundamental actualizar la legislación para reconocer su naturaleza y funcionamiento dentro del sistema jurídico.

Según el Foro Económico Mundial,[12] la falta de definiciones claras sobre estos activos puede generar incertidumbre legal y frenar su adopción generalizada. En este sentido, establecer un marco normativo que contemple expresamente los títulos valores permitirá brindar mayor seguridad jurídica a inversionistas, empresas y demás actores del mercado, asegurando que estas innovaciones tecnológicas se desarrollarán dentro de parámetros legales claros y predecibles

De esta forma, los títulos valores electrónicos jugarían en un mercado respaldado por seguridad jurídica respecto a su estructuración, negociación y ejecución, pues sin este reconocimiento esta última particularidad no podría ser aplicable, que es el factor más importante por el cual resalta y a la fecha el título valor tiene gran presencia en el mundo financiero.

9.1.2. Promover la interoperabilidad entre sistemas tradicionales y digitales con relación a los títulos valores digitales

La implementación del *open banking* en el Perú ha marcado un hito en la modernización del sistema financiero, promoviendo la interoperabilidad entre bancos y otros actores del mercado. Este modelo, que permite el intercambio seguro de información financiera con el consentimiento de los usuarios, está en una fase inicial, con miras a evolucionar hacia un ecosistema de *open finance* más amplio e inclusivo.

El Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) ha establecido regulaciones clave para fomentar la interoperabilidad en los servicios de pago. En particular, la Circular No. 0024-2022-BCRP detalla los lineamientos para la integración de sistemas de pago interoperables, garantizando mayor eficiencia y seguridad en las transacciones digitales.[13] Asimismo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) ha destacado la importancia del *open banking* para incentivar la competencia y mejorar la oferta de servicios financieros en el país.[14]

---

12 *Ibidem*.

13 BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ (BCRP). *Circular n.° 0024-2022-BCRP - Reglamento de Interoperabilidad de los Servicios de Pago.* 2022.

14 SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP (SBS). *Banca Abierta: un reto para la innovación en el sistema financiero.* 2023.

Sin embargo, el avance hacia un modelo financiero digital más integrado no puede limitarse solo a los medios de pago. Es fundamental que la normativa sobre interoperabilidad también contemple los *títulos digitales*, especialmente aquellos que se negocian mediante tecnologías como la *blockchain*. Estas plataformas ofrecen ventajas significativas en términos de trazabilidad, seguridad y reducción de costos operativos en la emisión y gestión de títulos de valores.

Si bien en otros países ya se han dado pasos hacia la regulación de estos instrumentos, en el Perú aún no existe un marco específico que permita su total integración dentro del sistema financiero digital. La ausencia de normativas claras sobre la tokenización de activos y su interoperabilidad con los sistemas tradicionales puede generar incertidumbre jurídica y frenar su adopción a gran escala.

Por ello, resulta indispensable que las autoridades financieras continúen avanzando en normativas que no solo promuevan la interoperabilidad en los pagos digitales, sino que también reconozcan y regulen los títulos valores digitales. La evolución hacia un *open finance* que abarque estos instrumentos permitirá una integración más completa del ecosistema financiero digital, asegurando mayor transparencia, seguridad y accesibilidad para los inversores y participantes del mercado.

9.1.3. Regular las plataformas tecnológicas para garantizar su cumplimiento con estándares jurídicos claros

La regulación de las plataformas tecnológicas es clave para asegurar que innovaciones como los intercambios de criptomonedas operen de manera transparente y bajo un marco legal definido. Sin una normativa clara, estas plataformas pueden volverse vulnerables a riesgos como fraudes, lavado de activos o manipulación de mercado.

El *Banco de Pagos Internacionales*[15] advierte que «la falta de regulación ha facilitado la proliferación de plataformas sin supervisión adecuada, aumentando los riesgos de fraude y malas prácticas. Una regulación efectiva fortalecería la confianza del público y garantizaría que estas plataformas cumplan con principios jurídicos fundamentales».

10. CONCLUSIONES

Las transformaciones que trae la digitalización financiera exigen una revisión profunda de los fundamentos tradicionales del derecho de los títulos valores. *Ulises Montoya Alberti* sentó las bases para comprender estos instrumentos, y su doctrina sigue siendo esencial, siempre que se adapta al nuevo escenario tecnológico. La *blockchain*, la tokenización y otras innovaciones han demostrado que pueden fortalecer la seguridad y eficiencia en las transacciones, pero su implementación conlleva desafíos normativos que no pueden ser ignorados.

El derecho financiero peruano tiene la oportunidad y la necesidad de evolucionar bajo un enfoque integrador, donde la tradición jurídica y la innovación tecnológica coexisten de manera armónica. No se trata solo de actualizar normas, sino de transformar la práctica jurídica, incorporando herramientas como contratos inteligentes y activos digitales en el análisis jurídico.

Para lograrlo, es indispensable una mayor colaboración entre reguladores, abogados y actores del sector tecnológico, con el fin de construir un marco legal que brinde seguridad sin obstaculizar el desarrollo de nuevos modelos financieros. El reto no es elegir entre lo tradicional y lo innovador, sino encontrar el equilibrio que permita consolidar un sistema financiero moderno, confiable e inclusivo.

Esta no discusión debe quedarse en el ámbito académico o regulatorio. Es un llamado a la acción para que el derecho financiero en el Perú no solo acompañe la transformación digital, sino que la impulso con reglas claras y eficientes.

---

15 BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES. *Cryptoassets and financial markets: Risks and opportunities*. 2022. https://www.bis.org

11. BIBLIOGRAFÍA

ACURIO DEL PINO, Santiago. *Delitos informáticos: generalidades*. Organización de los Estados Americanos, 2013. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ (BCRP). *Circular n.° 0024-2022-BCRP - Reglamento de Interoperabilidad de los Servicios de Pago.* 2022.

BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES. *Cryptoassets and financial markets: Risks and opportunities*. 2022. https://www.bis.org

COMISIÓN EUROPEA. *Finanzas y regulación digital: equilibrio entre innovación y protección.* 2020. https://finance.ec.europa.eu

DELOITTE. *La industria legal y la transformación digital: abrazando la innovación en el derecho.* 2022. https://www.del.com/global/d-transformar-li

FACULTAD DE DERECHO DE HARVARD**.** *Principios jurídicos y tecnología: cerrando la brecha entre tradición e innovación.* s. f. https://s.harv.mi/F/salir/archivos/brida.pd

FILLOTTRANI, Pablo; LINARES LEJARRAGA, Sebastián; Cledou, María Guillermina y ESTEVEZ, Elsa. *Portugal, el salto a la transformación digital*. Caracas: CAF. 2021.

FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *The new value creators: How* blockchain *is transforming business models*. 2022. https://www.weforum.org/reports/the-new-value-creators-how-blockchain-is-transforming-business-models

Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT). Blockchain *y el futuro de los mercados financieros.* 2022. https://www.mit.e

KOLDOVSKIY, Maksym; PROKOPENKO, Ihor; KHALILOVA, Mariam; ORAZBAYEVA, Samal y MACHADO, José. *Desarrollo de la tecnología* blockchain *en la contabilidad financiera*. MDPI, 2024. https://www.mdpi.com/2079-3197/12/12/250

MONTOYA, U., MONTOYA, U. y MONTOYA, H. *Comentarios a la ley de títulos valores*. Lima: Idemsa, 2012.

MOUGAYAR, William. *La cadena de bloques empresarial: promesa, práctica y la revolución de 100 años.* Wiley, 2016.

PWC. Blockchain *is here. What's your next move?* 2022. https://www.pwc.com/gx/en/services/consulting/blockchain.html

RINCÓN CÁRDENAS, E. y MARTÍNEZ MOLANO, V. *La negociación de títulos valores electrónicos de manera descentralizada:* blockchain. 2023. https://urosario.edu.co/sites/default/files/2023-11/tic-tank-articulo-blockchain.pdf

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP (SBS). *Banca Abierta: un reto para la innovación en el sistema financiero.* 2023.

TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex. Blockchain *Revolution: How the Technology behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. New York: Penguin, 2016.

PRECEDENTES DE UN VALOR REPRESENTADO POR ANOTACIÓN EN CUENTA: LA FACTURA NEGOCIABLE

Héctor Raúl Huaranga Navarro[*]

1. EL PROYECTO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN PARA AMÉRICA LATINA (INTAL)

Conforme lo señalan Rendón y Vargas (2017, pp. 8-12), el Instituto de Investigación para América Latina (Intal), con el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), elaboró un proyecto de ley de títulos valores para ser aplicado de manera uniforme en América Latina, buscando su homogenización, el cual consideró por primera vez a la factura cambiaria, señalando que dicho instrumento no era de uso común en América Latina, pero que sí lo era en Centroamérica, siendo la excepción Brasil, donde *la duplicata* se usaba con mucho éxito, y en Argentina, donde la factura de crédito tenía una aceptable regulación normativa. El proyecto de Intal definió la factura cambiaria como un título valor que tiene su origen en la compraventa de mercancías, en la cual el vendedor debía entregar al comprador la factura comercial y una copia de ella identificada como factura cambiaria, y esta última debía ser devuelta al vendedor debidamente aceptada, la que debería tener como sustento una venta real o simbólica, aceptación que ponía al vendedor en situación de tenedor de buena fe del título valor, y si el comprador no aceptaba la factura cambiaria en el término de cinco días, esta era considerada aceptada. En cuanto a los requisitos formales, el proyecto propuso la inclusión de la denominación respectiva a la copia, la relación de mercaderías materia de compraventa con indicación de los precios y lo más importante era la aceptación, debiendo ser firmado este instrumento por el vendedor y el comprador, indicándose en el mismo el vencimiento y el lugar de pago entre otros. De igual manera se establecía que en caso de incumplimiento de estos requisitos, que constituían a la factura cambiaria como título valor, esta perdía su carácter cambiario, pero no quedaba invalidada como factura comercial, habida cuenta de que era la constancia del negocio jurídico en virtud del cual se emitió la factura cambiaria.

El proyecto de Intal precisó las siguientes disposiciones para la factura negociable: a) no puede usarse en la compraventa de entregas aplazadas de mercadería, ya que este título valor de crédito no tiene una autonomía, por lo que se necesita de una compraventa real; y, b) no es un título representativo de mercaderías, solamente prueba la realización de un contrato de compraventa a crédito de mercaderías. De este modo, el proyecto Intal creó las bases de un instrumento negociable muy importante para nuestra época en la cual el tráfico comercial se viene acentuando por la gran demanda de bienes finales de consumo, de este modo se pensó dotar de capital, sobre todo a las pequeñas y microempresas, cuyo acceso al sistema financiero es bastante limitado; sin embargo, a pesar de ser este título valor de crédito una novedad y ofrecer muchas ventajas, se esperaba que tuviera una mayor aceptación dentro del tráfico comercial en los países de América Latina. Pero esto no fue así debido a las tradicionales formas de comercialización y los usos y costumbres de cada país.

2. LA *DUPLICATA* (DUPLICADO) EN BRASIL

Para Bulgareli (1978, pp. 163-170), la *duplicata* brasileña es un documento que toma este nombre porque, precisamente, se trata de una copia adicional a la factura comercial, cumpliendo así el formato un doble propósito: servir como comprobante de pago y también como título valor representativo de

[*] Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho por la UNMSM. Docente universitario en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Autor de artículos de su especialidad.

derechos de crédito. La *duplicata* se utiliza en Brasil desde el año 1850 y estaba regulada por su Código de Comercio en su artículo 219 como «factura consagrada», posteriormente fue modificada por la Ley 5.474 del 18 de julio de 1968, norma que obligaba a los vendedores a entregar al comprador la factura comercial reservando para sí el duplicado, el cual era la constancia de la entrega de la mercadería, pero debería tener la firma del comprador y el vendedor para que tenga mérito ejecutivo, y es en virtud de ella que el acreedor podía solicitar la entrega de la mercadería o solicitar la declaración de quiebra del deudor o exigir su pago, podía también ingresarlo a una línea de descuento bancaria.

Calle (1973, pp. 94-99), analizando la *duplicata*, señala que este instrumento alcanzó un notable desarrollo en muchas de las actividades económicas en Brasil por su gran aceptación, incluso se extendió a actividades de servicios en general y en el campo inmobiliario, tan es así que en la medida en que iban construyendo los pisos de un edificio, los constructores emitían a los adquirientes de los futuros departamentos o de los que ya estaban siendo entregados a sus propietarios, las facturas con su respectiva *duplicata*, las cuales eran entregadas a los bancos en líneas de descuento con lo que conseguían la liquidez necesaria para seguir edificando, de tal manera que dichos valores circulaban con gran velocidad en el sistema económico brasileño, puesto que era el título de mayor aceptación y circulación, llegando incluso a sustituir al *saque* o letra de cambio debido a que era de fácil circulación, ya que bastaba el endoso para que circule, solo que el comerciante que emitía la *duplicata* debía llevar un libro o registro de *duplicatas*, incluso los juristas brasileños llegaron a considerarlo como un puente entre la vieja letra de cambio, que era un documento que se emitía como anexo del contrato de cambio, y la letra de cambio tal como la conocemos hoy que es un título valor, y su éxito se debió a que es un título cambiario causado, ya que al emitirse la causa queda probada, sin que pueda ser cuestionada posteriormente exigiendo pruebas o alegaciones ante los tribunales. Es por esa razón que se convirtió en el principal título del derecho brasileño, sustituyendo a los principales documentos comerciales como la letra de cambio y el pagaré, ya que tenía más seguridad.

La naturaleza jurídica de la *duplicata* era la de ser un título valor de contenido crediticio y causal, donde la causa se encuentra inserta en el documento, y funciona como prueba plena, tan es así que no admite discusión en los tribunales, es por esa razón que la *duplicata* solamente podía ser girada en casos de compra venta efectivas, además era una copia de la factura comercial, donde la mercadería tenía que ser entregada al comprador, es así que el vendedor resulta ser al mismo tiempo el girador y el beneficiario frente al aceptante, así tenemos que el vendedor gira la *duplicata* y la entrega al comprador junto con la factura comercial, o se la remite para que devuelva la *duplicata* aceptada con su firma, para lo cual tenía un plazo de cinco días, de lo contrario era considerada rechazada. El carácter causal de la *duplicata* no afectaba los principios de literalidad, autonomía, legitimación e incorporación que deberían tener los títulos valores, toda vez que la causa que generaba su emisión era indiscutible, se daba por satisfecha y cumplida, tan es así que cuando circulaba, los tenedores podían atenerse confiadamente a lo estipulado en el título aceptado por el comprador a crédito, porque era una operación real y eso le daba garantías al tenedor, por esa razón este instrumento circulaba con absoluta confianza.

Los requisitos esenciales de la *duplicata*, teniendo en cuenta que es una copia más de la factura comercial, se diferenciaba de la factura comercial en que este formato adicionado debía llevar la denominación de factura cambiaria de compraventa, y debía indicarse el número de orden que le correspondía, el cual difería del número de la factura comercial. Por lo demás, al ser una copia más, tenía el nombre y domicilio del comprador, la relación de la mercadería vendida con indicación del precio unitario y el precio total, y una constancia de su entrega real y la forma de pago, además debía estar firmada por el girador, que en este caso era el vendedor, y el aceptante, que era el comprador de la mercadería a crédito, es así que no podía girarse al portador ni podía tener aval, y si no cumplía con estos requisitos, no tenía la calidad de título valor, pero tampoco perdía su valor ya que podía demandarse en la vía ordinaria utilizándola como prueba de la deuda existente. Su circulación era por endoso, en este sentido podía endosarse en propiedad, en procuración, en prenda, o en blanco, incluso podía insertarse la cláusula no negociable. En cuanto a su forma de pago, esta podía ser en total o por cuotas, indicándose en el mismo título valor el pago parcial realizado con indicación de la fecha de pago y otorgándose el respectivo recibo por el pago parcial realizado, en tal sentido también debía tener la fecha de vencimiento para el pago.

3. LA FACTURA DE CRÉDITO EN ARGENTINA

Los tratadistas Paolantonio y Bergel (1997, pp. 1361-1370) analizan la factura de crédito precisando que ante el fracaso de la factura conformada en Argentina, la cual estaba regulada por el Decreto Ley 6601/63 del año 1963, modificada más adelante por la Ley 24.064, se creó la factura de crédito por medio de la Ley 24.760 del 9 de enero de 1997, intentando lograr aceptación en su uso como un título valor del crédito comercial, y de este modo resolver situaciones no deseadas que perjudicaban sobre todo al sector de las pequeña y micro empresa (pyme), como es el caso de altas tasas de interés activas, la concentración del crédito en favor de las grandes empresas, altos márgenes de intermediación financiera, y diferencias regionales en la asignación del crédito que perjudicaban a las provincias del interior de país, a lo que se sumaba las malas prácticas comerciales consistente en obligar a los vendedores a otorgar plazos largos de financiamiento, negándose la aceptación de los títulos valores, situación que no permitía tener certeza en el cumplimiento de los plazos pactados, siendo popular la afirmación de que la pyme y los productores financian a las grandes empresas con sus créditos comerciales, y fue precisamente para corregir estos problemas de financiamiento de los productores y pymes, y las distorsiones del crédito comercial que los legisladores consideraron necesario crear un título valor para el crédito comercial. Es así como va a ser modificado el Código de Comercio argentino para introducir un nuevo título valor denominado la factura de crédito, de este modo dicho documento queda creado como un título valor cambiario.

La factura de crédito viene a ser un instrumento que incorpora una obligación de pago que generalmente debía ser cancelada a corto plazo y además era negociable, ya que podía circular, además eran individuales o privadas, en eso se diferenciaban de los títulos en serie como las acciones o los valores negociables, de tal manera que tenía similitud con el pagaré, el cheque, la letra de cambio y la letra hipotecaria, y en su estructura debían estar presentes tres partes intervinientes: el librador, el girado y el tomador o beneficiario, y no se requería que las tres partes fueran tres personas distintas ya que el librador podía ser al mismo tiempo el tomador o beneficiario, donde el librador era el vendedor de la mercadería y el girado el que la compraba a crédito, quien necesariamente debía aceptar la factura de crédito. Para que tenga validez la factura de crédito, era obligatorio el libramiento y la aceptación, para lo cual debería concurrir las siguientes circunstancias: a) que exista la obligación forzosa de emitir factura; b) que se trate de una compraventa de bienes muebles, de servicio o de obra; c) que el pago se realice después de efectuada la venta, prestado el servicio o realizada la obra; c) que las partes contratantes domicilien en Argentina; que el comprador destine a un uso comercial el bien inmueble, servicio u obra que adquirió. En este marco, se reguló la obligación forzosa de emitir la factura de crédito en todas las operaciones a crédito, lo cual era sancionado con una multa en caso de que no se realizara esta, además se consideraba la inexistencia de la compraventa, ya que no había la posibilidad de probar por otros medios la existencia de compraventa. En cuanto a la aceptación, el girado podía oponerse en determinados casos, como es el caso en que la mercadería haya sufrido un daño y el riesgo no haya sido asumido por el comprador; también en caso de diferencias, defectos o vicios en la calidad o cantidad de la mercadería; y cuando los precios y plazos sean diferentes a los acordados por las partes. La aceptación era un requisito para la validez de la factura de crédito, y esta podía ser realizada por cualquier empleado o trabajador del comprador o locatario, sin importar su jerarquía en el trabajo, ya que por mandato legal se establecía dicha representación, de tal manera que el girado debía controlar bien a sus empleados si no quería obligarse en algo que no deseaba.

En cuanto a los requisitos formales que debía tener la factura de crédito, sin lo cual no tendría validez cambiaria, era la de tener preimpreso en el documento la denominación de «factura de crédito» y no se admitían denominaciones similares o equivalentes. También debía tener el vencimiento a día fijo, siendo esta la única forma permitida en este título valor. Asimismo, debía figurar la identificación, firma y domicilio del vendedor y del comprador o del locador y el locatario, también el lugar de pago, y a falta de este este requisito se consideraba como lugar de pago el domicilio del vendedor o locador. El monto a pagar debía figurar en número y letras con indicación del tipo de moneda, y a falta de indicación del tipo de moneda se consideraba puesta la moneda nacional, y si el pago debía hacerse en cuotas, debía emitirse una factura de crédito por cada cuota que tenía que pagar el obligado, en el texto de la factura debía haber una leyenda en la cual debía expresarse que la firma del comprador o

locatario es de carácter irrevocable en cuanto a la aceptación del contenido y reconocimiento de la obligación de pago. La omisión de cualquiera de estos requisitos le quitaba validez cambiaria a la factura de crédito. La factura de crédito podía circular vía endoso sin limitación alguna, para lo cual debía contar con el requisito de haber sido aceptada, pero si el aceptante o un endosante prohibían su circulación por medio del endoso, en este caso podía circular por medio de una cesión de créditos. Debe resaltarse que el endosante por mandato legal era garante del pago, salvo cláusula que estipule lo contrario.

La acciones cambiarias que podían realizarse por una factura de crédito, era la acción cambiaria directa contra el aceptante y los endosantes, y la acción de regreso contra los otros obligados, para lo cual el requisito era el incumplimiento del pago a su vencimiento, no obstante, podía ejercitarse las acciones cambiarias antes del vencimiento del plazo para su pago, el cual podía realizarse en los siguientes supuestos: primero, si el comprador o locatario era declarado en situación de concurso o quiebra, en este caso para que proceda la demanda en forma anticipada, había que presentar la resolución judicial que declaraba al obligado en situación de concurso; y, segundo, en caso los bienes del obligado eran embargados, en cuyo caso había que acompañar el acta judicial de embargo. La prescripción de las acciones cambiarias derivada de la factura de crédito, en el caso de la acción directa contra el aceptante, ocurría a los tres años de la fecha de vencimiento, y al año contra el librador y los endosantes, y la acción de regreso contra el vendedor o endosante que pagó la factura de crédito prescribía a los seis meses a partir del día en que se efectuó el pago.

4. LA FACTURA CAMBIARIA EN COLOMBIA

En Colombia, Rengifo y Nieto (2010, pp. 121-157) señalan que mediante decreto 140 del año 1971 se creó la factura cambiaria como un documento muy diferente a la factura comercial, ya que no se emitía en forma simultánea sino por separado, es decir, la factura comercial que tiene fines tributarios era un documento muy diferente a la factura cambiaria que era otro documento que se emitía por la venta de mercaderías con la finalidad de garantizar su pago, en este caso, el comprador debía aceptar la factura cambiaria al margen de la factura comercial para que este tenga la calidad de título valor, y solamente estaba permitida su emisión en el caso de compraventa de mercadería, mas no así en otros casos.

Es así que los comerciantes tenían dos dificultades al momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones de pago de sus créditos: cuando tenían la calidad de vendedor, la primera de ellas consistía en que debían entregar de la mercadería que vendían a crédito, el cual era un hecho real y no ficticio, de tal manera que quienes vendían sus servicios profesionales o de conocimiento, no podían entregar facturas cambiarias a pesar de efectuar un servicio real que lo hacían a crédito; y la segunda consistía en que los comerciantes y los prestadores de servicios emitían facturas cambiarias que no estaban ajustadas a la regulación normativa, habida cuenta que lo hacían por operaciones que no era compraventa de mercaderías.

En efecto, en el primer caso se prohibía de modo taxativo que no se podía emitir facturas cambiarias que no se sustentaban en una venta efectiva de mercaderías, las que efectivamente tenían que ser entregadas al comprador de modo real y material; sin embargo, este precepto no fue considerado por quienes emitieron la facturas cambiarias, ya que muchos prestadores de servicios emitieron dicho instrumento por servicios que prestaban a crédito, las cuales no garantizaban el cumplimiento de sus créditos, habida cuenta de que dichos documentos no gozaban del supuesto cartular, por lo que eran rechazados por los magistrados en la vía judicial al momento de exigirse su pago, puesto que solamente estaba permitido la emisión de la factura cambiara en la compra venta de mercancías, lo que lo diferenciaba de los servicios.

Otra dificultad que tuvo la factura cambiaria fue que al ser un documento que se emitía muy aparte de la factura comercial, llevados por la costumbre de entregar el original de la factura comercial para fines tributarios que exige una operación real, guardando para si una copia de la misma, condujo en más de una ocasión a los emisores de la factura cambiaria a cometer el error de entregar el original

de este documento conservando para si una copia de la factura cambiaria, lo cual también ante el incumplimiento del pago les generaba dificultades al momento de su ejecución, toda vez que eran rechazadas por los magistrados, quienes consideraban que las copias no servían para ejercitar el derecho que reclamaban, ya que solo el original sirve como título valor, mientras que las copias solo sirven como documento de prueba del título valor perdido. Ante esto, se optó por dos soluciones: primero, podía demandarse la cancelación y reposición del título valor; o segundo, podía solicitarse, presentando la copia, el reconocimiento del título valor.

Las dificultades precedentemente mencionadas fueron superadas con el otorgamiento de la Ley 1231 el año 2008, ocasión en la que se unificaron las facturas tanto para efectos comerciales como para efectos tributarios, y también se incluyó que las facturas cambiarias podían ser emitidas tanto en la compraventa de mercaderías como en la prestación de servicios, incluso se reguló que debía emitirse en original y dos copias. Asimismo, la finalidad de esta norma fue la de permitir la circulación de facturas comerciales dentro del sistema financiero mediante contrato de *factoring,* el cuál debía beneficiar a las pymes por considerarlas fundamentales en el crecimiento de la economía colombiana, en la transformación de su aparato productivo y en el mejoramiento de su posición competitiva, todo ello gracias a la unificación de la factura comercial y la factura cambiaria, ya que eso les permitiría a la pymes contar con liquidez para su crecimiento económico. Además, sería un estímulo para reducir la informalidad en el comercio y permitiría la reducción de la evasión tributaria.

La Ley 1231 también estableció como requisito, para que la factura cambiaria tenga la jerarquía de título valor, que el vendedor o prestador del servicio que era el emisor debía dejar constancia en la factura, sobre el estado del pago y sus condiciones, ello sin perjuicio de señalarse la fecha de pago, y que la misma obligación que figuraba en el instrumento lo tendrán las personas a quienes se les transfiera la factura. De igual manera, debía emitirse la factura en original y dos copias, entendiéndose que una de las copias pasaría a ser la factura comercial ya que esta se unificó a la factura cambiaria, además el comprador debía aceptar en forma expresa el contenido de la factura y si no se reclamaba devolviendo la factura o por escrito contra su contenido la factura cambiaria se consideraba irrevocablemente aceptada. La aceptación podía realizarla, además del comprador, cualquiera de sus dependientes y no se podía alegar la falta de representación, hecho que quedó aclarado con mayor precisión por medio del Decreto 3327 de 2009, al indicar que la constancia del recibo de la mercadería o servicio podía hacerlo el personal dependiente de quien los recibía, y que no se podía alegar la falta de representación del empleado que aceptó la factura.

5. EL «CONFORME OBLIGATORIO» EN URUGUAY

Existe una escasa literatura sobre el «conforme obligatorio» en Uruguay, lo que se sabe es que ante el éxito de la *duplicata* en el Brasil, en Uruguay (Correa, 2014, p. 13) se hicieron proyectos para implementar un documento similar que sirva «como comprobante de pago y también como título valor representativo de derechos de crédito», para lo cual se parte de la premisa de que en la legislación uruguaya ningún vendedor podía negar la entrega de una factura a un comprador, en la cual debía constar el producto vendido y entregado, con la constancia de recepción hecha por el comprador y del precio incluyendo su forma de pago, esto es, si fue al contado o al crédito, y si no se declaraba la forma de pago, se presumía que la venta era al contado, además podía emitirse más de una copia, una de las cuales retenía el vendedor haciendo firmar al comprador la constancia de la entrega de la mercadería y la otra el comprador le hacía firmar al vendedor con la constancia del pago al contado o la cancelación en caso la venta haya sido efectuada al crédito, es así que mediante ley del 29 de diciembre de 1916, en Uruguay se reguló el «conforme obligatorio».

En Uruguay existía la costumbre de dejar constancia de la recepción de conformidad, de ahí viene el nombre de «conforme» y esta conformidad se tornaba obligatoria en las facturas emitidas por ventas a crédito con más de 180 días de plazo para su cancelación a efectos de que adquieran la calidad de título de ejecución, de tal manera que una factura que no tenía la conformidad de su aceptación por parte del comprador no tenía la calidad de título ejecutivo. De esta manera, la factura que tenía el conforme obligatorio adquiría la calidad de título ejecutivo, la que podía ejecutarse en la vía ejecutiva

y embargarse de inmediato los bienes del deudor. Cabe resaltar que en el Uruguay el «conforme obligatorio» no era considerado un título valor, sino un título de ejecutivo, porque adolecía de literalidad y autonomía, tampoco podía ser endosado.

6. LA FACTURA CONFORMADA EN PERÚ

Con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Títulos Valores n.° 27287 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de junio de 2000 (LTV), se introdujo en nuestra legislación a la factura conformada como un título valor, regulándose la misma en la sección tercera del libro segundo, artículos 163 al 171, con la característica de que la misma «se origina en la compra venta de mercaderías y en otras modalidades contractuales de transferencia de la propiedad de bienes susceptibles de ser afectados en prenda, en las que se acuerde el pago diferido del precio» (artículo 163 inciso a, Ley n.° 27287). En este sentido (Palacios, 2011, pp. 130-148) diferirá de sus predecesores como la *duplicata* brasileña, la factura de crédito en Argentina, la factura cambiaria en Colombia y otros más. Como se puede ver, no se otorgaba por la compraventa de servicios toda vez que estos no pueden ser afectados en prenda, de lo que se colige que este título valor otorgaba un derecho de crédito con una garantía prendaria sobre los bienes que estaban siendo adquiridos. Esta situación limitaba el funcionamiento de la factura conformada, ya que tratándose de bienes, solamente podían aplicarse satisfactoriamente a bienes no fungibles como es el caso de muebles, artefactos eléctricos y otros bienes que no estaban sujetos a registro cuando eran adquiridos por el último consumidor, ya que estos debían permanecer en poder del comprador, quien asumía la calidad de depositario, lo que no podía tener éxito en el caso de bienes fungibles como los alimentos, combustibles, etc., tampoco podía aplicarse en el tráfico comercial, donde el comerciante compra a crédito para vender la mercadería y luego pagar a su proveedor, de tal manera que este siempre termina desasiéndose de la mercadería para obtener ganancia, situaciones en la que los bienes adquiridos no podían ser afectados en prenda porque podían generar problemas a futuro, ya que el depositario, al optar por entregar otros bienes según su criterio de la misma naturaleza, clase, especie, calidad y valor u otros de mayor valor, conforme lo establece la norma, podía generar conflictos, ya que para el vendedor los bienes que le están siendo entregados no tendrían estos requisitos, siendo sus exigencias mayores, situación por la que no resultaba aconsejable para el acreedor y deudor usar la factura conformada, habida cuenta que podría presentarse un ejercicio abusivo del derecho en el depositario o en el acreedor.

De otro lado, al igual que sus predecesores, una exigencia para la validez de la factura conformada era que esta debía tener la conformidad del comprador, lo que acreditaba que recibió la mercadería a su total satisfacción y desde ese momento el documento representaba no solo el crédito en el saldo del precio, sino también la garantía prendaria sobre los bienes descritos en la factura conformada y podía ser objeto de transmisión, la cual implicaba no solo la obligación crediticia, sino también de la prenda, y lo extraño en este caso es que la prenda que forma parte de la factura conformada debía también ser transferida por medio de endoso, cuando según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1211 del Código Civil debería hacerse vía cesión de derechos. En este marco, debe también señalarse que la factura conformada en el Perú difería de sus predecesores en el sentido de que esta constituía una prenda, mientras que la *duplicata* brasileña, la factura de crédito en Argentina, la factura cambiaria en Colombia y otras más no establecían la prenda de la mercadería.

Otra diferencia que vamos a encontrar entre la factura conformada y sus predecesores es que la factura conformada será un documento diferente a la factura comercial, ya que no será la copia de dicha factura, sino que será un documento aparte que se genere con los requisitos establecidos en el artículo 164 de la Ley de Títulos Valores n.° 26702, sin cuya formalidad no podrá tener la calidad de título valor, salvo los requisitos no esenciales regulados en el artículo 165 de la aludida norma, situación que no se presentaba en sus predecesores, en las cuales el título ejecutivo era una copia más de la factura comercial. En cuanto al vencimiento de la factura conformada, se ha regulado que el plazo máximo para el pago del saldo del precio del monto consignado no debe ser superior a un año, pudiendo pactarse dentro de dicho plazo las formas de vencimiento «a fecha o fechas fijas, a la vista, a cierto plazo o plazos de su conformidad, a cierto plazo o plazos de su emisión».

Dado que el uso de la factura conformada no era de aceptación en nuestro país, con el propósito de incentivar su uso se hicieron modificaciones legislativas a la factura conformada. Es así que el 13 de abril de 2004 se publica en el diario oficial *El Peruano*, la Ley n.° 28203, en cuyo artículo único se modifica la sección tercera del libro segundo, artículos 163 a 171, siendo los principales cambios la introducción de la prestación de servicios, la supresión de la figura de la prenda y la eliminación del documento adicional, de tal manera que esta podía ser una copia más de la factura comercial, lo cual constituye un gran avance.

En efecto, a partir del otorgamiento de dicha norma, la característica de la factura conformada en nuestro país será la de un título valor que se origina en la compraventa u otras modalidades contractuales que permitan transferir mercaderías o prestar servicios a crédito y que generen la obligación de expedir comprobantes de pago, sean bienes fungibles o no, identificables o no, siendo un requisito para su validez la conformidad que debía dar el adquiriente de la mercadería o usuario del servicio, y podía ser una copia adicional del comprobante de pago que bien podía ser una factura comercial o una boleta de venta, con el requisito de que debía llevar una nota con el siguiente texto: «copia no válida para efecto tributario», además de la denominación de «factura conformada», también debía tener el lugar de entrega de la mercadería o de la prestación del servicio, el importe pendiente de pago a cargo del comprador o adquiriente de la mercadería o usuario del servicio que era el monto que el título representa, la fecha de pago que debería ser total o en cuotas con indicación de las fechas de pago en caso esta se realizara en cuotas, y la indicación del lugar de pago, por lo demás debía tener los requisitos de la factura comercial.

Cmo se puede ver, en cuanto a su emisión, la factura conformada seguía siendo burocrática, tenía más requisitos que los de la factura comercial y en esto la factura conformada sigue diferenciándose de sus predecesores como es el caso de la *duplicata* brasileña, la factura de crédito en Argentina, la factura cambiaria en Colombia y otras más, en las cuales bastaba una copia más de la factura comercial sin añadidos para que tenga la validez de título ejecutivo, con el solo requisito de su conformidad.

En lo que respecta a la fecha de vencimiento, no ha habido modificaciones legislativas, estas siguen siendo las mismas, en cambio en lo que respecta a las obligaciones del adquiriente o usuario sí ha habido cambios, desapareciendo la figura de la prenda y la de las obligaciones del depositario, estableciéndose la condición de obligado principal del comprador que ha dado su conformidad, y en caso este no lo haya dado, la obligación de pago recae en el emisor de la factura conformada, lo que significa que así no tenga conformidad está destinado a la circulación.

No obstante estas modificaciones legislativas que aparentemente hacen atractivo el uso de la factura conformada como título valor para la venta de mercadería o servicios a crédito, no ha tenido mucha aceptación en el tráfico comercial en nuestro país, considero, debido a dos factores: el primero se debe a la formalidad que deben tener los títulos valores, sin cuyo cumplimiento pierden la calidad de título valor, de tal manera que si bien la factura conformada podía ser una copia más de la factura comercial, sin embargo, debía tener los otros requisitos adicionales para que tenga la validez como factura conformada y esto es lo que lo hace poco atractiva para su uso, más aún cuando se trata de mypes; y lo segundo, es la cultura de la morosidad, ya que el sector pequeño y microempresarial se caracteriza por ser de alto riesgo para los proveedores de mercaderías, quienes prefieren hacer uso de otros documentos que les otorga confianza para garantizar con mayor efectividad el pago de sus acreencias, como es el caso de la letra se cambió, y aun así muchos de sus deudores incurren en morosidad, haciendo difícil la recuperación de su dinero. Es por estas razones que la factura conformada sigue siendo un título valor de poca aceptación en nuestro país.

7. LA FACTURA NEGOCIABLE EN PERÚ

Mediante Ley n.° 29623 se crea en nuestro país la factura negociable, con la finalidad de promover el acceso al financiamiento de los proveedores de bienes y servicios principalmente de las mypes a través de la emisión de comprobantes de pago por las ventas o prestación de servicios a crédito, la misma

que debería ser una copia de la factura comercial o del recibo de honorarios, con el agregado de la denominación «factura negociable», otorgándole a dicha copia la calidad de «título valor a la orden», destinado a la circulación y «transmisible por endoso», de tal manera que la factura negociable se va a originar en la compraventa u otras modalidades contractuales por las que se transfiere la propiedad de los bienes o en la prestación de servicios que se realizan al crédito.

En este contexto, los requisitos que debía tener la factura negociable eran los mismos que los de la factura comercial y la de los recibos de honorarios, con el añadido de la denominación «factura negociable», la fecha de vencimiento, y si no se consignaba esta, se entendía que vencía «a los treinta días calendario siguientes a la fecha de su emisión», con indicación del pago si era total o parcial, y si era parcial había que fijar la fecha de vencimiento de cada cuota, la constancia y fecha de recepción de la mercadería o servicios prestados y de la factura o recibo de honorarios y una leyenda que diga «copia transferible - no válida para efectos tributarios». Como se puede ver, la factura negociable, en este primer momento, en nada se diferenciaba de la factura conformada, con excepción de su denominación y que incorporaba la denominación de «factura negociable» a los recibos de honorarios por los servicios prestados. Por lo demás, el incumplimiento de estos requisitos formales hacía que la factura negociable pierda su condición de título valor.

En cuanto a su vencimiento, tampoco se diferenciaba de la factura conformada, ya que esta podía ser «a fecha fija, a la vista, a cierto plazo o plazos de su aceptación, y a cierto plazo de su emisión», y en caso de no haberse fijado plazo de su vencimiento este vencía «a los treinta días calendario siguientes a la fecha de su emisión», y en caso de haberse pactado el pago en cuotas y se hubiera fijado varias fechas de vencimiento, ante el incumplimiento en el pago de una de las cuotas el tenedor podía dar por vencidas todas las cuotas restantes y exigir el pago de la totalidad o a su elección podía esperar que venzan todas las cuotas para al final exigir el pago de todas las cuotas vencidas, o de haberse pactado la formalidad sustitutoria debía recurrirse a ella, y si en este caso se había pactado cuotas y se hubieran vencido sin ser pagadas debía también protestarse cada cuota vencida, ya que la formalidad sustitutoria solo surtía sus efectos sobre la última cuota. Asimismo, en caso se efectuaban pagos a cuenta de la factura negociable, el tenedor podía hacer anotaciones en el mismo documento de los pagos efectuados y entregar el recibo correspondiente. También podía pactarse intereses compensatorios y moratorios, y en caso de no pactarse los mismos devengaban el interés legal.

En cuanto a la ejecución de la factura negociable, se establecía que debía tener mérito ejecutivo, para lo cual además de cumplir con los requisitos antes señalados no debía tener consignado la disconformidad del comprador o usuario del servicio habida cuenta de que este tenía ocho días hábiles de plazo para aceptar la factura o recibo de honorarios, o para manifestar su disconformidad que lo podía hacer a través de cualquier documento que tenga fecha cierta de recepción, y en caso de no mostrar la disconformidad, vencido los ocho días quedaba consentida la conformidad. De igual manera, para que tenga mérito ejecutivo, la factura negociable debía tener la constancia de recepción, la que puede estar consignada en documento aparte, siendo de preferencia la guía de remisión remitente firmada por el obligado y, finalmente, debería estar protestada o se debería haber recurrido a la formalidad de sustitución del protesto.

De otro lado, se establecía un deber de información en caso de transferencia, como es el caso de que el nuevo tenedor tenía tres días de plazo antes de la fecha de pago para informar al obligado que él era el nuevo tenedor a quien debería efectuarse el pago, y si se había efectuado pagos a cuenta de la factura negociable, debía informarse al nuevo tenedor de los pagos realizados a cuenta de la factura negociable. También se establecía una sanción para quien impugne dolosamente el documento o la calidad de los bienes y servicios o retenga la factura negociable, que consistía en obligarle al deudor el pago del saldo de la factura negociable, además de una indemnización equivalente al saldo pendiente de pago más los intereses convencionales más altos. Igual sanción recibía el que transfería la factura negociable que ha sido impugnada, ocultando dicha información al nuevo tenedor del título valor.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo n.° 047-2011-EF, publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 27 de marzo de 2011, se aprueba el Reglamento de la ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, por el cual se modifica el artículo 6 del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por Decreto Supremo n.° 129-94-EF, en lo que respecta al uso del crédito fiscal, disponiéndose que para sustentar el crédito fiscal debía pagarse la factura negociable. Más adelante, se otorgó el Decreto Legislativo n.° 1178 denominado Establecen disposiciones para impulsar el desarrollo del *factoring*, con la que se modifican algunos artículos de la Ley n.° 29623, estableciéndose la obligatoriedad de «incorporar la tercera copia en las facturas» impresas y/o importadas denominadas factura comercial y recibo por honorarios, y se deja de lado la boleta de venta que es también un comprobante de pago, el cual se usa en consumidores que no tienen registro único de contribuyente, de este modo el uso de la factura negociable queda limitado, en cuanto al consumo de bienes, solamente a quienes se encuentran registrados como contribuyentes por dedicarse a actividades económicas que le produzcan rentas de tercera y cuarta categoría. Esta tercera copia debía tener la denominación de factura negociable y estaba destinada a la circulación, la que debía ser cobrada por su legítimo tenedor, y en caso de no ser pagada podía ser protestada y ejecutada. Asimismo, esta norma establecía la obligatoriedad de las imprentas que estaban autorizadas por la Sunat para que incorpore la tercera copia en todas las facturas que impriman o importen, bajo apercibimiento de aplicarse una sanción.

Otra novedad era que se abrió la posibilidad de que la factura negociable, además de ser considerada un título valor a la orden, podía ser un valor representado por anotación en cuenta, es decir, la factura negociable emitida físicamente podía desmaterializarse por su anotación en cuenta en una Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ICLV), para lo cual el requisito era que previamente debía contar con la constancia de entrega de la factura negociable, y entraba en circulación la constancia de inscripción que emitía dicha entidad, la que debía ser anotada en cuenta por cada transferencia que se realizaba, para que tenga los mismos efectos que el endoso, y también se creó la necesidad de que la Sunat, la Superintendencia de Mercado de Valores regulen la emisión electrónica de la factura negociable, la que era un valor que debía anotarse electrónicamente en los registros contables de una ICLV, para que tenga la calidad de valor representado por anotación en cuenta.

Mas adelante, mediante Decreto Supremo n.° 208-2015-EF, se aprueba el Nuevo reglamento de la Ley que Promueve el Financiamiento a Través de la Factura Comercial. Una novedad de este reglamento es que al reglamentar el artículo 3-A, que fuera agregado a la Ley n.° 29623, por medio del Decreto Legislativo n.° 1178, establece que la factura negociable emitida electrónicamente es desde ese momento un valor representado por anotación en cuenta, con la naturaleza y efectos de un título valor, siendo la condición para ello tener los requisitos del artículo 3-A y sea registrado ante la ICLV.

Finalmente, mediante Decreto de Urgencia n.° 013-2020 se modifican los artículos 2, 3, 3-A, 4, 6, 7 y 8 de la Ley n.° 29623 que fueran modificadas por Decreto Legislativo n.° 1178, siendo la novedad más importante la que se regula en su artículo 10, en la que se establece que las facturas comerciales y recibo por honorarios emitidos electrónicamente, y que tengan la información adicional siguiente: «a) plazo de pago acordado, y b) monto neto pendiente de pago, y tengan o no la conformidad o presunción de conformidad del adquiriente o usuario de los servicios, pueden anotarse en una ICLV para realizar operaciones de transferencia a terceros, cobro o ejecución en caso de incumplimiento», siendo aplicable la Ley n.° 29623, este extremo de la norma puede ser interpretado en forma errada como es el caso de considerar que con ello se está poniendo fin a la existencia de la factura negociable, porque la factura comercial y el recibo de honorarios puede inscribirse directamente ante una ICLV. Al respecto, cabe mencionar que con esta norma solamente se pone fin a la factura negociable que era un título valor, mientras que la factura negociable como valor por representación en cuenta es la que queda y la que actualmente se viene utilizando, sobre todo en el sistema financiero compitiendo con el *factory*.

En efecto, actualmente, los bancos que abren una cuenta denominada línea de descuento, reciben a cambio de otorgar la liquidez a sus clientes, las facturas electrónicas emitidas por estos, y en caso de incumplimiento en el pago de las mismas si bien afectan los fondos del cliente, también antes

de devolver la factura, lo anotan en la ICLV y recaban la constancia de su inscripción para luego entregarles a sus clientes con una carta en la que se indica que el consumidor a quien se le emitió la factura, no cumplió con pagar la factura, dejando expedito la posibilidad de que su cliente inicie las acciones legales correspondientes en la vía ejecutiva, de esta forma hoy se viene utilizando con mucho éxito la factura negociable en el Perú.

LOS REMEDIOS CIVILES FRENTE A LA TENENCIA ILEGÍTIMA DE TÍTULOS VALORES SUSCEPTIBLES DE ENDOSO

Juan Jesús Pablo Abanto[*]

1. PREMISA Y ORDEN DE EXPOSICIÓN

En Italia, son ampliamente reconocidas dos obras jurídicas fundamentales: *Il Codice Civile. Commentario,*[1] fundado por Pietro Schlesinger, y el *Trattato di Diritto Civile e Commerciale,*[2] dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo. Ambas destacan por haber sido continuadas por discípulos de sus autores. El *Commentario* fue continuado por Francesco Donato Busnelli y Giulio Ponzanelli, mientras que el *Trattato* pasó a manos de Luigi Mengoni y, más tarde, de Pietro Schlesinger.

En el Perú, el caso de Ulises Montoya Manfredi y sus hijos, Hernando y Ulises Montoya Alberti, ofrece un paralelo digno de reconocimiento. Obras como *Derecho Comercial* [3] y *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*[4] fueron continuadas por ambos, quienes actualizaron estos textos, asegurando su relevancia para nuevas generaciones de estudiantes y juristas. Este esfuerzo de continuidad es una muestra palpable del compromiso con la tradición académica de la escuela sanmarquina de Derecho Comercial.

Sin embargo, el ahora homenajeado, Ulises Montoya Alberti, no se limitó a preservar el legado de su padre. Su contribución personal al derecho comercial, especialmente en el ámbito de los títulos valores, es notable. Artículos como «Los valores desmaterializados en la Ley de Títulos Valores»[5] y «Aspectos de la nueva Ley de Títulos Valores (Ley n.º 2787)»[6] son prueba de su profundidad analítica y originalidad, convirtiéndose en referentes obligados para el estudio de esta materia en el Perú. Este último artículo, además, aportó significativamente al *Tratado de Derecho Mercantil* publicado por Gaceta Jurídica.

El ejemplo del profesor Ulises Montoya Alberti invita a las nuevas generaciones a reflexionar sobre la importancia de interpretar y proyectar el legado de los grandes maestros. Más que superar a quienes nos precedieron, el verdadero desafío está en comprender su obra, adaptarla a las necesidades

---

[*] Estudiante del cuarto año de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de docencia de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán.

[1] El Código Civil italiano, a diferencia del Código Civil peruano, regula los títulos valores en el título quinto («Dei titoli di crédito») de su libro cuarto («Delle obbligazioni»). En el *Commentario* de Pietro Schlesinger, los volúmenes que abordan tal articulado son: MILLI, Marco. *Titoli di credito. Disposizioi generali. Artt, 1992-2002*. Milán: Giuffrè Editore, 2012; LIACE, Gianfranco. *Dei titoli al portatore. Artt. 2003-2007*. Milán: Giuffrè Editore, 2017; PARTESOTTI, Giulio. *I titoli all'ordine. Artt. 2008-2020*. 3ª edición. Milán: Giuffrè Editore, 2013; SCARPA, Dario. *Titoli Nominativi. Artt. 2021-2027*. Milán: Giuffrè Editore, 2016.

[2] Sobre títulos valores, del propio *Trattato Cicu-Messineo*, véase MARTORANO, Federico. *Titoli di crédito. Titoli non dematerializzati*. Dott. A. Milán: Giuffrè Editore, 2002. En esta obra también se desarrollan sus formas específicas, es decir, los títulos al portador, a la orden y nominativos: MARTORANO, Federico. *Op. Cit.*, p. 733 y ss.

[3] La primera edición se publicó en 1973 y contaba con dos tomos. El primero dedicado a la Parte General, donde se abordaba la teoría general de la empresa, los comerciantes y las sociedades. El segundo se refería a los contratos, las operaciones bursátiles y los títulos valores (VALDERRAMA, Lucila. *Anuario Bibliográfico Peruano: 1973-1976*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú, 1986, p. 143). En la última edición publicada, la obra se amplió a tres tomos, dedicándose el segundo exclusivamente al derecho cambiario: MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*. Tomo II: Títulos Valores - Mercado de Valores. Undécima edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

[4] Entre otras ediciones, véase: MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos* Valores. Octava edición. Lima: Idemsa, 2012.

[5] MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Los valores desmaterializados en la Ley de Títulos Valores». En *Revista Jurídica del Perú*, n.º 23, junio 2001, p. 101 y ss.

[6] MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Aspectos de la Nueva Ley de Títulos Valores (Ley n.º 2787)». En AA. VV. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II: Títulos Valores. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

actuales y enriquecerla con nuevas perspectivas.[7] La tarea no es replicar una tratadística ya existente, sino analizarla críticamente y usarla como base para nuevas aportaciones. En mi opinión, este es el mayor tributo que podemos ofrecerles.

Esta misma actitud crítica y constructiva debe también orientar el estudio de nuestro derecho positivo. Así como en la tradición académica el análisis de las fuentes permite evitar una mera repetición de conocimientos, en el ámbito legislativo resulta esencial someter las normas a un examen similar. La importación de disposiciones extranjeras o la formulación de nuevas leyes debe llevarse a cabo con criterios que aseguren su coherencia y aplicabilidad en nuestro medio.

Sin embargo, en el caso del legislador peruano, la importación de disposiciones extranjeras se ha convertido en una práctica recurrente, muchas veces de manera acrítica e incompleta. En numerosas ocasiones, esta práctica se traduce en disposiciones que carecen de coherencia con el resto del ordenamiento o que son trasladadas omitiendo elementos esenciales para su correcta aplicación. La tarea de la doctrina, en estos casos, resulta fundamental para dotar de operatividad a las normas y esclarecer su alcance mediante una interpretación sistemática o teleológica. Sin embargo, hay supuestos en los que estos métodos resultan insuficientes.

En estas circunstancias, el método histórico-comparativo[8] adquiere especial relevancia. A través de este análisis, es posible determinar si la norma fue importada con modificaciones sustanciales, si se omitieron aspectos relevantes respecto del modelo extraído o si su redacción actual ha distorsionado su propósito inicial. La utilidad de este método ha sido evidente —y espero disculpen los ejemplos civiles, pues es mi principal área de estudio— en la interpretación del interés para obrar referido en el artículo VI[9] del Código Civil[10] (en adelante, CC), en la impugnación de acuerdos societarios del artículo 92 CC,[11] en los alcances de las cláusulas de no enajenación y no gravamen del artículo 882 CC,[12] en el tratamiento de las obligaciones mancomunadas (encubiertas) en el artículo 1176 CC,[13] en la delimitación del título valor perjudicado del artículo 1233 CC,[14] entre otros. En cada uno de estos casos, la indagación sobre los antecedentes normativos permitió identificar omisiones o alteraciones en la redacción de las disposiciones peruanas, lo que a su vez facilitó una interpretación más precisa de su contenido.

---

7 Afortunadamente, en los últimos años esta labor ha comenzado a difundirse en nuestro medio gracias al Instituto Sociedades, a través de publicaciones como: AA.VV. *Los Títulos Valores en el Perú: Títulos Valores y derecho de mercado de valores. Legislación, doctrina, práctica, reforma y derecho comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2020.

8 HÄCKER, Birke. «Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht». En JANSEN, Nils y MEIER, Sonja. *Iurium itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, p. 100: «Así, el método histórico-comparativo se presenta como un instrumento de navegación del derecho vigente, que simultáneamente requiere y proporciona una visión del amplio delta en el que este fluye» (traducción libre).

9 Así, ARIANO DEHO, Eugenia. «Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del interés para obrar». En *Ius et Veritas*. n.º 60, 2020, pp. 104-120. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.005

10 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Decreto Legislativo n.º 295*, 25 de julio de 1984.

11 Veáse RONQUILLO PASCIAL, Jimmy. «Análisis crítico del Quinto Pleno Casatorio Civil y algunas alternativas de solución para superar la rígida preclusión temporal». En AA. VV. *Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 143 y ss.

12 Sobre esta disposición no hay un estudio particular en clave histórica-comparativa en sede nacional. Sin embargo, aprovecharé esta oportunidad para anotar que nuestro actual artículo 882 no sigue sino la redacción del artículo 852 del Código (abrogado) de 1936. Esta disposición replica la prohibición de las cláusulas que impidan el ejercicio del poder de disposición sobre derechos enajenables mediante cualquier negocio jurídico, contenida en el § 137 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*). Sin embargo, el legislador importó esta prohibición utilizando el término de *Veräußerungsverbot* («prohibición de enajenar») —que pervive en nuestro actual artículo 882— en lugar del *Verfügungsverbot* («prohibición de disponer»). También ignoró: (*i*) que la disposición importada contenía un segundo párrafo relativo a los efectos obligativos de estas cláusulas, (*ii*) que el *BGB* contenía no una sino tres disposiciones sobre la materia (§§ 135-137), (*iii*) su inserción en la Parte General (*Allgemeiner Teil*), concretamente en el régimen de los negocios jurídicos libres de vicios o patologías (*unerlaubte Rechtsgeschäfte*), y no propiamente en la de los derechos reales. Hace una referencia a los parágrafos citados del Código alemán: CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo I. Cuarta edición. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1973, p. 221.

13 Permítasenos la remisión a un trabajo anterior: PABLO ABANTO, Juan Jesús. «Las obligaciones con prestación indivisible en el Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano». En *Archivio di Diritto Civile*. Año I, n.º 2, noviembre 2024, p. 277 y ss.

14 GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. *Títulos valores. Aspectos generales y la regla del perjuicio*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 291 y ss.

En el ámbito del derecho cambiario, la aplicación del método histórico-comparativo ha sido escasamente explorada. Sin embargo, los mismos problemas de recepción normativa que se han identificado en el derecho civil pueden observarse en este campo, como ocurre con la redacción del artículo 45.4 de la Ley de Títulos Valores (en adelante, LTV):[15]

> El tenedor que justifica su derecho en la forma indicada en el párrafo anterior no puede ser privado del título valor, sino cuando se demuestre que lo hubiere adquirido de mala fe.

Esta disposición establece que el tenedor de un título valor solo puede ser privado de él si se demuestra que lo adquirió de mala fe. No obstante, el precepto no define con claridad qué implica exactamente la «privación del título valor» ni qué remedios permiten hacer efectiva esta sanción.

Ante esta ambigüedad, el presente trabajo se propone desentrañar el significado de esta expresión y determinar los mecanismos jurídicos adecuados para su resolución. Para ello, en la próxima sección se analizarán los antecedentes normativos del artículo 45.4 LTV, con el fin de identificar el modelo legislativo que inspiró su redacción y evaluar si su incorporación al derecho peruano fue realizada de manera completa o si sufrió modificaciones que han afectado su operatividad. Una vez esclarecido este punto, en la sección subsiguiente se abordarán los remedios civiles que pueden derivarse de esta disposición, determinando si la «privación del título valor» supone una acción restitutoria, una sanción patrimonial o algún otro efecto jurídico. Finalmente, se presentará un balance conclusivo de lo expuesto.

2. DESCIFRANDO LA «PRIVACIÓN» POR LA TENENCIA ILEGÍTIMA EN LOS TÍTULOS VALORES

El artículo 45.4 LTV reproduce, tanto en la enumeración como en su contenido, lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 45 de la anterior Ley de Títulos Valores[16] (en adelante, ALTV). Salvo ligeras modificaciones, la sanción para el tenedor de mala fe continúa siendo la misma: la «privación del título valor». Esta disposición constituye una importación incompleta de la legislación alemana del siglo XIX, específicamente del *Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung* (*ADWO*),[17] la cual en su artículo 74 establecía que:

> El tenedor legitimado de una letra de cambio, conforme a las disposiciones del artículo 36, *solo podrá ser obligado a entregarla si la ha adquirido de mala fe o si incurrió en negligencia grave al momento de su adquisición* (traducción libre) (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 36 establecía que:

> El tenedor de una letra de cambio endosada se considera legitimado como propietario de la letra mediante una serie ininterrumpida de endosos, que descienda hasta él. El primer endoso debe, por tanto, estar firmado con el nombre del remitente, y cada endoso sucesivo con el nombre de quien haya sido designado como endosatario en el endoso inmediatamente anterior. Si a un endoso en blanco sigue otro endoso, se presume que el emisor de este último ha adquirido la letra de cambio mediante el endoso en blanco. Los endosos tachados se consideran no escritos para efectos de verificar la legitimación. El obligado al pago no está obligado a verificar la autenticidad de los endosos (traducción libre).

En resumen, el tenedor ilegítimo que actuara de mala fe o con negligencia grave estaba obligado a restituir el título valor. Para ello, el demandante debía probar la mala fe o la negligencia grave del tenedor ilegítimo. En el primer caso, se analizaba si el tenedor sabía que su adquisición del título vulneraba derechos ajenos. En el segundo, se evaluaba si el tenedor no verificó adecuadamente la legitimidad de la transmisión del título, es decir, si omitió comprobar que su transferente tenía derecho

---

15 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Ley n.° 27287*, 19 de junio de 2000.

16 Congreso de la República del Perú, *Ley N.° 16587*, 15 de junio de 1967.

17 Frankfurter Nationalversammlung, *Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung*, Frankfurt, 1 de mayo de 1849.

de propiedad o un poder especial de disposición.[18] La mala fe se examinaba únicamente al momento de la adquisición, carente de trascendencia en momentos ulteriores: *mala fides superveniens non nocet*.[19]

Este sería el antecedente más remoto de nuestro actual artículo 45.4 LTV, lo que permite inferir cómo debería interpretarse la privación del título valor o, eventualmente, de sus efectos. Ello se debe a que el modelo francés del *Code de Commerce*[20] no contemplaba la figura del endoso en blanco[21] ni sanciones frente a su tenencia ilegítima. Por ello, se descartó —como se analizará más adelante— la referencia a nuestro Código de Comercio de 1853,[22] influenciado por el Código francés a través de la legislación española adoptada en nuestro medio a través de la Ley del 10 de enero de 1852.[23]

Ahora bien, la recepción de los artículo 36 y 74 de la *ADWO* en la legislación peruana podría explicarse, cuanto menos, mediante dos hipótesis: (*i*) como resultado de la influencia de la Ley Modelo de la Convención de Ginebra, adoptada por diversas legislaciones americanas; o, (*ii*) a través de la recepción de la tradición alemana en la legislación comercial peruana del siglo XIX y principios del XX. Ambas hipótesis se examinarán a continuación para determinar qué remedios producen la privación del título valor según el artículo 45.4 LTV.

2.1. Desde la legislación alemana hasta la Convención de Ginebra

La obligación impuesta por el *Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung* (*ADWO*) fue seguida por la *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB),[24] cuyo artículo 305 establecía que las disposiciones sobre la legitimación del tenedor seguirían lo dispuesto por los arts. 36 y 74 de la *ADWO*:

> Para los títulos a la orden que pueden ser transferidos mediante endoso (artículos 301 a 304), se aplican respecto de la forma del endoso, de la legitimación del tenedor y de la verificación de dicha legitimación, así como respecto de la obligación del poseedor de entregar el título, las mismas disposiciones contenidas en los artículos 11 a 13, 36 y 74 de la *Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung* relativas a la letra de cambio (traducción libre).

Además, el artículo 306 del *ADHGB* incorporaba una disposición fundamental para el tráfico mercantil al estatuir que la adquisición de buena fe prevalecería sobre cualquier irregularidad en la transferencia:

> Cuando mercancías u otros bienes muebles son enajenados y entregados por un comerciante en el curso de sus actividades comerciales, *el adquirente de buena fe adquiere la propiedad, incluso si el enajenante no era el propietario.* La propiedad previamente constituida queda extinguida. Todo derecho de prenda u otro derecho real previamente constituido se extingue si el adquirente lo desconocía al momento de la enajenación. (Traducción libre) (Énfasis agregado)

Esta disposición garantizaba que, si el tenedor ilegítimo transfería el título a un tercero de buena fe, el nuevo adquirente no se vería afectado por la ilegitimidad de su *tradens*. De esta manera, la sanción restitutoria recaía exclusivamente sobre el tenedor ilegítimo.

---

18 KLEMICH, Oskar. *Die Lehre vom Wechsel.* Leipzig: Poenike, 1877, p. 160. STRANZ, Josef y STRANZ, Moritz. *Allgemeine Deutsche Wechselordnung. Kommentar.* Novena edición. Berlín: Immanuel Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1906, p. 207.

19 STAUB, Hermann. *Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung*. Berlín: Heine, 1895, p. 150.

20 LE CORPS LÉGISLATIF. *Code de Commerce, approuvé par Loi n.º 2804*, París, 10 de septiembre de 1807.

21 Para la normativa francesa, el *endossement* exigía como requisito de validez: indicar «…el nombre de la persona a cuya orden se transfiere» (artículo 137). De lo contrario, «…no se produce la transferencia» (artículo 138) (traducción libre). De acuerdo con la doctrina francesa, los remedios frente a tales supuestos eran la nulidad y la reivindicación: LOCRÉ DE ROISSY, Jean-Guillaume. *Esprit du Code de Commerce ou Commentaire de Chacun des articles du Code*. Segunda edición; Tomo I. París: Dufour, 1829, pp. 438-439. Nuestro Código de Comercio de 1852, en cambio, lo decía textualmente: «Será nulo el endoso, cuando no se designe la persona cierta a quien se ceda la letra…» (artículo 427). Inclusive prohibía los endosos en blanco, pues «el que lo hiciere, no tendrá acción alguna para reclamar el valor de la letra que hubiese cedido en esta forma» (artículo 429).

22 CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERUANA, *Código de Comercio de la República del Perú*, aprobado por Ley del 30 de abril de 1853.

23 De la LAMA, Miguel Antonio. *Código de Comercio del Perú. Con citas, notas, concordancias y un apéndice de leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, etc. hasta el 30 de diciembre de 1895.* Lima: Librería, Imprenta y Encuadernación Gil, 1897, p. 8.

24 DEUTSCHER BUND. *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Núremberg, 31 de mayo de 1861.

Este modelo también fue adoptado por el *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*),[25] específicamente en su § 932, el cual regula la protección del adquirente de buena fe,[26] pero con una innovación particular: agrupó en un solo concepto de mala fe tanto el conocimiento del vicio en la adquisición como la negligencia grave.[27]

> El adquirente se convierte en propietario de una cosa mediante una enajenación conforme al § 929, incluso si la cosa no pertenece al enajenante, salvo que al momento en que, según estas disposiciones, adquiriría la propiedad, no actúe de buena fe. Sin embargo, en el caso del § 929, segundo párrafo, esto solo aplica si el adquirente ha obtenido la posesión de la cosa directamente del enajenante.
>
> El adquirente no actúa de buena fe si sabe o, debido a negligencia grave, desconoce que la cosa no pertenece al enajenante. (Traducción libre)

Paralelamente a la dación del Código Civil alemán (*BGB*), se realizó la del *Handelsgesetzbuch* (*HGB*).[28] Esta ley replicó la sanción del *ADHGB* (1861) en su artículo 365, manteniendo la obligación restitutoria del tenedor ilegítimo. El *ADWO* (1849), en cambio, no sería abrogado sino hasta el nuevo milenio. Así, en 1933 fue sustituido por el *Wechselgesetz* (*WG*),[29] el cual también mantuvo la obligación restitutoria de la ley abrogada a través de su artículo 16.

Entre la promulgación del *HGB* (1897) y la *WG* (1933), se celebró la Convención de Ginebra de 1930, cuyo propósito era armonizar las regulaciones sobre letras de cambio y pagarés en el ámbito internacional, pues se encontraban «deseosos de prevenir las dificultades a que da lugar la diversidad de las legislaciones de los países en los que deben circular las letras de cambio, y de dar así mayor seguridad y rapidez a las relaciones del comercio internacional»,[30-31] para lo cual se presentó una ley modelo: la *Loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre* («Ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés»).[32] La obligación restitutoria, replicando el modelo alemán, se dispondría en su artículo 16:

---

25 REICHSTAG. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Berlín, 24 de agosto de 1896.

26 En el derecho romano no existía esta figura, pues la propiedad recibía una protección absoluta, permitiéndole al propietario ejercer la acción reivindicatoria incluso contra los adquirentes de buena fe: *ubi rem meam invenio, ibi vindico* («donde está la cosa, se reivindica»). Tampoco existió en el derecho intermedio, pero a diferencia del derecho romano, el propietario no se dirigía contra el adquirente de buena fe, sino contra quien hubiera enajenado el bien que éste hubiera dado en posesión. De ahí que se simplificara en el proverbio: *Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt du ihn suchen* («Donde has dejado tu fe, allí debes buscarla»). En el derecho común se siguió el pensamiento románico; sin embargo, en los derechos domésticos de localidades alemanas surgió la figura del adquirente de buena fe debido a las necesidades comerciales de la época. Para una reseña histórica, consúltese: VON GIERKE, Julius. *Bürgerliches Recht: Sachenrecht*. Berlín: Springer, 1925, p. 55; HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Sachenrecht Bürgerlichen Gesetzbuches*. Segunda edición revisada. Berlín: Walter de Gruyter, 1950, p. 139; WESTERMANN, Harry. *Sachenrecht: ein Lehrbuch*. Séptima edición revisada. Continuada por: WESTERMANN, Harm; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, p. 373. En nuestro medio, véase la reseña que hiciera MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 28.

27 Transcribimos al español como «negligencia grave» la *große Fahrlässigkeit* a la que hace referencia el § 932 del BGB, la cual también puede encontrarse en la parte final del artículo 74 de la *ADWO*. Sin embargo, la traducción realizada por Carlos Melón Infante, difundida en nuestro medio, traduce el término como «culpa grave». Véase el apéndice de ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1955.

28 Reichstag, *Handelsgesetzbuch*, Berlín, 10 de mayo de 1897.

29 Deutsches Reich, *Wechselgesetz*, Berlín, 21 de junio de 1933.

30 En la portada del Manual de Francisco Samanmú se lee «El derecho mercantil es el derecho internacional por excelencia»: SAMANAMÚ, Francisco. *Manual de Derecho Mercantil Peruano. Adaptado al Código de Comercio y demás leyes pertinentes con apéndices*. Sanmartí y Cía, Lima, 1919. Véase también: DE LA LAMA, Miguel Antonio. *Código de Comercio. Ley Procesal de Quiebras y Suspensión de Pagos, y Reglamento del Registro Mercantil, con notas críticas, explicativas y de concordancia.* Lima: Librería e Imprenta Gil, 1902, p. 188. En doctrina española: GESTOSO Y ACOSTA, Luis. *Curso elemental de Derecho Internacional Público e Historia de los Tratados.* Valencia: Imprenta de Federico Domenech, 1897, p. 16, nota al pie n.° 1. Esta idea quizá fue la más difundida cual regla por los juristas peruanos de finales del ochocientos e inicios del novecientos, atribuible a Henry Sumner Maine, estudioso inglés del derecho antiguo, acaso extraída (pues ninguno de los autores citados lo menciona), aunque indirectamente, de: MAINE, Henry Sumner. *Village-Communities in the East and Wes*. New York: Author's edition. Henry Holt and Company, 1889, p. 193: «…no puedo dejar de observar que existe una conexión histórica de suma importancia para los tiempos modernos entre ambos conceptos, ya que el *ius gentium* del pretor romano, que en parte tuvo su origen como un derecho mercantil, es indudablemente el antecedente directo de nuestro derecho internacional» (traducción libre). Probablemente Samanamú consultó la edición de 1895 (la séptima concretamente) que actualmente se encuentra en la Biblioteca Central Pedro Zulen de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

31 Así, en el texto que antecedía al cuerpo normativo de la Ley.

32 La *WG* seguiría los lineamientos de la Convención de Ginebra: HEFERMEHL, Wolfgang. «Einführung». En *Handelsgesetzbuch ohne Seehandelsrecht, mit Wechselgesetz und Scheckgesetz*. 27ª edición revisada. Múnich: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, p. 14.

> El tenedor de una letra de cambio es considerado como portador legítimo, si justifica su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aunque el último endoso lo sea en blanco.
>
> Los endosos tachados se reputan a este respecto no escritos.
>
> Cuando a un endoso en blanco sigue otro endoso, se reputa que el firmante de éste ha adquirido la letra por el endoso en blanco.
>
> Aunque una persona haya sido desposeída de una letra de cambio, por cualquier medio, el portador que justifique su derecho de la manera indicada en el párrafo anterior *no está obligado a devolver la letra a no ser que la haya adquirido de mala fe, o si incurrió en negligencia grave al adquirirla*.[33] (Traducción libre) (Énfasis agregado).

Aunque en un sentido negativo, la consecuencia era la misma: el tenedor ilegítimo estaría obligado a la devolución de la letra de cambio (o, más generalizante, del título valor). Esta disposición sirvió de base para diversas legislaciones en América Latina, entre ellas la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)[34] de México,[35] cuyo artículo 43 amplió los efectos de la sanción restitutoria al establecer que:

> El tenedor de un título nominativo que justifique su derecho a éste en los términos del artículo 38, no puede ser obligado a devolverlo, o a restituir las sumas que hubiere recibido por su cobro o negociación, a menos. que se pruebe que lo adquirió incurriendo en culpa grave o de mala fe.

A diferencia del modelo alemán, la ley mexicana no solo establece la restitución del título valor, sino que también incluye la devolución de las sumas percibidas indebidamente si el tenedor ilegítimo ejecuta el cobro del título. De esta manera, según la LGTOC, frente a la tenencia ilegítima existen dos remedios restitutorios, uno con relación al título valor y otro con relación a los beneficios derivados de él.[36]

En el caso peruano, el modelo de la Convención de Ginebra se vio reflejado en el *Anteproyecto de Ley Uniforme sobre Letra de Cambio*, publicado en 1949. El artículo 16 del Anteproyecto replicaba el artículo 42 de la *Loi uniforme*, pero limitaba la restitución a un único remedio: la acción reivindicatoria. Al respecto, Navarro Irvine sostuvo:

> [E]l poseedor de la letra está sujeto a reivindicación y puede ser privado de la posesión del título [*sic*] si lo demanda quien tiene el derecho a poseerlo y produce la prueba de que hubo mala fe o culpa grave en el poseedor cuando adquirió el título.[37]

Esta referencia es particularmente relevante, ya que la expresión relativa a la privación «de la posesión del título valor» empleada por Irvine guarda estrecha similitud con la «privación del título valor» prevista en el actual artículo 45.4 LTV.

---

33 Utilizamos la transcripción al español disponible de acceso libre en https://bit.ly/3Yusx3Y
Sin embargo, modificamos la última parte, pues en la web se consignaba como «falta grave». Si se contrasta con la edición en lengua alemana, la parte final establece *große Fahrlässigkei* («negligencia grave») y no *schwerer Fehler* (que sería propiamente «falta grave»). La edición alemana también se encuentra de acceso libre en https://bit.ly/48qGrbY.

34 Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, México, 27 de agosto de 1932.

35 Según CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito*. 14ª edición. México D. F.: Editorial Herrero, 1988, p. 51; LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. «Devenir histórico del derecho cambiario». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVIII, n.º 112, enero-abril 2005, p. 187.

36 La doctrina alemana también contemplaba la inclusión, aunque a nivel interpretativo pues de la literalidad del artículo 74. *ADWO* no se desprendía ello, de esta obligación restitutoria: REHBEIN, Hugo. *Op. Cit.*, p. 69; STAUB, Hermann. *Op. Cit.*, p. 150.

37 NAVARRO IRVINE, Félix. «Comentario al Anteproyecto Peruano de Ley Uniforme Sobre Letra de Cambio» (continuación). En *Revista del Foro*, n.º III, julio-septiembre 1949, p. 286.

2.2. El ¿diálogo? entre los legisladores del Código de Comercio y la anterior Ley de Títulos Valores

La redacción del artículo 45 de la ALTV mantuvo la del artículo 473 de nuestro Código de Comercio.[38] Esta disposición establecía que:

> El poseedor de una letra endosada, acreditará ser propietario de ella por medio de una serie continua de endosos que lleguen hasta él.
>
> Los endosos borrados se tendrán por no puestos.
>
> El pagador no estará obligado a indagar la autenticidad de los endosos. (Traducción libre)

A través de esta disposición, el Código de Comercio incorporó parcialmente el contenido del artículo 36 de la *ADWO*, al regular la legitimación del tenedor de una letra de cambio mediante una serie ininterrumpida de endosos. Sin embargo, los legisladores del Código de Comercio no advirtieron la relación entre este artículo y el artículo 74 de la *ADWO*, omitiendo así la obligación de restituir el título valor.

Esta omisión causa aún más perplejidad si se tiene en cuenta que el Código de Comercio de 1902 reprodujo, casi en su totalidad, la estructura y disposiciones sobre la Letra de Cambio del *Codice di Commercio del Regno d'Italia*,[39-40] normativa influenciada por el derecho cambiario alemán. Así, el conducto a través del cual la influencia alemana arribó a nuestra legislación cambiaria sería el *Codice di Commercio*, pues durante «la segunda mitad del siglo XIX, los tratadistas italianos fueron los que con mayor interés acogieron la nueva doctrina cambiaria alemana y terminaron por imponerla en la legislación mercantil de su país en 1882».[41]

No obstante, a pesar de la incorporación literal de varias disposiciones, el legislador peruano omitió las contenidas en la «Sez. XI. Delle cambiali smarrite» («De las letras de cambio extraviadas») del *Codice di Commercio*, donde se incluía una disposición que reproducía el artículo 74 de la *ADWO*:

> Artículo 332. El tenedor de la letra de cambio que demuestre ser su propietario conforme a lo establecido en el artículo 287 no podrá ser obligado a entregarla, salvo en caso de mala fe o culpa grave en su adquisición. (Traducción libre)

Esta disposición remitía al artículo 287, que regulaba la adquisición de letras de cambio mediante la transmisión continua por endoso:

> El poseedor de una letra de cambio endosada demuestra ser su propietario mediante una serie continua de endosos que lleguen hasta él. (Traducción libre)

---

38 PODER EJECUTIVO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Código de Comercio*, Lima, 15 de febrero de 1902.

39 PARLAMENTO DEL REGNO D'ITALIA. *Codice di Commercio*, Roma, 2 de abril de 1882.

40 Así, los títulos I, «Requisitos esenciales de la letra de cambio» (artículos 434-441); VIII, «Del protesto» (artículos 489-497); y X, «De la acción por derecho de cambio» (artículos 502-511), *reproducen parcialmente* las *Sezioni I. Requisiti essenziali della cambiale* (artt. 251-255); *VIII. Del protesto* (artt. 303-309); y *X. Dell'azione cambiaria* (artt. 314-326) del *Codice di Commercio* de 1882. En cambio, los títulos II, «Del endoso» (artículos 442-446); III, «De la aceptación» (artículos 447-459); IV, «Del aval» (artículos 460-462); V, «De los ejemplares duplicados y de las copias» (artículos 463-468); VI, «Del vencimiento» (artículos 469-472); VII, «Del pago» (artículos 474-488); IX, «De la resaca» (artículos 498-501); XI, «De la letra con firma de personas incapaces o con firmas falsas o falsificadas» (artículos 512-513); y XII, «De la orden para la entrega de frutos» (artículos 514-519), *reproducen textualmente* las *Sezioni II. Della girata* (artt. 256-260); *III. Dell'accettazione* (artt. 261-273); *IV. Dell'avallo* (artt. 274-276); *V. Dei duplicate e delle copie* (artt. 277-282); *VI. Della scadenza* (artt. 283-286); *VII. Del pagamento* (artt. 287-302); *IX. Della rivalsa* (artt. 310-313); *XI. Della scambiale con firme di persone incapaci o firme false o falsificate* (artt. 327-328); y *XIII. Dell'ordine in derrate* (artt. 333-338) del mismo Código.

41 NUÑEZ, Estuardo. *La influencia alemana en el derecho peruano*. Lima: Librería e imprenta Gil, 1937, p. 44. Aunque las razones no se limitaron a la influencia doctrinaria, ya que hubo otras igualmente relevantes. FORTINI, Orsolina. *Deutsche Einflüsse auf den italienischen Codice di Commercio von 1882*. Regensburg: Rechtskultur Wissenschaft, 2020, pp. 183-187, señala que también intervinieron factores históricos y económicos. En el ámbito histórico, destaca que ciertos territorios, como Veneto, mantenían la regulación del *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (*ADHGB*) antes de la unificación italiana. En el plano económico, subraya que, en el siglo XIX, Italia buscaba fomentar su naciente industrialización tomando como modelo a la nación con mayor crecimiento y desarrollo: Alemania.

Este supuesto es el mismo que el regulado en el actual artículo 45.1 de la LTV. Sin embargo, mientras que la legislación alemana e italiana establecían de manera expresa la consecuencia jurídica para el tenedor ilegítimo, el Código de Comercio omitió esta disposición.

En ese sentido, el *Codice di Commercio* contemplaba —al igual que la *ADWO*— también la obligación restitutoria del título valor, disposición que el legislador peruano, siguiendo la plantilla extranjera, pudo haber incluido. En cambio, el legislador de la ALTV, teniendo como molde el artículo 473 añadió la consecuencia que adeudaba nuestro Código de Comercio. Sin embargo, en lugar de replicar la sanción restitutoria de forma expresa, introdujo en su redacción la «privación del título valor»:

***ADWO* (1849)**	**Código de Comercio (1902)**	**Ley n.° 16587 (ALTV) (1967)**
Artículo 36. […] Si a un endoso en blanco sigue otro endoso, se presume que el emisor de este último ha adquirido la letra de cambio mediante el endoso en blanco […].	Artículo 436 Para que surta sus efectos, en juicio, deberá tener: […] 5°. El nombre del tomador de la letra. Si el nombre de la persona de quien debe pagarse se ha dejado en blanco, el portador de buena fe debe poner el suyo.	Artículo 45. […] (3° párr.) Cuando un endoso en blanco es seguido de otro endoso, se considera que el firmante de este último ha adquirido el título-valor por efecto del endoso en blanco.
Artículo 74. El tenedor legitimado de una letra de cambio, conforme a las disposiciones del artículo 36, *solo podrá ser obligado a entregarla si la ha adquirido de mala fe* o si incurrió en negligencia grave al momento de su adquisición. (énfasis agregado)		Artículo 45. […] (4° párr.) El tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente, *no puede ser privado del título sino cuando lo hubiere adquirido de mala fe*. (Énfasis agregado)

(Elaboración propia)

Por tanto, ¿acaso la «privación del derecho» a la que hacía referencia el artículo 45 de la ALTV (y, en consecuencia, la de nuestra vigente LTV) es un modo de referirse a las obligaciones restitutorias? Considero que sí. Esta tesis se justifica también porque las coordenadas legislativas que siguieron a la ley alemana fueron también sus afluentes, y en ese sentido, mantuvieron la obligación del tenedor ilegítimo (Convención de Ginebra) que implicaba la restitución del título valor o la restitución del dinero (LGTOC mexicana). De esta forma, la «privación» del artículo 45.4 ALTV (y, por ende, de la

actual LTV) expresaría que *el tenedor ilegítimo estaría obligado a restituir el título valor o los beneficios derivados de él como consecuencia de su actuación de mala fe.*

3. LAS FORMAS DE TUTELA CIVIL FRENTE A LA TENENCIA ILEGÍTIMA DE LOS TITULOS VALORES SUSCEPTIBLES DE ENDOSO

El artículo 45.3 LTV señala: «Cuando un endoso en blanco es seguido por otro endoso, se considera que el firmante de este último ha adquirido el título valor por efecto del endoso en blanco». Esto significa que el tenedor actual puede endosar el título en blanco o nominativamente a un tercero. En ambos casos, el nuevo tenedor adquiere la propiedad del título y, si lo firma, será beneficiario de la obligación a cargo del librado, emitente o deudor. Sin embargo, el artículo 45.4 LTV establece que, si el tercero actuó de mala fe, se le privará del título valor.

La privación del título requiere dos condiciones: (*i*) la existencia de un endoso (en blanco o nominativo) y (*ii*) que el endosatario haya actuado de mala fe. La exigencia del endoso excluye la acción de ineficacia del pago *ex* artículo 107 LTV, pues ella solo aplica para los casos de pérdida, deterioro o sustracción.[42] También, como se ha demostrado históricamente, los mecanismos restitutorios buscan devolver el título al endosante como último tenedor legítimo, descartando así a las acciones cambiarias, cuya finalidad es exigir el cumplimiento de la obligación,[43] mas no la restitución del título.

De esta manera, la tenencia ilegítima se remediaría a través de mecanismos restitutorios, que pueden coexistir —subsidiaria o cumulativamente— con acciones resarcitorias o constitutivas. Los mecanismos restitutorios buscan restablecer el bien al patrimonio del cual fue extraído, mientras que los remedios resarcitorios están orientados a compensar el daño causado, y los constitutivos a extinguir, crear o modificar una situación jurídica. Cada remedio aborda diferentes aspectos de las consecuencias de la tenencia ilegítima, según su naturaleza y efectos. Entre los principales mecanismos restitutorios, para el caso que nos atañe, se encontrarían la acción reivindicatoria, la acción por enriquecimiento injustificado y la acción por pago indebido.

Los mecanismos varían según el rol del afectado. El endosante, como propietario, puede ejercer acciones de reivindicación o por enriquecimiento. El obligado, por su parte, puede recurrir a la acción por pago indebido si ya ejecutó la prestación. Esto responde a las diferencias en la afectación: el endosante protege su derecho sobre el título, mientras que el obligado busca recuperar lo entregado sin causa justificada.

Es necesario distinguir dos escenarios según la ejecución de la obligación derivada del título valor: (*i*) si el tenedor ilegítimo ya reclamó el cumplimiento o (*ii*) si aún no lo ha hecho. Esta diferencia determina si procede la acción reivindicatoria, por enriquecimiento injustificado o por pago indebido.

Antes de la ejecución del título valor, el endosante solo puede reclamar su restitución. Tras la ejecución, puede reclamar el dinero obtenido por el tenedor ilegítimo. En cuanto al obligado, solo tiene la acción una vez cumplida la prestación, mediante la restitución por pago indebido. A continuación, se examinan en detalle estas acciones.

---

42 En ese sentido, PODER EJECUTIVO. «Dictamen recaído en el Proyecto de Ley n.º 4195-98-CR». En: Ministerio de Justicia. *Nueva Ley de Títulos Valores*. Edición Oficial. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2000, p. xxiii.

43 O más propiamente la obtención de la «ejecución de los bienes del deudor, para conseguir el pago del documento, amparándose en el mérito ejecutivo que presta el mismo título»: MONTOYA ALBERTI, Hernando. «Comentarios Preliminares». En: *Nueva Ley de Títulos Valores*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 52.

3.1. Acciones del endosante: la reivindicación

No debe perderse de vista que el título valor es un bien mueble.[44] En cuanto tal, puede ser objeto de diversos derechos reales. Como la propia LTV establece la presunción del endoso en propiedad (artículo 34.4), los remedios frente a la tenencia legítima *ex* artículo 45.4 LTV también serían los correspondientes a la tutela de la propiedad.

El propietario tiene, cuanto menos, cuatro poderes según el artículo 923 CC: los de usar, disfrutar, disponer y reivindicar.[45] Él es quien usualmente ejerce la tenencia del bien. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 923 CC, el propietario, en ejercicio de su poder de disposición,[46] puede concederlo en uso o disfrute siempre que lo haya consentido. Si el uso del bien no cuenta con su consentimiento, está facultado para ejercer la acción reivindicatoria y solicitar su restitución.

Podría argumentarse que el tenedor ilegítimo (endosatario) es propietario del título valor, ya que su tenedor anterior (endosante) se lo transfirió. En consecuencia, parecería que no procedería la acción reivindicatoria, pues el endoso implica también la transferencia del título.

El Código Civil establece que «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente» (artículo 947). Sin embargo, en el caso de títulos valores susceptibles de endoso, sea este nominativo o en blanco, la propiedad no se adquiere con la simple entrega. Además, debe evaluarse la buena fe del receptor, ya que, si este actuó de mala fe, la transferencia se considerará no realizada, y el tenedor anterior seguirá siendo el propietario. En este sentido, el endosante que transfirió el título conserva el derecho de propiedad sobre este y está legitimado para ejercer la acción reivindicatoria, puesto que no se produjo la transferencia del título. La mala fe del tenedor actual anula cualquier derecho derivado de la adquisición del título valor, ya que, para exigir el cumplimiento de la obligación, se requiere primero acreditar la titularidad del bien, es decir, obtener el reconocimiento como propietario.

Entre los requisitos que tendría que acreditar el endosante, en cuanto a propietario del título, serían: (*i*) que se acredite la propiedad del título que se reclama; (*ii*) que el tenedor actual es ilegítimo o no tiene ningún derecho sobre el título; (*iii*) que se identifique el título objeto de restitución.[47] En

---

44 Código Civil peruano de 1984: «Artículo 886.- Son muebles: / […] / 5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales».

45 ROSE, Caspar. «Good Faith and Game Theory». En MARCIANO, Alain y BATTISTA RAMELLO, Giovanni (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Nueva York: Springer, 2019, p. 988: «El término *rei vindicatio* proviene del derecho romano y alude al derecho del propietario de reclamar la restitución de su bien frente a quien lo posea de manera ilegítima. El derecho natural o *ius naturale* constituía el fundamento jurídico predominante en la mayoría de los países europeos, alineándose con las bases del derecho romano. Este principio representaba una doctrina absoluta de reivindicación, *que se consideraba un atributo inherente a la noción de derecho de propiedad en aquella época*» (traducción libre) (énfasis agregado). Es precisamente esta concepción de la acción reivindicatoria como componente del derecho de propiedad la que se mantiene en el artículo 923 de nuestro Código Civil, importado (textual y defectuosamente) del artículo 105 del Código Civil boliviano de 1975 (que también aludía al «poder jurídico»), pues el legislador optó por juntar los dos incisos de aquel Código en una única disposición. La definición de propiedad en base a «poderes» o «atributos» ha sido arduamente criticada por nuestra doctrina desde el Código (abrogado) de 1936. Consúltese, entre otros, a: DE LA RIVA-AGÜERO, José. «Discurso-memoria en el Colegio de Abogados» [pronunciado el 18 de marzo de 1937]. En sus: *Obras Completas de José de la Riva-Agüero*. Tomo X: Ensayos Jurídicos y Filosóficos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto Riva-Agüero, 1979, p. 336 y ss.; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La propiedad en el Código Civil». En PRIORI POSADA, Giovvani. *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 113 y ss.; ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Derecho de propiedad». En *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores - Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), 2024, p. 120 y ss.

46 Aquí seguimos la concepción de los profesores Jorge Avendaño y Lucrecia Maisch, pues el Libro V es producto de la «conciliación» de sus proyectos de reforma. Para ambos, el poder de disposición comprende las facultades de enajenación, destrucción y afectación del bien (a través de concesión de cargas o constitución de gravámenes). *Cfr.* MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales (Concordado con la Constitución de 1979)*. Tercera edición. Lima: Studium, 1984, p. 47; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Comentario al artículo 923». En MURO ROJO, Manuel y TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Código Civil Comentado*. Tomo V: artículos 881-1131. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 225.

47 En su Proyecto, Lucrecia Maisch propuso lo siguiente: «Artículo 139. Acción de reivindicación. La acción de reivindicación nace de la propiedad de bienes singulares y faculta al propietario, que ha perdido la posesión, a reclamar el bien de cualquier poseedor actual. / La acción de reivindicación es imprescriptible». De esta manera, para la catedrática sanmarquina, el reivindicante debía acreditar cuatro requisitos: (*i*) que sea el propietario del bien, (*ii*) que haya perdido la posesión del bien, (*iii*) que el bien no sea una

cuanto al primer requisito, el endosante tendría que acreditar que habría recibido el título por endoso en propiedad (artículo 38 LTV). En cuanto al segundo, hace entrar en escena el rol de la mala fe, pues esta es la que provoca la ilegitimidad del tenedor *ex* artículo 45.4 LTV. Finalmente, y en tercer lugar, que se individualice el título a restituirse, pues el tenedor ilegítimo podría contar con una infinidad de ellos y la acción reivindicatoria no restituye la colectividad de bienes sino uno en específico.[48]

3.2. Sigue. El enriquecimiento injustificado

La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado a la que me refiero no es la prevista en el artículo 20 LTV, sino la regulada en el artículo 1954 CC. Esto se debe a que el concepto de enriquecimiento en la ley cambiaria tiene como finalidad proteger al tenedor legítimo frente a los obligados, siempre que hayan prescrito las acciones cambiarias o causales. En cambio, el artículo 45.4 LTV «regula»[49] acciones tanto del obligado como del tenedor legítimo contra el tenedor ilegítimo. Por ello, considero que la normativa aplicable debe ser la del Código Civil y no la de la Ley de Títulos Valores.

Si el título valor, en tanto bien mueble, es cobrado por un tenedor ilegítimo, se estaría frente a un acto de disposición de bien ajeno. El Código de 1936 preveía una solución para este supuesto en su artículo 842: «Si un poseedor no puede restituir el bien mueble por haber dispuesto de él, queda obligado a pagar su valor estimado al tiempo en que debió restituirlo». Así, la obligación recaía en restituir el valor del bien, no el bien mismo. Para León Barandiarán[50] esta disposición era un supuesto de enriquecimiento injustificado.

Sin embargo, el Código Civil vigente no contiene una disposición equivalente. Ante esta ausencia, propongo aplicar extensivamente el artículo 910 CC, que establece: «El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir». La *ratio legis* de esta disposición es sancionar al poseedor de mala fe para evitar su enriquecimiento injustificado. Dado que el título valor es un bien mueble según el artículo 886, también se aplican las disposiciones del Libro V, sobre los derechos reales. Así, si «son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica» (artículo 891 CC), puede interpretarse que el dinero cobrado por el tenedor ilegítimo constituye un fruto civil derivado de la relación obligativa (cambiaria). En este sentido, sostengo que la naturaleza del remedio contemplado en el artículo 910 CC es la de una acción contra el enriquecimiento injustificado.

Desde la vigencia del Código Civil, se reconocían cinco requisitos para esta acción: (*i*) enriquecimiento, (*ii*) empobrecimiento, (*iii*) relación de causalidad, (*iv*) ausencia de justificación y (*v*) subsidiariedad.[51] No obstante, en años recientes se ha debatido la necesidad de que concurran todos ellos.

---

universalidad, (*iv*) que el demandado resulte ser el poseedor actual del bien: MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*. Primera edición, Primera reimpresión. Lima: Editorial Desarrollo, 1983, p. 108. Sin embargo, para el profesor Avendaño, «Los requisitos de la acción reivindicatoria son tres: (i) que el demandante pruebe fehacientemente que es el propietario del bien que reclama, (ii) que se trate de un bien perfectamente determinado […] y (iii) que el demandado no tenga derecho a poseer el bien»: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La propiedad en el Código Civil». *Op. Cit.*, p. 119. Este criterio sería el seguido por la jurisprudencia peruana: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia del X Pleno Casatorio Civil recaída en la Casación n.º 1242-2017-Lima Este. Lima, 20 de septiembre de 2020, considerando segundo; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 579-2018-Cusco. Lima, 21 de octubre de 2019, fundamento noveno; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 3625-2018-Arequipa. Lima, 22 de setiembre de 2020, fundamento noveno; Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 2818-2018-Lima Norte. Lima, 13 de junio de 2021, fundamento séptimo. Criterio al cual nos acogemos.

48 MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales (Concordado…). Op. Cit.*, p. 68.

49 Y digo «regula» porque textualmente no lo dice, sino que se concluye a través de la reconstrucción realizada en clave histórico-comparativa. Véase *supra* III.

50 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo I: Acto Jurídico. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar Editores, 1954, p. 486.

51 En ese sentido, DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi.* Volumen I. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 546 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 65 y ss.; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Comentario al artículo 1954». En MURO ROJO, Manuel y TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Código Civil Comentado*. Tomo IX: Artículos 1713-1968; Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 698 y ss. (aunque critica alguno de ellos); FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela

Un análisis comparativo[52] muestra que el modelo del artículo 1954 CC sigue la regulación alemana y reproduce el concepto *auf dessen Kosten* («a su costa») del § 812 del BGB, el cual no exige empobrecimiento del lesionado, sino solo que el enriquecimiento derive del aprovechamiento de un bien o derecho ajeno. Esto elimina también la necesidad de probar una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

La subsidiariedad, por el contrario, sí tiene un reconocimiento expreso en el artículo 1955 CC, y la doctrina[53] señala que este requisito debe reservarse para casos atípicos de enriquecimiento, es decir, cuando no existe una disposición que resuelva el supuesto específico, lo que no ocurre en nuestro caso si aplicamos extensivamente el artículo 910 CC.

En consecuencia, el endosante debe acreditar dos elementos: (*i*) el enriquecimiento del tenedor ilegítimo a expensas (*auf dessen Kosten*) del endosante, evidenciado por el cobro del título valor, y (*ii*) la falta de justificación de ese enriquecimiento, derivada de la mala fe del tenedor, que anula cualquier derecho sobre el monto recibido.

3.3. La tutela del obligado: la acción por pago indebido

El artículo 1267 CC dispone: «El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió». Así, quien realiza un pago por error está facultado para exigir su devolución. De acuerdo con el texto dispositivo, el accionante debe acreditar: (*i*) que se ejecutó una prestación (de dar, hacer o no hacer) no debida, y (*ii*) que dicha prestación se realizó por error (de hecho o de derecho).[54] En ese contexto, si un tenedor ilegítimo dispusiera del título valor para su ejecución y el obligado cumpliera la prestación, este último podría exigir la restitución siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1267 CC.

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, añade el requisito del *animus* como uno de los que tendría que probar el accionante. Si ello no se acreditara, no procedería la acción restitutoria por pago indebido:

> Décimo Primero: […] para que proceda la repetición de lo indebidamente pagado será necesario, que concurran los siguientes elementos: a) El cumplimiento de una prestación; b) El *animus solvendi*, esto es, el propósito de extinguir una obligación propia. En ese sentido si el *solvens* actúa a sabiendas de que no se ha trata de una obligación propia, podría configurarse un caso de subrogación en el pago; c) Inexistencia de la obligación (falta de causa). Ya sea porque la prestación

---

resarcitoria y el enriquecimiento sin causa». En *Escritos reunidos de Derecho Civil Patrimonial*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2024, p. 502 y ss. Esta también es la línea seguida por nuestra jurisprudencia. Así, entre otras, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 2019-2011-Amazonas. Lima, 8 de mayo de 2012, considerando. Quinto; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 3980-2016-Arequipa. Lima, 15 de septiembre de 2017, fundamento sexto; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 411-2021-Cusco. Lima, 24 de abril de 2024, fundamento noveno.

52 Advertido desde la vigencia del Código Civil de 1936: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. Cit*., p. 493. Desde la vigencia del nuevo Código Civil, véase: GELDRES CAMPOS, Ricardo. «Bases para una nueva concepción del enriquecimiento sin causa: un análisis desde la teoría de la diferenciación». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 49, julio 2017, pp. 116 y 121, notas al pie 6 y 19 respectivamente; LEÓN HILARIO, Leysser. «La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en el Perú Injustificado. Notas históricas, comparativas y prácticas». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 100, octubre 2021, p. 63.

53 GELDRES CAMPOS, Ricardo. *El enriquecimiento sin causa. Análisis desde la doctrina y la jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, 2023, p. 414; LEÓN HILARIO, Leysser. «Subsidiariedad de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Comentario al artículo 1955». En BARCHI VELAOCHAGA, Luciano y FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano dirigido por Juan Espininoza Espinoza*. Tomo XII: Fuentes de las Obligaciones (quinta parte). Lima: Instituto Pacífico, 2023, p. 440.

54 Así, LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo II: Modalidades y Efectos. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956, pp. 409-410. Aunque el maestro sanmarquino se refería al «pago» y no propiamente a la «ejecución de una prestación». Sin embargo, más adelante precisaría que «El término "pago" debe entenderse en sentido amplio, como comprensivo de cualquier prestación. No creemos que sea obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que el precepto habla del caso de que se "entregase a otro alguna cosa o cantidad". El precepto solo ve el más común; pero no hay razón para interpretar la regla stricto sensu. Así lo impone el sentido racional de la institución. No vemos razón para una interpretación restrictiva como a veces se ha propugnado»: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. Cit*., p. 411. Este criterio fue el asumido por un sector de nuestra jurisprudencia décadas atrás. Así: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 85-2010-Lima. Lima, 8 de abril de 2009, fundamento segundo del voto del magistrado Idrogo Delgado; y, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N.º 85-2010-Lima. Lima, 6 de diciembre de 2010, considerando décimo.

> no era debida (*indebitum ex re*) o, si existiendo la deuda, esta no era de cargo del solvens ni a favor del *accipens* (*indebitum ex persona*); y, d) El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el pago (el *solvens*). El *solvens* debe proceder por error, es decir, por equivocación.[55]

No comparto esta postura, ya que la propia regulación no exige el *animus solvendi* como requisito. Ampliar las condiciones para ejercer la acción restitutoria por pago indebido incrementa innecesariamente la carga probatoria del *solvens*. La doctrina y la jurisprudencia deben enfocarse en esclarecer los parámetros de su ejercicio y no en tornarlos más complejos. Por ello, considero prescindible la exigencia del *animus solvendi* para la acción de pago indebido.

No obstante, esta solución no resulta la más eficiente. Para demostrarlo, parto de la premisa de que la eficiencia en la tutela de derechos se mide en términos económicos y temporales. Desde una perspectiva económica, el obligado enfrentaría mayores costos de transacción, ya que: (1) habría ejecutado la prestación; (2) luego, tendría que demandar la restitución por pago indebido; y, finalmente, (3) debería ejecutar nuevamente la prestación. En lugar de liberarse de la deuda con una sola acción, terminaría realizando tres, asumiendo todos los costos que ello implica.

Desde el punto de vista temporal, es ampliamente conocido que los procesos judiciales en nuestro país suelen extenderse más allá de lo razonable. Esto, lejos de garantizar el debido proceso,[56] retrasa el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Por ello, el legislador, considerando estos factores, ha previsto mecanismos para exonerar al deudor de soluciones ineficientes en términos económicos y temporales. Así lo dispone el artículo 16.1 de la LTV: «El deudor de buena fe que cumpla con la prestación queda liberado, aunque dicho tenedor no resultase ser el titular del derecho». Además, el artículo 46 de la LTV establece: «El que paga el título valor a su vencimiento no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de las firmas de los endosantes anteriores a la persona».

Aunque teóricamente sea posible cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1267 CC, considero más recomendable que el endosante accione directamente contra el tenedor ilegítimo, en lugar de que el obligado lo haga contra este último.

4. BALANCE CONCLUSIVO

Espero haber demostrado, mediante el recurso histórico-comparativo, que la consecuencia derivada de la privación *ex* artículo 45.4 LTV es la restitución del título valor, o, si ello no fuera posible, de los beneficios derivados de él que el tenedor ilegítimo hubiera cobrado a su favor.

Lo ideal sería que el endosante, al advertir la mala fe del endosatario, solicite la restitución del título valor con base en el artículo 45.4 LTV. Para ello, solo tendría que acreditar: (*i*) la previa existencia de un endoso en blanco o nominativo, y (*ii*) la mala fe del endosatario. Por su parte, el obligado podría, en vía de excepción, negarse a cumplir con la obligación derivada del título si demostrara la mala fe del tenedor, también teniendo amparándose en el artículo 45.4 LTV.

---

55 Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 581-2013-Lima. Lima, 4 de diciembre de 2013, fundamento décimo primero. Criterio asumido en reciente jurisprudencia. Así, véase, entre otras: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 2456-2021-La Libertad. Lima, 8 de noviembre de 2023, considerando décimo segundo; Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno. Sentencia de Vista recaída en la Resolución n.º 165. Puno, 14 de octubre de 2024, considerando sexto. En doctrina: CALDERÓN PUERTAS, Carlos. «Comentario al artículo 1267». En FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano dirigido por Juan Espininoza Espinoza*. Tomo VII: Derecho de Obligaciones (segunda parte). Lima: Instituto Pacífico, 2022, p. 832; FERRERO COSTA, Raúl. *El Negocio Jurídico. Derecho de las Obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2023, pp. 481-482.

56 ARIANO DEHO, Eugenia. «El proceso cautelar peruano». En *Estudios sobre tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica, 2014, p. 15: «…el tiempo también puede constituir un factor negativo, pues la propia duración del proceso puede conducir a la ineficacia de su resultado».

Sin embargo, debido a la falta de claridad respecto de cómo deberían ejercer sus medios de defensa tanto el endosante como el obligado, resulta necesario recurrir a remedios específicos previstos en el Código Civil. En ese sentido, el endosante podría interponer la acción reivindicatoria (artículo 927 CC) y, si ello no fuese posible porque el tenedor ya hubiera cobrado el título, podría solicitar la restitución de lo cobrado por enriquecimiento injustificado, amparándose en la aplicación extensiva del artículo 910 CC.

El obligado, por otro lado, podría ejercer la acción restitutoria por pago indebido. No obstante, considero que no debería recurrir a esta acción, ya que, aunque es viable desde una perspectiva teórica, presenta importantes problemas prácticos en términos de eficiencia.

Más allá de las soluciones interpretativas, considero que el legislador debería modificar la redacción del artículo 45.4 de la LTV para brindar mayor claridad a los operadores jurídicos. Esto implicaría establecer de manera explícita que *el tenedor ilegítimo está obligado a restituir el título valor o los beneficios derivados de él como consecuencia de su actuación de mala fe*. Mientras se espera esta reforma, los justiciables pueden recurrir a los mecanismos restitutorios previamente mencionados.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Los Títulos Valores en el Perú: Títulos Valores y derecho de mercado de valores. Legislación, doctrina, práctica, reforma y derecho comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2020.

ARIANO DEHO, Eugenia. «El proceso cautelar peruano». En *Estudios sobre tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica, 2014.

ARIANO DEHO, Eugenia. «Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del interés para obrar». En *Ius et Veritas*. n.º 60, 2020, pp. 104-120. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.005

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Comentario al artículo 923». En MURO ROJO, Manuel y TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Código Civil Comentado*. Tomo V: artículos 881-1131. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La propiedad en el Código Civil». En PRIORI POSADA, Giovvani. *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

CALDERÓN PUERTAS, Carlos. «Comentario al artículo 1267». En FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano dirigido por Juan Espininoza Espinoza*. Tomo VII: Derecho de Obligaciones (segunda parte). Lima: Instituto Pacífico, 2022.

CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo I. Cuarta edición. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1973.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito*. 14ª edición. México D. F.: Editorial Herrero, 1988.

DE LA LAMA, Miguel Antonio. *Código de Comercio del Perú. Con citas, notas, concordancias y un apéndice de leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, etc. hasta el 30 de diciembre de 1895*. Lima: Librería, Imprenta y Encuadernación Gil, 1897.

DE LA LAMA, Miguel Antonio de la. *Código de Comercio. Ley Procesal de Quiebras y Suspensión de Pagos, y Reglamento del Registro Mercantil, con notas críticas, explicativas y de concordancia.* Lima: Librería e Imprenta Gil, 1902.

DE LA RIVA-AGÜERO, José. «Discurso-memoria en el Colegio de Abogados» [pronunciado el 18 de marzo de 1937]. En *Obras completas de José de la Riva-Agüero*. Tomo X: Ensayos Jurídicos y Filosóficos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto Riva-Agüero, 1979, pp. 327-361.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1955.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Derecho de propiedad». En *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores - Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), 2024.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa». En *Escritos reunidos de Derecho Civil Patrimonial*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2024.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano dirigido por Juan Espininoza Espinoza*. Tomo XII: Fuentes de las Obligaciones (quinta parte). Lima: Instituto Pacífico, 2023.

FERRERO COSTA, Raúl. *El Negocio Jurídico. Derecho de las Obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2023.

FORTINI, Orsolina. *Deutsche Einflüsse auf den italienischen Codice di Commercio von 1882*. Regensburg: Rechtskultur Wissenschaft, 2020.

GELDRES CAMPOS, Ricardo. «Bases para una nueva concepción del enriquecimiento sin causa: un análisis desde la teoría de la diferenciación». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 49, julio 2017.

GELDRES CAMPOS, Ricardo. *El enriquecimiento sin causa*. Lima: Instituto Pacífico, 2023.

GESTOSO Y ACOSTA, Luis. *Curso elemental de Derecho Internacional Público e Historia de los Tratados*. Valencia: Imprenta de Federico Domenech, 1897.

GIERKE, Julius. *Bürgerliches Recht: Sachenrecht*. Berlín: Springer, 1925.

GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. *Títulos valores. Aspectos generales y la regla del perjuicio*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

HÄCKER, Birke. «Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht». En JANSEN, Nils y MEIER, Sonja. *Iurium itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Sachenrecht Bürgerlichen Gesetzbuches*. Segunda edición revisada. Berlín: Walter de Gruyter, 1950.

HEFERMEHL, Wolfgang. «Einführung». En *Handelsgesetzbuch ohne Seehandelsrecht, mit Wechselgesetz und Scheckgesetz*. 27ª edición revisada. Múnich: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1993.

KLEMICH, Oskar. *Die Lehre vom Wechsel*. Leipzig: Poenike, 1877.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. «Devenir histórico del derecho cambiario». En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVIII, n.° 112, enero-abril, 2005. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711204

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo I: Acto Jurídico. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar Editores, 1954.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo II: Modalidades y Efectos. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956.

LEÓN HILARIO, Leysser. «La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en el Perú Injustificado. Notas históricas, comparativas y prácticas». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 100, octubre 2021.

LEÓN HILARIO, Leysser. «Subsidiariedad de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Comentario al artículo 1955». En BARCHI VELAOCHAGA, Luciano y FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano dirigido por Juan Espininoza Espinoza*. Tomo XII: Fuentes de las Obligaciones (quinta parte). Lima: Instituto Pacífico, 2023.

LIACE, Gianfranco. *Dei titoli al portatore. Artt. 2003-2007*. Milán: Giuffrè Editore, 2017.

LOCRÉ DE ROISSY, Jean-Guillaume. *Esprit du Code de Commerce ou Commentaire de Chacun des articles du Code*. Segunda edición; Tomo I. París: Dufour, 1829.

MAINE, Henry Sumner. *Village-Communities in the East and Wes*. New York: Author's edition. Henry Holt and Company, 1889.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*. Primera edición, Primera reimpresión. Lima: Editorial Desarrollo, 1983.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales (Concordado con la Constitución de 1979)*. Tercera edición. Lima: Studium, 1984.

MARTORANO, Federico. *Titoli di crédito. Titoli non dematerializzati*. Dott. A. Milán: Giuffrè Editore, 2002.

MILLI, Marco. *Titoli di credito. Disposizioi generali. Artt, 1992-2002*. Milán: Giuffrè Editore, 2012.

MONTOYA ALBERTI, Hernando. «Comentarios Preliminares». En: *Nueva Ley de Títulos Valores*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Aspectos de la Nueva Ley de Títulos Valores (Ley n.º 2787)». En AA. VV. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II: Títulos Valores. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Los valores desmaterializados en la Ley de Títulos Valores». En *Revista Jurídica del Perú*, n.º 23, junio 2001.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos* Valores. Octava edición. Lima: Idemsa, 2012.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho comercial*. Tomo II: Títulos Valores - Mercado de Valores. Undécima edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

NAVARRO IRVINE, Félix. «Comentario al Anteproyecto Peruano de Ley Uniforme Sobre Letra de Cambio» (continuación). En *Revista del Foro*, n.º III, julio-septiembre 1949, p. 286.

NUÑEZ, Estuardo. *La influencia alemana en el derecho peruano*. Lima: Librería e imprenta Gil, 1937.

PABLO ABANTO, Juan Jesús. «Las obligaciones con prestación indivisible en el Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano». En *Archivio di Diritto Civile*. Año I, n.º 2, noviembre 2024.

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Comentario al artículo 1954». En MURO ROJO, Manuel y TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Código Civil Comentado*. Tomo IX: Artículos 1713-1968; Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

PARTESOTTI, Giulio. *I titoli all'ordine. Artt. 2008-2020*. Tercera edición. Milán: Giuffrè Editore, 2013.

PODER EJECUTIVO. «Dictamen recaído en el Proyecto de Ley n.º 4195-98-CR». En MINISTERIO DE JUSTICIA. *Nueva Ley de Títulos Valores*. Edición Oficial. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2000, pp. xi-xxv.

RÍOS WOLLS, Gustavo de los. «El enriquecimiento sin causa». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen I. Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 541-554.

RONQUILLO PASCIAL, Jimmy. «Análisis crítico del Quinto Pleno Casatorio Civil y algunas alternativas de solución para superar la rígida preclusión temporal». En AA. VV. *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 141-168.

ROSE, Caspar. «Good Faith and Game Theory». En MARCIANO, Alain y BATTISTA RAMELLO, Giovanni (editores). *Encyclopedia of Law and Economics*. Springer, Nueva York, 2019», pp. 987-990.

SAMANAMÚ, Francisco. *Manual de derecho mercantil peruano. Adaptado al Código de Comercio y demás leyes pertinentes con apéndices*. Lima: Sanmartí y Cía, 1919.

SCARPA, Dario. *Titoli Nominativi. Artt. 2021-2027*. Milán: Giuffrè Editore, 2016.

STRANZ, Josef y STRANZ, Moritz. *Allgemeine Deutsche Wechselordnung. Kommentar*. Novena edición. Berlín: Immanuel Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1906.

UNDESMINISTER DER JUSTIZ. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*. Band II. Köln: Bundesanzeiger Verlagsges, 1981.

VALDERRAMA, Lucila. *Anuario Bibliográfico Peruano: 1973-1976*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú, 1986.

WESTERMANN, Harry. *Sachenrecht: ein Lehrbuch*. Séptima edición revisada. WESTERMANN, Harm; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. C. F. Müller. Verlag, Heidelberg, 1998.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República. *Sentencia del X Pleno Casatorio Civil recaida en la Casación n.º 1242-2017-Lima Este*. Lima, 20 de septiembre de 2020,

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno. *Sentencia de Vista recaida en la Resolución n.º 165*. Puno, 14 de octubre de 2024.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 2818-2018-Lima Norte*. Lima, 13 de junio de 2021.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 2019-2011-Amazonas*. Lima, 8 de mayo de 2012.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 2456-2021-La Libertad*. Lima, 8 de noviembre de 2023.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 85-2010-Lima*. Lima, 8 de abril de 2009.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 85-2010-Lima*. Lima, 6 de diciembre de 2010.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 579-2018-Cusco*. Lima, 21 de octubre de 2019.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 3625-2018-Arequipa*. Lima, 22 de setiembre de 2020.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 3980-2016-Arequipa*. Lima, 15 de septiembre de 2017.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 411-2021-Cusco*. Lima, 24 de abril de 2024.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Casación n.º 581-2013-Lima*. Lima, 4 de diciembre de 2013.

EL *WARRANT*, CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y ALMACENES GENERALES EN EL IMPACTO DEL MEGAPUERTO DE CHANCAY

César E. Ramos Padilla[*]

En homenaje al maestro Ulises Montoya Alberti, quien nos enseñó a analizar y estudiar el derecho mercantil en íntima relación con la economía.

1. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LOS CERTIFICADOS DE DEPÓSITO Y EL *WARRANT*

En el proceso económico, entre la producción, distribución y el consumo, es necesario que los empresarios utilicen servicios de almacenaje y depósito que eviten la movilización transitoria de sus mercancías, sea por que el producto requiera perfeccionarse, madurar o en todo caso se pueda distribuir la mercancía de manera planificada hasta llegar a los consumidores en un «modo» más eficiente.

La producción puede ser temporal, pero esta se presenta cuando existe un consumo uniforme o permanente, como los productos de la agricultura, cuya existencia aumenta en periodos de cosechas, pero el consumo se realiza constantemente durante todo el año.

La producción puede ser uniforme, pero el consumo es temporal, inclusive estacional, como la ropa para invierno o de verano, las refrigeradoras, los ventiladores, aire acondicionado, cuya mayor o menor demanda depende de las estaciones climáticas.

En la industria contemporánea, cuyos métodos de producción son en serie o masivamente, genera la imposibilidad de mantener un equilibrio entre el suministro u oferta de tales productos o bienes y la demanda de los mismos (consumo de autos, tarjetas de computación, artefactos eléctricos, etcétera).

Como se puede apreciar, que, ante estos escenarios, el empresario requiere habilitar espacios o lugares especiales para el transitorio almacenaje, conservación y custodia de mercaderías que se desplazan desde el lugar de fabricación o recolección, hasta las zonas de consumo. El almacén puede realizar todas las operaciones necesarias para la custodia de las mercaderías con mayor pericia y rapidez que cualquier particular, con empleados expertos en todos los asuntos de expedición, de aduana, de conservación y venta de las mercaderías.

Los empresarios comienzan a dedicarse a constituir empresas, organizadas como almacenes generales de depósito, los cuales se encuentren dedicados exclusivamente al recibo de mercaderías para su custodia, en estos casos, los empresarios productores pueden utilizar dichas mercancías en depósito como un elemento de financiación empresarial, obtener préstamos con garantía prendaria sobre ellas, siendo una de las facetas de la actividad crediticia y bancaria; en consecuencia se obtendrá una operación pasiva para el depositante o productor y operación activa para los bancos.

Para obtener créditos con menores intereses, se hace indispensable emitir títulos valores que incorporen el derecho de disposición sobre la mercancía denominadas certificados de depósitos, así como incorporar del derecho de garantía prendaria, sobre las mismas mercancías, en otro título valor denominado nota de prenda o *warrant*; en este título valor se incorpora además, un derecho crediticio,

[*] Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

que sería garantizado por la mencionada prenda sobre las mercancías depositadas, posibilitando recuperar el crédito mediante la ejecución de una rápida venta forzosa de dichas mercancías.

De esa manera se busca favorecer al propietario de la mercadería con una operación de crédito real (*warrant*), a fin de que no se viera constreñido a malvender la mercadería, y al mismo tiempo defender al que hizo la subvención (crédito) con la triple garantía de la venta privilegiada de la mercadería, de la acción de repetición cambiaria contra todos los endosantes del *warrant* y contra los subsiguientes endosantes del certificado de depósito.

Cuando la prenda se constituye mediante el *warrant* emitida por los almacenes generales, la garantía prendaria sobre las mercaderías depositadas se transfiere con el simple endoso de ese título: el acreedor pignoraticio de buena fe no tiene que temer secuestros ni oposiciones ni demandas de nulidad por parte de los acreedores de quien le dio la prenda, porque el primer endoso de ese título elimina la sospecha de fraude con que persigue los demás actos del deudor en caso de quiebra.

El instituto de los almacenes generales surgió principalmente para facilitar la circulación de las mercaderías mediante la circulación de los títulos que las representan. La condición jurídica tan favorable al poseedor del *warrant* mejora las condiciones financieras del préstamo garantizado por las mercaderías depositadas, reduciendo el costo de los intereses que se exige para el descuento de una letra de cambio.

En resumen, la necesidad de trasladar las mercaderías y productos de los lugares de producción a los de consumo, generó, junto con la disciplina jurídica del transporte, el régimen de almacenaje y depósito, para facilitar la guarda, custodia y conservación de esos bienes, de modo que quienes comercian con ellas puedan programar racionalmente su traslado y aprovechar mejor las distintas épocas de mayor demanda. Pero el genio del comerciante se consagró, cuando unió a las funciones de guarda y conservación, la de financiación, incorporándole a un «título valor» los derechos de disposición, garantía prendaria y el propio crédito sobre las mercaderías inmovilizadas.[1]

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS CERTIFICADOS DE DEPÓSITO Y EL *WARRANT*

2.1. Edad Antigua

2.1.1. Asia

Las instalaciones de almacenes aparecieron ubicadas al sudeste de Turquía, denominadas *ayas* (siglo XIII año 1200), la que en tiempos clásicos se llamaba *aegea* (en latín *aegeae*), la cual constituía la capital real de Macedonia, cuya función era la conservación de las mercaderías para su posterior venta. Esta ciudad portuaria (*ayas*) era el punto de llegada del comercio que por Anatolia circulaba en Persia y Asia Central y hasta la China siguiendo la Ruta de la Seda.[2]

---

1 Ver VIVANTE, Cesare. «Del contrato del depósito en los almacenes generales». En VIVANTE, Bolaffio Rocco. *Derecho comercial*. Tomo 15. Buenos Aires: Ediar, 1952, pp. 278, 279, 280, 281, 302, 324 y 341; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. «El contrato de depósito». En APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa; URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de derecho mercantil*. Tomo II. Madrid : Civitas, 2001, p. 301; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Títulos valores y valores negociables*. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 809, 825, 826 y 827; FONSECA RAMOS, Iván. «Certificado de depósito y el *warrant*». En SAAVEDRA GIL, Rony. *Tratado de derecho mercantil, títulos valores*. Lima: Jurista Editores, 2019, p. 500; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Contratación Mercantil*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003 p. 743.

2 PICARDO GONZÁLES, César y CASTILLO GARCÍA, Roger. *Estudio jurídico de los almacenes generales de depósitos*. León: Universidad Autónoma de Nicaragua, 2010, p. 5.

2.1.2. Europa

En el antiguo Egipto, existían lugares de almacenamiento de alimentos para ser consumidos en épocas de escasez. En Grecia existían cavidades subterráneas (*sytos*) para la conservación de cereales, posteriormente se transformaron en lugares utilizados por los comerciantes para depositar las mercaderías que estaban destinadas para su venta al público.

En Roma existían almacenes de depósitos (*horrea*) para la custodia de frutos y mercaderías en los puertos de mar y en ciudades interiores.

Había tres clases de depósitos:

i. Los almacenes denominados *horrea privata*, que destinados al uso privado de su propietario.

ii. Los depósitos llamados *horrea pública*, utilizado por su dueño para su explotación mediante cesión en arrendamiento a otros comerciantes.

iii. Los depósitos distinguidos como *horrea fiscalia*, cuyo titular y usuario era el poder público.[3]

En estos almacenes generales de depósito, que pudieron ser de índole pública o privada tuvo como función de seguridad en la guarda, simple conservación, facilitando las transacciones y distribución de productos en época de escasez, además, evitar la venta a precios irrisorios.

La creación de los estados francos del Levante (Francia) al final el siglo XI incrementó la importancia de los almacenes generales de carácter aduanero. El embajador genovés Ogerio Di Palla obtuvo (año 1201) del rey León II de Armenia Menor la primera franquicia aduanera. Venecia obtuvo también privilegios en el año 1201. El año 1271 el rey León III de Armenia Menor y la República de Venecia firmaron un tratado; transformándose en una gran villa comercial y de importancia aduanera. El 1288 el rey León III y el almirante genovés Benedetto Zaccaria suscribieron un acuerdo aduanero respecto de la colonia genovesa en Lajazzo, Los florentinos tenían como principales comerciantes en la ciudad a la familia Bardi (banqueros y comerciantes) los cuales obtuvieron franquicia aduanera el año 1335.[4]

2.2. En la Edad Media años 476 a 1492

En la Edad Media es cuando se inicia la expansión de estos almacenes, en toda la Europa mediterránea, y especialmente en Italia, donde se conocen[5] inicialmente, estos almacenes tenían principalmente fines aduaneros y comerciales; no crediticias.

Habría sido en Venecia donde se establecieron las primeras bodegas o depósitos de mercaderías, que expedían certificados o comprobantes que servían para transferirlos en propiedad o para lograr créditos con la garantía del bien depositado. Precisamente los banqueros de Lombardía concedían con frecuencia créditos con garantía de estos certificados, de lo que se generalizó esa modalidad con la denominación de «préstamo lombardo».[6]

---

3 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 809.
4 PICARDO GONZÁLES, César y CASTILLO GARCÍA, Roger. *Op. cit.*, pp. 5-7.
5 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 809.
6 FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 496.

2.3. Edad Moderna (siglos XV y XVIII)

2.3.1. Inglaterra

En Inglaterra por el año 1708 con el desarrollo y crecimiento del movimiento marítimo de Liverpool se crean los primeros almacenes o *docks* que pronto siguieron en Londres, construyéndose el «West India Dock» y constituyendo la «West India Docks Company», trayendo grandes beneficios al comercio, al facilitar el intercambio de las mercaderías en depósitos o almacenes, mediante simples certificados, generalizándose su uso en el mundo.[7]

Modalidades de *warrant*s

i. *Warrants* normales

Se emitían a favor de quienes importa las mercaderías. Se emiten antes que el importador las haya vendido, y bastan por sí solos para disponer absolutamente de ellas.[8] Sus funciones se identifican con un título de legitimación.

ii. Los *warrants* con *weight-notes*

Estos títulos se emitían después de la venta a plazos de las mercaderías, que se hacía generalmente en pública subasta. La *weight-note* es el documento de una compraventa sujeta a la condición resolutoria de la falta de pago del precio. Se transfería la propiedad de la mercadería al comprador, pero la posesión mediata se encontraba en las manos del vendedor. Si el comprador quiere la entrega de las mercaderías antes del término, debía hacerse entregar el *warrant* extinguiendo su deuda (pagando el saldo del precio) y presentar al almacén los dos títulos. Si dejaba transcurrir el plazo para retirar la mercadería, la *weight-note* perdía todo valor (condición resolutoria) ya que solo se puede obtener la entrega de la mercadería con la restitución del *warrant*.

El comprador, si pagaba inmediatamente el anticipo usual del precio, tiene derecho a hacerse entregar por el corredor la *weight-note*, (en la que se indica el precio de adquisición) y el *warrant* emitido por la Compañía que ejerce el almacén apenas se haya pagado el saldo.

Durante el plazo, ni el comprador, poseedor de la *weight-note*, ni el vendedor, poseedor del *warrant*, pueden por sí solos disponer de la mercadería. Solo la posesión de ambos títulos da derecho a disponer de las mercaderías.

Vencido infructuosamente el plazo, el vendedor restituido a la propiedad de la mercadería, puede, como legítimo poseedor del *warrant*, hacerla vender en pública subasta, haciéndose resarcir del daño por el comprador inobservante. Si de la venta pública saca menos que el precio fijado más los relativos intereses y gastos, y el anticipo no basta para satisfacerlo, el comprador deberá reembolsarlo del resto de su crédito.[9]

iii. Los *prime-warrant*s

Se emite a requerimiento del depositante que desea capitalizar sus stocks antes de que las mercaderías sean pesadas o medidas, en este caso se libran a la orden del importador que desea obtener un rápido préstamo en dinero sobre la partida total de las mercaderías o sobre una parte de ellas.[10]

---

7 *Idem*, p. 497.
8 VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 303.
9 Ver *ibidem* y VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit*., p. 811.
10 VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 811.

2.4. En la Edad Contemporánea (siglos XVIII y siguientes)

2.4.1. En Holanda

En Holanda los almacenes generales surgieron espontáneamente en Rotterdam, Utrecht y Ámsterdam, posteriormente, se reguló legislativamente.

El reglamento del almacén general de Ámsterdam del 2 de abril de 1827 dispuso que los negociantes pueden depositar las mercaderías en un almacén exclusivamente alquilado a ellos o en el almacén general. El depositante, contra entrega de la mercadería, recibe un certificado del depósito *(beviis van ops- lag)*, que se pueden ser trasmitido mediante endoso y autoriza al endosatario a exigir la entrega de las mercaderías.

Cuando el depositante quiere vender, en pública subasta o en la bolsa las mercaderías depositadas, se hace librar un *título al portador* llamado *onivang-cedulle*; emitido el título, cesan los derechos del propietario como tal, y el portador de él adquiere el derecho a obtener la entrega de las mercaderías en la calidad y cantidad exactas que en dicho título se indican.

El almacén era el responsable ante el depositante desde el momento de la descarga de la mercancía hasta el libramiento de la *ont-vang-cedulle* y ante el poseedor de ella, desde su emisión hasta la entrega de las mercaderías.

La emisión del doble título se planteó el año 1878, pero los representantes de los almacenes generales se declararon contrarios, fundamentando que dicho sistema no garantiza el secreto del préstamo, además, porque era demasiado complicado.[11]

2.4.2. En Bélgica

La primera ley 26 de mayo de 1848, que reguló en Bélgica a los almacenes generales, esta no reconocía más que un solo título, el *warrant*. Título endosable de la posesión: cuya finalidad es facilitar la circulación de las mercaderías importadas que se depositaban en los *entrepóts* (depósitos) públicos. La necesidad de distinguir resueltamente la doble función a que pueden servir los títulos librados por el almacén; reconociendo a la *cédule* (certificado de depósito) el oficio de trasmitir la disponibilidad de las mercaderías y el *warrant* un título de prenda. Tanto el *warrant* como la *cédule* son endosables, lo mismo unidos que separados, llenados o en blanco.

La cédula unida al *warrant* trasmite el derecho a disponer de las mercaderías. El *warrant* sin cédula trasmite la posesión a título de prenda; la cédula sin *warrant* trasmite el derecho a disponer de las mercaderías, salvo los derechos del acreedor pignoraticio (garantizado con prenda).

La *tradición* de ambos títulos sirve para la venta al contado, la *tradición* de la cédula sin el *warrant* sirve para la venta a plazo con la reserva de la posesión en garantía del vendedor, la tradición del *warrant* sin cédula facilita el modo de obtener un préstamo mediante el descuento del título.

El poseedor del *warrant*, bajo pena de los daños, debe remitirlo al primer endosante, aun antes del vencimiento, contra el pago de la suma que se le debe. El primer endosante debe a su vez entregarlo después al poseedor de la cédula (certificado de depósito), aun antes del vencimiento, contra el pago del saldo. Si el poseedor de la cédula no paga el saldo de crédito en el tiempo convenido, pierde al vencimiento todo derecho a recibir la entrega de las mercaderías y el anticipo ya desembolsado.[12]

---

11 *Idem*, pp. 304-306.
12 *Idem*, pp. 306-307.

2.4.3. En Francia

Los almacenes generales se acogido por el legislador francés en 1848 para socorrer con las facilidades del depósito y del crédito, a los comerciantes y productores puestos en apuros por la excesiva aglomeración de mercaderías, conservó los caracteres jurídicos que estaban más adaptados para lograr esa doble finalidad.

El Decreto de 21 de marzo de 1848 consagraba un régimen de intervención estatal, en la creación y el funcionamiento de los almacenes generales; se basó en el sistema de título único (*récépisse á ordre*), cuyo endoso permitía transmitir las mercaderías o constituir una prenda sobre ellas, y la intervención de los tribunales de comercio en la ejecución de tales prendas.

El Decreto del 21 de marzo de 1848, que acogió el sistema del título único e hizo difícil la circulación de ellos con un complicado ordenamiento, fue sustituido por la ley del 28 de mayo de 1858, que consagró el sistema de doble título en materia documental.

La ley del 31 agosto 1870 reguló la creación de almacenes generales y autorizó a los mismos almacenes a otorgar préstamos con garantía de las mercaderías recibidas.

Los títulos se expiden materialmente unidos en un único documento separado por una línea horizontal. En la parte superior está el «recibo» y en la parte de abajo el *warrant*.

El primero es útil para transmitir las mercaderías y el segundo apto para constituir un gravamen prendario sobre ellas. El depositante puede separar el documento y endosar separadamente cualquiera de ellos.[13]

2.4.4. En España

Los almacenes de depósitos generales fueron regulados por el Código de Comercio español. Los almacenes estaban autorizados a recibir el depósito, para la conservación y custodia de los frutos y de las mercaderías que se les encomendaran y contra tales depósitos, emitían sus «resguardos» (certificados de depósitos), nominativos o al portador. Esas compañías estaban autorizadas a emitir un documento con todas las características de un «título valor», porque era circulatorio y permitía disponer de las mercancías individualizadas en su texto.

El poseedor de los resguardos tiene pleno dominio sobre los efectos depositados en esos almacenes y está exento de responsabilidad por las reclamaciones que se dirijan.[14] El acreedor que, teniendo legítimamente en prenda un resguardo, no fuera pagado al vencimiento de su crédito, puede requerir al almacén para que enajene los efectos depositados en cantidad suficiente para el pago, con preferencia sobre las demás deudas del depositante, excepto respecto de las derivadas del depósito.

Las ventas se hacen en el mismo almacén, sin necesidad de decreto judicial, en subasta pública, con intervención de corredor colegiado, o donde no hubiere de notario.

La vida comercial moderna mostró la conveniencia de permitir y facilitar la prenda de mercancías sobre las que no tuviera el propietario la posesión material, por estar depositadas en almacenes generales, para ello se recurrió a constituir la prenda entregando al acreedor los títulos representativos de esas mercancías, que confieren a su tenedor legítimo los mismos derechos a la entrega de las mercancías documentadas y a disponer de estas negociando el título. A través de la prenda del título se consigue la prenda mediata de las mercancías.

---

13 *Ibidem*; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 815-816.

14 *Idem*, p. 814.

Cuando se trata de mercancías depositadas en almacenes generales de depósito la constitución de la prenda se simplifica, emiten único a él otro resguardo la garantía o *warrant*, cuya transmisión separada significa que quedan prendadas o pignoradas las mercancías a favor del adquirente, mientras que la propiedad de estas permanece a favor del titular del resguardo de depósito.

Los almacenes generales emitirán un documento que consta de tres partes: 1) Una matriz que queda en poder de la entidad depositaria; 2) El «resguardo» que acredita el depósito; y 3) El *warrant* con el cual se podrá realizar la pignoración de los bienes o productos depositados.[15]

2.4.5. En Perú

Los artículos 197 al 202 del Código de Comercio de 1902, que regulaban lo relacionado con las compañías de almacenes generales de depósito, posteriormente, la Ley 2763, Ley de almacenes generales destinados al depósito y conservación de mercaderías y productos nacionales e importados, promulgada el 27 de junio de 1918, posteriormente, derogada por la primera disposición derogatoria de la Ley de Títulos Valores.

La Ley de Títulos Valores del año 2000, autoriza a los almacenes generales de depósitos a emitir esos documentos a los que se les reconoce el carácter de títulos valores a la orden y son transferibles por endoso. Se admite la posibilidad que el lugar del depósito sea propiedad del depositante o de un tercero y que los bienes objeto de depósito que sean materias primas o insumos puedan incorporarse a otros bienes como productos finales o bienes terminados.[16]

3. ALMACÉN GENERAL DE DEPÓSITO

3.1. Definición

Los almacenes generales son edificios en donde se depositan mercaderías o frutos, procedentes de centros de producción o recolección, en donde se prestan los servicios de almacenamiento, esperando que sean puestas en circulación o enviadas a los lugares de consumo, porque su utilización inmediata no le conveniente al depositante.[17]

Los almacenes generales de depósito deben ser administrados entidades o compañías especializadas constituidas como sociedades anónimas y que deben tener como objeto social exclusivo, el almacenamiento y guarda o conservación de bienes o mercancías, además, la expedición de certificados de depósito y *warrant*s (bonos de prenda).[18]

3.2. Clases

Atendiendo al tipo de mercancías a depositar puede diferenciarse entre dos tipos de depósitos:

a) Depósito separado que se corresponde con un depósito regular y que tiene por objeto los bienes no consumibles, en el que el depositario debe devolver al depositante la misma cosa que fue depositada.

b) Depósito colectivo que no es depósito irregular, ya que el depositario no adquiere la propiedad de las mercancías ni derecho alguno de disposición sobre ellas, estas mercancías que son

---

15 *Idem*, p. 813-814.

16 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 497 y VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 823.

17 Ver MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 282; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 502; RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial. Operaciones comerciales*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 254.

18 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Vigesimoprimera edición. Tomo II. México D. F.: Porrúa, 1994, p. 50; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, pp. 301 y 303; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 501.

de la misma clase pertenecientes a distintos propietarios, se mezclan en los depósitos donde están almacenadas, naciendo para el depositante un derecho pro cuota sobre la masa común, cuyo alcance ha de ser proporcional al *quantum* de las mercancías fungibles entregadas en depósito.[19]

3.3. Mercaderías que pueden ser objeto del contrato de depósito en almacenes generales

Mercaderías que pueden ser objeto de depósito, son las «mercaderías» en general, sin ningún tipo de especificaciones o limitaciones, dentro de estas se encuentran, los productos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros, y manufacturas nacionales o nacionalizadas, asimismo, los frutos que por la acción del tiempo no se mermen o destruyan, o sea, conservados, en espera de su ulterior destino definitivo, de manera que queden a resguardo de daño, sustracciones o desperfectos.[20]

Se excluyen los bienes que sean susceptibles de merma o destrucción por el mero transcurso del tiempo fijado para la duración del depósito, bienes de imposible conservación por no existir medios técnicos adecuados, produciendo por tanto su destrucción o una pérdida de su valor, asimismo, los bienes sobre los cuales se hayan constituido prenda con o sin desplazamiento, o cualquier gravamen que sea objeto de inscripción en el registro correspondiente.[21]

3.4. El almacén de campo y el warrant *insumo-producto*

3.4.1. El almacén de campo

El almacén de campo es el local de propiedad del depositante o de terceros, donde se efectúa el depósito de mercaderías y productos que serán sujetos a transformación y no es conveniente el traslado al local del almacén general. Este tipo de local debe estar debidamente delimitado y estar a disposición de la almacenera, debiendo reunir condiciones adecuadas de seguridad. Será un espacio cedido por el depositante para ejercer el control de dicha mercadería. Los bienes prendados se encontrarán en los propios almacenes del depositante o en el de terceros.[22]

3.4.2. Los bienes sujetos al certificado o warrant *insumo-producto*

El almacén general de depósito, mediante el almacén de campo, tiene bajo su cuidado bienes que pueden ser materias primas, insumos, partes y demás bienes fungibles, que bajo responsabilidad del almacén general podrán estar sujetos a reemplazo por otras mercaderías que hubieren sido transformadas o incorporados por otros bienes, mejoran su valor patrimonial, extendiéndose en ese caso, que los derechos que representan dichos títulos se extiende al producto final que regularmente tiene mayor valor patrimonial y que será el nuevo bien objeto de depósito, y garantía prendaria (*warrant*). El almacén general controla de la salida del insumo e ingreso del producto.[23]

Regularmente los *warrant*s pueden gravar con prenda a productos primarios (concentrados de zinc o de cobre) y a los que resulten de su elaboración (cobre o zinc refinado) los que pueden tener cotización en los mercados locales o internacionales (Bolsa de Metales de Londres - LME).[24]

---

19 Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 747; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 305.

20 Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 745; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 827 y MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 282.

21 GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, pp. 745-746.

22 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 502; MONTOYA ALBERTI, Hernando. «El *warrant* como título valor». En GUERRA-CERRÓN, María Elena. *Los títulos valores en el Perú. Títulos valores y derecho de mercado de valores*. Lima: Pacifico Editores, 2020, pp. 466 y 473.

23 FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 508.

24 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 833.

3.4.3. Emisión del warrant *insumo-producto*

Con la modalidad de almacén de campo es posible autorizar (bajo responsabilidad del almacén general de depósito), la emisión del *warrant* (insumo producto) que contenga productos sujetos a proceso de transformación, como autopartes sometidas a un proceso de producción, de forma tal que el producto final sea el que sustituya a las partes, proceso que se encuentra controlado por el almacén general. Asimismo, se permite al depositante utilizar la materia prima o insumos depositados (ejemplo: concentrados de cobre), para que puedan formar parte de la cadena de producción de bienes finales (cobre refinado), mejorando así su valor patrimonial y elevarse el valor del propio *warrant*, al recaer la garantía sobre productos terminados.[25]

3.4.4. Finalidad del almacén de campo y del warrant *insumo-producto*

El *warrant* insumo producto permitirá al depositante (tenedor del certificado de depósito) destinar las mercaderías consistentes en materia prima o productos semielaborados, para usar dichos bienes como palanca financiera y objeto de comercio, sin afectar el proceso de transformación y elaboración del producto final, en razón que tal ciclo productivo genere una mejora en el valor patrimonial de la mercadería originalmente depositada.[26]

3.5. Supervisión estatal

En el desarrollo de la actividad de los almacenes generales, no faltaron abusos por parte de estos, que emitieron títulos ficticios por mercaderías no depositadas, engañando la buena fe de los compradores; produciendo con ello una emisión excesiva y fraudulentas rebajas en los precios con fines de especulación.

Por otro lado, si el almacenista pasara a ser propietario ¿Cómo se justificaría su derecho al almacenaje? ¿Cómo se justificaría el derecho del depositante, y a veces también de sus acreedores, a vender, a pignorar, a secuestrar, a vigilar las mercaderías depositadas?

Es la razón porque en algunos ordenamientos jurídicos se prohíbe a los almacenes la emisión de certificados de depósito sobre sus propias mercaderías y emitir esos títulos sobre las mercaderías depositadas en los recintos privados existentes dentro de los almacenes generales (arrendados), estableciendo un régimen de intervención estatal en la creación y funcionamiento de los almacenes, que deben ser previamente autorizados para funcionar y deben fianza suficiente.[27]

En el Perú se establece por norma imperativa (Ley de Títulos Valores) que la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) es la entidad competente de autorizar y supervisar la actividad de los almacenes generales de depósito, por otro lado, dispone que solo el almacén general de depósito podrá emitir el certificado de depósito y el *warrant* por mercaderías cuyo valor señalado en el título no sea menor al equivalente a cinco (5) unidades impositivas tributarias, vigente en la fecha de su emisión, asimismo, la SBS, aprueba los formularios con las características legales en donde se emiten tanto el certificado de depósito como el *warrant*.[28]

---

25 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 473-474; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 507 y 509.
26 FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 508.
27 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 281, 287 y VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 815 y 823.
28 FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 497 y 499.

4. NEGOCIO JURÍDICO EN LOS ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

4.1. Contrato de almacenes generales de depósitos

El contrato de depósito en almacenes generales, es una relación jurídica mercantil, por el cual el depositario, sociedad administradora del almacén general se compromete a recibir, custodiar y permitir la negociabilidad de su propiedad o garantía prendaria, incorporándola en títulos valores emitidos y entregados a pedido del depositante, a cambio de una retribución, obligándose a devolverlo a quien acredite su legitimación acompañando el título valor que incorpora la propiedad (certificado de depósito) y el *warrant* (incorpora el crédito y la garantía prendaria sobre la mercancía) que acredita el pago del crédito incorporado, garantizado con la prenda sobre las mercancías que se encontraban depositadas, o en todo caso, entregar la mercancía al titular del certificado de depósito, solo si paga anticipadamente el valor del crédito nacido con el primer endoso del *warrant*.

Las partes vienen a ser el depositario, que solo puede ser una sociedad anónima autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros para administrar un almacén general de depósito, por otro lado, el depositante, generalmente es un empresario que aún no necesita o desea que se distribuya, pero puede ser negociada, accediendo al crédito, mientras dura el contrato.

La motivación o interés en el contrato generalmente es del depositario, aunque puede ser también en interés de un tercero (en el caso que circule el certificado de depósito o el *warrant*), o sea persona distinta del depositante y del depositario.

Este contrato, que se estipula entre el almacén y el depositante, se diferencia con el que el propietario de la mercadería toma en alquiler un local en el recinto del almacén general para colocarla en él, en este caso sería un contrato de arrendamiento u otro de prestaciones de servicios.

El objeto del presente contrato es el depósito, conservación y custodia de los frutos y mercaderías que se les encomienden, pero estas mercaderías deben ser no perecederas, asimismo, sobre ellas no se hayan constituido algún gravamen.

El contrato de depósito en almacenes generales es un contrato oneroso, no gratuito, pues el que ejerce el almacén, tiene derecho a una compensación: el fin de lucro, que notoriamente se propone el empresario, excluye toda intención de cumplir un servicio gratuito.

Este contrato es consensual por acuerdo de las partes, no requiere para su celebración la entrega del bien, basta con el compromiso del depositante de entregar las mercaderías, pero con la entrega nace la responsabilidad del depositario sobre la cosa depositada.

Por otro lado, no se exige la formalización del contrato por escrito, regulándose como ejecución del contrato, la entrega de títulos con las formalidades exigidas para la emisión de estos títulos representativos de las mercancías.

Con la emisión del certificado de depósito y el *warrant*, la intención legislativa, que genera para el depositario es para facilitar la negociación de los bienes depositados, lo que se traduce en que el derecho de restitución lo solicite el titular de los documentos dotados de las propiedades típicas de los títulos valores. La posibilidad de la circulación «documental» de las mercaderías; constituye la manifestación más típica de este contrato.[29]

---

[29] Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, pp. 743-744; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 282-284; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 272 y 281.

4.2. Obligaciones del depositario administrador del almacén general de depósito

4.2.1. Emitir, a pedido del depositante, el certificado de depósito y/o warrant

a) **Emisión a pedido del depositante**

Solo los almacenes generales de depósito autorizados por la Superintendencia de Banca y Seguros están facultados expedir certificados de depósito y *warrant*, pero están obligados los títulos indicados si el depositante los solicita.

El depositante debe solicitarlo a la administración del almacén mediante un formulario impreso que da el mismo almacén, indicando su nombre, la calidad y cantidad de las mercaderías y se presenta al momento o luego de entregar dichas mercaderías que en el formulario se describen. Ello significa que dichos títulos valores deben emitirse a la orden de la persona que realizó el depósito en el almacén general.

Inicialmente, contra el recibo de mercaderías y productos en depósito, el almacén emite un talón de introducción (de uso en la práctica de ellos almacenes); el cual describe e identifica la mercadería, o frutos, objeto del depósito, este documento es un recibo no sellado, no endosable, como mero título de legitimación, que, a cualquier requerimiento del depositario, puede ser sustituido por el certificado de depósito y/o el *warrant*.

El que deposita las mercaderías, o sea, el depositario, puede solicitar el certificado depósito y el *warrant* o prescindir de ellos, a su voluntad. Pues es una facultad del depositario y no una obligación.

El poseedor del certificado de depósito recupera la libre disponibilidad de las mercaderías empeñadas rescatando el *warrant*, puede endosarlas nuevamente, aunque generalmente, solicitará al almacén nuevo título, pues el dorso del *warrant* está ocupado por el primer endoso y no podrá hacer un nuevo primer endoso para obtener un nuevo crédito.

Por último, el depositante puede pedir que las mercaderías depositadas se dividan en varias partidas, y que por cada una de ellas se le dé un certificado de depósito distinto con su correspondiente *warrant*.[30]

b) **Prohibiciones y limitaciones a la emisión**

Dentro de las prohibiciones o restricciones para emitir los títulos representativos de la mercancía sujeta a depósito, tenemos:

El almacén general de depósito no puede emitir dichos certificados de depósito ni *warrant*s, si las mercancías que incorpora al título se encuentran sujetas a registro público especial y/o gravamen con entrega jurídica, ya que difícilmente podría servir de sustento para el otorgamiento de nuevos créditos con garantía incorporada en el propio título valor, entorpeciéndose su posterior tráfico comercial mediante los respectivos endosos.[31]

La ley exige que conste en los títulos representativos, la clase y especie de las mercaderías depositadas, señalando su cantidad, peso, calidad y estado de conservación, marca de los bultos y toda otra indicación que sirva para identificarlas, con la finalidad que no se trate de

---

30 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.*, p. 50; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 501-502; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 295, 296, 314, 319 y 355; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 282-283 y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 459.

31 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 499 y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 464-467.

bienes perecibles, ya que podría ser motivo de venta forzosa antes de que concluya el plazo del crédito o del depósito.[32]

Se prohíbe a la empresa que ejercita un almacén general emitir el certificado de depósito y *warrant* respecto de las mercaderías depositadas en un almacén privado existente en el recinto del almacén general, por temor a que el propietario, escapando a la vigilancia común, pueda alterar su condición de estas mercaderías; por otro lado, el certificado de depósito y el *warrant* no se pueden emitir a nombre del almacén, así las mercaderías sean de su propiedad, porque la ley lo prohíbe, a fin de evitar la abusiva emisión de títulos ficticios.[33]

Si antes de que se emitan el certificado de depósito y/o el *warrant*, las mercaderías se encuentran por convenio o mediante medida cautelar secuestradas, pignoradas por los acreedores del depositante, inmovilizada judicialmente a solicitud del vendedor a quien no se ha pagado, etc.; el almacén no puede emitir los títulos que representan las mercaderías, por estar impedidas de circular.[34]

La indicación del valor patrimonial de las mercaderías y el criterio utilizado en dicha valorización también sirve de datos para determinar que el monto del certificado de depósito y el *warrant*, ya que se exige que no sea menor al equivalente a cinco (5) unidades impositivas tributarias, vigente en la fecha de su emisión. En caso de que se vulnere dicha norma, el título valor no reuniría los requisitos establecidos en la ley de títulos valores, por lo que no pueden calificarse como título valor, ni surten efectos cambiarios.[35]

c) **Formalidades de la emisión**

Los formularios en los que se emita el certificado de depósito y el *warrant* son aprobados por la Superintendencia de Banca y Seguros, los cuales llevarán una numeración correlativa y serán expedidos de la matrícula o libros talonario que conservará el almacén general de depósito.[36]

Nuestra Ley de Títulos Valores adopta un sistema de doble título, en donde, tanto el certificado de depósito y como el *warrant* son título valores independientes pero que tienen de un mismo origen, por lo que en ambos deben llevar las mismas indicaciones, como vínculo al contrato de depósito en almacenes generales, el uno no es más que el duplicado del otro, tal y como lo señala el artículo 224 de la mencionada ley.[37]

Los documentos que se desglosan los mencionado títulos valores se componen en realidad de tres partes; la matriz, que es un mero documento probatorio que queda en poder de la entidad depositaria; el certificado de depósito, que acredita el depósito y con cuya transmisión el depositante puede disponer de la propiedad de las mercancías; y el *warrant*, destinado en este caso a hacer circular las mercancías prendadas conteniendo además el crédito que garantiza.[38]

d) **Aptitud de su circulación**

Existen dos sistemas diferentes acerca de la emisión de los títulos representativos de las mercaderías depositadas:

---

32 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 465.
33 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 313, 315 y 320.
34 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 299.
35 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 499; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 464, 465 y 475.
36 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 497, 503 y 510; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 474.
37 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 506 y 510; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 315.
38 Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 748; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 753.

- El sistema del título único, que sirve indistintamente para la venta y para la prenda de las mercaderías, si el endoso es en propiedad o en garantía. Los inconvenientes del título único, quien dio en prenda el título representativo de las mercaderías, no puede venderlas por medio del título, entregado ya al acreedor pignoraticio; y si no puede ya venderlas, no puede tampoco hacer uso de su precio para satisfacer a ese acreedor ni hacerlo pagar por el comprador.

- El sistema del doble título, uno de los cuales sirve para la venta y el otro para la prenda de las mercaderías. En este caso, el depositante puede dar en prenda las mercaderías sin correr el riesgo de perder el momento favorable para su venta; y una vez vendidas las mercaderías, puede liberarse de la deuda encargando al comprador que pague la parte correspondiente del precio a su acreedor pignoraticio. En tal sentido, se permite la negociación plena sobre las mercancías, al mismo tiempo que se facilita una financiación ágil y segura sobre la base de la garantía que se represente la prenda de las mercancías mediante *warrant*.

El certificado de depósito está ligada a la recepción de las mercaderías, en el sentido de que éste influye sobre la entrega de las mercaderías depositadas (título causal); mientras que el derecho de prenda incorporado en el *warrant* se concibe como un derecho abstracto, en cuanto se desvincula del contrato de depósito en almacenes generales, que tiene lugar entre el depositante de las mercaderías y el emitente de dicho título valor.

Tanto el certificado de depósito como el *warrant* se emiten «a la orden», por lo que pueden circular o ser transferidos a otro sujeto, por endoso. La emisión no es todavía circulación de los títulos; la circulación de los títulos comienza, cuando el depositante o el titular, se despoja de ellos mediante endoso y los entrega a otro sujeto.

Los dos títulos pueden quedar en posesión del primer tomador, conjunta o separadamente, los dos títulos atribuyen al poseedor (originario) de ellos derechos diversos en cuanto a contenido e intensidad, la posesión de los títulos en forma conjunta, da derecho al titular de exigir al almacén la entrega de las mercaderías depositadas.

Cuando está circulando en el mercado, vienen a ser el fundamento de nuevas relaciones jurídicas, adquiriendo la literalidad una vital y decisiva importancia para establecer las obligaciones del almacén emisor en las relaciones con el legítimo poseedor de buena fe, sea prendario o endosatario del título.

Puede utilizarse por el titular del certificado de depósito que recató el *warrant*, para recibir un nuevo crédito haciendo constar en el mismo *warrant* el nuevo endoso con todas las indicaciones prescritas por la ley, la suma y los intereses del nuevo préstamo, el nuevo vencimiento, y hará transcribir por el endosatario en el certificado de depósito. Los efectos de este nuevo endoso serán los de un primer endoso, porque las relaciones creadas por los anteriores, que podrían cancelarse también para evitar todo equívoco, se extinguieron sin duda con el pago hecho por el primer endosante.[39]

e) **Naturaleza de los títulos**

Valores autorizados a emitir por el almacén general de depósito son: a) El certificado de depósito, que incorpora el derecho de propiedad sobre las mercaderías objeto de depósito;

---

[39] Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 748; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 284-285; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 300, 315 y 355.

> y b) el *warrant*, que incorpora la garantía prendaria sobre las mercancías materia del mencionado depósito, es por ello por lo que el valor de la mercancía debe contener el *warrant* para representar una garantía suficiente. En el caso que los *warrant*s se graven sobre mercancías de negociación corriente, cuyos precios se cotizan en el mercado de productos, basta conocer la naturaleza de la mercancía para determinar su valor.
>
> El certificado de depósito y el *warrant* tienen el carácter de títulos valores, primero, porque la formalidad es requisito de su existencia, por otro lado, contiene incorporados derechos reales de propiedad y garantía, manifestándose los principios de literalidad, legitimación y Autonomía, siendo títulos representativos de las mercancías depositadas.[40]

4.2.2. Custodiar bienes entregados

La sociedad que administra el almacén general es parte en el contrato de depósito por el cual se obliga a la custodia de la mercadería, con mayor razón si emite títulos representativos y el almacenista detenta las mercaderías por cuenta del legítimo poseedor del título, cuyo valor patrimonial se encuentra vinculado al derecho a disponer de las mercaderías y la posesión del título se puede equiparar a la posesión de las mercaderías. Esa incorporación del derecho sobre las mercancías depositadas se fundamenta a la confianza pública en la fiel y regular custodia del almacenista, es por ello por lo que su obligación se limita a responder por la existencia de las mercaderías, o sea, mantener en igual cantidad o calidad la mercadería.

Como especialidad del depósito en almacenes, se exige un especial cuidado y rigor en el cumplimiento de esta obligación, al considerar tales entidades responsables en todo caso de la identidad y conservación de los efectos depositados, que implica una cualificación técnica determinada y comprende todas las actuaciones necesarias para el mantenimiento de la mercancía en el estado en el que fue depositada.

En el caso de depósito de mercancías o bienes individualmente designados, los almacenes están obligados a la guarda de las mercancías o bienes depositados, por todo el tiempo que se estipule como duración de depósito y de acuerdo con el carácter o naturaleza propia de las cosas, entonces podemos hablar de que dicha custodia debe ser efectuado con la diligencia del buen padre de familia.

La diligencia del «buen padre de familia», podemos vincularlo al cuidado y conservación de manera profesional, especializada y en ambientes acordes con el avance tecnológico, los bienes que están siendo puestos para su custodia, como, por ejemplo, el adecuado mantenimiento del nivel del frío en cámaras o almacenes frigoríficos con las que actúa en el mercado. Nos encontramos frente a comportamientos de acuerdo con los estándares exigidos por la actividad de custodia en los almacenes.[41]

Los estándares exigidos por la actividad mencionada comprenden a la protección de los bienes muebles almacenados, respecto de elementos naturales como la humedad, luz, lluvia, temperatura, entre otros, así como, de otros agentes externos que afecten la integridad de los mismos, a fin que conserven las características físicas y numéricas con las que fueron recibidos, garantizando el mantenimiento de las mismas durante su permanencia en el almacén, aplicando los procedimientos teniendo en cuenta las normas técnicas, manual del fabricante y otros documentos de carácter técnico que correspondan, según el tipo y naturaleza de los bienes muebles que se almacenan.[42]

---

40 Ver VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 829; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 748; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 256; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 327.

41 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.*, p. 49; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 752; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 270, 273 y 282; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 469; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 503; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 284 y 318.

42 Directiva n.° 0004-2021-EF/54.01, Directiva para la gestión de almacenamiento y distribución de bienes muebles. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú, 2021.

4.2.3. Responsabilidad por daños de mercaderías desde su recepción hasta su devolución

El almacén es responsable por la calidad genérica, exterior y aparente de la mercadería, no por su calidad intrínseca e invisible: Si el defecto en el bulto materia del depósito es apreciable externamente, no libera a la compañía de almacenamiento, dado que tuvo la oportunidad de rechazar la mercadería o dejar constancia de su estado. En tal sentido, los almacenes responden no solo de los daños derivados de su culpa, sino aun de los riesgos inherentes de las mercancías o efectos de la materia del depósito.

La responsabilidad de la empresa de almacenes se inicia con la entrega de la mercadería y termina al momento de la devolución de la mercadería. En los certificados de depósito y el *warrant* tiene efecto el texto de índole literal de la obligación, ya que no se consiente al almacén que se libere en forma distinta de la que está escrita en los títulos valores antes mencionados.

Al inicio de la relación jurídica contractual, el almacenista debe pesar, medir o contar las mercaderías a su entrada y a su salida. Debe realizar las operaciones necesarias, a la entrada de las mercaderías, a fin de determinar tanto el pago del depósito como la responsabilidad del depositario; los datos obtenidos son necesarios para redactar el certificado de depósito y el *warrant* que el almacén tiene que emitir al depositante.

Si la devolución de las mercaderías no fuera posible por pérdida o merma de las mercancías, el depositante y el acreedor cartular (legitimado con la posesión del certificado de depósito y/o *warrant*) tendrán acción contra la entidad depositaria, salvo que se pruebe que la pérdida, la disminución o la avería de las mercancías provienen de caso fortuito, fuerza mayor, de la naturaleza o vicios de la mercadería. El almacenista no puede oponer las excepciones que son oponibles al depositante; por ejemplo, no le puede oponer que la calidad de la mercadería se indicó erróneamente en el certificado, que hubo equivocación en el peso, que se la recibió a pesar del mal embalaje, que se la restituyó al depositante o a otro por orden suya.[43]

4.2.4. Devolución de las mercaderías depositadas

La expedición de dos títulos: el certificado de depósito y el *warrant*, impedirá al almacén general restituir las mercancías al depositante en tanto no le presenten de manera conjunta ambos documentos.

Si el depositante conserva el certificado de depósito y el *warrant* emitida conjuntamente, sin negociarlo, tiene derecho a la entrega de las cosas depositadas contra exhibición de ellas al almacén.

La posesión de los dos títulos valores y la exhibición de estos al almacén (el certificado de depósito y el *warrant*), asegura, al poseedor y exhibidor de dichos títulos, el derecho exclusivo a la entrega de las mercaderías.

La entrega de las mercaderías no se haría con eficacia liberatoria para el almacén, a quien no fuera el poseedor y presente ambos documentos, aunque éste fuese el mismo depositante.

El depósito de cosas individualizadas obliga a los almacenes generales a restituir los mismos bienes o mercancías en el estado en que los hayan recibido, respondiendo solo de su conservación aparente y de los daños que se deriven de su culpa.

---

43 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., pp. 475-476; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit*., p. 753; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit*., p. 49; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit*., p. 816; MESSINEO, Francesco. *Op. cit*., p. 282; VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 292 y 316.

Respecto de depósito de cosas genéricamente designadas, los almacenes pueden recibir en guarda mercancías o bienes genéricamente designados, con obligación de restituir otros tantos de la misma especie y calidad.

Si se produce la insolvencia del administrador del almacén, los depositantes podrán reivindicar la mercadería depositada, el depósito no cede el puesto como contrato traslativo de propiedad al insolvente, de no ser así, sus acreedores se apropiarían de una mercadería que no formó nunca parte del patrimonio de su deudor.[44]

4.2.5. Tomar los seguros que cubran todos los riesgos

Ordinariamente los administradores de los almacenes generales cubren por anticipado todos los riesgos que están expuesto a las mercaderías que reciban en custodia con las coberturas que otorgan las compañías de seguros mediante las pólizas marco o de abono. Estas tienen como beneficiarios a los depositantes singulares que les dan alimento con sus depósitos a medida que queden expuestos a los riesgos cubiertos. Tienen estos una acción propia y directa para exigir el resarcimiento del daño por parte de la compañía aseguradora, salvo el privilegio del acreedor a quien se hubiera endosado el *warrant* en cuanto al monto de su crédito.

Por otro lado, el financista o banquero, puede desconfiar de que una mercadería se encuentre cubierta por un seguro, por ello puede asegurarla; el gasto del seguro por ejemplo contra los incendios es tan leve; que las primas de las compañías aseguradoras suelen conceder a los almacenes coberturas sobre todos sus riesgos con una póliza de abono, con primas que consisten en un pequeño gasto.

En la práctica, la obligación se cumple mediante la contratación por las entidades depositarias de pólizas flotantes o de abono, que permite adecuar el pago de la prima del seguro a las características de los certificados de depósito y *warrant*.[45]

4.2.6. Extinción del contrato de depósito

El contrato de depósito se extingue: i) por perecimiento de la mercancía (salvo la eventual responsabilidad del depositario); ii) por restitución de la cosa al depositante, o a otro sujeto legitimado para obtenerla; iii) la liberación del depositario que restituye la cosa al depositante; y **iv)** La liberación del depositario, frente al depositante, cuando resulte que la cosa depositada pertenece al depositario y que el depositante no tiene ningún derecho sobre ella.[46]

4.3. Derechos del depositante

4.3.1. Transferir por endoso el certificado de depósito

Una vez que las mercaderías se encuentren almacenadas o conservadas en depósito el titular del certificado de depósito puede transferir la propiedad de estas mediante la transferencia del certificado de depósito por endoso, con las limitaciones, que genere la emisión del *warrant*.

El endoso del *warrant*, sin el endoso del certificado de depósito, no transmite el dominio de los productos depositados, sino que solamente trasmite el derecho de prenda sobre la mercancía cuya propiedad está incorporada en el certificado de depósito.

---

44 Ver BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil.* Undécima edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2003, p.145; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 282 y 285; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, pp. 749 y 753; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.*, p. 49; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 287, 285, 321 y 339.

45 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 288; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 747.

46 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 277.

El endoso del certificado de depósito y *warrant* representa la transmisión absoluta del dominio sobre los productos depositados.

Cuando el certificado de depósito se emita con la mención expresa de no ser negociable no se expedirá el *warrant*.

El endoso del certificado de depósito no requiere de algún tipo de formalidad o registro ante el almacén general en el que se encuentran depositados los bienes para su perfeccionamiento, puesto que se trata de un mecanismo privado que facilita la transferencia de la propiedad.[47]

4.3.2. Endoso del warrant

Por el primer endoso del *warrant*, podrá constituir sobre dichas mercaderías un derecho real de prenda para conseguir fuentes de financiamiento. Mediante los endosos posteriores del *warrant* se trasmite la propiedad del crédito que en el consta y un derecho de garantía real de prenda sobre las mercaderías sujeto al depósito en los almacenes generales de depósito; en ese sentido, el endoso y entrega del *warrant* sin el certificado de depósito no transmite el dominio de los productos depositados, sino que solamente acredita su prenda.

Si la transferencia por endoso del *warrant* (sin transferencia del certificado de depósito), el endosatario adquiere el derecho de prenda respecto del valor total de las mercaderías depositadas y que constan en el *warrant*, en garantía del crédito directo o indirecto que se indica en el mismo título valor

Si existe un *warrant* cuyo tenedor es una persona distinta al que tiene el certificado de depósito, el gravamen estará a favor del tenedor del *warrant*, en este caso el tenedor del certificado de depósito queda impedido de disponer libremente de la mercadería.[48]

4.3.3. Verificar el estado de bienes depositados

El depositante o todo tenedor del certificado tienen el derecho de inspeccionar las mercaderías depositadas (para comprobar su estado de conservación) y también de sacar las muestras (que sirven para hacer conocer a los posibles adquirentes la cualidad de la mercadería), si su naturaleza lo permite, en la forma y proporción que determine el almacén general de depósito. Pero también el tenedor del *warrant* puede comprobar solo la regularidad y estado de los bienes depositados.[49]

4.4. Derechos del almacén general de depósito

Por el servicio de conservación de las mercaderías del depositante por el almacén general de depósito, por ser operaciones inherentes al depósito deben ser materia de compensación incluida en la retribución pactada por el depósito.

El único obligado en virtud el contrato de depósito a satisfacer el crédito del almacén es el depositante que no puede liberarse de la obligación originariamente contratada de satisfacerlo, en el caso de que no basten el valor de realización de las mercaderías, ni aun con el endoso del título.

El ordenamiento jurídico (artículo 239 de la Ley de Títulos Valores) faculta al almacén a vender las mercaderías si al vencimiento del depósito no fueran retiradas o no se renovará el depósito, o si éste fuera por tiempo indeterminado, cuando hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de inicio (artículo 224 de la ley mencionada anteriormente) y en todos los casos cuando las mercaderías estén amenazadas a perecer.

---

47 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 504-506; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 818 y 830.

48 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 505; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 830-831.

49 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 499 y 504; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 282 y 286.

El tenedor del certificado está obligado, a pagar los gastos de almacenaje, comisiones o gasto de ventas que se deban al almacén general de depósito, de acuerdo con el texto del certificado de depósito (artículo 224 de la Ley de Títulos Valores), salvo que no haya circulado, ya que el depositante, es el que debe toda la retribución al almacén general de acuerdo con el contrato de depósito, así como de los usos y costumbres mercantiles.[50]

5. CERTIFICADO DE DEPÓSITO

5.1. Definición de certificado de depósito

Es el título valor a la orden, o sea, destinada a la circulación por endoso, que representa el derecho real de propiedad sobre la mercadería individualizada o de una cuota determinada del depósito colectivo, entregada en custodia a un almacén general de depósito.[51]

5.2. Derechos incorporados

El certificado de depósito es un título valor que sirve para acreditar la propiedad de las mercaderías depositadas y permite disponer de ellas al tenedor legitimado del documento, en el caso de poseer el certificado de depósito y poseer o rescatar el *warrant*, tiene derecho al retiro de las mercaderías o bienes depositados, o en todo caso, puede antes del vencimiento del préstamo, pagar el importe del préstamo y retirar las mercaderías.[52]

5.3. Momento de su emisión

El certificado de depósito acredita la propiedad de las mercancías o bienes depositados en el almacén que lo emite. El almacén general de depósito solo lo puede emitir si lo solicita el depositante, probablemente para transferir o negociar los derechos incorporados en él.[53]

6. EL *WARRANT*

6.1. Definición

El *warrant* es un título valor a la orden, emitido por un administrador de un almacén general de depósito, constituido éste como una sociedad anónima cuyo objeto económico es brindar servicios de custodia de mercaderías en almacenes generales de depósito, cuyo primer endoso, suscrito por el comerciante depositario con su firma, entrega en garantía prendaria, al crédito que incorpora las mercancías depositadas en un almacén general.[54]

6.2. Derechos incorporados

En el caso del *warrant* se supone que la mercadería ha sido entregada, a título de depósito al almacén general y que, utilizando esta circunstancia, se incorpora en el referido título valor una constitución de prenda sobre dicha mercancía depositada, la que es emitida por el almacén, siendo así que el depositante y titular del *warrant* endosa y entrega al acreedor del crédito otorgado; en tal sentido que titular del *warrant* tiene el derecho de que se le pague el crédito otorgado y en su defecto puede ejecutar la garantía sobre la mercadería vendiéndola para hacerse el pago del mencionado crédito. Este acreedor

---

50 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 468; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 816; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 292 y 322; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 754; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 504.

51 Ver BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil.* Undécima edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2003, p. 145; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 461.

52 Ver VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 825 y 831; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 291.

53 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 818 y 831.

54 Ver RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 257; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 459; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 506.

endosatario puede transferir mediante un nuevo endoso, no solo el crédito incorporado, sino también, la garantía prendaria sobre la mercancía.

El *warrant* es un título valor de contenido crediticio que lleva inserto la promesa de pagar una suma de dinero a la orden de una persona determinada, la misma que está garantizada con prenda sobre las mercancías en él referidas, depositada en el almacén general.

En ese sentido el tenedor del *warrant* podría exigir el pago de la deuda contenida en el *warrant* y de ser el caso, ante el incumplimiento de la obligación, pedir el remate de la mercadería contenida en el mismo título valor, o sea, que la mercadería salga a subasta pública por el almacén, recurriendo a martillero público, a fin de satisfacer su crédito con el producto de la venta de dicha mercadería.[55]

6.3. Momento de su emisión

El *warrant* es expedido a solicitud del propietario de las mercaderías o titular del certificado de depósito, dada la posibilidad que el depositario o tenedor del certificado de depósito busque obtener un determinado crédito.

El primer endoso y entrega del *warrant* convierten al tenedor de este en acreedor prendario de la mercadería que se encuentra depositada en el almacén general de depósito, como garantía del crédito otorgado.[56]

7. NATURALEZA JURÍDICA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y *WARRANT*

El carácter de títulos valores de los documentos representativos de mercaderías, cuestionado por el jurista Bolaffio, pues considera que esos documentos tenían por función principal la representación de mercaderías y la transmisión de su disponibilidad. Contra ese criterio Vivante considera que los títulos valores y títulos representativos son compatibles,[57] considerando que el almacenista detenta las mercaderías por cuenta del legítimo poseedor del título y debe estar a sus órdenes; así, el derecho a disponer de las mercaderías sigue a la circulación del título, y la posesión de éste se puede equiparar a la posesión de las mercaderías. Esta compatibilidad es un reflejo de la realidad de las cosas y confianza pública en la fiel y regular custodia del almacenista.[58]

El certificado de depósito y el *warrant* son títulos valores porque tienen todas características de estos, pues son documentos formales, de contenido patrimonial y destinados a la circulación; además, contienen los principios de incorporación, literalidad, autonomía y legitimidad, en cuya emisión y circulación se presupone la buena fe.

El certificado de depósito y el *warrant* solo pueden ser emitidos por los almacenes generales de depósito y los formularios en los que se emitan estos serán aprobados por la Superintendencia de Banca y Seguros; llevarán numeración correlativa y serán expedidos de la matrícula o libros talonario que conservará el mencionado almacén general de depósito, consignando en cada título los requisitos formales señalados en el artículo 224 de la Ley de Títulos Valores.[59]

El certificado de depósito acredita la propiedad de las mercancías o bienes depositados en el almacén que lo emite; el dominio de las mercaderías depositadas se transfiere mediante el endoso del certificado de depósito. La entrega produce el mismo efecto que si se entregaran materialmente las

---

55 Ver MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 284 y 288; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 751; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 306; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 460-462.

56 Ver RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 254; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 284; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, pp. 506-507; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 339.

57 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Títulos valores y valores negociables*. *Op. cit.*, p. 824.

58 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 318.

59. Los formularios oficiales son regulados por el artículo 226 de la Ley de Títulos Valores.

cosas a que aluden, otorgando un derecho de «disponibilidad» de esas mercaderías al poseedor del valor.

Se denominan «títulos de tradición» porque para la adquisición de la propiedad y derechos reales no es suficiente el acuerdo de voluntades, sino que es necesario un acto real de efectivo desplazamiento de la posesión de la cosa que se encuentra incorporado en el certificado de depósito, o sea, por medio de la *tradición*, de dicho certificado. Son títulos representativos de las mercaderías. En tal sentido, el poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados en los almacenes.[60]

El *warrant* convierte a su tenedor en acreedor prendario de la mercadería o productos en depósito. Se constituye en prenda la mercadería depositada, mediante el endoso del *warrant*. El *warrant* es un título valor, con características especiales, porque no solo es un documento representativo de un crédito en dinero, sino que también es un título de prenda, ya que va unido al derecho de prenda sobre los bienes muebles (mercaderías y efectos) literalmente incorporado a él.[61]

Característica esencial de la operación de custodia de las mercaderías, es el hecho de que, constituido el depósito, se entrega al depositante el certificado de depósito y/o el *warrant*, en el que se especificará lo depositado y que, al ser negociable y transmisible, le permite transmitir las mercancías o la garantía real sobre estos mediante la mera entrega del documento.

En la búsqueda de la obtención de un crédito que le de liquidez inmediata, se puede constituir garantía prendaria sobre las mercancías, materializándose a través del endoso del *warrant*, siendo necesario además que se cumplan los requisitos formales relativos a la transcripción en el certificado de depósito y en los libros del depositario.

La función económica de los *títulos de tradición* descansa, sobre todo, en la posibilidad de una disposición real (propiedad y/o garantía real) sobre cosas que se encuentran almacenadas sin necesidad de cambiar su situación. El título sustituye a la mercancía en la circulación material de esta. La transferencia del título tiene la misma eficacia que la *traditio*.

El certificado de depósito y el *warrant* son transferibles mediante endoso. No hay necesidad de que lleven la cláusula a la orden: la virtud de endosar debe considerarse inherente al título, pues así lo quiere la ley.

El endoso de los dos títulos produce la transferencia de la propiedad de la cosa depositada: el endoso solamente del *warrant* confiere al endosatario el derecho de prenda sobre esa misma cosa, y el endoso solamente del certificado de depósito le transfiere la propiedad de ella, salvo los derechos del acreedor provisto del *warrant*.

Se acredita que la característica circulatoria es fundamental de estos títulos valores, ya que las entidades depositarias acreditan los depósitos emitiendo documentos expresivos de la especie y cantidad de las mercaderías, representativos o «equivalentes» de las mismas, que serán negociables o transferibles por endoso el título traslativo de dominio o de la garantía real sobre dichas mercaderías, que tendrán la fuerza y el alcance de los títulos valores.[62]

Desde el instante en que se emite el título, la mercadería es representada por él en todas las relaciones jurídicas. La posesión ya no radica en el depositario, sino en aquel que entrega en su poder el título. Solo mediante la transmisión de éste puede llevarse a cabo la transmisión de la mercancía (fuerza constitutiva del título respecto al derecho de propiedad o disposición).

---

60 Ver VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 818, 822 y 824; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 318; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 748.

61 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 818, 822 y 825.

62 Ver BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Undécima edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2003, p. 145; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 751; GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Novena edición. Tomo I. México D.F.: Porrúa, 1993, p. 757; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 323-324; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 305.

La propiedad de las mercancías se transmite con el certificado de depósito, si el depositante no fuera propietario, la circulación del título daría lugar a una adquisición a *non dominio,* es por ello por lo que se considera que este certificado de depósito incorporaría un derecho real de propiedad sobre las mercancías, de igual modo, respecto al warrant, que lleva incorporada una garantía real sobre las mercaderías depositadas, el derecho de prenda sobre las mismas.

Es evidente que el «certificado de depósito» tanto como el *warrant* son títulos valores porque incorporan un derecho de disponer de las mercaderías. *El certificado de depósito convierte a su titular en propietario de dichas mercaderías y el* warrant *convierte a su tenedor en acreedor prendario de la mercadería o productos en depósito.*

Tanto el certificado de depósito como el *warrant* constan en su literalidad, confiriendo derechos a distintas prestaciones en favor del tenedor legitimado del documento. Estos títulos tienen la *calidad de literalidad*, pero no carácter abstracto, ya que su disciplina se regula por el negocio jurídico que es la causa de la emisión, siempre que no esté contradicha por las declaraciones inscritas en el título: la causa opera en cuanto no haya sido paralizada por la palabra específica del título.

La índole literal obliga al almacenista según su tenor preciso de estos títulos, por lo que no debe permitir que se alteren las condiciones del depósito, si no se modifica al mismo tiempo el título que lo representa.

El certificado de depósito como el *warrant* son títulos valores causales, pues de su contenido se denota la causa que dio origen a la emisión de estos títulos valores, esta referenciada a un crédito, y a una prenda sobre mercadería; de forma que, al trasmitirse el derecho de crédito, se trasmite también el derecho de garantía.[63]

La acción cambiaria, tanto del certificado de depósito, como el *warrant*, son títulos valores cuyas las prestaciones en favor del tenedor legitimado del documento, son inoponibles a éste las excepciones que se tuvieran contra el depositante y anteriores tenedores del título valor.

Al tenedor de los certificados de depósito y *warrant* no le son oponibles las excepciones que derivan de las relaciones personales entre el depositario y anteriores tenedores del título, el depositario no podrá invocar frente a terceros de buena fe, poseedores de los títulos valores mencionados, los pactos derivados de la relación mantenida con el primer depositante.[64]

Por ello se afirma que el principio de autonomía, al circular el certificado de depósito y *warrant*, se aplican a plenitud.

Por último, se encontrará mal tutelado en su adquisición, el comprador de las mercancías depositadas en el almacén, si su vendedor no le endosa el certificado, ya que no tendrá modo de hacerse entregar la mercadería por el almacén, que debe restituirla únicamente al legítimo detentador de dicho documento. Con la emisión del doble título, se quita al depositante como tal el derecho a disponer de las mercaderías, *tanto a título de venta como a título de prenda*; ese derecho pasa al legitimo poseedor del doble título.[65]

En síntesis, tanto el certificado de depósito como el *warrant* son títulos valores, porque incorporan un derecho de disponer de las mercaderías (transferir la propiedad o darlo en garantía prendaria), las cuales constan en su literalidad, confiriendo derechos a distintas prestaciones en favor del tenedor legitimado del documento, siendo inoponibles a éste las excepciones que se tuvieran contra el depositante y anteriores tenedores del valor. Asimismo, esos documentos están destinados a circular, mediante el endoso y la entrega respectiva.

---

63 Ver VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 825; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 317-318; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 459

64 Ver GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 749; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 825.

65 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 322 y 327.

8. TRASMISIÓN DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y DEL *WARRANT*

8.1. Trasmisión del certificado de depósito

El endoso del certificado de depósito y *warrant* representa la transmisión absoluta del dominio sobre los productos depositados. El endoso del doble título puede hacerse también por causa de prenda, y con mayores garantías para el endosatario, que en este caso puede disponer de la mercadería en todo sentido. La finalidad que tiene el endoso del doble título es la de poner al endosatario en posesión de las mercaderías depositadas en ejecución de un contrato anterior.[66]

El poseedor solamente del certificado de depósito o el endosatario de ella conserva o adquiere el derecho a la entrega de las mercaderías; pero tal derecho está fuertemente limitado por el coexistente derecho ajeno de prenda que ha surgido por el hecho de la separación del *warrant* respecto del certificado de depósito y que prevalece sobre el derecho a la entrega de las mercaderías.[67]

El poseedor del certificado puede endosarlo por separado del *warrant*, inclusive si hubiere dado en prenda las mercaderías. El certificado sin el *warrant* no da derecho a la entrega de las mercaderías sino cuando se entregue al almacén todo el precio de ella. El endosatario del certificado de depósito, comprador de la mercadería depositada; ordinariamente pagó como precio el monto del valor de la mercancía descontando el monto del crédito que dio el acreedor pignoraticio.

El endosatario del certificado de depósito, al adquirir la mercadería sobre el certificado de ese título, no pagó su precio total, sino que dedujo la suma anticipada por el endosatario *warrant*, monto que se debió transcribir en el certificado de depósito. A cada nuevo endoso del certificado, renueva el comprador su obligación personal de pagar la prenda, como parte del precio que anticipó el endosatario del *warrant.*[68]

El endoso del certificado trasmite el derecho a disponer de la mercadería. Cuando las mercaderías existen en el momento de hacerse el endoso en las condiciones y calidades pactadas, la obligación del endosante se ha extinguido, porque ha puesto las mercaderías a disposición de su endosatario. Con el certificado de depósito, podrá reclamar la propiedad de la mercadería ante el almacén general de depósito.

Vendidas las mercaderías, el vendedor puede trasmitir al comprador el certificado de depósito, reteniendo él *warrant*, a título de garantía de su crédito, o descontarla, realizando de antemano el precio de que queda acreedor. El *warrant* que quede en manos del depositante, mientras circula el certificado de depósito, tiene un valor negativo, en el sentido de impedir que otro pueda adquirir el derecho de prenda sobre las mercaderías.

El endoso del certificado de depósito no requiere ser registrado ante el almacén general de depósito. El último endosatario es la persona que debe demostrar a través de la cadena sucesiva de endosos expuesta en el mismo título valor su derecho sobre la mercadería ante el almacén al momento de retirarla.[69]

El endoso normal debe indicar el nombre del endosatario y la fecha; pero no existe prohibición alguna de efectuar los endosos en blanco, en los que basta que el endosante ponga su nombre y firma al dorso del título, en este caso, el endosatario que quiera ejercer los derechos incorporados en el certificado de depósito requiere que complete incorporando su nombre.[70]

---

66 Ver VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 830; VIVANTE, *Op. cit.*, p. 329.
67 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 286.
68 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 335, 336, 338 y 341.
69 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 301, 328, 330 y 336; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 286; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 469-470.
70 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 326.

Algunos juristas consideran que no cabe endosar el certificado de depósito en garantía, pues para ello se emite el *warrant,*[71] Broseta Pont expresa que, «en la práctica actual, no suele ser frecuente acudir al *warrant*, sino que se recurre más bien a la figura del "endoso en garantía"».[72] En la legislación peruana, no existe prohibición alguna que se pueda endosar el certificado de depósito en garantía, en este caso se puede considerar que la prenda seria sobre el título y no sobre las mercaderías en depósito.

8.2. Trasmisión del warrant

Una vez registrado el primer endoso del *warrant*, el acreedor se convierte en acreedor pignoraticio o prendario, este tipo de título valor estará apto para entrar en circulación mediante el endoso del documento, sin necesidad que cada endoso sea registrado en el almacén general de depósito.

En este caso de primer endoso del *warrant* se constituye prenda sobre las mercancías depositadas en el almacén. La circulación del *warrant* moviliza la garantía real y el acreedor prendario pueda valerse de esa garantía transferir la garantía, a su vez, respecto de una deuda que él contraiga. El endoso del *warrant* trasmite la propiedad del crédito que en él consta.

El depositante o titular del certificado de depósito y *warrant*, en un cierto momento, tiene necesidad de un crédito, pudiendo ofrecer a su acreedor (mutuante, prestamista o banco descontador) una garantía real, constituida por las mercaderías depositadas. La función jurídica del *warrant* solo comienza cuando se la endosa a ella separadamente del certificado de depósitos; el que hace el primer endoso del *warrant*, es el propietario de la mercadería, y por tanto poseedor del doble título. Al que firma el primer endoso se le designa como titular del *warrant*, como deudor y como primer endosante; él es el obligado principal, constituyéndose en deudor prendario en beneficio del legítimo poseedor del título.

Cualquiera que sea la causa del primer endoso, sea un préstamo, un pago, un mandato, o hasta una donación, no tiene ninguna influencia sobre los derechos de los sucesivos poseedores del título.

El *warrant* circula como un título de crédito real y personal a la vez; si la garantía real no alcanza para cubrir el crédito, viene en su ayuda las acciones cambiarias sobre los endosantes del *warrant*.

El primer endoso del *warrant* debe indicar la suma del crédito por el que se hace, los intereses debidos y el vencimiento. Acaso fuera más conforme con la naturaleza cambiaria del título excluir el pacto de los intereses: las partes hubieran podido calcularlos hasta el vencimiento, computándolos en el capital.

El primer endoso debe transcribirse también en el certificado, a fin de que quieren adquiera las mercaderías y el almacén que tiene que restituirlas, sepan que serán vinculadas por la prenda. Advertido del vínculo de esa transcripción, el adquirente no pagará la parte del precio que corresponde al acreedor pignoraticio, y el almacén no restituirá las mercaderías al poseedor del certificado si no satisface antes el crédito garantizado.

Por los posteriores endosos, la deuda pasa del endosante al endosatario en virtud de las transferencias, el poseedor del *warrant* demuestra querer aprovecharse de ella; adquiere contra el primer endosante un derecho de crédito que está reconocido por el ordenamiento jurídico. Los endosos ulteriores no es necesario que se transcriban en el almacén ni en el certificado de depósito, basta con la cláusula de endoso en el *warrant* y firma del endosante.[73]

---

71 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 469.

72 BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Undécima edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2003, p. 145.

73 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 469 y 472; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, pp. 254-255; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 286-287; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 331-336.

9. REQUISITOS FORMALES DEL PRIMER ENDOSO DEL *WARRANT*

9.1. Suscripción y efectos del primer endoso

El *warrant* se emite a pedido del depositante con un derecho de prenda incorporada a favor del mencionado depositante, pero es necesario activarlo incorporando el negocio causal que nazca un crédito, cuya prenda sobre la mercadería depositada lo garantice (garantía de cumplimiento del crédito).

Los depositarios de mercancías pueden endosar el *warrant* a cualquier persona, pero generalmente los préstamos sobre *warrant*s los hacen los bancos, con la finalidad de hacer operaciones de descuento bancario, o en general, para negociar los *warrant*s.[74]

El solo endoso del *warrant* separado del certificado de depósito equivale como prenda de la mercancía en beneficio del endosatario del *warrant*, en tal sentido, el *warrant* representa la mercancía depositada. El almacén general guarda la prenda por cuenta del tenedor legitimo del *warrant*, emitida por motivo del depósito de mercaderías cuya custodia está a su cargo.[75]

9.2. Registro

La prenda se establece por el primer endoso del *warrant*, que se registra en el libro de matrícula del almacén general y la constancia puesta en el certificado de depósito.

El registro del primer endoso en el libro de matrícula y la constancia puesta en el certificado de depósito es un acto constitutivo para que exista el documento y el derecho que de él emana.[76]

9.3. Información en registro de primer endoso de warrant

El primer endoso del *warrant*, separado del certificado de depósito, que se hubiere emitido debe registrarse en el libro de matrícula que lleva el almacén y la certificación de éste que ha transcrito al mencionado certificado de depósito, los siguientes datos:

a) **Fecha del endoso**

El primer endoso del *warrant* se registra en el libro que lleva el almacén y debe contener la fecha del endoso, que es importante para determinar la capacidad de las personas o representantes que intervienen en el negocio jurídico que se incorpora al mencionado título valor.[77]

b) **El nombre, DOI y firma del endosante**

En el primer endoso del *warrant* se debe incorporar el nombre, número de documento de identidad del depositante y necesariamente la firma de este primer endosante.[78]

c) **El nombre, domicilio y firma del endosatario**

El nombre, domicilio y firma del endosatario debe contener necesariamente el primer endoso del *warrant*, el cual también se registra en el libro que lleva el almacén, en ese sentido, se

---

74 RIPERT, Georges. *Op. cit*., p. 255.
75 *Ibidem*.
76 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 313; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., p. 471.
77 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., p. 470.
78 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 301; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., p. 470.

descarta que el endoso pueda ser en blanco,[79] lo que no impide, que los posteriores endosos puedan ser en blanco, que sería completado al momento de ejecutar la garantía prendaria.

d) **Monto del crédito garantizado**

El primer endoso del *warrant* enunciará el importe del crédito garantizado por la prenda. Si en el endoso no se expresa el importe de la suma cuyo pago debe garantizar, el tenedor de buena fe se considera titular de un crédito equivalente al valor total de las mercaderías depositadas

Este dato tiene como finalidad de informar al tenedor del certificado de depósito que al momento de reclamar la entrega de las mercaderías tenga conocimiento cuál es la cantidad que debe pagar para que el almacén proceda a la respectiva entrega antes o después de la fecha de vencimiento del *warrant*

El monto del crédito puede ser proveniente de préstamo de dinero, como crédito directo o de un crédito indirecto, como podría ser la apertura de carta de crédito o crédito documentario para una importación de otras mercaderías.[80]

e) **Fecha de vencimiento de crédito garantizado. No puede superar el plazo del depósito**

Es esencial que conste en el primer endoso del *warrant* la fecha del vencimiento del crédito garantizado, ya que a partir de ese momento, deberá ser protestado en el plazo que establece la ley, asimismo, podrá solicitar que el almacén realice la venta forzosa de las mercaderías que custodia; este vencimiento no podrá ser posterior al vencimiento del depósito; que si no se solicita la devolución al vencimiento del plazo de depósito, el almacén podrá hacer la venta forzosa de las mercaderías depositadas y el cobro de la retribución.

f) **Intereses pactados por crédito garantizado**

Es importante el tipo de interés que se hayan pactado, ya que servirá para determinar el monto total de lo debido; el interés fijado puede ser el compensatorio, moratorio, con la tasa aplicable correspondiente, que en el caso que no se establezca, se aplicará, como tasa, la del interés legal.

g) **Lugar de pago del crédito**

El lugar de pago es un dato importante, pues en este sitio debe satisfacerse la prestación debida, de negarse a ello el obligado principal o primer endosante, el protesto debe efectuarse en la misma dirección señalada en el primer endoso del *warrant*. De ordinario se efectúa en el banco o financiera que otorgó el crédito. Los pagos anticipados y los efectuados posteriores al vencimiento del plazo del depósito se efectuarán en las oficinas del almacén general de depósito, lugar de donde se retirarán la mercadería.

h) **La certificación de almacén que endoso es registrado en matrícula y en certificado de depósito**

En el primer endoso del *warrant* se debe registrar en el libro que al efecto lleve el almacén, asimismo debe ser anotado en el certificado de depósito emitido, en el caso que no se realice el registro, no surtirá efecto la prenda, este registro debe ser certificado por el almacén general de depósito.[81]

---

79 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 470.

80 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 339; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 817 y 820; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 468 y 470; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 287.

81 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 470; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 814.

i) **Endosos posteriores registro y certificación es facultativo**

El *warrant* como título valor a la orden, es el emitido por el almacén, que luego del primer endoso contiene la indicación del nombre de persona determinada, quien es su legítimo titular, este se transmite por endoso y consiguiente entrega del título, sir requerir registro ni certificación alguna, salvo endosante y endosatario acuerden el registro y la certificación del caso.

10. PROTESTO DEL *WARRANT*

Si el primer endosante, se rehúsa al pago, el poseedor del *warrant* deberá hacerlo constar mediante protesto, por ello, frente al defecto de pago al vencimiento debe levantarse protesto. El ordenamiento jurídico peruano en su artículo 232.2 de la Ley de Títulos Valores ha establecido como presupuestos para el ejercicio de la actividad ejecutiva (venta de las mercancías prendada) son: *i) la tentativa de obtener el pago por el deudor* (primer endosante del *warrant*); contra exhibición del *warrant* y en caso de resultado infructuoso, *ii) el levantamiento del protesto de dicho warrant con la solemne constancia, por parte de un notario o juez de paz, de que el deudor, requerido de pago, se ha negado a hacerlo.*

Ante el incumplimiento del crédito garantizado contenida en el *warrant*, el tenedor del *warrant* deberá protestar el título contra el primer endosante dentro de los 15 días posteriores a su vencimiento, en cuyo caso, el tenedor debe hacer entrega del título valor al fedatario (notario o juez de paz), dentro de los primeros 8 días de los 15 previstos en ellos. Obtenido el protesto, en los casos que corresponda, el tenedor del título está en condiciones de hacer valer su derecho cambiario y puede acudir al almacén general de depósito para solicitar la ejecución de la prenda mediante el remate público, luego del plazo de 2 días posteriores al protesto.

Se permite incorporar en el título la cláusula que dispensa la obligación del protesto y consignar la cláusula de pago en cuenta bancaria, al amparo del artículo 53 de la ley de títulos valores peruana.[82]

11. PROCEDENCIA A LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE LAS MERCADERÍAS DEPOSITADAS

La venta extrajudicial de mercaderías representadas por *warrant* y certificado de depósito procede en los siguientes casos: i) a solicitud del tenedor del *warrant* debidamente protestado o con la constancia de la formalidad sustitutoria; ii) cuando mercaderías depositadas no han sido retiradas del almacén al vencimiento del plazo de depósito y iii) cuando estén expuestas a riesgos de destrucción o deterioro.

11.1. Venta extrajudicial a solicitud del tenedor del warrant *debidamente protestado o con la constancia de la formalidad sustitutoria*

Después que el tenedor del *warrant* haya protestado dicho título valor contra el primer endosante o este tenga la constancia de la formalidad sustitutoria (en caso de pago a cargo de una cuenta del deudor en una entidad bancaria), el almacén general de depósito deberá ordenar, sin necesidad de intervención judicial, la subasta de los bienes depositados. El almacén podrá exigir del poseedor del *warrant* que le exhiba el acta de protesto.

Los bienes descritos en el *warrant* se encuentras afectados en prenda a favor del tenedor del título valor mencionado. Su tenedor puede exigir el pago del crédito contenido en el *warrant* al primer endosante, y de no verlo satisfecha (pagado), debe obrar secuencialmente a efecto que el almacén general de depósito ordene la subasta la mercadería.[83]

---

82 Ver RIPERT, Georges. *Op. cit*., p. 256; MESSINEO, Francesco. *Op. cit*., p. 288; VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 356; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., p. 477.

83 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit*., p. 358; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit*., p. 511; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit*., p. 479.

11.2. Venta extrajudicial de mercaderías cuando mercaderías depositadas no han sido retiradas del almacén al vencimiento del plazo de depósito

Llegado el término del depósito, el depositante deberá retirar las mercaderías, y luego, pesadas y pagar la retribución del almacén. Si el depositante no retira y no paga el precio pactado de almacenaje, el depositario tendrá que dar aviso con ocho (8) días de anticipación al depositante luego vender la mercadería que tiene en prenda sin intervención del juez para satisfacer su crédito mediante subasta de las mercaderías depositadas.[84]

11.3. Venta extrajudicial de mercaderías cuando estén expuestas a riesgos de destrucción o deterioro

Cuando las mercaderías estén amenazadas de perecimiento, el almacén, previo aviso al depositante con 8 días de anticipación, puede proceder a la venta de las mercaderías.

La amenaza de perecimiento se determina por el hecho que, si por causas que no les sean imputables, las mercancías amenazan con descomposición o destrucción en condiciones que puedan afectar la seguridad o la salubridad, los almacenes, con intervención de martillero público, podrán proceder, sin responsabilidad, a la venta de las mercancías.[85]

12. PROCEDIMIENTO DE VENTA

El almacén general ordena la subasta de bienes depositados no antes de dos días hábiles siguientes al protesto, o constancia sustitutoria o al vencimiento del crédito si el *warrant* no fuera protestable, para que sin necesidad de mandato judicial proceda a dar trámite el proceso de venta de la mercadería depositada, para ello deberá publicitar el aviso de dicha subasta detallando las mercaderías que serán sacados a remate.

12.1. Publicación previa

El procedimiento de venta de la mercadería en ejecución del derecho de prenda incorporado en el *warrant* tiene como paso previo efectuar la publicación de un aviso durante cinco (5) días en el diario oficial El Peruano, con la descripción de las mercaderías que son motivo de subasta con la correspondiente indicación de su valor nominal, en el diario oficial *El Peruano*. La ley quiso conceder a los preparativos de estas ventas una publicidad y un tiempo notables a fin de hacer que acudan postores y suba la oferta del precio.[86]

12.2. Ejecución de la venta forzada

La venta, que es forzosa porque quien exige es el poseedor del *warrant* no pagado a su vencimiento, se hará en el establecimiento del depositario, en la forma prevista por los reglamentos de los propios almacenes generales de depósito, sin necesidad de orden judicial. Esta venta se efectuará en subasta pública con intervención del martillero público (designado por la administración del almacén general) quien adjudicará la mercadería al mejor postor, sin que tenga que respetarse precio base para el remate.

---

84 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 292, 293 y 295; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 511; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 472.

85 Ver MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 283; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.*, p. 49.

86 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 511; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 373.

Hecha la venta, el almacén pagará con lo que sacó de ella al poseedor del *warrant*, que deberá restituirla este título valor si fue enteramente pagado. Si hay un sobrante, quedará éste a disposición del poseedor del certificado de depósito.[87]

El numeral 233.4 del artículo 233 de la Ley de Títulos Valores señala que la venta de las mercaderías no se suspenderá por incapacidad o muerte del primer endosante, ni por otra causa que no sea: a) el estado de insolvencia declarado según la ley de la materia, salvo disposición distinta de la ley; o, b) la notificación cursada al almacén general de depósito, por autoridad judicial o arbitral; en este caso, previo depósito del importe del crédito garantizado, sus intereses y gastos.

13. PAGO PARCIAL

Si la venta extrajudicial de mercaderías (o de indemnización del seguro en caso de pérdida o deterioro de las mercaderías), no alcanza para pagar al tenedor del *warrant* el importe total del crédito garantizado por el *warrant*, el almacén deberá devolverle el título valor a fin de que el tenedor pueda ejercitar la acción cambiarla directa contra el primer endosante (depositante de mercadería) a fin de obtener el saldo impago. El almacén deberá devolver *warrant* con anotación del pago parcial efectuado, refrendado con firma del representante del almacén general de depósito.

13.1. Devolución del warrant *con anotación del pago parcial efectuado, refrendado con firma del representante del almacén general de depósito*

Si lo obtenido de la venta en subasta de la mercadería, luego de la ejecución del derecho de prenda que estuvo incorporado en el *warrant*, no es suficiente para satisfacer al acreedor pignoraticio, el almacenista deberá indicar en el *warrant* lo que se pagó a su poseedor, de acuerdo con el principio de Literalidad y restituirle el título con esta anotación, a fin de que pueda ejercitar la acción cambiaria por la diferencia.

El escenario que se presenta que el tenedor del *warrant* haya recibido un pago parcial proveniente de la venta extrajudicial de las mercaderías, porque el monto recibido no alcanzó para pagar al tenedor del *warrant*, el importe total del crédito garantizado por el dicho título valor, en este caso, almacén general de depósito devolverá el *warrant*, con la indicación del monto pagado a cuenta y refrendado con la firma de su representante autorizado, en tal sentido que el tenedor pueda ejecutar la acción cambiaria directa contra el primer endosante del mencionado título valor (depositante de la mercadería), para exigir el saldo impago en proceso único de ejecución u otro que elija el tenedor del *warrant*.[88]

13.2. Devolución del warrant *a fin de que el tenedor pueda ejercitar la acción cambiaria directa contra el primer endosante (depositante de mercadería) a fin de obtener el saldo impago*

Si el pago que realice el almacén luego de la subasta de las mercancías prendadas no cubriera totalmente el importe del crédito, el tenedor del *warrant* tiene acción cambiaria directa por el monto no pagado contra el primer endosante del *warrant*.

Como se ejercita la acción cambiaria, la misma está sujeta a todas las excepciones objetivas y reales que proceden contra la acción cambiaria en general y también a algunas excepciones personales, como las demás normas que regulan la acción cambiaria, se genera la siguiente pregunta: ¿Puede el tenedor del *warrant* accionar a su elección contra todos los endosantes posteriores al primer endoso o contra cada uno de ellos ejerciendo la acción cambiaria de regreso?

---

87 Ver FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 511; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 306; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 815; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 477-478; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 357 y 373.

88 Ver VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 358; FONSECA RAMOS, Iván. *Op. cit.*, p. 512; MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 482-483.

El numeral 235.2 del artículo 235 de la Ley de Títulos Valores expresa que «por el saldo que resultare, el tenedor del *warrant* tendrá acción cambiaria contra el primer endosante», ¿esto significa que la única acción cambiaria será acción directa contra el primer endosante?; la Ley de Títulos Valores no prohíbe, en este caso, el inicio de las acciones cambiarias de regreso.

Un sector de la doctrina considera que la acción cambiaria procede también contra los endosantes posteriores al primer endosante, porque como sucede con todos los títulos valores, los firmantes del *warrant* serían solidariamente responsables del pago.[89]

13.3. Procedencia de la acción cambiaria

a) **Que el tenedor del *warrant* hubiese solicitado la venta de los bienes prendados dentro de los 30 días siguientes del protesto o de la constancia de la formalidad sustitutoria o en los casos de haberse incluido cláusula que libera del protesto, desde la fecha de vencimiento del crédito**

El poseedor del *warrant* debe hacer excusión del deudor principal, con el medio de la realización de la prenda, y hacerse pago del crédito, o sea, que debe proceder, previamente, a la venta de las mercaderías depositadas y satisfacerse sobre el producto de ellas, hasta la concurrencia del valor; y, cuando este valor sea suficiente, nada puede pedir él al primer endosante y su acción cambiaria viene a carecer de fundamento, por falta de contenido, es en ese sentido, que el ejercicio de la acción cambiaria queda subordinado a la previa ejecución de la garantía prendaria incorporada al *warrant*.[90]

b) **Que el tenedor del *warrant* ejercite dicha acción cambiaria dentro de los 30 días siguientes de la fecha de la venta de la mercadería**

En el caso que la ejecución de la venta de las mercaderías prendadas no cubra el total de crédito, el tenedor del *warrant* tiene derecho de ejercer la acción cambiaria contra el obligado principal, o sea el primer endosante, en un plazo de 30 días desde la fecha en que se vendió la mercadería.[91]

c) **Que el primer endosante del *warrant* haya introducido en el primer endoso una cláusula de liberación de responsabilidad**

Es posible que el obligado principal se liberara, desde el momento que efectúa el primer endoso, mediante la cláusula sin responsabilidad en caso de que la venta de las mercaderías prendadas no cubra el crédito garantizado. En este caso, la ley ha considerado que el pago del título solamente estaría garantizado con la mercadería y no con el patrimonio del primer endosante, pues, con la inserción de la indicada cláusula limitó su responsabilidad a la mercadería descrita en el *warrant* y no con su patrimonio.[92]

14. PAGO ANTICIPADO DEL CRÉDITO GARANTIZADO POR EL *WARRANT*

El artículo 236 de la Ley de Títulos Valores expresa que el tenedor de certificado de depósito facultado a pagar el importe del crédito garantizado por *warrant* antes del plazo de vencimiento previo acuerdo con el tenedor de este último título. Si tenedor de *warrant* no estuviese de acuerdo con condiciones de pacto, tenedor de certificado de depósito podrá abonar el monto total del *warrant* al almacén, incluyendo los intereses que corresponde hasta su vencimiento. El almacén asume responsabilidad por

---

89 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 481; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, pp. 819 y 832; VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 359; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 306; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Op. cit.*, p. 819.

90 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 481; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 289.

91 Ver MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 481 y 486; GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Op. cit.*, p. 751.

92 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, pp. 481-483.

suma recibida debiendo comunicar tal hecho al último tenedor del *warrant* que tenga inscrito en sus registros. Efectuada la entrega la suma de dinero, tenedor de certificado de depósito podrá retirar mercadería almacenada sin necesidad de contar con el *warrant*.

El maestro Vivante justifica esta norma considerando que con la finalidad que el poseedor del certificado de depósito, separado del *warrant*, pueda vender las mercaderías y hacer que se le haga entrega de ellas aun antes del vencimiento del crédito garantizado por la prenda, incorporado al *warrant*, el ordenamiento jurídico le permite el derecho a recuperarlas.

El jurista mencionado recoge la voluntad del poseedor del certificado de depósito que expresa: «dadme las mercaderías, ya que estoy dispuesto a depositar la suma por la que se entregaron en prenda según mi título», esta se haya en contraposición de la voluntad del poseedor del *warrant* que le manifestará al mismo almacén: «retened en garantía mía las mercaderías hasta que se deposite la suma por la que se dieron en prenda según resulta de mi título». Es por ello por lo que la ley dispone que el poseedor del certificado, que deposite en el almacén el capital y los intereses de la deuda, calculados hasta el vencimiento.

Si el poseedor del certificado de depósito conoce al poseedor del *warrant*, tratará de ponerse de acuerdo con él para obtener un descuento en razón del pago anticipado. Entonces se hará endosar también el *warrant* y, provisto de ambos títulos, obtendrá sin más del almacén la entrega de las mercaderías. Si el acuerdo no es posible o, si el poseedor del *warrant* es desconocido, el poseedor del certificado elegirá, según le convenga, entre la pérdida de los intereses y la que puede sufrir por los peligros de bajas o de averías a que están expuestas las mercaderías: si decide retirarlas, tendrá que depositar en poder del almacén el capital y los intereses de la deuda, calculados hasta el vencimiento del crédito garantizado por la mercancía prendada.

Es por ello, expresa el maestro Vivante, que la ley concede al poseedor del certificado de depósito, separado del *warrant*, que retire la mercadería depositada aun antes del vencimiento de la deuda por la que se la constituyó en prenda, depositando al almacén el capital y los intereses de la deuda calculados hasta el vencimiento.[93]

El *warrant* contiene una indicación del vencimiento, a diferencia de los otros títulos valores (que el pago se realice solo al vencimiento), se considera que el plazo juega únicamente en favor del deudor. El poseedor del certificado de depósito tiene siempre el derecho a pagar el crédito garantizado antes del vencimiento y de consignar el importe del título valor, más intereses, en el almacén general responsable.[94]

En el Perú, si el último tenedor del *warrant* es una empresa del sistema financiero, la liberación de la mercadería procederá con el consentimiento de la entidad financiera.[95]

15. LIBERACIÓN DE LAS MERCADERÍAS

El artículo 237 de la Ley de Títulos Valores dispone que, transcurridos 15 días desde fecha de vencimiento de crédito garantizado por *warrant*, el tenedor del certificado de depósito podrá retirar mercaderías, previo pago del monto del *warrant* más los intereses calculados hasta el vencimiento del crédito garantizado, en los casos que el tenedor del *warrant* fuese desconocido, se excusase de recibir el pago o a devolver el *warrant* cancelado.

La mencionada norma jurídica dispone la liberación de la mercadería si el tenedor del *warrant* fuese desconocido o se excusase de recibir el pago o a devolver el *warrant* cancelado, después de ven-

93 VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, pp. 337, 348 y 349.
94 RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 256.
95 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 484.

cido el plazo del crédito garantizado por el *warrant* y transcurriera 15 días más. La mencionada liberación procede solo cuando el monto del crédito más los intereses calculados hasta el vencimiento sean pagados, mediante la constitución en depósito ante el mismo almacén consignándose una cantidad referida al monto resultante del cálculo antes mencionado.[96]

En síntesis, podemos afirmar que, en los casos antes mencionado, el poseedor solamente del certificado de depósito, para poder obtener la entrega de las mercaderías, tiene la carga de depositar (pagar) en el almacén la suma correspondiente al acreedor pignoraticio (poseedor del *warrant*); con lo que, el derecho de dicho acreedor queda salvaguardado.[97]

16. PRELACIÓN DE ACREENCIAS

De acuerdo con el artículo 234 de la Ley de Títulos Valores establece, que producida la venta de la mercadería por martillero público, el monto obtenido se destinará en primer orden a los gastos de venta como la comisión del martillero público, luego los gastos de conservación y servicios adeudados al almacén general de depósito así como las primas de seguros; si la mercadería está sujeto a impuestos de importación, se pagará los derechos de aduana y tributos que la afecte, luego se cubren ese orden, los intereses, gastos y deuda capital al tenedor del *warrant*, quien goza de este derecho preferente en el pago, el remanente del monto materia de la subasta queda a disposición del tenedor del certificado de depósito, es decir, queda a disposición del propietario de la mercadería.[98]

Si no se apersona el titular del certificado de depósito o propietario de las mercancías dentro de los 30 (treinta) días de realizado la venta, para cobrar el remanente, la administración del almacén procederá a consignar judicialmente por el solo mérito del lapso transcurrido, con notificación al último tenedor de dicho título o, en su defecto, del depositante que tenga registrado.

Carecerán de eficacia las medidas cautelares o embargos que se dicten sobre mercaderías representadas por certificados de depósito y/o *warrant*, debiendo dichas medidas dirigirse a los respectivos títulos. El almacén general de depósito anotará dichas medidas que se pongan en su conocimiento en el registro que lleve y surtirá efecto solo si el tenedor del título resulte ser la parte afectada con dicha medida.

17. CONCLUSIONES

- En el proceso económico, entre la producción, distribución y el consumo, es necesario que los empresarios utilicen servicios de almacenaje y depósito que eviten la movilización transitoria de sus mercancías.

- Los almacenes generales de depósito se encuentran dedicados exclusivamente al recibo de mercaderías para su custodia, los empresarios productores pueden utilizar dichas mercancías en depósito como un elemento de financiación empresarial, obtener préstamos con garantía prendaria sobre ellas, siendo una de las facetas de la actividad crediticia y bancaria.

- Para obtener créditos con menores intereses, se hace indispensable emitir títulos valores que incorporen el derecho de disposición sobre la mercancía denominadas certificados de depósitos, incorporando el derecho de propiedad, sobre las mismas mercancías, asimismo, emitir otro título valor denominado *warrant*; en donde se incorpora un derecho crediticio garantizado por la prenda sobre las mercancías depositadas, que también se incorpora en el título, posibilitando recuperar el crédito mediante la ejecución de una rápida venta forzosa de dichas mercancías.

---

96 *Idem*, p. 485.
97 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 286.
98 MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Op. cit.*, p. 480.

- En el Perú, los almacenes generales de depósito deben ser administrados entidades o compañías especializadas constituidas como sociedades anónimas y que deben tener como objeto social exclusivo, el almacenamiento y guarda o conservación de bienes o mercancías, además, la expedición de certificados de depósito y *warrant*s.

- El almacén de campo es el local de propiedad del depositante o de terceros, donde se efectúa el depósito de mercaderías y productos que serán sujetos a transformación y no es conveniente el traslado al local del almacén general. Este tipo de local debe estar debidamente delimitado y estar a disposición de la almacenera, debiendo reunir condiciones adecuadas de seguridad para ejecutar la garantía prendaria contenida en el denominado *warrant* insumo producto.

- El contrato de depósito en almacenes generales, es una relación jurídica mercantil, por el cual el depositario, sociedad administradora del almacén general se compromete a recibir, custodiar y permitir la negociabilidad de su propiedad o garantía prendaria, incorporándola en títulos valores emitidos y entregados a pedido del depositante, a cambio de una retribución, obligándose a devolverlo a quien acredite su legitimación acompañando el título valor que incorpora la propiedad (certificado de depósito) y el *warrant* (incorpora el crédito y la garantía prendaria sobre la mercancía) que acredita el pago del crédito incorporado, garantizado con la prenda sobre las mercancías que se encontraban depositadas, o en todo caso, entregar la mercancía al titular del certificado de depósito, solo si paga anticipadamente el valor del crédito nacido con el primer endoso del *warrant*.

- El certificado de depósito y el *warrant* tienen el carácter de títulos valores, primero, porque la formalidad es requisito de su existencia, por otro lado, contiene incorporados derechos reales de propiedad y garantía, manifestándose los principios de literalidad, legitimación y autonomía, siendo títulos representativos de las mercancías depositadas.

- En los certificados de depósito y el *warrant* tiene efecto el texto de índole literal de la obligación, ya que no se consiente al almacén que se libere en forma distinta de la que está escrita en los títulos valores antes mencionados.

- Por el primer endoso del *warrant*, podrá constituir sobre dichas mercaderías un derecho real de prenda para conseguir fuentes de financiamiento. Mediante los endosos posteriores del *warrant* se trasmite la propiedad del crédito que en el consta y un derecho de garantía real de prenda sobre las mercaderías sujeto al depósito en los almacenes generales de depósito.

- El certificado de depósito es el título valor a la orden, o sea, destinada a la circulación por endoso, que representa el derecho real de propiedad sobre la mercadería individualizada o de una cuota determinada del depósito colectivo, entregada en custodia a un almacén general de depósito.

- El *warrant* es un título valor a la orden, emitido por el almacén general de depósito, cuyo primer endoso, suscrito por el comerciante depositario con su firma, entrega en garantía prendaria, al crédito que incorpora las mercancías depositadas en un almacén general. El *warrant* es un título valor de contenido crediticio que lleva inserto la promesa de pagar una suma de dinero a la orden de una persona determinada, la misma que está garantizada con prenda en él incorporadas, sobre las mercancías depositada en el almacén general.

- El tenedor del *warrant* podría exigir el pago de la deuda contenida en el *warrant* y de ser el caso, ante el incumplimiento de la obligación, pedir el remate de la mercadería contenida en el mismo título valor, o sea, que la mercadería salga a subasta pública por el almacén, recurriendo a martillero público, a fin de satisfacer su crédito con el producto de la venta de dicha mercadería.

- Si el primer endosante, se rehúsa al pago, el poseedor del *warrant* deberá hacerlo constar mediante protesto, por ello, frente al defecto de pago al vencimiento debe levantarse protesto, en tal sentido, el tenedor del *warrant* debidamente protestado puede solicitar la venta extrajudicial de mercaderías representadas por *warrant* y certificado de depósito.

- Si la venta extrajudicial de mercaderías (o de indemnización del seguro en caso de pérdida o deterioro de las mercaderías), no alcanza para pagar al tenedor del *warrant* el importe total del crédito garantizado por el *warrant*, el almacén deberá devolverle el título valor a fin de que el tenedor pueda ejercitar la acción cambiarla directa contra el primer endosante (depositante de mercadería) para obtener el saldo impago. El almacén deberá devolver *warrant* con anotación del pago parcial efectuado, refrendado con firma del representante del almacén general de depósito.

- El poseedor solamente del certificado de depósito, para poder obtener la entrega de las mercaderías, inclusive antes del vencimiento del crédito incorporado en el *warrant*, tiene la carga de depositar (pagar) en el almacén la suma correspondiente al acreedor pignoraticio (poseedor del *warrant*); con lo que, el derecho de dicho acreedor queda salvaguardado.

18. BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Undécima edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2003.

FONSECA RAMOS, Iván. «Certificado de depósito y el *warrant*». En SAAVEDRA GIL, Rony. *Tratado de derecho mercantil, títulos valores*. Lima: Jurista Editores, 2019.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *Contratación Mercantil*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Novena edición. Tomo I. México D.F.: Porrúa, 1993.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1971.

MONTOYA ALBERTI, Hernando. «El *warrant* como título valor». En GUERRA-CERRÓN, María Elena. *Los títulos valores en el Perú. Títulos valores y derecho de mercado de valores*. Lima: Pacifico Editores, 2020.

PICARDO GONZÁLES, César y CASTILLO GARCÍA, Roger. *Estudio jurídico de los almacenes generales de depósitos*. León: Universidad Autónoma de Nicaragua, 2010.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Vigesimoprimera edición. Tomo II. México D. F.: Porrúa, 1994.

URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; CORTÉS, Luis Javier. «El contrato de depósito». En APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa; URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de derecho mercantil*. Tomo II. Madrid: Civitas, 2001.

URIA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Decimonovena edición. Madrid: Marcial Pons, 1992.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Títulos valores y valores negociables*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

VIVANTE, Cesare. «Del contrato del depósito en los almacenes generales». En VIVANTE, Bolaffio Rocco. *Derecho comercial*. Tomo 15. Buenos Aires: Ediar, 1952.

CONTRATOS MERCANTILES

EL PAGO Y LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES: UNA PROPUESTA MODIFICATORIA

Eduardo Jiménez Jiménez[*]

1. INTRODUCCIÓN

De las distintas ramas del derecho civil, quizás el derecho de obligaciones sea el más cercano al mundo de la economía.

Normas abstractas y genéricas, bastante escuetas, casi son sentencias lacónicas, lo que ha posibilitado su «adecuación» a los diferentes cambios que a lo largo de la historia han sufrido los sistemas económicos. No digo que las normas sean las mismas que se aplicaban en la antigua Roma, pero mientras, por ejemplo, exista un «doy para que des» o un «doy para que hagas», los sustratos esenciales del derecho obligacional se han mantenido incólumes.

Y el pago de intereses no estuvo exento. Siempre fue preocupación de legisladores y Estados. Desde su prohibición absoluta hasta la permisión total y libre acuerdo de pago.

Generalmente, los códigos civiles clásicos han tenido una visión liberal, donde las partes tenían libertad plena de pactar en un plano idílico de igualdad el pago de intereses, visión decimonónica que obedecía a una supuesta igualdad de «hombres libres». Luego, esa visión se vio tamizada por criterios controlistas por parte del Estado. Un ejemplo claro son las tasas máximas de intereses. Un «techo» al precio del dinero. Las partes, en ciertos casos, no tienen esa libertad absoluta, sino que encima de estas tienen ciertas normas imperativas que deben cumplir. Y en el medio de ambas visiones (la liberal y la controlista), una serie de matices y combinaciones.

Un proyecto de reforma del capítulo sobre pago de intereses usualmente busca un control del Estado en algún sentido (fue el caso del control atenuado en lo referente al pago de intereses en el Código Civil del 84) o deja al arbitrio de las partes el pago de los intereses y su capitalización (libertad absoluta).[1]

Pero ¿qué son los intereses y por qué es importante regularlos?

---

[*] Abogado y sociólogo. Expresidente de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Docente en Derecho Civil, Economía y Derecho y Derecho Civil II - Obligaciones en el doctorado en Derecho de la UNMSM. Publico regularmente en mis blogs www.ius-aequitas.blogspot.com y www.laescenacontemporanea.blogspot.com. Con algunas modificaciones, el presente artículo es parte de mi tesis doctoral aprobada en sustentación pública en la UNMSM. ejimenez2107@gmail.com

[1] Desde el Código Napoleón a los actuales códigos siempre ha sido un asunto complicado la regulación de los intereses. Nota del autor (en adelante N. A.)

2. LOS INTERESES

El capítulo sobre pago de intereses tiene dos ejes importantísimos: a) regular los intereses convencionales y legales; y, b) si se permite o no la capitalización de los intereses impagos, lo que se conoce como anatocismo. En el medio hay otros temas que pueden ser regulados como los intereses en obligaciones no pecuniarias, intereses en títulos valores, intimación para el pago de intereses, etc. Pero los esenciales son la regulación y la finalidad de los intereses convencionales y legales, y si se aplica o no su capitalización. Digamos que son los dos ejes básicos.

2.1. Definición de interés

En el campo jurídico, al definir qué son los intereses, generalmente las definiciones más precisas han preferido ceder el paso a los conceptos económicos, en algunos más elaborados, en otros más llanos al hábitat natural donde se desenvuelven. Así, Busso lo define como: «La compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho».[2]

La definición netamente utilitarista se refiere básicamente a los intereses compensatorios, producto de una convención entre acreedor y deudor.

Ruggiero, en cambio, trata de elaborar una definición más *jurídica*, al definirlos como:

> Aquellas cantidades de cosas fungibles que el deudor debe al acreedor como compensación al disfrute de una mayor cantidad de aquellas debidas también al acreedor; surgen o pueden surgir con respecto a una deuda cualquiera como obligación accesoria, cuyo contenido se fija con arreglo a un porcentaje sobre el capital.[3]

En esta definición entra en juego el carácter accesorio de los intereses, accesorio de una obligación principal que es el capital. Asimismo, abstrae el término interés del campo monetario a fin de determinarlo como cosas fungibles que originan una deuda.

Una definición más monetaria la ofrece Llambías, quien precisa que los intereses: «Son los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento».[4]

Llambías hace alusión a los intereses convencionales, sean compensatorios o moratorios. El mérito de su definición es que *aterriza* en la parte medular de su naturaleza: su carácter monetario.

Como vemos, todas las definiciones doctrinales relacionan intereses como prestación accesoria de un capital. Para fines prácticos, tomaremos una definición económica de interés bastante sencilla y generalmente aceptada: *el precio que tiene el dinero*, definición bastante operativa y que va directo al tema.[5] Tengamos presente que en una economía de mercado todo tiene un precio, incluyendo el precio del dinero que usualmente lo denominamos intereses.[6]

Consiguientemente, para cuantificarlos entran en juego cinco factores: capital (dinero), plazo (horizonte temporal), tipo de interés (convencional o legal), tasa aplicable y el riesgo, si este es mayor, la tasa a aplicar también lo será en igual proporción.

---

2 OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. Vol. XVI, tomo V. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 267.

3 *Idem*, p. 268.

4 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 83.

5 Se puede consultar los siguientes glosarios de términos económicos:
Glosario términos económicos BCRP: http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf
Diccionario de economía y finanzas de Carlos Sabino: http://paginas.ufm.edu/Sabino/ingles/book/diccionario.pdf
Diccionario de economía: http://www.eumed.net/diccionario/dee/dee.pdf

6 Puede tener distintos nombres: «resarcimiento del capital», «deudas pecuniarias», «cosas fungibles», «frutos civiles», «provechos económicos», «rendimiento de obligación de un capital», etc. N. A.

2.2. Los intereses como frutos civiles

Dentro de este abanico de definiciones es de resaltar aquella que lo conceptúa como *fruto civil*, lo cual nos remite a los derechos reales, específicamente al artículo 891 del Código Civil que indica como tales *a los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica*.

Justamente, Colin y Capitant afirman que son frutos civiles «las cantidades de dinero que no proceden directamente de la cosa misma, sino que resultan de su productividad porque son debidas por tercero en representación del disfrute de la cosa que le ha concedido el propietario».

Lo interesante de esta definición es que los frutos civiles lo cuantifican como cantidades de dinero que no nacen de la cosa en sí (el capital), sino de su uso o productividad, y, por otra parte, condicionan una relación jurídica de acreedor-deudor.

Valencia Zea le da una concepción economicista combinada con términos jurídicos al definir los frutos civiles como «los provechos económicos que resultan de las relaciones jurídicas, en virtud de las cuales se permite a otro el uso o goce de una cosa o una suma de dinero».

El maestro Jorge Eugenio Castañeda definía a los frutos civiles como «los rendimientos obtenidos por el uso de la cosa fructífera por otro que no es el dueño. Así los intereses, las rentas, los alquileres, las mercedes conductivas. Dichos frutos son "Non natura, sed jure praecipiuntur" [no por la naturaleza, sino por el derecho se reciben]».

Para concluir, los frutos civiles se denominan pendientes mientras se deben, y percibidos los que se reciben. Asimismo, los frutos civiles se perciben cuando se recaudan, perteneciendo al titular del derecho del bien.

2.3. Intereses y política monetaria

Cuando estudiamos los intereses, es preferible estudiarlos también desde el ámbito de la política monetaria, sobre todo desde que comienza a funcionar el primer banco central en Inglaterra.

Con la creación del primer Banco Central en Inglaterra nace la política monetaria moderna y uno de sus instrumentos más sensibles fue la tasa de interés. A lo largo del siglo XIX, el Banco de Inglaterra utilizó el tipo de redescuento bancario (llamado también interés referencial), aumentándolo o reduciéndolo, a fin de influir sobre la banca y la vida económica en general. Si la tasa de redescuento era alta, los capitales acudían inmediatamente; si era baja, se retiraban de la misma manera.

Antes de entrar en detalles, demos una breve definición de política monetaria. Una definición generalmente aceptada es aquella que la conceptúa como el «manejo o dirección de las magnitudes monetarias con el fin de alcanzar los objetivos de la política económica generalmente aceptados».

Tenemos entonces una finalidad última, que es coadyuvar a la política económica del Estado. Por otra parte, tenemos objetivos intermedios, que son el control de la cantidad de dinero circulante (masa monetaria) o de su precio (tasa de interés), es decir, las magnitudes monetarias. Algunos instrumentos de la política monetaria son: el encaje bancario, la tasa de redescuento, las operaciones de mercado abierto (operaciones directas del banco central en el mercado, comprando o vendiendo divisas), etc.

Si el Estado cree conveniente que haya poca liquidez en el sistema financiero, el banco central, conforme a la política monetaria que tenga, subirá el encaje bancario o aumentará las tasas de referencia (o utilizará los dos instrumentos al mismo tiempo). O en el mercado de divisas, si el tipo de cambio de la moneda de mayor aceptación entre los agentes económicos desciende demasiado de valor, el banco central saldrá al mercado a comprarla, a fin de que exista poco circulante y se eleve el tipo de cambio de esta moneda en las llamadas operaciones de mercado abierto.

Como vemos, el precio del dinero viene a ser un objetivo intermedio de la política monetaria, *cuyo instrumento será la tasa de interés a aplicar*; y el Banco Central de Reserva el organismo idóneo para el manejo.

3. LOS INTERESES EN EL ORDENAMIENTO CIVIL

Desde el punto de vista monetario el término, el «interés» ha tenido distintas definiciones. Desde la compensación dada al acreedor por la privación del uso de un bien (Winscheid), pasando por una retribución periódica del deudor (Nussbaum) o la ya clásica de «frutos civiles del capital» (Rezzónico).[7]

Pero la que nos ha parecido siempre más ajustada a la realidad económica es la de Ennecerus: el rendimiento de una obligación de capital.[8] O lo que en economía se conoce como *el precio del dinero*.

Usualmente, se encuentran clasificados en dos grandes grupos, atendiendo a su fuente u origen: los intereses convencionales y los intereses legales.[9]

Los convencionales a su vez se subdividen en compensatorios y moratorios.[10]

3.1. Los intereses convencionales

Llamados así porque son fruto de la convención o acuerdo entre las partes. Fue la función inicial de los intereses. Los préstamos que se otorgaban significaban una compensación o lucro para quien desembolsaba el dinero y el acuerdo de una tasa de interés en retribución.[11]

Generalmente, los intereses convencionales se subdividen en compensatorios y moratorios.[12]

3.1.1. Los intereses compensatorios

Como hemos visto, los intereses siempre han sido considerados como un rédito o beneficio, de allí que el interés compensatorio haya recibido distintos nombres como «interés retributivo», «interés lucrativo»[13] o «interés mercantil», como lo llamaba Adam Smith en su libro *La riqueza de las naciones*.[14]

Mucho se ha especulado si estos intereses deben llamarse compensatorios o retributivos. Lo cierto es que más allá del nombre, lo importante es la función que siempre han cumplido desde la antigüedad. Si extrapolamos el «acto mágico»[15] que en la antigüedad especulaba cómo el dinero se multiplicaba, la respuesta está en este tipo de intereses y la función vital que cumplen en la economía.

Pero el principal problema siempre ha estado en regularlo. Como hemos visto, se ha oscilado entre posiciones totalmente controlistas de los intereses, lindando con el prohibicionismo en algunos periodos históricos o fijando topes a las tasas, hasta el extremo opuesto, la libertad total en el pacto; y, en el medio, un abanico de opciones.

---

7 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit*., pp. 81-83.

8 *Idem*, p. 81.

9 Existen otras clasificaciones, pero estas son las más usuales. N. A.

10 Los nombres que reciben en distintas legislaciones varían. N. A.

11 Lo que siempre ha sido controversial es la fijación de la tasa. Hubo épocas en la historia en que los Estados fijaban una tasa máxima; en otras, la injerencia estatal fue más flexible. N. A.

12 Existen variadas clasificaciones, por ejemplo, la que realiza TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general de las obligaciones*. Segunda reimpresión. Volumen I. Lima: Instituto Pacífico, 2014, pp. 574-577.

13 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit*., p. 109.

14 SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Vol. I. Madrid: Orbis, 1983, p. 138. Caso similar sucede con el interés moratorio, definido por A. Smith como usura punitiva, permitido en caso de demora o atraso del deudor, entendido desde la interpelación judicial, p. 139. Estas reminiscencias de la doctrina liberal llegaron a nuestro país y tocaron a nuestros primeros códigos. N. A.

15 GALBRAITH, John K. *Op. cit*.

Lo cierto es que los intereses compensatorios han tenido, y tienen, una función esencial: la de retribuir o «compensar» por un capital (generalmente expresado en dinero) otorgado a un tercero, gracias a los intereses compensatorios pactados se generan los llamados «frutos civiles».

3.1.2. Los intereses moratorios

Si los intereses compensatorios tienen por función la retribución económica de un capital, los intereses moratorios tienen por función retribuir por el atraso en el cumplimiento de la prestación. Algunos tratadistas los denominan como «punitorios»,[16] en tanto los usos que le otorgaba Adam Smith, que los denominaba como «usura punitiva».[17]

Al igual que los intereses compensatorios, requieren previo pacto entre acreedor y deudor, fijar la tasa, que exista un plazo para el cumplimiento de la prestación y el vencimiento del plazo en el cual se debe cumplir con la prestación.

¿Cuándo se constituye en mora el deudor a fin de que se reditúen los intereses moratorios?

La doctrina no es pacífica al respecto. Para algunos es al momento de ser requerido por el acreedor por la obligación vencida y se vincula mucho con la mora *intuito personae*. Otros consideran que basta que se haya vencido la obligación y comienzan a redituarse sin necesidad de intimación al deudor (mora automática). Para Adam Smith, en su obra ya citada, comenzaban a redituarse desde la interpelación judicial.

Algunos tratadistas —citados por Osterling y Castillo— han sostenido que de no requerirlos el acreedor se sobreentiende que le está otorgando una prórroga tácita al deudor.[18] Lo cierto es que de existir pacto, los intereses moratorios «comienzan a correr» desde la fecha de vencimiento del cumplimiento de la prestación, sin necesidad de requerimiento, como bien lo expresaba el Código Civil de Vélez Sarsfield («desde el vencimiento de ella [de la obligación]».[19]

Es lo más sensato, si tomamos en cuenta que el acreedor, a su libre arbitrio, tiene potestad para condonar los intereses o hasta el principal, por lo que no podemos suponer que de no requerirlo le estaría otorgando una prórroga tácita al deudor.

Otro aspecto medular con respecto a los intereses moratorios es si vencida la obligación se suspende el pago de los intereses compensatorios y solo se cobran los intereses moratorios. Algo de ello señala el maestro Osterling en el artículo ya citado.[20] Sostiene el maestro que habiendo vencido el plazo para la devolución del mutuo (tratándose de obligaciones dinerarias) no cabría cobrar intereses compensatorios.

Coincidimos con Villegas y Schujman[21] en el sentido de que no hay inconvenientes para la acumulación de ambos intereses,[22] en vista de que cada uno cumple distinta finalidad. Tengamos presente que el deudor no ha cumplido con pagar la obligación, por lo que conserva el mutuo en su poder, por tanto, la «retribución» tiene una perfecta equivalencia a fin de que el patrimonio del acreedor no se vea disminuido.

Caso contrario sucede con la función de los intereses moratorios, los que resultan en una suerte de «sanción» por el incumplimiento del deudor al vencerse el plazo del pago.

---

16 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit.*, p. 135.
17 SMITH, Adam. *Op. cit.*, p. 139.
18 OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*
19 Código Civil de Vélez Sarsfield, artículo 622, citado por VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit.*, p. 142.
20 OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*
21 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit.*, p. 144.
22 *Ibidem*. Llambías indica que solo procede previo pacto de las partes.

Un aspecto distinto son los daños ocasionados al acreedor, diferente a la sanción por el retraso en el cumplimiento del pago del capital. Los daños al acreedor se verán resarcidos por una indemnización, mientras que el retraso en el cumplimiento de la obligación será sancionado por los intereses moratorios. No en todos los supuestos por incumplimiento que se produzcan en las relaciones contractuales habrá indemnización por daños; pero de pactarse intereses moratorios en caso de retraso, siempre los habrá.

En conclusión, podemos decir que en el polémico tema de los intereses moratorios, estos son acumulables junto a los intereses compensatorios, de existir pacto de ambos; que los intereses moratorios no reemplazan a los compensatorios, salvo que no se haya pactado los primeros; y que la indemnización por daños al acreedor —previamente demostrable o probada por este, salvo que exista cláusula penal— no puede ser reemplazada por los intereses moratorios.

3.2. Los intereses legales

Son los intereses subsidiarios que se aplican cuando las partes no han pactado intereses, compensatorios ni moratorios, o aquellos que por ley deben ser aplicados (de allí su nombre). Es una tasa que el Estado la fija periódicamente.

El pago de los intereses legales se aprecia a menudo en obligaciones tan comunes donde no se pactaron intereses como las prestaciones alimenticias, rentas atrasadas por alquiler de bienes o pagos por retribuciones laborales impagas.

El Código de 1984 ya no define qué es interés legal (sería una redundancia). Se limita, en el artículo 1244, a señalar que la tasa máxima del interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.[23]

4. LAS TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS

Siempre fue una preocupación del legislador establecer un «techo» en los intereses convencionales, lo que se conoce como tasas máximas. Osterling y Castillo lo han rastreado desde por lo menos la antigua Babilonia.[24] En el medioevo europeo, los padres de la Iglesia proscribieron todo tipo de cobro de intereses, al relacionarlo con la usura. Lo cierto es que las tasas máximas o «topes» o «techos» han sufrido vaivenes. En la actualidad todavía existen en distintos países, por el posible abuso que puede hacer el acreedor con respecto al deudor (*favor debitoris*). Frente a estas consideraciones, se encuentran las posiciones que plantean la libertad absoluta de las partes en el acuerdo de los intereses convencionales. Pero lo cierto es que el Estado moderno siempre ha tratado de regular el tema del cobro de intereses. La pregunta es cómo regularlos.

Existen estudios económicos que revelan que la aplicación de las tasas máximas o topes es bastante perjudicial para quien solicita un crédito, sobre todo si proviene del sector informal, dado que, al estar reguladas las tasas, estas comienzan a encarecer el crédito.[25] Al final a quien se trata de proteger, sale perjudicado.

Las tasas máximas fueron bastante útiles cuando la economía no era tan compleja ni existía una cantidad impresionante de diferentes variables económico-financieras ni una diversidad de entidades

---

23 Aunque el concepto no está exento de otras interpretaciones, como la que establecen Villegas y Schujman cuando señalan que intereses legales son los establecidos por ley, comprendiendo dentro de estos a los intereses compensatorios y moratorios. N. A.

24 OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Los intereses compensatorios y moratorios». En *Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima*, año X, n.° 10, 2000, pp.157-187. https://castillofreyre.com/articulos/los-intereses-compensatorios-y-moratorios-2/

25 ASBANC. *Estudio de los topes a las tasas de interés*. http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%C3%89S%20-%20Julio%202013_20130705125533781.pdf

dentro del sistema financiero.[26] Pero cómo hacemos ahora, con economías globales, accesos a créditos en otros países, entidades formales e informales que ofrecen créditos, variedad de demandantes de servicios financieros, movilidad de estos mucho mayor que antaño, cambios externos que afectan la economía nacional.

Considerando que las tasas máximas se encuentran relacionadas con la política monetaria, fue prudente la flexibilidad del codificador del 84 de dejar su determinación al BCR, tendencia que se daba desde los años setenta del siglo pasado, y cualquier exceso sea devuelto o imputado al capital (artículo 1243), todo ello como una medida para proteger al sujeto deudor.[27]

5. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

Si regular el pago de intereses es extremadamente complejo y requiere un sano equilibrio, regular su capitalización (el anatocismo) es mucho más complejo y delicado.

La palabra *anatocismo* proviene del griego *aná* que significa reiteración, y *tokimós* que significa acción de dar a interés.

Jurídicamente, esta voz refiere la idea de convenio mediante el cual se pacta pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos. Josserand es quien mejor lo ha definido: «Se designa con el nombre de anatocismo la capitalización de intereses de una cantidad de dinero, los cuales toman a su vez la posición jurídica de capitales, se convierten en productores de intereses».[28]

El anatocismo se encontraba prohibido en el derecho romano. Justiniano dispuso la prohibición absoluta, incluso de los intereses devengados y no pagados.[29]

Esta posición fue acogida por el antiguo derecho francés, el italiano y el alemán.[30]

La prohibición continuó a lo largo de la Edad Media, reforzado por los padres de la Iglesia, donde anatocismo era sinónimo de usura, institución condenada. Es más, los préstamos a interés eran prácticas mal vistas para los hombres gentiles, por lo que se reservó su quehacer a una etnia marginada: los judíos.

Esta actitud se debió a que se consideraba el anatocismo lindante con la usura, por lo que la prohibición incluso se extendió a los intereses vencidos y no satisfechos.

Como acota Roberto de Ruggiero, las restricciones impuestas al anatocismo fueron notables:

> Se exige, en efecto, para que puedan ser capitalizados, que se trate de intereses debidos por un año completo; se prohíbe la capitalización de los intereses mensuales o semestrales; se pide, asimismo, que los intereses capitalizados hayan vencido en el momento en que judicialmente se demanden las *usurae usurarum* o en el momento en que estas se fijen mediante convención, en forma que resulta prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros, y cualquier convención por la que se pacte una anticipada capitalización de intereses futuros.[31]

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, y debido al intercambio comercial cada vez mayor que originaba el capitalismo, la legislación acerca del anatocismo se flexibilizó.

---

[26] Tenemos no solamente bancos, también financieras, cooperativas de ahorro y crédito, cajas rurales, banca de segundo piso, etc. N. A.

[27] La delegación en el ente emisor se debió a que era francamente insostenible luego del serio deterioro económico de nuestro país y la alta tasa de inflación desde mediados de la década de los setenta, la rigidez en la fijación de tasas, como ocurría en periodos de estabilidad económica y monetaria. De allí en adelante, el BCR tiene un rol preponderante en los intereses. N. A.

[28] OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones. Op. cit.* Vol. XVI, tomo VI, p. 248.

[29] *Idem*, p. 253.

[30] *Ibidem*.

[31] *Idem*, p. 256.

Fue con la modificatoria del Código francés de 1804 que legislativamente se permite el anatocismo para los intereses vencidos.

Busso apunta que el derecho francés aceptó la validez del anatocismo bajo determinadas condiciones. Así, el artículo 1154 del Código Civil francés señala: «Los intereses vencidos de capitales podrán producir intereses, mediante demanda judicial, o mediante un acuerdo especial, siempre que, bien en la demanda, o bien en el acuerdo, se trate de intereses debidos durante al menos un año entero».[32]

Las condiciones que señalaba el Código Napoleón eran básicamente dos:

a) Debe existir una demanda judicial o un acuerdo de partes.

b) Los intereses vencidos deben tener por lo menos un año.

En nuestra región, el derogado Código Civil argentino, en el artículo 623, recogía la institución del anatocismo:

> No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.[33-34]

De este precepto se deducen dos hipótesis para la convención del anatocismo:

- La primera, cuando las partes expresamente lo convengan como acumulación de los intereses al capital y que sean en forma posterior a contraída la obligación. Entendiéndose, asimismo, que se aplican a los intereses vencidos y nunca sobre los futuros. Se dice que en este caso el deudor conoce el total del recargo y que, por lo tanto, es conveniente autorizarlo para evitar por otra parte fraudes a la ley prohibitiva, celebrando un nuevo contrato de mutuo.

- La segunda hipótesis se produce en sede judicial, siempre y cuando el deudor se encuentre en mora, previo requerimiento para que pague la obligación.

En el derecho comercial, en cambio, fue bastante común el anatocismo, de cierta manera para no perjudicar el fluir de las relaciones mercantiles. Pero en las obligaciones civiles siempre fue aplicado con cautela o hasta restringido (en muchas legislaciones, incluyendo la nuestra, se permite el anatocismo para las operaciones pasivas, es decir ahorros, plazos fijos, entre otros).

En Europa, en la actualidad, la situación ha cambiado y tenemos una variedad de capitalizaciones de intereses. Un anatocismo convencional (Código Civil alemán, sueco, italiano y griego), un anatocismo legal y convencional por intereses vencidos (Código Civil griego), un anatocismo legal automático en el Código Civil de países bajos. Mientras en el derecho inglés se resolvió el tema vía leyes especiales y tribunales.[35]

5.1. Grados de anatocismo

En ese sentido tenemos tres grados en cuanto a la permisividad legislativa del anatocismo:

a) El anatocismo absoluto: que permite la capitalización de intereses sin ninguna restricción.

---

32 Código Civil francés.
33 Código Civil argentino.
34 Con ligeras variantes, el vigente Código Civil y Comercial argentino lo recoge en el artículo 770. N. A.
35 MEDINA ALCOZ, María. *Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference*. www.indret.com

b) El anatocismo relativo: que permite la capitalización de intereses bajo ciertos supuestos y condiciones establecidas en la ley.

c) La prohibición total del anatocismo.[36]

En nuestro ordenamiento jurídico privado tenemos solo el anatocismo relativo, es decir, se permite la capitalización de intereses en las obligaciones entre particulares bajo ciertos supuestos y condiciones contenidas en la ley.

En el Código Civil se encuentra regulado en los artículos 1249 y 1250.[37]

6. LA SISTEMÁTICA DE LOS INTERESES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

La sistemática de los intereses es más ordenada en el Código Civil del 84, a diferencia del Código Civil del 36, donde se encontraba disperso (sobre todo se encontraba en el contrato de mutuo).

Cautamente, optó el codificador del 84 por una prudente visión controlista atenuada: tasas máximas de intereses convencionales, delegación en el ente emisor de la magnitud de los «techos» en los intereses y devolución o imputación al capital por el exceso, y opción por un anatocismo relativo bajo ciertas condiciones contenidas en el artículo 1250 del Código Civil.

Sobre el interés convencional, el artículo 1242 no define propiamente lo que es interés compensatorio y moratorio, sino que indica cuál es su función o finalidad de cada uno de ellos («El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien / Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago»), reservando a la doctrina el concepto, técnica legislativa que es más apropiada.

Como hemos visto, algunos autores sostienen que el interés compensatorio debería denominarse «interés retributivo» o «lucrativo», dado que la finalidad perseguida por el acreedor es obtener un rédito o beneficio por la privación de un bien determinado.[38-39]

Otra polémica fue por el asunto semántico del concepto «dinero» en vez de capital. Creo que el codificador estuvo en lo correcto al aplicar el término «dinero» debido a que es la forma más adecuada para cuantificar los intereses; aunque dejó abierta la posibilidad al incluir la expresión «cualquier otro bien», concordante con el artículo 891 del Código Civil.

Con el Código Civil de 1984, los intereses moratorios se encuentran mejor precisados en su función y finalidad, en vista de las confusiones a nivel judicial que en el pasado la aplicación de la mora llevaba a malos entendidos; por tanto, los intereses moratorios funcionan en aplicación del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto deudor.[40]

---

36 JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Eduardo. *Efectos de los intereses y del anatocismo en el pago de las obligaciones: una propuesta modificatoria*. Tesis doctoral. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2019.

37 Limitación al anatocismo
«Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares».
Validez del convenio de capitalización de intereses
«Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses».

38 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit*., pp. 109-110.

39 Como hemos visto, el antecedente de «interés retributivo» no se encuentra únicamente en las directivas del Banco Central de Reserva como señala la propuesta del anteproyecto, sino que se remonta a criterios doctrinarios bastante añejos. N. A.

40 Exposición de motivos del Código Civil 1984, tomo V, p. 392.

7. PROPUESTA MODIFICATORIA EN EL CAPÍTULO PAGO DE INTERESES

7.1. Proponemos que las tasas de interés convencional sean reguladas exclusivamente por el Banco Central de Reserva, sin mención a topes o tasas máximas, bajo el siguiente tenor:

> *Art. 1243: Las tasas de interés compensatorio y moratorio son reguladas por el Banco Central de Reserva del Perú en el marco de las funciones que le establece la constitución política y su ley orgánica. Esta regulación comprende tanto para las operaciones dentro o fuera del sistema financiero.*

Con ello se unifica bajo el Código Civil la regulación de las tasas de interés tanto para las operaciones financieras, mercantiles y civiles propiamente, como fue la intención original del codificador del 84.

Se delega exclusivamente en el Banco Central de Reserva la regulación. Suponemos que en periodos de estabilidad económica las tasas serán libres, bajo ciertas condiciones de supervisión que competen a instituciones como la SBS o el Indecopi (competencia de instituciones financieras, prohibición de concertación de precios y tarifas, entrada de nuevos ofertantes, ofertas publicitarias dirigidas al consumidor final, etc.). Pero en periodos de incertidumbre económica —nunca lo sabremos con exactitud cuándo vayan a suceder— se requerirá otro manejo por parte del BCR y de repente hasta de fijación de topes o tasas máximas. Con ello también queremos tener la prudencia que tuvo el codificador del 84 y seguir con la tendencia de delegar en el ente emisor el criterio regulatorio.

7.2. Consecuentemente, se propone modificar el artículo 9 de la Ley n.° 26702 bajo el siguiente tenor:

> *Las tasas de interés que las empresas del sistema financiero pueden fijar para sus operaciones activas y pasivas y servicios, será conforme al artículo 1243 del Código Civil. Las comisiones y gastos son regulados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.*

Con lo que guarda concordancia con el artículo 1243 del Código Civil. El BCR será el encargado como institución eminentemente técnica de regular las tasas del sistema financiero dado que el sistema financiero se ha vuelto bastante complejo y proponer que las tasas que cobren los bancos sean libres o irnos al extremo de los topes o tasas máximas en las tasas cobradas no se condice con la realidad compleja de estas instituciones en la actualidad, con la complejidad de las operaciones que realizan ni con el fluir necesario que deben tener los agentes económicos en las transacciones que realicen.

7.3. El otro eje es el anatocismo. ¿Vamos hacia una libertad total del anatocismo como propone un anteproyecto de reforma del Código Civil, hacia una prohibición o un término medio como es en la actualidad el tratamiento de la institución?

Recomendamos continuar bajo un anatocismo relativo, tendencia que se repite en distintos códigos civiles modernos, ampliando solamente su aplicación a procesos judiciales o arbitrales que no tengan pacto previo de pago de intereses o algún mecanismo resarcitorio del capital a favor del acreedor. Es así que, como una propuesta modificatoria legislativa, proponemos la inclusión de un segundo párrafo al artículo 1250 del Código Civil a fin de que se permita el anatocismo de las obligaciones civiles en sede judicial o arbitral, quedando redactado de la siguiente manera:

> **Artículo 1250.- Validez de convenio de capitalización de intereses**
>
> Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.
>
> *También es válida la capitalización de intereses en las obligaciones de suma líquida, sea en sede judicial o en procesos arbitrales. El cómputo para la acumulación de intereses al capital*

> *será desde la fecha de notificación de la demanda al deudor o de la solicitud arbitral de ser el caso, y siempre que el atraso de los intereses sea de por lo menos un año y exista sentencia o laudo arbitral firme. No será de aplicación si existe pacto previo de intereses compensatorios, moratorios, cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.*

Como se puede apreciar, se ha sido bastante cauto en el supuesto de anatocismo en vía judicial o arbitral a fin de evitar el abuso contra el deudor, debiendo reunir una serie de requisitos como:

a) Cuantificación de la obligación en dinero: dado que se trata de intereses que nacen de una suma determinada.

b) Temporalidad: se continúa con la tendencia del año mínimo en el vencimiento de los intereses.

c) Requisitos en sede judicial o arbitral: exista sentencia judicial o laudo arbitral firme.

d) Periodo de acumulación de intereses: desde el momento de la interposición de la demanda o la solicitud arbitral.

e) Improcedencia del anatocismo judicial o arbitral: si existe pacto previo de cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.

Hemos agregado estas causales de improcedencia dado que, por un lado, el acreedor tiene de por medio convenios resarcitorios de la obligación principal y, por otra parte, de existir tales convenios, si le agregamos el anatocismo, la obligación sería demasiado onerosa para el deudor, dado que tendría que sumar a los intereses capitalizados, sean convencionales o legales, dichos convenios que ya están resarciendo la obligación principal a favor del acreedor.

7.4. Por consiguiente, nuestra propuesta de aplicación del anatocismo en sede judicial o arbitral es de carácter residual: siempre y cuando acreedor y deudor no hayan pactados mecanismos resarcitorios del capital al momento de pactarse la obligación.

Efectivamente, de aplicarse el anatocismo en sede judicial o arbitral para las obligaciones civiles que no cuenten con algún mecanismo compensatorio, la «señal» que el Estado envía, sobre todo a los deudores dolosos, es que cumplan con la obligación contraída en tiempo oportuno y de acuerdo a lo pactado, dado que se verán expuestos al resultado de un proceso judicial donde obtenida sentencia firme y liquidación de intereses, se podrán estos capitalizar, aumentando considerablemente la deuda.

Desde el análisis económico del derecho, son los «incentivos» o «desincentivos» que pueden existir con respecto a una norma. Los incentivos son mayores cuando la norma trae beneficios al deudor que cumple oportunamente la obligación. Los desincentivos se encuentran relacionados con abstenerse de cometer una conducta errónea o un perjuicio, produciéndose una sanción que tendrá cumplimiento efectivo.

En el caso de los deudores morosos que no cumplen con la obligación a la espera del resultado de un proceso judicial largo y a veces complicado y azaroso, con apelaciones incluidas, para al final pagar una obligación desvalorizada, la sanción estaría relacionado con la capitalización de los intereses impagos.

No sería así de conocer de antemano que corren el riesgo, en sede judicial o arbitral, de abonar también la capitalización de los intereses de resultar vencidos en juicio. Se «desincentiva» una mala práctica y se «incentiva» más bien el cumplimiento oportuno de la obligación.

7.5. En igual sentido se recomienda modificar el artículo 1324 del CC sobre incumplimiento de dar suma de dinero, adecuándolo a la propuesta legislativa formulada:

> *Art. 1324.- En caso no haya pacto de intereses, las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad que el acreedor pruebe daño alguno.*
>
> *Si hay pacto de intereses o se deben intereses mayores, los mismos continuarán devengándose conforme al pacto establecido.*
>
> *Si se hubiese estipulado la indemnización por daño ulterior, corresponde al acreedor la prueba de dicho daño y el respectivo resarcimiento.*

En la modificatoria hemos querido ser un poco más precisos en el *espíritu de la norma*, dado que el 1324 tiene tres párrafos que comprenden a su vez tres supuestos. El primero cuando no hay pacto de intereses, naturalmente son los intereses legales los devengados; el segundo cuando hay pacto de intereses, en ese caso se respetará el pacto y conforme a los límites que establece el artículo 1243 reformado; el tercer supuesto es más bien la indemnización por el daño ulterior causado, en ese caso corresponde probar el daño y justificar el debido resarcimiento a quien lo sufrió.

8. EN CONCLUSIÓN

- Si bien el pago de intereses se encuentra regulado por lo general en los ordenamientos civiles dentro del derecho positivo, no menos cierto es que su regulación obedece más al campo económico-financiero que jurídico, y en especial de la política monetaria, donde se les considera a los intereses como un «precio» bastante sensible y preguntarse, desde ese punto de vista, si como tal es necesario ponerle «techos» (tasas máximas) que podrían causar una distorsión, como sucedió en experiencias pasadas con las tasas máximas para los microcréditos y los créditos al consumidor, optando las instituciones del sistema financiero por limitar esos créditos y que los usuarios finales los busquen en la banca paralela o francamente ilegal con tasas de interés superiores al límite y desmedidamente usurarias, fin totalmente contrario a la intención de la norma.

- En otras palabras, es necesario tomar en cuenta no solo un enfoque doctrinal-legislativo, sino también uno desde la política monetaria, muy relacionada con las tasas de interés y la realidad social.

- Los dos *ejes básicos* del capítulo sobre pago de intereses son: a) los tipos de intereses, su finalidad y regulación; y, b) la capitalización o no de los intereses (el anatocismo). Es por ello que el capítulo pago de intereses debe ser regulado muy discrecionalmente por el legislador, dado que cualquier disposición normativa puede afectar su singularidad, en más de una ocasión ajena a la realidad que se quiso regular.

- Ello se enmarca dentro de dos teorías: el nominalismo y el valorismo. En nuestro ordenamiento jurídico, el codificador del 84 creyó conveniente que junto al sistema nominalista (art. 1234), las partes pudieran pactar otras alternativas encuadradas dentro del sistema valorista, donde se busca sobre todo que la obligación no pierda su valor (arts. 1235, 1236 y 1237), a fin de que las partes elijan la alternativa más conveniente.

- El nominalismo generalmente se ha pactado en épocas de baja inflación y estabilidad monetaria; mientras el valorismo, en épocas de alta inflación y pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional, donde se busca mantener *el valor* de la obligación más que el *quantum* nominal de la misma.

- Anteproyectos de reforma del Código Civil en cuanto a los intereses convencionales se han enfocado en un cambio de ciertos términos doctrinales en el artículo 1242 (retribución en vez de contraprestación, capital en vez de bienes, etc.), pero no han ido al fondo del asunto.

- Más importante que un cambio de términos (un *make up*) era determinar si se continuaba o no con la tendencia controlista de las tasas máximas contenida en el artículo 1243, tomando en cuenta que el BCR tiene otros mecanismos más sutiles que las tasas máximas para regular los intereses.

- De allí que cualquier planteamiento de reforma del capítulo sobre pago de intereses debe determinar si continúa con los «techos» a los intereses convencionales (las «tasas máximas», que es una forma de poner un control al precio del dinero) o dejamos que el Banco Central de Reserva regule los intereses de acuerdo al entorno económico y la política monetaria.

- En ese sentido, proponemos que la regulación de las tasas de interés, tanto para operaciones civiles, comerciales o financieras sea delegada exclusivamente en el Banco Central de Reserva, organismo técnico por excelencia y con mayor información e instrumentos para tomar decisiones en ese orden. Esta tendencia de delegar en el Banco Central la regulación de los intereses viene de los años setenta del siglo pasado, cuando se le confió las tasas máximas para los intereses convencionales, así como los intereses legales, ejes importantes de todo capítulo sobre pago de intereses.

- Ello no implica que el Banco Central propondrá únicamente «tasas máximas» o «libertad absoluta» para pactar intereses. El BCR tiene diferentes instrumentos de regulación que pueden depender del tipo de tasa, su finalidad, la coyuntura económica, etc. De hecho, es sincerar una realidad que es evidente desde por lo menos hace cincuenta años por su performance técnica y profesional.

- Delegar en un organismo técnico como el BCR permitiría también evitar la tentación populista desde el Congreso (como ya ha ocurrido con ciertos proyectos presentados en legislaturas pasadas) de querer retornar a las tasas máximas para todo tipo de operación sin tomar en cuenta la realidad del entorno económico, bastante sensible y cambiante.

- En cuanto al anatocismo o capitalización de intereses, proponemos que en una reforma de los artículos 1249 y 1250 del Código Civil se amplíe los supuestos de anatocismo relativo a las obligaciones en sede judicial o arbitral requeridas e impagas en por lo menos un año y que no cuenten con pacto previo de intereses compensatorios, moratorios, cláusula penal, o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.

- Ello permitiría que ciertas obligaciones requeridas en la vía judicial o arbitral, no pagadas oportunamente y que únicamente cuenten con los intereses legales como resarcimiento al capital impago, cuenten con mecanismos resarcitorios idóneos y no pierdan su poder adquisitivo.

- Consideramos también, y vistos los antecedentes anteriormente mencionados, que debemos ser bastante cautos en la capitalización de los intereses, es decir, solo bajo ciertos supuestos y condiciones (anatocismo relativo), tendencia que se replica en códigos civiles modernos bajo distintas modalidades.

9. BIBLIOGRAFÍA

ASBANC. *Estudio de los topes a las tasas de interés*.
http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%C3%89S%20-%20Julio%202013_20130705125533781.pdf

Diccionario de economía. http://www.eumed.net/diccionario/dee/dee.pdf

EDICIONES ORBIS. *Enciclopedia práctica de economía*, fascículos 24 y 19. Madrid: Orbis, 1983.

GALBRAITH, John K. *La sociedad opulenta*. México D. F.: Edición Origen/Planeta, 1986.

Glosario Términos Económicos BCRP. http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf

MEDINA ALCOZ, María. *Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference*. www.indret.com

OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. Vol. XVI, tomo V. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003.

OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Los intereses compensatorios y moratorios». En *Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima*, año X, n.° 10, 2000, pp.157-187.

SABINO, Carlos. *Diccionario de economía y finanzas*.
http://paginas.ufm.edu/Sabino/ingles/book/diccionario.pdf

SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Vol. I. Madrid: Orbis, 1983.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general de las obligaciones*. Segunda reimpresión. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Derechos reales*. Tomo I. Lima: Editorial San Marcos, 2005

VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

RELACIONES CONTRACTUALES EN TIEMPOS DE CRISIS: CÓMO LOS CENTROS COMERCIALES PUEDEN ADAPTARSE LEGALMENTE

Juan Manuel Echevarría Arellano[*]
Silvia Pierina Zuazo Quispe[**]

INTRODUCCIÓN

Las relaciones contractuales que sustentan el funcionamiento de los centros comerciales —ya sea con arrendatarios o proveedores de servicios— son mucho más que meros instrumentos jurídicos: representan en sí mismo el entramado que garantiza la estabilidad, operatividad y crecimiento de un modelo de negocio altamente dinámico. Estas relaciones, diseñadas bajo supuestos de previsibilidad y continuidad, se ven profundamente tensionadas cuando irrumpen contextos de crisis que alteran el normal desarrollo de la actividad económica y comercial.

La pandemia de la COVID-19, iniciada en el año 2020, representó precisamente uno de esos escenarios disruptivos. El cierre obligatorio de establecimientos, la caída abrupta del flujo de visitantes y la transformación acelerada de los hábitos de consumo, pusieron en evidencia la rigidez de muchos contratos que no contemplaban adecuadamente la posibilidad de eventos extraordinarios.

Este artículo propone un análisis jurídico de las relaciones contractuales en tiempos de crisis, con foco en el caso peruano. A través de la revisión de cláusulas críticas como la fuerza mayor y las penalidades se identifican aprendizajes clave y se plantean lineamientos para rediseñar contratos más resilientes, capaces de equilibrar riesgos y fomentar soluciones colaborativas frente a la incertidumbre.

1. EL IMPACTO DE LAS CRISIS ECONÓMICAS Y SANITARIAS EN LOS CENTROS COMERCIALES

1.1. Disminución de afluencia y cambios en el comportamiento del consumidor

Uno de los impactos más visibles e inmediatos de la pandemia fue la drástica reducción del flujo de visitantes a los centros comerciales. A nivel regional, la tendencia fue clara: en Brasil, por ejemplo, el número de visitas mensuales a los centros comerciales cayó de 502 millones en el año 2019 a 341 millones en el año 2020 y para el año 2024 aún no se habían recuperado completamente los niveles prepandemia, registrando una disminución sostenida de aproximadamente 5,2 % respecto al año base (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2023).

En el Perú, la situación resultó particularmente crítica. Antes de la pandemia, los centros comerciales afiliados a la Asociación de Centros Comerciales del Perú (ACCEP) recibían un promedio mensual de 66 millones de visitantes; sin embargo, como consecuencia directa de las restricciones sanitarias y el cierre temporal de establecimientos decretado en marzo del año 2020, esta cifra se redujo drásticamente a 32 millones. Hacia el año 2023, el sector experimentó una recuperación parcial, alcanzando los 55 millones de visitas mensuales, y para el 2024 los asociados a la ACCEP proyectaban un

[*] Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en derecho empresarial, con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa en la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima. Profesor de la carrera de Derecho de la Universidad de Lima. Actualmente, es gerente legal de Administradora Jockey Plaza Shopping Center S. A.

[**] Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, es miembro del equipo legal de la gerencia legal de Administradora Jockey Plaza Shopping Center S. A.

incremento a 59 millones de visitas mensuales, con expectativas de retornar a los niveles de 2019 recién en el año 2025 (Asociación de Centros Comerciales del Perú - ACCEP, 2023).

Paralelamente, se produjo una transformación profunda en los hábitos de consumo. El comercio electrónico, que ya mostraba una tendencia creciente, se consolidó como el canal preferido para millones de consumidores.

En Colombia, las ventas en línea aumentaron un 44 % solo durante el primer trimestre de 2021 (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, 2021). En el Perú, el fenómeno fue similar: según la Cámara Peruana de Comercio Electrónico (Capece), las ventas por canales digitales alcanzaron los 9300 millones de dólares en el año 2021, con un crecimiento interanual del 55 %. El número de compradores digitales se duplicó en solo tres años, pasando de 6 millones en 2019 a más de 13 millones en 2022 (Capece, 2023). Es así que para la última campaña de Cyber Days 2025, la Cámara de Comercio de Lima (CCL) estimó ventas por S/ 200 millones, lo que —según Jaime Montenegro, líder del Centro de Transformación Digital de la CCL— representa un incremento significativo de hasta 13 % con respecto a marzo del año anterior (*El Comercio*, 2025).

Este nuevo entorno obligó a los centros comerciales a redefinir su propuesta de valor. Lejos de ser únicamente espacios de compra han pasado a transformarse en espacios de experiencias donde convergen el entretenimiento, la gastronomía, la cultura, el bienestar y la recreación familiar. Esta evolución, más allá de su dimensión estratégica, plantea retos jurídicos sustantivos. El rediseño de las relaciones contractuales exige incorporar cláusulas que permitan una gestión más ágil del riesgo, otorgando a las partes márgenes de adaptación frente a entornos volátiles sin comprometer la estabilidad de largo plazo de los vínculos comerciales (Gual Acosta *et al.*, 2023, pp. 348-349).

1.2. Desafíos legales derivados de cierres temporales e incumplimientos contractuales

La declaratoria del estado de emergencia nacional en marzo del año 2020, a través del Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, implicó en el Perú el cierre obligatorio de los centros comerciales por un periodo indeterminado. Si bien se trató de una medida necesaria para contener la expansión de la COVID-19, su implementación generó consecuencias jurídicas inmediatas. El cumplimiento de las obligaciones pactadas —especialmente en contratos de arrendamiento comercial— se vio comprometido al quedar los arrendatarios imposibilitados de ejercer el uso del bien conforme al objeto del contrato (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020).

En términos económicos, el golpe fue severo. Scotiabank estimó que las ventas totales de los centros comerciales en el 2020 caerían alrededor de un 40 %, cerrando el año en aproximadamente S/ 17 000 millones, en contraste con los más de S/ 30 000 millones proyectados antes de la pandemia (*Gestión*, 2020). Ante esta situación, múltiples arrendatarios recurrieron a la figura de la fuerza mayor para solicitar la suspensión o renegociación de sus obligaciones económicas, mientras que los operadores enfrentaron no solo una contracción significativa de sus ingresos, sino también el desafío de preservar relaciones comerciales claves sin poner en riesgo su sostenibilidad financiera.

La reapertura parcial de los centros comerciales tampoco resolvió el problema de fondo. A lo largo del año 2020, el Ejecutivo impuso restricciones progresivas como la reducción de horarios de atención y aforos máximos. En diciembre de ese año, mediante el Decreto Supremo n.º 183-2020-PCM, se autorizó la ampliación del aforo permitido del 50 % al 60 % para incentivar la actividad económica durante la campaña navideña (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020); sin embargo, el tránsito limitado de personas y la incertidumbre aún reinante afectaron de manera significativa la recuperación del sector.

En este escenario surgieron diversas interrogantes jurídicas: ¿era procedente aplicar penalidades por incumplimiento? ¿Era posible suspender temporalmente las obligaciones contractuales o incluso resolver los contratos sin responsabilidad? La doctrina civil ha subrayado históricamente el rol de la

buena fe como principio rector de las relaciones contractuales, especialmente en contextos extraordinarios (Castro de Cifuentes, 2019, pp. 147 y 148). Si bien no existe consenso uniforme sobre su alcance vinculante, en la práctica, muchas partes optaron por el camino de la negociación directa, implementando soluciones como la condonación parcial de rentas, la reestructuración de cronogramas de pago o la adopción de esquemas variables vinculados al nivel de ventas.

Esta experiencia puso en evidencia una lección fundamental: los contratos diseñados exclusivamente para contextos de estabilidad resultan insuficientes ante una crisis de carácter sistémico. De allí la necesidad de incorporar cláusulas de flexibilidad jurídica que permitan adaptar los vínculos contractuales a escenarios de emergencia sin quebrantar el equilibrio y la finalidad del acuerdo (Castro de Cifuentes, 2019, pp. 136 y 137).

2. CLÁUSULAS CONTRACTUALES CLAVE PARA CENTROS COMERCIALES

2.1. Fuerza mayor y caso fortuito

La figura de la fuerza mayor y el caso fortuito —establecida en el artículo 1315 del Código Civil peruano— ha recobrado una atención doctrinal significativa tras la pandemia de la COVID-19. Dicha norma prevé que se trata de causas no imputables al deudor consistentes en hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que imposibilitan el cumplimiento de la obligación o determinan su ejecución tardía, parcial o defectuosa.

Durante la emergencia sanitaria, las medidas gubernamentales como el aislamiento social obligatorio configuraron eventos que por su generalidad y gravedad encajaban plenamente en los presupuestos de la fuerza mayor. Desde esta óptica, Castro Ruiz (2015, p. 447) precisó que para que opere la exoneración de responsabilidad resulta imprescindible que el evento sea externo, no atribuible al deudor, e imposible de resistir o prever razonablemente al momento de la contratación.

En la contratación moderna —particularmente en los contratos de larga duración y alto nivel de interdependencia, como los de arrendamiento comercial en centros comerciales—, esta figura debe ser interpretada a la luz del principio de buena fe objetiva, recogido en el artículo 1362 del Código Civil, ya que la buena fe no solo orienta la ejecución del contrato, sino que impone deberes de cooperación y readecuación de las prestaciones frente a circunstancias sobrevenidas.

Desde el derecho comparado, la doctrina francesa y la alemana han desarrollado ampliamente mecanismos para enfrentar el desequilibrio contractual generado por eventos extraordinarios. Así, el artículo 1195 del Código Civil francés, introducido en la reforma del año 2016, consagra la figura de la imprevisión, lo cual posibilita la revisión judicial del contrato cuando un cambio imprevisible en las circunstancias hace excesivamente oneroso su cumplimiento por una de las partes. De manera similar, el § 313 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* [*BGB*]) reconoce el *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (desaparición de la base del negocio), facultando la adaptación o resolución del contrato cuando se ha perdido la base común que justificaba el vínculo (*Code Civil*, 2016; *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1896).

Ahora bien, este análisis debe completarse con una lectura más moderna e internacionalizada del derecho contractual. En ese sentido, las cláusulas modelo de fuerza mayor y de *hardship* de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) resultan sumamente relevantes. En su versión del año 2020, la ICC propone definiciones, procedimientos y consecuencias jurídicas específicas ante la ocurrencia de eventos imprevisibles que impactan el contrato, ya sea imposibilitando su ejecución (fuerza mayor) o tornándola excesivamente onerosa (*hardship*) (International Chamber of Commerce, 2020).

En particular, la ICC Force Majeure Clause 2020 (International Chamber of Commerce, 2020) establece un listado enunciativo de eventos que pueden configurar fuerza mayor —incluyendo pandemias, actos gubernamentales, disturbios civiles o desastres naturales— y exige que el afectado notifique a la otra parte sin demora sobre la ocurrencia del evento. Del mismo modo, prevé mecanismos

de suspensión temporal de las obligaciones o, en caso extremo, resolución del contrato si la imposibilidad se prolonga más allá de un plazo razonable.

De manera complementaria, la ICC Hardship Clause 2020 (International Chamber of Commerce, 2020) permite solicitar la renegociación del contrato si el cumplimiento se vuelve excesivamente oneroso debido a un cambio fundamental e imprevisible en las circunstancias. Si las partes no logran un nuevo acuerdo, se habilita la posibilidad de que un tribunal o árbitro adapte o incluso resuelva el contrato de forma equitativa.

Ambas cláusulas reflejan una concepción contractual moderna y flexible orientada a preservar el equilibrio de las prestaciones y evitar rupturas innecesarias del vínculo jurídico, lo que no solo aporta previsibilidad y seguridad jurídica, sino que también fortalece la cultura de colaboración contractual ante escenarios de crisis, reduciendo la conflictividad y promoviendo la sostenibilidad de los vínculos comerciales.

En el caso peruano, aunque no se emitió una norma con carácter general que regulara expresamente estas figuras durante la pandemia, sí se observó una activa aplicación de los principios subyacentes a estas cláusulas. En particular, la invocación de la fuerza mayor —basada en los artículos 1315 y 1316 del Código Civil— fue uno de los fundamentos principales para suspender temporalmente obligaciones contractuales, especialmente en contratos de arrendamiento comercial. Por ejemplo, el aislamiento social obligatorio, decretado por el Gobierno peruano mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, fue considerado por muchos como un evento de fuerza mayor que impedía la ejecución de ciertas obligaciones contractuales. Asimismo, en el plano privado, muchas partes optaron por renegociar sus contratos, apelando al principio de buena fe contractual (artículo 1362), en una lógica funcional cercana a la noción de *hardship*, aunque sin un reconocimiento expreso en la legislación.

Es importante destacar que no todas las alertas sanitarias configuran automáticamente un caso fortuito o fuerza mayor. En Perú, se han emitido alertas epidemiológicas por enfermedades como el dengue y la viruela del mono; sin embargo, estas enfermedades, aunque preocupantes, no han alcanzado el nivel de propagación y el impacto disruptivo en la economía y en las actividades comerciales que tuvo la COVID-19. Por lo tanto, su ocurrencia no necesariamente justifica la aplicación de las cláusulas de fuerza mayor o caso fortuito en los contratos, ya que no cumplen con los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridos por la ley.

2.2. Cláusulas penales

En el marco de los contratos de arrendamiento comercial, las cláusulas penales suelen operar como mecanismos disuasivos frente a posibles incumplimientos por parte del arrendatario. Es común que se apliquen ante supuestos como el pago tardío de rentas, la resolución anticipada del contrato por parte del arrendatario antes del vencimiento del plazo forzoso o la no devolución del local en la fecha pactada. Estas cláusulas suelen fijarse como montos fijos o porcentajes predefinidos y cumplen una función de resguardo para el arrendador ante contingencias que puedan afectar la relación contractual.

Sin embargo, la irrupción de la pandemia de la COVID-19 transformó radicalmente el contexto. Con la entrada en vigencia del estado de emergencia nacional (Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM), los centros comerciales cerraron de manera obligatoria y, como consecuencia, los arrendatarios vieron suspendida su actividad sin que mediara culpa o negligencia de su parte. En este escenario, la activación inmediata de penalidades, sin considerar el contexto, resultaba cuestionable y, en ocasiones, contraria al principio de equidad (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020).

El artículo 1341 del Código Civil peruano permite estipular penalidades por inejecución o ejecución parcial o tardía de una obligación. No obstante, este tipo de cláusulas no puede interpretarse de forma aislada: deben leerse a la luz del principio de buena fe contractual (artículo 1362) y de la normativa sobre fuerza mayor (artículos 1315 y 1316). Si el incumplimiento es consecuencia directa

de un hecho extraordinario e imprevisible, como una orden gubernamental de cierre general, la exigencia de la penalidad se vuelve cuestionable desde un enfoque tanto legal como ético (Congreso de la República del Perú, 1984).

Desde la doctrina, Marcela Castro Ruiz ha señalado que en los sistemas jurídicos de tradición civil, como el peruano, la fuerza mayor funciona como una eximente legal general que impide sancionar al deudor por un incumplimiento que no le es imputable. En su análisis sobre la contratación internacional, la autora resalta que «en el derecho continental europeo, la fuerza mayor se presume y se encuentra integrada en la ley como una norma supletoria», lo cual permite a los jueces evaluar las circunstancias del caso y suspender o extinguir obligaciones afectadas por eventos imprevisibles (Castro Ruiz, 2015, pp. 442 y 447).

En respuesta a esta coyuntura, muchos operadores optaron por no aplicar penalidades durante los meses más críticos de la pandemia, priorizando esquemas de diálogo, reprogramación de pagos y mecanismos alternativos de cumplimiento. Esta decisión, si bien compleja desde una perspectiva presupuestal, fue esencial para sostener la relación comercial y evitar una ruptura masiva de contratos.

Desde el derecho comparado se observa un tratamiento similar. En España, por ejemplo, el Real Decreto-ley 15/2020 promovió ajustes temporales en las rentas de arrendamientos comerciales cuando los arrendadores eran grandes tenedores, reconociendo así la necesidad de adaptabilidad contractual en escenarios de crisis sistémica (Gobierno de España, 2020).

En ese sentido, las cláusulas penales —aunque legítimas y necesarias en tiempos ordinarios— deben ser diseñadas e interpretadas considerando escenarios excepcionales. Incorporar mecanismos que modulen su aplicación en función de circunstancias extraordinarias no solo es jurídicamente prudente, sino también coherente con una visión moderna del contrato como instrumento relacional, no simplemente sancionador.

3. FLEXIBILIDAD Y RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS EN TIEMPOS DE CRISIS

La crisis sanitaria y económica generada por la pandemia de la COVID-19 obligó a repensar el modelo tradicional de contratación, especialmente en sectores como el inmobiliario comercial, donde los contratos tienden a ser estandarizados, de largo plazo y poco adaptables. En este contexto, renegociar dejó de ser una muestra de flexibilidad para convertirse en un recurso esencial de gestión contractual ante el cambio abrupto de circunstancias.

Desde el plano normativo, el ordenamiento peruano no contempla una obligación expresa de renegociar en caso de crisis, pero permite esa posibilidad sobre la base de dos principios estructurales: la autonomía (artículo 1354 del Código Civil) y la buena fe contractual (artículo 1362). Este último no solo exige comportamientos éticos, sino también una conducta razonable y colaborativa frente a situaciones excepcionales que afecten la ejecución del contrato. En ese marco, la renegociación se configura como una manifestación de la buena fe en la etapa de ejecución del contrato, especialmente cuando el cambio de circunstancias es imprevisible y afecta la base económica del acuerdo (Congreso de la República del Perú, 1984).

En el Perú, los primeros meses de la emergencia sanitaria revelaron la necesidad de una respuesta jurídica flexible y rápida. La imposibilidad de operar de manera regular por disposición gubernamental generó reclamos legítimos de los arrendatarios, muchos de los cuales dejaron de generar ingresos. La alternativa de resolver los contratos masivamente, aplicar penalidades o exigir el cumplimiento inmediato de las obligaciones hubiera resultado inviable —tanto en términos jurídicos como estratégicos—. En su lugar, se promovieron procesos de diálogo estructurado y acuerdos *ad hoc* que permitieron suspender temporalmente ciertas obligaciones, reducir montos de renta o reprogramar pagos, evitando así el colapso de la relación contractual.

Estas soluciones, aunque no exentas de complejidad operativa, respondieron a un principio de preservación del contrato —implícitamente reconocido en la jurisprudencia y doctrina nacional— y a una visión funcional del derecho privado como instrumento de equilibrio.

Tal como señala la doctrina comparada, el contrato ya no puede concebirse como un instrumento rígido o estático, sino como un acuerdo que debe ajustarse cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias. En Francia, por ejemplo, el artículo 1195 del Código Civil francés (reforma del año 2016) autoriza expresamente la revisión del contrato si un cambio imprevisible de las circunstancias se vuelve excesivamente oneroso su cumplimiento, acercando así el modelo normativo a una lógica de renegociación institucionalizada (*Code Civil*, 2016).

En el ámbito peruano, aunque no existe una norma equivalente, la figura de la fuerza mayor (artículos 1315 y 1316) y la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1440) permiten sustentar jurídicamente un pedido de revisión contractual en contextos de crisis (Congreso de la República del Perú, 1984). Este sustento ha sido explorado, entre otros, por Roxana Rojo Cánepa y Nícolas Leigh Pedraza, quienes en su investigación académica *El aislamiento social obligatorio como supuesto de fuerza mayor en el derecho peruano* analizan cómo el aislamiento social obligatorio durante la pandemia pudo configurar un supuesto de fuerza mayor que imposibilitaba el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales y. con ello, justificaba el inicio de procesos de renegociación o revisión equitativa del contrato (Rojo Cánepa y Leigh Pedraza, 2020).

En este contexto, Juan Espinoza Espinoza, en su artículo «La excesiva onerosidad de la prestación en contexto de la COVID-19: ¿perdona nuestras deudas así como nosotros perdonamos a nuestros deudores?», destaca que esta figura, regulada en el artículo 1445 del Código Civil peruano, permite que la parte perjudicada solicite al juez la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación para restablecer el equilibrio contractual, siempre que se actúe de buena fe y se notifique oportunamente a la contraparte, subrayando que la acción debe ser invocada dentro de un plazo breve de tres meses desde que cesan los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, garantizando así la estabilidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales (Espinoza Espinoza, 2024, pp. 304-307; Congreso de la República del Perú, 1984).

Además del plano jurídico, la renegociación contractual cumple una función económica central: evita la judicialización innecesaria y reduce los costos de transacción asociados a la ruptura del contrato. Por ello, mantener arrendatarios activos, aunque sea en condiciones adaptadas, resultó preferible a enfrentar vacancias, litigios o pérdidas de confianza comercial.

Finalmente, conviene mencionar que en otras jurisdicciones, como España, se adoptaron medidas más intervencionistas. El Real Decreto-ley 15/2020 estableció la posibilidad de moratorias obligatorias de renta en contratos de arrendamiento comercial cuando el arrendador fuera un gran tenedor. Esta disposición, aunque discutida, reflejó una voluntad estatal de facilitar la renegociación y conservar los vínculos contractuales estratégicos (Gobierno de España, 2020).

En conclusión, la renegociación en tiempos de crisis no constituye una vulneración al contrato, sino una herramienta que lo fortalece. Incorporar cláusulas que anticipen escenarios de revisión, procedimientos colaborativos o parámetros de ajuste en caso de alteración sustancial de las circunstancias es, hoy más que nunca, un ejercicio de responsabilidad jurídica y previsión estratégica.

4. ANÁLISIS DE CONCEPTOS LEGALES APLICABLES

4.1. Resolución contractual

La resolución contractual es uno de los mecanismos más relevantes dentro del derecho de contratos al permitir la extinción del vínculo cuando una de las partes incumple de manera relevante las obligaciones asumidas. En el ordenamiento jurídico peruano, esta figura se regula a partir del artículo 1429

del Código Civil, el cual contempla la posibilidad de que el acreedor requiera al deudor —mediante carta notarial— el cumplimiento de su obligación en un plazo no menor de quince días bajo apercibimiento de que, en caso de no cumplir, el contrato quedará resuelto de pleno derecho (Congreso de la República del Perú, 1984).

No obstante, la resolución no es automática ni puede aplicarse indiscriminadamente. Debe cumplir con ciertos requisitos: el incumplimiento debe ser grave, actual y no justificado, y el ejercicio del derecho resolutorio debe observar los principios de buena fe (art. 1362 del Código Civil) y razonabilidad. Esta cautela cobra especial relevancia en contextos de crisis como la pandemia de la COVID-19, donde múltiples relaciones contractuales se vieron afectadas no por voluntad de las partes, sino por disposiciones legales de emergencia o por imposibilidades prácticas sobrevinientes.

Es así que si bien existieron supuestos en los que los arrendatarios no cumplieron con sus obligaciones contractuales —particularmente con relación al pago de rentas—, el análisis de la procedencia de la resolución debía realizarse caso por caso. No resultaba razonable activar cláusulas resolutorias cuando el incumplimiento derivaba de un cierre obligatorio dispuesto por el Gobierno, que afectó a todos por igual. En lugar de optar por la resolución se buscaron fórmulas de adecuación o suspensión temporal de obligaciones, preservando así el contrato como instrumento de continuidad comercial.

La doctrina nacional coincide en este enfoque. Como sostiene Axel Tuiro Layme, «el derecho a resolver el contrato debe ejercerse con moderación, ponderando si el incumplimiento tiene origen en una causa ajena al control del deudor» (Tuiro Layme, 2022, p. 79). Esta perspectiva enfatiza que la resolución no debería utilizarse como un mecanismo sancionador, sino como una herramienta para restablecer el equilibrio contractual.

En el derecho comparado se reconoce esta misma lógica. El artículo 1218 del Código Civil francés, reformado en el año 2016, prevé que la resolución solo procederá si la imposibilidad de cumplimiento derivada de fuerza mayor es definitiva. Si el impedimento es temporal, la parte afectada únicamente puede suspender sus obligaciones. Esta visión refuerza el principio de conservación del contrato y sugiere que la resolución debe ser el último recurso, no el primero (*Code Civil*, 2016).

Este enfoque fue particularmente útil durante la pandemia. Aun cuando los contratos no contenían cláusulas específicas sobre alteración de circunstancias o revisión por causa excepcional. El principio de buena fe permitió explorar mecanismos alternativos de cumplimiento, así como suspensiones de derechos resolutorios de mutuo acuerdo.

En conclusión, si bien la resolución contractual es una herramienta legítima, su ejercicio en contextos de crisis debe observar criterios de razonabilidad, imputabilidad del incumplimiento y análisis proporcional. La preservación del contrato, cuando sea viable y mutuamente beneficiosa, debe primar sobre su extinción, especialmente en relaciones comerciales complejas y de largo plazo.

4.2. Excesiva onerosidad de la prestación

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación permite solicitar la revisión o, en su defecto, la resolución del contrato cuando un acontecimiento extraordinario e imprevisible, posterior a su celebración, convierte la ejecución de la obligación en una carga excesiva para una de las partes.

En el derecho peruano esta institución se encuentra regulada expresamente en el artículo 1440 del Código Civil, el cual establece:

> En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (Congreso de la República del Perú, 1984)

Durante la pandemia de la COVID-19, esta figura cobró particular relevancia para relaciones contractuales de larga duración, como los contratos de arrendamiento en centros comerciales, en la que diversos arrendatarios solicitaron reestructurar las condiciones contractuales alegando que el cumplimiento de sus obligaciones económicas —principalmente el pago de la renta— se había tornado desproporcionado respecto de sus ingresos por causas totalmente ajenas a su voluntad. En varios casos se adoptaron fórmulas intermedias: reducción temporal de rentas fijas, incorporación de esquemas variables, o incluso suspensiones de obligación mientras duraban las restricciones sanitarias.

Desde la doctrina nacional, autores como Juan Espinoza Espinoza han argumentado que la excesiva onerosidad, más que liberar automáticamente al deudor de su obligación, habilita la posibilidad de revisar equitativamente los términos del contrato, bajo criterios de justicia y equilibrio. En su artículo «La excesiva onerosidad de la prestación en contexto de la COVID-19: ¿perdona nuestras deudas así como nosotros perdonamos a nuestros deudores?», el autor destaca que «la situación económica extraordinaria puede afectar de forma tal al deudor, que continuar con el cumplimiento estricto de la obligación deviene en una especie de ruina, y ello es incompatible con un derecho privado que tenga como base la equidad» (Espinoza Espinoza, 2024, p. 303).

Asimismo, Marco Antonio Ortega-Piana en su artículo «Algunos comentarios sobre la excesiva onerosidad de la prestación, con especial referencia a su aplicación en el ámbito de la contratación pública», publicado en la revista *Advocatus* de la Universidad de Lima, aborda la aplicación de esta figura en el contexto de la contratación pública. El autor señala que la contratista se sustenta en la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, por lo que su solicitud de reajuste se legitima en la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato. Este enfoque destaca la relevancia de la excesiva onerosidad como mecanismo para preservar la equidad contractual en situaciones de desequilibrio económico (Ortega-Piana, 2008, p. 172).

En el derecho comparado, figuras similares se encuentran previstas en el artículo 1195 del Código Civil francés (*imprévision*) y el § 313 del Código Civil alemán (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Ambas normas recogen la posibilidad de adaptar o extinguir el contrato cuando se altera significativamente la base del negocio jurídico. Exigir el cumplimiento en condiciones desproporcionadas puede contradecir los principios de equidad y razonabilidad que inspiran el derecho de contratos (*Code Civil*, 2016; *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1896).

En ese sentido, la excesiva onerosidad de la prestación se presenta como una herramienta especialmente útil en tiempos de crisis, en la medida en que permite introducir flexibilidad sin romper el vínculo. Su invocación, por supuesto, exige un análisis detallado de la afectación, la imprevisibilidad del evento y el carácter desproporcionado del incumplimiento; sin embargo, bien aplicada, puede constituir una válvula jurídica legítima frente a desequilibrios que de otro modo terminarían en el quiebre de la relación contractual.

5. CLÁUSULAS PARA PREPARAR A UN CENTRO COMERCIAL FRENTE A FUTURAS CRISIS

La pandemia de la COVID-19 no solo evidenció la fragilidad de ciertos modelos contractuales, sino que también permitió identificar prácticas que pueden ser institucionalizadas en previsión de futuras crisis. En el caso de los centros comerciales, la experiencia vivida puso de relieve la necesidad de dotar a los contratos de herramientas normativas que no solo respondan a escenarios críticos, sino que contribuyan a anticiparlos y gestionarlos de forma colaborativa.

5.1. Cláusulas escalables

Las cláusulas escalables son disposiciones contractuales que permiten ajustar ciertas obligaciones, como el pago de la renta, en función de variables objetivas que reflejan el contexto económico o las condiciones de operación del negocio. A diferencia de las cláusulas rígidas que imponen obligaciones

fijas e inalterables, las escalables introducen mecanismos de flexibilidad predefinida, útiles especialmente en contratos de larga duración expuestos a cambios significativos en el entorno (Brito Nieto, 2019, p. 254).

En el contexto de los centros comerciales, este tipo de cláusulas ha demostrado ser especialmente eficaz para enfrentar escenarios de crisis. Por ejemplo, pueden vincular el monto de la renta mensual al nivel de ventas del arrendatario, al porcentaje de aforo permitido, al número de días efectivamente operados durante el mes, o incluso a índices económicos como la inflación o el tipo de cambio. Esto permite que, ante situaciones extraordinarias como una pandemia, un desastre natural o una crisis política las partes no se vean forzadas a renegociar desde cero, sino que apliquen parámetros previamente pactados que ajustan automáticamente la prestación.

Durante la pandemia de la COVID-19 estas fórmulas fueron esenciales para evitar la ruptura de relaciones comerciales con los arrendatarios. Aunque muchos contratos no contenían cláusulas escalables originalmente, se implementaron esquemas transitorios de renta variable mediante adendas, en los cuales el monto a pagar se calculaba según las ventas reportadas o el aforo habilitado por la autoridad sanitaria. Estas medidas permitieron distribuir los efectos de la crisis de manera más equitativa y sostener el ecosistema comercial durante el periodo de emergencia.

En términos jurídicos, las cláusulas escalables se sustentan en el principio de autonomía reconocido en el artículo 1354 del Código Civil peruano, el cual permite a las partes establecer libremente las condiciones del contrato, siempre que no contravengan normas imperativas ni el orden público, fuera que su aplicación se alinea con el principio de buena fe contractual (artículo 1362), que exige comportamientos cooperativos y razonables entre las partes, especialmente en la ejecución del contrato.

Además, la incorporación de estas cláusulas puede entenderse como una manifestación preventiva de lo que el propio Código Civil contempla en su artículo 1440, relativo a la excesiva onerosidad de la prestación. En lugar de llegar a una situación en la que una de las partes se ve obligada a solicitar judicialmente la revisión o resolución del contrato, las partes pueden pactar mecanismos automáticos de ajuste que permitan mantener el equilibrio económico sin necesidad de conflicto (Congreso de la República del Perú, 1984).

Desde una perspectiva comparada, esta lógica es coherente con la tendencia de evolución del derecho de contratos hacia modelos más dinámicos y funcionales, capaces de absorber los riesgos del entorno sin recurrir necesariamente a la ruptura del vínculo. De ahí que las cláusulas escalables no deban verse como concesiones, sino como herramientas de gestión responsable y moderna del riesgo contractual.

5.2. Cláusulas de digitalización y comercio electrónico

La pandemia de la COVID-19 aceleró un proceso que ya venía gestándose: la progresiva digitalización del comercio y la adopción de modelos híbridos de atención al consumidor. En el caso de los centros comerciales, esta transición significó un cambio profundo en la dinámica contractual tradicional. Los arrendamientos comerciales, históricamente estructurados en torno al uso de un espacio físico, comenzaron a incorporar progresivamente elementos vinculados al canal digital, como ventas en línea, campañas promocionales digitales, integración logística (*click & collect*) y participación en *marketplaces* desarrollados por el propio operador.

En ese contexto, cobran especial relevancia las cláusulas de digitalización y comercio electrónico, entendidas como aquellas que regulan de manera anticipada la interacción del arrendatario con las plataformas digitales promovidas por el centro comercial, así como el uso del entorno virtual como canal complementario de comercialización. Estas cláusulas permiten, por ejemplo:

- Establecer la obligación del arrendatario de mantener una tienda activa en plataformas virtuales asociadas al centro comercial.

- Regular el acceso del operador a datos estadísticos de ventas en línea, con fines promocionales o de gestión comercial.

- Definir criterios de participación en campañas digitales conjuntas.

- Incorporar esquemas de reparto logístico compartido o servicios de entrega integrados.

Durante los meses más críticos de la pandemia, estas disposiciones no solo resultaron útiles, sino necesarias. Es así que la estructuración de adendas contractuales fue la solución para que los arrendatarios pudieran operar parcialmente desde entornos digitales, sin contravenir las disposiciones del contrato original. En algunos casos, esto implicó redefinir el concepto de «uso del local» para incorporar el procesamiento de pedidos en línea o la entrega por *delivery* como parte de la operación válida dentro del contrato.

Desde el punto de vista jurídico, estas cláusulas se amparan en el principio de autonomía (artículo 1354 del Código Civil) y en el principio de funcionalidad del contrato, que permite adecuar el contenido obligacional a nuevas realidades sin desvirtuar la finalidad del vínculo. Aunque el derecho peruano no regula expresamente este tipo de disposiciones, su inclusión no solo es válida, sino deseable ante la evidente convergencia entre comercio físico y electrónico.

Además, estas cláusulas refuerzan el principio de cooperación y buena fe contractual (artículo 1362 del Código Civil), al establecer obligaciones compartidas en torno a la sostenibilidad del negocio. La digitalización ya no es una ventaja competitiva adicional, sino una dimensión inevitable del comercio moderno, cuya regulación anticipada permite evitar disputas interpretativas y genera valor conjunto para las partes involucradas (Congreso de la República del Perú, 1984).

Así, en contextos como el actual —donde la transformación digital redefine el comercio y la interacción con los consumidores—, las cláusulas de digitalización no son simples añadidos, sino verdaderos instrumentos de modernización contractual. Estas permiten que contratos concebidos inicialmente para entornos físicos puedan responder con flexibilidad a modelos mixtos u omnicanal, asegurando la continuidad y competitividad de las relaciones comerciales.

5.3. Cláusulas de standstill

Las cláusulas de *standstill*, también conocidas como cláusulas de espera o suspensión, son disposiciones contractuales que tienen por finalidad detener temporalmente el ejercicio de determinados derechos, como la aplicación de penalidades o la resolución del contrato, mientras las partes exploran vías de negociación, reestructuración o solución extrajudicial. Aunque su origen está vinculado a la práctica anglosajona y financiera, su lógica ha sido adoptada cada vez con mayor frecuencia en contratos comerciales complejos en contextos de crisis o emergencia (Accatino, 2015, p. 36).

Como explica Daniela Accatino, en el marco de una evolución hacia una concepción más funcional y relacional del contrato, «las fórmulas que habilitan la suspensión temporal del cumplimiento o del ejercicio de derechos contractuales […] expresan una racionalidad que busca evitar la ruptura automática y permitir respuestas proporcionales» (2015, p. 47). Estas fórmulas, al no ser contrarias al principio de legalidad, encuentran sustento normativo en el principio de autonomía (artículo 1354 del Código Civil peruano) y en la buena fe contractual (artículo 1362), que exige a las partes actuar con lealtad y cooperación frente a situaciones imprevistas (Congreso de la República del Perú, 1984).

Durante la pandemia de la COVID-19, estas cláusulas adquirieron relevancia práctica. En muchos casos, aunque no figuraban expresamente en los contratos, fueron implementadas mediante

adendas o acuerdos temporales que suspendían los efectos de determinadas obligaciones —como el cobro de penalidades por mora o la resolución anticipada— mientras las partes negociaban nuevas condiciones. En ese sentido, la utilización de esta herramienta permitió preservar vínculos contractuales valiosos, evitar litigios innecesarios y mantener relaciones comerciales en escenarios de alta incertidumbre.

El contenido típico de una cláusula de *standstill* puede incluir:

- La suspensión de penalidades por incumplimiento durante un plazo definido.
- El aplazamiento de la exigibilidad de determinadas obligaciones.
- La prohibición de iniciar procedimientos judiciales o arbitrales mientras dure el periodo de negociación.
- La posibilidad de prorrogar el plazo de espera si se evidencia una voluntad real de alcanzar un acuerdo.

Este tipo de cláusulas resultan especialmente valiosas en contratos de arrendamiento comercial, donde los flujos de ingresos y las condiciones operativas pueden verse severamente afectados por eventos externos. Su incorporación expresa en los contratos brinda seguridad jurídica y operativa, ya que permite ordenar el proceso de renegociación bajo reglas claras, evitando medidas unilaterales o rupturas intempestivas.

Además, estas cláusulas pueden funcionar como complemento preventivo a figuras como la fuerza mayor o la excesiva onerosidad de la prestación. En lugar de depender exclusivamente de su activación judicial o del criterio unilateral de una parte, las cláusulas de *standstill* permiten institucionalizar un espacio de negociación dentro del propio contrato.

En suma, su inclusión constituye una herramienta eficaz para promover la continuidad del vínculo en contextos excepcionales, protegiendo los intereses de ambas partes y reforzando el rol del contrato como instrumento de equilibrio y cooperación, no solo de ejecución.

6. CONCLUSIONES

La pandemia de la COVID-19 evidenció que los contratos, particularmente en el ámbito comercial, deben concebirse como instrumentos vivos, capaces de adaptarse a contextos extraordinarios sin perder su función principal: preservar el equilibrio entre las partes. En el caso de los centros comerciales, esta crisis puso a prueba la solidez de las relaciones contractuales y obligó a explorar caminos jurídicos distintos al mero cumplimiento literal de las obligaciones.

A lo largo de este artículo se ha analizado cómo figuras como la fuerza mayor, la excesiva onerosidad y la resolución por incumplimiento pueden aplicarse en contextos de crisis, pero también cómo su activación judicial puede evitarse mediante estrategias contractuales proactivas.

En la práctica, mecanismos como la renegociación de condiciones, la suspensión temporal del ejercicio de derechos contractuales, la redefinición de esquemas de renta mediante parámetros variables o la incorporación de canales digitales en la dinámica contractual demostraron ser herramientas eficaces para sostener las relaciones sin necesidad de ruptura, que puedan conllevar procesos judiciales tal vez innecesarios.

Estas estrategias, más que soluciones excepcionales, deben ser consideradas elementos estructurales del contrato comercial moderno. Su validez jurídica se sostiene en principios como la autonomía privada, la buena fe y la conservación del contrato, que invitan a un rediseño de las cláusulas tradicionales bajo una lógica de cooperación, equilibrio y sostenibilidad.

Prepararse jurídicamente para futuras disrupciones no implica prever cada evento, sino dotar a los contratos de la flexibilidad necesaria para sobrevivir a ellos. Asumir esta tarea no es solo una responsabilidad técnica, sino también una muestra de compromiso con la continuidad del ecosistema comercial y con una visión del derecho más funcional, relacional y humana.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCATINO, Daniela. «La "teoría clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial». En *Revista de Derecho*, n.º 28, 2015, pp. 35-56.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100003

ASOCIACIÓN DE CENTROS COMERCIALES DEL PERÚ - ACCEP. *En el 2025 se espera recuperar el número de visitas prepandemia en los centros comerciales del Perú*. Febrero de 2023.
https://www.accep.org.pe/2025/02/11/en-el-2025-se-espera-recuperar-el-numero-de-visitas-prepandemia-en-los-centros-comerciales-del-peru/

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. «Visitas aos shoppings não se recuperaram totalmente desde a pandemia». En *CNN Brasil*, 2024.
https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/visitas-aos-shoppings-nao-se-recuperaram-totalmente-desde-a-pandemia/

BRITO NIETO, Luisa María. «El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXII, n.º 2, diciembre de 2019, pp. 251-272.
https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502019000200251&script=sci_abstract

CÁMARA PERUANA DE COMERCIO ELECTRÓNICO - CAPECE. *Reporte oficial de la industria eCommerce 2023*. 2023.
https://capece.org.pe/wp-content/uploads/2023/11/00OBSERVATORIO-ECOMMERCE-2023-V.Final.pdf

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. «Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo». En *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, n.º 1, enero-junio de 2019, pp. 121-150.
https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6977

CASTRO RUIZ, Marcela. «Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula?». En *Derecho PUCP*, n.º 74, 2015, pp. 441-484.
https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13605

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. *Estudio económico de América Latina y el Caribe 2023: la inversión para la transición hacia economías sostenibles e inclusivas*. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2023.
https://www.cepal.org/es/publicaciones/48880-estudio-economico-america-latina-caribe-2023-la-inversion-la-transicion-hacia

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Código Civil del Perú*, *Decreto Legislativo n.º 295*. 1984.
https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/codigo-civil-decreto-legislativo-n-295-361659-1/

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La excesiva onerosidad de la prestación en contexto del COVID-19: ¿perdona nuestras deudas así como nosotros perdonamos a nuestros deudores?». En *Themis Revista de Derecho*, n.º 85, 2024, pp. 301-312.

GOBIERNO DE ESPAÑA. «Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo». Madrid: Boletín Oficial del Estado.
https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/04/21/15/con

GUAL ACOSTA, José Manuel; FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucia y ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín Emilio. «Cláusulas de modificación contractual: una alternativa para el equilibrio de los contratos a largo plazo». En *Novum Jus*, vol. 17, n.º 2, mayo-agosto de 2023, pp. 330-352.
https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.2.13

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020*. París: ICC Publications, 2020, pp. 3-12.
https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_SPA.pdf

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES DE COLOMBIA - MinTIC. «Colombia aumentó 44 % sus ventas en línea durante el primer trimestre de 2021: Karen Abudinen, ministra TIC». En MinTIC.gov.co, mayo de 2021.
https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/178698:Colombia-aumento-44-sus-ventas-en-linea-durante-el-primer-trimestre-de-2021-Karen-Abudinen-ministra-TIC

MONTENEGRO, Jaime. «Cyber Days 2025: ventas crecerían hasta 13 % y sumarían S/ 200 millones». En *El Comercio*, Lima, 18 de mayo de 2025.
https://elcomercio.pe/economia/peru/cyber-days-2025-ventas-crecerian-hasta-13-y-sumarian-s200-millones-i-camara-de-comercio-de-lima-i-viajes-i-smartphones-i-tv-i-moda-i-ultimas-noticia/

ORTEGA-PIANA, Marco Antonio. «Algunos comentarios sobre la excesiva onerosidad de la prestación, con especial referencia a su aplicación en el ámbito de la contratación pública». En *Advocatus*, n.º 17, 2008, pp. 171-190.
https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2936

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, que declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19*. Lima, 15 de marzo de 2020.
https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-estado-de-emergencia-nacional-por-l-decreto-supremo-n-044-2020-pcm-1864948-2/

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Supremo n.º 183-2020-PCM, que modifica disposiciones del Estado de Emergencia Nacional en el marco de la reactivación económica por COVID-19*. Lima, 27 de noviembre de 2020.

ROJO CÁNEPA, Roxana Pierina del Carmen y LEIGH PEDRAZA, Nicolás. *El aislamiento social obligatorio como supuesto de fuerza mayor en el derecho peruano*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2023.
https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/655682

SCOTIABANK. «Ventas de centros comerciales caerían 40 % este año y sumarían S/ 17 000 millones». En *Gestión*, Lima, 22 de junio de 2020.
https://gestion.pe/economia/coronavirus-peru-ventas-de-centros-comerciales-caerian-40-este-ano-golpeadas-por-el-covid-19-nndc-noticia/

TUIRO LAYME, Axel Enrique. «El incumplimiento y la resolución en los contratos inmobiliarios». En *Ius Inkarri*, vol. 11, n.º 12, 2022, pp. 69-84.
https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/download/5120/6923/33461

HARDSHIP CLAUSE: DE LA REVISIÓN A LA RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL[*]

José Leyva Saavedra[**]

1. NOTA INTRODUCTORIA

La más fina institución contractual que la cultura jurídica oriental ha puesto en el mercado global es, sin duda alguna, la *hardship clause*. Es quizá el más reconocido y valioso aporte del derecho oriental al moderno derecho contractual.[1] Esta cláusula, pensada originalmente para viabilizar y mantener las operaciones del comercio internacional,[2] permite organizar la gestión, revisión y renegociación del contrato cuando un cambio sustancial de las circunstancias modifica, profundamente, la base económica sobre la cual las partes decidieron contratar.[3]

---

[*] Texto actualizado de la ponencia presentada al II Congreso Internacional «40 Aniversario del Código civil de 1984», realizado en Lima del 14 al 16 noviembre 2024, en el Salón de Grados de la Unidad de Post grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Revisado durante mi estancia de docencia e investigación en la Università degli Studi della Tuscia en junio 2025. Dedicado a mi ilustre profesor y amigo Ulises Montoya Alberti.

[**] Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ORCID ID: 0009-0004-7777-2145.

[1] Cfr. LEYVA SAAVEDRA. «Contratos en general». En LEYVA SAAVEDRA (dir.). *Tratado de contratos*. Lima: 2023, p. 253. Las figuras de la *gross disparity* y de la *clause hardship*, nacidas en Oriente, son el fruto de la equitativa concepción del contrato de esta civilización milenaria. Esto es consecuencia, sin duda, de la vastedad de las relaciones comerciales entre Oriente y Occidente, apunta GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 40.

[2] Cfr. BORTOLOTTI. *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 2009, vol. I, p. 180 y y ss.; FRIGNANI, «*Hardship clause*». En *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, Torino, 1991, vol. VI, p. 446 y y ss.; FRIGNANI - TORSELLO. *Il contratto internazionale*. En GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: 2010, vol. XII, p. 303 y y ss.; GUERINONI. *Incompletezza e completamento del contratto*. Milano: 2007, p. 16; ROSSI. «Clausole di *hardship* e obbligo di rinegoziazione nei contratti internazionali». En *Giurisprudenza italiana*. 2023, n.° 1, p. 223. Una de las máximas expresiones del fenómeno de la adecuación y renegociación del contrato en curso de ejecución es la *hardship clause*, particularmente en el comercio internacional, apunta CIRIELLI. «Clausola di *hardship* e adattamento nel contratto commerciale internazionale». En *Contratto e impresa/Europa*, 1998, n.° 2, p. 734. La exigencia de protegerse y tutelarse de las circunstancias sobrevinientes es más advertida en el ámbito de la contratación internacional como consecuencia de la mayor inestabilidad económica y jurídica existente en el comercio internacional. Cfr. CESARO. *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Napoli, 2000, p. 14; LANDINI. «Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della *risilienza* delle relazioni contrattuali». En *Contratto e impresa*, 2016, n.° 1, p. 180.

[3] Sobre esta cláusula, v. DRAETTA. «Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux». En *Diritto del commercio internazionale*, 2001, n.° 1, p. 297 y y ss.; FONTAINE - DE LY. *La redazione dei contratti internazionali. A partire dall'analisi delle clausole*. En BERNARDINI - BONELL *et al*. (dirs.). *Contratti & commercio internazionale*. Milano, 2008, p. 583 y y ss.; FRIGNANI. «La *hardship clause* nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di *civil* e di *common law*». En *Rivista di Diritto Civile*, 1979, n.° 6, p. 680 y ss.; ID. «*Hardship clause*». En *Novissimo digesto italiano*, Appendice, 1982, vol. III, p. 1181 y y ss.; MARCHAL ESCALONA. «La cláusula de *hardship* en la contratación internacional». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, vol. XVII, p. 75 y y ss.; RINGUETTE. *Le hardship: vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*. Montreal, 2003; SÁNCHEZ LORENZO. «*Hardship* en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado». En RODRÍGUEZ CARRIÓN - PÉREZ VERA (coords.). *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla, 2005, t. II, p. 1273 y y ss.; VENTURELLI. «Clausola di *hardship*». En CONFORTINI (coord.). *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*. Torino, 2017, p. 1036 y y ss.

La natural y principal finalidad de esta cláusula, a través de la renegociación,[4] es el restablecimiento del equilibrio económico del reglamento contractual original cuando se ha lesionado el fundamento contractual;[5] o, como indica el § 313 *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*), cuando se ha modificado severamente el fundamento negocial (*Geschäftsgrundlage*).[6] Esto permitió que la *hardship clause* se convirtiera pronto en el remedio más eficiente de gestión y de superación de las crisis que el contrato pueda

---

4 Por ser la razón de ser de esta figura, un sector de la doctrina italiana prefiere el uso de cláusula de renegociación antes que de *hardship clause*, por entender que ellas tienen distinto propósito: la primera, gestionar y gobernar los efectos particularmente perjudiciales de las circunstancias sobrevinientes; la segunda, obligar a las partes a renegociar el contrato cuando hechos sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarios alteren el original contenido contractual. En este sentido, v. BARCELLONA. «Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze». En *Europa e Diritto Privato*, 2003, n.° 3, p. 467 y y ss.; CREA. *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*. Napoli, 2013, p. 106 y y ss.; DAIDONE. «Clausola di renegoziazione». En CONFORTINI (coord.). *Clausole negoziali*, cit., p. 1445 y y ss.; FAUSTI. «La rinegoziazione dei mutui». En *Banca borsa titoli di credito*, 2008, n.° 6, p. 746 y y ss.; GALLO. «Revisione e rinegoziazione del contratto». En *Digesto*, cit., Sezione civile, Aggiornamento, 2011, vol. VI, p. 807 y y ss.; GAMBINO. *Problemi del rinegoziare*. Milano, 2004; ID. «Rinegoziazione (dir. civ.)». En *Enciclopedia giuridica Treccani*. Aggiornamento, Roma, 2007, vol. XV, p. 1 y y ss.; GENTILI. «La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto». En *Contratto e Impresa*, 2003, n.° 2, p. 667 y ss.; ID, «Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto». En ZOPPINI (coord.). *Il contratto in generale*. En LIPARI - RESCIGNO (dirs.). *Diritto civile*. Milano, 2009, vol. III, t. II, p. 775 y y ss.; MACARIO. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli, 1996, p. 147 y y ss.; ID. «Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti; della presupposizione all'obbligo di rinegoziare». En *Rivista di Diritto Civile*, 2002, n.° 1, p. 82 y y ss.; ID., «I remedi manutentivi, l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione». En ROPPO (coord.). *Rimedi*. En ROPPO (dir.). *Trattato del contratto*, 2006, vol. V, t. 2, p. 689 y y ss.; ID. «Adeguamento e rinegoziazione». En GABRIELLI (coord.). *I contratti in generale*. En RESCIGNO - GABRIELLI (dirs.). *Trattato dei contratti*. Torino, 2006, vol. 1, t. II, p. 1873 y y ss.; ID. «Revisione e rinegoziazione del contratto». En *Enciclopedia del diritto*. Annali, 2008, vol. II, t. 2, p. 1026 y y ss.; ID. «Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi». En *Giustizia Civile*, 2014, n.° 3, p. 826 y y ss.; MARASCO. «La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto». En *Contratto e Impresa*, 2005, n.° 2, p. 539 y y ss.; ID. «La rinegoziazione». En AA. VV. *Inadempimento e Rimedi*. En VISINTINI (dir.). *Trattato della responsabilità contrattuale*. Padova, 2009, vol. I, p. 583 y ss.; MEZZANOTTE. «Il diritto alla rinegoziazione o all'adeguamento giudiziale del contratto». En CUFFARO - GENTILI (coords.). *Materiali per una revisione del codice civile*. Milano, 2022, vol. II, p. 209 y ss.; PIGNALOSA. «Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze». En *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, n.° 7-8, p. 411 y ss.; PISU. *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*. Napoli, 2017, p. 14 y ss.; SICCHIERO. «Rinegoziazione». En *Digesto*, cit., Sezione civile, Aggiornamento, 2003, vol. II, p. 1200 y ss.; TRIMARCHI. «Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale». En *Rivista di Diritto Civile*, 2025, n.° 2, p. 189 y ss.; TUCCARI. «Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione». En *I contratti*, 2014, n.° 11, p. 991 y ss.; ZACCARIA. «L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale». En *Contrato e Impresa*, 2006, n.° 2, p. 478 y ss. En la doctrina latinoamericana, v. MOMBERG URIBE. «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente». En *Revista Chilena de Derecho*, 2010, n.° 1, p. 43 y ss.; ZANNONI. «El desequilibrio contractual y la renegociación del contrato». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007, n.° 1, p. 89 y ss.

5 Cfr. LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 255. Para un sector doctrinal, el objetivo perseguido por la *hardship clause* es aquel de permitir una intervención correctiva *ex post* sobre las prestaciones debidas en caso de una alteración sustantiva del original equilibrio contractual. Esta labor es confiada, ordinariamente, a las mismas partes y, algunas veces, a un tercero. Cfr. DALLA MASSARA. «Inadempimento e clausole di revisione». En PATTI - VACCÀ (coords.). *Le figure speciali*. En GAROFALO - TALAMANCA (dirs.), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2010, vol. V, p. 289; ID., *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*. Padova, 2011, p. 207. Para otro sector, la función de la renegociación es la gestión de los hechos sobrevinientes, en la óptica de la adecuación de la relación de equivalencia entre las prestaciones a la nueva realidad fáctica, no la creación de una nueva obligación o la alteración estructural y funcional de aquella originaria. Cfr. CESARO. *Clausole di rinegoziazione*, cit., p. 198.

6 La citada norma, por un lado, ha legitimado, definitivamente, la actividad de la Corte de socavar el principio *pacta sunt servanda* (es decir, el rígido y estricto cumplimiento de los pactos), «si las circunstancias que han servido de fundamento al contrato han, notablemente, variado después de la conclusión del contrato, y las partes no habrían concluido el contrato o lo habrían concluido con un contenido diverso si hubieran previsto estos cambios»; por otro, ha posicionado la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual el contrato vincula a las partes al cumplimiento en la medida en que, según la naturaleza y causa del contrato, no hayan variado sustancialmente las circunstancias conforme a las cuales se estipuló. Esta regla se condensó en la conocida máxima: *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Los primeros vestigios de esta cláusula se ubican en el Decreto de Graciano y en la *Summa Theologica* de Santo Tomás; pero se considera a los posglosadores como los reales constructores de esta doctrina, cuyo germen se encuentra en el derecho canónico. Bajo el patrocinio de ellos, la cláusula se incorpora definitivamente en la doctrina y es repetida por los comentaristas del *Digesto*. Su moderna consagración legal se produce en el actual Código civil italiano (artículo 1417) y luego en otros códigos, como el peruano (artículo 1440), el portugués (artículo 437), el holandés (artículo 6:258) y el brasileño (artículo 478), que instauran la figura de la «excesiva onerosidad sobrevenida» para los contratos de duración; esto es, de ejecución continuada, periódica o diferida. Al respecto, v. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ. *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia, 2003, p. 31 y ss.; ESPÍN ALBA. *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?* Madrid, 2019, p. 25 y ss.; FERRI. «De la cláusula *rebus sic stantibus* a la resolución por excesiva onerosidad». En AA. VV. *Estudios sobre el contrato en general*. Lima, 2004, p. 1057 y ss.; GALLO. *Il contratto in generale*. Pisa, 2024, vol. III, p. 547 y ss.; GENOVESE. «Riflessioni in tema di clausola *rebus sic stantibus*». En *Nuovo Diritto Civile*, 2018, n.° 1, p. 37 y ss.; GORDLEY. «Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances». En *The American Journal of Comparative Law*, 2004, n.° 3, p. 513 y ss.; OSTI. «La così detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico». En *Rivista di Diritto Civile*, 1912, n.° 1, p. 1 y ss.; ID.«Appunti per una teoria della sopravvenienza: la così detta clausola *rebus sic stantibus* nel diritto contrattuale odierno», *ivi*, 1913, n.° 4, p. 472 y ss.; ID. «Clausola *rebus sic stantibus*». En *Novissimo digesto*, cit., 1959, vol. III, p. 352 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA. «La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos». En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario*, 2021, t. II, p. 39 y ss.

registrar en su ejecución por efecto de sobrevinientes contingencias de tipo jurídico, político y económico.[7]

Esta fórmula remedial ha sido pensada para atender amical y profesionalmente los desequilibrios, por hechos sobrevinientes, de una particular categoría de contratos, denominada «di durata» por la doctrina italiana,[8] que se caracteriza por favorecer una productiva confluencia entre intereses y tiempo.[9] El interés que la cláusula *hardship* persigue es el de salvaguardar el equilibrio contractual y conservar la relación contractual, interés que los ordenamientos jurídicos protegen y promocionan,[10] y esto debido a que dicha cláusula permite la realización de los intereses de las partes sin la alteración de sus propias voluntades.[11]

2. REVISIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato constituye el instrumento a través del cual las partes programan y reglamentan sus propios intereses, considerando los criterios económicos más adecuados; pero, obviamente, los intereses programados resultan cristalizados al momento de la estipulación del contrato y reflejan la realidad que las partes podían tener presente en aquel momento. Sucede, sin embargo, que esta realidad, muchas

---

7 Cfr. MARASCO. «La rinegoziazione», cit., p. 583; ROSSI. «Clausole di *hardship*», cit., p. 224; SÁNCHEZ LORENZO. «*Hardship* en la contratación internacional», cit., p. 1273. Con la *hardship clause* se trata de regular, contractualmente, aquellas situaciones particulares en las que, por efecto de eventos imprevistos por las partes, muta sustancialmente el equilibrio económico de las prestaciones y la ejecución del contrato deviene excesivamente oneroso para una de ellas, escribe MARRELLA. «Forza maggiore e *hardship*». En GALGANO - MARRELLA. *Diritto e prassi del commercio internazionale*. En GALGANO (dir.). *Trattato*, cit., 2010, vol. LIV, p. 30. En sede inglesa, de hechos o circunstancias imprevistas poco se habla, se prefiere utilizar circunstancias inesperadas (*unexpected circumstances*). Así, por ejemplo, HONDIUS - GRIGOLEIT. «Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances». En HONDIUS - GRIGOLEIT (eds.). *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. En *The Common Core of European Private Law*. Cambridge, 2011, p. 9 y ss.

8 Respecto a estos contratos, v. OPPO. «I contratti di durata». En *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, n.° 5-6, p. 143 y ss.; FONDRIESCHI. *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*. Milano, 2017, p. 121 y ss.; LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 776 y ss.; LONGOBUCCO. *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*. Napoli, 2012, p. 10 y ss.; LUCCHESI. *Contratti a lungo termini e rimedi correttivi*, Firenze, 2012, p. 5 y ss.; LUMINOSO. «Il rapporto di durata». En *Revista di Diritto Civile*, 2010, n.° 4, p. 501 y ss.; SANTARPIA. *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, p. 30 y ss.; TUCCARI. *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*. Milano, 2018, p. 6 y ss.

9 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos en general*, cit., p. 256. Una especie de esta categoría es aquella bautizada como «contratos de larga duración», conocidos en las sedes alemana como *langfristige Verträge* y en la del *common law* como *long term contracts*. Cfr. FRIGNANI - TORSELLO. *Il contratto internazionale*, cit., p. 266; GAMBINO, «Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambio di mercato». En *Rivista di diritto* civile, 2010, n.° 1, p. 49; MACARIO. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1860; ID., «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 1027. Estos contratos, denominados «relacionales», implican frecuentemente una relación estricta e intensa entre las partes que no puede ser disuelta fácilmente. Se piensa, por ejemplo, en contratos de grandes obras que no pueden dejarse a medio ejecutar por efecto de hechos sobrevinientes, ni parece oportuno que tales obras, iniciadas por una empresa vengan terminadas por otra. Cfr. GALLARATI. *La resilenza del contratto. Modificazioni e distino delle garanzie, tra relazionalità, incompletezza e crisi d'impresa*. Torino, 2020, p. 2 y ss.; GRANIERI. *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano, 2007, p. 19 y ss.; NANA. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Padova, 2010, p. 167; PATTI. «Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione». En *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, n.° 2 p. 23. En los últimos años, al *relational contract* se contrapone la *discrete transaction*, es decir, el contrato caracterizado por una escasa cooperación entre las partes, la duración definida de la relación, la especificación del objeto, la monetización de las prestaciones, la existencia de derechos y obligaciones predefinidos en la fase de formación del acuerdo, y tendencialmente inmodificables, la gestión de las contingencias inspirada en una severa repartición de riesgos. Cfr. FONDRIESCHI. *Contratti relazionali*, cit., p. 66 y ss.; PERRINO. «Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto». En *Contratto e impresa*, 2023, n.° 3, p. 857 y ss.

10 Cfr. MARASCO, «La rinegoziazione», cit., p. 591. En la doctrina italiana es común hablar de remedios no ablativos (*ablativi*) y de remedios conservativos (*manutentivi*) de naturaleza convencional o legal, que tienen como propósito la adecuación y el mantenimiento de la relación contractual ante hechos sobrevinientes no imposibilitan el cumplimiento. Sobre todo, cuando la operación sea de larga duración y compleja, los remedios ablativos deben ceder su lugar a aquellos conservativos o de adecuación contractual, toda vez que, de no hacerlo se perderían aquellas inversiones efectuadas con relación a operaciones difícilmente reversibles, y esto en la convicción que la conservación del contrato, en el moderno derecho de los negocios y de los intercambios nacionales e internacionales, representa una solución muchas veces más ventajosa que aquellas de terminación o resolución del contrato. Cfr. GALLO. «Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale». En GARILLI - SASSI (coords.). *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*. Torino, 2009, t. III, p. 289 y ss.; GABRIELLI. «La risoluzione per eccessiva onerosità». En GABRIELLI (coord.). *I contratti in generale*, cit., t. II, p. 1845 y ss.; ID. «Artículo 1467 - Contratto con prestazioni corrispettive». En NAVARRETTA - ORESTANO (coords.). *Dei contratti in generale* (artt. 1425-1469 *bis* e leggi collegate). En GABRIELLI (dir.). *Commentario del codice civile*. Torino, 2011, vol. IV, p. 664 y ss.; MACARIO. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1853 y ss.; ID. «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 1082 y ss.; ROPPO. *Il contratto*. En IUDICA - ZATTI (coords.). *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 1041 y ss.

11 Cfr. DI MAJO. «Libertà contrattuale e dintorni». En *Rivista critica di diritto privato*, 1995, n.° 1, p. 8 y ss.; VETTORI. «Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti». En SCALISI (coord.), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*. Milano, 2007, p. 632.

veces, se ve alterada por hechos imprevistos, causando una modificación objetiva de la base del contrato, al grado de trastocar los términos económicos de la reglamentación convenida. Para atender estos casos, la doctrina elaboró primero la figura de la revisión de los contratos,[12] luego construyó las instituciones de la adecuación y de la renegociación con el fin de conservar la relación obligacional de los contratos en proceso de ejecución, sean estos producto del acuerdo de las partes o de una ley.[13]

La construcción de esta figura, como una alternativa natural para conseguir la adecuación de las condiciones del contrato y permitir la continuación del mismo con respeto al equilibrio económico pactado originalmente, planteó ciertas dificultades de orden sistemático, toda vez que colisionaba con algunas reglas y principios elaborados por ordenamientos jurídicos caracterizados por una larga tradición civilista (como el alemán, francés e italiano), al tiempo que sorteó afirmaciones poco alentadoras, como aquella que estima que la idea de un grupo de reglas específicas y constantes relativas al fenómeno de la renegociación sería «pura ilusión óptica».[14]

La aplicabilidad del instituto de la revisión del contrato ha marcado, de entrada, un par de problemas: en primer lugar, si era posible y con qué instrumentos era posible extender el campo de aplicación de la revisión del contrato; en segundo lugar, si era oportuno, y hasta qué punto lo era, perseguir este fin; o, mejor todavía, convertir el remedio de la revisión del contrato en una regla de aplicación general en caso de mutación de las circunstancias.

Respecto al primer punto, las vías para extender la aplicación del instituto de la revisión del contrato son múltiples. En primer lugar, es obviamente un derecho de las partes el resolver amigablemente la cuestión mediante un nuevo acuerdo. Esta solución convencional presupone, empero, la persistencia del acuerdo entre las partes, el que no siempre es posible. Para salir del *impasse* se ha sugerido configurar un verdadero y propio deber de revisión del contrato. Esta solución no parece del todo idónea, toda vez que conllevaría a explicar, pronto, cuál es la fuente de tal deber y cuáles serían las sanciones en caso de inobservancia de este. Según otro sector doctrinal y jurisprudencial, sería mejor reconocer directamente a los jueces, o alternativamente a los árbitros, un poder para revisar los contratos a instancia de parte. Otras propuestas buscan fundar el poder revisorio sobre el principio de buena fe en la ejecución del contrato, como acontece en Alemania, o sobre la prohibición del enriquecimiento sin causa en daño de otros, como prefieren los jueces suecos.[15]

---

12 Cfr. GALLO. «Revisione del contratto». En *Digesto*, cit., Sezione civile, 1998, vol. XVII, p. 431 y ss.; ID. *Trattato del contratto*. Torino, 2010, t. 3, p. 2345 y ss.; LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, p. 8 y ss.; MACARIO. «Rischio contrattuale e rapporti di durata», cit., p. 73 y ss.; TOMMASINI. «Revisione del rapporto (diritto privato)». En *Enciclopedia del diritto*, cit., 1989, vol. XL, p. 108 y ss. Revisión que, en esencia, apunta a su eventual adecuación, readecuación, readaptación o simplemente adaptación, de cara a las realidades específicas de ese momento, diversas a las primigenias y, por tanto, materia de reflexión, ponderación y análisis circunstanciado (*casus*), para lo cual el apoyo brindado por el criterio de la razonabilidad será decisivo. En guarda de que la solución o el remedio propuestos, luzca razonable, escribe JARAMILLO. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*. Bogotá, 2021, p. 134.

13 La técnica más sofisticada y confiable, en línea de principio, pero por eso mismo expuesta al mayor riesgo de fracaso, es la cláusula de renegociación diseñada, al igual que las de revisión y de adecuación, para garantizar la superación del desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones y, en general, de las dificultades de ejecución determinadas por hechos sucesivos, de allí el término, genéricamente utilizado en el área anglosajona, de *hardship clause*. Cfr. LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 258; MACARIO. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1880. Se supone que las partes, al menos implícitamente, están en condiciones de prever los cambios relevantes que se pueden suscitar en el mundo negocial y de predisponer un mecanismo de revisión que permita una distribución de costos y beneficios de un modo más eficiente. La capacidad de prever todos los posibles cambios en el mundo representa un factor crucial en la construcción de los modelos de renegociación, apunta BELLANTUONO. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova, 2000, p. 91 y ss. Sobre otros instrumentos utilizados para solucionar los casos de hechos sobrevinientes, v. AL MUREDEN. *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*. Padova, 2004, p. 17 y ss.; CARRABBA - SALITO, «Adeguamento del contratto tra principi del *pacta sunt servanda* e clausola *rebus sic stantibus*». En *Contratto e impresa Europa*, 2021, n.° 2, p. 375 y ss.; DI GREGORIO. «Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'*imprevision* nel *code civil* francese». En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, n.° 3, p. 395 y ss.; FONDRIESCHI. *Contratti relazionali*, cit., p. 214 y ss.; GABRIELLI. «Sopravvenienza e rinegoziazione». En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2024, n.° 1, p. 12 y ss.; PIRAINO. «Osservazioni in torno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata». En *Europa e Diritto Privato*, 2019, n.° 2, p. 585 y ss.; SANTARPIA. *La sopravvenienza*, cit., p. 198 y ss.

14 Cfr. GENTILI. «La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione», cit., p. 670; ID. «Riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione», cit., p. 778.

15 Cfr. ROHDE. «Adjustment of Contracts on Accounts of Changed Conditions». En *Scandinavian Studies in Law*, 1959, vol. 3, p. 155 y ss.

En los Estados Unidos no han faltado propuestas en este sentido y, en particular, se ha querido introducir la revisión del contrato bien subordinando la ejecución en forma específica a la aceptación de una equitativa revisión del contrato; o bien aplicando, extensivamente, la doctrina del *mistake* (por imposibilidad originaria), o bien recurriendo a la disciplina de la *impracticability* (por imposibilidad sobreviniente).[16] Un discurso análogo se ha podido advertir, inicialmente, en los ordenamientos italiano y francés, terminando por imponerse la tesis de la revisión de los contratos, de un buen número, por mandato expreso de sus leyes. En Alemania, en tanto, la situación es particular: la revisión de los contratos ha logrado singular suceso debido al trabajo, exclusivamente, de las cortes germanas, iluminadas por una doctrina compacta y homogénea.[17]

3. RENEGOCIACIÓN: ACEPCIONES

El término renegociación,[18] en una primera acepción, indica la actividad de las partes de rediscutir el contenido de las cláusulas del reglamento contractual establecido por ellas; en una segunda acepción, la palabra renegociación tiene un significado diverso y es utilizado, como sucede con frecuencia, para indicar una obligación de medios,[19] que recae sobre las partes de comportarse, de forma debida o correcta, cuando se advierta una modificación sustancial de las circunstancias existentes al momento de la conclusión del contrato o al momento de la ejecución de las respectivas prestaciones.[20] Tomada en esta última acepción, la renegociación es conocida bajo la denominación de *hardship clause*.[21]

Como indicamos (*supra*, § 1), esta cláusula se ha desarrollado, fundamentalmente, en el ámbito de la contratación internacional, en particular en el sector de los contratos de duración, como los de suministro (materias primas, energía, etc.), de obra (en especial, los contratos llave en mano - *turnkey*

---

16 Sobre el tema, v. VENTURA. «La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della *sanctity of contract* nel diritto inglese e l'affievolimento del principio *pacta sunt servanda* negli ordinamenti di *civil law*». En *Luiss Law Review*, 2020, n.° 1, p. 57 y ss. Esta autora ha realizado un valioso estudio comparado del tratamiento de los hechos sobrevinientes en los diversos ordenamientos pertenecientes tanto al *common law* como al *civil law*.

17 Cfr. GALLO. «Revisione del contratto», cit., p. 433; ID. «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 809; MACARIO. «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 1031 y ss.

18 Un sector doctrinal considera ambiguo el término renegociación, tanto en su acepción común como en aquella jurídica. Esta ambigüedad es advertida también en las definiciones ofrecidas por los intérpretes, las cuales oscilan entre el comportamiento que tiene por objeto, por un lado, las tratativas dirigidas a modificar el contenido de un contrato en ejecución y, por otro, la revisión del contenido. Cfr. THOBANI. «Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare». En *Il corriere giuridico*, 2020, n.° 5, p. 632. Esto sucede, por ejemplo, con las opiniones de GENTILI. «La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione», cit., p. 701; GAMBINO. *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 8; PISU. *L'adeguamento dei contratti*. cit., p. 12.

19 En efecto, la obligación que se desprende de esta cláusula es aquella de iniciar las negociaciones para reequilibrar el contenido contractual alterado por los acontecimientos sobrevinientes, no propiamente de alcanzar dicho reequilibrio. Cfr. MARASCO. «La rinegoziazione», cit., p. 594 y ss. El deber de renegociar no es otro que la obligación de contraer; mejor todavía, la obligación de estar dispuesto a contraer en las condiciones que resulten ajustadas tanto a los parámetros del texto original del contrato como a los cambios operados por los hechos sobrevinientes. Si las dos partes están dispuestas, se encuentran y concluyen; si una de ellas se niega, el juez o el árbitro puede decidir, bien la renegociación o la resolución del contrato. Cfr. SACCO. «Le sopravvenienze atipiche». En SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, t. II, p. 724; ID. *Op. cit.*, 2016, p. 1711. Sobre estas posturas, v. LANDINI. «Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione», cit., p. 189 y ss.

20 Cfr. SICCHIERO. «La rinegoziazione», cit., p. 775; ID. «Rinegoziazione», cit., p. 1200. La doctrina destaca, habitualmente, que los hechos sobrevinientes que alteren la base fáctica del contrato no deben ser imputables a la conducta de una de las partes, sino deben ser hechos que estén fuera del control razonable de las partes contratantes. Por eso se habla, con propiedad, de acontecimientos externos e imprevisibles. Cfr. CIRIELLI. «Clausola di *hardship*», cit., p. 758; CASTILLO. «Algunas reflexiones acerca de los efectos de la obligación de renegociar un contrato desequilibrado». En MANTILLA - PIZARRO (coords.). *Estudios de derecho privado en homenaje de Christian Larroumet*. Bogotá, 2008, p. 116; PERRINO. «Il governo delle sopravvenienze contrattuali», cit., p. 857.

21 Cfr. LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 260. Con el término *hardship*, literalmente 'adversidad, dificultad', se hace referencia a una serie de circunstancias que, sobrevinientes a la conclusión del contrato, alteran el original equilibrio y convierten en dificultosa u onerosa la ejecución de la prestación. Tales acontecimientos o circunstancias, imprevisibles y ajenas a las partes, no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio de la base económica del contrato que pueden conllevar cargas irrazonables para una de las partes. Ante esta situación, la *hardship clause* predispone puntuales remedios: de un lado, la suspensión de la ejecución del contrato no siempre es una solución recomendable; y, del otro, la renegociación del contrato siempre es una óptima solución. Cfr. FRIGNANI - TORSELLO, *Il contratto internazionale*, cit., p. 303 y ss.; FONTAINE - DE LY, *La redazione dei contratti*, cit., p. 583 y ss.; GARCÍA LONG. «Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*». En *Foro jurídico*, 2022, n.° 20, p. 54 y ss.; MARASCO. «La rinegoziazione l'intervento del giudice», cit., p. 540 y ss.; ID., «La rinegoziazione», cit., p. 583 y ss.; MARCHAL ESCALONA. «La cláusula de *hardship*», cit., p. 78 y ss.; MARRELLA. «Forza maggiore e *hardship*», cit., p. 302 y ss.; TUCCARI. «La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta». En *Contratto e Impresa*, 2018, n.° 2, p. 864 y ss.

contracts), de licencia o asistencia técnica, de concesión, de *joint venture*, de *project financing*,[22] etc.; y en algunos contratos de derecho interno, como el arrendamiento y el mutuo.[23] En estos contratos, a diferencia de aquellos de cambio y de ejecución inmediata, la incidencia del factor tiempo sobre la relación contractual representa un elemento fundamental,[24] siendo múltiples y de diversa naturaleza las circunstancias que motivan la variación del curso de la ejecución del contrato.

La renegociación se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: a) incidencia de los hechos sobrevinientes sobre la relación contractual, no sobre el hecho jurídico constitutivo de la relación; b) colocación en el tiempo sucesivo a la constitución de la relación contractual; y c) reequilibrio del contenido contractual cuando tales hechos han alterado la base económica original.[25]

4. OBLIGACIÓN DE RENEGOCIACIÓN

La obligación de renegociar el reglamento contractual en presencia de un cambio de las circunstancias externas se desprende, directamente, de la *hardship clause* incluida en el contenido del contrato e, indirectamente, de algunas normas depositarias de principios rectores de la contratación moderna,[26] como buena fe, equidad y conservación del contrato.[27] Un sector doctrinal, en tanto, considera extraña esta obligación en el ordenamiento italiano, toda vez que el legislador no ha previsto la intervención del juez en el caso de la mutación de las circunstancias en la fase ejecutiva del contrato.[28] Esta situación ha cambiado hace unos años.

---

22 Cfr. DE DONNO. «Operazioni di finanziamento complesse, meritevolezza degli interessi e gestione delle sopravvenienze». En MAGGIOLO - UDA (coords.). *Liber amicorum per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*. Sassari, 2021, t. II, p. 409 y ss.; RUSSO. «La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di *project financing* tra adeguamento e rinegoziazione». En *Rivista di Diritto Civile*, 2021, n.° 4, p. 661 y ss.

23 Cfr. FAUSTI. «La rinegoziazione dei mutui», cit., p. 746 y ss.; DE POLI. «La rinegoziazione dei mutui bancari». En *Giurisprudenza Italiana*, 2023, n.° 1, p. 216 y ss.; TICOZZI. «Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone», *ivi*, p. 229 y ss.; REGAZZONI. «La gestione delle sopravvenienze pandemiche nella locazione, tra (eterogenee) tecniche di adattamento del contratto e salvaguardia della stabilità del rapporto». En *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2022, n.° 4, p. 1224 y ss.

24 Cfr. GALLARATI. *La resilenza del contratto*, cit., p. 8 y ss.; TUCCARI. *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 135 y ss. Esto sucede tanto en los contratos de duración en sentido estricto en los que la duración es un elemento central del contrato que concurre para determinar el tipo contractual, como en aquellos contratos en los que la ejecución diferida es, únicamente, una modalidad de cumplimiento del contrato. Cfr. FAUSTI. «La rinegoziazione dei mutui», cit., p. 747.

25 Cfr. LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 261. Para que la imposibilidad sea calificada contractualmente como sobreviniente se requieren cuatro requisitos: no originalidad, no imputabilidad, objetividad y absolutismo, escribe GIUSTI. *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*. Napoli, 2019, p. 56.

26 La renegociación de los términos contractuales puede depender o prescindir de una preexistente cláusula contractual, estima DEL PRATO. «Sulle clausole di rinegoziazione del contratto». En *Rivista di diritto civile*, 2016, n.° 3, p. 801. Sobre las diversas posturas que justifican la renegociación, v. CESARO. *Clausola di renegoziazione*, cit., p. 42 y ss.; DI GREGORIO. «Rinegoziazione e adeguamento del contratto», cit., p. 392 y ss.; GALGANO. *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, vol. II, p. 573 y ss.; GAMBINO. «Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi», cit., p. 52 y ss.; LANDINI. «Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione», cit., p. 191 y ss.; ROMEO. *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*. Pisa, 2019, p. 93 y ss.; SICCHIERO. «Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione». En *Giurisprudenza Italiana*, 2023, n.° 1, p. 212 y ss.; TUCCARI. *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 57 y ss.

27 Cfr. MACARIO. «Regole e prassi della rinegoziazione», cit., p. 844 y ss.; ACETO DI CAPRIGLIA. «Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: della crisi pandemica a quella energetica. La normazione internazionale e le diverse soluzioni nazionali». En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n.° 18, p, 769 y ss.; RABITTI. «Rinegoziazione dei contratti d'impresa e principio di buona fede (considerazioni sul post-pandemia)», *ivi*, 2022, n.° 16 *bis*, p. 2302 y ss.; SALANITRO. «Il diritto alla rinegoziazione del contratto. L'articolazione della buona fede nella proposta di *iure condendo*». En CUFFARO - GENTILI (coords.). *Materiali per una revisione del codice civile*, cit., p. 227 y ss. Algunos autores sostienen la existencia y legitimidad, en el sistema legal italiano, de un «principio jurídico de revisión de la relación, el cual es deducido de diversas disposiciones del derecho positivo». Cfr. TOMMASINI, «Revisione del rapporto», cit., p. 110. Esta postura encuentra posterior fundamento en aquella tendencia, expresada en una pluralidad de normas, a la conservación del contrato y, por ende, de la subyacente relación negocial. Cfr. GABRIELLI, «Sopravvenienza e rinegoziazione», cit., p. 17.

28 Cfr. RESCIGNO. «L'adeguamento del contratto nel diritto italiano». En AA.VV. *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie del contratto e remedi*. Milano, 1992, p. 304 y ss.; DI GREGORIO. «Rinegoziazione e adeguamento del contratto», cit., p. 397. Para Gentili, la propuesta de adecuación, regulada en el artículo 1467 del Código Civil italiano, es una facultad no una obligación («Riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione», cit., p. 816). Dicha norma se refiere a la ejecución del contrato y no a la renegociación innovativa. Se puede concluir, pues, que el sistema normativo italiano no prevé una general obligación de renegociación del contrato, con sucesiva eventual intervención modificativa del juez, para «adattarlo alla sopravvenienza imprevista», escribe TRIMARCHI. «Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale», cit., p. 199 y ss. Fondrieschi, por su parte, considera que la oferta de una equitativa modificación del contrato constituye la expresión —o, mejor todavía, la demostración— de la existencia de un principio general de adecuación que encontraría realización, en primer lugar, con la previsión de una obligación de renegociación por parte de los contratantes, y, sucesivamente, con la intervención del juez en caso de inobservancia del mismo (*Contratti relazionali*, cit., p. 214).

Las primeras contribuciones doctrinarias sobre la obligación de renegociar los contratos aparecen a inicios de la década del ochenta, bajo la firma de autores alemanes. Sus reflexiones sobre la renegociación muestran una conexión casi natural con la más amplia temática de la adecuación judicial del contrato (*Vertrag-sanpassung*), que se obtiene no solo de manera convencional, mediante la atribución a un tercero o a una de las partes de la tarea de redeterminar la prestación objeto de la obligación contractual, sino también a través de una sentencia constitutiva de nuevas obligaciones contractuales (*Gestaltungsurteil*).

En el derecho norteamericano, la doctrina de la renegociación tuvo pronto plasmación jurisprudencial, sirviendo de base para resolver uno de los primeros casos planteados ante sus tribunales, el caso Aluminium Company of America (Alcoa) v. Essex Group Inc., formulado por un excesivo incremento del costo de la prestación de la empresa Alcoa, en un contrato de transformación y suministro de aluminio firmado a un plazo seis años, por efecto de la crisis del Medio Oriente.[29] El tribunal del estado de Pennsylvania, con argumentos meditados y convincentes, falló obligando a las partes contratantes a renegociar los términos del contrato, el que se llevó a cabo, efectivamente, mediante acuerdo modificativo que permitía reequilibrar las prestaciones, impidiendo así que se realizara mediante la adecuación judicial del contrato, que es la alternativa obligada cuando se agotan las tratativas.

La citada sentencia avivó el debate en la doctrina norteamericana, iniciado hace algunos años con los contratos de larga duración (*long-term contracts*). Para un sector, tal decisión se enmarca en el *new spirit of contract*,[30] siendo una forma de «cirugía reconstructiva del contrato»;[31] para otro, simplemente, es un evento judicial aislado,[32] toda vez que la doctrina jurídica norteamericana, generalmente, es crítica de las propuestas de intervención judicial para adecuación contractual.[33]

Esta tendencia de revisar los contratos mediante la renegociación de sus cláusulas ha merecido atención también de las comisiones de reforma de ciertos códigos. Así, en la reformulación del libro VI del Código Civil holandés de 1992 se ha introducido algunas disposiciones que facultan al juez, a instancia de parte, a modificar los efectos del contrato o bien resolverlo, en ambos casos con efectos retroactivos, como consecuencia de circunstancias imprevistas que hacen inexigible, para un contratante de buena fe, la prestación en los términos pactados (artículo 258 NBW).

Del mismo modo, la reforma del derecho de obligaciones del *BGB* (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), realizada a través de la ley de 2002, ha retocado los conceptos de imposibilidad (de la modificación) y de inexigibilidad (de la prestación pactada originalmente).[34] La fórmula, incorporada

---

29 Aluminium Corporation of America v. Essex Group, in 499 Fed. Suppl., 53, W.D.Pa. 1980. A partir de 1973, la política de la OPEP en materia de precios de productos petrolíferos, a pesar de los controles previstos por el Gobierno federal, determinó un drástico incremento de los costos de producción soportados por Alcoa, que superó largamente el aumento indexado previsto en el contrato. La empresa Alcoa demostró en el proceso que ya había soportado una pérdida de 12 millones de dólares y que, en ausencia de una revisión del contrato, habría sufrido una perdida alrededor de 75 millones de dólares, proyectado al tiempo faltante del plazo establecido. Cfr. FISSORE. «La corrección del contrato desequilibrado en el *common law*». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007, n.° 1, p. 328 y ss.; MACARIO. «Rischio contrattuale e rapporti di durata», cit., p. 78; ID. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1926; ZACCARIA. «L'adattamento dei contratti a lungo termine», cit., p. 496 y ss.

30 Cfr. SPEIDEL. «The New Spirit of Contract». En *Journal of Law and Commerce*, 1982, n.° 2, p. 193 y ss.; DAWSON. «Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.° 64, p. 26 y ss.

31 Cfr. ROSELLO. «Sopravvenienze impreviste ed adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, n.° 2, p. 478; ZACCARIA. «L'adattamento dei contratti a lungo termine», cit., p. 498.

32 Cfr. EISENBERG. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford, 2018, p. 650; HILLMAN. «Court Adjustment of Long-term Contracts: an Analysis under Modern Contract Law». En *Duke Law Journal*, 1987, vol. 36, n.° 1, p. 1 y ss. Según Dawson es «a lonely monument on a bleak landscape» («Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States». En *Boston University Law Review*, 1984, vol. 64, n.° 1, p. 35).

33 Cfr. TRIMARCHI, «Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale», cit., p. 195 y ss.

34 Cfr. EBERS. «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el *BGB*, tras la ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002». En *Anuario de Derecho Civil*, 2003, fasc. IV, p. 1585 y ss.; MACARIO. «Rischio contrattuale e rapporti di durata», cit., p. 81 y ss.; ID. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1914 y ss.; ID. «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 1065 y ss. Con respecto a la reforma, v. ALBIEZ DOHRMANN. «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado». En *Revista de Derecho Privado*, 2002, marzo, p. 199 y ss.; ID. «Un nuevo derecho de las obligaciones. La reforma 2002 del *BGB*». En *Anuario de Derecho Civil*, 2002, fasc. III, p. 1135 y ss.; CALVO. «La codificazione della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB». En *Contratto e Impresa Europa*, 2004, n.° 2, p. 770 y ss.;

en el § 313 *BGB*, bajo la frase *Störung der Geschäftsgrundlage*, traducida como «alteración de la base del negocio jurídico», propone la adecuación judicial del contrato (*Vertragsanpassung*), dejando la resolución del vínculo contractual (*Beemdigung*) subordinada a la imposibilidad de la adecuación o a la inexigibilidad por la contraparte.[35]

La reforma francesa de contratos de 2016, *Ordennance* 2016-131, *de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ratificada por Ley 2018-287, también ha tratado el tema, decidiendo la incorporación y regulación de la doctrina de la *imprévision*, relegando el principio, afirmado por la *Court de Cassation* el 6 de marzo de 1896, en el caso del Canal de Craponne, que disponía, sobre la base del artículo 1134 del Código Civil francés, que los tribunales no podían tomar en consideración el tiempo y el cambio de circunstancias para modificar los acuerdos que las partes libremente han establecido.[36] Ahora, a tenor del nuevo artículo 1195 del Código Civil francés, es posible para una de las partes, en presencia de circunstancias imprevisibles que hagan excesivamente onerosa la ejecución del contrato, solicitar a la otra parte la renegociación de los términos y, sobre todo, en caso de falta de acuerdo, solicitar, conjuntamente, al juez tanto la redeterminación de tales condiciones como la revisión o resolución del contrato, estableciendo los términos y condiciones.[37] Con esta norma, el derecho francés se alinea con los principales ordenamientos jurídicos que habían minado, desde hace algún tiempo, el principio de inmodificabilidad de los contratos.[38]

FERRANTE. «L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni su tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano», *ivi*, p. 723 y ss.; GRIGOLEIT. «La riforma del codice civile tedesco in sintesi: un bilancio positivo», *ivi*, p. 920 y ss.; PATTI. «Conclusioni: luci e ombre nella riforma dello *Schuldrecht*», *ivi*, p. 952 y ss.; RESCIGNO. «La codificazione tedesca della *Störung der Geschäftsgrundlage*». En CIAN (coord.). *La reforma dello Schuldrecht tedesco: un modelo per il futuro diritto delle obbligazioni e dei contratti?* Padova, 2004, p. 10 y ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 322 y ss.

35 La disposición indica que: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

36 Este famoso caso se inició con la resolución emitida por el Tribunal de Aix en 1874, que resolvió el conflicto suscitado entre los propietarios del Canal, construido por el Ing. Craponne en el siglo XVII, con los propietarios de los terrenos beneficiarios del regadío de dicho canal. El propietario original del canal, al construirlo, pactó una servidumbre por 160 años a favor de los predios adyacentes al canal, los que debían pagar a éste y sus herederos un canon periódico y fijo. El transcurso del tiempo y, fundamentalmente, los sucesos de la guerra francoalemana de 1870 determinaron que dicho canon resultara prácticamente irrisorio, situación que llevó a los herederos de propietario del canal a demandar la revisión del contrato buscando se disponga el aumento del canon. El Tribunal de Aix, luego de estudiar el caso, llegó a la conclusión de que la petición formulada era justa y equitativa, pese a existir un acuerdo contractual previo. Señaló que en los contratos de ejecución continuada o periódica, las prestaciones se cumplen a lo largo del tiempo y, en esa medida, las circunstancias originales que dieron lugar a los acuerdos pactados pueden variar, de forma tal que el equilibrio entre las prestaciones se pierde. En tales casos, el juez está llamado a realizar el ajuste del contrato a las nuevas realidades sobrevinientes, equilibrándolo con fundamento en la equidad las prestaciones de las partes; sin embargo, motivada por la inseguridad jurídica que esta postura generaba, la *Cour de Cassation*, con Sentencia de 6 marzo 1876, revocó la resolución del Tribunal de Aix, sustentando su decisión en la fuerza vinculante del contrato y su intangibilidad. Consideró que «il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants». Sobre el tema, v. ANDREU - THOMASSIN. *Cours de droit des obligations*, París, 2017, p. 232 y ss.; BARBIER. «La révision du contrat». En VALENTINO (coord.). *La riforma del code civil: una prospettiva italo-francese*. Napoli, 2018, p. 163 y ss.; BENATTI. «*L'imprévision* nel *code civil* riformato». En *Giurisprudenza Italiana*, 2018, n.° 5, p. 1302 y ss.; DI GREGORIO. «Rinegoziazione e adeguamento del contratto», cit., p. 392 y ss.; LARROUMET - BROS. *Les obligations. Le contrat*. En LARROUMET (dir.). *Traitè de droit civil*, París, 2016, t. 3, p. 409 y ss.; SAVAUX. «El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos». En *Anuario de Derecho Civil*, 2016, fasc. III, p. 716 y ss.; TUCCARI. «Note sull'introduzione della *révision pour imprévision* nel codice civile francese». En *Europa e Diritto Privato*, 2017, n.° 4, p. 1521 y ss.

37 Cfr. LEYVA SAAVEDRA. *Contratos en general*, cit., p. 264; SAVAUX. «El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos», cit., p. 732. En efecto, se advierten dos mecanismos de revisión del contrato; en el párrafo primero, en una dinámica de prolongación de la autonomía contractual, se encuentra la revisión convencional. En la que las partes, por iniciativa del contratante perjudicado, aceptan renegociar el contenido; y, en un segundo, en ausencia de acuerdo, se abre la posibilidad de una revisión judicial. Todo se inicia, pues, con la solicitud de renegociación del contrato presentada por la parte perjudicada. Si las partes llegan a un acuerdo, concluye el procedimiento; pero, si esto no sucede, interviene el juez. Cfr. ESPÍN ALBA. *Cláusula rebus sic stantibus*, cit., p. 61; GABRIELLI, «Sopravvenienza e rinegoziazione», cit., p. 16.

38 Sobre la actualidad de la doctrina y la jurisprudencia francesa respecto de esta figura, v. BENATTI, «Note sulla riforma del Libro III del codice civile francese», cit., p. 1064 y ss.; BORGHETTI. «Le nouveau droit francais des contrats entre continuité et européanisation». En *Annuario del Contratto*, 2016, p. 26 y ss.; CHANTEPIE - LATINA. *Le nouve réforme du droit des obligations. Commentaire théorique e pratique dans l'ordre du Code civil*. París, 2016, p. 441 y ss.; FAUVARQUE-CASSON. «Les changements des circonstances». En *Revue des*

La reciente reforma del Código civil belga, aprobada por la *Loi* de 28 abril de 2022, *portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil*, vigente desde el 1 enero 2023, hace un reconocimiento expreso del cambio de circunstancias, regulando, además, sus presupuestos y efectos.[39] Sin duda, es una de las reformas de fondo más importantes, dado que supone un cambio radical tanto de la jurisprudencia como de la doctrina respecto a este atractivo tema.[40]

Como cierre, veamos la normativa de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada el 31 julio de 2023. Bajo la denominación «Alteración extraordinaria de las circunstancias», el artículo 1238 señala:

> 1. Cada parte contratante deberá cumplir sus obligaciones incluso cuando, por haberse alterado la equivalencia entre las prestaciones prevista en el contrato, el cumplimiento de ellas le resulte más oneroso, sea porque su coste haya aumentado, sea porque el valor de la contraprestación haya disminuido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria, de manera que su ejecución resulta excesivamente onerosa para una de las partes y no es razonable exigir a esta que permanezca vinculada en los términos inicialmente pactados, dicha parte podrá pedir a la otra entrar en negociaciones con el fin de lograr un acuerdo de adaptación o de resolución del contrato. Solicitadas las negociaciones, ambas partes quedan obligadas a desarrollarlas conforme a la buena fe.[41]

5. LA RENEGOCIACIÓN EN EL DERECHO UNIFORME

La cláusula que obliga a las partes a renegociar el contrato cuando este muestre un desequilibrio de las prestaciones, ha tenido feliz acogida en cuatro instrumentos internacionales conformantes del derecho uniforme: en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts* - PU / Principios Unidroit), en los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* - PECL / Principios Lando), en el Código Europeo

---

contrats, 2004, n.° 1, p. 67 y ss.; STOFFEL MUNCK. «L'imprévision et la réforme des effets du contrat». En AA. VV. *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, *ivi*, 2016, n.° 1, p. 30 y ss.; REVET. «Le juge et la révision du contrat», *ivi*, n.° 2, p. 373 y ss.; PONTIROLI. «La riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti, dopo la legge di ratifica dell'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016 n.° 2016-131, ed alcune sue letture italiane». En *Rivista di Diritto Privato*, 2020, n.° 2, p. 233 y ss.; TUCCARI. «Note sull'introduzione della *révision pour imprévision*», cit., p. 1517 y ss.; ID. *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 325 y ss.; ID. «Prime considerazioni sulla *révision pour imprévision*». En *Persona e Mercato*, 2018, n.° 1, p. 130 y ss.

39 El nuevo artículo 5.74 del Código Civil belga, sobre el *changement de circonstances*, dispone: «Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies: 1) un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger; 2) ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat; 3) ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur; 4) le débiteur n'a pas assumé ce risque; et 5) la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.
Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations. En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé».

40 Cfr. PHILIPPE. «L'introduction de l'imprévision en droit belge». En KHOL - WÉRY (dirs.). *Le nouveau droit des obligations*, Lieja, 2022, p. 218 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA. «La reforma del derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los derechos francés, belga y español». En *Anuario de Derecho Civil*, 2023, fasc. III, p. 1056 y ss. Se recuerda que la Corte de Casación belga abrió una brecha en las soluciones tradicionales para hacer ingresar a la obligación de renegociar el contrato. Son citadas, particularmente, las sentencias de 19 junio 2009 y 12 abril 2013, con las cuales se resolvió dos casos de interpretación y aplicación de la Convención de Viena de 1980 a contratos de compraventa internacional de mercaderías. Cfr. PHILIPPE. *Op. cit.*, p. 227; SAN MIGUEL PRADERA. *Op. cit.*, p. 1049.

41 En el tercer párrafo se detallan los requisitos, a saber: «3. Para que la parte afectada tenga el derecho previsto en el apartado anterior, será necesario: 1) Que el cambio de circunstancias sea posterior a la celebración del contrato. 2) Que no hubiera sido ni podido ser tenido en cuenta de modo razonable en el momento de la celebración del contrato. 3) Que el riesgo que el cambio de circunstancias implica no hubiera sido asignado por el contrato. 4. Si las partes no alcanzan un acuerdo en un periodo de tiempo razonable, la autoridad judicial, según lo que le sea pedido en cada caso, podrá adaptar el contrato o declararlo resuelto. Adaptará el contrato si, a partir de la propuesta o propuestas de adaptación que le sean ofrecidas por las partes, es posible obtener una solución que distribuya entre ellas, de modo equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio. De no ser posible la adaptación, declarará resuelto el contrato, estableciendo la fecha y las condiciones. 5. En todo caso, la parte que haya rehusado negociar o haya roto las negociaciones en contra de la buena fe, estará obligada a indemnizar a la otra el daño que por esta razón le hubiere causado».

de Contratos (Code Européen des Contrats - CEC) y los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PLDC).[42]

En los primeros está contenida en el artículo 6.2.3 PU [Efectos de la «excesiva onerosidad» (*Hardship*)], a saber: «(1) En caso de excesiva onerosidad (*Hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza, por sí mismo, a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el Tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (*Hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o, (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio».

En los segundos, en tanto, se establece, en el artículo 6:111 PECL, que:

> (1) una parte queda obligada por sus obligaciones, aunque su cumplimiento haya devenido más oneroso, ya porque el coste de este haya aumentado, ya porque el valor del cumplimiento que recibe a cambio haya disminuido. Una parte no puede abandonar el contrato simplemente porque este ha devenido poco provechoso. (2) Si, no obstante, el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso debido a una alteración sobrevenida de las circunstancias, las partes se ven obligadas a renegociar, bien con la finalidad de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, bien para darlo por terminado, y siempre que: a) la alteración de las circunstancias no pudiera haber sido razonablemente conocida por las partes; que b) la posibilidad de una alteración de las circunstancias no pudiera haberse previsto razonablemente en el momento de la conclusión del contrato; y que c) el riesgo de la alteración de las circunstancias no puede exigirse que, de acuerdo con el contrato, la parte afectada deba soportar.

Del análisis de ambas normas podemos concluir que la regla del *hardship* presente en los Principios Unidroit reconoce a la parte en desventaja «el derecho de solicitar la renegociación del contrato», indicando, sin mayor retardo, «los motivos en que basa su pedido» (artículo 6.2.3); la contenida en los Principios Lando establece, a su turno, que las partes tienen la obligación de iniciar las negociaciones para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias o bien para darlo por terminado (6:111.2). En los primeros se precisa que la solicitud de renegociación no autoriza *per se* a suspender el cumplimiento; luego se disciplina en ambos textos los efectos de la falta de acuerdo «dentro de un plazo prudencial», facultando al juez, en vía alternativa, de «resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas, o bien de adaptar el contrato con el objeto de restablecer su equilibrio original». Finalmente, los Principios Lando, a diferencia de los Principios Unidroit, facultan al juez a condenar al resarcimiento por daños y perjuicios tanto a la parte que se niega a iniciar las negociaciones como a aquella que interrumpe a estas en contra del principio de buena fe.[43]

---

42 Los primeros han sido elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT, creado en 1926 bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, y reconstituido en 1940; los segundos han sido redactados por la Comisión Lando, que inició sus trabajos en 1982 y presentó la primera versión en 1995, y la segunda en 1998; los terceros han sido producto del trabajo de un grupo de estudiosos, iniciado en 1995 y presidido por Giuseppe Gandolfi, que presentó en 1999 la versión francesa del Libro primero, contratos en general, con 173 artículos subdivididos en 11 títulos. El *Avant-project* fue publicado con los trabajos del coordinador, el 2001; el año siguiente se publicó una edición revisada y corregida del *Code*; los últimos, igualmente, son el resultado del trabajo de un grupo de profesores de diversos países de Latinoamérica: Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay, Guatemala y Venezuela. El proyecto contó con el apoyo de la Fondation Pour le Droit Continental, creada el 2007 en París. El Grupo, luego de siete años de trabajo, presentó el texto con 123 artículos, abarcando buena parte de los contratos en general. Respecto a estos instrumentos, v. ACETO DI CAPRIGLIA. «Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale», cit., p. 771 y ss.; BARCELLONA. «Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione», cit., p. 474 y ss.; GARCÍA LONG. «Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*», cit., p. 54 y ss.; MACARIO. «Regole e prassi della rinegoziazione», cit., p. 839 y ss.; PIRAINO. «Osservazioni in torno a sopravvenienze», cit., p. 585 y ss.; TRIMARCHI. «Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale», cit., p. 192 y ss.

43 Cfr. DALLA MASSARA. «Inadempimento e clausole di revisione», cit., p. 292; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 213. Para una comparación entre los textos de los Principios Unidroit y los Principios Lando, v. BARCELLONA. «Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione», cit., p. 475 y ss.; KESSEDJIAN. «Competing Approaches to Force Majeure and *Hardship*». En *International Review of Law and Economics*, 2005, n.° 3, p. 421 y ss.; MACARIO. «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 1072 y ss.; MOMBERG URIBE. «La revisión del contrato por las partes», cit., p. 54 y ss.; PERRINO. «Il governo delle sopravvenienze contrattuali», cit., p.

Por su parte, el artículo 157.1 CEC, dispone: «Cuando se producen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende hacer valer la facultad, prevista por dicha regla, debe dirigir a la contraparte una declaración conteniendo las indicaciones necesarias y precisar, además, bajo pena de nulidad de la petición, las diferentes condiciones que propone para mantener en vida el contrato en cuestión. A esta declaración se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36.2.». En el caso de no lograrse la renegociación del contrato, el juez, luego de haber valorado las circunstancias y advertido los intereses de las partes, puede modificar o dejar sin efecto el contrato en su totalidad o en parte, y, de haberse solicitado, ordenar la restitución de los bienes y condenar al pago de daños y perjuicios (artículo 157.5).

El artículo 84 PLDC, prescribe: «(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, esta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando esta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes».

Estos principios, al igual que sus pares Unidroit y Lando, consagran la excesiva onerosidad en su significado más amplio, comprendiendo aquellos casos que, por un cambio de circunstancias imprevisible, el cumplimiento se hace excesivamente más oneroso, o su utilidad disminuye significativamente. En cuanto a los efectos del «cambio de circunstancias», los PLDC adoptan la misma solución de los PU y de los Principios Lando al imponer a las partes el deber de renegociar el contrato, y si ello no se logra, dentro de un plazo razonable o prudencial, se prevé, como remedio, la adaptación del contrato por el juez o la resolución.[44]

Destacar, finalmente, la existencia de ciertas divergencias en la terminología de los textos analizados: los códigos civiles francés, belga y los PLDC se refieren al «cambio de circunstancias», la Propuesta de Modernización recurre a la «alteración de las circunstancias», los Principios Lando prefieren hacer referencia a una «alteración sobrevenida de las circunstancias» y el Código Europeo se inclinó por «acontecimientos extraordinarios e imprevisibles». Nosotros preferimos hablar de hechos sobrevinientes, o simplemente de «sopravvenienze contrattuali», como lo hace la doctrina italiana.[45]

6. *HARDSHIP CLAUSE* Y CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR

En cuanto a los acontecimientos, estas cláusulas pueden mostrar similitudes, pues en ambas deben ser, por regla general, imprevisibles e inevitables; pero allí queda el punto de encuentro, ya que son

860 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA. «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea». En *Anuario de Derecho Civil*, 2002, fasc. III, p. 1115 y ss.; TRIMARCHI. «Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale», cit., p. 192 y ss.; TUCCARI. *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 303 y ss.

44 Cfr. DE LA MAZA - VIDAL OLIVARES. «El contenido: una primera aproximación». En DE LA MAZA - PIZARRO - VIDAL OLIVARES (coords.). *Los principios latinoamericanos de los contratos*. En MORALES MORENO (dir.). *Colección de derecho privado*, Madrid, 2017, n.° 13, p. 49 y ss.; GREGORACI FERNÁNDEZ. «Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una mirada desde el derecho europeo». En *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2017, fasc. IV, p. 1602 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA. «Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ivi*, 2016, fasc. III, p. 1031 y ss.

45 Por todos, v. AMBROSOLI. *La sopravvenienza contrattuale*. Milano, 2002, p. 165 y ss.; BOCCHINI. *Il contratto*. Torino, 2023, p. 281 y ss.; CINQUE. «Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione». En *Contratto e Impresa*, 2020, n.° 4, p. 1691 y ss.; COPPO. «La gestione delle sopravvenienze: rivoluzioni e occasioni perse». En *Jus Civile*, 2022, n.° 3, p. 580 y ss.; GIUSTI. *La gestione delle sopravvenienze contrattuali*, cit., p. 19 y ss.; PERRINO. «Il governo delle sopravvenienze contrattuali», cit., p. 856 y ss.; PIRAINO. «Osservazioni in torno a sopravvenienze», cit., p. 585 y ss.; SANTARPIA. *La sopravvenienza*, cit., p. 204 y ss.; TUCCARI. *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p. 2 y ss.; SACCO. «I remedi per le sopravvenienze». En SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., 2016, p. 1677 y ss.; TRAISCI. «La gestione delle sopravvenienze nei modelli di *civil* e di *common law*». En VALENTINO (coord.). *La riforma del code civil*, cit., p. 171 y ss.

instituciones distintas y aplicables en situaciones diversas.[46] El cambio sustancial de las circunstancias, tomado en consideración por la *hardship clause* en su formulación típica, está ligado a la verificación de acontecimientos que han trastocado la economía del contrato, terminando por convertir su cumplimiento en altamente oneroso y totalmente inútil para una de las partes, pero que pueden ser cumplidas, es decir, su cumplimiento no se torna imposible, solo resulta más oneroso. La fuerza mayor, en tanto, se caracteriza por un impedimento absoluto de cumplimiento con las prestaciones del contrato por efecto de tales acontecimientos.[47]

En suma: el cambio sustancial de las circunstancias puede conducir a la revisión, renegociación o la resolución del contrato. La fuerza mayor, en tanto, conduce comporta típicamente la suspensión, cuando se advierta una imposibilidad temporal, o la resolución del contrato, cuando se divise una imposibilidad definitiva.[48]

La fuerza mayor, en efecto, hace imposible la ejecución de la prestación; la *hardship clause*, simplemente, hace más onerosa o la torna inútil la prestación para una de las partes. La economía del contrato se altera, pero es posible todavía cumplir con las prestaciones que surgen de la celebración del contrato.[49]

Esta diferencia clara, en teoría, se esfuma un poco cuando las cláusulas de fuerza mayor, redactadas en los contratos internacionales, atenúan las exigencias tradicionales en lo que respecta a la imposibilidad de cumplimiento.[50]

7. *HARDSHIP CLAUSE* Y CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

En su camino para lograr una mayor efectividad, la *hardship clause* se ha encontrado pronto con la cláusula resolutoria expresa, figura muy utilizada en la contratación actual y cuyo origen se encuentra en la denominada *lex commisoria* del derecho romano, aplicada por entonces solo al contrato de compraventa. A tenor de esta cláusula, el vendedor, único beneficiario, se reservaba el derecho de resolver del contrato si el comprador no pagaba el precio. Posteriormente, la cláusula fue admitida para otros

---

46 Cfr. BERNARDINI. «*Hardship* e force majeure». En BONELL - BONELLI (coords.). *Contratti commerciali internazionali e principi unidroit*. Milano, 1997, p. 195 y ss.; BORTOLOTTI. «Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla ICC Force Majeure Clause 2003». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 2004, n.° 1, p. 3 y ss.; DRAETTA. «Les clauses de force majeure et de *hardship*», cit., p. 298 y ss.; FRIGNANI - TORSELLO. *Il contratto internazionale*, cit., p. 304 y ss.; FONTAINE - DE LY. *La redazione dei contratti*, cit., p. 585 y ss.; KONARSKI. «Force Majeure and *Hardship Clauses* in International Contractual Practice». En *International Business Law Journal*, 2003, n.° 4, p. 405 y ss.; POLKINGHORNE - ROSENBERG. «Expecting the Unexpected: the Force Majeure Clause». En *Business Law International*, 2015, n.° 1, p. 49 y ss. Para estos autores, si bien ambas cláusulas se acercan, las disciplinas de cada una las alejan: la cláusula de *force majeure* pone el acento en la suspensión del cumplimiento de las obligaciones, la cláusula *hardship* lo hace sobre la renegociación del contrato para su continuación. Se trata, en síntesis, de cláusulas que tienen naturaleza y contenidos del todo heterogéneos, apunta ACETO DI CAPRIGLIA. «Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale», cit., p. 771. Además, tienen funciones distintas en sede contractual.

47 El *Code civil* de 1804 se refería a *cause étrangére* (causa extraña), *cas fortuit* y *force majeure* (arts. 1147 y 1148); la reforma de 2016 solo emplea la figura de «fuerza mayor». En armonía con la práctica contractual internacional y los instrumentos de *soft law*, que utilizan la categoría *force majeure* como sinónimo de *impediment* (artículo 7.1.7 PU; artículo 8:108 PECL; 3:104 DCFR) o *impossibility* (artículo 7.1.8. AHADAC - Organization for the Harmonization of Commercial Law in the Caribbean Principles on International Commercial Contracts). El legislador de 1984 decidió mantener las figuras de «caso fortuito y fuerza mayor» como causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo 1315 C.c.pe.). Sobre el tema, v. GARCÍA LONG. *Derecho de contratos y sus circunstancias inesperadas*, Lima, 2023, p. 99 y ss.

48 La cláusula de «fuerza mayor» excluye la responsabilidad del deudor por concurrencia de eventos imprevisibles e inevitables que, haciendo imposible la ejecución de la prestación debida, alteran significativamente el equilibrio del reglamento contractual, motivando la revisión o la terminación de la relación negocial. Cfr. VENTURELLI. «Clausole di forza maggiore». En CONFORTINI (coord.). *Clausole negoziali*, cit., p. 1003. Una cláusula con buen contenido ofrece la Cámara Internacional de Comercio de París: «Clause de Force Majeure ICC 2003», revisada y actualizada en marzo 2020.

49 Cfr. DRAETTA. «Les clauses de force majeure et de *hardship*», cit., p. 300; FONTAINE - DE LY. *La redazione dei contratti*, cit., p. 585; FRIGNANI - TORSELLO. *Il contratto internazionale*, cit., p. 304; MARCHAL ESCALONA. «La cláusula de *hardship*», cit., p. 79; MARRELLA «Forza maggiore e *hardship*», cit., p. 302; SÁNCHEZ LORENZO. «*Hardship* en la contratación internacional», cit., p. 1273.

50 Esto se ha podido advertir, por ejemplo, al analizar un buen número de cláusulas de *force majeurs* utilizadas en el comercio internacional. Cfr. FONTAINE - DE LY. *La redazione dei contratti*, cit., p. 567 y ss.

contratos, dentro de los cuales se encontraban los innominados,[51] prohibiéndose la utilización en el contrato de prenda.[52] El derecho canónico, a su turno, se preocupó de desarrollar esta institución bajo el nombre de «cláusula comisoria» y extendió su aplicación a todos los contratos por considerarla que respondía al principio de buena fe. No se puede obligar a una parte a respetar su promesa cuando la otra desconoce la suya, pues lo contrario implicaría apartarse de aquellas normas que imponen la justicia conmutativa.

La *lex commisoria* ha sido puesta en valor por la cláusula resolutoria expresa, la que se encuentra regulada, de manera autónoma, en el artículo 1456 del Código Civil italiano y en el artículo 1430 del Código Civil peruano. Esta norma dispone que «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».

El incumplimiento no resuelve automáticamente el contrato. Es necesaria la declaración de la parte cumpliente de valerse de la cláusula resolutoria, toda vez que esta es la que, realmente, provoca la resolución del contrato.[53] La declaración es una *conditio iuris* de eficacia de la cláusula. Ella produce, una vez comunicada a la parte incumpliente, los mismos efectos de una sentencia judicial de resolución del contrato. A partir de ese momento, una oferta de cumplimiento tardío puede ser legítimamente rechazada por el contratante que ha elegido la resolución del contrato, el cual, por otro lado, no podrá cambiar luego su decisión y pretender el mantenimiento de la relación contractual,[54] toda vez que el contrato ya ha sido resuelto. Ahora, si la declaración no se efectúa, la relación contractual mantiene su vigencia, presumiendo, simplemente, que la parte que tiene derecho a plantearla ha decidido renunciar a valerse de la resolución.[55]

---

51 En el caso de estos contratos, la parte que cumplía con su obligación, ante el incumplimiento de la otra, tenía derecho a resolver el contrato y recobrar lo entregado mediante la *conditio ob rem dati* o la *condictio causa data non secuta*. Cfr. D'ORS. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, 1975, p. 247; GASTALDI. *Pacto comisorio*, Buenos Aires, 1985, p. 39; ROVIRA JAÉN. «El pacto de la *Lex commissoria* en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno». En *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. III, p. 1157 y ss.

52 Cfr. ZAMORA MANZANO. «Algunas reflexiones sobre la *lex commissoria* y su prohibición ulterior en el *pignus*». En *Revue Internationale des Droits de L'antiquité*, 2007, n.° 54, p. 519 y ss.

53 En este sentido, v. BARBERO. *Sistema de derecho privado*, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 652; BUSNELLI. «Clausola risolutiva». En *Enciclopedia del diritto*, cit., 1967, vol. VII, p. 199; CALVO. *Il contratto*. En CALVO. *Diritto civile*, Bologna-Roma, 2016, vol. II, p. 475 y ss.; CARUSI. «Clausola risolutiva espressa». En NAVARRETTA - ORESTANO (coords.). *Il contratto in generale*, cit., p. 438; CARRESI. *Il contratto*. En CICU - MESSINEO (dirs.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano, 1987, vol. XXI, t. 2, p. 917; COSTANZA. «Clausola risolutiva espressa». En *Enciclopedia Giuridica*, cit., 1988, vol. VI, p. 1; GALGANO. *Trattato*, cit., p. 505. La Corte di Cassazione también se ha pronunciado en este sentido: «la resolución de derecho de un contrato no opera automáticamente por efecto del mero incumplimiento de una de las partes, sino en el momento en que el contratante en cuyo interés se ha pactado la cláusula resolutoria comunica a la otra parte contratante la intención de hacer valer dicha cláusula». Cfr. Cassazione civile, Sez. I, 16 maggio 2002, n.° 7178; Cassazione civile, Sez. III, 31 agosto 2009, n.° 18920. Respecto a esta cláusula, v. DALMARTELLO. «Risoluzione del contratto». En *Novissimo digesto*, cit., 1969, vol. XVI, p. 142 y ss.; GALLO. *Trattato*, cit., p. 2163 y ss.; ID. *Il contratto in generale*, cit., p. 441 y ss.; GONNELLI. «La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento». En *Obbligazioni e contratti*, 2009, n.° 8-9, p. 708 y ss.; MARTONE. «Condizione risolutiva d'inadempimento». En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, n.° 3, p. 73 y ss.; NOCERA. «Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione», *ivi*, 2010, n.° 3, p. 242 y ss.; PATTI. «Due questioni in tema di clausola risolutiva espressa». En *I contratti*, 2017, n.° 6, p. 695 y ss.; SACCO. «Le risoluzioni di diritto». En SACCO - DE NOVA. *Il contratto*, cit., p. 656 y ss.; ID. *ob. cit.*, 2016, p. 1626 y ss.; SICCHIERO. «Clausola risolutiva espressa». En *Digesto*, cit., Sezione civile, Aggiornamento, 2011, vol. VI, p. 155; TAMPONI. «Clausola risolutiva espressa». En CONFORTINI (coord.). *Clausole negoziali*, cit., p. 862 y ss. Sobre el tema, en la reforma de 2016 del *Code civil*, v. PAGLIANTINI. «La clausola risolutiva espressa tra regole e principi». En *Giurisprudenza Italiana*, 2015, n.° 5, p. 1293 y ss.; ZENNARO. «Questioni vecchie e nuove in tema di clausola risolutiva espressa (artículo 1456 c.c.)», *ivi*, 2011, n.° 5, p. 1029 y ss.

54 Cfr. TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. Milano, 2007, p. 611. Como consecuencia de su efecto inmediato, la comunicación es irrevocable, de tal manera que una vez conocida por la parte incumpliente no podrá ser retirada por la parte cumpliente para poder exigir el cumplimiento de la prestación determinada en el pacto comisorio, escribe PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, Lima, 2001, t. II, p. 454.

55 Según la jurisprudencia italiana, la renuncia a valerse de los efectos resolutorios puede tener lugar también luego de haberse presentado la comunicación de resolución del contrato. La renuncia puede ser también tácita en virtud de un comportamiento incompatible con el efecto resolutorio, como por ejemplo aceptando un cumplimiento tardío. Sobre el tema, v. BONINI. *Rinunciabilità dell'effetto risolutivo. Un principio da ridimenzionare*. Pisa, 2017, p. 13 y ss.; CARUSI. «Clausola risolutiva espressa e rinunzia all'effetto risolutivo». En *Giurisprudenza Italiana*, 1998, n.° 1, p. 141 y ss.; CICCONI. «Risoluzione del contratto, poteri del creditore, poteri del giudice». En *Contratto e Impresa*, 2018, n.° 2, p. 767 y ss.; GALLO. *Trattato*, cit., p. 2166 y ss.; PASCUCCI. *Ritrattazione della volontà risolutoria e riviviscenza del contratto*. En BUSNELLI *et al.* (dirs.), *Studi*, cit., 2013, n.° 52, p. 73 y ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 904 y ss.;

La cláusula resolutoria expresa, aparte de potenciar la eficacia del remedio resolutorio,[56] es el perfecto complemento tanto de la *hardship clause* como de la cláusula de renegociación, pues permite un importante efecto: la resolución del contrato de pleno derecho, esto es, sin la participación del juez o árbitro. Si la parte contratante que ha sido notificada para renegociar el contrato, en atención a que el contenido contractual presenta un significativo y objetivo desequilibrio, se niega a hacerlo, la otra parte puede plantear la resolución del contrato, de pleno derecho, por incumplimiento contractual. El sustento está en que ha incurrido en una de las causales señaladas, puntualmente, en la cláusula resolutoria expresa: negarse a renegociar el reglamento contractual. La cláusula resolutoria brinda, pues el apremio, la garantía y el efecto que necesitan las cláusulas de renegociación. Se visualiza así la disyuntiva: ¿renegociación o resolución?

El contenido preceptivo de esta cláusula debería ser el siguiente: *cláusula resolutoria expresa*. «El contrato de *leasing* quedará resuelto, de pleno derecho, por las siguientes causales: a) incumplimiento de la entrega del bien en la fecha indicada por la empresa vendedora; b) incumplir la usuaria con el pago de dos cuotas consecutivas; c) negarse a renegociar el contrato cuando hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisible alteren la base económica del contrato. La parte que decida ejercitar este derecho debe comunicar a la otra, por vía notarial, su decisión de resolver el contrato».

8. NOTA CONCLUSIVA

La renegociación es una institución que presta una valiosa ayuda a la contratación contemporánea, pues permite conservar la relación contractual, pero reequilibrando las prestaciones cuando muestren una desproporción importante desde el momento mismo de celebración del contrato o cuando hayan sufrido, posteriormente, una alteración sustancial.

La renegociación debe ser vista como una alternativa ventajosa para ambas partes, no como una imposición para una de ellas. No olvidemos, mejor que resolver es renegociar, pues la resolución mata la relación contractual, en tanto que la renegociación busca tratarla para sanarla.[57] Si no se ha incluido en el contrato la cláusula de renegociación, se debe recurrir al principio de buena fe contractual, pues la negativa de una de las partes a la renegociación contraviene la buena fe con la que se debe negociar, celebrar y ejecutar todo contrato (artículo 1362 del Código Civil peruano; artículo 1375 del Código Civil italiano).[58]

SICCHIERO. «Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)». En *Giurisprudenza Italiana*, 2009, n.° 5, p. 1119 y ss. La disponibilidad del efecto resolutorio en base al acuerdo de las partes tiene algunos límites, recuerda PASCUCCI. *Op. cit*., p. 193 y ss.

56 La presencia de esta cláusula en el contenido contractual, por un lado, potencia la eficacia del remedio resolutorio, en cuanto este opera antes que el incumplimiento perjudique gravemente el interés del acreedor; por el otro, valoriza la función persuasiva (*deterrente*) de la resolución, puesto que estimula al deudor a cumplir pronto con su prestación para evitar la pérdida de la contraprestación. Cfr. CALVO, *Il contratto*, cit., p. 476; DELLACASA. «La clausola risolutiva espressa», cit., p. 296.

57 Cfr. SACCO. «Le sopravvenienze atipiche», cit., p. 723; ID. *Op. cit*., 2016, p. 1709; LEYVA SAAVEDRA. *El contrato en general*, cit., p. 269; MACARIO. «Rischio contrattuale e rapporti di durata», cit., p. 82; ID. «Adeguamento e rinegoziazione», cit., p. 1902. Trimarchi considera que el contrato no es un ser humano para el cual valga el principio de la curación, es un instrumento económico que puede ser superado por la evolución del mercado y, en tal caso, si las partes no se ponen de acuerdo para modificarlo y mantenerlo, va eliminado. En efecto, «un aggiustamento e mantenimento coatto difficilmente può essere efficiente» («Sopravvenienze, rinegoziazione e adeguamento giudiziale», cit., p. 200).

58 En esta perspectiva, la cláusula de buena fe en la renegociación no impondría solo límites negativos a las partes, sino también concretos elementos positivos con base en los cuales las partes están obligadas a una activa y leal cooperación. En la hipótesis de comportamientos contrarios a la buena fe, como negarse a renegociar o motivar tratativas maliciosas, el comportamiento incorrecto de una de las partes activará el derecho de la parte que ha cumplido con sus prestaciones de solicitar a la autoridad judicial o arbitral el reequilibrio del contenido contractual. Cfr. CESARO. *Clausola di rinegoziazione*, cit., p. 264; GAMBINO. *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 3; NANNA. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Padova, 2010, p. 171; PERRINO. «Il governo delle sopravvenienze contrattuali», cit., p. 884; RESCIGNO. «I contratti in generale», cit., p. 47. La buena fe ofrecería, pues, el fundamento de la obligación de renegociar y la equidad determinaría el contenido negocial. Cfr. GALLO, *Trattato*, cit., p. 2362; ID., «Revisione e rinegoziazione del contratto», cit., p. 809.

Negarse a renegociar es incumplir con una obligación natural del contrato, que es cumplir con lo que expresa y tácitamente se desprende del reglamento contractual.[59] Ahora, como indicamos (*supra*, § 7), para darle un mayor efecto a esta cláusula se debe incluir como una de las causales de resolución expresa del contrato a la negatoria de cualquiera de las partes a renegociar el contrato.

Del análisis de los costos y beneficios se puede deducir pronto que la renegociación no necesita el patrocinio del derecho positivo,[60] toda vez que ella responde al interés de las propias partes de continuar con la relación contractual, pero con un contenido reequilibrado, proyectado y modelado para beneficiar a las partes contratantes, no solo a una de ellas.

---

59 Los esfuerzos de la doctrina para justificar la existencia de un deber de renegociación no han encontrado acogida en la jurisprudencia norteamericana, la cual ha establecido que no constituye mala de fe ni infracción de obligación legal alguna, la negativa de una de las partes de renegociar el contrato ante el requerimiento de la otra, no obstante, la existencia de un cambio de circunstancias (Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries, Inc.). En otro fallo, igualmente, se estableció que, ante la existencia de un contrato válidamente concluido, negarse a renegociar el precio y en cambio solicitar la ejecución forzada de la contraprestación no constituye mala fe ni incumplimiento del contrato (Missouri Pub. Serv. Co. v. Peabody Coal Co.; Ehredt Underground Inc. v. Commonwealth Edison Co.). Por último, se ha fallado que las doctrinas de la buena fe y la lealtad comercial establecidas en el UCC, no obligan a una parte a aceptar cambios materiales en los términos del contrato o a asumir obligaciones que modifiquen o contradigan cláusulas expresas del contrato. Cfr. MOMBERG URIBE. «La revisión del contrato por las partes», cit., p. 49 y ss.

60 Cfr. SACCO. «Le sopravvenienze atipiche», cit., p. 723; ID. *ob. cit*., 2016, p. 1709; LEYVA SAAVEDRA. *El contrato en general*, cit., p. 269. Las cláusulas de renegociación han llegado para consolidar y mantener el vínculo contractual, permitiéndole tener una larga duración en el tiempo, aun cuando hayan variado las circunstancias. Si bien ellas pueden representar una injerencia en la autonomía contractual, se debe considerar también el interés de las partes de mantener, en los contratos de duración, la ejecución de las prestaciones dentro de un equilibrio contractual, tanto normativo como económico. En otros términos, estas cláusulas representan *un punto de equilibrio* entre la exigencia de garantizar a las partes una cierta libertad para prever en qué condiciones contratar y aquella de salvaguardarlas de los hechos sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarios, que comportaría cumplir con ejecutar una prestación altamente onerosa en perjuicio de una y beneficio de la otra. Cfr. SERRAIOTTO. «L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'artículo 2 Cost. italiana e del diritto dell'unione europea. Analisi di recenti ipotesi applicative». En *Legal Social*, 2017, n.° 1, p. 554.

LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL *COMPLIANCE* EMPRESARIAL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Carlos Vicente Navas Rondón[*]

1. ANTECEDENTES CONCEPTUALES DEL *COMPLIANCE* EMPRESARIAL

En la revisión de la literatura y obras vinculados al tema del *compliance* encontramos diversos conceptos y definiciones como la que señala *Economipedia* al considerarlo como una función de las empresas para garantizar que se cumplan las normas y se respeten las leyes vigentes. Esta función se encarga de asesorar vigilar y monitorizar los riesgos de posibles incumplimientos legales de las empresas, mediante la prevención para evitarlos, con la detección en las deficiencias para controlarlos y la información permanente de las posibles situaciones de riesgo por el probable incumplimiento de las normas.

En general, se define al cumplimiento empresarial (*compliance*) como la nueva obligación que tienen las empresas u organizaciones de establecer procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo. Es una función que identifica, asesora, previene y reporta riesgos de recibir sanciones o multas por incumplimientos legales o regulatorios como ser excluidos en las contrataciones públicas, sufrir pérdidas de reputación por equivocaciones de cumplimiento con las leyes, faltar a los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas establecidas en las actividades propias y procedimientos genéricos, entre otras afectaciones o infracciones que se podrían evitar.

Se sostiene que el *compliance* o programa de cumplimiento consiste en las disposiciones internas que las empresas deben implementar para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se puedan producir dentro de ellas o como parte de las variadas actividades que realizan. Tiene como propósito la identificación y señalamiento de los ámbitos de riesgo en cuanto a la posible comisión de infracciones y la forma de prevenirlos dentro de la misma empresa, según sean sus actividades, así como disponer los sistemas de actuación y procedimientos a seguir por quienes se encuentran en posición superior sobre sus empleados subordinados.

Esta planificación permitirá mejorar la toma de decisiones dentro de la entidad para la participación en los procesos de selección en forma más eficiente, identificando las áreas de mayor riesgo de la comisión de infracciones, para establecer señales de alerta y mecanismos de control respectivos, de tal forma que constituya una importante y útil herramienta para evitar infracciones sancionables y se promueva la buena administración que debe darse en toda empresa competitiva que tenga la precaución y disponibilidad para que no sucedan situaciones que posteriormente la perjudicarán.

Al respecto, se dice que el *compliance* «Es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos. Lo necesitamos porque el entorno legislativo en la que la empresa desarrolla sus actividades es cada vez más abundante y complejo; el nivel de beligerancia de las autoridades y organismos regulatorios es cada vez mayor, y el impacto de la regulación es más intensa que nunca» (World Compliance Association, 2021). «La tendencia de aplicar soluciones rápidas a los problemas de la empresa conlleva riesgos altos y graves, vulnerando la legalidad; en este sentido, el nivel de sanciones relacionadas con incumplimientos legales ha aumentado y seguirá creciendo. Por ello, diferentes normas hacen hincapié

[*] Doctor en Derecho y magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Docente universitario. *Past* decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Exfiscal superior titular de Lima. Exvocal del Tribunal de Contrataciones del Estado. Presidente de la Asociación de Magistrados Cesantes del Ministerio Publico. Autor de diversos libros y publicaciones.

en la importancia de la prevención como herramienta eficaz para luchar contra estas malas prácticas y es motivo principal para que el *compliance* haya aterrizado y haya venido para quedarse» (Ceupe, 2021).

En nuestro país se vienen propiciando nuevos criterios de ética en la gestión de negocios que deben desarrollar voluntariamente las personas jurídicas corporativas, como una de las formas más eficientes para tener un mejor desempeño en los fines que deben cumplir las empresas, es decir, tener una mayor aplicación ética en los principios de responsabilidad, humanización, libre competencia, respeto a la ley y a las normas, en especial a los derechos fundamentales individuales y sociales, que se traducen en las disposiciones legales que regulan las actividades empresariales con notorias ventajas.

Según Tuyu Technology (2018), el programa de cumplimiento consiste en establecer las políticas y procedimientos requeridos y adecuados para garantizar que una empresa cumpla con el marco normativo que se debe aplicar. Estas acciones deben involucrar a directivos, empleados en todos los niveles y a los agentes vinculados a la empresa. Siendo el cumplimiento normativo interno y externo de las empresas a través de la gestión de estrategias y acciones corporativas que permitirán evitar sanciones administrativas, civiles o penales, que se incrementan cada vez más en nuestra legislación debido a los recientes y graves escándalos de corrupción, motivadas por una serie de riesgos en la imagen y reputación de varias entidades comprometidas.

«Estamos viviendo lo que se ha denominado la era del *compliance*, acentuada por el nuevo esquema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las actuales exigencias sociales que demandan mayor sostenibilidad, ética y responsabilidad en los negocios. Asistimos también a la proliferación de consultoras y asociaciones que emprenden la tarea de asesorar y orientar a las empresas y entidades en general, respecto de esta nueva herramienta y sus implicancias, y una nueva oferta educativa variada en cuanto a la función de cumplimiento, sus especialidades, normalización y relación con el gobierno corporativo, responsabilidad ética en la cultura empresarial, la gestión de riesgos, etc.». (Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, 2017).

2. ANTECEDENTES LEGALES DEL *COMPLIANCE* EMPRESARIAL

Como antecedente legal, podemos señalar las disposiciones del marco de la Ley n.° 30424, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1352, que han establecido responsabilidades administrativas y penales para las personas jurídicas, por la comisión de ilícitos, bajo pautas de imputación tipificadas que vinculan a una persona natural o jurídica que realiza acciones u omisiones punibles, para obtener ventajas en favor de una empresa, las mismas que se producen con mayor frecuencia cuando no existen sistemas de prevención suficientes y son necesarias para evitar de que se cometan tales infracciones.

Al tener vigencia, el reglamento de la Ley n.° 30424, modificada por la Ley n.° 31740, regula fundamentalmente los modelos, estándares, componentes, requisitos mínimos y aplicabilidad de los modelos de prevención como el *compliance*. Se ratifica la importancia de esta figura para el nuevo modelo preventivo de control de riesgos que consideramos necesario implementar, en donde la empresa deja de ser un tercero civil, un espectador, y se convierte en un actor procesal con deberes, pero también con derechos procesales y garantías para la defensa material y el debido proceso que se pudieran dar en los procedimientos administrativos sancionadores de las personas jurídicas nacionales o extranjeras.

La mencionada ley establece cuáles son los elementos mínimos que debe tener el modelo de prevención para la implementación del *compliance* en las personas jurídicas, considerando las características, necesidades, riesgos y naturaleza que estas poseen, y de esta manera pueden adoptar las medidas de vigilancia y control de riesgos que crean conveniente para prevenir las posibles infracciones en las que pudieran incurrir. Tal ley considera el concepto de persona jurídica a todas las entidades del sector privado y se clasifican en gran empresa, mediana, pequeña y microempresa, según las ventas anuales y la cantidad de trabajadores que tengan.

> El *compliance* se asienta con fuerza en las legislaciones occidentales como una herramienta que regula una conducta positiva de la persona jurídica, con base el desarrollo de modelos internos de control normativo, que deben ser elaborados sobre el análisis de diversos factores vinculados al contexto en el que la empresa desarrolla su actividad societaria, los riesgos a los que puede enfrentarse en sus relaciones comerciales, las políticas internas de control, códigos de conducta, prohibiciones de transgredir las normas penales y en general, el cumplimiento del marco normativo asociado al giro del negocio. (Abad, 2019)

Para Garberí (2017), el concepto de *compliance* significa el conjunto de herramientas de carácter preventivo que tienen por objeto garantizar que la actividad que realiza la empresa y quienes la conforman y actúan en su nombre lo hagan en apego de las normas legales, políticas internas, códigos éticos sectoriales y cualquier otra disposición que la misma este obligada a cumplir o que haya decidido hacerlo de manera voluntaria, como parte de sus buenas prácticas y respeto a la ley.

> Para que una empresa tome la decisión de implementar un programa de *compliance*, resultan relevantes una serie de elementos. En primer lugar, importa determinar la probabilidad de incurrir en infracciones legales. Como segundo punto, interesa determinar la actividad que realiza la empresa y cómo esto puede generar una mayor probabilidad de infringir las normas. En tercer lugar, es relevante la estructura interna de la empresa, si se trata de una estructura compleja con diversas gerencias y funciones delimitadas. Más allá de analizar y conocer el comportamiento interno de los funcionarios y empleados de la empresa, resulta necesario tener en cuenta los elementos antes mencionados. (Clavijo, 2019)

> Es innegable la injerencia del *compliance* en las contrataciones con el Estado, pues, desde sus pilares se aprecia que la normativa está orientada a que las actuaciones se desarrollen bajo estándares de rectitud e integridad. Si bien es cierto, la Ley n.° 30424 es taxativa respecto a quiénes son sujetos dentro de su ámbito de aplicación, mostrando como uno de ellos a las empresas públicas, actualmente, hay una corriente que describe al *public compliance* como esta nueva corriente en la que no solo la empresa pública puede adoptar este modelo, sino, también, una entidad pública.; sin embargo, en nuestros tiempos debería ser adoptada como obligatoria por la propia autonomía no solo de las entidades públicas sino de quienes se relacionan con las mismas.

3. SIMILITUD DEL *COMPLIANCE* EMPRESARIAL CON EL *COMPLIANCE* CRIMINAL

Si bien el *compliance* se viene implementando exclusivamente para evitar riesgos de responsabilidad penal o administrativa, mediante la identificación de una serie de infracciones que afectan a las entidades corporativas empresariales en problemas de corrupción. Esta situación no significa que se deje de lado las responsabilidades administrativas que se efectúan a través de las contrataciones que realiza el Estado, que son diversas y también significan graves afectaciones cuando el incumplimiento de las normas establecidas trae consigo graves sanciones, como lo plantearemos con la finalidad de que las actividades de la contratación pública se ajusten a la legalidad.

Es importante tener en cuenta que existen múltiples razones para intentar prevenir y evitar las difíciles y graves repercusiones al interior de la empresa que es sancionada administrativamente y lo que proponemos es la implementación de un sistema o programación de tareas de cumplimiento de manera similar a las que ya existen en las grandes empresas para la prevención de delitos en actos de corrupción, para evitar una responsabilidad penal, que si bien tiene mayores consecuencias en los actos de corrupción, también este tipo de *compliance* normativo debe ser utilizado o acumulado para evitar las diversas infracciones administrativas establecidas en la ley y el reglamento de las contrataciones del Estado.

Se dice que el criminal *compliance* o *compliance* penal nos sirve para casos de prevención, antes de que un delito se haya consumado, por lo que se debe realizar la labor de detección adecuada y poner en conocimiento las correspondientes normas de persecución existentes como dispositivos internos que las empresas deben implementar para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas, o como parte de las actividades que estas realizan a niveles o escalas importantes, como ha venido sucediendo en nuestro país.

Existen diversos criterios sobre la utilización del *compliance* empresarial, casi todos direccionados al ámbito penal y criminal sobre actos de corrupción, por lo que no tenemos mayores informaciones respecto a programas de cumplimiento para prevenir y evitar que se ocasionen infracciones especificas en el marco de las contrataciones que realiza el Estado, a pesar de la variedad y cantidad de infracciones que se han considerado. Por lo que resulta una propuesta válida y necesaria implementar este tipo de *compliance* para evitar actos de corrupción en las contrataciones del estado. El *criminal compliance* no solo debe ser valorado únicamente por su capacidad para eximir o reducir penas, sino también por su utilidad económica. Una empresa que cuenta con un programa adecuado para gestionar riesgos, junto con mecanismos eficaces de prevención, identificación y sanción, transmite una imagen de seguridad que se traduce en un impacto positivo tanto para la organización como para la sociedad.

Debemos tener en cuenta que en la actualidad los programas de cumplimiento normativo o *compliance* que mayoritariamente se vienen estudiando tienen como objetivo evitar la comisión de delitos o infracciones penales dentro de una «gran» institución particular determinada, por este motivo, frente a la problemática de la corrupción en nuestro país, estos programas surgen como una facultad justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas u de otro tipo dentro de una empresa que realiza importantes contrataciones con las entidades del Estado, especialmente en ejecuciones de obras y prestaciones de servicios.

> Los programas de cumplimiento normativo o *compliance program* tienen como objetivo evitar el cometimiento de delitos dentro de una organización determinada. Por este motivo, frente a la problemática de la corrupción en nuestro país, estos programas surgen como una opción justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas dentro de una organización. Sin embargo, en nuestro país no se encuentra lo suficientemente regulada la institución del *compliance program*, por lo que resulta menester implementar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico para, desde una política de prevención eficaz, beneficiarnos de la práctica del *compliance* y sus efectos. (López, 2018)

García Cavero (2018) señala que «la institución del *compliance* surge por la necesidad de controlar los riesgos generados por las actividades empresariales como una función de confirmación del derecho que se materializa en el establecimiento de diversos mecanismos confiables y seguros para la detección interna de lasirregularidadescometidas, siendo el conjunto de herramientas de carácter preventivo con el objeto de prevenir la infracción de normas de carácter penal y evitar eventuales sanciones que generen responsabilidad a la empresa».

Peña Cabrera (2016) sostiene que la responsabilidad de la persona jurídica corresponde a una responsabilidad por la omisión de personas, que si bien no han intervenido activamente en los ilícitos, sin embargo, por su función social podían y debían haberlo evitado en tanto se reconoce en ellos el deber de garante, que obliga en algunos casos, a sus directivos y funcionarios, que hayan conocido los hechos delictivos o irregulares, y debiendo evitarlo no lo han hecho, lo que conlleva además a la responsabilidad de la persona jurídica.

La propuesta que presentamos es novedosa y original, dado que la implementación del *compliance* en las contrataciones del Estado no se ha dado o no tenemos conocimiento de su aplicación en forma similar, por lo que con los antecedentes que existen, lo tratamos de adecuar en lo posible y lo relacionamos al *compliance* criminal en materia penal diseñado para evitar actos de corrupción, que en los últimos años han sido considerados escándalos gravísimos por las afectaciones económicas efectuadas por empresas constructoras nacionales e internacionales, como las brasileñas Odebrecht, OAS, Andrade y Gutiérrez, Queiroz Galvao, las que conformaban el club de la construcción, como Graña y Montero, Obrainsa, Cosapi, Málaga, ICCGSA, entre otras, casos que están judicializados y no debemos olvidar.

El *compliance*, según los especialistas, se debería implementar en las principales empresas para evitar riesgos de responsabilidad penal y/o administrativa, mediante la identificación de una serie de infracciones que afectan a las entidades corporativas empresariales. Esta situación no significa que se

deje de lado el control interno en las responsabilidades administrativas en otros temas, como incumplimientos en materia tributaria, laboral, sanitaria, municipal, responsabilidad social, etc., que son más numerosas y también significan graves afectaciones cuando se trasgreden de las normas establecidas, lo que trae consigo la aplicación de sanciones por la autoridad en otras áreas.

> Hoy en día, el fenómeno delictivo ha alcanzado límites impensados, favorecido, entre otros factores, por la globalización y el impacto creciente de las organizaciones. En este contexto, surgen conceptos clave tanto para el ámbito corporativo como para el derecho penal, como *criminal compliance*, autorregulación, responsabilidad social corporativa y buen gobierno corporativo, los cuales han adquirido suma relevancia para entender a la empresa como un sujeto responsable y correctamente organizado en relación con la normativa y diversos parámetros exigidos por la sociedad. El *criminal compliance* se concibe como una herramienta de autorregulación de conductas dentro de la organización, destinada a prevenir riesgos, detectar infracciones legales y sancionarla; sin embargo, su objetivo trasciende la mera previsión de delitos, ya que debe enfocarse en fomentar y mantener una cultura empresarial saludable. (Armendariz, 2024)

> Se consolida entonces el *criminal compliance* como una herramienta para enfrentar la creciente corrupción controlando el denominado riesgo empresarial, evitando que los riesgos propios de una actividad económica se conviertan en una potencial amenaza para la confianza que la sociedad deposita en las personas jurídicas y especialmente para el correcto ejercicio de la función pública y el uso adecuado de los recursos del Estado. El espíritu del *compliance* es específico, busca prevenir la infracción, mediante el compromiso empresarial de actuar en un marco de respeto normativo orientado a minimizar riesgos y establecer estrictos mecanismos de control interno en la organización para actuar conforme a la norma, tomando acción directa cuando, dentro del uso del modelo de *compliance*, las personas naturales cometan conductas presuntamente ilícitas. De esta forma, a través de la denuncia, el Estado conoce de los hechos y se activa el aparato jurisdiccional. (Giovanna Abad, 2018)

4. CAUSALES DE SANCIÓN SEÑALADAS EN LA NUEVA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

En las contrataciones del Estado es necesario para las empresas privadas conocer y prevenir cuáles son las infracciones más recurrentes que se pueden cometer en su participación y contratación con las entidades públicas (licitaciones, concursos, adjudicaciones, subasta inversa, etc.), y de qué manera las causales de sanción que señala la Ley n.° 32069 requieren la implementación de un *compliance* normativo empresarial para estas empresas privadas que contratan con el Estado y puedan evitar sanciones, aplicadas por falta de previsión.

Hay que tener en cuenta las graves consecuencias y causales de sanción establecidas que sufren y sufrirían las empresas privadas al ser sancionadas con multas, inhabilitaciones temporales o permanentes u otras medidas, limitando y no permitiendo su participación en los procesos de selección que convocan todas las entidades públicas; sin embargo, esta situación podrían evitarse con programas de cumplimiento, al evaluarse los riesgos y perjuicios que traen consigo conductas inapropiadas, señaladas en la propia ley de contrataciones del Estado, las mismas que perjudicaría notablemente la economía de las empresa privadas sancionadas.

Las infracciones señaladas en la Ley n.° 32069 que regula las contrataciones publicas direccionadas a postores, proveedores, participantes y contratistas, se han incrementado, elevando el riesgo de que estas se produzcan con mayor frecuencia, por lo que se requiere que sean identificadas y conocidas previamente, señaladas en las variedades en que se producen, con los programas de cumplimiento y observación de riesgos, especialmente aquellas que han sido materia de sanción desde que entró en vigor la ley, y que se aplican en virtud de la potestad que tiene el Tribunal de Contrataciones del Estado, luego de un procedimiento administrativo sancionador establecido.

Las principales causales pasibles de sanción que señala la nueva ley son: desistirse o retirar injustificadamente su propuesta; incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de perfec-

cionar acuerdos marco; subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad contratante o en porcentaje mayor al permitido por el reglamento, o cuando el subcontratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP o esté impedido para contratar con el Estado; negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago; suscribir contratos o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el RNP.

También se sanciona: elaborar expedientes técnicos de obra con deficiencias o información equivocada, aun cuando se haya otorgado la conformidad respectiva; supervisar la ejecución de obras de manera negligente, de modo que perjudique económicamente a las entidades contratantes; perfeccionar el contrato, luego de notificada la suspensión en la Pladicop o recomendación de nulidad por el OECE o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Tribunal de Contrataciones Públicas; contratar con el Estado estando impedido conforme a ley; ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato; no proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la entidad contratante; presentar información inexacta o documentos falsos/adulterados a las entidades contratantes, al Tribunal de Contrataciones Públicas, al RNP, al OECE o a Perú Compras.

Está prohibido legalmente además el ejercicio de malas prácticas como la concertación de precios, condiciones o ventajas que se puedan dar entre proveedores y terceros, con la finalidad de afectar la mayor concurrencia y/o competencia necesaria en toda contratación, con anuencia de los funcionarios responsables. Los acuerdos para no participar o no presentar propuestas trasgreden el principio de libre competencia, por lo que los agentes que intervienen o favorecen estas malas prácticas con indicios o evidencias de corrupción, por lo que también son responsables de una sanción administrativa y penal.

Entre las malas prácticas que traen consigo responsabilidades éticas y administrativas frecuentes en las que puede incurrir los gestores de las empresas que intervienen en las compras estatales. Tenemos una serie de inconductas anómalas que si bien muchas de ellas no están reguladas directamente en la ley o en su reglamento, originan responsabilidades administrativas funcionales, como el tráfico de influencias, malversación, cohechos, sobornos y otras corruptelas; obviamente conductas de carácter ético y moral, cuando ocasionan perjuicios y afectan los principios de moralidad, trasparencia, imparcialidad, eficiencia y otros.

Para contrarrestar algunos de estos actos ilegales o de corrupción existe la potestad sancionadora del Estado en las contrataciones públicas que no es ilimitada, sino por el contrario, está debidamente encuadrada en diversos criterios y causales determinados por el principio de legalidad, debido proceso y las circunstancias necesarias para proteger al individuo o a la empresa de una excesiva y desproporcionada actividad represora del OECE, que es el Organismo encargado de investigar y sancionar a través de su Tribunal de Contrataciones del Estado.

Al evitarse conductas infractoras en las contrataciones públicas existiría una mayor confianza en la sociedad respecto a las prácticas de las empresas que muchas veces olvidan el debido procedimiento para conseguir el otorgamiento de la buena pro, es decir de valerse de medios vedados para resultar ser ganadores, afectando la libre competencia y el interés social. Uno de los principios normativos que rigen las contrataciones públicas es la sostenibilidad ambiental, en la que se deben considerar criterios y prácticas que permitan contribuir a la protección medioambiental, por lo que debe ser una política empresarial de responsabilidad social, omitiendo infracciones que afecten el entorno ambiental.

> En el derecho administrativo sancionador el riesgo constituye, junto con la diligencia debida y la buena fe, una de las particularidades de la culpabilidad. Se entiende así que el riesgo es el núcleo de su estudio, en una sociedad que se complejiza aceleradamente y donde el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos, a fin de garantizar la coexistencia armónica. **(**Retamozo, 2012)

> El análisis de riesgos es vital en cualquier sistema de cumplimiento porque asegura su racionalidad, el que la organización destine eficazmente sus recursos preventivos, centrándolos en aquellas actividades donde el riesgo resulta más alto. Igualmente es imprescindible para redactar o desarrollar el código de conducta y normas represoras. No pueden acabar de perfilarse los comportamientos prohibidos en materia de corrupción, si cada ente administrativo no tiene claro en qué actividades pueden aparecer. (Nieto, 2015)

5. IMPLEMENTACIÓN DEL *COMPLIANCE* EMPRESARIAL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Todos los proveedores que contratan con el Estado (ejecutores de obra, consultores, prestadores de servicios y adjudicadores de bienes) están sujetos a una serie de disposiciones señaladas en la ley, su reglamento y directivas que emite el OSCE, siendo las más trascendentes aquellas que sancionan y los inhabilitan para seguir participando en los procesos de selección que convocan las entidades públicas; por lo que se debe utilizar los mecanismos y ventajas que nos brinda la implementación de un programa de *compliance* para evitarlos.

Existen diversos criterios sobre la utilización del *compliance* empresarial, casi todos direccionados al ámbito penal y criminal sobre actos de corrupción, por lo que no tenemos mayores informaciones respecto a programas de cumplimiento para prevenir y evitar que se ocasionen infracciones especificas en el marco de las contrataciones que realiza el Estado, por lo que resulta una propuesta válida y necesaria, implementar este tipo de *compliance* con el fin de que las principales empresas que contraten con el Estado se ajusten a los principios de legalidad e integridad.

Las empresas que contratan con el Estado siempre asumen riesgos de incumplimientos, muchas veces significando la vulneración de las normativas de las compras públicas, porque el objetivo principal que tienen es ganar la buena pro de la manera que sea, lo que perjudica no solo el uso de los recursos públicos y un proceso de selección, sino también la toma de malas decisiones de las empresas, motivadas por beneficios particulares y perjudicando directamente el bienestar común y el presupuesto público, que traen consecuencias sancionadoras cuando son descubiertas, incluso por actuaciones negligentes por falta de pericia o capacidad.

En materia de contrataciones del Estado, a lo largo de nuestra experiencia hemos observado las serias dificultades y apuros que tienen que pasar las empresas que fueron sindicadas como infractoras de la ley, teniendo que seguir como denunciados, un proceso administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, especialmente por no haber prevenido situaciones que en muchos casos no son las directas responsables, pero por haber confiado en terceras personas o en sus propios empleados tienen que asumir las consecuencias de sanciones que pudieron haberse evitado, incluso con responsabilidad vicaria por haber confiado en terceros, sin que exista ninguna intención.

Implementar el *compliance* en las contrataciones del Estado permite indicar las graves consecuencias y causales de sanción que sufren las empresas al ser sancionadas con multas, inhabilitaciones temporales o permanentes para que puedan participar en los procesos de selección que convocan todas las entidades públicas; sin embargo, estas situaciones podrían evitarse con programas de cumplimiento, al evaluarse los riesgos y perjuicios que traen consigo conductas inapropiadas, señaladas en la propia Ley de Contrataciones del Estado.

Los principios normativos que regulan las contrataciones públicas son necesarios y trascendentes en la gestión privada, debiendo cumplirse también, mediante la autorregulación que deben hacer las propias sociedades mercantiles, donde no resultan suficientes la imposición voluntaria de estándares de conducta y protocolos impuestos legalmente por el Estado. El Gobierno debe condicionar y fomentar nuevas estructuras y actividades que permitan este autocontrol, como son la aplicación novedosa de programas de cumplimiento y prevención corporativo; y no queden solo en buenas intenciones.

La implementación del *compliance* privado en las personas jurídicas que se dedican a contratar con el Estado, permitiría mejorar los procesos de toma de decisiones dentro de la empresa, identificando las áreas de mayor riesgo y las principales causales de comisión de las infracciones señaladas, para establecer señales de alerta y mecanismos de control respectivos, especialmente en la presentación de propuestas en los procesos de selección o en la elaboración del expediente técnico, de forma que constituya una herramienta valiosa para evitar actuaciones cuestionables y sancionables, con lo que se promueve una eficiente y buena gestión administrativa al interior de aquellas empresas.

Clavijo (2016) señala que para la implementación del *compliance* se requiere que la empresa o persona jurídica identifique las actividades o procedimientos que se lleva a cabo para sus labores cotidianas y que presentan una alta probabilidad de que se cometan delitos, tales como: i) delimitar las competencias y responsabilidades de los funcionarios que estarán encargados de realizar una debida vigilancia sobre los demás agentes que intervengan en los procesos con mayor probabilidad de que se cometan delitos; ii) se debe designar a una persona especializada y calificada, encargada de implementar y supervisar el correcto funcionamiento del programa de *compliance*, el cual se le denomina comúnmente como un oficial de cumplimiento; y iii) el que debe implementar el *compliance* es el oficial de cumplimiento, el mismo que contendrá las medidas concretas para prevenir y detectar los delitos más probables en las actividades o procesos identificados.

Como una herramienta de fomento en la cultura de cumplimiento del marco normativo jurídico de las contrataciones del Estado, el *compliance* generaría vías de anticipación, prevención, canalización, identificación y represión de conductas reprochables cometidos en el interior de una empresa que participa en los diversos procesos de selección en contrataciones públicas como son las licitaciones, concursos, adjudicaciones, convenios marcos, subastas inversas y otros, siendo útil para evidenciar la irresponsabilidad de una persona corporativa, como fundamento de culpabilidad ante la ausencia o defectuosidad del cumplimiento de las normas vigentes.

Se debe tener en cuenta que si bien anteriormente se han efectuado trabajos y publicaciones de las infracciones y sanciones que se pueden aplicar a los proveedores, postores y contratistas que intervienen en los procesos de selección con al entidades públicas, las mismas que se han venido incrementando y modificando en las nuevas normas y disposiciones legales que se han efectuado para mejorar la Ley y el Reglamento de las Contrataciones del Estado, pero nuestra investigación está referida a una manera de prevención y control de riesgos, precisamente para que no sucedan estas sanciones administrativas que aplica el OSCE.

En nuestra experiencia hemos advertido las graves consecuencias que sufren las empresas, ya sean estas personas naturales o jurídicas, cuando son sancionadas por haber infringido la Ley de Contrataciones Públicas en los procesos administrativos establecidos, por lo que son inhabilitadas para contratar con el Estado por largos periodos, lo que prácticamente hace posible su desaparición, es como si le aplicaran la pena de muerte con serias consecuencias que no solo afectan a la empresa y sus directivos, sino también a sus trabajadores, a sus proveedores, a sus acreedores, a su prestigio ante la opinión pública y al propio Estado que dejara de percibir los impuestos y contribuciones sociales que requieren.

No solo se debe buscar evitar la aplicación de las sanciones administrativas mediante la implementación del *compliance* normativo para las empresas, para no incurrir en el pago de multas e incluso la inhabilitación para contratar con el Estado, que les significaría grandes pérdidas de carácter económico al no poder participar en los procesos de selección que convocan las entidades públicas, sino que también se estaría practicando principios de responsabilidad social empresarial en la tarea de evitar consecuencias funestas no solo para sus directivos, sino también para todos sus miembros.

Conforme al ISO 37001, las medidas anticorrupción podrán implementarse de una manera proporcionada y razonable, de acuerdo con la naturaleza de la corporación. Estas medidas incluyen la adopción de políticas anticorrupción, nombramiento de un agente de cumplimiento que pueda supervisar las políticas anticorrupción, la capacitación a los funcionarios y personal, realizar evaluaciones

de riesgos de corrupción, asumir la debida diligencia en proyectos y relaciones de negocios, así como la presentación de informes y procedimientos de investigación.

> Es innegable la injerencia del *compliance* en las contrataciones con el Estado, pues desde sus pilares se aprecia que la normativa está orientada a que las actuaciones se desarrollen bajo estándares de rectitud e integridad. Si bien es cierto, la Ley n.° 30424 es taxativa respecto a quiénes son sujetos dentro de su ámbito de aplicación, mostrando como uno de ellos a las empresas públicas, actualmente, hay una corriente que describe al *public compliance* como esta nueva corriente en la que no solo la empresa pública puede adoptar este modelo, sino, también, una entidad pública.; sin embargo, en nuestros tiempos debería ser adoptada como obligatoria por la propia autonomía no solo de las entidades públicas sino de quienes se relacionan con las mismas. (Peralta Rosa, 2022)

6. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Las empresas consideradas como organizaciones colectivas y formales, deben adquirir y desarrollar una responsabilidad social que no solo se valora por los compromisos, misiones u obligaciones que deben tener ante la sociedad y las personas que requieren de sus servicios, sino que también deben materializarse mediante actuaciones responsables que pueden ser calificadas por la propia opinión pública, en las diversas formas de control social que son necesarias para exigir el cumplimiento de sus deberes morales y así determinar el nivel de eficacia y eficiencia con buenas prácticas para su funcionamiento.

La responsabilidad social corporativa se encuentra comprendida dentro del ámbito de la ética empresarial y una cultura de paz va más allá del cumplimiento de la legislación vigente o del respeto a las normas y principios establecidos, es una actitud ética que las empresas asumen de manera voluntaria y conveniente con el fin de contribuir al desarrollo social, al cumplimiento normativo en algunas actividades específicas que realizan como el respeto al medioambiente, las buenas prácticas en las contrataciones públicas, entre otras.

La responsabilidad social corporativa privada es una condición importante para mejorar la imagen ante el público consumidor de sus servicios, su función principal es la de integrar distintos elementos de ética dentro del modelo de negocios de la entidad, valorándola desde las perspectivas ambientales, laborales, sociales y económicas de su entorno, dentro del catálogo de principios y valores que deben estar plasmados en un código de ética propio y una dependencia que direccione estos compromisos.

> La responsabilidad social corporativa es una forma de dirigir las empresas basada en la gestión de los impactos que su actividad genera sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medio ambiente y sobre la sociedad en general; enlazado lógicamente con el fin de la empresa que es mejorar resultados económicos; por lo que deben tener en cuenta el creciente interés de los consumidores y usuarios sobre las cuestiones sociales, ambientales y de sostenibilidad, para poner en marcha proyectos y acciones que van más allá del cumplimiento de las leyes ambientales y sociales. (Sirvent Alonso, 2015)

El concepto de responsabilidad social introduce una valoración positiva o negativa según sea el impacto que una decisión institucional tenga para con la sociedad, la misma que puede ser tanto ética como legal y que le permita cumplir con sus objetivos de una manera objetiva, por normas, criterios o códigos previamente establecidos por las empresas o corporaciones, sean estas públicas o privadas, principalmente en el cumplimiento de la variada normatividad vigente en las actividades en que se encuentran involucradas, por lo que resulta necesario en el algunas empresas la instalación de un programa de cumplimientos o *compliance*.

La responsabilidad moral colectiva se produce cuando las instituciones y sus directivos incumplen las expectativas de comportamiento ético en el ejercicio de sus funciones que deben responder, hasta tal punto de que peligra el valor de sus actividades o servicios que deben prestar a la comunidad, por la falta de credibilidad y prestigio que deben tener ante la opinión de la ciudadanía y en especial,

de las personas que se encuentran en su entorno y tienen interés, provocando en algunos casos el rechazo a sus actuaciones por sus malas prácticas o ilicitudes.

Esta responsabilidad se caracteriza porque la empresa debe tener en cuenta el impacto que trae consigo la totalidad de sus actividades, generando beneficios sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general, a través de los grupos de interés (*stakeholders*) que los vinculan, generando una buena reputación que resulta rentable para las empresas y sus accionistas, lo que se ha convertido en la justificación económica de la gestión de un prestigio socialmente valorado.

El componente ético de la responsabilidad social corporativa se establece y define por el cumplimiento de las reglas éticas y buenas prácticas y no simplemente por las exigencias de grupos con intereses creados, más aún cuando se toma conciencia del servicio que se debe prestar a la sociedad, que en muchos casos reclama la falta de interés de sus funcionarios o comportamientos equivocados que tienen los integrantes de una institución respecto a la ayuda externa que podrían brindar, aun sin que existan exigencias legales.

> Se ha considerado que la crisis que atraviesa el mundo es producto de la falta de ética y de responsabilidad social, lo cual implica que los directivos de la empresas o gobernantes pensaron más en sus aspectos personales, que en los intereses sociales. Si bien es cierto que las empresas buscan lucrar, lo deben hacer dentro de las reglas de juego, en una competencia abierta y libre, sin engaño o fraude. Dada esta situación, podemos decir que los involucrados, no lograron alcanzar el nivel de juicio moral orientado a los principios éticos universales y no fueron capaces de distinguir lo legal de lo moral, actuar de acuerdo con la justicia, los derechos humanos y el respeto a la persona. (José Livia, 2014)

> El buen gobierno consiste en el ejercicio correcto del poder y la autoridad en el nivel supremo de la organización de una empresa, atendiendo al porque, al propósito y al fin de la actividad de quienquiera que los ejerza; sin la virtud y la educación integral del que gobierna, no es posible una reforma adecuada en un gobierno corporativo. Porque la virtud no solo se necesita para interpretar e implantar correctamente las reglas del buen gobierno, sino también para identificar y producir acertadamente los bienes relevantes de la ética y la moral, muchas veces sin necesidad de que exista un control externo. (Lázaro Cantero, 2013)

La Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior (2021) señala:

> Durante las últimas décadas, la sociedad ha sido testigo del desarrollo y crecimiento exponencial de diversas corporaciones como consecuencia de la liberalización del mercado, de la globalización, de las múltiples operaciones económicas que se realizan día a día y del avance científico y tecnológico. Estas distintas y nuevas actividades empresariales constituyen una fuente de riesgos y han dado lugar a la generación de nuevas formas de criminalidad, en especial, la criminalidad empresarial. Frente a esto, el Estado busca realizar acciones conducentes a prevenir o reducir la comisión de infracciones normativas por parte de las empresas. Una manera de alcanzar este objetivo es promover que sean estas las que cumplan con prevenir o reducir riesgos mediante la implementación de Programas de Cumplimiento Normativo.

> Las empresas tienen una responsabilidad social profunda que debe mostrarse en el día a día, no solo a través de prácticas comerciales éticas, justas y ecológicamente sostenibles en todos los aspectos de una organización, sino también en la participación en las cuestiones fundamentales que tiene la sociedad. La responsabilidad social corporativa es uno de los términos que más está creciendo en la gestión empresarial; trasmite los principios y valores, lucha contra la corrupción y defensa de los derechos humanos que deben formar parte del compromiso social de la empresa. (U-EENI Escuela Superior de Negocios Internacionales, 2020)

> La responsabilidad social empresarial abarca distintas acciones que permiten a las empresas organizarse correctamente y, al mismo tiempo, contribuir a la sociedad, actuando como un buen ciudadano corporativo. Estas acciones suelen materializarse en políticas empresariales bien estructuradas. Por otro lado, la magnitud de una empresa o la complejidad de su organización

pueden generar mayores riesgos para la sociedad, los cuales, en algunos casos, podrían derivar en catástrofes, como derrames de petróleo o actos de corrupción. Estos riesgos deben ser gestionados eficazmente para preservar una cultura empresarial saludable y mantener una adecuada responsabilidad empresarial.

7. CONCLUSIONES

- En general, el *compliance* se define como un mecanismo que las empresas deben implementar de manera voluntaria y necesaria, para establecer estándares normativos de cumplimiento, para garantizar la fidelidad de la empresa a las normas éticas y legales, para evitar sanciones de naturaleza administrativa o de cualquier otra naturaleza, que en nuestra exposición, se encuentran direccionadas a las contrataciones del Estado con el fin de evitar la aplicación de sanciones que se encuentran previstas en la Ley n.° 30225.

- Aun cuando el *compliance* ha sido intensamente estudiado en el derecho comparado internacional y aplicado en las áreas del derecho penal, y en un menor grado en el derecho administrativo en general, para prevenir diversos actos de corrupción. No hemos encontrado propuestas para tratar de evitar riesgos y tener un autocontrol mediante gestiones que utilicen esta valiosa herramienta, para evitar las diversas infracciones que se encuentran sancionadas en la ley de contrataciones del Estado.

- Se ha señalado que el *compliance* es una cultura que no solo evita riesgos y genera seguridad jurídica, sino que además hace mejor a las empresas, mejorando el clima de trabajo con unas reglas más trasparentes para todos, optimizando los procesos de compras a proveedores; unificando las estrategias comerciales y políticas de atención al cliente; perfeccionando los procedimientos y procesos internos, y el cumplimiento de las normas para que sean más competitivos, rentables, responsables ética y socialmente.

- En las contrataciones que realizan los proveedores con las instituciones públicas se debe prevenir las infracciones que señala la Ley n.° 32069, por lo que es necesario señalar la importancia de la procedencia de la implementación del *compliance* empresarial o programa de cumplimiento normativo en las contrataciones públicas para tratar de evitar las sanciones que aplica el Tribunal del OECE y las consecuencias que son numerosas, con sus impactos negativos que traen consigo en otras esferas de las actividades gubernamentales.

- La implementación del *compliance* en las compras públicas se justifica porque permitiría disponer que las empresas incorporen un programa de prevención, para eximirse de responsabilidad administrativa, dejando de lado a las entidades del Estado que tienen el control supervisor, como el OECE y la Contraloría. Dichos programas de cumplimiento normativo coadyuvarían a combatir las conductas irregulares al interior de la organización estructural y funcionalmente, evitando también, la toma de malas decisiones en el sector empresarial.

- También contribuye al desarrollo del *compliance* empresarial en las contrataciones públicas con un oficial de cumplimiento, en una especialidad que resulta trascendente para los intereses de nuestro país, que si bien tienen que ver con faltas de carácter administrativo, estas han sido la materia jurídica de donde han provenido los mayores actos de corrupción que tienen las grandes empresas, con grandes y graves perjuicios económicos que han afectado los intereses de la nación y escandalizado a la opinión pública.

- La implementación del *compliance* en contrataciones públicas permite disponer que las empresas deban contar con un programa de prevención, para eximirse de responsabilidades penales o administrativas, dejando de lado a las entidades del Estado que tienen el control supervisor y sancionador, para que ellas cuenten privadamente con tales programas, que coadyuven a combatir la ilegalidad al interior de la organización estructural y funcional de la empresa, a pesar de que existe una indiferencia sistemática en tomar precauciones.

- La eficacia e idoneidad del *compliance* empresarial se posibilita con las disposiciones en el ordenamiento jurídico mediante la Ley n.° 30424 y sus complementos. También se han regulado los requisitos mínimos con los que debería contar el modelo de prevención suficientes para establecer un programa eficiente e idóneo para la finalidad del cumplimiento normativo; sin embargo, aún queda por observar cómo se aplicarán y valorarán estas disposiciones en relación con el criminal compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- Las empresas que participan en las contrataciones deben tener personas técnicamente preparadas para implementar el *compliance* normativo en contrataciones del Estado, empleando los conocimientos tecnológicos y científicos necesarios con la legislación existente para cumplir con los programas que deben darse en cumplimiento no solo de normas internas, sino que además deben proyectarse en criterios de responsabilidad social.

- La responsabilidad social empresarial es un conjunto de obligaciones inherentes a la libre toma de decisiones de una actividad o condición señalada en su propia organización, aun no tipificada por el ordenamiento jurídico positivo, pero cuya fuerza vinculante y determinación se encuentran en la íntima convicción social que la institución realiza por mutuo propio y su incumplimiento supone la infracción de las normas de cultura general y de convivencia pacífica con quienes se encuentran a su entorno.

8. REFERENCIAS

Referencias bibliográficas

ABAD SALDAÑA, Giovanna. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo». En *Advocatus*, 2018.

CLAVIJO JAVE, Camilo. «*Criminal compliance* en el derecho penal peruano». En *Derecho PUCP*, 2016.

COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LA AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. *Fiscalización, transparencia y rendición de cuentas*. Tomo 4. México D. F.: UEC, 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance, anticorrupción y antilavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

LIVIA, José. «El compromiso de la universidad con la responsabilidad social». En *Cátedra*, vol. 4, n.º 2, 2016.

LÓPEZ DONAYRE, Mª Belén. «Los Programas de Compliance y su reflejo en la contratación pública». En *Derecho PUCP*, 2018.

NAVAS RONDÓN, Carlos. «Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles». Lima: Adrus, 2014.

NAVAS RONDÓN, Carlos. *La ética como la mejor vacuna contra el virus de la corrupción*. Lima: Jalka, 2023.

NIETO MARTIN, Adán. *Autorregulación y sanciones*. Valencia: Aranzadi, 2015.

PEÑA-CABRERA, Alonso. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacifico, 2016.

RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima: Jurista Editores, 2012.

SIRVENT, Alonso. «La responsabilidad social corporativa». En *Revista del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo*, 2015.

Referencias en línea

ANDRÉS VICENTE, Eva «Responsabilidad». En *Enciclopedia Significados*. https://www.significados.com/responsabilidad/

CEUPE. *Origen del compliance.* 2021. www.ceupe.com

GARBERÍ, Alex. *¿Qué es el compliance penal?* 2017. https://www.garberipenal.com/corporate-programa-compliance-penal/

PERALLTA QUISPE, Rosa. *Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública*. https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2022/11/11-LOS-PROGRAMAS-DE-COMPLIANCE-Y-SU-REFLEJO.pdf

ARMENDARIZ OCHOA, Luis. *Criminal compliance, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo.* 31 de diciembre de 2024. https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/789/794

Referencias legales

Ley n.° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrative de las Personas Jurídicas

Decreto Supremo n.° 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley n.° 30424

Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Publicas y su Reglamento

DERECHO BANCARIO Y DE SEGUROS

LOS NUEVOS PARADIGMAS REGULATORIOS Y CONTRACTUALES DEL DERECHO BANCARIO, FINANCIERO Y BURSÁTIL EN LA ACTUALIDAD

Julio Hernán Figueroa Bustamante[*]

El presente artículo analiza las orientaciones actuales y los futuros desarrollos del derecho bancario, financiero y bursátil, y a su vez se subrayará su complementariedad notoria y la vinculación existente entre los paradigmas.

Es conveniente precisar que la estabilidad monetaria y financiera constituyen elementos indispensables para un desarrollo de las actividades de financiamiento empresarial que se realizan en el sistema financiero y en el mercado de valores, los que a su vez requieren claras reglas de juego, continuidad de políticas macroeconómicas y el apoyo a la promoción de la inversión privada.

La política financiera del Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, está integrada por una buena política fiscal, presupuestal y de endeudamiento e inversión pública que contribuyen a una mayor recaudación tributaria, que permite al Estado apoyar actividades fundamentales como la educación, salud, seguridad, justicia, promoción del empleo y los servicios públicos, todo esto unido a la estabilidad monetaria preservada autónomamente por el BCR, mediante el buen manejo de los instrumentos especializados, como las tasas de interés, el encaje, el redescuento, los límites de crédito y las operaciones de mercado abierto, aplicadas según políticas monetarias expansivas o restrictivas de la cantidad de dinero en el mercado.

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ejerce en representación al Estado el control de las empresas del sistema financiero y previsional, asegurando que sus organizadores reúnan los requisitos de solvencia establecidos legalmente que les permitan contar con una autorización de funcionamiento y que desarrollen sus operaciones y contratos bancarios en armonía con la Constitución, la legislación bancaria nacional y los convenios internacionales de Basilea, respetando el secreto bancario, las garantías de crédito, la protección del consumidor financiero, la administración del riesgo crediticio y la transparencia de sus actividades; brindando, asimismo, las condiciones de regulación y supervisión requeridas en favor de los clientes previsionales de las administradoras privadas de fondos de pensiones.

Como también el mercado de valores impulsa el financiamiento corporativo con la supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores que regula, promueve y supervisa el desarrollo de las actividades de las sociedades emisoras de valores y Sociedad Agentes de Bolsa.

1. INTRODUCCIÓN

Es pertinente analizar las principales innovaciones y orientaciones del derecho bancario, financiero y bursátil, buscando destacar sus principales características, aproximaciones y las vinculaciones que

[*] Abogado con grado académico de magíster en derecho civil y comercial, ambos por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de Derecho Comercial, Financiero y Bancario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. hfigueroab@unmsm.edu.pe

mantienen entre sí con la finalidad de entender de manera holística y sistemática sus emblemáticas instituciones, aportes y relaciones.

Las finanzas públicas en el Perú desde 1991 han adquirido una importante distinción por su contribución al equilibrio financiero entre ingresos y gastos públicos, lo que ha permitido contribuir a la obtención de un adecuado desempeño macroeconómico y a la dinamización de la actividad productiva de bienes y servicios.

La solidez financiera brindada por la mayor recaudación tributaria, el equilibrio presupuestal, endeudamiento público y la inversión pública —factible y sustentable— generan un orden funcional que se refuerza con las buenas políticas monetarias establecidas por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), que regula la cantidad de dinero que se emite responsablemente y ello garantiza la estabilidad monetaria que beneficiará a los inversionistas y agentes económicos intervinientes en el mercado, generando un círculo virtuoso para el ahorro y la inversión.

La política monetaria ha permitido garantizar el cumplimiento de las funciones económicas y jurídicas del dinero como medio de intercambio, depósito de valor, unidad y cuenta, como también un instrumento de crédito y, medio de pago para cancelar obligaciones dinerarias aplicándose la misma sobre los instrumentos de política monetaria como son las tasas de interés, el encaje, el redescuento, los límites de crédito y las operaciones de mercado abierto con el dinero emitido por el BCRP. En ese sentido, según esa oferta monetaria, las empresas del sistema financiero captan el dinero del público y, conjuntamente con su capital, lo destinan a modalidades de crédito e inversión en una actividad de intermediación financiera que permite la transferencia de recursos financieros desde las unidades económicas superavitarias a las unidades económicas deficitarias.

Esa intermediación financiera es indirecta por cuanto la presentación de una solicitud de crédito no necesariamente significa que será aprobada —hay todo un análisis previo de las garantías de crédito y de la calidad del sujeto de crédito— y también porque es muy difícil determinar de qué fuente provienen los fondos para el otorgamiento del crédito entre esa inmensa masa dineraria que administra el banco.

El sistema financiero actual se caracteriza por la banca múltiple, la liberalización financiera, la masividad de sus operaciones bancarias, la diversificación del riesgo, la internacionalización de sus actividades, la amplia protección del consumidor financiero, sus contratos por adhesión y por cláusulas generales de contratación.

Por otro lado, también debe destacarse el aporte de los contratos bancarios modernos como el *leasing*, el *factoring*, el fideicomiso, el *underwriting*, el *project finance* y el *forfaiting* que son importantes fuentes de financiamiento empresarial. Asimismo, es relevante la regulación del secreto bancario que protege la confidencialidad de las operaciones de depósito de los clientes —requiriéndose siempre el consentimiento del titular, salvo en los casos de excepción previstos en la legislación bancaria— para autorizar su levantamiento.

Así como también es importante la regulación de las garantías del crédito como la hipoteca, la garantía mobiliaria, la anticresis, el derecho de retención y la novedosa figura del fideicomiso en garantía y las garantías personales tradicionales como son el aval y la fianza. Por otro lado, también es relevante la clasificación de los activos financieros conforme a su nivel de riesgo, los criterios de supervisión financiera consolidada a la totalidad del grupo empresarial financiero, las facultades disciplinarias de la SBS para disponer un régimen de vigilancia de intervención o de disolución y liquidación de la respectiva empresa.

También debe destacarse la internacionalización del derecho bancario expresada en la gran vinculación entre las empresas del sistema financiero nacional y los grandes centros financieros internacionales, así como por la influencia gravitante de las normas contenidas en los convenios de Basilea

aprobados por el Comité de Basilea que disciplinan la regulación financiera internacional para el buen funcionamiento del sistema financiero.

Como también es menester destacar la protección del consumidor financiero que busca consagrar los derechos de información veraz, suficiente y oportuna; la idoneidad de los productos y servicios financieros; el derecho a denunciar y demandar al mal proveedor ante el Indecopi y ante el Poder Judicial, respectivamente.

2. CUERPO

La existencia de un sistema financiero competitivo y confiable, el desarrollo de la liberalización financiera, la existencia de la banca múltiple, la diversificación del riesgo crediticio, la función social de la actividad bancaria —independientemente de su naturaleza de actividad mercantil— representan los grandes objetivos del derecho bancario nacional y comparado.[1]

En ese orden de ideas, se percibe una notoria sintonía entre los objetivos de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley n.° 26702) con los grandes postulados y principios de las regulaciones de Basilea como, por ejemplo, la supervisión bancaria consolidada, el tratamiento integral del riesgo financiero operativo y de mercado, la preocupación por la solvencia de los organizadores de las empresas del Sistema Financiero, la necesidad de brindar solidez y continuidad al patrimonio efectivo de los bancos, el adecuado tratamiento de los grupos financieros, la protección del secreto bancario —con las causales en las que se justifica su levantamiento—, los fondos de seguro de depósitos, el respeto y cumplimiento de los instrumentos de política monetaria. En esa orientación debe destacarse la exigencia de requisitos de solvencia académica, profesional y gerencial que deben reunir los organizadores de las empresas para obtener la autorización de organización, así como también la autorización de funcionamiento.

Asimismo, es importante la inscripción de las acciones representativas del capital social de las empresas en la Bolsa de Valores, dado que promueve una mayor vinculación entre el sistema financiero y el mercado de valores. En ese sentido es importante la conformación de grupos financieros integrados por empresas bancarias, financiera de seguros, sociedades agentes de bolsa y almacenes generales de depósito que brindan una cobertura muy amplia de actividades y operaciones de banca múltiple para asegurar mejor servicio a los consumidores y usuarios.

Por otro lado, la realización de operaciones internacionales como sostiene Villegas[2] «permite el financiamiento de operaciones de comercio exterior, integrando las actividades de un sistema financiero internacional». Se debe resaltar que el derecho bancario implica una conceptualización internacional e interdisciplinaria, puesto que combina entes reguladores y entidades financieras internacionales.

Ahora bien, las operaciones de *leasing* o también conocido como arrendamiento financiero, el *factoring*, el *fideicomiso* y las de *project finance* brindan una importante contribución a la actividad industrial, como también a la recuperación de los créditos.

Profundizando en estas modalidades contractuales, en el contrato de *leasing* como señala Barreira[3] «se propicia la adquisición de bienes muebles e inmuebles de consumo duradero y aprovechamiento —principalmente industrial— mediante una modalidad especial de arrendamiento inicial que contempla el ejercicio de una opción de compra de estos al terminar el pago de las cuotas o rentas mensuales consecutivas establecidas en el contrato de arrendamiento».

En el contrato de *leasing* se puede distinguir clases o modalidades diversas como las siguientes:

---

1 FIGUEROA BUSTAMANTE, Julio Hernán. *Derecho bancario*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2009, p. 28.
2 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Operaciones bancarias*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 185.
3 BARREIRA DELFINO, Carlos Alberto. *El* leasing *financiero*. Buenos Aires: Editorial Roberto Guido, 1996, p. 76.

- *Leasing* financiero: con participación del banco financiera o empresa de *leasing*, pues el arrendatario y la empresa proveedora del bien acuerdan la posibilidad de ejercitar una opción de compra y convertirse de arrendatario en propietario.

- *Leasing* operativo: el banco, la financiera o la empresa de *leasing* arriendan directamente el bien mueble o inmueble al arrendatario. De la misma forma, en cuanto a la clase del bien existe distinción entre el *leasing* inmobiliario y *leasing* mobiliario, así como entre el *leasing* nacional y el *leasing* internacional que a su vez estas tienen sus propias particularidades.

Por otro lado, el contrato de *factoring,* según Barbieri[4] «tiene por finalidad que las empresas bancarias financieras adquieran facturas y letras de cambio emitidas por empresas clientes y que han sido aceptadas por diversos compradores».

De esta manera se contribuye al financiamiento empresarial y a la reducción de la cartera pesada o morosa. Como también permite que —generalmente— una pequeña o microempresa cuente con fuentes de financiamiento bancario para su actividad económica mediante la venta a una empresa factor que puede ser un banco, financiera o empresa de *factoring* de los títulos valores aceptados por sus clientes al momento de efectuar la adquisición de bienes.

A su vez este contrato permite por su naturaleza de acto jurídico ofrecer otras prestaciones por parte de la empresa del sistema financiero a contribuir en la atención de su cartera crediticia morosa, así como en la asesoría financiera y administrativa del negocio que desarrolla la empresa pyme.

En lo que respecta al contrato de *underwriting* según Arias-Schreiber[5] «el banco o financiera colocan en el mercado acciones representativas del capital social o bonos emitidos por sociedades anónimas que se quieren constituir mediante la modalidad de oferta a terceros, lo cual constituye una importante fuente de financiamiento empresarial a través el Mercado de Valores».

De la misma forma en este tipo de contrato la empresa bancaria o financiera contribuye a la emisión y colocación de valores mobiliarios para posibilitar la constitución de la sociedad anónima o el aumento de su capital social mediante la colocación de bonos y acciones en el mercado de valores mobiliarios. Es conveniente precisar que el banco o la financiera se dedican regularmente a operaciones de intermediación financiera y en la eventualidad de que cualquiera de ellas adquiriera acciones de la empresa que contribuye a constituir mediante oferta a terceros, deberá proceder a la venta de dichas acciones en un plazo no mayor a 18 meses, porque el banco ha realizado esas operaciones con dinero del público y si a los 18 meses no las ha transferido deberá constituir provisiones contables con su propio patrimonio, lo cual representa un importante costo financiero que deberá valorar antes de su participación como agente financiero en estas operaciones.

En el caso del contrato de *fideicomiso* se trata de una relación jurídica entre el dueño del patrimonio fideicometido denominado fideicomitente, que lo transfiere a un banco o financiera fiduciaria para que esta lo administre en favor de un tercero llamando fideicomisario, bajo diferentes modalidades y finalidades. En ese sentido hay un desarrollo de vinculación o relación jurídica trilateral. El fideicomitente que es propietario de un patrimonio fideicomitido que lo transfiere en dominio fiduciario a una empresa bancaria o financiera fiduciaria para que esta lo administre en beneficio del fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario del propio fideicomitente. El objeto del contrato, como señala Arias-Schreiber, es que la empresa del sistema financiero administre dicho patrimonio con fines de administración, inversión, actividades culturales para constituir garantías, brindar apoyo a la comunidad o realizar actividades filantrópicas a favor de aquellas personas vulnerables, proyectos inmobiliarios, defensa de la voluntad del causante, fines sucesorios, entre otros. Es conveniente precisar que en la naturaleza jurídica del fideicomiso subyacen tres aspectos, el fideicomiso como negocio jurídico, el contrato de fideicomiso y el negocio jurídico fiduciario o de confianza.

---

4 BARBIERI, Pablo. *Contratos de empresa*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, pp. 247 y 248.

5 ARIAS-SCHREIBER, Max. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 118.

En el contrato de *project finance*, el banco brinda recursos financieros para que los inversionistas desarrollen proyectos de considerable envergadura en cuanto a los contratos bursátiles son acuerdos de voluntades que tienen por objeto obtener financiamiento empresarial corporativo mediante la oferta pública de valores mobiliarios, los contratos de futuros y opciones sobre materias primas, tasas de interés e índices bursátiles.

Además, la empresa que obtiene el apoyo financiero cumple con el pago de acuerdo con un cronograma de cuotas flexibles y cambiantes de conformidad con el desarrollo del proyecto de inversión y la generación de flujos financieros en los grandes proyectos como los de infraestructura vial, constituyendo un importante aliciente financiero por las características del contrato.

Por otro lado, se debe destacar la función que cumplen los bancos, pues ellos brindan asesoría financiera como también apoyan la reestructuración empresarial para una recuperación de empresas en crisis dentro del proceso concursal. Asimismo, se verifica el desarrollo de la contratación bancaria moderna, masiva, estandarizada, internacionalizada, con importantes derechos reconocidos al consumidor, con una regulación general y mesurada, dado que, ofrecen mecanismos para lograr que el público perciba seguridad a la hora del depósito o préstamo de su dinero.

Cabe señalar que la participación de la banca a través de subsidiarias en el mercado de valores ha permitido una importante dinamización del mercado bursátil, participando con patrimonios diferentes a los que emplea para el desarrollo de sus operaciones cotidianas de intermediación financiera.

En los sectores bancario y bursátil gran parte de la consulta internacional entre los entes reguladores bancarios durante los últimos años se gestiona de manera efectiva a través del Convenio de Basilea. El Convenio de Basilea busca la mayor garantía en las operaciones de crédito y que, a su vez, las operaciones bancarias se encuentren orientadas por límites de crédito de acuerdo con el patrimonio efectivo de la institución financiera, así como las causales de inclusión, intervención, disolución y liquidación de las empresas por insuficiencia de capital o incumplimiento de los deberes de encaje.

Es importante, en la legislación bancaria, promover la existencia de un sistema financiero sólido, competitivo y confiable, dado que el cumplimiento de tan importantes normas y principios ayudan a la realización de sus objetivos y la disminución del riesgo crediticio.

En esa orientación, el sistema financiero nacional e internacional han venido cumpliendo una importante función social en favor de la economía de los clientes y consumidores financieros, permitiendo el financiamiento de diversos proyectos de desarrollo, la mejora de las condiciones de vida y la mayor integración e inclusión economía y social.

3. CONCLUSIONES

- Existe una gran complementariedad entre las políticas financieras, bancarias y bursátiles, permitiendo que la estabilidad monetaria y macroeconómica influya positivamente en el desarrollo del sistema financiero y en el mercado de valores como instrumentos de financiamiento empresarial para la atención de diversos objetivos corporativos y personales.

- El derecho bancario alimenta permanentemente el desarrollo de un sistema financiero solido competitivo y confiable, mediante el cumplimiento de normas legales nacionales e internacionales, pues estas últimas alientan el desarrollo de diversas operaciones y servicios bancarios con una mayor aproximación en los mercados de valores.

- Asimismo, el desarrollo de la actividad bancaria es de un gran interés público, teniendo en cuenta que los fondos del publico constituyen su principal activo, por lo que debe ser debidamente administrada con responsabilidad funcional y operativa, debiendo observarse

especialmente las normas sobre límites de crédito, encajes legales, capitales sociales mínimos, supervisión bancaria consolidada, diversificación del riesgo crediticio, dentro de un espíritu orientador de la actividad mercantil, pero con clara vocación social de apoyo a los sectores económicos y sociales diversos. La intermediación financiera es autorizada, habitual, profesional y regulada, características que brindan seguridad a los consumidores y usuarios, al Estado y a la comunidad en general.

- Es muy importante destacar la presencia de contratos financieros modernos como el *leasing*, el *factoring*, el *underwriting*, el fideicomiso y el *project finance* que brindan importantes contribuciones en favor de la adquisición de bienes de consumo duradero, la adquisición de los títulos valores emitidos por las empresas pymes y aceptadas por sus clientes, la constitución de sociedades anónimas por oferta a terceros, la administración en un patrimonio de afectación con fines diversos y el financiamiento de infraestructura en cuanto a su solvencia patrimonial. Se protege con un equilibrio financiero importante y de sustento económico como la comparación entre las tasas de interés activas y pasivas, la compensación de los saldos acreedores y deudores en las cuentas de los clientes, el encaje mínimo legal, las reservas legales, un adecuado patrimonio efectivo el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; así como la Superintendencia del Mercado de Valores contribuyen a una adecuada regulación y supervisión de las empresas del sistema financiero; garantizando el conveniente manejo monetario, la supervisión bancaria y bursátil es importante destacar la importancia de la contratación masiva, la protección del consumidor y la libre competencia como instituciones esenciales que contribuyen al correcto funcionamiento del mercado financiero.

- Asimismo, es necesario destacar la vigencia plena de libertades constitucionales fundamentales como las de empresa, contratación, comercio e industria, y el derecho a la personalidad jurídica que influyen en el correcto funcionamiento de las empresas del sistema financio y del mercado de valores.

- En nuestra perspectiva se debe mantener la interesante relación entre la estabilidad monetaria, financiera y la rentabilidad del mercado de valores, porque dicha conjunción de esfuerzos ha permitido constituir sistemas financieros sólidos, competitivos y confiables a la regulación del derecho bancario.

- Es conveniente destacar que la función social de la actividad bancaria se garantiza con el desarrollo creciente de operaciones, productos y servicios que satisfacen las necesidades de los consumidores y usuarios, a los que se debe brindar derecho a la información veraz y oportuna.

- Resulta muy importante precisar que el desarrollo de la tecnología influye muchísimo en las transacciones financieras y monetarias, generando estas tecnologías un gran desarrollo de nuevas modalidades de dinero, entre ellas las criptomonedas, que deben ser debidamente reguladas.

- Finalmente, debe precisarse que los accionistas, directores y gerentes de las empresas y entidades financieras deben cumplir a cabalidad sus funciones, porque de incurrir en dolo, negligencia grave o abuso de facultades asumirán responsabilidad solidaria, lo que podría adicionalmente influir en la inclusión de la institución financiera en un régimen de vigilancia, intervención o disolución y liquidación, por lo que se estima que deberá aprobarse un nuevo Convenio de Basilea que regule y sustente el desarrollo de los sistemas financieros y adecue sus actividades a la situación de la pandemia.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS-SCHREIBER, Max. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1995.

BARBIERI. Pablo. *Contratos de empresa*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

BARREIRA DELFINO, Carlos Alberto. *El leasing financiero*. Buenos Aires: Editorial Roberto Guido, 1996.

FIGUEROA BUSTAMANTE, Julio Hernán. *Derecho bancario*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2009.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Operaciones bancarias*. Buenos Aires: Rubenzal-Culzoni, 1998.

EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO Y SU DISTORSIÓN EN EL DERECHO DE SEGUROS

Lucero Celeste Ramírez Izaguirre[*]

1. INTRODUCCIÓN

El principio de indemnización en seguros tiene como finalidad que cuando ocurra un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, la aseguradora cumpla con su obligación de «indemnizar» dentro de los límites del contrato de seguro, siempre que no exceda las sumas aseguradas y que, además no implique un enriquecimiento indebido en la esfera del asegurado. Si bien, en esencia, este principio ha sido recogido en la legislación peruana de manera expresa y forma parte inherente a otras leyes extranjeras entre las que resulta importante mencionar a México, Paraguay, Argentina y España, lo cierto es que existen supuestos en los cuales el principio indemnizatorio se distorsiona y se afecta de manera gravísima el mercado asegurador, siendo los casos más frecuentes aquellos referentes a la correcta aplicación e interpretación de las normas que rigen a los contratos de seguros y aquellos vinculados al procedimiento de liquidación cuando este se reputa como no idóneo.

En ese sentido, la presente investigación tiene como finalidad analizar los fundamentos y alcances del principio indemnizatorio en seguros para comprender cuándo el pago se traduce en el quebrantamiento de este principio. Si bien cada reclamación en materia de seguros presenta matices distintos, nos proponemos analizar aquellos casos más trascendentales que afectan el principio indemnizatorio.

La importancia del tema radica en que la indemnización en Derecho de Seguros constituye un pilar fundamental porque garantiza que se otorgue un pago indemnizatorio que se corresponda con el daño efectivamente sufrido por el asegurado, proscribiéndose que este se enriquezca indebidamente.

Para estos efectos, emplearemos la metodología comparada respecto de los fundamentos y manifestaciones del principio indemnizatorio en la legislación nacional y extranjera, lo que nos permitirá proponer mejoras que permitan la correcta observancia del principio indemnizatorio cuando acontece un siniestro.

2. ALCANCES DE LA INDEMNIZACIÓN: ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO DE SEGUROS

2.1. Indemnización —y su distinción del resarcimiento— en el derecho civil

A efectos de comprender qué implica el principio indemnizatorio que desarrollaremos en la presente investigación, consideramos necesario partir desde su definición. El término «indemnización», del cual se deriva la acción de «indemnizar» significa 'resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica'.[1]

---

[*] Abogada y Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctoranda en Derecho por la misma casa de estudios. Especialista en Derecho de Seguros por la Universidad de Salamanca, España. Corresponsal en el Programa Internacional de Litigios y Arbitrajes para Latinoamérica, México. Ha sido becaria del VII Programa Internacional de las Naciones Unidas. Autora del libro *Nulidad de Contrato de Seguro: Análisis legal, doctrinario y jurisprudencial* publicado por la editorial Instituto Pacífico. Profesora del curso de Obligaciones de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Actualmente es Asociada Sénior en el área de Litigios y Arbitrajes en Rodríguez Angobaldo Abogados.

[1] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Indemnizar». En *Diccionario de la lengua española*. https://www.rae.es/drae2001/indemnizar

Como podemos advertir, se entiende la indemnización como sinónimo de resarcimiento; sin embargo, en el campo jurídico, estos dos términos tienen orígenes y efectos jurídicos distintos. La indemnización implica una compensación que permite reequilibrar económicamente la situación jurídica de las partes a efectos de que ninguno de ellos se enriquezca a expensas del otro, mientras que el resarcimiento implica restaurar el *statu quo* a fin de buscar volver al estado anterior al evento dañoso. Por tal motivo, el resarcimiento importa un juicio de responsabilidad civil en el que se debe verificar la concurrencia de cada uno de sus elementos, a tal punto que si los mismos no son desarrollados en una demanda de indemnización por responsabilidad civil, es posible que el juzgador declare la inadmisibilidad de la demanda, a fin de que el sujeto activo subsane la demanda, lo precise y desarrolle de manera previa a fin de que se admita la demanda o, en su caso, que el juez de la causa no advierta dicho yerro de la parte demandante y el proceso continúe hasta la expedición de una sentencia donde, de declararse fundada la demanda, en una eventual apelación, se podría resolver declarando nula la sentencia.

Partiendo de dicha premisa, la indemnización tiene como fuente la ley y el resarcimiento la configuración de los elementos de la responsabilidad civil, pudiendo ser el pago en el primero en dinero, mientras que en el segundo se admite la reparación *in natura* o *in especie*. En el caso peruano, los términos de indemnización y resarcimiento se utilizan de manera indistinta y prueba de ello son los artículos 1969, 1321, 1984 y otros del Código Civil peruano de 1984; empero, a través del III Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema de la República Peruana, a propósito del análisis del artículo 345-A y el debate sobre el divorcio por causal de separación de hechos, se reconoció que la indemnización y el resarcimiento sí tienen distinta naturaleza jurídica, no siendo necesario el estudio de los elementos de la responsabilidad civil para tal efecto.

Entre los casos donde podemos identificar supuestos de indemnización (y no de resarcimiento), se pueden identificar los casos de indemnización derivada de expropiación por parte del Estado; los casos de despido arbitrario donde se pueden pagar indemnizaciones tarifadas; indemnización por ruptura de la promesa recíproca de matrimonio y los contratos de seguros.

2.2. ¿Qué es la indemnización en el derecho de seguros?

Como bien se plasma en la frase «El seguro no es para ganar, es para no perder», se concibe el contrato de seguro como aquel que permite al asegurado trasladar el riesgo a la compañía aseguradora, a efectos de que, en caso se produzca el evento cuyo riesgo es objeto del seguro, este se active y responda la compañía de seguros brindando la cobertura mediante una «indemnización», dentro de los límites y condiciones establecidos.

¿Qué será entonces la indemnización en el ámbito del derecho de seguros? Desde nuestra perspectiva, la indemnización implica que ante la ocurrencia de un siniestro que genere pérdidas al asegurado, sea la compañía de seguros la que pague una indemnización para colocarlo en las mismas condiciones previas al evento. Entonces, de manera preliminar, se podría afirmar que, si con el seguro se logra enriquecer al asegurado, entonces se quiebra el principio de indemnización en el derecho de seguros; sin embargo, existen ciertos escenarios excepcionales donde el principio de indemnización no opera, entre ellos se ubica el seguro de vida en el que se pueden contratar diversas pólizas y en caso del fallecimiento de su titular, el beneficiario puede solicitar se le «indemnice» según el valor que dispongan los términos establecidos en cada uno de los seguros. Así, en palabras de Montoya, la indemnización no es objeto de valuación en el seguro de vida, puesto que se trata propiamente de una suma de previsión.[2]

---

[2] MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho Comercial*. Tomo III. Undécima edición actualizada. Lima: Editorial Grijley, 2004, p. 90.

2.3. El principio de indemnización: diferencias entre el derecho civil a través de la institución de la responsabilidad civil y el derecho de seguros

Al respecto, se deben diferenciar los principios ético-jurídicos y los principios positivos sectoriales y sistemáticos, considerando dentro de los primeros a aquellos principios «ius naturales» y dentro de los segundos aquellos que pertenecen específicamente a un sector.[3] Así, los principios del derecho de seguro se enmarcan dentro de la segunda clasificación porque no se expanden hacia todo el ordenamiento jurídico, sino que se limitan a un área específica respecto de la cual sienta sus bases.

El principio de indemnización en general constituye un concepto fundamental en el ámbito del derecho civil y en el derecho de seguros. Como punto en común su propósito es buscar colocar a la víctima o al asegurado en una situación anterior a la producción del evento que le produjo pérdidas y sin que ello genere un beneficio económico indebido; sin embargo, el empleo de este principio varía según el ámbito en el que se aplique.

En la responsabilidad civil el principio indemnizatorio se plasma en la obligación de indemnizar (o de resarcir propiamente) que surge por la comisión de un hecho generador del daño. El resarcimiento se corresponde con el incumplimiento de una obligación legal o contractual, esto es, si se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, la indemnización será amplia e integral (1969 del Código Civil peruano) y será restringida si se trata de un supuesto de responsabilidad civil por inejecución de las obligaciones (artículo 1321 del Código Civil peruano). A efectos del pago de la indemnización, se requiere la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil.

Por su parte, en los seguros, el principio indemnizatorio refiere a la indemnización que proviene del contrato de seguro el cual equivale al valor de la pérdida o daño sufrido, sin que ello implique un beneficio mayor (salvo determinadas excepciones propias de la naturaleza del seguro). En ese sentido, se asumirá una indemnización en caso el riesgo haya sido objeto de cobertura y siempre dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. Siendo así, aunque el asegurado tenga pérdidas mayores, el seguro solo cubrirá como máximo hasta el límite establecido en la Póliza.

Ahora bien, a efectos del pago de una indemnización en derecho de seguros, atendiendo al tipo de seguro, es posible que a fin de que se pague una «indemnización» establecida en la Póliza, se requiera previamente la determinación de la responsabilidad civil, para lo cual ya sea en un proceso judicial o en una arbitraje legal o contractual, se debe realizar el análisis de los elementos de la responsabilidad civil y, en el caso que se hallara responsable al asegurado (primer nivel de análisis), entonces se analizarán las cláusulas del contrato de seguro para verificar si corresponde el pago de la cobertura o estamos ante un supuesto de exclusión o pérdida de derechos indemnizatorios.

3. EL PRINCIPIO DE INDEMNIZACIÓN EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO PERUANA

3.1. La regulación de los seguros en el Perú: el salto del Código de Comercio de 1902 a la Ley del Contrato de Seguro vigente desde el 2013 y la influencia de la legislación española en materia de seguros

De manera previa a explicar el principio de indemnización en la Ley del Contrato de Seguro peruana vigente, consideramos necesario precisar que la actual ley especial que la regula tiene como antecedente normativo al Código de Comercio de 1902, que permaneció vigente por más de 110 años en el Perú y que tiene lazos irrefutables con la legislación española en materia de seguros.

---

[3] ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. «Marco y principios interpretativos de la regulación y contratación de los seguros privados (artículos I al IV LCS)». En QUINTÁNS EIRAS, Rocío y RAMÍREZ OTERO, Lorena Cecilia. *Estudios sobre contrato de seguro*. Primera edición. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 71.

En el año 1895 y estando vigente el Código de Comercio de 1853 se presentó un proyecto de ley para la adopción del Código de Comercio Español de 1885[4] a fin de analizarla e incorporar aquellas disposiciones legales necesarias en el Código de Perú; sin embargo, es recién en 1895 que se aprueba el proyecto de ley y dos años después el dictamen se aprueba y se acepta la adopción del Código de Comercio español de 1885.[5] Lamentablemente, en 1897 se clausura el Congreso. En 1898 se realiza un nuevo intento que tampoco resulta fructífero.

Dado los nulos avances de adaptar el Código de Comercio español de 1885 y normas relacionadas a los comerciantes porque a estos se dirigía la normativa por aquel entonces, la Cámara de Comercio de Lima decide tomar la batuta y presenta ante el Poder Ejecutivo una solicitud para que se evalúe el Código de Comercio español (la insistencia continuaba por aquella época en apostar por el Código de Comercio español de 1885). Siendo así, se emiten tres dictámenes legislativos (1899, 1899 y 1899), producto de los cuales se emite el proyecto y se presenta ante la Cámara de Senadores, cuyo resultado fue el Dictamen del 1 de setiembre de 1900, el cual fue promulgado finalmente en el año 1901 y publicado el 15 de febrero de 1902. Esto explica también el por qué dicho cuerpo normativo no tuvo exposición de motivo propia, siendo criticado este actuar por las generaciones posteriores, tales como Torres en su artículo sobre «Historia del Código de Comercio Peruano»[6] y por García en «Código de Comercio: fuentes, exposición de motivos, concordancias, jurisprudencia y notas» del año 1960.[7]

En 1996 se cuestiona el contenido del Código de Comercio de 1902, pese a que ya había sufrido modificaciones importantes durante estos años, lo que origina la presentación de distintos proyectos de relevancia para su estudio y modificación del Código de Comercio de 1902. Es así que en el año 2006 se publica el Anteproyecto de la Ley del Contrato de Seguro y en los años siguientes se realizaron modificaciones hasta alcanzar a la actual Ley n.° 29946 promulgada en el año 2012 y vigente desde mayo de 2013.

La actual Ley n.° 29946 es imperativa y se aplica a todo tipo de seguro (incluso aunque no tenga dicho *nomen*), salvo que se admita de manera expresa lo contrario. No obstante, son válidas las disposiciones del contrato más beneficias para el asegurado (artículo I de la Ley n.° 29946) y entre otros aspectos, precisa que si hubiese algún conflicto se aplican las normas que resulten más favorables al consumidor o usuario.

En ese sentido, en el Perú su observancia en materia de seguros resulta obligatoria, pero cuando se presentan controversias que involucran responsabilidad civil y materia de seguros, en muchos de los casos dicha norma no es revisada ni aplicada a tal punto que algunos jueces del Poder Judicial establecen que las disposiciones contractuales deben ser rebatidas en otro proceso judicial que no involucre a la víctima del daño, pese a que la legislación peruana expresamente permite oponerle al tercero los límites y exclusiones de la póliza. Incluso se deduce del último párrafo del artículo I de la Ley n.° 29946 que si existiera conflicto se deben aplicar las normas más favorables, y de una lectura integral de esta ley especial, el lector se puede percatar que está pensada en el consumidor (contratos de adhesión donde existe asimetría informativa entre el consumidor y la aseguradora); sin embargo, no solo forman parte del derecho de seguros este tipo de relaciones jurídicas, sino también las relaciones provenientes de empresas que actúan como pares, que negocian con la aseguradora y que incluso en muchos casos son las que proponen los términos del contrato de seguro (y donde las aseguradoras pueden comportarse como sujetos que se adhieren a dicho contrato propuesto), por lo que no puede suponerse que automáticamente se debe aplicar para estos últimos las normas más favorables.

En suma, pese a que en el Perú dicha norma tiene más de 10 años de vigencia, lo cierto es que el derecho de seguros en el Perú continua siendo un terreno poco explorado y que requiere necesaria y urgentemente reflexiones que permitan alcanzar una regulación sistemática y coherente a fin de que

---

4 TORRES MÉNDEZ, Miguel. «Historia del Código de Comercio peruano». En *Derecho PUCP*, n.° 48, 1994, pp. 134-135.

5 *Ibidem*.

6 *Idem*, pp. 133-148.

7 GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Código de Comercio: fuentes, exposición de motivos, concordancias, jurisprudencia y notas*. Segunda edición. Lima: UNMSM, 1960.

las controversias de este campo especializado puedan ser dirimidas a partir de sus propios principios y figuras jurídicas, claro, con las salvedades de ley (aplicación supletoria y de manera jerárquica con otros cuerpos normativos).

Prueba de esta imperiosa necesidad son las resoluciones en materia de seguros en el sector peruano, donde se evidencian interpretaciones distintas, aplicaciones indebidas de la normas de seguros a supuestos donde no corresponden o aplicaciones de figuras del derecho civil al campo del derecho de seguros aun cuando el campo de seguros ofrece soluciones a las problemáticas planteadas e incluso la ausencia de regulación o imprecisiones normativas que pueden generar distintos inconvenientes para la resolución de los casos.

3.2. Regulación del principio de indemnización positivado en la Ley n.° 29946

En el sistema peruano el legislador ha optado por positivizar el principio de indemnización en el artículo II, literal b) de la Ley n.° 29946 al establecer que el contrato de seguro se rige por seis principios. A saber: a) máxima de la buena fe; b) indemnización; c) mutualidad; d) interés asegurable; e) causa adecuada; y f) interpretación de cláusulas contractuales a favor del asegurado. Nótese que la legislación peruana no define cada uno de estos principios, por lo que a efectos de dotar de contenido al principio objeto de estudio será necesario seguir el camino de los dictámenes hasta su promulgación final.

En efecto, de acuerdo al dictamen recaído en el Proyecto de Ley n.° 28/2011-CR que propone la Ley del Contrato de Seguros se señaló como texto sustitutorio en lo atinente al principio de indemnización que este no debe exceder el monto del daño efectivamente sufrido a fin de que se evite que el seguro se use como medio de lucro.[8] No cabe duda entonces que el principio de indemnización estuvo siempre pensado en pagar un valor que guarde relación efectiva con el daño sufrido, rechazando así cualquier tipo de pago adicional que pueda generar enriquecimiento del seguro asegurado.

Con posterioridad al dictamen referido, se recoge en el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley n.° 28/2011-CR, con un texto sustituido por el que se propone la Ley del Contrato de Seguros del año 2012 que no se incluirán las definiciones de los principios porque resultan imprecisas y afectan una interpretación integral de la ley que se propone.[9] Sobre el particular, consideramos conveniente precisar que, siguiendo la línea argumentativa anterior, el término «indemnización» como principio positivizado en el Perú está pensado en los seguros de daños patrimoniales y que se identifican dentro del capítulo II «Seguros de daños patrimoniales» y no respecto de los casos de los seguros donde las sumas ya se hayan totalmente definidas y donde basta la configuración del evento para que la aseguradora pague la suma allí establecida, como por ejemplo, el seguro de vida que, valga precisar, además de contener una suma específica, puede ser contratada de manera múltiple con distintas aseguradoras.

Sin perjuicio de ello, estamos ante una cuestión controvertida a nivel doctrinario, puesto que la teoría unitarista del derecho de seguros[10] busca acercar las dos modalidades de seguros (seguro de daños y seguro de personas) para señalar que el principio indemnizatorio se aplica en ambos escenarios, pese a que respecto del segundo se pueda establecer una suma asegurada determinada.

---

8 CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Dictamen recaído en el Proyecto de Ley n.° 28/2011-CR que propone la Ley del Contrato de Seguros*. 2011, p. 22.

9 CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humano, recaído en el Proyecto de Ley n.° 28/2011-CR, con un texto sustituido por el que se propone la Ley del Contrato de Seguros*. 2012, p. 54.

10 Respecto a este debate, véanse: ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, «El carácter indemnizatorio de los seguros de daños». En *Revista de Derecho Privado*, n.° 7, enero-junio 2001, pp. 3-34. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/638/602. Asimismo, STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*. Tomo I. Quinta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2005, pp. 25-26.

3.3. Manifestaciones del principio indemnizatorio en otros supuestos previstos en la Ley n.° 29946

Si bien el principio indemnizatorio en el Perú se encuentra positivizado, desde nuestro análisis de la Ley n.° 29946, existen otras manifestaciones de este principio en otros artículos que resultan necesario explicar para comprender sus alcances.

3.3.1. Como parte de la definición legal del contrato de seguro

Resulta posible deducir el fundamento del principio de indemnización del artículo 1 de la Ley n.° 29946, el cual define jurídicamente qué es el contrato de seguro (aunque propiamente explica su operatividad). Al respecto, dicho artículo indica que la aseguradora se obliga a indemnizar «dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado», por lo que la aseguradora debe indemnizar: (i) según el daño acontecido y (ii) de conformidad con los términos previstos en el seguro. Lamentablemente, en la jurisprudencia peruana, estos aspectos muchas de las veces no son observados al momento de ordenar a la aseguradora a cumplir con el pago de la indemnización.

3.3.2. En su relación intrínseca con el interés asegurable

Del mismo modo, guarda relación con el artículo 2 de la Ley n.° 29946 que regula que el seguro cubre cualquier riesgo siempre que cuando se haya celebrado el mismo exista un interés asegurable y su correlativo el artículo 101 que regula que, ante la falta de interés asegurable al momento de la celebración del contrato de seguro, este deviene en nulo. La relación entre el interés asegurable y el principio indemnizatorio resulta importante, puesto que es el primero lo que justifica que el asegurado reciba una indemnización por aquello que, efectivamente, se considera una pérdida.

3.3.3. Como parte de la cobertura de la póliza

El artículo 107, numeral 1 de la Ley n.° 29946 establece que la cobertura de la póliza comprende las sumas a las que el asegurador se encuentra obligado a pagar como concepto de indemnización por daños y perjuicios a favor del tercero, más las costas y costos del proceso, siempre hasta el límite de la suma asegurada que se halla establecida en la póliza. Asimismo, en el numeral 2 de dicho artículo se indica que también abarca los gastos de defensa legal del asegurado en los procesos judiciales, aunque en el marco de este no se hallare como responsable. Como se puede advertir, la Ley n.° 29946 diferencia la indemnización que se debe pagar por concepto del daño sufrido de aquellos gastos derivados de la defensa legal que también forman parte de la cobertura de la póliza.

3.3.4. Como impeditivo de una doble indemnización a razón del derecho de subrogación de la aseguradora

Cuando ocurre un siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura y se determina que corresponde el pago de la indemnización por no encontrarse inmerso en ningún supuesto de exclusión o pérdida de derechos indemnizatorios, entre otros múltiples supuestos, la compañía de seguros debe pagar la indemnización dentro de los límites establecidos en el seguro. Al efectuarse el pago, el asegurado ve satisfecho su derecho y, por ende, se presupone que en lo que respecta al objeto de aseguramiento, se ha retornado al estado actual antes de la ocurrencia del siniestro, por lo que no tiene nada que reclamar en cuanto a indemnización por daños y perjuicios hacia la aseguradora.

Luego de que se efectúa la indemnización por parte de la aseguradora se produce a favor de esta, de manera automática y con las salvedades legales o contractuales, la subrogación de los derechos que corresponden al contratante o asegurado respecto a los terceros responsables del siniestro.

De esta manera, la compañía de seguros puede dirigir su acción contra el sujeto que resulte responsable de los daños. Esta institución se encuentra regulada en el artículo 99 de la Ley n.° 29946 y establece la licitud del pacto de renuncia de la subrogación, con la salvedad de que se haya incurrido en dolo, agregando como excepción a la subrogación legal en el artículo 100 que la aseguradora no puede ejercer dicha acción contra ninguna persona respecto de la cual sus actos deban ser asumidos por el asegurado (por ley) y resulta procedente cuando el tercero sea responsable por dolo o culpa grave.

Como puede advertirse, la aseguradora puede dirigir su acción contra el tercero responsable del siniestro y, como contrapartida, en la esfera del asegurado al haber sido indemnizado, desaparece su interés y legitimación para la reclamación de los daños. Un razonamiento en un sentido opuesto implicaría que los asegurados pueden solicitar una indemnización derivada del mismo evento por partida doble, situación que no puede ser avalada por el derecho.

3.3.5. Como la concretización de la indemnización: el pago de la cobertura por la configuración del siniestro:

A efectos de concretizar este principio, debemos recurrir a los artículos 74 al 77 de la Ley n.° 29946 que se ubican en la sección «Indemnización» del Título II, Capítulo I «Disposiciones Generales». Al respecto, del artículo 74 se desprende que la compañía aseguradora deberá pagar la «indemnización» en un plazo no mayor de treinta (30) días de que el siniestro haya quedado consentido o lo que comúnmente conocemos como la figura del «siniestro consentido» y que tiene plena conexidad con el principio indemnizatorio.

3.3.6. Como prohibitivo de indemnización en caso de fraude

Guarda relación con el principio indemnizatorio el artículo 73 que dispone como consecuencia la pérdida del derecho indemnizatorio por una actuación fraudulenta, exageración de daños o el emplear medios falsos para acreditarlos. Ello no es limitativo de algún tipo de seguro en específico, sino que es expansivo hacia cualquier reclamación que involucre un pedido indemnizatorio cuyo basamento sea el fraude. Entonces si en el *iter* del análisis de la ocurrencia del siniestro la aseguradora se percata de la existencia de fraude, puede remitir una comunicación al asegurado poniendo a conocimiento de este que se ha producido la pérdida de derechos indemnizatorios mediante el rechazo de la cobertura.

4. EL PRINCIPIO DE INDEMNIZACIÓN DE SEGUROS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y ESPECIAL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Conforme a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, con ocasión del dictamen recaído en el Proyecto de Ley 082/2011-CR, a efectos de la promulgación de la Ley n.° 29946 se analizaron diversos marcos internacionales, entre los cuales destacan Argentina, Paraguay, México y España.[11]

En ese sentido, a efectos de examinar los alcances del principio indemnizatorio regulado en el Perú, resulta imperioso estudiar el tratamiento normativo comparado de estas legislaciones. Sin embargo, debemos adelantar que en el dictamen de la Comisión o en los debates sobre el particular no consta si se decantaron por alguna legislación en particular. Lo cierto es que el principio indemnizatorio es tradicional, clásico e inherente al derecho de seguros, por lo que su incorporación expresa en el Perú resulta plausible, aun cuando existan ciertas excepciones respecto de su aplicación que la Ley n.° 29946 no indica, pero que se desprenden de la naturaleza de los seguros.

---

[11] CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 028/2011-CR*, p. 21.

4.1. El principio indemnizatorio en la Ley n.° 17.418 de Argentina

La Ley n.° 17.418 data del 30 de agosto de 1967 y no regula de manera expresa el principio indemnizatorio; sin embargo, el mismo puede desprenderse del artículo 61 intitulado como «obligación del asegurador» que dispone que la aseguradora se obliga a «resarcir» según los términos del seguro. Dicha norma no establece alguna alusión al enriquecimiento indebido o a enriquecimiento injusto; empero, si nos remitimos al término «resarcir» podríamos comprender que este solo puede realizarse si se paga una suma que se corresponda al daño efectivo. Ello también se alinea a dos artículos específicos de la sección de «seguro de daños patrimoniales»: primero, al artículo 65 que regula el sobreseguro y establece que la aseguradora solo tiene obligación de «resarcir» el perjuicio efectivo y, segundo, al artículo 68 que regula que ante la pluralidad de seguros cuya indemnización exceda al valor del daño, se genera la nulidad de los contratos, siempre que la finalidad haya sido un enriquecimiento indebido.

Al respecto, como hemos explicado, en el Perú el principio indemnizatorio sí se encuentra de manera expresa en el artículo II, literal b) de la Ley n.° 29946. Asimismo, el artículo 85 (sobreseguro) de la Ley n.° 29946 resulta similar al texto del artículo 68 de la Ley n.° 17.418, puesto que establece los mismos presupuestos (exceso del valor del daño e intención de enriquecimiento) y la misma consecuencia jurídica (nulidad).

4.2. El principio indemnizatorio en el Código Civil de Paraguay

Paraguay aún mantiene la normativa de seguros como parte del cuerpo normativo del Código Civil. Al respecto, no identificamos una norma expresa sobre el principio indemnizatorio, pero sí normas de las cuales este puede desprenderse. El artículo 1546 define cómo opera el contrato de seguro al indicar que la aseguradora se obliga a indemnizar el daño causado, el cual guarda similitud con el artículo 1 de la Ley n.° 29946.

Se desprende también dicho principio del artículo 1600, de la sección «De los seguros de daños patrimoniales» que establece la obligación de «resarcir» de la aseguradora, de conformidad a los términos establecidos en el seguro, agregando que solo se responde como máximo hasta la suma asegurada, salvo que en el mismo seguro se hubiese establecido una disposición distinta. De igual manera, identificamos este principio a través del artículo 1604 que regula el sobreseguro y el infraseguro, donde se regula que solo se está obligado a resarcir en la medida del perjuicio sufrido y si se tratara de que el valor asegurado es menor al asegurable, entonces se indemnizará la proporción de ambos valores, salvo disposición distinta. Luego en la misma norma se regula un supuesto que, desde nuestra posición, refiere a un supuesto de excepción del principio de indemnización, esto es, que en virtud de la libertad contractual las partes pueden convenir en que la compensación de los daños será el valor de la suma asegurada, aun cuando el valor de los bienes sea una suma menor.

4.3. El principio indemnizatorio en la Ley Sobre el Contrato de Seguro de 1935 de México

Sobre el particular, esta ley especial no contiene principios positivizados en materia de seguros, pero del artículo 1 se desprende cuando explica qué es un contrato de seguro y señala que la aseguradora se obliga a «resarcir» un daño o bien a pagar una determinada suma dineraria cuando acontezca el evento establecido en el seguro. Asimismo, respecto del seguro de daños, en el artículo 91 regulan que para la «indemnización» se considerará el valor del interés asegurado cuando ocurrió el siniestro, lo cual consideramos que tiene relación directa con el principio indemnizatorio, en tanto solo se indemniza respecto al valor antes de la ocurrencia del siniestro; un argumento en contrario podría generar que se distorsione el principio indemnizatorio tal como ocurre en el Perú.

4.4. El tratamiento del principio indemnizatorio en la Ley 50/1980 de España: principales diferencias y similitudes con la Ley n.° 29946

Como hemos explicamos, España ha sido un referente importante para su promulgación e inclusive en sus inicios se postuló adoptar su contenido, tal como se hizo con el Código de Comercio de 1902 que se basó en el Código de Comercio español de 1885 por convenirse en que ambos países compartíamos historia y similar contexto mercantil. La Ley n.° 29946 presenta en su contenido diversos artículos que demuestran este lazo estrecho entre la Ley 50/1980 de España y Perú, pero también presenta diferencias en su regulación procedimental y sustantiva como explicaremos a continuación.

a) **Sobre su modo de regulación en España y en Perú**

Girgado señala que antes de la vigente Ley 50/1980, el principio indemnizatorio no fue acogido de manera expresa en el Código de Comercio, aunque se podía deducir su existencia.[12] Agrega que fueron las aseguradoras quienes la incluían en los contratos de seguro, siendo que finalmente «por influencia decisiva de las entidades aseguradoras, se añadió una primera frase al inicio del precepto, según la cual el seguro no podía ser objeto de enriquecimiento injusto».[13]

De esta manera, en el artículo 26 del Título II «Seguros contra daños», en la sección primera de «Disposiciones generales» de la Ley 50/1980, 8 de octubre, de contrato de seguro, se establece que «El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado» y adiciona que para poder determinar el daño se debe observar el valor del interés asegurado justo antes de que el siniestro aconteciera. No se regula como un principio positivizado, pero de su tenor se desprende su regulación.

En el caso peruano, como habíamos explicado, se optó por incorporar expresamente el principio indemnizatorio en el artículo II, literal b) del Título I sobre «Disposiciones generales» de la Ley n.° 29946, por lo que ello podría suponer que su aplicación es respecto de cualquier tipo de seguro; sin embargo, somos de la posición que su aplicación admite excepciones, por ejemplo, en los seguros de vida. Sin perjuicio de ello, existen otros artículos que conforman la Ley n.° 29946 de los cuales también se desprende su contenido y que continuaremos analizando sistemáticamente con la Ley 50/1980 de España.

b) **Sobre el contenido del principio indemnizatorio en España y en Perú**

En línea con lo explicado en el numeral que precede, es en el artículo 26 del Título II «Seguros contra daños», en la sección primera de «Disposiciones generales» de la Ley 50/1980 que se aborda el principio indemnizatorio, aunque no de manera expresa. Del análisis de dicho artículo se advierte que el principio indemnizatorio se vincula con el término de «enriquecimiento injusto» y, ciertamente, coincidimos en que otorgar una «indemnización» que no se ajuste al daño efectivo, puede desencadenar esta consecuencia.

Sin embargo, el legislador peruano no consideró apropiado definir el principio indemnizatorio, probablemente porque ello podría encasillar sus alcances a un contenido específico que afecte la coherencia y sistematicidad de otros dispositivos de la misma ley. Nuestra parte se considera escéptica a este propósito del legislador peruano, no por considerar que se debe definir el principio indemnizatorio, sino porque reflexionamos que se podría haber advertido textualmente la finalidad de este principio que es evitar un enriquecimiento injusto en la esfera del asegurado; dada la situación actual de la Ley n.° 29946 se esperaría que esta falta de

---

12 GIRGADO PERNADONES, Pablo. «El principio indemnizatorio en la ley española del contrato de seguro y su aplicación por los tribunales». En *Julgar*, n.° 43, 2021, p. 48. https://julgar.pt/el-principio-indemnizatorio-en-la-ley-espanola-del-contrato-de-seguro-y-su- aplicacion-por-los-tribunales/

13 *Idem*, p. 49.

apuesta sea realizada por la labor de la jurisprudencia nacional, esto es, que en los pronunciamientos administrativo, judiciales o arbitrales se reconozca que este principio se quebranta cuando se otorga como indemnización un daño mayor al perjuicio sufrido y que se no se ajusta a los términos del contrato; sin embargo, la realidad no es muy alentadora.

Prueba de ello son los problemas que surgen en sede nacional respecto de la confusión de categorías jurídicas del derecho civil y el derecho de seguros que, aunque similares en el *nomen*, no comparten la misma operatividad como sucedía, por ejemplo, en el caso de la nulidad del contrato de índole civil que requiere declaración judicial y la nulidad del contrato de seguro bajo el Código de Comercio de 1902 que hacía referencia a una nulidad de pleno derecho, pero donde con la salvedad de la Defensoría del Asegurado, las demás instituciones nacionales requerían iniciar un proceso judicial a fin de que se declare la nulidad del seguro, cuestión que se ha enmendado parcialmente con la Ley n.° 29946 que requiere solo una comunicación al asegurado en un periodo de treinta (30) días donde se indique que el contrato es nulo. Decimos parcialmente porque esta normativa está pensada en supuestos de reticencia y declaración inexacta y no aborda otros múltiples supuestos de nulidad que recoge la misma Ley n.° 29946 y que hacen suponer que se debe acudir a un proceso judicial para alcanzar tal fin. Esto último genera que se quebrante el principio indemnizatorio y se ordenen pagos indemnizatorios aun cuando nos encontramos ante seguros nulos.

¿Qué hacer entonces? Desde nuestra posición consideramos apropiado que el legislador peruano no establezca una definición del principio indemnizatorio; sin embargo, somos de la posición que sí se debió precisar su finalidad de manera textual en la norma, máxime si en el artículo 85 de la Ley n.° 29946, que regula el sobreseguro, se utiliza el término «enriquecerse», el cual más adelante explicaremos.

c) **Sobre el principio indemnizatorio proveniente del sobreseguro en España y en Perú**

En el artículo 31 de la Ley 50/1980 se regula el sobreseguro, en cuyo caso se puede solicitar la reducción de la suma y la prima, restituyendo la aseguradora el exceso del pago de primas. En este caso, si se produce un siniestro, la aseguradora pagará la indemnización del daño que efectivamente hubiese acontecido. Dicha norma también resulta acorde al principio indemnizatorio porque la obligación de la aseguradora solo alcanzará hasta el daño que efectivamente sufra el asegurado.

Seguidamente, en el artículo 31 se establece que si, además, el sobreseguro obedeciera a mala fe del sujeto asegurado, entonces el contrato deviene en ineficaz. En Perú, por el contrario, en el artículo 85 se regula que en caso el valor asegurado sea mayor al valor asegurable, la aseguradora solo estará obligada a resarcir el daño efectivo; sin embargo, si además de ello, se advierte que existió intención del contratante de «enriquecerse» entonces la consecuencia jurídica del contrato será su nulidad.

¿Por qué nulidad y no la ineficacia que señala la Ley de España? Sobre el particular, debemos señalar que en el Perú la ineficacia, como figura jurídica del derecho civil, genera múltiples controversias, en tanto existen supuestos del Código Civil peruano que no disponen la acción de ineficacia de manera expresa y ello genera que se interpongan demandas de nulidad, anulabilidad e ineficacia respecto de las cuales no existe un criterio uniforme, siendo evidencia de ello el VIII Pleno Casatorio Civil donde se discutieron estos distintos remedios ante el vacío del legislador y se adoptó la postura de la «nulidad» ante el acto jurídico de disposición de bienes realizado por uno de los cónyuges sin la intervención del otro.

Como podrá advertir el lector, en el Perú, y probablemente suceda lo mismo en otros sistemas, se recurre de manera muy frecuente al derecho civil a fin de dar respuesta a categorías jurídicas que se emplean en otras leyes especiales, por lo que es imperioso su examen para

comprender, en muchos escenarios, el porqué de la apuesta por determinada categoría jurídica.

Hemos efectuado esta atingencia debido a que en la Ley n.° 29946 solo existe una referencia a la ineficacia en los seguros de vida y tampoco está relacionada a una acción como tal a ejercerse en el ámbito del derecho de seguros. Así, el artículo 129 dispone que, si no existe un beneficiario designado al momento del fallecimiento del asegurado o si por alguna causa la designación fuera «ineficaz», entonces la designación se realizará respecto de los herederos legales. En ese sentido, en la normativa peruana de seguros, el remedio -en cuanto a supuestos de invalidez del acto jurídico- es la nulidad y pese a ello la autoridad administrativa y judicial peruana convalida equivocadamente supuestos que *ab initio* resultan nulos, so pretexto de una ausencia de repuesta de la aseguradora dentro del plazo legal.

Aún tenemos mucho que trabajar a fin de lograr la coherencia y sistematicidad que requiere nuestra normativa en seguros, pero debemos destacar que la promulgación de la Ley n.° 29946 constituye uno —por si no el mejor— de los avances más significativos de esta última década en el Perú.

d) **Sobre el principio indemnizatorio proveniente del infraseguro en España y en Perú**

En la Ley 50/1980 se regula el infraseguro en el artículo 30 —vinculada al principio indemnizatorio y a la regla de proporcionalidad— que establece que si cuando acontece el siniestro la suma asegurada resulta inferior al valor del interés, entonces la aseguradora tendrá como obligación indemnizar el daño ocasionado en similar proporción en la que se cubre el interés asegurado, salvo disposición contractual distinta.

Cabe mencionar que no siempre el tomador conoce el valor exacto de lo asegurado, lo que puede generar que la suma asegurada resulte inferior al interés asegurado y que a esto se deba este escenario.[14] Al respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona en núm. 6939/2024 estudió el infraseguro y se citó la STS del 23 de enero de 2003 RJA 567/2003 que establece determinados presupuestos para la aplicación de la regla proporcional. En Perú esta figura se regula, en esencia, con similar contenido en el artículo 86 que también comprende la regla de la proporcionalidad y la salvedad del pacto en contrario.

5. LA DISTORSIÓN DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN LOS SEGUROS Y PROPUESTAS DE MEJORA

5.1. El pago de la indemnización y su relación con el siniestro consentido en el Perú

El siniestro consentido es una figura que genera múltiples controversias de interpretación y aplicación en sede nacional. A la fecha, existen diversas interpretaciones sobre cómo se configura el siniestro consentido y particularmente cuáles son los efectos jurídicos que produce.

En el Perú esta figura jurídica forma parte del artículo 74 de la Ley n.° 29946 que regula el pronunciamiento de la aseguradora. De su regulación se desprende que, si por la naturaleza del evento no se requiere la participación de un ajustador, la compañía de seguros, desde la fecha en la que se haya completado la documentación requerida para el análisis del siniestro, cuenta con un plazo de treinta (30) días para pronunciarse de tres maneras distintas: (i) acepta de manera expresa que el siniestro tiene

[14] VERCHER MOLL, Javier. «Los contratos de Seguros». En BATALLER GRAU, Juan y PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Curso Práctico de Derecho de la Empresa*. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 256.

cobertura, para lo cual remite una comunicación al asegurado explicando los fundamentos de su decisión, (ii) rechaza la solicitud de cobertura del siniestro, de conformidad a las condiciones establecidas en la póliza o (iii) acepta de manera tácita la cobertura mediante el silencio, en cuyo caso nos encontramos ante la controvertible figura del «siniestro consentido».

En otro escenario, puede acontecer que el evento sí requiera la participación de un ajustador que es el sujeto con conocimientos técnicos especializados que investiga el siniestro y determina -como parte de su función- si este tiene cobertura según las condiciones contractuales y establece el monto de las pérdidas o daños amparados en la póliza (artículo 55 del Reglamento de Supervisión y Control de los Corredores y Auxiliares de Seguros, Resolución SBS n.° 809-2019). En este caso, primero se produce el aviso del siniestro por parte del asegurado y luego se realiza la designación y elección del ajustador en virtud al procedimiento de liquidación de siniestros; sin embargo, es en este *iter* que se producen sendas controversias entre el asegurado y la aseguradora, ya sea porque el ajustador emitió un Informe Final que rechaza el siniestro o porque la cuantificación de los daños estimada por el ajustador no se ajusta a lo que espera recibir el asegurado y, por ende, la aseguradora, basándose en el Informe Final del Ajustador opta por otorgar la indemnización allí establecida o porque rechaza el siniestro.

No solo ello, sino que —de manera más grave— acontecen problemas interpretativos sobre desde qué momento opera el siniestro consentido, puesto que si este se configura corresponde el pago de la indemnización a la luz de lo establecido en el artículo 74 de la Ley n.° 29946. Para tal efecto, consideramos conveniente responder diversas interrogantes que coadyuvarán a hallar la *ratio essendi* de la norma, conocer así los alcances del principio de indemnización cuando se configura el siniestro consentido «el deber ser» y aquello que finalmente se ofrece como solución de la autoridad «lo que no debiera ser» y que permite evidenciar la distorsión del principio indemnizatorio.

5.2. ¿Cuándo se configura el siniestro consentido en Perú?

Para conocer qué comprende la figura del siniestro consentido, debemos examinar qué es el «siniestro» y qué implica el «consentimiento» —del cual se deriva el término «consentido»— en la Ley n.° 29946. El término consentimiento es una figura que se emplea de manera habitual en el derecho civil, el cual implica el acuerdo de voluntades entre las partes, por lo que esta puede realizarse de manera expresa (y bajo distintas modalidades) o de manera tácita cuando esta se puede deducir de manera innegable de los actos o comportamientos de las partes, salvo que la ley establezca una forma expresa. En el Perú, las distintas formas de manifestación de voluntad se encuentran reguladas en los artículos 141 y 142 del Código Civil y nos permiten conocer los alcances del consentimiento.

En el ámbito del derecho de seguros, el consentimiento implica una acción expresa o tácita respecto del siniestro, es decir, que operará el siniestro consentido cuando la aseguradora expresamente haya aceptado la existencia del pago de la cobertura o mediante una aceptación tácita del siniestro cuando omite responder dentro del plazo de treinta (30) días de haberse completado toda la información del siniestro que se requiere para su análisis si no existe ajustador o cuando la aseguradora aprueba o no rechaza el convenio de ajuste en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles desde su suscripción y notificación hacia cuando la compañía de seguros aprueba o no rechaza el convenio del ajuste en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados desde la suscripción y notificación hacia la compañía de seguros. Ello con la salvedad de que la aseguradora pueda solicitar ante la Superintendencia de Banca y Seguros un plazo adicional para emitir pronunciamiento por ser sumamente necesario realizar un análisis de procedibilidad de cobertura del siniestro.

Nótese que estamos ante una figura *sui generis* y que a la fecha viene generando múltiples problemas interpretativos, lo que nos obliga a cuestionarse sobre si su regulación resulta acorde a las exigencias de los sujetos que conforman el mercado asegurador o si es momento de reformularnos su adopción para corregir su operatividad o conocer si el funcionamiento del pago del siniestro funciona mejor en otros sistemas legislativos.

5.3. ¿Se consiente el reclamo o el siniestro?

El artículo 74 de la Ley n.° 29946 establece que cuando no exista convenio de ajuste, se produce el consentimiento del siniestro cuando la aseguradora no se haya pronunciado respecto del monto del reclamo en un periodo máximo de treinta (30) días de haberse completado la información que exige la Póliza y, en el caso que haya participado un ajustador que, valga precisar, cuenta con un periodo de veinte (20) días para emitir su Informe Final que incluye la cuantificación de los daños, tiene la aseguradora diez (10) días para pronunciarse.

Una lectura aislada de esta norma, sin comprender las bases del principio de indemnización en los seguros, podría conllevar el equívoco de suponer que se consiente automáticamente el reclamo del siniestro y, por tanto, que la suma indemnizatoria a pagar debe ser aquella reclamada por el asegurado al momento del «aviso del siniestro». Esto no es posible porque, como hemos examinado en la presente investigación, el principio indemnizatorio es indesligable de la prohibición del enriquecimiento indebido. Si bajo dicha lógica errada —aunque con frecuencia planteada por los sujetos activos en las demandas de cumplimiento de contrato de seguros—, un asegurado reclama US$ 500,000.00, aun cuando el daño solo asciende a US$ 200,000.00, por una respuesta extemporánea de la aseguradora, se ordenaría pagar a la aseguradora un exceso de US$ 300,000.00 que aunque se encuentre dentro de los límites de la suma asegurada no puede ser pagada a su favor, incluso cuando hubiese operado el siniestro consentido. Esto no puede ser amparado.

5.4. El procedimiento de liquidación del siniestro y pago indemnizatorio del artículo 18 de la Ley 50/1980 y sus diferencias con el artículo 74 de Ley n.° 29946

El artículo 18 de la ley regula una disposición fundamental que debe ser observada para efectos del pago de una indemnización tras la ocurrencia de un siniestro. Aunque dicha norma comparte con la legislación peruana el objetivo de que la indemnización guarde correspondencia con el daño efectivamente sufrido por el asegurado, presenta ciertas particularidades que la distinguen de la Ley n.° 29946.

El artículo 18 establece que la aseguradora está obligada a indemnizar cuando culminen las investigaciones y realizaciones de peritajes que hayan sido necesarios para determinar la existencia del siniestro y la cuantificación de los daños. Por su parte, el artículo 74 de la Ley n.° 29946 contiene un procedimiento de liquidación de siniestros que resulta amplio y culmina con un pronunciamiento positivo o negativo respecto de la cobertura del siniestro.

La premisa general para que proceda el pago de una indemnización es que haya acontecido un siniestro cuyo riesgo sea objeto de cobertura. Para ello, deben necesariamente evaluarse las causas del siniestro, su cuantificación y contrastarlo con los términos del contrato de seguro y, para tal fin, se recurre a peritos que cuentan con conocimiento técnico y especializado según la naturaleza del evento. Hasta allí, pareciera no existir mayor controversia: se indemniza aquello que ha quedado demostrado como daño en la esfera del sujeto asegurado y siempre dentro de los límites del seguro. No obstante, la legislación española presenta diferencias que nos hacen cuestionarnos si la regulación empleada en el Perú resulta idónea y si permite equilibrar la relación contractual entre las partes. Nos explicamos.

El artículo 18 a la par que establece la obligación indemnizatoria, enfatiza que esto ocurrirá inmediatamente después de que se haya efectuado el análisis del siniestro y que, en cualquier escenario, se debe efectuar el pago del importe mínimo de lo que pueda deber la aseguradora dentro del periodo de 40 días de la declaración del siniestro. En la legislación peruana para el pago del siniestro, luego de su aviso a la aseguradora y, dependiendo el tipo de seguro, se debe iniciar un procedimiento de liquidación de siniestro que inicia con la designación del ajustador por parte del asegurado, le sigue el requerimiento de información del siniestro según su naturaleza y es hasta luego de que se genere la completitud de la información necesaria del siniestro que el ajustador emite su informe final indicando si el evento tiene o no cobertura y a cuánto ascienden los daños, mientras ello suceda no existe obligación

de la aseguradora a pagar ninguna suma a favor del asegurado, salvo contractualmente lo hayan acordado así o si nos encontramos ante el pago a cuenta regulado en el artículo 76 de la Ley n.° 29946 que dispone que si la aseguradora ya se pronunció de manera favorable frente a la pérdida estimada, el asegurado tiene el derecho de poder solicitar un pago a cuenta mientras se continúa con el procedimiento de liquidación de siniestro. Este último escenario sería sumamente extraño que acontezca porque es hasta después del informe final del ajustador que se conoce si el siniestro tiene o no cobertura y luego de ello solo corresponde la aceptación o rechazo del siniestro.

Sumado a lo antes explicado, verificamos que el artículo 20 numeral 3 de la Ley 50/1980 indica como regla que la aseguradora incurre en mora si no cumplió con el pago en el periodo de 3 meses de producido el siniestro o cuando no hubiese pagado el importe mínimo dentro de los 40 días. En el Perú, si la compañía de seguros no cumple con el pago de la indemnización luego de 30 días después de producido el siniestro consentido, el legislador ha establecido que debe pagar el interés moratorio anual equivalente a 1.5. veces la tasa promedio para las operaciones activas en el Perú. No se efectúa ningún pago adicional.

Nos causa impresión también que el procedimiento de análisis del siniestro en España busque alcanzar acuerdos extrajudiciales previos y no solo ello, sino que, en caso se admita la cobertura se debe pagar, por lo menos, el mínimo conocido por el asegurador y si no se logra arribar a un acuerdo se debe recurrir a un procedimiento pericial para una liquidación definitiva de daños.[15] Asimismo, el artículo 38 se especifica que, si las partes no se ponen de acuerdo sobre el monto indemnizatorio y su forma, cada uno va a designar un perito y si estos llegan a un acuerdo (soluciones consensuadas) entonces esto constará en un acta conjunta y si no hay acuerdo se designa a un tercer perito. Caso contrario, se acude a la jurisdicción voluntaria o legislación notarial. Si no se cumpliera este acto por el asegurado luego tampoco podrá objetar el procedimiento de liquidación, lo cual se desprende de lo resuelto por la Audiencia Provincial de Burgos, n.° 293/2024 del 2024.

En el Perú ocurren generalmente tres escenarios frente a un rechazo de la cobertura extemporáneo donde participa un ajustador (elegido por ambas partes) que recomienda el pago indemnizatorio: el demandante peticiona ante el poder judicial (o en sede arbitral) que: a) se declare consentido el siniestro y que se pague la suma máxima asegurada, b) se declare consentido el siniestro y que se pague lo señalado en el informe del ajustador (no vinculante para ninguna de las partes); sin embargo, el consentimiento del siniestro si bien genera que la aseguradora ya no pueda oponer ninguna defensa que evite el pago, no es consecuencia jurídica de esta figura que automáticamente se pague la suma asegurada y menos que se pague lo recomendado por el ajustador.

Lo que es más gravoso, aunque quizás menos frecuente, es que, ante un rechazo del siniestro dentro del plazo de ley, se reclame ante el Poder Judicial que se cuantifiquen los daños, a pesar de que debe primero solicitarse que se declare si el siniestro tiene o no cobertura y lo mencionamos porque lamentablemente se han presentado casos donde los jueces han declarado fundada la demanda sin pasar por el análisis de cobertura. Bahamonde explica que, si en España la aseguradora rechaza parcialmente la cobertura, el asegurado tiene que iniciar un procedimiento declarativo porque y lo resaltamos «la controversia excede de la mera valoración económica».[16]

Como hemos advertido del análisis comparativo con la Ley 50/1980, estamos ante plazos sumamente expeditivos en relación a los plazos que maneja la Ley n.° 29946. El procedimiento de liquidación de siniestro en Perú puede demorar el tiempo que se tarde en la completitud de información en los cuales la aseguradora no tiene obligación de efectuar ningún pago y esto se constituye en el ejercicio regular del derecho, siendo que solo puede incurrir en mora, de conformidad al artículo 74, si es que no paga la indemnización tras vencido el plazo de treinta (30) días de consentido el siniestro.

---

15 BAHAMONDE MARTÍNEZ, Juan Manuel. «El procedimiento de liquidación del daño del artículo 38 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: aspectos procedimentales y sustantivos». En *Revista para el análisis del Derecho*, 2015, p. 10.

16 BAHAMONDE MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Op. cit.,* p. 12.

Es de resaltar que la labor de la cuantificación de los daños en España está asignada a peritos expertos con conocimientos técnicos especializados y que el procedimiento de liquidación de daños del artículo 38 de la Ley 50/1980 —a diferencia del sistema peruano— ha sido frecuentemente analizado y detallado por las autoridades en España, por ejemplo, ello lo corroboramos del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia, n.° 853/2024 de 2024, que recoge otros pronunciamientos considerados como jurisprudencia. En el Perú existen procesos judiciales en trámite en los que, de oficio, se ha ordenado la designación de peritos económicos o de contabilidad, cuya formación no necesariamente se ajusta a la especialidad que se requiere para valorar los daños en materia de seguros. Ello puede dar lugar a conclusiones que inobservan los alcances del principio indemnizatorio.

Desde nuestra posición, es momento de que el legislador peruano se replantee quienes pueden emitir recomendaciones o análisis de daños derivados de un siniestro (porque la cuantificación de los daños se realiza en función a lo establecido en el seguro) ante una controversia judicial y evaluar si podríamos incorporar un análisis doble o, en su caso, tripartito de informes periciales que eviten que el asegurado se muestre suspicaz cuando solo se cuenta con un informe pericial.[17]

Asimismo, consideramos necesario que el legislador peruano reexamine si los plazos establecidos en la normativa de seguros se corresponden con aquello que se pretende observar (el principio indemnizatorio), porque el transcurso del tiempo si bien puede ser favorable para obtener la mayor información del siniestro, también puede jugar en contra si lo que se busca es determinar la certeza de las causas del siniestro (pérdida o falta de efectividad en las pruebas tales como videos, testigos, entre otros) y con ello que, en los hechos, se culmine efectuando un pago que no se corresponda con el perjuicio efectivamente sufrido.

5.5. Casuística en torno al principio indemnizatorio en la jurisprudencia peruana

El Tribunal del Indecopi en Perú, al momento de interpretar los alcances del siniestro consentido y con ello lo que se debe pagar como indemnización, ha señalado en la Resolución n.° 1112-2021/SPC-Indecopi que la normativa de seguros no contempla excepciones que impidan el otorgamiento de la cobertura frente a un siniestro consentido, y que esta situación es una consecuencia de una omisión de pronunciarse dentro del plazo legal. Se infiere del argumento de la autoridad que, por no haber respondido dentro del plazo legal, la sanción es el pago indemnizatorio. Esto es un criterio equívoco. El consentimiento del siniestro no es un castigo o sanción a la aseguradora; se trata de una aceptación tácita del siniestro con lo cual la aseguradora luego del plazo para pronunciarse ya no puede oponer ninguna exclusión contenida en la Póliza, pero ello no genera que se pague inmediatamente una indemnización, ya que previamente deben liquidarse los daños.

En la Resolución n.° 1772-2022/SPC-INDECOPI se resolvió una controversia referente a un contrato de seguro de desgravamen individual que fue celebrado con una aseguradora y que estaba atado a un préstamo mancomunado. La particularidad de este caso es que la cónyuge del contratante firmó (por error) el contrato de seguro (aunque no constan tampoco sus datos en el seguro) conjuntamente con este último, pese a que las primas establecidas por la aseguradora no se correspondían con un seguro cuyo interés asegurable sea la vida de los dos cónyuges, sino únicamente de uno, incluso los exámenes médicos y la declaración personal de salud solo fueron realizadas respecto del contratante y la carta de envío de la póliza solo contemplaba al contratante.

Según los hechos del caso, el contratante reclamó que se brindara la cobertura del siniestro por el fallecimiento de su cónyuge y la aseguradora extemporáneamente emitió su carta de rechazo. En el

[17] Cabe mencionar que el artículo 75 de la Ley n.° 29946 establece la posibilidad de que la aseguradora pueda exigir un nuevo ajuste si no se encuentra conforme; empero, se presentan vacíos porque no se indica qué hacer si se opta por esta vía (se debe o no rechazar el siniestro en dicho momento) y resulta incluso contradictorio con otras normas de la Superintendencia de Banca y Seguros que establece que ello solo se puede hacer de mutuo acuerdo.

presente caso, se declaró —por votación en mayoría— fundada la denuncia y se ordenó a la asegurada brindar la cobertura de la suma máxima asegurada porque el siniestro quedó consentido y porque la cónyuge firmó el seguro. Existe también un voto en discordia que consideró que el tarifario del seguro de desgravamen que presentó la aseguradora demostró que estábamos ante un seguro individual y que de los hechos es posible inferir que el asegurado sí conocía que no se brindaría cobertura por su cónyuge y por ende consideró que la denuncia debió ser desestimada.

Desde nuestra perspectiva, se distorsiona el principio indemnizatorio cuando se ordena un pago que no se corresponde con el riesgo efectivamente asegurado. El siniestro consentido solo se produce respecto la existencia de un contrato válido respecto del contratante y respecto de los riesgos que son objeto de cobertura. Si la cónyuge no formaba parte de dicho riesgo, no correspondía ningún pago indemnizatorio a favor del contratante, por más que hubiese operado el siniestro consentido.

Analicemos ahora otros escenarios, ¿qué pasaría si en el marco de un seguro multirriesgo acontece un siniestro que requiere un procedimiento de ajuste y luego de emitido el informe final del ajustador donde se opina que sí corresponde el otorgamiento de la cobertura y establece una suma indemnizatoria, la aseguradora —producto de la evaluación del siniestro— emite su carta de aceptación empleando la suma indicada por el ajustador?

Uno podría deducir que el procedimiento resulta válido y la respuesta de la aseguradora ha sido correcta; empero, en la Resolución n.° 2726-2019/SPC-INDECOPI, entre otros múltiples argumentos, el Tribunal del Indecopi sostuvo que ante el siniestro consentido —nuevamente menciona que esto es producto del incumplimiento de una respuesta, cuando en realidad es un supuesto de aceptación tácita— se debe pagar la suma asegurada correspondiente al valor del inmueble al momento de la celebración del contrato, sin ordenar que se realice previamente una liquidación de los daños, máxime si lo que se cuestionaba era la validez del informe del ajustador.

Es preciso señalar que el problema se presenta desde las reclamaciones o pretensiones judiciales respecto al pago indemnizatorio en los que se señala que la existencia del rechazo extemporáneo de la aseguradora habilita el derecho de los asegurados a que su reclamo —y no el daño efectivo— sea otorgado a su favor. Incluso si participara un ajustador en el procedimiento de liquidación, esto no implica que automáticamente el siniestro consentido genere que su informe que es no vinculante ahora se convierta en una decisión jurisdiccional.

Nuestra investigación, aún en curso, pone en evidencia que el principio indemnizatorio se funda en la prohibición de enriquecimiento injusto. Por ello, consideramos erróneo suponer que la sanción por una respuesta extemporánea es otorgar el monto del reclamo o la suma máxima asegurada. La sanción que se otorga en el Perú por no haberse pagado la indemnización luego de haberse producido el siniestro consentido es la mora. Esta ha sido establecida por el legislador con una tasa considerablemente elevada.

6. CONCLUSIONES

- La indemnización es un término empleado tanto en el ámbito del derecho civil como en el derecho de seguros; sin embargo, aun cuando el propósito de ambas es colocar al sujeto (víctima o asegurado) en una situación anterior a la producción del evento dañoso, poseen fundamentos diferenciados. Mientras que en los seguros la indemnización opera en función de los daños y su relación con los términos de la póliza, en el ámbito civil la indemnización puede diferenciarse del resarcimiento y, en este último caso, esto comprende el análisis de los elementos de la responsabilidad civil en cuyo escenario se puede pagar una indemnización según las reglas del legislador.

- El principio indemnizatorio tiene como finalidad que, cuando acontezca un siniestro, la aseguradora cumpla con su obligación de «indemnizar» dentro de los límites del contrato de

seguro, siempre que no exceda la suma asegurada ni genere un enriquecimiento indebido en la esfera del asegurado.

- En el Perú, a diferencia de Argentina, Paraguay, México y España, se regula expresamente el principio indemnizatorio, pero no se define ni explica sus alcances, los cuales sí pueden advertirse en las legislaciones estudiadas. Asimismo, hemos advertido que, aunque no se recoja expresamente dicho principio en la legislación comparada, lo cierto es que sí se deprende el principio indemnizatorio en el ámbito del seguro de daños de sus artículos y además se presentan diversas manifestaciones que se derivan de su contenido. En particular, de la revisión de la Ley 50/1980 advertimos que se incide en la prohibición del enriquecimiento indebido, lo cual consideramos debió ser incorporado en la Ley n.° 29946, lo que coadyuvaría a que las autoridades peruanas observen la *ratio essendi* de la regulación positivizada de este principio.

- A partir del análisis comparado sobre la regulación y alcances del principio indemnizatorio en diversas legislaciones y especialmente en España se puede verificar que la autoridad peruana en ciertos casos quebranta y distorsiona el principio indemnizatorio cuando se ordena pagar una suma indemnizatoria que resulta en un enriquecimiento injusto en la esfera del asegurado, especialmente cuando opina que la suma asegurada es aquella que se debe ordenar ante la falta de un informe de un ajustador o ante el yerro en su elaboración. Del mismo modo, mediante una comparación sistemática de la Ley 50/1980 y la Ley n.° 29946, hemos constatado que los plazos legales que se emplean en España para el procedimiento de liquidación de daños son más céleres en comparación con el Perú; que en España se apuesta expresamente por un intento de acuerdo previo; que si las partes no se ponen de acuerdo pueden aun nombrar a un tercer perito, es decir, se reconoce que en cualquier escenario es el perito quien cuenta con conocimiento técnico especializado para el ajuste, situación que en la casuística nacional todavía no se ha arraigado.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. *Roj: SAP B 6939/2024. Sentencia n.° 6939/2024.* Barcelona, 2024.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS. *Roj: SAP BU 293/2024, Sentencia n.° 293/2024.* Burgos, 2024.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, *Roj: SAV V 853/2024. Sentencia n.° 853/2024.* Valencia, 2024.

BAHAMONDE MARTÍNEZ, Juan Manuel. «El procedimiento de liquidación del daño del artículo 38 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: aspectos procedimentales y sustantivos». En *Revista para el análisis del Derecho*, 2015.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Dictamen recaído en el Proyecto de Ley* n.° 28/2011-CR que propone la «Ley del Contrato de Seguros», 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley n.° 28/2011-CR, con un texto sustituido por el que se propone la Ley del Contrato de Seguros*, 2012.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Código de Comercio: fuentes, exposición de motivos, concordancias, jurisprudencia y notas, segunda edición*. Lima: UNMSM, 1960.

GIRGADO PERNADONES, Pablo. «El principio indemnizatorio en la ley española del contrato de seguro y su aplicación por los tribunales». En *Julgar*, n.° 43, 2021, p. 48. https://julgar.pt/el-principio-indemnizatorio-en-la-ley-espanola-del-contrato-de-seguro-y-su-aplicacion-por-los-tribunales/

MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho Comercial*. Tomo III, Undécima edición actualizada, Editorial Grijley, Lima, 2004.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. «El carácter indemnizatorio de los seguros de daños». En *Revista de Derecho Privado*, n.° 7, enero-junio 2001, pp. 3-34.
https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/638/602

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Indemnizar». En *Diccionario de la lengua española*. https://www.rae.es/drae2001/indemnizar

STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*. Tomo I. Quinta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2005.

TORRES MÉNDEZ, Miguel. «Historia del Código de Comercio peruano». En *Derecho PUCP*, n.° 48, 1994.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Resolución n.° 1112-2021/SPC-INDECOPI*, 19 de mayo de 2021.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Resolución n.° 1772-2022/SPC-INDECOPI*, 31 de agosto de 2022.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Resolución n.° 2726-2019/SPC-INDECOPI*, 2 de octubre de 2019.

VERCHER MOLL, Javier. «Los contratos de Seguros». En BATALLER GRAU, Juan y PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Curso Práctico de Derecho de la Empresa*. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 255-262.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. «Marco y principios interpretativos de la regulación y contratación de los seguros privados (artículos I al IV LCS)». En QUINTÁNS EIRAS, Rocío y RAMÍREZ OTERO, Lorena Cecilia. *Estudios sobre contrato de seguro*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 27-111.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

LA COMPETENCIA DESLEAL MEDIANTE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO NO SUBSIDIARIA. REFLEXIONES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Gustavo Alonso Galván Pareja[*]

INTRODUCCIÓN

A través del siguiente artículo nos proponemos plantear una reflexión sobre la interpretación del principio de subsidiariedad y la aplicación de las normas de competencia desleal a la actividad empresarial del Estado. El principio de subsidiariedad con relación a la actividad empresarial del Estado se encuentra previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.[1] Se incluyó de manera expresa como parte de las modificaciones al régimen económico destinadas a reducir la intervención del Estado en la economía y a promover la inversión y la participación de las empresas privadas para un mejor funcionamiento del mercado. La mención de este principio no solo pretende describir uno los componentes del régimen de economía social de mercado, sino que también recoge la percepción negativa, existente en el momento en que se elaboró la Constitución, con relación a las empresas del Estado, dado sus resultados económicos y debido a que podían restarle espacio de desarrollo a las empresas privadas. De allí que se sostiene que en un escenario ideal el Estado no debería competir con las empresas privadas y debería limitarse a desempeñar un rol de ordenador y garante del buen funcionamiento del mercado.

En relación con ello, la generación de bienes y servicios a través de la actividad empresarial del Estado se plantea frecuentemente como una forma de competencia desleal bajo la argumentación de que las empresas del Estado utilizan los activos y recursos estatales para sus actividades, actuando así con ventaja respecto del sector privado. Desde este punto de vista, la competencia entre empresas estatales y empresas privadas no podría realizarse de manera leal, en la medida que el Estado y sus distintos organismos siempre podrían adicionar recursos o financiar estas actividades, aun cuando fuesen ineficientes.[2]

Con la Constitución de 1993 se estableció un nuevo paradigma respecto de la actividad empresarial del Estado, dejando atrás la idea de que se trata de una herramienta económica que puede usarse libremente para alcanzar los fines del Estado, como era concebida en el marco de la economía social

---

[*] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). DEA en Derecho de los Negocios por la Universidad Sorbonne Paris Nord - Paris XIII (magíster en Derecho por la UNMSM).

[1] «Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal».

[2] Al respecto se puede consultar: BULLARD, Alfredo. «Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad». En *Diálogo con la Jurisprudencia,* n.° 149, pp. 17-27; BULLARD, Alfredo. «El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad». En: *Revista de Derecho Administrativo*, n.° 10, tomo II, 2011, pp.199-209; DIEZ CANSECO, Luis y BULEJE, Crosbby. «Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución n.° 3134-2010/CS1-INDECOPI». En *Revista de Derecho Administrativo*, n.° 10, tomo II, pp. 221-235.

de mercado recogida en la Constitución de 1979.[3] Se pasa, entonces, a una nueva visión según la cual es necesario limitarla y en este proceso de cambio el principio de subsidiariedad de la economía social de mercado se traslada de la doctrina sobre los medios o formas de actuación del Estado en la economía (y más ampliamente en la sociedad) al texto constitucional.

La reducción de las empresas del Estado a través de privatizaciones durante la década de 1990 cedió progresivamente en la década de 2000 por el decaimiento y cuestionamiento de los procesos de privatización, así como debido a las exigencias de diversos sectores políticos que plantearon la modificación de la Constitución y, en particular, la revisión de algunos aspectos del régimen económico constitucional, especialmente en lo referido a la participación del Estado en la economía.

En sentido opuesto, se mantuvieron los esfuerzos por encontrar la manera en que la disposición constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución encuentre un desarrollo legal y pueda aplicarse a situaciones concretas en las que las empresas o entidades del Estado producen y compiten en los mercados. Es así como, con ocasión de la emisión del Decreto Legislativo n.° 1044[4] (en adelante, LRCD) se introduce, en el artículo 14 numeral 14.3, una nueva modalidad de competencia desleal por violación de normas, referida a la actividad empresarial del Estado que se desarrolla con infracción del artículo 60 de la Constitución.

Esta nueva modalidad de violación de normas ha sido aplicada para evaluar la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado desde entonces. Asimismo, a raíz de la emisión de la Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI,[5] la Sala de Defensa de la Competencia n.° 1 tuvo la oportunidad de desarrollar en detalle cada uno de los elementos de la infracción contenida en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD.

Esta resolución ha sido materia de análisis y discusión en el mundo académico y sus criterios han sido utilizados en resoluciones posteriores de los órganos de Indecopi que han calificado denuncias por esta modalidad de competencia desleal. Es por lo que la tomaremos como parámetro de la interpretación de los alcances del artículo 60 de la Constitución, desde el enfoque particular de la competencia desleal.

Por otra parte, trataremos de presentar la pluralidad de formas que asume la actuación empresarial del Estado a fin de evidenciar las limitaciones que se pueden encontrar en la aplicación de las normas de competencia desleal. Ello nos permitirá observar cómo la disposición constitucional sobre la subsidiariedad y la disposición legal sobre la violación de normas se encuentran con una legislación y con una actividad empresarial diversa que muchas veces se desenvuelve en el límite entre lo subsidiario y lo no subsidiario, sin que tengamos una concepción claramente definida sobre los límites de la actividad empresarial del Estado.

Para desarrollar nuestro argumento empezaremos por tratar sobre el principio de subsidiariedad en el marco de la economía social de mercado. A continuación, nos ocuparemos de la violación de normas y de su aplicación a la actividad empresarial del Estado. Por último, veremos que existen diversas formas de actuación empresarial del Estado y las limitaciones del análisis del principio de subsidiariedad desde el enfoque de la competencia desleal.

---

3 El artículo 113 de la Constitución de 1979 disponía que «El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo».

4 Presidencia de la República, Decreto Legislativo n.° 1044 "Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal", Lima, 26 de junio de 2008.

5 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia n.° 1. *Expediente 201-2008/CCD, Denunciante: Pollería El Rancho II E.I.R.L. Denunciado: Universidad del Altiplano, Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI*, Lima, 29 de noviembre de 2010.

1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

La economía social de mercado puede caracterizarse como una forma de ordenamiento económico intermedio entre la economía de mercado y la economía dirigida o centralizada. La economía social de mercado admite y reconoce la importancia del funcionamiento del mercado para la economía y con ello el ejercicio de las libertades económicas, el derecho de propiedad y el sistema de libre competencia. Por otra parte, otorga especial importancia a la actuación del Estado para superar las limitaciones del funcionamiento del mercado y procurar la generación de bienestar social.

La economía social de mercado incluye en su concepción no solamente planteamientos de carácter económico, sino también de carácter social y político, con base en los cuales se procura establecer un orden vinculado a objetivos de carácter general. Por ello, Resico[6] señala: «[…] puede argumentarse que la economía social de mercado es una teoría integral para el ordenamiento de un sistema económico. En ese sentido, está emparentada y es antecesora de los desarrollos actuales de la teoría económica centrados en estudiar los arreglos institucionales que dan un marco de operación o moldean las acciones económicas (enfoque de *economía institucional*)».

El Tribunal Constitucional ha formulado, a través de diversas resoluciones, una concepción constitucional sobre la economía y ha planteado los elementos constitutivos de la economía social de mercado.[7]

Entre los aspectos resaltados por el Tribunal Constitucional se encuentran los fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho tales como la libertad, la propiedad privada y la igualdad, que pretenden lograr su mayor efectividad mediante una base y contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. De modo que la libertad no puede materializarse si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real,[8] por lo que se hace necesaria la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

El Tribunal Constitucional se ha referido también a los supuestos económicos de la economía social de mercado, señalando que debe ejercerse con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:[9]

a) Bienestar social: lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

b) Mercado libre: lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

c) Un Estado subsidiario y solidario: de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

---

6 RESICO, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 117.

7 Algunas de las principales resoluciones en las que se expresa la concepción construida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Constitución económica y la economía social de mercado, son las siguientes: Exp. n.° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003; Exp. n.° 018-2003-AI/TC, Lima, 26 de abril de 2004; Exp. n.° 034-2004-PI/TC, Lima, 15 de febrero de 2005.

8 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1980, p. 26 (citado en la STC Exp. n.° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003, fundamento 11).

9 STC Exp. n.° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003, fundamento 13.

La importancia de un enfoque constitucional para la economía social de mercado radica en que los elementos que la conforman, en particular los referidos al mercado, son concebidos de una forma distinta a la que se sigue cuando se les analiza desde los presupuestos de una economía de libre mercado. Las diferencias se encontrarán en la forma como debe entenderse el mercado en una economía social de mercado que se desarrolla en el marco de un Estado social y democrático de derecho.[10]

Por otro lado, en la medida que la economía social de mercado implica la intervención del Estado para alcanzar objetivos de carácter social, es pertinente determinar sus límites. Una forma de hacerlo es a través del principio de subsidiariedad, el cual tiene dos expresiones en la doctrina: la subsidiariedad vertical o institucional y la subsidiariedad estatal u horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación entre el ordenamiento comunitario o supranacional y los ordenamientos nacionales en el plano del derecho internacional o la relación entre el Estado y los entes a él sometidos, pero dotados de autonomía como las regiones, las provincias y los municipios. Todo ello en el plano del derecho interno.

En el sentido horizontal, la subsidiariedad se refiere a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sea como individuos, sea en las formaciones sociales, a fin de dejar el mayor espacio posible a la autonomía privada y reduciendo a lo esencial la intervención pública.[11]

En lo que se refiere a la actividad empresarial del Estado y a sus limitaciones, estas se determinan recurriendo al concepto o principio de subsidiariedad horizontal, el mismo que está expresado en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución: «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

Sin embargo, las exigencias y restricciones que nuestra Constitución ha establecido para la actividad empresarial del Estado no deben entenderse como una reducción del Estado y su actuación al mínimo, menos aún convertirse en un Estado ausente.[12]

Ello ha sido precisado por el propio Tribunal Constitucional al señalar:

> Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.
>
> Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.[13]

---

10 Sobre la concepción constitucional del mercado, se puede revisar el texto de HÄBERLE, Peter. «Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo». En *Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC) Justicia Constitucional*, año III, n.° 6, 2008, pp. 31-49.

11 KRESALJA, Baldo. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 27.

12 KRESALJA, Baldo. *Op. cit*., p. 32, nos refiere a Germán Bidart Campos al señalar que «[…] librar a las fuerzas de los particulares el juego total de las relaciones económicas sin presencia del Estado no condice con el significado del principio de subsidiariedad» (BIDART, Germán. *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 120).

13 STC Exp. n.° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003, fundamento 21.

2. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO NO SUBSIDIARIA Y LA VIOLACIÓN DE NORMAS

2.1. La ventaja significativa como elemento de la violación de normas

El artículo 14 de la LRCD se refiere al acto de competencia desleal denominado «Violación de normas», el cual es definido como «[…] la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas» (artículo 14 numeral 14.1).

El antecedente de esta disposición lo encontramos en el artículo 17 del Decreto Ley n.° 26122,[14] el cual señalaba: «Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa».

Tanto el texto vigente como su antecedente contienen como elemento central de este acto de competencia desleal «valerse» en el mercado de una «ventaja significativa» derivada de la infracción de normas imperativas. La «ventaja significativa» es uno de los elementos esenciales de la infracción, pues permite determinar la reprochabilidad de la conducta y para establecer su existencia es necesario realizar un análisis de la relación del denunciado con otros competidores. Por ello se precisa que para determinar la existencia de la ventaja significativa «se evaluará la mejor posición competitiva obtenida […]».

En ese sentido, si se determina que un competidor se vale en el mercado de ventajas poco importantes con relación a otros, no se configurará la infracción, aun cuando la ventaja se haya obtenido mediante la infracción de normas imperativas. Se deja así fuera del ámbito de los actos de competencia desleal aquellos incumplimientos e infracciones que puedan otorgar alguna ventaja menor al momento de competir que no llegue a ser relevante desde el punto de vista de la competencia. En el supuesto de que no fuese requerido valerse de una ventaja significativa en el mercado se consideraría competencia desleal cualquier infracción, sin importar su relevancia. No es difícil pensar que si no fuera necesario verificar y acreditar la ventaja significativa, se podría considerar como violación de normas a buena parte de las actividades que se realizan diariamente en nuestro país como parte de la informalidad que existe en las actividades económicas y empresariales.

Respecto de la ventaja significativa en el ámbito de la violación de normas, Kresalja, citando a Illescas,[15] indica que por ventaja significativa se entiende aquella que en la generalidad de los casos signifique una disminución en los costos o distribución de productos o servicios y que por ese motivo el infractor obtiene «un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado, más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener».

Este mismo autor se remite a José Massager para indicar que la ventaja para ser significativa debe tener «una magnitud apreciable», por lo tanto es preciso comprobar la talla de la desigualdad de la posición competitiva.[16]

Nuestro comentario anterior sobre la «ventaja significativa» como elemento característico de la violación de normas es relevante en la medida que el numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD establece

---

14 Decreto Ley n.° 26122, Ley sobre represión de la competencia desleal, Lima, 29 de diciembre de 2022.

15 Kresalja cita a Rafael Illescas: «La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal». En BERCOVITZ, Alberto (coordinador). *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria, Madrid, 1992, p. 116. (KRESALJA, Baldo. «Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti. Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas». En *THÉMIS. Revista de Derecho,* n.° 50, 2005, p. 17.

16 KRESALJA, Baldo. *Op. cit.*, 2005, p. 17, se refiere al texto de José Massager *Comentario a la ley de competencia desleal.* Madrid: Civitas, 1999, p. 440.

una modalidad de acto de violación de normas en el cual no es necesario acreditar dicha ventaja. Esta modalidad se refiere a la actividad empresarial del Estado que se realiza infringiendo lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política:

> 14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. *En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa* por quien desarrolle dicha actividad empresarial. (Las negritas son nuestras)

De esta manera, se establece la presunción de que, cuando se infringe la disposición contenida en el artículo 60 de la Constitución, la entidad o empresa del Estado que realiza actividad empresarial *siempre cuenta con ventaja significativa*. Esta presunción exime a la autoridad administrativa de comprobar la existencia de la ventaja significativa, con lo cual, en la práctica, este elemento de la infracción es suprimido. En efecto, al no ser necesaria la verificación de la existencia de la ventaja significativa, se incurrirá en infracción inclusive si la entidad o empresa estatal no obtiene ventaja alguna o se perjudica al incursionar en el mercado. En la medida que no es necesario hacer ninguna evaluación de la relación con los competidores, la sola actividad empresarial no subsidiaria configurará la competencia desleal, incluso si no tiene ni puede tener efectos en la competencia, si es que tuviese efectos favorables para los consumidores, si beneficiase a determinados segmentos de la población o si se tratase de un medio para que el Estado pueda alcanzar fines legítimos.

Como hemos señalado en otra oportunidad[17] esta presunción no se fundamenta en aspectos objetivos de la actividad realizada, que nos permitan inferir que existe una ventaja significativa que no requiere ser demostrada o que es evidente en sí misma, sino que se sustenta en el sujeto que realiza la acción, toda vez que solo una entidad o empresa del Estado podría realizar la conducta prevista en la norma.

En adición a lo anterior, consideramos que el numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD es contrario a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala: «La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal». En efecto, al haberse establecido la presunción de que existe una ventaja significativa en el caso de la actividad empresarial del Estado se ha generado un tratamiento legal diferenciado en función del sujeto (entidad o empresa estatal) sin que exista justificación.

Debemos recordar que el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución forma parte de un conjunto de disposiciones encaminadas a eliminar las ventajas que favorecían a las empresas estatales al amparo de la Constitución de 1979 y de la legislación previa a la década de 1990. Al disponerse que la actividad empresarial pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal se procuraba eliminar privilegios y orientar la actuación empresarial del Estado hacia la búsqueda de una gestión eficiente, en un plano de igualdad con las empresas privadas. La eliminación de regímenes legales favorables a las empresas del Estado no tenía como propósito el establecimiento de reglas que perjudiquen o dificulten sus actividades, ni la sustitución de esas normas por otras que otorguen ventajas al sector privado. Ello no era necesario, toda vez que la pertinencia de la realización de actividad empresarial por parte del Estado debía determinarse por otros criterios, entre los que se encuentra el principio de subsidiariedad señalado en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución.

2.2. Criterios de aplicación de las normas de competencia desleal sobre violación de normas con relación a la actividad empresarial del Estado

Como hemos indicado previamente, la aplicación del numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD ha generado, desde su entrada en vigencia, un conjunto de resoluciones de las instancias competentes del

---

17 GALVÁN, Gustavo. «La actividad empresarial del Estado: entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario». En *Pensamiento Crítico*, vol. 21, n.° 2, 2016, p. 94.

Indecopi a través de las cuales se analizaron denuncias contra empresas estatales y entidades públicas presentadas por empresas privadas que se sentían afectadas.

En el año 2010, el Indecopi tuvo la oportunidad de desarrollar con amplitud los distintos aspectos de la aplicación del artículo 14.3 de la LRCD y, por ende, de las disposiciones del artículo 60 de la Constitución Política sobre la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Mediante la Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI se resolvió una denuncia presentada contra la Universidad Nacional del Altiplano por la apertura de un restaurante-pollería que prestaba sus servicios a la población universitaria y al público en general. En esta resolución se expone en detalle una metodología de análisis de la infracción contenida en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD, mediante la cual se abordan y analizan cada uno de los elementos del artículo 60 de la Constitución. La resumimos a continuación:[18]

- El principio de subsidiariedad establece una limitación a la actuación estatal «[…] que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales».

- En cuanto a la determinación de la existencia de una ley expresa se señala que la ley debe ser aprobada por el Congreso de la República, autorizando el desarrollo «de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación».

- Para el análisis del carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado se parte de la determinación del mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal investigada, es decir, el mercado de producto o de servicio y el mercado geográfico involucrados.[19] A continuación, corresponde realizar un análisis de la actividad empresarial que se despliega en el mercado relevante en tres posibles escenarios:

    i. Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.

    ii. En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad —a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante— deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida

---

18 Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI, pp. 48-50.

19 Para la determinación del mercado relevante se recurre al artículo 6 del Decreto Legislativo n.° 1034:
«Artículo 6.- El mercado relevante.-
6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
6.3.El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes». Presidencia de la República, Decreto Legislativo n.° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de conductas anticompetitivas, Lima, 25 de junio de 2008.

no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.

iii. Solo participa la empresa o entidad estatal: En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose —a diferencia de los dos primeros escenarios— que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados.

- El último elemento requerido por el artículo 60 de la Constitución con relación a la actividad empresarial del Estado es la razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que fundamenta la norma. Al respecto, la resolución señala que la autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface tal objetivo; sin embargo, sí verificará que la ley señale la razón que sustenta la autorización. Es decir, en caso de que la norma que autoriza la realización de la actividad empresarial no incluyera o no precisara la justificación de la norma, se estaría incumpliendo este requisito.

Los criterios establecidos en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI han sido aplicados con posterioridad para el análisis de diversas denuncias que se han presentado con relación a esta modalidad de violación de normas.

3. ¿ES POSIBLE ESTABLECER NIVELES O GRADOS DE SUBSIDIARIEDAD?

La metodología de análisis de la subsidiariedad establecida en la Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI ha merecido diversas opiniones, tanto favorables como críticas.[20] De nuestra parte, nos ponemos del lado de quienes observan que la interpretación del artículo 60 de la Constitución en el marco de las normas de competencia desleal se aparta de la concepción constitucional sobre el principio de subsidiariedad y la economía social de mercado a la que nos hemos referido previamente.

Asimismo, consideramos que no responde a la realidad de la actividad empresarial que el Estado desarrolla de manera continua y permanente. Por ello, estimamos que la estricta aplicación de estos criterios, en particular los referidos a la determinación del carácter subsidiario de la participación en el mercado por las entidades o empresas del Estado, llevaría a cuestionar parte de la actividad empresarial que el Estado realiza habitualmente. Ello debido a que la actividad empresarial del Estado, en la práctica, concurre en varios ámbitos y de diversas formas con la actividad empresarial privada.

La actividad empresarial del Estado se desarrolla bajo distintas modalidades. Si tomamos cuenta de las empresas del Estado y de otras entidades que realizan actividad empresarial, podemos clasificarlas de la siguiente forma:

1) En primer lugar, mencionamos a las empresas que se encuentran bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - Fonafe, las cuales se rigen por las disposiciones del Decreto Legislativo n.° 1693.[21] Se trata de 34 empresas de diversos sectores (16 empresas del sector electricidad, 2 empresas de hidrocarburos y remediación, 1 empresa de saneamiento, 4 empresas del sector transportes y comunicaciones, 4

[20] Un resumen de estas opiniones, hasta el año 2015, puede consultarse en KRESALJA, Baldo. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 165-177.

[21] Presidencia de la República, Decreto Legislativo n.° 1693, Decreto Legislativo que ordena, sistematiza y optimiza la eficiencia de la actividad empresarial del Estado y fortalece la estructura y gestión del Fonafe, Lima, 2 de octubre de 2024.

empresas del sector finanzas, 4 empresas del sector defensa, 3 empresas del sector servicios).[22] Se encuentran bajo el ámbito del Fonafe las empresas de propiedad del Estado cuyo capital pertenece, de manera directa o indirecta, íntegra o mayoritariamente, al Gobierno nacional, con excepción de empresas excluidas por norma legal expresa (artículo 10, numeral 10.1. del Decreto Legislativo n.° 1693). Tal es el caso de Petróleos del Perú - Petroperú S. A., que se encuentra fuera del ámbito del Fonafe por disposición legal.[23]

2) A estas empresas deben sumarse las empresas municipales, cuya existencia se enmarca en las disposiciones de la Ley n.° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y enmarcan su actividad en el ámbito de las funciones municipales. Es importante destacar que dentro de este rubro se encuentran las cajas de ahorro y crédito de propiedad de los gobiernos locales, las cuales se encuentran bajo supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros.

3) Las empresas y centros de producción y de prestación de servicios de las universidades del Estado. Estas entidades amparan su funcionamiento en el artículo 54 de la Ley n.° 30220[24] y pueden actuar como dependencias de las universidades o como personas jurídicas autónomas.

4) Adicionalmente, debemos incluir en esta relación a aquellas actividades de producción de bienes y de prestación de servicios realizadas por entidades públicas que no se organizan bajo la forma de empresas estatales. Nos referimos, por ejemplo, a actividades desarrolladas por ministerios, municipalidades, gobiernos regionales u otras entidades que producen bienes o prestan servicios, a cambio de una retribución, por lo que correspondería analizar en cada caso si sus actividades son de carácter empresarial o asistencial y si se realizan o no de manera subsidiaria.

Landa,[25] al analizar el principio de subsidiariedad, distingue entre el rol del Estado en la economía y el rol del Estado en la actividad empresarial. Señala que el concepto y los alcances del principio de subsidiariedad deben acotarse a la actividad empresarial del Estado, según lo indicado en el artículo 60 de la Constitución, y no extenderse a toda actividad económica que el Estado puede desarrollar. De ello concluye que el Estado puede participar de forma directa en determinadas actividades económicas compitiendo con la empresa privada, sin que ello afecte el principio de subsidiariedad, interpretado conforme a la economía social de mercado.[26] Este autor señala que el principio de subsidiariedad se articula con la actividad empresarial del Estado en tres grados distintos de intensidad: leve, intermedio e intenso.

La modalidad leve se refiere a «[…] actividades de orden económico a las que no se aplica el principio o, en todo caso la oposición del mismo no prevalece frente a la incursión del Estado en determinadas actividades económicas, sino que el Estado mantiene respecto de estos una reserva pues el artículo 58 de la Constitución señala de manera expresa que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». El principio de subsidiariedad «no sería oponible para que el Estado realice actividades en los rubros en

---

22 Información tomada de https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion.

23 El artículo 3 de la Ley n.° 28840 excluye a Petroperú S. A. del ámbito del Fonafe (Congreso de la República, Ley n.° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la empresa Petróleos del Perú - Petroperú S. A., Lima, 23 de julio del 2006). Está exclusión también la encontramos en el artículo 10, numeral 10.4 del Decreto Legislativo n.° 1693, previamente citado.

24 «Artículo 54. Centros de producción de bienes y servicios
Las universidades pueden constituir centros de producción de bienes y servicios relacionados con sus especialidades, áreas académicas, programas de investigación, proyección social y extensión universitaria.
Los ingresos de los centros de producción son recursos propios de la universidad y se destinan a cubrir sus costos operativos y, de la utilidad resultante, se prioriza la investigación y la mejora de las condiciones de calidad para el cumplimiento de las metas presupuestarias, pudiendo ser utilizada para retribuciones adicionales propias de las actividades de los centros de producción» (Congreso de la República. Ley n.° 30220, Ley Universitaria, modificado por la Ley n.° 32141, Lima, 24 de octubre 2024).

25 LANDA, César. «El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú». En *Forseti. Revista de Derecho*, vol. 4, n.° 6, 2016, pp. 146-158.

26 *Idem*, p. 157.

los que tiene o cumple un rol central». [27] En ese sentido, el autor se refiere a la actuación del Estado en los rubros de servicios públicos, recursos naturales e infraestructura.

Una muestra de ello, señala este autor, es el régimen de concesiones de los servicios públicos. Dos empresas que se ajustan a estos criterios son Sedapal y Serpost. En el caso de Sedapal, la intervención del Estado se relaciona con su función de prestación de servicios públicos, la cual podría realizarse también a través de una empresa privada.

A diferencia de Sedapal, la actividad empresarial de Serpost se realiza en condiciones de competencia, al menos de manera parcial. Su carácter subsidiario se distinguiría en aquellas zonas del país donde no llega el servicio privado de correo; no obstante, su acción en el resto del territorio sin duda concurre con los servicios que prestan empresas privadas de mensajería y correo.

La modalidad intermedia se refiere a actividades que son principalmente desarrolladas por privados «[…] es decir, que no necesariamente se vinculen con bienes u obligaciones cuya titularidad recae principalmente en el Estado». No obstante, esta actividad empresarial estará vinculada a fines constitucionales.[28] Landa se refiere en estos casos a la promoción de pequeñas empresas o a la ampliación de la oferta bancaria a la población en general. En ese sentido, propone como ejemplo las actividades de banca de segundo piso (Cofide, Agrobanco, Fondo Mivivienda y Banco de la Nación). En este rubro se incluyen las cajas municipales creadas al amparo del artículo 71 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

La modalidad intensa es planteada para el caso de actividades que principalmente sean desarrolladas por el sector privado y que no necesariamente se vinculen a los fines esenciales del modelo de economía social o, aun cuando lo fueran, no sea necesario promover la intervención del Estado.[29]

La propuesta de establecer distintos grados de intensidad en la subsidiariedad, fundamentada en que la actividad empresarial del Estado está relacionada con las funciones que corresponde ejercer al Estado en una economía social de mercado, es coherente con la verificación de que existen actualmente empresas estatales que realizan actividades que podrían ser trasladadas al sector privado a través de procesos de privatización si se pretendiera aplicar de manera estricta los criterios de interpretación del principio de subsidiariedad contenidos en la Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Tal sería el caso de la gestión de servicios públicos. Por otra parte, existen empresas estatales que compiten con el sector privado de manera parcial, como es el caso de las empresas estatales del sector financiero, tanto las que se encuentran bajo el ámbito del Fonafe, como las cajas municipales.

4. LIMITACIONES DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL PARA LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En el escenario que hemos descrito es posible afirmar que el análisis de la actividad empresarial del Estado no debe limitarse al análisis económico de la participación de las empresas estatales en el mercado y a su relación con las empresas privadas, como ocurre cuando aplicamos las normas de competencia desleal. Si se aplicasen los criterios desarrollados en la Resolución n.° 3134-2010/SC1-INDECOPI, que hemos resumido previamente, a las actividades que realizan las empresas estatales que operan hoy en día en el Perú, muy probablemente parte de sus actividades podrían ser consideradas actos de competencia desleal.

Ello también podría ocurrir en los casos en los que el Estado participa de manera conjunta con el sector privado en alguna actividad económico-empresarial, en un mercado en el que concurren otros competidores. O en el caso de actividades que desarrollan empresas del Estado con accionariado privado minoritario. En estos casos, ¿debería el Estado abstenerse de actuar en conjunto con el sector

[27] *Idem*, p. 150.
[28] *Idem*, p. 153.
[29] *Idem*, p. 156.

privado? ¿Debería transferirle sus derechos e intereses a una empresa privada? Si llevamos la aplicación del principio de subsidiariedad a un escenario en el que solamente se evalúa la participación en un mercado relevante para establecer la viabilidad de la intervención estatal con base en las normas de competencia desleal, podríamos estar cerrando la puerta a alternativas eficientes de actuación conjunta del sector público y el privado.

Por otra parte, no debemos olvidar que las empresas del Estado actúan dentro de la formalidad. Las empresas que se encuentran en el ámbito del Fonafe se encuentran con un marco normativo ampliamente desarrollado que acoge estándares internacionales sobre buen gobierno corporativo, conducta empresarial responsable y sostenibilidad para empresas del Estado.[30] De otro lado, las cajas municipales de ahorro y crédito se encuentran sometidas a la supervisión estatal de la Superintendencia de Banca y Seguros y cuentan con un marco normativo especializado con relación a las actividades que realizan.

En nuestra opinión, el análisis de la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado en el marco de las normas de competencia desleal separa el principio de subsidiariedad de otros principios constitucionales que son consustanciales a la economía social de mercado y pierde de vista el rol que le corresponde asumir al Estado según la Constitución. En efecto, la actuación del Estado, si bien debe regirse por la subsidiariedad, también se rige por otros criterios, tales como el principio de solidaridad[31] o la necesidad de alcanzar fines valiosos relacionados con aspectos propios del Estado social[32] como la educación, la salud, la promoción del empleo, el acceso a servicios, etc.

Retomamos entonces el planteamiento que hemos expresado previamente, en el sentido que la actividad empresarial del Estado no debe ser evaluada a la luz de las normas de competencia desleal; menos aún, si para ello se ha establecido un régimen legal diferenciado en el que se presume que toda actividad empresarial del Estado se realiza contando con una ventaja significativa en el mercado.

En nuestra opinión, el marco teórico de la competencia desleal es insuficiente para interpretar el principio de subsidiariedad con relación a la actividad empresarial del Estado y determinar su constitucionalidad. No es nuestro propósito proponer que la actividad empresarial del Estado se realice sin límites ni criterios objetivos para su evaluación, pero consideramos que el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado requiere de un análisis de mayor amplitud que el que se desarrolla a través de la metodología utilizada para evaluar las denuncias por violación de normas.

Para el diseño de un marco legal que permita evaluar la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado es necesario utilizar un marco conceptual amplio que tome en cuenta la competencia en el mercado, pero también otros factores económicos y sociales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado.

5. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto, podemos resumir nuestro punto de vista de la siguiente forma:

---

30 Ver Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.° 1693. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H921876

31 Kresalja y Ochoa señalan, con relación a la economía social de mercado, que su práctica se refuerza por dos principios: «[…] el de solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común, y el de subsidiariedad, en virtud del cual lo que el individuo puede hacer por propia iniciativa no debe hacerlo la comunidad o el Estado». KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho constitucional económico.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 353.

32 Ariño señala que hay dos principios esenciales que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: «uno de ellos es el *principio de libertad individual y subsidiariedad estatal,* el otro el principio *de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social*». El primero se basa en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. «El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo. En la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado moderno». ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica).* Granada: Comares, 2004, p. 109.

- La violación de normas es un acto de competencia desleal que se configura cuando el autor realiza actos para valerse de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas. Esta ventaja debe establecerse a través de una evaluación de la posición competitiva en el mercado. El numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD al señalar que no se requiere acreditar la adquisición de una ventaja significativa en el caso de la actividad empresarial del Estado, establece una presunción que, en la práctica, suprime uno de los componentes esenciales de la infracción. Asimismo, establece un régimen diferenciado para las empresas del Estado, sin justificación, con lo cual se incumple la disposición constitucional que señala que la actividad empresarial, pública o no pública, reciben el mismo tratamiento legal (artículo 60, párrafo tercero de la Constitución).

- El análisis de la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, como acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, que toma en cuenta como criterio principal la participación del Estado y de empresas privadas en un mercado relevante, se aparta de la concepción constitucional del principio de subsidiariedad y de la economía social de mercado. Esta metodología de análisis no toma en consideración el rol que debe cumplir el Estado en el régimen económico constitucional ni la multiplicidad de formas a través de las cuales se realiza la actividad empresarial del Estado.

- El establecimiento de un marco legal para fijar límites a la actividad empresarial del Estado, en línea con las disposiciones constitucionales, debe ser diseñado dentro de un marco conceptual más amplio que el de la competencia desleal, que tome en cuenta la competencia en el mercado, pero también otros factores económicos y sociales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado en una economía social de mercado.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO, Gaspar. Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Comares, 2004.

BULLARD, Alfredo. «Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad». En Diálogo con la Jurisprudencia, n.° 149.

BULLARD, Alfredo. «El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad». En: Revista de Derecho Administrativo, n.° 10, tomo II, 2011.

CÉSPEDES, Adolfo. El Estado Empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

DIEZ CANSECO, Luis y BULEJE, Crosbby. «Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución n.° 3134-2010/CS1-INDECOPI». En Revista de Derecho Administrativo, n.° 10, tomo II, pp. 221-235.

GALVÁN, Gustavo. «La actividad empresarial del Estado: entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario». En Pensamiento Crítico, vol. 21, n.° 2, 2016.

HÄBERLE, Peter. «Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo». En Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC) Justicia Constitucional, año III, n.° 6, 2008.

KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho constitucional económico. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

KRESALJA, Baldo. «Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti. Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas». En THÉMIS. Revista de Derecho, n.° 50, 2005.

LANDA, César. «El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú». En Forseti. Revista de Derecho, vol. 4, n.° 6, 2016.

RESICO, Marcelo. Introducción a la economía social de mercado. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. n.° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Sala de Defensa de la Competencia n.° 1. Expediente 201-2008/CCD, Denunciante: Pollería El Rancho II E.I.R.L. Denunciado: Universidad del Altiplano, Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, Lima, 29 de noviembre de 2010.

ARBITRAJE Y MARC

LA ELECCIÓN DEL ÁRBITRO: INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD, DEBER DE REVELACIÓN, CONFLICTOS DE INTERÉS Y SUS REMEDIOS

Carlos Luis Ruska Maguiña[*]

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el arbitraje se ha consolidado como uno de los mecanismos más eficaces para la solución de las controversias en el Perú, particularmente en los ámbitos comercial, de contrataciones con el Estado y de inversiones. Su flexibilidad, celeridad y especialización lo convierten en una alternativa atractiva frente al sistema judicial ordinario a cargo del Estado, caracterizado por su morosidad, excesiva carga procesal y en no pocas ocasiones, falta de predictibilidad. Sin embargo, el arbitraje no está libre de problemas, su legitimidad y efectividad dependen en gran medida de un aspecto clave: la confianza de las partes en la imparcialidad e independencia de los árbitros. La confianza no surge por acto de magia, se construye, entre otros factores, a partir de un procedimiento adecuado de elección de los árbitros y del cumplimiento de estándares éticos y legales que garanticen que el árbitro actúe libre de intereses ajenos a las partes y al caso que debe resolver.

La Ley de Arbitraje peruana, contenida en el Decreto Legislativo n.º 1071(1), vigente desde el año 2008 y elaborada en gran medida sobre la base de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral) (2), ha reconocido expresamente la necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad del árbitro como principios rectores de todo procedimiento arbitral. En ese sentido, la ley establece criterios y procedimientos que buscan evitar conflictos de interés y en su caso, permite a las partes ejercer los remedios correspondientes, dentro de los que se encuentra la posibilidad de recusar al árbitro cuando existan «dudas justificadas» respecto de su imparcialidad e independencia. Asimismo, la ley exige la revelación de las circunstancias que puedan afectar dichos principios desde el momento mismo de la designación del árbitro y durante todo el procedimiento arbitral, hasta la emisión del laudo y en su caso, la de la decisión complementaria que resuelva las solicitudes contra el laudo.

En la práctica, el cumplimiento de estos principios enfrenta múltiples desafíos, más aún en nuestro país, debido al crecimiento exponencial del arbitraje en razón principalmente a su obligatoriedad en materia de contrataciones públicas desde hace algo más de dos décadas. La creciente concentración de árbitros en determinados círculos profesionales, las reiteradas designaciones de los árbitros por las partes, estudios jurídicos y procuradores públicos encargados de la defensa del Estado, y la dificultad para acceder a información transparente sobre los antecedentes de los árbitros elegidos, han generado preocupación en distintos sectores respecto a la existencia de un «club cerrado» que, en algunos casos, podría afectar la percepción de justicia en el arbitraje. En los últimos años, varios casos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría no concluidos en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha sido director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y profesor de arbitraje en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y fundador del Centro de Arbitraje MARC PERÚ.

emblemáticos han puesto en evidencia estas tensiones, al revelarse relaciones no declaradas entre árbitros y partes, lo que ha llevado a recusación de árbitros, anulación de laudos y cuestionamientos a la institucionalidad arbitral.

En este contexto, resulta necesario examinar los elementos que inciden en la elección de los árbitros y los mecanismos legales disponibles para preservar su independencia e imparcialidad. Este análisis no solo involucra una revisión normativa, sino también una aproximación crítica a la práctica arbitral en el Perú, considerando criterios como la formación profesional, la especialización, y la adecuación a estándares internacionales como las guías de la International Bar Association (IBA) sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional (3). Estos estándares, aunque no resultan vinculantes, se han convertido en referentes útiles para evaluar situaciones de potencial conflicto de interés, mediante un sistema de clasificación de riesgos utilizando el símil de un semáforo (zonas roja, naranja y verde) que ayuda a delimitar el grado de aceptabilidad de determinadas circunstancias.

De igual forma, se evalúan los remedios que la ley peruana prevé frente a la existencia o la apariencia de existencia de los conflictos de interés, dentro de los que destaca el mecanismo de la recusación, cuyo ejercicio oportuno y adecuadamente fundamentado sirve de contrapeso eficaz para proteger la integridad del proceso arbitral y el derecho de las partes a obtener la solución adecuada de su conflicto. Sin embargo, este remedio no está libre de dificultades: su efectividad depende en buena medida del grado de acceso a la información, del compromiso ético de los árbitros, así como de la actuación responsable y de buena fe de las partes, sus representantes y abogados y el de los procuradores públicos del Estado en los casos en los que este participa. A las instituciones arbitrales les toca un rol fundamental en el control de las recusaciones formuladas con fines dilatorios o estratégicos y sin mayor fundamento, rol que debe ser ejercido con responsabilidad y eficacia para proteger al arbitraje como mecanismo adecuado de resolución de conflictos.

Este artículo tiene como propósito analizar, desde una perspectiva jurídica y práctica, las consideraciones esenciales para la elección de un árbitro en el marco de la Ley de Arbitraje peruana, los estándares en materia de independencia e imparcialidad, y los posibles conflictos de interés que puedan surgir durante la etapa de selección y con posterioridad a esta, así como los mecanismos previstos para remediarlos. La finalidad última es contribuir a una reflexión crítica que fortalezca la institucionalidad del arbitraje, promoviendo una mayor transparencia, ética y eficiencia en la conducta de los procedimientos arbitrales en el Perú.

2. MARCO NORMATIVO Y PRINCIPIOS RECTORES

2.1. La Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo n.º 1071): antecedentes y contexto

La actual Ley de Arbitraje peruana, expedida a través del Decreto Legislativo n.º 1071, fue promulgada en el año 2008 con el objeto de modernizar y sistematizar el marco legal que regula el arbitraje en el país. Este cuerpo normativo reemplazó a la Ley n.º 26572 (4) de 1996, la que, si bien constituyó un importante avance en su momento, luego de doce años de vigencia y sobre la base de la experiencia práctica local y los avances en materia de arbitraje internacional, requería de algunos ajustes a fin de contribuir al desarrollo de una adecuada práctica arbitral en el Perú cada vez más compleja, tanto en los arbitrajes locales como siendo sede de arbitrajes internacionales.

Al igual que la norma predecesora, el Decreto Legislativo n.º 1071 se inspira en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI o Uncitral, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, con las enmiendas del 2006. La adopción de la ley modelo respondió a la necesidad de alinear la normativa peruana con los estándares internacionales de previsibilidad, independencia e imparcialidad de los árbitros, autonomía de las partes y correcta ejecución de los laudos arbitrales, todo lo cual resultaba esencial para atraer inversión extranjera a nuestro país y

fomentar la confianza de los agentes económicos en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en especial en el arbitraje.

Dentro de sus principales innovaciones, el Decreto Legislativo n.º 1071, regula de manera detallada y acertada aspectos como la constitución del tribunal arbitral, la impugnación y recusación de los árbitros, el procedimiento de anulación del laudo, la aplicación de medidas cautelares, y la ejecución del laudo arbitral. Asimismo, reconoce la plena validez del arbitraje institucional y la del ad hoc o libre, así como la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el procedimiento aplicable, siempre que no se afecte el orden público o los principios del debido proceso que constituyen garantías constitucionales.

En el arbitraje, el rol que cumple el árbitro adquiere una relevancia central: se le encomienda la solución definitiva de una controversia. Es por ello que la Ley de Arbitraje peruana regula expresamente la exigencia de la independencia e imparcialidad de los árbitros y establece mecanismos para evitar afectarlos.

2.2. Principios rectores aplicables

La Ley de Arbitraje reconoce una serie de principios que rigen el arbitraje en el Perú, los que resultan fundamentales para interpretar su contenido y para orientar la actuación de las partes, sus abogados, los árbitros y las instituciones arbitrales. A continuación, un apretado resumen de los más relevantes.

2.2.1. Autonomía de la voluntad de las partes

El principio de la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje. La Ley de Arbitraje peruana en su artículo 13, numeral 1, al referirse al convenio arbitral, señala: «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». Esta norma permite a las partes sustraerse de la justicia ordinaria a cargo del Estado (Poder Judicial) y someter la solución de sus conflictos a la decisión de un tribunal arbitral, siempre y cuando se trate de controversias de libre disposición conforme a derecho, tal como lo establece el artículo 2, numeral 1 de la citada ley. Las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden igualmente, pactar el procedimiento para la elección de los árbitros, el procedimiento para llevar adelante las actuaciones arbitrales, definir el lugar del arbitraje, el idioma aplicable, así como las normas aplicables al fondo del asunto. La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del arbitraje moderno y debe ser respetada, cuidando que el accionar de las partes no colisione con normas de orden público o principios básicos del debido proceso, como el trato igualitario.

2.2.2. Imparcialidad e independencia del árbitro

El artículo 28, numeral 1 de la Ley de Arbitraje establece que todo árbitro debe ser y permanecer durante el *iter* del proceso arbitral imparcial e independiente de las partes. Esta exigencia no solo es un requisito legal, sino una condición fundamental para asegurar la legitimidad del procedimiento arbitral y la confianza de las partes en el laudo que se emita. De la mano de estos dos principios, la ley impone además el deber de revelación continua, antes y durante el procedimiento, de cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. En el apartado IV de este artículo volveremos sobre estos principios que resultan fundamentales para la elección de los árbitros y el desarrollo del arbitraje en nuestro país y que lamentablemente no siempre son tratados con responsabilidad y ética.

2.2.3. Trato igualitario y derecho a la defensa

Toda parte debe tener la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas, así como de impugnar las posiciones contrarias en igualdad de condiciones. La imparcialidad del árbitro lo obliga a tratar a

las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos, tal y como lo prescribe el artículo 34, numeral 2 de la Ley de Arbitraje.

2.2.4. Buena fe

El principio de buena fe constituye otro de los pilares del arbitraje y tiene una dimensión fundamental al estar vinculado no solo con la solución de un conflicto, sino, además, con la confianza que los actores ponen en este mecanismo adecuado de solución de controversias. No se trata pues de solo un estándar ético, sino de un principio que protege la integridad del arbitraje. Es deber de los árbitros, las partes y sus abogados y las instituciones arbitrales, actuar sobre la base de este principio, toda vez que su infracción puede socavar la legitimidad del arbitraje. En relación con la buena fe y las partes del arbitraje, la ley peruana establece en el artículo 38, numeral 2: «Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y colaborar con el tribunal en el desarrollo del arbitraje». Este principio tiene implicancias concretas en la celebración del convenio arbitral, la elección del árbitro y la obligación de revelar cualquier posible conflicto de interés o cualquier circunstancia que pudiera generar dudas justificadas respecto de su independencia e imparcialidad, así como durante el desarrollo del procedimiento.

2.2.5. Confidencialidad

La confidencialidad puede no estar directamente vinculada a la independencia e imparcialidad del árbitro o a los conflictos de interés, sin embargo, es un principio que incide en los deberes éticos de éste, las partes, sus abogados, los expertos, las instituciones arbitrales y todo aquel actor que participe de un arbitraje. Todo lo que se ventile en el proceso arbitral, salvo disposición contraria de la ley o el pacto o de la necesidad de ejecución judicial del laudo, debe mantenerse en reserva.

Los principios a los que nos hemos referido constituyen verdaderas herramientas interpretativas para evaluar si un árbitro cumple con los estándares esperados, especialmente cuando se formula una recusación o se cuestiona la idoneidad del procedimiento arbitral.

2.3. Referencia a directrices y normas internacionales

El marco normativo peruano en materia arbitral no puede ser analizado de manera aislada. Por el contrario, éste se inscribe en el contexto del arbitraje internacional tanto en su contenido normativo como en la práctica arbitral internacional. Como lo mencionamos anteriormente La ley de Arbitraje peruana, Decreto Legislativo n.° 1071, tiene como fuente principal a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo propósito ha sido promover la armonización y modernización de las leyes nacionales de arbitraje a nivel mundial. Dicha ley modelo, no tiene la naturaleza jurídica de un tratado, sin embargo, ha servido como guía o base para la elaboración de leyes de arbitraje para la generalidad de los países del mundo, contribuyendo de esta manera a incorporar los estándares internacionales referidos a la independencia e imparcialidad de los árbitros, el debido proceso y el reconocimiento y ejecución de los laudos.

Además de la Ley Modelo Uncitral, existen otros documentos internacionales algunos de los cuales no son vinculantes, sin embargo, son de gran utilidad y han sido incorporados a la praxis arbitral peruana, en particular en lo referido a los principios de imparcialidad e independencia del árbitro y su correlato el deber de revelación. Entre ellos destacan los siguientes:

a) Las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional. Estas directrices, adoptadas inicialmente en el año 2004, actualizadas en el 2014 y más recientemente en el 2024, a las que nos referiremos más adelante, proponen distintos criterios para la evaluación de los posibles conflictos de interés, sobre la base de

unos listados de diversas situaciones que forman parte de listas de colores rojo, verde y naranja que simulan un semáforo.

b) El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC) (5) vigente desde enero del año 2021 y su nota explicativa. El Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales relativas a Inversiones (6), aprobado el 7 de diciembre de 2023, así como el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), entre otros.

c) El Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales (The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes) (7) de la American Arbitration Association (AAA) y los reglamentos y guías del International Centre for Dispute Resolution (ICDR-AAA) (8). Estos instrumentos forman parte del denominado *soft law* al igual que las Directrices de la IBA, y aunque no son vinculantes constituyen importantes herramientas en aporte a la práctica del arbitraje en el Perú.

d) La Convención de Nueva York de 1958, (9) sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, es un tratado multilateral al que se encuentran adheridos con o sin reservas ciento setenta y dos países a la fecha. Este tratado exige condiciones mínimas de imparcialidad para que los laudos sean reconocidos y ejecutados en otros Estados parte.

La aplicación de los estándares internacionales en el arbitraje peruano ha sido progresiva, y aunque por lo general no tienen carácter obligatorio al formar parte del *soft law*, las partes, los árbitros, los abogados, las instituciones o centros arbitrales y el Poder Judicial, los utilizan frecuentemente como pautas éticas o interpretativas. Así, en los procedimientos de recusación de árbitros o en la anulación de laudos ante el Poder Judicial, su invocación contribuye a dotar de mayor legitimidad los argumentos planteados, de forma especial cuando se trata de relaciones complejas o indirectas entre árbitros y partes.

3. ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

Una decisión trascendental en todo procedimiento arbitral es la elección del árbitro y es la característica más importante del arbitraje como medio de resolución de conflictos. A diferencia de lo que sucede cuando decidimos iniciar un proceso judicial, en el que los jueces son asignados a los diferentes juzgados y salas de forma aleatoria por el Estado a través de decisiones del Poder Judicial, en el arbitraje, son las partes quienes tienen el poder y la responsabilidad de elegir a quienes resolverán sus controversias. Esta facultad de las partes refleja el principio de la autonomía de la voluntad, que constituye uno de los pilares del arbitraje, y a la vez pone de manifiesto una exigencia, los árbitros elegidos deben ser independientes, imparciales y competentes, de forma tal que desempeñen su función con integridad.

En el marco de la Ley de Arbitraje peruana, la elección y aceptación del árbitro se encuentra regulada en los artículos 19 al 31, comprendidos dentro del Título Tercero Árbitros. Esta sección establece los mecanismos de designación, las reglas aplicables para la constitución de los tribunales unipersonales o colegiados, así como los plazos, procedimientos supletorios y los principios generales que rigen esta etapa crucial del arbitraje. A continuación, nos referiremos a tres aspectos esenciales: los mecanismos de elección del árbitro, los criterios que deben considerarse en cada elección, y la influencia del *soft law* y los estándares internacionales, así como los códigos de ética institucionales a nivel local.

3.1. Mecanismos de designación de árbitros

Los árbitros pueden ser elegidos directamente por las partes, por una institución arbitral o por un tercero al que las partes le hayan conferido dicha facultad, conforme lo establece el artículo 22 numeral 3 de la Ley de Arbitraje peruana.

3.1.1. Designación por las partes

Los artículos 19, 22 y 23 de la Ley de Arbitraje peruana reconocen la libertad de las partes para convenir el número de árbitros, elegirlos determinando el procedimiento para su designación y cualquier otra regla que consideren, debiendo siempre cuidar de no establecer un privilegio en el nombramiento de los árbitros en favor de alguna de las partes, bajo sanción de nulidad, como lo sanciona el artículo 26 de la misma ley. La norma nacional establece igualmente que, ante la falta de acuerdo el número de árbitros del tribunal será de tres, cada parte designará a uno y, los así designados, deberán elegir al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. En caso las partes hayan optado por un tribunal unipersonal y no logren ponerse de acuerdo en su designación, el nombramiento será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del Arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado lugar del arbitraje en el convenio arbitral. De no existir Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento se realizará por la Cámara de Comercio de la localidad más cercana, conforme lo establece el literal d) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje.

El mismo procedimiento de designación por defecto rige ante la falta de designación de cualquiera de los árbitros de un tribunal colegiado. Esto constituyó un cambio importante en la Ley de Arbitraje actual con respecto a la derogada Ley n.° 26572 que en estos casos tenía previsto un procedimiento para la elección de los árbitros por defecto, a través del Poder Judicial, como sucede en leyes de arbitraje de otras latitudes. Este procedimiento judicial, en algo que no tenía nada de judicial como es la elección de un árbitro, constituyó una verdadera traba para el desarrollo del arbitraje favoreciendo actuaciones de mala fe de la parte que sabiéndose con pocas posibilidades de obtener un resultado favorable a sus intereses en el arbitraje, se negaba a elegir el árbitro que a su parte le correspondía para, de ese modo, obligar a la acudir a la elección judicial trabando así el desarrollo del arbitraje y dilatando la solución del conflicto.

3.1.2. Designación por instituciones arbitrales

Las partes pueden pactar que la elección de los árbitros se realice por una institución arbitral, ya sea que se trate de un arbitraje *ad hoc* o libre o que se haya pactado que la institución se haga cargo de la administración del arbitraje —arbitraje institucional—. Las instituciones arbitrales más serias del país como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), centro líder en el mercado peruano del arbitraje institucional cuentan con reglas para la elección de los árbitros. Ahora bien, si las partes tienen pactado someterse a un arbitraje institucional como el del Centro de Arbitraje de la CCL o el de cualquier otra institución arbitral, la designación suele regirse por lo establecido en los reglamentos de la institución, salvo que las partes hayan pactado un procedimiento especial y el reglamento lo permita o no contravenga normas obligatorias del mismo. Para estos efectos, generalmente las instituciones arbitrales cuentan con listas de árbitros preseleccionados que cumplen con los requisitos mínimos de experiencia y reputación. Sin embargo, en algunos casos se permite a las partes proponer candidatos que no formen parte de la lista, siempre que cuenten con los criterios establecidos por la institución. En estos casos los árbitros propuestos estarán sujetos a la confirmación por parte de la institución arbitral.

3.1.3. Designación por un tercero

La Ley de Arbitraje peruana permite igualmente que las partes difieran a un tercero la elección de los árbitros, para lo cual deberán haberlo pactado así. Esta es una opción válida, pero en la práctica no muy utilizada.

3.2. Criterios que deben considerarse para la elección del árbitro

En adición a los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje o en otras normas que regulen arbitrajes especializados o en los reglamentos de las instituciones arbitrales, la elección de un árbitro debe responder a una cuidadosa y responsable evaluación de su idoneidad, independencia e imparcialidad, así como de su capacidad para administrar el arbitraje de la forma más adecuada, profesional y eficiente. A continuación, desarrollaremos brevemente algunos de los criterios más relevantes en la decisión.

3.2.1. Formación académica y experiencia profesional

Las partes deben considerar si el árbitro propuesto tiene formación especializada en la materia objeto del conflicto cuya resolución se pretende —derecho de la construcción, derecho bancario, de seguros, entre otros—. Resulta igualmente importante la experiencia previa como árbitro o como abogado en arbitrajes similares, así como el conocimiento del sistema legal peruano o de cualquier otro ordenamiento jurídico vinculado al caso.

3.2.2. Especialización técnica y conocimiento del sector

En los arbitrajes de carácter complejo y altamente especializados, como pueden ser los vinculados a una determinada industria —minería, electricidad, telecomunicaciones, energía, entre otros—. Se requerirá de un árbitro que tenga la capacidad para comprender el contexto económico y técnico del conflicto, lo que le permitirá a su vez realizar un adecuado análisis de los hechos del caso, que redundará en beneficio de las partes del arbitraje.

3.2.3. Nacionalidad, idioma y familiaridad con el derecho aplicable

Tratándose de arbitrajes internacionales o con partes de diferentes nacionalidades, puede resultar conveniente y hasta indispensable, que el árbitro a designarse tenga el dominio del idioma del arbitraje, así como el conocimiento del derecho sustantivo aplicable. Como regla general, debería evitarse la designación de un árbitro con la misma nacionalidad que una de las partes, salvo acuerdo en contrario, ello con el fin de preservar la neutralidad del árbitro, sobre todo en arbitrajes internacionales.

3.2.4. Independencia e imparcialidad

Este es el criterio más sensible. La ley exige que todo árbitro sea independiente e imparcial (artículo 28, numeral 1- Ley de Arbitraje peruana), y establece el deber de revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia. Las partes deben investigar y analizar si el árbitro ha tenido relaciones previas y de diversa índole con alguna de ellas, sus abogados, expertos o empresas vinculadas. También deben analizar si el candidato ha actuado en casos similares, si ha emitido opiniones que puedan comprometer su objetividad o si forma parte de redes profesionales que puedan generar un sesgo, consciente o inconsciente.

3.2.5. Disponibilidad y compromiso ético

Finalmente, la disponibilidad de tiempo y el compromiso ético son dos factores determinantes. La carga que implica en el árbitro el llevar un número importante de arbitrajes de manera simultánea y su disposición a conducir un procedimiento eficaz, transparente y expeditivo deben ser criterios a tomar en consideración en la oportunidad de la elección del árbitro. En algunos centros de arbitraje como la CCI y en el caso peruano el de la Cámara de Comercio de Lima, los árbitros deben firmar una declaración de disponibilidad y ética, lo que considero debería replicarse como buena práctica en todos los centros de arbitraje a nivel nacional.

3.3. Influencia del soft law *y estándares internacionales*

El procedimiento de elección de árbitros en el Perú también ha sido influido directa o indirectamente, por instrumentos del *soft law*, que, si bien no tiene carácter vinculante, orientan las buenas prácticas arbitrales a nivel internacional. El más relevante está constituido por las ya mencionadas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Comercial Internacional (2024). Aunque las Directrices no tienen valor legal en nuestro país son cada vez más utilizadas y, se recomienda observar esos estándares como un marco de referencia.

3.4. Códigos de ética y reglamentos institucionales

Los principales centros de arbitraje nacionales como la CCL, AmCham, PUCP y Marc Perú, entre otros, han venido adoptando códigos de ética que establecen pautas adicionales a lo señalado en sus reglamentos de arbitraje, para la designación de árbitros, deber de revelación, y la obligación de actuar con integridad, diligencia, independencia e imparcialidad, recogiendo los estándares de las mejores prácticas internacionales.

La elección de un árbitro en el Perú está regulada por un marco normativo sólido que garantiza a las partes la autonomía para designar a quienes resolverán sus conflictos, con idoneidad, independencia e imparcialidad. En la práctica, esta elección no debe ser un acto meramente formal o estratégico como algunas veces sucede, sino un ejercicio ético, guiado por la ley, la experiencia de la institución arbitral y las mejores prácticas y estándares internacionales, evitando las elecciones irresponsables o de mala fe o las que se hacen para lograr tener un árbitro «amigo» que actúa como informante de una de las partes —obviamente de la que lo designó—, con las consecuencias que ello implica en el desarrollo del arbitraje. Debemos tener en consideración que, una elección responsable no solo garantiza un procedimiento arbitral justo, sino que, además, fomenta la confianza y credibilidad en el arbitraje como mecanismo adecuado para resolver conflictos en nuestro país.

4. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

La independencia e imparcialidad del árbitro son garantías fundamentales para lograr la legitimidad del arbitraje. Si bien estas son exigidas legalmente, también constituyen elementos esenciales de la confianza que las partes depositan en este mecanismo para la resolución de conflictos.

4.1. Distinción conceptual entre independencia e imparcialidad

La independencia e imparcialidad del árbitro no han sido desarrolladas ni definidas en las leyes de arbitraje, estas generalmente solo hacen mención al hecho de que las «dudas justificadas» respecto de dichos deberes, darían lugar a la posibilidad de que las partes formulen una recusación contra el árbitro; han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han dado cuenta de ellas de manera amplia.

Si bien en el lenguaje común ambos términos pueden usarse indistintamente, en el ámbito arbitral se distinguen con precisión. La independencia se refiere a la ausencia de relaciones objetivas entre el árbitro y las partes, sus representantes o sus abogados o asesores e incluso la institución arbitral y también el tema materia de la controversia (González de Cossío, 2011) (10). Es decir, exige que el árbitro no tenga vínculos económicos, profesionales, familiares o de otra índole que puedan comprometer su juicio en el arbitraje. Por su parte, la imparcialidad se basa más bien en criterios subjetivos está vinculada al estado mental del árbitro, lo que implica que éste no tenga criterio anticipado (Jijón Letort, 2008) (11).

En el mismo sentido se pronuncia (Born, 2014) (12) señala: «Impartiality refers to de adsence of bias or predisposition towards a party; independence refers to the lack of external connections with a party interest in te outcome. Both are esencial for maintaining confidence in the arbitral process».

4.2. El deber de revelación: estándar legal y ético

Uno de los mecanismos principales para garantizar la independencia e imparcialidad del árbitro es el «deber de revelación», contenido en el artículo 28 numerales 1 y 2 de la Ley de Arbitraje peruana. Este deber exige al árbitro revelar toda circunstancia que pudiera genera «dudas justificadas» respecto de su imparcialidad e independencia. La revelación debe ser completa, continua y proactiva: no basta responder si se le pregunta, el árbitro debe anticiparse a las preguntas. Al respecto (Mantilla Serrano, 2013) (13) sostiene: «En cuanto a sus características, debe resaltarse que la obligación que la obligación de revelación tiene un carácter preventivo ya que permite descartar posibles impugnaciones ulteriores y que el arbitraje se desarrolle en un clima de confianza. La revelación oportuna y completa del árbitro evitará que alguna de las partes, por lo general aquella que estuviera disconforme con las decisiones tomadas por el árbitro, pueda intentar una recusación o una acción de nulidad del laudo con base en los hechos que no fueron oportunamente revelados».

En similar sentido, se ha señalado que «El elemento más importante del requisito de imparcialidad e independencia es la revelación de información. Cuando se contacta a un posible árbitro con vistas a su designación y éste revela todos los hechos que razonablemente puedan considerarse causales para su recusación (y no hay oposición), toda objeción posterior que se realice durante el proceso o con posterioridad a su conclusión está destinada a fracasar. En este caso se considerará que se ha renunciado al derecho a contar con un árbitro independiente e imparcial respecto de las objeciones fundadas en hechos contenidos en su declaración». (Redfern y Hunter, 2007) (14).

El deber de revelación del árbitro tiene un carácter preventivo permitiendo a las partes dejar de lado futuros cuestionamientos y fomentando, además, la generación de confianza tanto en el árbitro como en el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, evitando de esta manera que cualquiera de las partes formule posteriormente una recusación contra el árbitro incumplidor de su deber de revelación o en su caso intente la nulidad del laudo, sobre la base los hechos o circunstancias que no fueron oportunamente revelados por el árbitro y que generaron dudas justificadas de su independencia e imparcialidad. Estando al carácter preventivo del deber de revelación del árbitro se debe tener en consideración que, en caso de duda entre revelar o no, esta deberá resolverse siempre en favor de la revelación. El deber de revelación ha sido profundizado por el *soft law*, en especial por las Directrices de la IBA (2024), las que introducen el llamado «test del tercero razonable», que exige valorar si una persona objetiva, informada de las circunstancias, podría tener dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Este estándar ha sido adoptado en múltiples sistemas jurídicos y constituye una referencia en el análisis de las recusaciones.

La independencia e imparcialidad del árbitro son pilares insustituibles del arbitraje moderno. En el Perú, la normativa vigente —armonizada con la ley modelo Uncitral y reforzada por las prácticas internacionales— establece un sistema robusto, sin embargo, su efectividad dependerá de la vigilancia ética constante y de la responsabilidad y actuación de buena fe de todos los actores del arbitraje, en especial, de los árbitros encargados de resolver las controversias y las instituciones arbitrales que deben actuar como verdaderos garantes del arbitraje.

Para garantizar estos principios se requiere no solo de normas legales, resulta necesario promover una cultura de transparencia profesionalismo y rendición de cuentas. A través de la incorporación de estándares internacionales como las Directivas de la IBA y, el fortalecimiento de los mecanismos de control institucional y judicial. El arbitraje en el Perú debe continuar afianzándose como mecanismo legítimo, eficiente y justo para la solución de controversias.

5. CONFLICTOS DE INTERÉS

Uno de los aspectos más delicados en la práctica arbitral es el tratamiento de los conflictos de interés que pueden terminar afectando la integridad del procedimiento arbitral, la confianza en el árbitro y peor aún, la confianza en el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. El arbitraje, por

su naturaleza consensual y privada, descansa en la confianza que las partes depositan en quienes resolverán su controversia (los árbitros). Esta confianza puede verse comprometida por la existencia de vínculos o situaciones que, aunque no impliquen real parcialidad, generen una apariencia objetiva de duda justificada respecto de su independencia e imparcialidad.

Como lo señalamos anteriormente, la Ley de Arbitraje peruana recoge esta preocupación en su artículo 28, estableciendo un amplio deber de revelación y un estándar objetivo de evaluación. Sin embargo, la identificación, evaluación y tratamiento de los conflictos de interés exige ir más allá de la norma legal, acudiendo a la doctrina, la jurisprudencia, así como a los instrumentos del *soft law* que han enriquecido la práctica del arbitraje internacional.

5.1. ¿Qué es un conflicto de interés?

Un conflicto de interés en el contexto arbitral se produce cuando existen circunstancias que, vistas desde la perspectiva de un tercero razonable e informado, pueden afectar la percepción de independencia o imparcialidad del árbitro. El conflicto puede ser de (i) personal, en el caso de existir una relación de amistad íntima, enemistad manifiesta, vínculos familiares cercanos; (ii) profesional, en el caso de una relación laboral, asociación en un estudio de abogados, consultor o experto; (iii) económico, en el caso que el árbitro tenga un interés financiero directo o indirecto en el resultado del laudo y (iv) institucional, en el caso que el árbitro mantenga un vínculo con la institución arbitral y los secretarios arbitrales, entre otros.

El estándar generalmente aceptado, contenido en el artículo 12 de la Ley Modelo Uncitral y recogido en el citado artículo 28 de la Ley de Arbitraje peruana, es el de las «dudas justificadas», respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro: No basta la ausencia de parcialidad real, la apariencia de esta también resulta fundamental.

5.2. Clasificación de los conflictos: el aporte de las Directrices de la IBA

Las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Comercial Internacional han sido ampliamente aceptadas y consideradas como un estándar para identificar y evaluar los conflictos de interés en el arbitraje internacional y en muchos casos también los de los arbitrajes domésticos, incluido el caso peruano y forman parte del *soft law*. Las Directrices fueron adoptadas inicialmente en el año 2004 y han sido revisadas cada diez años, en el 2014 y recientemente en el 2024, con el fin de adaptarse a los cambios de la práctica arbitral internacional y, establecen normas sobre la independencia, imparcialidad y deber de revelación de los árbitros. La revisión más reciente se centró en la modernización y refinamiento de las normas existentes, como las referidas a revelaciones de árbitros y el financiamiento de terceros en el arbitraje.

Las Directrices ponen especial énfasis en la importancia de la independencia e imparcialidad y la necesidad de revelaciones de los árbitros para evitar posibles conflictos de interés. Los árbitros deberán hacer sus revelaciones claras y lo más precisas posible para que: (i) las partes puedan identificar y evaluar posibles conflictos de interés; (ii) las instituciones arbitrales y los tribunales se pronuncien en forma adecuada respecto de las recusaciones. Las Directrices tienen dos partes, una primera que contiene las Normas Generales respecto de la imparcialidad, independencia y revelación y la segunda que está dedicada a la Aplicación Práctica de las Normas Generales.

Las Normas Generales establecen un test objetivo —test del tercero razonable e informado—, como mecanismo —objetivo— para evaluar si las circunstancias pueden suscitar dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro —conflicto— y, en consecuencia, si no debe aceptar la designación o si debe apartarse del caso, y uno subjetivo para evaluar la obligación de revelación —a los ojos de las partes—.

Cabe destacar que el principio general es que los árbitros deben ser independientes e imparciales desde su designación hasta la conclusión del procedimiento arbitral; si bien esta obligación se extiende hasta la emisión del laudo complementario —el que resuelve los remedios contra el laudo formulados por las partes—; no cubre la etapa de impugnación judicial del laudo vía el recurso de anulación ante el Poder Judicial. Ahora bien, en caso un candidato a árbitro tenga dudas sobre su imparcialidad e independencia debe rechazar su designación.

Los árbitros deben revelar cualquier hecho o circunstancia que pueda generar dudas sobre su independencia e imparcialidad. La revelación debe hacerse antes de aceptar la designación o tan pronto como se hayan conocido los hechos en que se sustenta. Se debe tener en consideración, además, que si bien el árbitro no puede efectuar una renuncia a la obligación de revelar hechos futuros; la falta de revelación no implica automáticamente la existencia de un conflicto de interés.

Para la aplicación práctica de las Normas Generales de las Directrices de la IBA se han establecido en su segunda parte listados de colores (rojo, naranja y verde) simulando un semáforo. Estos listados incluyen diversas situaciones que probablemente se den en la práctica arbitral actual, que pueden generar dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; sin embargo, debe quedar claramente señalado que no se trata de un listado cerrado sino de uno referencial que puede no abarcar todas las situaciones o hechos posibles, por lo que para efectos de las revelaciones o del análisis de los conflictos de interés, se deberá tener en consideración lo señalado en las Normas Generales. Los listados incluyen el Listado Rojo Irrenunciable, Listado Rojo Renunciable, Listado Naranja y Listado Verde.

- El Listado Rojo Irrenunciable incluye situaciones que automáticamente generan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro e impiden la designación de la persona propuesta como tal, pues se trata de graves conflictos de interés —ejemplo, el árbitro es empleado o funcionario de una parte o tiene interés económico en el resultado del arbitraje—.

- El Listado Rojo Irrenunciable incluye situaciones graves que permiten la designación del árbitro si las partes están informadas y renuncian a efectuar un cuestionamiento respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro por tal motivo —ejemplo, el árbitro ha intervenido en el asunto en el pasado, el bufete de abogados o el empleador del árbitro tiene actualmente una relación comercial importante con una de las partes o con una afiliada a una de las partes—.

- El Listado Naranja incluye situaciones que, si bien no constituyen un conflicto de interés per se, deben ser reveladas y podrían generar una recusación si una de las partes así lo considera, —ejemplo, vínculos laborales pasados, relaciones profesionales no continuas, entre otros—.

- El Listado Verde contiene situaciones que no deben ser reveladas por ser irrelevantes —ejemplo, el árbitro asistió a una conferencia en la que participó el abogado de una de las partes, entre otras—.

Las partes del arbitraje pueden renunciar a formular objeciones sobre los conflictos de interés si no las formulan dentro del plazo establecido para ello. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no pueden renunciar a objetar si existen conflictos de interés que forman parte del Listado Rojo Irrenunciable pues dicha renuncia es nula.

Finalmente, resulta importante destacar que las Directrices se aplican a todos los árbitros —presidentes de tribunales, coárbitros y árbitros únicos—, independientemente de su designación. También se extienden a los secretarios y ayudantes del tribunal quienes deberán cumplir con los deberes de independencia e imparcialidad, siendo responsabilidad del tribunal asegurar su cumplimiento.

5.3. Normativa peruana y conflictos de interés

Al ocuparnos del deber de revelación en este mismo artículo, hemos señalado que la Ley de Arbitraje peruana incorpora los principios esenciales para el tratamiento de los conflictos de interés. El artículo 28 numeral 1 establece que todo árbitro sebe ser y permanecer independiente e imparcial, y el artículo 28 numeral 2 impone un deber de revelación continua sobre «cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas».

Por su parte, el artículo 29 numeral 1 de la misma ley establece que una parte puede recusar a un árbitro si concurren hechos que generen dudas justificadas, ya sea porque existan vínculos previos o concurrentes con alguna de las partes o porque el hecho de haber omitido revelar una situación, ha generado dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. Emitido un pronunciamiento respecto de la recusación de un árbitro por las consideraciones antes expuestas y no habiéndose amparado la misma en la instancia arbitral, la parte que se considere afectada podrá acudir ante el Poder Judicial, mediante el recurso de anulación del laudo, conforme a lo previsto en el artículo 29 numeral 7 y al artículo 63 numeral 1 de la Ley de Arbitraje peruana.

6. REMEDIOS FRENTE A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Uno de los aspectos más delicados en la práctica arbitral es el tratamiento de los conflictos de interés que pueden afectar la integridad del proceso arbitral y la confianza en el árbitro. El arbitraje, por su naturaleza consensual y privada, descansa en la confianza que las partes depositan en quienes resolverán sus controversias; sin embargo, esta puede verse mellada cuando se presentan situaciones reñidas con la independencia e imparcialidad del árbitro, que generen conflictos de interés.

La identificación de un conflicto de interés no agota el problema de la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, constituye solo el primer paso. La efectividad del arbitraje, y la confianza que las partes y demás actores depositan en él, dependen también de la existencia de remedios claros, eficaces y proporcionales para abordar tales situaciones. La legislación peruana, en concordancia con los estándares internacionales, establece una serie de mecanismos destinados a corregir o mitigar los efectos de un conflicto de interés en el procedimiento arbitral.

Estos remedios abarcan desde mecanismos preventivos, como la revelación y el consentimiento informado, hasta mecanismos correctivos o sancionadores, como la recusación del árbitro, la sustitución del mismo, llegando incluso a la anulación del laudo. Su aplicación debe estar guiada por los principios de proporcionalidad, la debida diligencia de las partes y la protección del debido proceso.

6.1. La revelación y el consentimiento informado como mecanismos preventivos

El primer remedio frente a los conflictos de interés en el arbitraje es la revelación oportuna de cualquier circunstancia que pudiera generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Esta revelación permite que las partes evalúen de manera informada si están dispuestas a mantener al árbitro en funciones o no.

En muchos casos, en especial aquellos encuadrados en el Listado Naranja de las Directrices de la IBA, los conflictos de interés pueden ser objeto de dispensa expresa por las partes del arbitraje. El artículo 29 numeral 4 de la Ley de Arbitraje peruana, admite esta posibilidad al señalar que: «Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieron y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos».

6.2. La recusación el árbitro

El principal remedio correctivo frente a un conflicto de interés es la recusación del árbitro. Este mecanismo previsto en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje peruana, permite a una parte solicitar la separación de uno o más árbitros cuando existan circunstancias objetivas que generen dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. De acuerdo con la ley peruana, las partes pueden pactar libremente el procedimiento de recusación o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. Solo a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral, la recusación se regirá por el procedimiento establecido en el artículo citado. El árbitro recusado puede aceptar la recusación o rechazarla.

El procedimiento supletorio de recusación establecido en la norma antes citada, a falta de acuerdo de las partes, señala que tratándose de un tribunal unipersonal resuelve la recusación la institución que lo designó o en su caso la Cámara de Comercio. Mientras que, tratándose en un tribunal colegiado resuelven los otros árbitros, estableciéndose que, en caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral salvo que éste sea el recusado, en cuyo caso resolverá la institución que lo designó o la Cámara de Comercio que corresponda.

6.3. La anulación del laudo arbitral por falta de independencia e imparcialidad del árbitro en la jurisprudencia peruana

Si bien la decisión a través de la cual se resuelve una recusación es «definitiva e inimpugnable», en los casos en que la recusación no haya sido amparada, se podrá cuestionar la decisión mediante el recurso de anulación del laudo, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 numeral 7 de la Ley de Arbitraje peruana. Este es un remedio extremo y excepcional que garantiza el debido proceso, salvaguardando el derecho de las partes a ser juzgadas por un tribunal independiente e imparcial.

Las causales de anulación son taxativas y se encuentran listadas en el artículo 63, numeral 1 de la Ley de Arbitraje peruana. Especial relevancia para estos efectos tiene la establecida en el numeral 1 literal c del citado artículo que señala la posibilidad de que una de las partes formule un recurso de anulación contra el laudo dictado por un tribunal arbitral en el caso: «Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable […]». Es a través de esta causal que se debe formular el recurso de anulación en el supuesto que una recusación no haya sido amparada previamente. Se trata de una causal, en la que se discute válidamente sobre la participación de un árbitro que forma parte de un tribunal, en razón a un conflicto de interés no revelado oportunamente, generando dudas justificadas de su independencia e imparcialidad. De haberse revelado probablemente no se hubiera aceptado que el árbitro forme parte del tribunal, por lo que, el consentimiento dado se entendería viciado.

Es importante destacar que, la anulación del laudo no se concede de manera automática. La parte que promueve el recurso debe «alegar y probar» que: (i) existió una situación que generó un conflicto de interés relevante que no fue revelado oportunamente, traduciéndose en una actuación del árbitro, reñida con los principios de independencia e imparcialidad; y, (ii) que el conflicto pudo influir de manera razonable en la decisión de designar al árbitro para que forme parte del tribunal.

La jurisprudencia nacional sobre anulación de laudos arbitrales vinculada a los casos en los que se discute la afectación a los principios de independencia e imparcialidad del árbitro ha tratado el tema generalmente con acierto, aunque algunas veces consideró de manera errada que, la sola omisión del deber de revelación implicaba, en automático, la violación a los principios de independencia e imparcialidad del árbitro, lo que no es correcto. Sobre el particular, una sala de la Corte Superior de Lima ha señalado: «Décimo Quinto: El Colegiado toma nota de la relación instrumental existente entre el deber de independencia e imparcialidad y el deber de revelación, en función de la cual, este último es el mecanismo de garantía de aquel. En ese sentido, lo sustancial es el respeto de la independencia e imparcialidad, antes que el mero cumplimiento del deber de revelación… De allí, entonces, que no puede afirmarse con carácter general y necesario que el solo incumplimiento del deber de revelación

configura afectación del debido proceso que vicie de nulidad el laudo. Este criterio se enmarca plenamente dentro del esquema de las reglas IBA, que asumen una clasificación de circunstancias y situaciones pasibles de presentarse en la práctica del arbitraje, que podrían o no crear conflicto de intereses y que según ello deberían o no ser objeto de revelación» (Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial, Expendiente n.° 133-2016, Resolución n.° 10, Lima, 1.12.2016) (15). En este caso, la Corte determinó que la falta de revelación no trajo como consecuencia la violación a los principios de independencia e imparcialidad del árbitro y declaró infundado el recurso de anulación.

Sin embargo, otra de las salas de la misma Corte Superior al evaluar una situación similar estableció lo siguiente: «Décimo Octavo: […] el árbitro estaba obligado a declarar dicha circunstancia fin de evitar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad, generando con su omisión el incumplimiento de una correcta constitución del tribunal arbitral de acuerdo a la normativa vigente y al acuerdo entre las partes, lo que conlleva a la anulación del laudo parcial» (Primera Sala Comercial Permanente, Expediente n.° 0313-2016-0-1817-SP-CO-01, Resolución n.° 12, Lima, 1.3.2017) (16). Cabe destacar que, la Resolución antes citada fue materia de recurso de casación ante la Corte Suprema quien lo declaró fundado y, en consecuencia, nula la Resolución expedida por la Primera Sala Comercial Permanente antes mencionada, en el extremo referido a la falta de independencia e imparcialidad por la omisión del deber de revelación del árbitro. Entre los principales fundamentos, la Corte Suprema señaló: «Cuadragésimo Cuarto: En efecto, si bien el deber de declaración constituye un elemento fundamental en el desarrollo del procedimiento arbitral, no obstante, no debe perderse de vista que no toda omisión en la información deba necesariamente derivar en una afectación a los principios de independencia e imparcialidad […] la omisión en el deber de información debe ser de tal entidad y trascendencia que afecten el buen desarrollo el proceso arbitral» (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación n.° 2267-2017, Lima, 27.11.2017) (17).

En otro caso, la Corte Superior de Lima, consideró que, en la carta de aceptación de un árbitro designado por el abogado de una de las partes, este reveló circunstancias y hechos que daban cuenta de una relación de amistad y trato frecuente entre los dos la que se evidenciaba, entre otros, en el hecho de que en una publicación académica el árbitro incluyó una dedicatoria al abogado que lo designó, en la que destacó no solo las dotes profesionales de este sino, además, las de «amigo y consejero». Así, la Corte Superior consideró que la relación entre el árbitro y el abogado de una de las partes constituía una relación de amistad estrecha que generó una duda razonable sobre su independencia e imparcialidad, como se aprecia a continuación: «3.23. No obstante, la denuncia formulada por la nulidiscente sobre la relación estrecha entre el árbitro […] y el abogado de […] en razón de la manifestación del mencionado árbitro, en una de sus obras, respecto a la muestra de aprecio por el Dr […] cuando expresa que es su "consejero y amigo", a consideración de este Colegiado, si demostraría una amistad estrecha entre el árbitro […] y el abogado […]; por lo cual debió merecer un mayor análisis por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima» (Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Civil Subespecializada Comercial, Expediente n.° 28-2021-0-1817-SP-CO-O2, Resolución n.° 11, Miraflores 13 de junio de 2022) (18).

La Corte sostiene igualmente en otro considerando de la misma Resolución: «3.27. […] crear una obra, un artículo académico, etc.; es una actividad que implica el empleo de tiempo y esfuerzo en su realización, y por lo mismo, es recurrente que todos los operadores del derecho, a lo largo de su actividad estudiantil o profesional, al apreciar una obra jurídica o un artículo jurídico en particular, observan que este tipo de trabajo se encuentra dedicado no a cualquier persona, cualquier amigo, cualquier docente; sino a aquella/s persona/s con quien se tiene un especial aprecio, ya sea por la existencia de vínculo familiar como por ejemplo: padres, hijos, hermanos, etc.; o ya sea, por la existencia de un vínculo de amistad estrecha, *cuya significación afectiva es considerable para el autor*». Finalmente, la Corte Superior anuló el laudo dictado.

7. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS DE MEJORA

La regulación y aplicación de los principios de elección adecuada del árbitro, su independencia e imparcialidad, así como el deber de revelación y la correcta gestión de los posibles conflictos de interés,

representan los pilares fundamentales para lograr el fortalecimiento del arbitraje como mecanismo eficaz, confiable y legítimo de resolución de controversias.

7.1. Balance del sistema arbitral peruano: logros y tensiones

En nuestro país, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo n.° 1071, actual Ley de Arbitraje, compatible con la Ley Modelo de la CNUDMI, se ha acercado al marco legal doméstico los más modernos estándares del arbitraje internacional. A pesar de ello, la práctica arbitral peruana enfrenta desafíos estructurales y culturales que requieren atención desde una perspectiva crítica y propositiva.

Si bien se viene consolidando el arbitraje, al contar con normas claras sobre la elección de los árbitros, el deber de revelación, la recusación y la posibilidad de anulación de los laudos, y de tener a la mano herramientas del *soft law* que no siendo vinculantes pueden ser válidamente utilizadas para la determinación y aplicación de los criterios referidos a los principios de independencia e imparcialidad del árbitro lo que, sin lugar a dudas, ha permitido el crecimiento exponencial de un mercado arbitral dinámico, especialmente en los sectores de contratación con el Estado, construcción e infraestructura. Sin embargo, la experiencia práctica ha demostrado que los mecanismos de control y prevención de los conflictos de interés son todavía frágiles, habiéndose reportado no pocos casos de árbitros que omiten revelar relaciones significativas, con los abogados que generalmente los nombran, las partes, incluyendo las entidades del Estado, sin que ello siempre tenga consecuencias efectivas. Así, no se ha logrado una aplicación uniforme, dependiendo muchas veces de la voluntad de las partes y la de las instituciones arbitrales.

Finalmente, se debe dar una voz de alerta por el uso excesivo y de mala fe de la recusación, en ocasiones utilizada como táctica dilatoria, generando de esta manera distorsiones en el proceso arbitral, lo cual socava igualmente la eficiencia del arbitraje y produce costos innecesarios. Sobre este particular, quienes resuelvan las recusaciones y fundamentalmente las instituciones arbitrales deben considerar algún tipo de sanción contra esa práctica de mala fe.

7.2. Hacia una cultura de transparencia y autorregulación

Hemos sostenido que el tratamiento adecuado de los conflictos de interés no solo requiere de normas legales, sino de la instauración de una cultura ética compartida por los árbitros, las instituciones arbitrales, las partes, sus abogados y asesores, y los demás actores del arbitraje. Esta cultura debe promover:

- La revelación proactiva y continua de cualquier circunstancia relevante que pudiera generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

- La utilización de los instrumentos del *soft law* que contribuyan a establecer las mejores prácticas en el arbitraje.

- La utilización sistemática de formularios de revelación estandarizados que privilegien la transparencia. Todas las instituciones arbitrales en el Perú deben exigir la presentación de un formulario uniforme para la revelación de los árbitros que recoja los estándares de la revelación en el arbitraje internacional.

- Se debe crear una plataforma digital centralizada en la que se publiquen las designaciones de árbitros, las recusaciones formuladas, así como las decisiones respecto de ellas, y los resultados de los procedimientos disciplinarios contra los árbitros, con la finalidad de fomentar la transparencia y el escrutinio.

- La formación ética de los árbitros y demás actores vinculados al arbitraje. Resulta necesario consolidar una cultura ética del arbitraje a través de la implementación de programas conjuntos entre las universidades, las instituciones arbitrales más representativas del país y los colegios profesionales. Esta cultura debe promover el principio de que la percepción objetiva de la independencia e imparcialidad del árbitro es tan importante como la independencia e imparcialidad real.

- La autorregulación responsable de los actores del arbitraje mediante la elaboración y revisión permanente de códigos de conducta, adecuándolos con cierta regularidad a las nuevas circunstancias que se presenten en la práctica del arbitraje, sobre la base de la experiencia local e internacional.

- La permanente supervisión por las instituciones arbitrales de los estándares vinculados a la independencia e imparcialidad de los árbitros.

No debemos olvidar que la prevención de los conflictos es una tarea colectiva. Si bien el árbitro debe ser el primero en identificar y revelar los posibles conflictos de interés, también corresponde a las partes y a las instituciones arbitrales estar vigilantes y exigir transparencia. Solo así se podrá generar la confianza en el arbitraje como mecanismo adecuado de resolución de controversias.

8. CONCLUSIÓN

El arbitraje en el Perú se encuentra en una etapa de madurez normativa, con una tensión en la práctica. Su consolidación como mecanismo confiable para resolver conflictos dependerá cómo se aborde el tratamiento de los conflictos de interés y de qué tan robustos y accesibles sean los remedios preventivos y correctivos. La experiencia internacional ofrece un camino bastante claro: (i) utilización de estándares objetivos que garanticen la independencia e imparcialidad del árbitro; (ii) existencia de una revelación amplia y relevante; (iii) mecanismos institucionales eficaces; y, (iv) una cultura ética sólida.

Convenimos con Paulsson (19) quien señala que, la legitimidad del arbitraje no se construye únicamente sobre la corrección del laudo, sino sobre la confianza estructural en el sistema y en quienes lo administran. En consecuencia, fortalecer la confianza, es en el caso peruano, una tarea urgente y posible, toca a todos los actores trabajar en ello.

9. BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS

(1) Decreto Legislativo n.° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Lima, *El Peruano*, 28 de junio 2008.

(2) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en el 2006. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

(3) International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014, actualizadas 2024),
https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-Conflict-Interest-Spanish-2024.

(4) Ley n.° 26572, Ley General de Arbitraje —derogada—, *El Peruano*, 5 de enero 1996.

(5) International Chamber of Commerce —Cámara de Comercio Internacional— ICC o CCI, Reglamento de Arbitraje, vigente desde el 1 de enero de 2021.
https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version-2023-version.pdf

(6) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones, aprobado el 7 de diciembre de 2023. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/coc_arbitrators_ebook_s.pdf

(7) American Arbitration Association-AAA- The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, vigente desde el 1 de marzo de 2024. https://www.adr.org/rules-forms-and-fees/

(8) International Centre for Dispute Resolution - ICDR-AAA, International Dispute Resolution Procedures, vigentes desde el 1 de marzo de 2021, http://www.icdr.org/

(9) Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York 1958. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

(10) GONZÁLEZ DE COSSÌO, F. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011.

(11) JIJÓN LETORT, R. «Independencia de los árbitros». En SOTO COAGUILA, C. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima : Instituto Perunano de Arbitraje, 2008, pp. 343-359.

(12) BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Volumen I. Alphen aan den Rijn: Kluver Law International, 2014, p. 1764.

(13) MANTILLA SERRANO, Fernando. «La selección del árbitro y su obligación de independencia». En *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Biblioteca de Derecho de la Globalización - CEDEP, Colección Textos de Jurisprudencia. Rosario: Universidad del Rosario, 2013, p. 45.

(14) REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Cuarta edición. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 308.

(15) Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial, Exp. n.° 133-2016, Resol. n.° 10, Lima, 1 de diciembre de 2016.

(16) Primera Sala Comercial Permanente, Exp. n.° 0313-2016-0-1817-SP-CO-01, Resol. n.° 12, Lima, 1 de marzo de 2017.

(17) Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación n.° 2267-2017, Lima, 27 de noviembre de 2017.

(18) Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Civil Subespecializada Comercial, Exp. n.° 28-2021-0-1817-SP-CO-O2, Resol. n.° 11, Miraflores, 13 de junio de 2022.

(19) PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 5.

LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Raúl Lozano Merino[*]

1. INTRODUCCIÓN

El filósofo prusiano de la Ilustración, Immanuel Kant, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* señaló:

> […] la autonomía de la voluntad es el estado por el cual esta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer. En este sentido, el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales. El citado principio de autonomía es el único principio de la moral, pues de esta manera se halla que debe ser un imperativo categórico […] Cuando la voluntad busca la ley que ha de determinarla en algún otro lugar diferente a la aptitud de sus máximas para su propia legislación universal y, por lo tanto, sale fuera de sí misma a buscar esa ley en la constitución de alguno de sus objetos, se produce entonces, sin lugar a dudas, heteronomía.[1]

La autonomía de la voluntad es la columna vertebral del derecho de los contratos en general y, muy en especial, en los contratos internacionales y en la celebración de cláusulas de arbitraje o compromisos arbitrales, lo que permite a las partes solucionar sus discrepancias, desavenencias y controversias mediante un marco regulatorio-armónico en que se respeten los derechos y compromisos que las partes contratantes han acordado como aplicables para resolver sus discrepancias.

Para algunos autores italianos como Berlingeri, Galgano, Castronovo, el fin principal de la autonomía de la voluntad es la autonomía privada.

La autonomía de la voluntad se interpreta como el ejercicio que cualquier persona realiza respecto a sus actos y voluntades. Generalmente, el fin de la autonomía de la voluntad es el contrato, es decir, el acuerdo de voluntades que permite crear, modificar, regular, transformar y concluir relaciones jurídico-patrimoniales.

Para Fernando Vidal Ramírez, el concepto de la autonomía de la voluntad debe enfatizarse con una nota que tiene una especial relevancia, como es la libertad, porque la vigencia del principio implica un reconocimiento a la libertad individual y a su tutela jurídica. La autonomía de la voluntad debe entenderse, por eso, como la libertad humana y el poder jurídico que el derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado lato, como todo aquello susceptible de recibir la tutela del derecho, y no con un significado necesariamente pecuniario o patrimonial (Vidal Ramírez, 2013).

Emilio Betti en sus reflexiones sobre la noción del negocio jurídico, al referirse a la autonomía privada en el mundo social señala:

> Quien se detenga a observar el desarrollo de la vida de relación en cualquier Sociedad que haya alcanzado un grado suficiente de civilización, encontrará que en ella, con independencia de la tutela del Derecho, existen intereses privados; que la iniciativa privada sustenta toda estructura consciente de tales intereses, y que se manifiesta, no solo en la aspiración a la realización de determinados fines prácticos, sino también en la elaboración de medios idóneos para dichos

[*] Presidente de Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Socio fundador de Lozano & Cía Abogados.

[1] La heteronomía es un concepto que se aplica a un ser que vive según reglas que le son impuestas, y que en el caso del ser humano se soportan contra la propia voluntad o con cierto grado de indiferencia.

> fines, incluso antes de toda intervención del ordenamiento jurídico. En las relaciones, entre los particulares, los negocios jurídicos constituyen, por excelencia, medios de tal naturaleza. […] De tal manera, el negocio jurídico y el derecho subjetivo están al servicio de la libertad de los individuos en la realidad social […]. (Betti, 2001)

Para Manuel Albaladejo:

> La primera y más evidente regla que debe sentarse es la de que la voluntad solo vale en cuanto que el negocio reúna los requisitos prescritos por la ley (así, capacidad del sujeto, forma de la declaración, aptitud del objeto, etc.). O sea, al sujeto, para regular relaciones (jurídicas), según su voluntad, la ley le facilita un instrumento —el negocio— que aquel ha de utilizar tal como se le da configurado, sin que él pueda, según esa voluntad (porque ahora dicha voluntad es inoperante), cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza. No se puede, por ejemplo, donar una cosa inmueble por escritura privada […].
>
> Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite, a los particulares, crear negocios nuevos no regulados especialmente en ella […] y modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella […]; pero, en ciertas ocasiones, se limita a poner a disposición de aquellos, negocios preestablecidos, dotados de efectos inalterables en todo o en parte. (Albaladejo 1985)

La autonomía de la voluntad se traduce en la libertad de las personas de desplazarse en lo jurídico mediante su autorregulación para tutelar, defender y organizar sus propios intereses, así como para intercambiar prestaciones en las relaciones jurídico-patrimoniales que se dan entre ellos, siempre dentro de los límites que nos imponen el orden público, las buenas costumbres y el interés social o moral.

Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra *El contrato en general*, tomo I, menciona:

> Se entiende por «autonomía», en general, el poder de darse normas de por sí, por lo cual el concepto de autonomía viene, en cierta forma, a identificarse con el concepto de «soberanía». Esta autonomía puede ser concedida por el Estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, que son obligatorias para todos, o bien atribuida a los sujetos privados, quienes de esta manera pueden dictar normas para regular sus propias conductas. Tal segunda potestad recibe el nombre de «autonomía privada». Se dice, por ello, que en virtud de esta autonomía los hombres son soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico. (De la Puente y Lavalle 2001)

Marco Aurelio Risolía comenta que el orden jurídico procede, pues, de la voluntad autónoma, de la libertad presupuesta en el hombre. Todo procede de la voluntad libre, pero, a su vez, el derecho tiende a asegurar esta libertad inicial del individuo, hasta el máximo compatible con la libertad de los demás. Y agrega: semejante concepción exalta, como se ve, la dignidad del hombre, y lo enfrenta al Estado para hacer de éste creación suya, subordinada norma de derecho, que no procede de su soberanía sino, antes bien, de esa otra soberanía ajena a otra ficción que ostente el individuo dotado de autónoma voluntad jurídica (Risolía, 1958).

Todo lo cual nos indica que el contrato es el objeto de la voluntad de las partes dentro del ejercicio de su autonomía contractual y privada y, especialmente, la autonomía de la voluntad es el soporte en el arbitraje internacional que permitirá la seguridad jurídica de los contratantes cuando concluido el proceso arbitral, quienes obtienen una decisión puedan ejecutar el laudo final.

Así, coincidiendo con lo expresado por Antonio Aljure en su obra el contrato internacional, este existe como una realidad, pero no cuenta con una definición sobre la cual se pueda estructurar una reglamentación autónoma. (Aljure Salame, 2011)

El derecho corporativo y el arbitraje internacional obligan, hoy en día, a revisar dentro de la autonomía de la voluntad privada como debemos hacer para que las partes involucradas en una disputa

internacional no se vean afectadas por un derecho nacional aplicable o por sistemas jurídicos extranjeros, con los que solo una de las partes podría estar familiarizado.

Trabajos como los realizados por Unidroit, Uncitral, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Instituto Max Planck de Derecho Internacional, entre otros, ha sido el de encontrar fórmulas que permitan una fusión de los temas centrales de la contratación internacional de los dos sistemas jurídicos internacionales más importantes: el *civil law* y el *common law*. Es decir, el derecho continental romano-germánico y el derecho anglosajón.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Numerosas disputas en el ámbito comercial internacional generaron a partir del siglo XX un importante auge del arbitraje, constituyéndose como un método eficiente para la resolución de conflictos internacionales, lo que dio origen en el año 1919 a la creación de la Cámara de Comercio Internacional, conocida por sus siglas CCI, y la creación de la Corte Internacional de Arbitraje en el año 1923.

La Corte tuvo y tiene una gran influencia y tradición mundial, es la institución de mayor solvencia y reconocimiento en la resolución de arbitrajes internacionales.

El convenio arbitral para resolver disputas en el ámbito internacional es, como todo acuerdo, el reflejo de la autonomía de la voluntad en virtud de la cual las partes deciden someter sus discrepancias a un arbitraje estipulando las regulaciones del mismo. Tiene en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional un referente mundial que ha sido y es una guía, cuyos principios y regulaciones han sido adoptados por múltiples legislaciones nacionales.

Las dificultades se presentan cuando las partes tienen distintas sedes de sus negocios o nacionalidades que pueden vincularse a varias legislaciones, incluso sistemas jurídicos, lo que hace imprescindible identificar el derecho aplicable, tanto al contrato como al compromiso arbitral, así como la sede o lugar del arbitraje. Esto es muy importante, puesto que de no regularse adecuadamente los árbitros al adoptar su decisión final, esta podría cuestionarse y generar solicitudes sobre anulación respecto a la jurisdicción del arbitraje y sobre la ley aplicable al convenio arbitral como quedó demostrado en el caso Kabab. En este, se presentó un enfrentamiento entre tribunales franceses y tribunales ingleses. Para los primeros, que el laudo era ejecutable y, para los segundos, que el laudo arbitral no era ejecutable, en tanto no existía un pacto expreso sobre el derecho aplicable al convenio arbitral.

El convenio arbitral se constituye como la piedra fundamental del arbitraje y emerge como una auténtica manifestación de la voluntad de las partes al someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica y, por supuesto, las obliga a cumplir lo estipulado por carácter vinculante para las partes en controversia, aplicándose el principio *pacta sunt servanda*.

Si bien, en la práctica, el convenio arbitral se pacta al otorgarse el respectivo contrato internacional, no es menos cierto que durante la ejecución de un contrato, que no contempla un convenio arbitral, las partes puedan celebrar una cláusula arbitral posterior (una cláusula compromisoria).

Por eso es muy importante que al celebrarse un contrato internacional no solamente se determine la ley aplicable al contrato, sino que, además, se establezca la ley aplicable al convenio arbitral dando cumplimiento al principio de separabilidad.

La cláusula arbitral es un acuerdo independiente al contrato principal, dentro del que se encuentra incluido.

Así, la validez o nulidad del contrato no afecta la validez o aplicabilidad de la cláusula arbitral.

El profesor Bernardo M. Cremades comenta:

> La importancia de precisar con acierto el régimen jurídico de la validez del acuerdo arbitral es obvia: si conforme a dicho régimen jurídico resulta válida y eficaz, queda excluida la competencia jurisdiccional estatal, procede el funcionamiento del mecanismo arbitral […], la ley aplicable al fondo de la controversia condiciona, en buena medida el resultado de la decisión arbitral.

La autonomía de la voluntad de las partes también debe privilegiar una exacta regulación de la ley aplicable a la sede del arbitraje, al idioma que se utilizará, así como indicarse la aceptación expresa de las partes a que el laudo arbitral sea ejecutable en el lugar que se acuerde, en tanto, de esta manera, se resuelven problemas vinculados a la futura ejecución del laudo arbitral por objeciones a la jurisdicción u otras expresiones como pueden ser la del orden público.

La importancia del arbitraje internacional es que permite una mayor eficiencia para resolver disputas de carácter internacional sin muchas complicaciones como podrían ser eventuales conflictos de tribunales nacionales. Sabemos que litigar en otro país que se orienta por criterios nacionales —los tribunales a cargo de la ejecución de los laudos— pueden desconocer la problemática del quehacer mercantil internacional o lo usos y costumbres internacionales que califican la *lex mercatoria*.

Al decir del profesor José Antonio Moreno Rodríguez, en su obra *Derecho aplicable y arbitraje internacional*: «en un arbitraje internacional ellas (las partes), en efecto, consienten no someterse a juzgadores […] sino a árbitros designados por el mecanismo convenido, pactando también —usualmente— el derecho a ser aplicado a su vinculación contractual».

El principio de autonomía de la voluntad, con sus peculiares derivaciones, ha venido desarrollándose con particular fuerza en el derecho internacional privado, fundamentalmente en torno al derecho aplicable a los contratos internacionales.

El profesor Roque J. Caivano, en su artículo «Autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, la regla supletoria y la solución por arbitraje del derecho peruano», advierte que la autonomía de la voluntad de las partes va, inclusive, más allá de que se admita la elección de un derecho para regir la existencia, la validez o el alcance del convenio.

Si bien la validez del convenio arbitral se juzga, en primer lugar, a la luz del derecho al que las partes se han sometido, el reconocimiento y la ejecución del laudo pueden denegarse aun si el convenio arbitral fuese válido para las partes, si la materia no es arbitrable según el derecho del lugar de ejecución. Allí radica la importancia de regular debidamente dentro del principio de separabilidad, la ley aplicable al convenio arbitral.

3. LA LEY MODELO DE UNCITRAL Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Uncitral son las siglas en inglés y CNUDMI son las siglas en español, las primeras son United Nations Commission on International Trade Law y las segundas son la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El trabajo desarrollado por la Uncitral se fundamente en proponer regulaciones jurídicas en temas mercantiles que permitan su armonización y unificación. De hecho, la Uncitral ha contribuido enormemente a la regulación mercantil internacional con trabajos implementados como la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercadería, leyes modelo para la firma electrónica, el comercio electrónico, quiebras transfronterizas, garantías reales y, por supuesto, la Ley Modelo para el Arbitraje Comercial Internacional.

Así, en esta última:

> El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18.° período anual de sesiones, la Comisión Internacional la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Asamblea General, en su Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, recomendó «que todos los Estados examinen

> debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional».
>
> […]
>
> La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.
>
> […]
>
> Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados.[2]

La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional establece que el arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a revisión ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica contractual.

El objetivo de la ley modelo es unificar y armonizar las reglas que regulan los procesos arbitrales internacionales sin mengua de los tratados internacionales vigentes para los Estados involucrados, en tanto es una realidad que en los diversos tratados internacionales sobre materia arbitral no existen objeciones a lo regulado en la ley modelo, una vez que esta ha sido determinada por un Estado. De hecho, las legislaciones nacionales de Perú, Colombia, Chile, México, los países de la Unión Europea, entre otros, han adoptado en sus legislaciones nacionales la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Uncitral, sino en su totalidad en gran parte de ella.

En cuanto a la validez propuesta por la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, esta permite que las partes solucionen sus controversias existentes o que puedan existir con relación a una situación jurídica contractual o no contractual y también permite que el acuerdo —que debe constar por escrito— pueda obrar en cualquier otro medio de comunicación electrónica como el fax, *e-mail*, etc., siempre dentro del principio de prueba escrita que lo refleje, pues conforme a la ley modelo no se permite la oralidad del acuerdo.

Así, también, la ley modelo de la Uncitral opta por la libertad de las partes para regular su propio proceso, entre otros.

En resumen, la Ley Modelo es una propuesta orientada a la comunidad internacional jurídicamente organizada sobre una política de regulación internacional que complementa y unifica las normas que regulan el arbitraje comercial internacional en los distintos Estados.

La Convención de Nueva York, adoptada en 1958, es un tratado internacional que facilita el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales emitidos en un país extranjero por los tribunales de otro país que son parte de la Convención.

El objetivo de dicha Convención es, precisamente, facilitar la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, promoviendo el arbitraje internacional como un sistema de solución de controversias efectivo. Sus normas permiten generar la confianza en el arbitraje internacional, por la garantía que

---

[2] SECRETARÍA DE LA CNUDMI. (s. f.). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* (p. 16). Centro Internacional de Viena.

otorga a las partes, consideraciones equitativas, imparciales y que obliga a los Estados parte de la Convención a reconocer o ejecutar los laudos extranjeros, salvo excepciones fundadas en el orden público, el interés social, entre otros.

Hoy, 172 Estados son parte de la Convención, lo que es demostrativo de la importancia y aceptación global de este instrumento para el arbitraje internacional que reposa en la autonomía de la voluntad de las partes.

Por ello, en el arbitraje internacional es necesario determinar con toda precisión la ley aplicable, puesto que de no efectuarse pueden surgir discrepancias sobre la ley que debe aplicarse al convenio arbitral, si esta será la de la sede o la del lugar de ejecución del laudo, lo que no necesariamente coincide con el derecho aplicable al contrato.

El otro aspecto importante es regular dentro de la autonomía de voluntad de las partes la sede del arbitraje.

La convención de Nueva York ha regulado *prima facie* que el derecho a aplicarse será el de la sede del arbitraje.

Es muy importante, también, que se determine en el convenio arbitral las reglas procesales que guiaran el arbitraje; por ejemplo, las reglas CCI, Uncitral o de algún centro de arbitraje internacional como pueden ser los Centros de Amcham, de la Corte de Londres, de Hong Kong, entre otros.

4. REFLEXIONES FINALES

- La autonomía de la voluntad constituye el pilar esencial sobre el que se edifica el arbitraje internacional. Este principio, profundamente arraigado en la tradición jurídica desde el derecho romano hasta la teoría kantiana, permite a las partes pactar libremente los términos sustanciales y procesales que regirán su contrato y, en caso de disputa, el procedimiento arbitral que se empleará para solucionarla.

- En el contexto globalizado actual, caracterizado por una intensa interconexión comercial y jurídica, esta libertad adquiere un valor estratégico y práctico fundamental. No obstante, dicha autonomía no es absoluta: debe ejercerse dentro de límites razonables, respetando el orden público, las buenas costumbres y el interés social. Así, se logra un equilibrio entre la libertad privada y la seguridad jurídica necesaria en el tráfico internacional.

- El desarrollo del arbitraje internacional ha sido fortalecido por instrumentos como la Ley Modelo de la UNCITRAL y la Convención de Nueva York, que han consolidado un marco legal uniforme, previsible y eficaz para la ejecución de laudos. Estas normas, al exigir ciertos estándares mínimos de validez y reconocimiento, coadyuvan a la efectividad del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, apoyándose en la voluntad expresa de las partes.

- Asimismo, conceptos fundamentales como la separabilidad del convenio arbitral, la elección de la ley aplicable, el idioma y la determinación de la sede del arbitraje evidencian que el diseño del proceso arbitral responde, esencialmente, a un acuerdo entre partes soberanas en la configuración de sus relaciones jurídicas. En consecuencia, el adecuado ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo es un derecho, sino también una responsabilidad que implica conocer y prever los efectos jurídicos de las decisiones pactadas.

- En suma, la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional no solo garantiza flexibilidad y eficiencia en la resolución de disputas, sino que también constituye una

manifestación del respeto a la libertad individual y la autodeterminación jurídica; sin embargo, su eficacia práctica dependerá de que las partes la ejerzan con pleno conocimiento del marco legal aplicable y de las consecuencias de sus decisiones. Solo así se asegurará un arbitraje justo, eficaz y verdaderamente internacional.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I.* Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Barcelona: Cometa, 1985.

ALJURE SALAME, Antonio. *El contrato internacional.* Bogotá: Legis Editores, 2011.

ALONSO PÉREZ, Mariano. «Aproximaciones a la idea de contrato (apoteosis y declive de la autonomía privada)». En *Responsa Iurisperitorum Digesta.* Vol. V. Madrid: Ediciones Universidad Salamanca, 2004.

BETTI, Emilio. «Reflexiones sobre la noción negocio jurídico.» En *Teoria general del negocio juridico*. Lima: Ara Editores, 2001.

COLAIACOVO, Juan Luis. *Negociación y contratación internacional.* Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991.

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y otros. *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra, 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1986.

DIEZ-PICAZO, Luis y otros. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

ERNST & YOUNG. *Guía de Negocios e Inversión de la Alianza del Pacífico.* Lima, 2015.

ESPUGLES MOTA, Carlos y otros. *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España, Montevideo.* Montevideo: IB de F, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Madrid: Espasa, 1994.

MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2007.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. «El arbitraje comercial internacional». En Ramacca, B. (Ed.). *Derecho internacional económico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

MORENO RODRÍGUEZ, J. A. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Editora Aranzadi, 2013.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Arbitraje comercial internacional: reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*. Organización de Estados Americanos, 2006.

RISOLÍA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

RIVERA, J. C. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. 2ª ed. actualizada. Abeledo-Perrot, 2014.

ROCA AYMAR, José Luis. *Contratación internacional*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1994.

SECRETARÍA DE LA CNUDMI. (s. f.). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Centro Internacional de Viena.

SORIA AGUILAR, A. F. *Principios del arbitraje*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2024.

VIDAL RAMÍREZ, Femando. *El acto jurídico.* Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

ZULETA JARAMILLO, E. y TAWIL, G. S. (Dirs.). *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la Convención de Nueva York*. Pamplona: Tirant lo Blanch, 2022.

Página web del Ministerio de Relaciones Exteriores www.rree.gob.pe

SIN PREVIO AVISO: LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA ALTERA PARS* EN EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Erick Cuba Meneses[*]
Samuel Yábar Palacios[**] [***]

1. INTRODUCCIÓN

La institución del arbitraje tiene como una de sus virtudes la posibilidad de brindar justicia de una forma más eficaz que la justicia ordinaria; sin embargo, existen situaciones que requieren la adopción de medidas inmediatas que permitan salvaguardar los intereses legítimos de una de las partes de un futuro proceso arbitral. La adopción de estas medidas muchas veces no puede esperar a la constitución de un tribunal arbitral, mucho menos esperar los plazos de la vía civil que puede demorar meses.

En este contexto, desde hace algunos años los centros de arbitraje más reconocidos en el mundo han venido incluyendo dentro de sus reglas a la figura del arbitraje de emergencia. Este mecanismo permitiría brindar tutela cautelar con la celeridad, especificad y confidencialidad, propias del arbitraje, pero en plazos que atiendan la urgencia de las medidas requeridas. Con dicha finalidad muchas veces es requerido que los árbitros de emergencia dicten medidas cautelares *inaudita altera pars*. Estas medidas, si bien es cierto que otorgan tutela cautelar al solicitante, también generan en la parte afectada una restricción a sus derechos, principalmente al derecho al contradictorio.

En el presente artículo abordaremos los fundamentos de las medidas cautelares *inaudita altera pars* y su compatibilidad con el arbitraje; la naturaleza, características y regulación del arbitraje de emergencia en el Perú; y, finalmente, expondremos la metodología de análisis para adoptar medidas cautelares *inaudita altera pars* en el arbitraje de emergencia en el Perú.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA ALTERA PARS* EN VÍA JUDICIAL Y EN VÍA ARBITRAL

2.1. Concepto

Las medidas cautelares[1] son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso definitivo[2] que pueden ser solicitadas en un proceso iniciado o por iniciarse. Tienen por finalidad conservar la materia de litigio, así como evitar que las partes sufran daños graves e irreparables.[3] A mayor detalle,

---

[*] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Doctorando en derecho administrativo por la Universidad Paris Panthéon Assas (Francia). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor investigador de la carrera de Derecho de la Universidad Científica del Sur y asociado sénior del Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio Leguía Normand (Perú). Código ORCID: 0000-0003-2730-2490.

[**] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), con estudios de derecho público en la Universität zu Köln (Alemania). Asociado del Estudio Miranda & Amado (Perú). Código ORCID: 0009-0000-6054-1595.

[***] Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no representan necesariamente la posición de las instituciones a las cuales están afiliados. Los autores asumen toda responsabilidad por el contenido y conclusiones presentadas.

[1] Por medidas cautelares —término utilizado en el ordenamiento jurídico peruano— nos referimos a lo que en doctrina y en la experiencia comparada se conoce también como: medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias precautorias, medidas de emergencia, medidas interinas, entre otras. Entendemos que pese a compartir la misma naturaleza pueden existir matices y diferencias entre estas (dependiendo del ordenamiento jurídico al cual pertenecen), las cuales no serán abordas en el presente trabajo.

[2] CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. 1. Tercera edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 86.

[3] FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Diccionario jurídico mexicano*. México D. F.: Porrúa - UNAM, 1997, p. 2091.

a nivel doctrinario, se ha señalado que las medidas cautelares buscan obtener una «providencia cautelar» que permita conservar una situación de hecho o una situación jurídica (sea esta incierta o controvertida) con la finalidad de proteger un interés jurídico (sustancial o procesal), mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro.[4]

Para la tramitación de estas medidas es frecuente que algunos derechos vinculados al debido proceso se vean limitados o reducidos. Esto se debe a que su existencia se fundamenta en la urgencia y en la prevención de un daño irreparable o sustancial; no obstante, esta limitación o restricción de ciertos derechos (de la parte afectada) se fundamenta en la necesidad de adoptar medidas céleres para proteger el resultado final del proceso definitivo, de forma tal que, tras una ponderación, se termina brindando una mayor protección a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las principales características de las medidas cautelares son (i) la instrumentalidad; (ii) la provisionalidad; y, (iii) la variabilidad.[5] Las medidas cautelares son *instrumentales* en la medida que son un medio para garantizar la efectividad del resultado de un proceso (p. ej. de una sentencia judicial o laudo arbitral). Además, son *provisionales* debido a que su vigencia está limitada en el tiempo, usualmente hasta el dictado de la decisión final del proceso principal (o hasta que se produzca una situación que la deje sin efecto, p. ej. su levantamiento o el incumplimiento de una condición legal).[6] Por último, las medidas cautelares son *variables* dado que las circunstancias que motivaron al juez o árbitro a concederlas pueden variar en el tiempo, lo cual causa que la medida cautelar pueda ser modificada (a esto se conoce como la sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*).

Ante la solicitud de una medida cautelar, los ordenamientos jurídicos incluso pueden otorgar una providencia o auto cautelar sin conocimiento de la parte afectada. Este tipo de medidas son denominadas como medidas *inaudita altera pars* (también conocidas como *ex parte* o *inaudita parte*). Las medidas *inaudita altera pars* son aquellas medidas solicitadas por una de las partes bajo estas dos circunstancias: (i) sin el conocimiento de la otra parte; y, (ii) con la posibilidad de que el árbitro o tribunal arbitral adopte una decisión sin prestar audiencia previa a la parte que se verá afectada por la ejecución de la referida medida.[7] En el Perú esta es la regla que se establece el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo n.° 768 (en adelante, Código Procesal Civil) para todas las medidas cautelares,[8] las cuales son concedidas o rechazadas sin conocimiento de la parte afectada.

Una medida *inaudita altera pars* genera inevitablemente una desigualdad entre las partes, pues la parte afectada no tendrá igual posibilidad de acceso a los medios de defensa que la parte solicitante de la medida.[9] En el Perú, a nivel judicial se otorga a la parte afectada la posibilidad del contradictorio a

---

4 ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo V: Parte Especial - Proceso cautelar. Buenos Aires: Depalma, 1977, pp. 89-90.

5 A las cuales se suman ciertas características que también son comunes a otras providencias no cautelares: (i) cognición sumaria; (ii) carácter de urgencia; (iii) carácter de provisoriedad; (iv) autonomía (con respecto a la decisión final); y, (v) carácter preventivo. Al respecto ver: QUIROGA LEÓN, Aníbal. «La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil». En *Themis Revista de Derecho*, n.° 59, 2011, p. 264.

6 Como veremos más adelante, algunas medidas cautelares dictadas pueden caducar si es que la parte beneficiada no inicia un arbitraje o si no se constituye el tribunal arbitral en determinado plazo.

7 BLANCO GARCÍA, Ana. «Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional». En *Themis Revista de Derecho*, n.° 77, 2020, p. 256.

8 Código Procesal Civil
«Artículo 637.- Trámite de la medida
La *solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada* en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.
Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.
De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo» (énfasis agregado).

9 PRIORI POSADA, Giovanni. «El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites». En *Ius Et Veritas*, n.° 30, 2005, p. 197.

través de la oposición,[10] la cual se presenta después de emitida la resolución que concede la medida cautelar. Asimismo, la provisionalidad de la decisión cautelar, el deber de motivar las decisiones judiciales y el respeto del principio de proporcionalidad garantizan el respeto del debido proceso en la tramitación de este tipo de medidas.

La provisionalidad de las medidas cautelares es una característica que mitiga los efectos de cualquier eventual cuestionamiento que pudiera recaer sobre estas. Esta característica limita la vigencia de las medidas cautelares hasta la adopción de una decisión final sobre la controversia o hasta que otra disposición disponga su levantamiento. Adicionalmente, como ya fue mencionado, toda medida cautelar debe ser adoptada respetando el deber de motivar las decisiones judiciales y el principio de proporcionalidad. En cumplimiento de ello, las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas previa evaluación de la adecuación de su adopción, de la apariencia de fundabilidad de la pretensión y del peligro en la demora de su adopción.[11]

Asimismo, es importante tener presente que las medidas cautelares (incluyendo las medidas *inaudita altera pars*) se clasifican en dos grandes grupos: las de carácter conservativo y las de carácter innovativo. Las de carácter conservativo (también conocidas como «negativas» o de «no innovar») están destinadas a mantener la situación fáctica o jurídica (*statu quo*) existente al momento de la presentación de la solicitud, la cual solo se puede justificar si constituye la única medida posible para no frustrar el decurso del proceso a iniciar. Por su parte, las de carácter innovativo tienen como efecto la mutación o alteración del estado de las cosas, es decir, ordenan realizar o dejar de realizar cierta conducta en sentido contrario a la situación existente.[12]

Es importante reconocer que a nivel doctrinario también se han distinguido dos grupos de procesos cautelares: el instrumental y el final. El primero tendría un carácter conservativo (p. ej. tendría como resultado la adopción de medidas conservativas), mientras que el segundo tendría un carácter innovativo (p. ej. tendría como resultado la adopción de medidas innovativas). De esta forma, el proceso cautelar instrumental sirve para garantizar los medios del proceso definitivo, mientras que el proceso cautelar final sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo.[13]

2.2. Las medidas cautelares en el arbitraje

Las medidas cautelares son necesarias en la jurisdicción arbitral por las mismas razones que en los procesos judiciales. De esta forma, las medidas cautelares en el arbitraje buscan garantizar la efectividad de un eventual laudo arbitral, así como la protección del proceso arbitral en sí mismo;[14] sin embargo, esto no siempre fue así, pues por varios años no se reconocía a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares. De hecho, la legislación de algunos países solo facultaba a los tribunales judiciales —y no a los árbitros— la posibilidad de dictar medidas cautelares.[15]

A la fecha, la mayoría de jurisdicciones admiten la posibilidad de que los árbitros dicten tanto medidas cautelares (de forma general) como también las medidas *inaudita altera pars*, aunque la doctrina y jurisprudencia en algunos países aún conciben interpretaciones restrictivas sobre la legalidad de esta

---

10 Aunque el artículo 356 del Código Procesal Civil establece que la oposición es un remedio, a nivel doctrinario existe un debate sobre la naturaleza jurídica de la oposición contra una medida cautelar. Existen quienes sostienen que se trata de una manifestación del derecho de defensa, mientras que otros sostienen que se trata de un recurso e incluso hay quienes alegan que esta tiene una naturaleza dual (la de recurso y manifestación del derecho de defensa). Al respecto ver: RAMÍREZ CASTAÑEDA, Yrma. «La oposición en la medida cautelar: naturaleza jurídica y conflictos procesales en el proceso civil». En *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, vol. 3, n.° 4, 2021, p. 130.

11 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Op. cit.*, p. 283.

12 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 324.

13 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, pp. 88-89.

14 SUEIRO VARHEN, Víctor. «Arbitraje comercial internacional y tutela cautelar: colaboración entre jueces y árbitros en la adopción y reconocimiento de medidas cautelares internacionales». En *Themis Revista De Derecho*, n.° 77, 2020, p. 222.

15 AMPRIMO PLA, Natale. «La tutela cautelar arbitral». En: *Ius Et Praxis*, n.° 44, 2013, p. 63.

facultad para los árbitros.[16] Sobre este punto, González de Cossío reconoce que existen ordenamientos jurídicos que prohíben o que omiten pronunciarse sobre la competencia del árbitro para ordenar medidas cautelares. Esto puede llevar a que algunos árbitros —en cumplimiento de su deber de velar por la ejecución del laudo— tengan menores incentivos para dictar medidas cautelares si no tiene elementos para sostener que el derecho local les otorga esta facultad.[17]

En el Perú, el Decreto Legislativo n.° 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) reconoce expresamente la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares a petición de las partes. Al respecto, en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje se establece lo siguiente:

> **Artículo 47.- Medidas cautelares**
>
> 1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar *las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo*, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
>
> 2. Por medida cautelar se entenderá toda *medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo*, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
>
> a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
>
> b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
>
> c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
>
> d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
>
> […]. (Énfasis agregado)

Como se puede observar, la Ley de Arbitraje establece que los árbitros pueden adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias, pudiendo exigir las garantías que considere necesarias. Entre las medidas que reconoce esta norma se encuentran la de mantener o restablecer el *status quo*, la adopción de medidas para impedir algún daño actual o inminente, entre otros.

Según la literalidad del texto de la Ley de Arbitraje, estas medidas podrán ser impuestas desde la constitución del tribunal arbitral. Es decir, desde producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros. En consecuencia, la única alternativa que aparentemente tendrían las partes para obtener tutela cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral (o árbitro único) sería la vía judicial; sin embargo, por las razones que expondremos más adelante, nuestro sistema es compatible con la figura del arbitraje de emergencia que también permite brindar tutela cautelar a las partes antes de la constitución del tribunal arbitral.

---

16 Por ejemplo, en Argentina existen pronunciamientos que han interpretado que los árbitros no tendrían la posibilidad de emitir medidas precautorias debido a que el artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impide a los árbitros a decretar medidas compulsorias o de ejecución, las cuales solo deben ser solicitadas al juez estatal; sin embargo, la doctrina argentina reconoce que dicho artículo no es una limitante para que se reconozca la competencia a los árbitros en materia de medidas conservativas. Al respecto ver: BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo. «Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia». En *Derecho y Ciencias Sociales*, n.° 13, 2015, p. 77.

17 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2011, p. 632.

Otro aspecto a considerar en la Ley de Arbitraje es que las medidas cautelares sean dispuestas en decisiones que tengan o no forma de laudo. A nivel internacional tampoco existe un criterio unívoco sobre la forma que estas deben adoptar.[18] Por lo general, son los árbitros quienes tendrán la discreción de decidir la forma en la que emitirán la medida, siempre respetando las reglas de la institución arbitral correspondiente.

2.2.1 Medidas inaudita altera pars *en el proceso arbitral*

En virtud del numeral 3 del artículo 47 la Ley de Arbitraje, los árbitros están facultados expresamente a dictar medidas cautelares sin poner en conocimiento a la parte afectada, siempre que la parte solicitante justifique la necesidad de proceder de esta forma.

> **Artículo 47.- Medidas cautelares**
>
> […]
>
> 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, *podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre*. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.
>
> […]. (Énfasis agregado)

Como se puede observar, a diferencia del Código Procesal Civil —y en línea con la experiencia internacional—, esta es una posibilidad y no la regla general. De esta forma, según la Ley de Arbitraje, las medidas *inaudita altera pars* son una excepción y su aplicación deberá ser debidamente justificada (tanto por el solicitante como por el árbitro que las dicte).

Estas medidas excepcionales podrán encontrar sustento cuando la parte solicitante pueda demostrar que la puesta en aviso a la contraparte podría perjudicar el resultado del proceso principal. Por ejemplo, si se demanda el secuestro de una embarcación extranjera que se encuentra en un puerto local correr traslado a la contraparte propietaria de dicho activo podría generar que esta haga zarpar la embarcación haciendo infructuosa la medida cautelar.[19]

2.2.2. Costos de las medidas cautelares en el proceso arbitral y responsabilidad por daños

Otro punto a tener en consideración es que el numeral 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece que el solicitante de una medida cautelar se hará responsable de los costos derivados de la imposición de esta medida, así como de los daños y perjuicios que esta pudiera haber generado, siempre que el tribunal arbitral determine con posterioridad que dicha medida no debió ser otorgada.

> **Artículo 47.- Medidas cautelares**
>
> […]
>
> 7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.
>
> 8. El solicitante de una medida cautelar *será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes*, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal

---

18 BLANCO GARCÍA, Ana. *Op. cit.*, p. 255.

19 CIPRIANI, Franco. El procedimiento cautelar entre eficiencia y garantías. En *Derecho & Sociedad*, n.° 25, 2005, p. 60.

> arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
>
> […]. (Énfasis agregado)

A nivel doctrinario se ha cuestionado que en virtud de esta facultad podrían concederse montos indemnizatorios sin brindar a la parte afectada la posibilidad de argumentar sobre la cuantía o procedencia de esta decisión, vulnerando indebidamente el derecho de contradicción y haciendo posible la comisión de arbitrariedades por parte de los tribunales arbitrales;[20] sin embargo, de una interpretación sistemática de la norma, y como también ha sido reconocido por la doctrina, para adoptar esta decisión el tribunal arbitral deberá: (i) hallar responsabilidad en el solicitante; (ii) determinar que la medida cautelar no debió ser emitida; y, (iii) declarar que se ha generado un perjuicio que debe ser resarcido.[21] Para cuidar la legalidad de su decisión, los tribunales arbitrales deberán garantizar el derecho de defensa de ambas partes, aunque esto no esté señalado expresamente en el citado artículo.

2.3. Concurrencia entre las medidas cautelares dictadas en vía judicial y en vía arbitral

La Ley de Arbitraje es clara en señalar que existe compatibilidad en el dictado de medidas cautelares en vía judicial y en vía arbitral. De hecho, las partes cuentan con plena facultad de decidir cuál de las dos vías resulta más atractiva. Incluso, es posible que las partes pacten en el convenio arbitral que todas las medidas cautelares serán conocidas solo por el poder judicial o, por el contrario, por los tribunales arbitrales, incluyendo al árbitro de emergencia. Esta decisión podrá obedecer a la necesidad de que la medida cautelar deba ser dirigida a terceros que no forman parte del convenio arbitral.

Asimismo, la Ley de Arbitraje establece reglas sobre la actuación de la jurisdicción ordinaria y de los tribunales arbitrales, como se puede observar en los numerales 4, 5 y 6 de su artículo 47:

> **Artículo 47.- Medidas cautelares**
>
> […]
>
> 4. Las *medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él*. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.
>
> 5. *Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar*. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
>
> 6. *El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial*, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
>
> […]. (Énfasis agregado)

---

20 CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. «La Constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje». En: *Arbitraje PUCP*, n.° 3, 2013, pp. 7-17.

21 CASAVERDE COTOS, Fiorella. «Medidas cautelares en el arbitraje». En *Foro Jurídico*, n.° 18, 2005, p. 173.

Como se puede observar, la Ley de Arbitraje reconoce que es posible que existan medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, reiterando que estas no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas una renuncia a esta jurisdicción. Es importante mencionar que los tribunales arbitrales tienen la competencia para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso por iniciativa propia.

Especial relevancia merece la ejecutoriedad de las medidas cautelares. Aunque el numeral 1 del artículo 48 de la Ley de Arbitraje reconoce que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus medidas cautelares, siempre que no se requiera el caso de la fuerza pública. En la práctica suele ser frecuente que se requiera del auxilio judicial para la ejecución de las medidas, esto debido a que los tribunales arbitrales siguen careciendo de la *coertio* y *executio* propias del Poder Judicial.

3. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL PERÚ

Un árbitro o tribunal arbitral solo puede emitir pronunciamientos desde su efectiva constitución; sin embargo, la constitución del órgano arbitral no es inmediata. En consecuencia, la parte interesada en solicitar una medida cautelar *inaudita altera pars* antes del inicio del arbitraje solo podría hacerlo ante el Poder Judicial. Con la finalidad de ofrecer a las partes una vía ágil y específica para brindar tutela cautelar en sede arbitral, diversas instituciona arbitrales han incorporado la figura del arbitraje de emergencia (teniendo como antecedente al *Pre Arbitral Referee Procedure* del reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional).

El arbitraje de emergencia es un mecanismo rápido y célere que permite adoptar medidas cautelares con carácter de urgencia. En línea con lo señalado por Blanco García: «no nos encontramos frente a una forma de arbitraje acelerado ni abreviado, que alude a un procedimiento con menor complejidad y de trámite más reducido; sino, por el contrario, ante un árbitro con todas sus características y cualificaciones específicas como en cualquier proceso, pero cuya designación sí se encuentra alterada con respecto al arbitraje ordinario para simplificarla».[22]

La mayor parte de los centros de arbitraje alrededor del mundo han adoptado el arbitraje de emergencia bajo un sistema *op-out*, es decir, en los reglamentos de arbitraje la figura del árbitro de emergencia suele operar de manera inmediata sin necesidad de haber sido expresamente pactado. Bajo este sistema, si las partes no desean el arbitraje de emergencia deberán pactarlo expresamente.

Pese a ello, en el Perú —al igual que en otras muchas jurisdicciones— la Ley de Arbitraje no establece reglas sobre el arbitraje de emergencia; no obstante, diversos centros de arbitraje han regulado la materia en sus respectivos reglamentos. Por ejemplo, el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y su apéndice I «Reglas del árbitro de emergencia» establecen las normas que regulan el arbitraje de emergencia en dicha institución.[23]

3.1. Designación del árbitro de emergencia

La configuración del árbitro de emergencia puede presentarse antes de la solicitud de arbitraje, aunque en un inicio diversos centros arbitrales solo permitían la tutela de emergencia si esta era requerida junto con la solicitud de arbitraje o después de su presentación.[24] De hecho, debido a la urgencia de

---

22 BLANCO GARCÍA, Ana. *Op. cit.*, p. 257.

23 Este reglamento también adopta el sistema *opt-out*, pues en el numeral 2 del artículo 35 señala que las decisiones adoptadas por el árbitro de emergencia son vinculantes para las partes por el solo hecho de haber sometido la controversia a arbitraje. En este sentido, en el numeral 5 del referido artículo se complementa diciendo que estas disposiciones no serán aplicables si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación (entre otros supuestos específicos).

24 EZCURRA RIVERO, Huascar y OLÓRTEGUI HUAMÁN, Julio. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia». En *Advocatus*, n.° 28, 2013, p. 100.

la circunstancia en la que es requerida el arbitraje de emergencia, la designación del árbitro de emergencia por los centros arbitrales puede darse incluso dentro de las 24 horas desde la recepción de la solicitud.[25]

Por lo general, la configuración de un arbitraje de emergencia será la misma que la de un arbitraje ordinario, pero atendiendo a la urgencia que caracteriza su naturaleza.[26] Esta urgencia genera que los arbitrajes de emergencia, por lo general, sean llevados a cabo por un órgano unipersonal. De esta forma, la celeridad que requiere la designación del árbitro de emergencia representa un reto para los centros de arbitraje, los que, además, deben designar el árbitro considerando su experiencia y disponibilidad inmediata.

Asimismo, a diferencia del arbitraje ordinario, en el arbitraje de emergencia no son las partes, sino también las instituciones arbitrales las que designan a los árbitros, esto debido a que la elección de los árbitros por parte de las partes no resulta compatible con la urgencia que existe en la constitución del árbitro de emergencia, más aún cuando nos encontramos antes solicitudes de medidas *inaudita altera pars*.

Es importante considerar que el deber de revelación de los árbitros y de prevenir la existencia de conflictos de intereses se mantiene, siendo responsabilidad de estos comunicar oportunamente si se encuentran impedidos de llevar a cabo el arbitraje de emergencia.

3.2. Plazo para resolver el arbitraje de emergencia

Una de las principales ventajas —y de hecho la principal motivación de la existencia de esta figura— es la celeridad para el dictado de medidas cautelares. Por ello, las principales instituciones arbitrales otorgan entre cinco (5) y veinte (20) días calendario.[27] Por ejemplo, según el artículo 6 del apéndice V - Reglas de Árbitro de Emergencia del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el árbitro de emergencia emitirá una orden por escrito a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la fecha en la que el expediente le haya sido entregado.

Otro aspecto a considerar es que la función del árbitro de emergencia terminará tras la emisión de la decisión sobre su medida y este no podrá integrar posteriormente el tribunal arbitral de la controversia principal, salvo pacto en contrario de las partes.[28]

4. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS *INAUDITA ALTERA PARS* EN EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA: METODOLOGÍA DE ANÁLISIS Y EFECTOS DE LA DECISIÓN

Al momento de resolver el análisis del árbitro de emergencia debe seguir la siguiente metodología: (1) evaluar la admisibilidad de la medida; y, (2) determinar si corresponde o no conceder la medida solicitada.

4.1. Evaluación sobre la admisibilidad de la medida

El primer paso de análisis que debe seguir un árbitro de emergencia es la determinación de sus facultades para emitir una medida cautelar *inaudita altera pars*. Para esto deberá revisar las siguientes fuentes: (i) el acuerdo arbitral; (ii) las reglas aplicables al arbitraje; y, (iii) la *lex arbitri*.[29] Es decir, deberá identificar si el convenio arbitral no ha excluido expresamente la posibilidad que tienen las partes de recurrir

---

25 Esta regla está contenida, por ejemplo, en el numeral 4 del anexo 4 «Procedimiento de arbitraje de emergencia» del Reglamento de Arbitraje Administrado por el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC).

26 BLANCO GARCÍA, Ana. *Op. cit.*, p. 258.

27 CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando; FERRUZO DÁVILA, Gianfranco y CILLÓNIZ ATOCH, Bryan. «Debe implementarse el arbitraje de emergencia en el Perú». En *Arbitraje PUCP*, n.° 6, 2016, p. 15.

28 BLANCO GARCÍA, Ana. *Op. cit.*, p. 259.

29 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 628-629.

al arbitraje de emergencia, deberá revisar si las reglas de la institución correspondiente permiten el dictado de medidas cautelares *inaudita altera pars* y deberá asegurarse que la decisión que tome sea compatible con las leyes o normas que regulen el arbitraje en el ordenamiento jurídico en donde opere. Asimismo, deberá determinar si la medida solicitada involucra materias arbitrables.

Para permitir esta labor, las instituciones arbitrales suelen establecer ciertos requisitos mínimos que las solicitudes de arbitraje de emergencia deben de cumplir: (i) los datos de las partes y representantes; (ii) una síntesis de la controversia; (iii) las medidas cautelares que se solicitan; (iv) las razones por las que se solicitan las medidas cautelares y, en particular, la necesidad de que no deba correrse traslado a la contraparte; y, (v) una copia del convenio arbitral.

4.2. Determinación sobre si corresponde o no conceder la medida solicitada

Una vez superada la primera etapa del análisis, corresponde evaluar si la medida cautelar debe de ser adoptada. Para esto, el análisis es muy similar al que se sigue en la jurisdicción arbitraria, aunque con matices y sin formalismos innecesarios que no son propios de la vía arbitral. Los tres elementos que deben de ser analizados son: (i) la probabilidad de éxito; (ii) el peligro de daño inminente por la demora del arbitraje; y, (iii) proporcionalidad o razonabilidad de la medida.

4.2.1. Probabilidad de éxito

Este análisis es similar al de la verosimilitud en el derecho de la vía procesal civil, pero sin un estándar estricto. A diferencia de la certeza que, teóricamente, se obtiene en la decisión que pone fin a la controversia, en materia cautelar solo se reclama la presencia de apariencia razonable en el sentido de que la pretensión invocada podría ser amparada, sin que ello implique determinar fehacientemente e indiscutible el derecho materia de controversia. En otras palabras, esta es una justa solución intermedia entre la mera afirmación y la plena certeza.

4.2.2. Peligro de daño inminente por la demora del arbitraje

Otro requisito que debe cumplir toda pretensión cautelar es acreditar el peligro de la demora (*periculum in mora*), es decir que, debido al transcurso del tiempo, los efectos de la decisión final resulten inoperantes en la práctica. En otras palabras, ante la posible consumación de un daño se requiere una protección provisional a fin de evitar el riesgo de que, en el supuesto que el solicitante obtenga una resolución definitiva, esta carezca de efectos.

En lo que se refiere a los requisitos del peligro en la demora habría que referirse en particular a dos: por un lado, que este sea inminente, lo cual quiere decir que puede ocurrir en cualquier momento. Ello se ve muy claro, sobre todo cuando se trata del peligro de la desaparición de los bienes con los que se puede ejecutar la sentencia en un futuro. Ante este peligro que, repetimos, es inminente, surge claramente la necesidad de la medida cautelar. Pero, por otro lado, también se requiere que tenga un carácter de urgencia porque, existiendo el peligro inminente es, obviamente, urgente evitar que dicho peligro se materialice. Entonces, surge la urgencia, o sea, la necesidad de impedir que la inminencia del peligro se concrete.

4.2.3. Proporcionalidad o razonabilidad de la medida

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos En efecto, es menester que la medida sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar, lo que exige que el árbitro realice un ejercicio de ponderación de la medida cautelar solicitada frente al objeto de su aseguramiento (la pretensión principal), lo que configura el requisito de razonabilidad de la medida, el cual importa que con ella se pueda asegurar de mejor manera la pretensión principal del proceso.

De igual modo, como la medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla el árbitro debe regirse por el principio de mínima injerencia para no afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el *quantum* de esta (de ser el caso).

4.3. Arbitrajes con el Estado

Por último, consideramos importante mencionar que mediante el Decreto de Urgencia n.° 020-2020 se ha incorporado un segundo párrafo al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, en virtud del cual «[e]n los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda».

Dicha norma establece una diferencia injustificada a favor del Estado peruano, pues establece una carga adicional para los contratistas que deseen obtener una medida cautelar. En la exposición de motivos de dicha norma se afirma que existiría una abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas, cuyo otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, por ejemplo, paralización de la ejecución de obras, afectación en la prestación de servicios públicos, entre otros.

Sin embargo, a nuestro criterio, dicha disposición normativa podría vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva. Por esta razón, los árbitros deben de evaluar si existen bases objetivas y razonables que permitan aplicar dicha disposición normativa.

A nuestro criterio, las razones expuestas en la exposición de motivos del Decreto de Urgencia n.° 020-2020 para imponer la exigencia de una fianza bancaria para la concesión de una medida cautelar podría resultar irrazonable, toda vez que el Estado peruano cuenta a su favor con la garantía de fiel cumplimiento que presenta todo contratista como requisito para la firma de un contrato público.

5. CONCLUSIONES

- Las medidas cautelares, como mecanismo para garantizar la efectividad del proceso, son plenamente compatibles con el arbitraje. La Ley de Arbitraje establece disposiciones que permiten la armonía entre la vía arbitral y la jurisdicción ordinaria al momento de evaluar la adopción, ejecución, levantamiento y modificación de medidas cautelares. Asimismo, la norma reconoce la posibilidad excepcional de dictar medidas cautelares *inaudita altera pars*.

- El arbitraje de emergencia es un mecanismo rápido y célere que permite adoptar medidas cautelares con carácter de urgencia antes de la constitución del tribunal arbitral. Aunque no está reconocido expresamente en la Ley de Arbitraje, sí cuenta con pleno reconocimiento por las reglas arbitrales de diversas instituciones arbitrales a nivel internacional y local. Asimismo, esta figura es compatible con la doctrina especializada en la materia. De esta forma, es una alternativa que tienen las partes para obtener tutela cautelar.

- Para dictar una medida cautelar *inaudita altera pars*, el árbitro de emergencia debe (i) evaluar la admisibilidad de la medida (determinar su competencia y si la medida involucra una materia arbitrable); y, (ii) determinar si corresponde o no conceder la medida solicitada (para lo cual deberá analizar la existencia de probabilidad de éxito, peligro en la demora y la proporcionalidad o razonabilidad de la medida).

6. BIBLIOGRAFÍA

AMPRIMO PLA, Natale. «La tutela cautelar arbitral». En: *Ius Et Praxis*, n.° 44, 2013, pp. 59-79.

BLANCO GARCÍA, Ana. «Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional». En *Themis Revista de Derecho*, n.° 77, 2020, pp. 253-263.

BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo. «Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia». En *Derecho y Ciencias Sociales*, n.° 13, 2015, pp. 71-91.

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA. *Reglamento de Arbitraje*. Lima, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. 1. Tercera edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CASAVERDE COTOS, Fiorella. «Medidas cautelares en el arbitraje». En *Foro Jurídico*, n.° 18, 2005, pp. 166-180.

CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando; FERRUZO DÁVILA, Gianfranco y CILLÓNIZ ATOCH, Bryan. «Debe implementarse el arbitraje de emergencia en el Perú». En *Arbitraje PUCP*, n.° 6, 2016, pp. 9-18.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. «La Constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje». En: *Arbitraje PUCP*, n.° 3, 2013, pp. 7-17.

CIPRIANI, Franco. El procedimiento cautelar entre eficiencia y garantías. En *Derecho & Sociedad*, n.° 25, 2005, pp. 53-64.

EZCURRA RIVERO, Huascar y OLÓRTEGUI HUAMÁN, Julio. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia». En *Advocatus*, n.° 28, 2013, pp. 97-109.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Diccionario jurídico mexicano*. México D. F.: Porrúa - UNAM, 1997.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2011.

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. *Reglamento de Arbitraje Administrado por el HKIAC*. 2024

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto. «Las condiciones habilitantes del árbitro de emergencia». En *Revista Argentina de Arbitraje*, 2023. https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/3139

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Decreto Legislativo n.° 768 - Código Procesal Civil*. 4 de marzo de 1992.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Decreto Legislativo n.° 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje*. 28 de junio de 2008.

PRIORI POSADA, Giovanni. «El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites». En *Ius Et Veritas*, n.° 30, 2005, pp. 171-200.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil». En *Themis Revista de Derecho*, n.° 59, 2011, pp. 259-284.

RAMÍREZ CASTAÑEDA, Yrma. «La oposición en la medida cautelar: naturaleza jurídica y conflictos procesales en el proceso civil». En *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, vol. 3, n.° 4, 2021, pp. 125-144.

ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo V: Parte Especial - Proceso cautelar. Buenos Aires: Depalma, 1977.

SUEIRO VARHEN, Víctor. «Arbitraje comercial internacional y tutela cautelar: colaboración entre jueces y árbitros en la adopción y reconocimiento de medidas cautelares internacionales». En *Themis Revista De Derecho*, n.° 77, 2020, pp. 217-232.

TAFUR SÁNCHEZ, Sergio y TAFUR SCAGLIA, Sergio. «La evolución del mecanismo del arbitraje de emergencia en el mundo y su importación al Perú». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, n.°15, 2023, pp. 151-170.

LA CONCILIACIÓN EN LA LGCP

Alberto Retamozo Linares[*]

La Ley n.° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial (LC), modificada por Decreto Legislativo n.° 1070, la Ley n.° 29876 y la n.° 31165, y por su reglamento, cuyo Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo n.° 017-2021-JUS (TUO del Reglamento), regulan la conciliación en términos generales, con lo que tenemos, para la solución de controversias, un cuerpo normativo diferenciado del que regula el arbitraje.

En principio, y a efectos de diferenciarla sustancialmente del arbitraje, tenemos que esta no constituye un acto jurisdiccional, tal como lo establece la LC al indicar en ella:

> […] no hay acción ni defensa de derechos, ni intereses de la parte invitante ni de la parte invitada; no hay contestación por escrito a la solicitud de conciliación ni proveídos a escritos presentados posteriormente por las partes; a la conciliación acuden principalmente las partes para que un conciliador extrajudicial los ayude a solucionar armoniosa y beneficiosamente sus diferencias en la mayor medida posible, evitando que dichas divergencias se agudicen y por ende se judicialicen o se lleve a arbitraje las mismas, con lo cual ambas partes pierden tiempo e incurren en costos innecesarios cuando pueden solucionar todas sus diferencias o parte de las mismas de manera definitiva con un acuerdo conciliatorio satisfactorio para ambas partes, propiciándose así una cultura de paz (4°).

En este escenario ¿qué debería entenderse normativamente por Conciliación? Al respecto el artículo 5 indica que esta «es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos», la que se instrumentaliza en un Centro de Conciliación Extrajudicial, institución que asiste a las partes en la búsqueda de una solución consensual al conflicto, pudiendo ser presencial o electrónica.

Las disposiciones glosadas se desenvuelven en dos planos. El primero, en la norma general (LC), y el segundo, en el ámbito específico de las contrataciones públicas (LGCP), por lo que corresponde comenzar por la LC.

1. LA CONCILIACIÓN EN LA LC

La regulación de la Conciliación comprende diversos aspectos, siendo relevantes, para nuestro tema, la autonomía de la voluntad, los principios que la orientan, y el procedimiento respectivo.

1.1. La autonomía de la voluntad, acuerdo conciliatorio y los principios

La LC establece que esta es una institución consensual, por lo que los acuerdos que vayan a adoptar las partes responden «única y exclusivamente» a la voluntad de estas, situación que, como veremos más adelante, se modula cuando se desenvuelve en las contrataciones públicas; autonomía que no es absoluta tal como se establece en el artículo 5 del TUO del Reglamento, el que refiere que «no se ejerce irrestrictamente», ya que las partes «pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no sean contrarias a las Leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

[*] Árbitro, adjudicador y conciliador en contrataciones del Estado.

El desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad es la vía para generar consensos entono a una controversia, los que se plasman en el Acuerdo Conciliatorio, que se consigna en el Acta de Conciliación, documento que debe cumplir con las formalidades exigidas en la norma.

En cuanto a los principios que orientan su accionar, tenemos que tanto la LC, como el TUO del Reglamento, los establecen, siendo que la primera los enuncia, el segundo los define. Así, tenemos que el artículo 2 de la LC consigna a los principios de principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía,[1] los que son definidos en el artículo 2 del TUO del Reglamento en los siguientes términos:

Principio de equidad	En el procedimiento conciliatorio se vela por el respeto del sentido de la Justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación. El conciliador está obligado a generar condiciones de igualdad para que los conciliantes puedan lograr acuerdos mutuamente beneficiosos.
Principio de veracidad	La veracidad está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes. El conciliador está prohibido de alterar el sentido o significado de los hechos, temas, intereses o acuerdos a que arriben las partes conciliantes en el procedimiento conciliatorio. Los operadores del sistema conciliatorio deben remitir información veraz y auténtica a la DCMA en los plazos establecidos en este reglamento, así como cuando la misma le requiera para los fines de su competencia. En caso de detectarse falsedad o información inexacta en la información y/o documentación remitida, los operadores asumen las responsabilidades que ello les acarree, lo que se encuentra establecido por las normas legales correspondientes.
Principio de buena fe	La buena fe se entiende como la necesidad de que las partes conciliantes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa sea la conducta a seguir en el procedimiento conciliatorio. Cuando el conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, debe recomendar a los conciliantes que se apoyen en expertos en la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, cuidando de que tal intervención no perjudique o entorpezca el procedimiento de conciliación o, en su caso, a alguno de los conciliantes.
Principio de confidencialidad	La información derivada del procedimiento conciliatorio es confidencial y no debe ser revelada a persona ajena a las negociaciones, sin el consentimiento de quien proporciona dicha información. La confidencialidad involucra al conciliador, a las partes invitadas, así como a toda persona que participe en el procedimiento conciliatorio, salvo las excepciones establecidas en este reglamento.
Principio de imparcialidad	El conciliador no debe identificarse con las posiciones de las partes. El conciliador tiene el deber de ayudar a las partes conciliantes a que identifiquen sus intereses comunes por encima de sus posiciones propiciando el diálogo y comunicación entre ellas, generando confianza entre las mismas, sin imponer propuesta de solución alguna. La conciliación se ejerce sin discriminar a las personas y sin realizar diferencias.
Principio de neutralidad	El conciliador debe, en principio, abstenerse de conocer los casos en los que participan personas vinculadas a él o su entorno familiar, al personal del centro de conciliación, o en los que participen conciliantes con los cuales lo vincule parentesco, salvo que las partes soliciten expresamente la intervención de aquel.
Principio de legalidad	La actividad conciliatoria se enmarca dentro de lo establecido en la ley y el reglamento, en concordancia con el ordenamiento jurídico que también resulte aplicable y con los principios y valores constitucionales.

[1] Artículo 2 de la LCE.

Principio de celeridad	La función conciliatoria debe ejercerse permitiendo a las partes la solución pronta y rápida de su conflicto, con lo cual dicha función conciliatoria contribuye a una cultura de paz entre las partes conciliantes.
Principio de economía	El procedimiento conciliatorio está orientado a que las partes ahorren tiempo y dinero evitándose los costos que acarrea involucrarse en un proceso judicial o arbitral.

1.2 Tipos de conciliación: presencial y electrónica

Acorde con las nuevas exigencias, la conciliación puede ser presencial o electrónica, debiendo llevarse a cabo en un centro debidamente acreditado, siendo que la última, la electrónica, posee, por su propia condición, un trámite diferente, ya que las audiencias se desarrollan a través de videoconferencia, «[…] utilizándose para tal efecto los softwares, aplicativos webs, equipos informáticos y tecnológicos que garanticen la integridad, la confidencialidad y la grabación de las audiencias de conciliación y otros […]».[2]

Los medios electrónicos a utilizar deberán cumplir con exigencias como: la transmisión nítida del sonido e imagen en tiempo real o sincrónica, debiendo regirse bajo los estándares del principio de claridad digital, y cumplir con los parámetros de «claridad, accesibilidad e integridad», siendo todos ellos indispensables para continuar con la conciliación.

El trámite específico se encuentra establecido en los artículos 8 al 11 del TUO del Reglamento, como son los requisitos para participar en audiencia, el desarrollo de la audiencia de conciliación, la presunción de autorización para las grabaciones, entre otras.

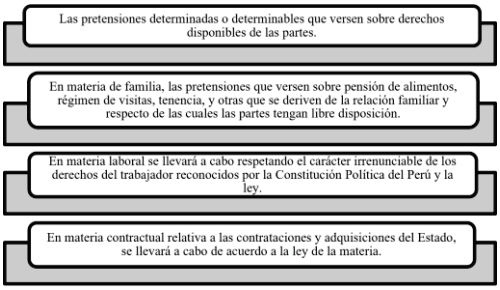
1.3. La confidencialidad y la falta de valor probatorio

En cuanto a la confidencialidad tenemos que la regla general es que quienes participan en la Audiencia de Conciliación deben guardar reserva sobre lo ahí tratado, salvo cuando se trate de la comisión de un delito o falta; disposición respecto de la cual el reglamento se explaya, precisando, al igual que la LC, que todo lo actuado en la audiencia, sea presencial o electrónica, carece de valor probatorio.

Se exceptúa de la regla de confidencialidad el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o falta.

1.4. Las materias conciliables y no conciliables

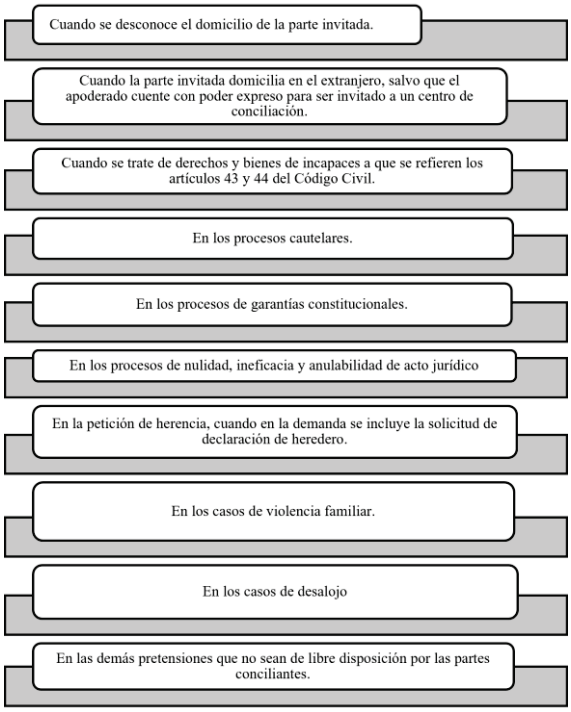
El artículo 7 y 7-A de la LC, así como los artículos 13 y 14 del TUO del Reglamento, establecen lo que puede o no ser objeto de conciliación entre las partes, escenario donde la legalidad le pone limitaciones a la autonomía de la voluntad. Así tenemos que se consideran materias conciliables



[2] Artículo 6 del TUO del Reglamento.

Como se podrá apreciar, la LC se convierte en una norma remisiva en lo referente a contrataciones públicas, cuyas pautas de tratamiento se establecen en la Ley General de Contratos Púbicos (LGCP).

Pero, así como hay materias conciliables, la norma cita cuáles son los supuestos y materias no conciliables. Así, el artículo 7-A de la LC indica que no puede ser objeto de conciliación:



Los artículos 10 al 14 de la LC, así como el 12 y siguientes del TUO del Reglamento, regulan la audiencia única y el procedimiento de la conciliación extrajudicial, respecto de las cuales establecen las siguientes reglas:

La audiencia de conciliación es única y se realizará en el local del centro de conciliación autorizado en presencia del conciliador y de las partes, pudiendo comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines.
La audiencia de conciliación en un local distinto, para lo que se requiere la autorización del Ministerio de Justicia.
El plazo de la audiencia única podrá ser de hasta 30 días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada; pudiendo ser prorrogado por acuerdo de las partes.
Recibida la solicitud, el centro de conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo este dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.
Las partes pueden solicitar la conciliación extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil.
La concurrencia a la audiencia de conciliación es personal; salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representante legal, como es el caso de las entidades públicas.
En el caso de personas domiciliadas en el extranjero o en distintos distritos conciliatorios o que domiciliando en el mismo distrito conciliatorio se encuentren impedidas de trasladarse al centro

de conciliación, se admitirá excepcionalmente su apersonamiento a la audiencia de conciliación a través de apoderado. Para tales casos, el poder deberá ser extendido mediante escritura pública y con facultades expresamente otorgadas para conciliar, no requerirá inscripción registral en el caso de haber sido otorgado con posterioridad a la invitación a conciliar.
En el caso que una de las partes esté conformada por cinco o más personas, podrán ser representadas por un apoderado común. En el caso, que las facultades hayan sido otorgadas con anterioridad a la invitación el poder deberá además contar con facultades para que el apoderado pueda ser invitado a un proceso conciliatorio.
Es responsabilidad del centro de conciliación verificar la autenticidad de los documentos presentados al procedimiento conciliatorio y la vigencia de los poderes, en su caso.
Si la parte invitada a la audiencia de conciliación a realizarse por medios electrónicos u otros de naturaleza similar no cuenta con los medios tecnológicos para participar, debe asistir presencialmente a la audiencia a realizarse en el centro de conciliación extrajudicial. De haberse realizado la audiencia por medios electrónicos u otros de naturaleza similar y las partes o algunas de ellas no cuenten con firma digital, se suspende la audiencia, señalando una nueva fecha para la suscripción del acta de conciliación.
En el supuesto en que alguna de las partes no pueda desplazarse al local del centro de conciliación para llevar a cabo la audiencia por motivos debidamente acreditados, esta podrá realizarse en el lugar donde se encuentre la parte impedida, siempre y cuando pueda manifestar su voluntad en forma indubitable. Para tal efecto, el conciliador señalará nuevo día y hora para la realización de la audiencia, observando los plazos previstos en el artículo 12 de la LC.[3]

1.6. La petición conciliatoria

La petición conciliatoria, que constituye el inicio del proceso, se encuentra regulada en el artículo 13-A de la LC y en el 12 del TUO del Reglamento; requerimiento que puede ser solicitado por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a través de su representante legal o apoderado, antes o durante un proceso judicial o arbitral.

La solicitud tiene como objetivo que un tercero imparcial, denominado conciliador extrajudicial, asista a las partes en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. En cuanto a las reglas del trámite, los articulados citados establecen que la solicitud de conciliación extrajudicial se tramita de acuerdo con las reglas generales de competencia territorial y convencional establecidas en el Código Procesal Civil.

Cuando la solicitud sea presentada en forma conjunta, la competencia territorial queda prorrogada quedando ambas partes en libertad de asistir en forma conjunta a una conciliación en un distrito conciliatorio distinto al de sus domicilios; en los casos en que las personas domicilien en el extranjero o en distintos distritos conciliatorios o domiciliando en el mismo distrito conciliatorio se encuentren impedidas de trasladarse al centro de conciliación o no teniendo impedimento alguno para trasladarse al centro de conciliación desean hacerlo por el medio virtual, pueden solicitar al centro de conciliación que la audiencia de conciliación presencial se realice por medios electrónicos y otros de naturaleza similar. El centro de conciliación admite el pedido y, de ser el caso, reprograma la fecha de la audiencia para dicho efecto.

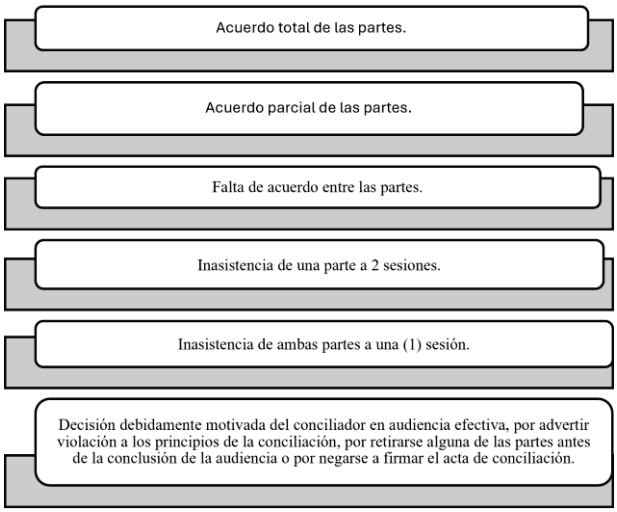
Cuando se trate de alguna conciliación por medios electrónicos, la recepción de la petición se realiza obligatoriamente mediante mesa de partes virtual o un correo electrónico exclusivo que cumpla tal función, la cual publica en su página web, en sus redes sociales.

---

[3] «Artículo 12.- Procedimiento y plazos para la convocatoria Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo este dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.
El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles. De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos señalados en el párrafo anterior».

1.7. Conclusión del procedimiento conciliatorio

Los artículos 15, 16 y 16-A de la LC regulan los distintos aspectos referidos a la conclusión del procedimiento conciliatorio, así como del acta respectiva. Así tenemos que el artículo 15 establece que se da por concluido el procedimiento conciliatorio por la materialización de cualquiera de las causales siguientes:



1.8. El acta de conciliación y la rectificación

En cuanto a la naturaleza jurídica del Acta, el artículo 40 del TUO del Reglamento establece que es un documento privado que posee la condición jurídica de prueba, agregando que el acuerdo subsiste así el acta sea declarada nula. En relación con los requisitos que debe cumplir, en el artículo 16 de la LC se establece que estos son los siguientes:

Número correlativo
Número de expediente
Lugar y fecha en la que se suscribe
Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo a ruego.
Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
Número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador.
Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del Acta.
El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
Huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del abogado del centro de conciliación extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.

La norma también regula la rectificación del acta, lo que se encuentra establecido en el artículo 16-A de la LC, estableciendo, para tal efecto, las siguientes reglas:

- En los casos que se haya omitido alguno o algunos de los requisitos establecidos en los literales c), d), e), g), h), e i) del artículo 16 de la LCE,[4] el centro de conciliación de oficio o a pedido de parte, deberá convocar a las partes para informarles el defecto de forma que contiene el acta y, expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de ley.

- De no producirse la rectificación del acta por inasistencia de la parte invitada, el centro de conciliación expedirá nueva acta por falta de Acuerdo.

- En caso de conclusión del procedimiento conciliatorio sin acuerdo, si dicha Acta hubiese sido presentada en proceso judicial, y no se haya cuestionado la nulidad formal en la primera oportunidad que tiene para hacerlo, se produce la convalidación tácita de la misma.

- De haberse producido cuestionamiento por la parte contraria o haber sido advertida por el juez al calificar la demanda dará lugar a la devolución del Acta, concediendo un plazo de 15 días para la subsanación.

- El acto jurídico contenido en el acta de conciliación solo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial.

1.9. El mérito y ejecución del acta de conciliación

El artículo 18 establece que el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, por lo que los «derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales».

2. LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LCE Y EL RLCE. EL NUEVO ROL DE LA CONCILIACIÓN

Establecido a grandes trazos la configuración normativa de la conciliación en general, corresponde determinar el marco normativo específico de esta en la Ley General de Contrataciones Públicas del Estado, Ley n.° 32069, en adelante (LGCP) y su reglamento.

2.1. Antecedentes de la conciliación en contrataciones públicas

El presente, es consecuencia de la sumatoria de procesos previos, por lo que antes de tratar la actual regulación, revisaremos la evolución que esta ha tenido. La historia comienza a finales de la década de los noventa del siglo pasado, específicamente el 9 de julio de 1997, fecha en la cual se promulgó la Ley n.° 26850, norma que inicialmente no consideraba a la conciliación como medio de solución de controversias, ya que en el literal b) del artículo 41 solo se hacía referencia al arbitraje:

---

[4] «c. Lugar y fecha en la que se suscribe.
d. Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo a ruego.
e. Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
[…]
g. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del Acta, en el modo que establezca el Reglamento.
h. El Acuerdo Conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la Audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
i. Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso».

> b) Cláusula de solución de controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública o Concurso Público, surge entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje […]

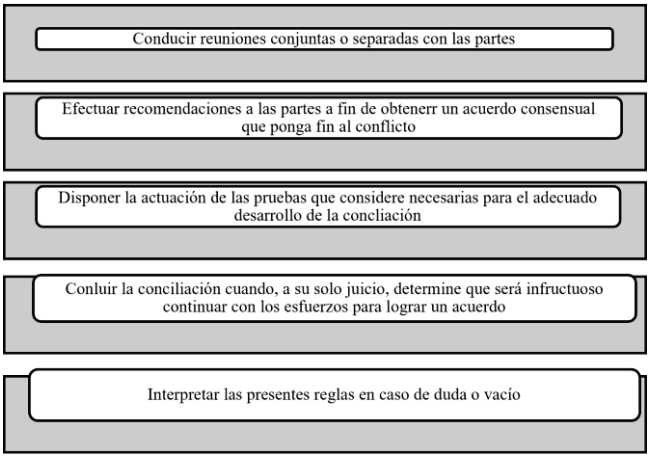
Pero la historia no quedó ahí. El 28 de julio del año 2000 se promulgó la Ley n.° 27330, que modificó la Ley n.° 26850, y en cuyo literal b) del artículo 41 agregó en la cláusula obligatoria, a la conciliación como vía para resolver las controversias, así como en el artículo 53.

> b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

La contrastación entre ambas normas nos permite concluir en que, inicialmente, el legislador consideró para la solución de controversias en contrataciones públicas, que solo se podía recurrir al arbitraje en los procesos de mayor envergadura, como son la licitación pública y el concurso público, omitiendo pronunciarse del trámite a seguir en los menores; limitación que condujo a la modificación, ampliando esta posibilidad a todos los procesos, agregando además a la conciliación como otro medio para resolver las controversias.

Esta disposición se ampliaba en el artículo 53 ya que este establecía lo que podía ser objeto de conciliación, como eran las controversias que surgieran sobre la ejecución o interpretación del contrato, determinando también su condición de vía previa al arbitraje: «Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente».

En el Reglamento de la Ley n.° 26850, aprobado por Decreto Supremo n.° 039-98-PCM de fecha 28 de setiembre de 1998, se consideró a la conciliación dentro del proceso arbitral, tal como se disponía en el artículo 172, situación singular, a lo que se agregaba lo consignado en el artículo 174, donde se estableció, por única vez, las facultades del conciliador en contrataciones del Estado.



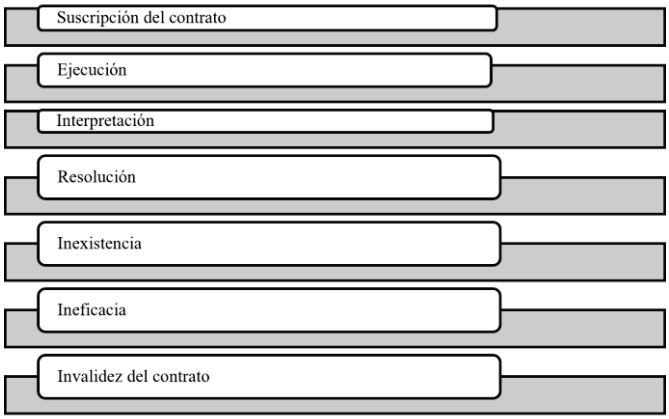
De este modo el conciliador tenía un rol protagónico, lo que le demandaba tener conocimiento de esta legislación especializada, pero además, significaba disminuir la posibilidad de desarrollo del arbitraje, ya que en la práctica su dinámico rol lo convertía en un componedor de la controversia.

La modificación efectuada por la Ley n.° 27330 condujo a la promulgación de un nuevo reglamento, el que se aprobó por Decreto Supremo n.° 013-2001-PCM, norma que suprimió las facultades

que anteriormente se habían establecido para el conciliador finalizando así su breve rol protagónico, después de lo cual se le relegó a una labor mediatizada.

En este caso, el artículo 185 del reglamento mantuvo establecía que la conciliación se debía llevar a cabo en un Centro de Conciliación, manteniendo la disposición de que podían someterse a ella las controversias surgidas respecto de la interpretación y ejecución del contrato, agregando el plazo de caducidad especial en el caso de liquidación del contrato de bienes, servicios y obras.

Posteriormente, mediante Ley n.° 28267, de julio de 2004, nuevamente se modificó la Ley n.° 26850, significando, entre otros aspectos, la ampliación de lo que podía ser objeto de conciliación, indicándose en el numeral 53.2 que estas eras las controversias referidas a:



Por otro lado, se establecía que la solitud de conciliación debía presentarse en cualquier momento hasta antes de la finalización del contrato. Un hecho interesante fue el intento de convertir al Consejo Superior de Contrataciones del Estado (Consucode) en un Centro de Conciliación, tal como se estableció en el artículo 272 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 084-2004-PCM, en el que se establecía que se podía solicitar la conciliación a un Centro de Conciliación o al Consucode, eliminando las facultades del conciliador.

El 3 de junio de 2008 se promulgó el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado que derogó a la Ley n.° 26850, norma en cuyo artículo 52 se mantuvo lo establecido en el numeral 53.2 de la ley derogada, respecto de lo que podía ser objeto de conciliación, salvo la suscripción del contrato, la que fue eliminada, mientras que el artículo 214 del Reglamento se dispuso que las actas de conciliación debían remitirse al Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE), lo que constituía un mecanismo de control sobre las actuaciones en esta vía.

2.2. De la Ley 30225 a la Ley n.° 32069

La Ley n.° 30225, promulgada en enero de 2016, modificó el enfoque de las contrataciones públicas, lo que significó que se decidiera impulsar la conciliación, a efectos de dotar a los funcionarios y servidores públicos de mayores elementos «para poder realizar una conciliación efectiva reduciendo el temor que se tienen a las acciones de control» (Ejecutivo, 2014, p. 62).

Esta visión se proyectó en la legislación. Inicialmente, mantenía las controversias que podían ser objeto de la conciliación, indicando que esta se realizaría en una institución acreditada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, siendo que los cambios se dieron en el reglamento, el que comenzó agregando una controversia más a dirimirse en la conciliación, siendo esta la referida al incumplimiento del pago final.

Seguidamente, en el artículo 224 del Reglamento de la Ley n.° 30225, aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, se abrió la posibilidad de desarrollo de la conciliación, tal como se citaba en la exposición de motivos de la Ley. Así, en el numeral 224.2 se establecía que luego de presentada la solicitud de conciliación, el titular de la entidad o el servidor en quien este hubiera delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de:

- Costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral.

- La expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.

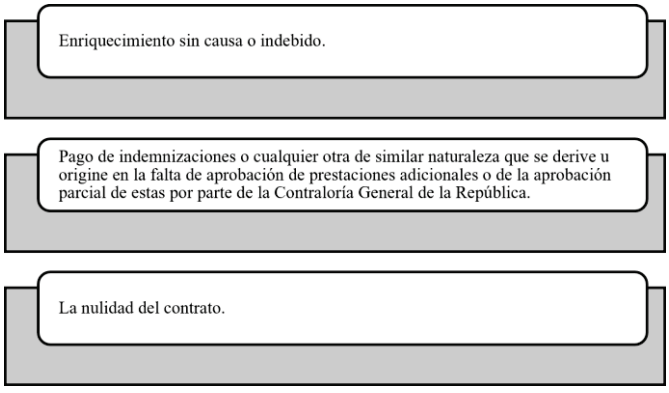
- Los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

Finalmente, se indicaba que la evaluación debía estar contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado.

Posteriormente, en el numeral 224.3, se hacía referencia a la resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, la que durante su emisión podía dar lugar a la suspensión del procedimiento conciliatorio, siendo que su no emisión debía entenderse como inexistencia de acuerdo.

Estas disposiciones estuvieron vigentes hasta el 24 de junio de 2024, fecha en la cual se promulgó la Ley n.° 32069, LGCP, la que sigue la ruta trazada por la derogada Ley n.° 30225, con algunas modulaciones, precisando, por ejemplo, que la Conciliación puede ser pactada por las partes, de forma previa al inicio del arbitraje, e incorporando, además, la posibilidad de aplicarla para contratos menores.

Por otro lado, en los numerales 76.3 y 81.1 se amplía el universo de las controversias que no pueden ser llevadas conciliación, y las que si pueden. Así en el numeral 76.3 se establece como limite a la conciliación, que no pueden ser sometidas a esta las pretensiones referidas a:



Por su parte el numeral 81.1 de la LGCP y el numeral 330.1 del artículo 330 del RLGCP establecen las controversias que pueden ser objeto de Conciliación, siendo estas las siguientes:

Resolución de contrato
Ampliación de plazo contractual
Recepción y conformidad de la prestación

Valorizaciones o metrados
Liquidación de contrato
Los que versen respecto de las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato
Indemnización de daños y perjuicios surgidos durante la ejecución contractual
Prestaciones accesorias
Vicios ocultos
Otras obligaciones que se deben cumplir con posterioridad a la ejecución de la prestación principal del contrato
Todas las controversias que surjan en los contratos menores sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia

2.3. El procedimiento de conciliación en la LGCP

En cuanto al procedimiento, tenemos que el artículo 82 regula en sus distintos numerales el siguiente trámite:

- La conciliación se solicita ante un centro de conciliación acreditado por el Minjus.

- La solicitud de efectúa dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 84 de la LGCP.

- La conciliación es llevada a cabo por un conciliador certificado por dicho ministerio.

Sobre este aspecto, el numeral 330.2 del artículo 330 del RLGCP indica que si fuera necesaria una resolución autoritativa para que se puede llegar a un acuerdo conciliatorio, este se puede suspender por 30 días hábiles a fin de obtener dicho documento.

En relación con la decisión de conciliar, el numeral 82.2 establece las siguientes reglas a aplicar por parte de la administración:

- La decisión corresponde a la autoridad de la gestión administrativa.

- Se realiza al amparo del principio de eficacia y eficiencia.

- Deben considerarse los criterios de costo-beneficio.

- Se deben ponderar los costos en tiempo y recursos de un eventual proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.

- Se deben considerar los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

- La decisión de conciliar o no se materializa en un informe que es parte del expediente e integra el sustento de los criterios evaluados.

Un aspecto relevante en la nueva normativa son los requisitos que debe cumplir el Acuerdo Conciliatorio, disposición que se vincula a la evaluación previa que debe hacer la Entidad antes de atender la solicitud conciliatoria. Así, el numeral 82.3 de la LGCP indica que este debe ser consecuencia del rigor técnico establecido en el artículo 27 de la citada norma, donde se dispone que la decisión debe estar debidamente sustentada, a efectos de cumplir con la finalidad pública, garantizando, entre otros, el cumplimiento del principio de valor por dinero, y los criterios para el ejercicio del control de las decisiones discrecionales establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley n.° 29622, Ley que modificó la Ley n.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la

Contraloría General de la República, en la que se establece que cuando la norma disponga algún margen de discrecionalidad en el actuar de los funcionarios y servidores públicos, los órganos conformantes del SNC no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta, dejando abierta la posibilidad de observar la decisión, si esta fue adoptada «sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la norma permita varias interpretaciones, la decisión de aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia».

En relación con este extremo, el numeral 27.3 de la LGCP limita a la actividad de control al establecer que este

> […] se concentrará en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan.

Finalmente, el numeral 82.4 de la LGCP se refiere a un aspecto relevante para la caducidad de las pretensiones de las partes cuando se ha recurrido a la vía conciliatoria, al indica que si se ha seguido previamente un procedimiento de conciliación, y no se ha llegado a un acuerdo o, se ha llegado a un acuerdo parcial, «el plazo para acudir al arbitraje respecto de las materias no conciliadas se computa a partir del día hábil siguiente de concluida la conciliación».

3. CUADRO COMPARATIVO DE LA EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN

La revisión de las distintas normas que han regulado las contrataciones públicas, hasta la vigente, nos permite constatar que desde la promulgación de la Ley n.° 26850, la Conciliación ha venido avanzando respecto de posibilidades de su uso, lo que no se ha ampliado quizás a los temores que genera en los funcionarios y servidores públicos el criterio del SNC.

A efectos de tener una visión panorámica de la evolución de la Conciliación en las contrataciones públicas, seguidamente presentamos un cuadro comparativo del tratamiento que le han dado las distintas normas de contratación pública.

	Ley n.° 26850	**Decreto Legislativo n.° 1017**	**Ley n.° 30225**	**Ley n.° 32069**
Responsabilidad de la evaluación de la procedencia	No se hace referencia	No se hace referencia	Titular de la Entidad/servidor en quien se haya delegado	La autoridad de la gestión administrativa
Criterios de evaluación	No se hace referencia	No se hace referencia	• Expectativa de éxito en el arbitraje a seguir • Riesgos de la controversia en la ejecución contractual	• Se realiza al amparo del principio de eficacia y eficiencia • Deben considerarse los criterios de costo-beneficio • Se deben ponderar los costos en tiempo y recursos de un eventual proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación

				• Se deben considerar los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.
Documento que se emite	No hace referencia a este procedimiento	No hace referencia a este procedimiento	Informe técnico legal	La decisión de conciliar o no se materializa en un informe que es parte del expediente e integra el sustento de los criterios evaluados.
Controversias que pueden ser objeto de conciliación	• Suscripción • Ejecución • Interpretación • Resolución; • Inexistencia; • Ineficacia; • Invalidez del contrato.	• Suscripción del contrato; • Ejecución; • Interpretación; • Resolución; • Inexistencia; • Ineficacia; • Invalidez del contrato.	• Ejecución; • Interpretación; • Resolución; • Inexistencia; • Ineficacia; • Invalidez	• Resolución de contrato. • Ampliación de plazo contractual. • Recepción y conformidad de la prestación. • Valorizaciones o metrados. • Liquidación de contrato. • Los que versen respecto de las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato. • Otras dispuestas en el reglamento.
Controversias que no se someten a la conciliación	No se hace referencia	No se hace referencia	• Nulidad de contrato • Aprobación o desaprobación de prestaciones adicionales	• Enriquecimiento sin causa o indebido; • Pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. • La nulidad del contrato.

GESTACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE SOCIETARIO Y COMENTARIOS ACERCA DE LA REGULACIÓN ACTUAL

Oswaldo Hundskopf Exebio[*]

PREÁMBULO

Con fecha 23 de septiembre del año en curso he recibido una comunicación de dos destacados colegas, José Enrique Palma Navea y Jesús Mori, mediante la cual me invitan a escribir un artículo para que sea incluido en el libro de homenaje al maestro sanmarquino doctor Ulises Montoya Alberti, que representará un tributo a su fecunda trayectoria académica y profesional como abogado, economista y profesor universitario. Agradeciéndoles por tal honroso encargo, les expreso mi especial interés en contribuir con remitirles mi artículo, el cual he elaborado siguiendo estrictamente los criterios que me han sido comunicados.

En lo personal, me siento honrado de contribuir con el homenaje a Ulises Montoya Alberti, hijo mayor del más destacado jurista especializado en derecho comercial, también denominado derecho mercantil, Ulises Montoya Manfredi, a quien tuve el inmenso honor de conocer y visitar frecuentemente en su domicilio y, además, de aprender muchísimo de él y ser parte de algunas comisiones que se formaron para elaborar anteproyectos de leyes especializadas. Por dicha coyuntura, hasta la fecha mantengo una fraternal amistad con Ulises y con su hermano Hernando, y reconozco haber aprendido mucho del padre y de sus dos hijos, destacados juristas.

No puedo dejar de mencionar y, obviamente, reconocer y expresar mi especial agradecimiento al doctor Ulises Montoya Manfredi, quien me prologó los tomos I y II de mi libro *Derecho comercial. Temas societarios*; a Hernando Montoya Alberti, quien me prologó el tomo III; y al doctor Ulises Montoya Alberti, homenajeado por la comisión especial que ha sido designada para el libro, quien prologó el tomo V.

1. GESTACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMO MODALIDAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN LUGAR DE LA VÍA JUDICIAL

1.1. Presentación de la primera Ley General de Arbitraje en nuestro país (Decreto Ley n.° 25935)

En la sección segunda del libro VII - «Fuentes de las obligaciones» del Código Civil de 1984 actualmente vigente, se regulan los Contratos Nominados, el cual consta de trece títulos, y es pertinente destacar que en el título XI de su versión original, se regulaba la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral como una modalidad de solución de controversias contractuales compuesto por dieci-

[*] Socio fundador del Estudio Hundskopf y García Nores Abogados S. C. R. L. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1973). Magíster en Derecho Administrativo y doctor en Derecho. Ha sido profesor de Derecho Comercial durante seis años en la Facultad de Administración de Empresas desde 1974 a 1980 y profesor de la Facultad de Derecho durante 39 años de la Universidad de Lima, de la cual ha sido su decano durante 14 años, así como profesor de la maestría de Derecho Empresarial de dicha universidad. También es profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (doctorado). A la fecha es árbitro *ad hoc* y miembro titular de los padrones de árbitros de diversos centros de arbitraje institucional, siendo actualmente presidente del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Ha sido miembro de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, vocal de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales, miembro de la comisión consultiva, miembro del Consejo Directivo del Indecopi desde el 2011 hasta 2015, y vocal de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, desde 2018 hasta el 2023.

siete (17) artículos, específicamente numerados del artículo 1906 al 1922, todos los cuales fueron derogados por la primera disposición final del Decreto Ley n.° 25935 denominada por primera vez en nuestro país como Ley General de Arbitraje, norma legal que fue aprobada el 7 de noviembre del año 1992, con la que también se derogó el libro II del Código Procesal Civil aprobado por el Decreto Legislativo n.° 768 y las referencias al «Libro Primero de Justicia Civil» contenido en dicho Código, así como la vigésima, vigésimo primera y vigésima segunda disposiciones finales del mismo.

Al respecto, es pertinente destacar que la primera Ley General de Arbitraje en nuestro país, ya mencionada, constaba de dos secciones, en la sección primera en su capítulo primero se establecieron la disposiciones generales; en su capítulo segundo se regulaba en un texto único el convenio arbitral; en el capítulo tercero, también en un título único, se establecieron las regulaciones de las personas que actuarían como árbitros; en el capítulo cuarto en su título primero se establecieron las disposiciones generales del proceso arbitral; en su título segundo, las normas reguladoras de la conciliación, transacción, suspensión y desistimiento del proceso arbitral; en su título tercero, la competencia de los árbitros y mayorías; en el título cuarto, las normas sobre el laudo; en el título quinto, las normas sobre los recursos; y en el título sexto contenían las normas aplicables a las medidas cautelares y sobre la ejecución del laudo. Asimismo, en la sección segunda de la Ley General de Arbitraje, en su capítulo único, se regulaba el arbitraje internacional, concluyendo dicha ley con cuatro disposiciones complementarias y transitorias y con dos disposiciones finales.

A manera de resumen, y como un necesario comentario sobre la primera Ley General de Arbitraje aprobada por el Decreto Ley n.° 25935, de fecha 7 de noviembre de 1992, debo señalar que en la Sección Primera se regulaba el Arbitraje Nacional, y en la Sección Segunda el Arbitraje Internacional, diferenciándose ambos procesos arbitrales en función a las controversias y a los árbitros.

1.2. Presentación de la segunda Ley General de Arbitraje (Ley n.° 26572)

La Ley n.° 26572 fue aprobada por el Congreso el 20 de diciembre de 1995, disponiendo que se publique y cumpla por la Presidencia de la República, lo que se hizo con fecha 3 de enero de 1996, publicándose en el diario oficial *El Peruano*. En su primera y única disposición final se derogó el Decreto Ley n.° 25935 y debido a ello, en la exposición de la trayectoria de la legislación especializada, está considerada como la segunda Ley General de Arbitraje, aplicable en nuestro país.

Como bien lo destacan los juristas Soto y Bullard,[1] «En un mundo globalizado y en una economía de crecimiento, el arbitraje ha irrumpido con un conjunto de reglas de juego eficientes para resolver conflictos, y que los inversionistas y agentes económicos esperan que las ventajas del Arbitraje se encuentren reflejadas y protegidas por la legislación arbitral como punto de partida y que la práctica arbitral en manos de los operadores del sistema sea favorable al desarrollo del arbitraje como correlato».

Dicha Ley n.° 26572 también está estructurada en dos secciones, la primera sobre el arbitraje nacional y la segunda sobre el arbitraje internacional, contando además con 11 disposiciones complementarias y transitorias, 3 disposiciones modificatorias y solo 1 disposición final, destacando que dicha norma legal fue de gran importancia por haber incorporado una regulación moderna que incentivó el incremento de un mayor número de arbitrajes por haberse regulado una solución de conflictos más rápida por la participación de la especialidad de los árbitros que resuelven los procesos en una sola instancia, salvo las excepciones por los recursos de anulación, y con mayor control de las partes sobre las reglas del proceso, dentro de un entorno con mayor autonomía privada que generó mayor seguridad a los inversionistas y agentes económicos, debiendo destacar además que esta Ley siguió el modelo de la Uncitral, que es la denominación sintética de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en español), la cual es una institución fundada en el año 1966 con el propósito de ayudar a la armonización y unificación del derecho mercantil en cuatro ámbitos: los

[1] SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2010, tomo II, p. 274.

contratos internacionales, los pagos, el arbitraje comercial y la legislación marítima, teniendo su sede en la ciudad de Viena (Austria).

1.3. La gestación de la actual normativa del arbitraje, contenida en el Decreto Legislativo n.° 1071

Mediante Resolución Ministerial n.° 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, el Ministerio de Justicia conformó una Comisión Técnica para la revisión de la Ley Arbitral n.° 26572 del 3 de octubre de 1996, la cual, después de un intenso trabajó, elaboró un «proyecto modificatorio» para ajustar aspectos centrales de la estructura arbitral vigente, que permitiera cerrar vacíos y corregir errores que favorezcan un desarrollo eficiente del arbitraje, y comprometer a los operadores del sistema a un mayor estudio y a una aplicación responsable de la legislación aplicable. Para esos efectos, los elementos o principios que inspiraron la propuesta de esta reforma de la Ley Arbitral n.° 26572, fueron los siguientes:[2]

a) Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndola de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndola como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para ello, se propuso fortalecer la defensa de la competencia de los árbitros, priorizar un control *ex post* del laudo por medio del recurso de anulación y evitar el uso de recursos o intervenciones *ex ante* del laudo con la finalidad de evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros.

b) Restringir la intervención judicial en determinados supuestos para facilitar el desarrollo del arbitraje como en el tema de la designación de árbitros y la resolución de recusaciones mediante una regulación que evite distorsiones o manipulaciones. En ese sentido, se propuso la participación de las cámaras de comercio para las designaciones residuales de los árbitros, y para la resolución de las recusaciones, en sustitución de los procesos judiciales que resultaban perjudicialmente extensos.

c) Mejorar la regulación de las correcciones, aclaraciones e integraciones del laudo e incluir un nuevo supuesto denominado «exclusión», para retirar del laudo aquellos extremos no sometidos a decisión de los árbitros.

d) Mejorar la regulación del recurso de anulación, teniendo en cuenta que si bien, en términos generales, ha sido bien comprendido en sus alcances por las cortes judiciales, solamente se ha detectado en los últimos años su uso inadecuado en algunos casos con el fin de mediatizar la eficacia del arbitraje.

e) Mejorar la regulación de las medidas cautelares para reforzar no solo las facultades de los árbitros en este aspecto, sino para evitar conflictos entre las medidas dictadas en sede arbitral con las dictadas en sede judicial.

f) Mejorar la regulación de la ejecución del laudo para favorecer su cumplimiento, debiendo solo suspenderse ante la pendencia del recurso de anulación en la Corte Superior, y siempre que se constituya una garantía adecuada.

Sin embargo, para los miembros de dicha Comisión Técnica, más allá de las reformas parciales propuestas, era claro que la Ley Arbitral n.° 26572 del 3 de enero de 1996 requería en el fondo una reforma aún mayor. Por ello, la Comisión conformó un grupo especial para que trabaje en la preparación de una reforma integral de la ley, la que entregó el «proyecto modificatorio» dentro del plazo conferido por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución Ministerial n.° 251-2006-JUS de fecha 23

[2] Ver la exposición oficial de motivos del Derecho Legislativo n.° 1071, contenida en el tomo II de los *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, pp. 277 y 278.

de junio de 2006, en la cual se dispuso su prepublicación en el portal web del ministerio, siendo pertinente destacar que la mayoría de los miembros de la Comisión, por propia iniciativa, siguió trabajando durante dos años el texto de la nueva ley, con la finalidad de ampliar las reformas parciales y adecuar nuestro marco legal con las tendencias internacionales más modernas en la materia.

El resultado de este trabajo es la nueva Ley General de Arbitraje, actualmente vigente, que es el Decreto Legislativo n.° 1071, la cual comprende 78 artículos, 14 disposiciones complementarias, 3 disposiciones transitorias, 4 disposiciones modificatorias, una única disposición derogatoria y 3 disposiciones finales, con la cual se espera consolidar el desarrollo de la práctica del arbitraje nacional y, al mismo tiempo, convertir al Perú en una plaza atractiva en la región para el desarrollo del arbitraje internacional en una normatividad unificada.

Como ya lo he mencionado, la nueva ley contiene 14 disposiciones complementarias, entre las que destacan la segunda, cuarta, sexta, sétima y décima. La segunda disposición permite que las instituciones arbitrales puedan celebrar convenios de la cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos. Así, por ejemplo, una institución arbitral podría suscribir acuerdos con los Registros Públicos a fin de certificar las firmas de los árbitros con la finalidad de inscribir decisiones arbitrales y así dar mayor eficacia a las decisiones. La cuarta disposición establece que en toda norma legal en la que se haga referencia a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión se entenderá también referido a un árbitro o a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y, obviamente, exista de por medio un convenio arbitral entre las partes, ello para evitar interpretaciones equivocadas de una serie de normas que hacen referencia a decisiones judiciales o recurrir al juez y que se pretenda entender como limitadas a la autoridad judicial ordinaria. La sexta y sétima disposiciones recogen dos supuestos especiales de arbitraje, los arbitrajes derivados de estatuto o pactos sociales y los arbitrajes derivados de testamentos o del acuerdo entre los sucesores. Finalmente, la décima disposición complementaria establece que las disposiciones procesales contenidas en la Ley de Arbitraje, respecto de cualquier actuación judicial, prevalecen sobre las normas del Código Civil Procesal Civil, en particular en cuanto a los supuestos de excepción de convenio arbitral, ejecución de laudo, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, entre otros.

Asimismo, la nueva Ley de Arbitraje contiene 4 disposiciones transitorias mediante la cuales se establece la aplicación en el tiempo de las normas de la Ley de Arbitraje del año 1996 y de la nueva legislación arbitral, así como se otorga a las instituciones arbitrales un plazo de adecuación de sus reglamentos al nuevo marco legal. Adicionalmente, contiene 4 disposiciones modificatorias, mediante las cuales se modifican algunos artículos del Código Civil, del Código Procesal Civil, tres artículos de la Ley General de Sociedades, que comentaré en el sucesivo rubro 2, y de la Ley de Garantías Mobiliarias, todas encaminadas a concordar dichos dispositivos con la nueva legislación arbitral.

Adicionalmente, la nueva Ley de Arbitraje contiene 2 disposiciones derogatorias y una disposición final, destacando aquellas que derogan la norma arbitral del año 1996, y disponen la entrada en vigencia de la nueva legislación para el 1 de septiembre de 2008, a efectos de posibilitar que todos los agentes económicos estén en aptitud de aplicarla plenamente.

Como bien se destaca en la obra jurídica citada,[3] la nueva Ley General de Arbitraje se justifica plenamente por el tránsito de una ley dualista a una ley monista que rige tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional, y con ello se estandariza el tratamiento arbitral acerca del arbitraje doméstico a los estándares internacionales. Asimismo, es necesario describir las principales disposiciones que, en razón de las circunstancias, solo serán aplicables al arbitraje internacional. Al respecto, es necesario indicar, en primer término, que el artículo 5 de la nueva ley mantiene, con ligeras precisiones, los supuestos establecidos en el artículo 92 de la norma arbitral del año 1996, para saber cuándo un arbitraje dentro del territorio nacional es un arbitraje internacional; sin embargo, en razón

[3] Ver la obra referida en la cita 1.

de las circunstancias, determinadas disposiciones solo serán aplicables al arbitraje internacional, siendo los principales artículos que serán de aplicación exclusiva al arbitraje internacional, los siguientes:

1) El artículo 5, que determina cuándo estamos ante un arbitraje internacional.

2) El artículo 2.2, que establece que cuando un Estado arbitre internacionalmente en el Perú no podrá invocar las prerrogativas de su derecho interno para sustraerse del arbitraje.

3) El artículo 13.7, que identifica las leyes aplicables para analizar la validez de un convenio arbitral.

4) El artículo 22, que establece que en los arbitrajes internacionales de derecho no es necesaria la calidad de abogado para ejercer el cargo de árbitro.

5) El artículo 57.2, que regula la forma de determinar la ley aplicable al fondo de la controversia.

Adicionalmente, corresponde identificar las principales disposiciones que se aplicarán, aun cuando el arbitraje se desarrolle fuera del Perú:

a) Los artículos 13, 14 y 16, que serán de aplicación en caso una parte que ha celebrado un convenio arbitral con sede fuera del Perú interponga en sede judicial peruana una excepción de convenio arbitral.

b) El artículo 45, que habilita la posibilidad de que el juez peruano colabore con la actuación de un medio probatorio, dispuesto por un tribunal arbitral extranjero.

c) Los artículos 74,75, 76, 77 y 78, que se aplicarán cuando se solicite en el Perú el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero.

En razón a lo expuesto, el Decreto Legislativo n.° 1071 es una norma moderna, con las últimas tendencias y desarrollos internacionales, que aspira a orientar un desarrollo eficiente del arbitraje en el Perú y en toda la región.

Finalmente, respecto al impacto en la legislación vigente, en nuestro país se han modificado las siguiente normas: el artículo 2058 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo n.° 295; el artículo 384 del Código Procesal Civil del Texto Único Ordenado, aprobado mediante Resolución Ministerial n.° 351-2004-JUS; el artículo 48; el cuarto párrafo del artículo 14; y el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades n.° 26887, que comentaré en el sucesivo rubro 2; y el artículo 48 de la Ley de Garantías Mobiliarias. Se ha derogado el segundo párrafo del artículo 1399 y el artículo 2064 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo n.° 295 y la Ley General de Arbitraje que fue aprobada por la Ley n.° 26572.

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE SOCIETARIO[4]

Mediante la tercera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 1071, se modificaron tres artículos de la Ley n.° 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), aprobándose redacciones sustitutorias de cada uno de ellos que pasaré a comentar a continuación en el mismo orden en que están ubicados en la mencionada disposición modificatoria.

[4] Modificación comentada por el autor en el tomo II de los *Contrato a la ley peruana de arbitraje*, obra citada en la cita 1, pp. 208 al 220.

Modifíquese el artículo 48 de la LGS, estableciéndose la siguiente redacción sustitutoria:

Artículo 48.- Arbitraje

«Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia».

De manera unánime, la doctrina y las legislaciones societarias reconocen al pacto social y a los estatutos como los instrumentos fundamentales que rigen la vida de las sociedades. Joaquín Garrigues[5] precisa que «la escritura pública es el acto generador de la sociedad, y el documento del negocio de constitución siendo los estatutos su complemento, el que se refiere al funcionamiento de la sociedad convirtiéndose en la norma constitucional de esta y que rige su vida interna con preferencia sobre las disposiciones de la ley que no tenga carácter coactivo».

En nuestra legislación, se establece en el artículo 5 de la LGS que las sociedades se constituyen por escritura pública en la que está contenido el pacto social, que incluye a su vez al estatuto y que para cualquier modificación de estos se requiere la misma formalidad.

En opinión de Sánchez Calero,[6] «la voluntad de los fundadores recogida en la escritura, no simplemente, amparándose en lo previsto en la ley, decide el nacimiento de una sociedad anónima, sino que además integra, por medio de un conjunto de cláusulas, contenidas en la escritura y en los estatutos, el ordenamiento jurídico con el fin de individualizar el régimen de la sociedad que se quiere fundar».

Es decir, si bien el pacto social y el estatuto social nacen de la voluntad de los socios fundadores y tienen una vocación de permanencia, pueden modificarse en el tiempo, dependiendo de las circunstancias.

Por otro lado, conforme al artículo 48 de la LGS[7] y su modificación, es potestad de los socios, por no ser una norma imperativa, sino más bien dispositiva, incorporar desde el principio en el estatuto un convenio arbitral obligatorio para resolver por arbitraje las discrepancias y controversias que se susciten. Asimismo, si no se hubiera considerado desde el inicio tal convenio, es perfectamente posible que a través de un acuerdo de modificación del pacto social o del estatuto adoptado con las exigencias y formalidades requeridas por la LGS, se incorpore dicho convenio arbitral con posterioridad a la constitución.

---

5 GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Séptima edición. Tomo I. México D. F.: Porrúa, 1984, p. 422.

6 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de derecho mercantil*. Vigésimo sexta edición. Vol. I. Madrid: MacGraw-Hill, Interamericana de España, 2004, p. 309.

7 El antiguo artículo 48 de la LGS señalaba lo siguiente: «No procede interponer las acciones judiciales contemplada en esta ley o en las de aplicación supletoria a esta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.
Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral».

De otro lado, la LGS, en su artículo 8,[8] le reconoce plena validez y eficacia a los convenios suscritos entre socios o entre estos y terceros a partir del momento que le sean debidamente comunicados a la sociedad y registrados por esta, siendo exigibles en todo cuanto le sea concerniente.

En mi opinión, independientemente del pacto social o del estatuto, nada impide que la totalidad de los accionistas titulares del 100 % de las acciones de una sociedad anónima, sin modificar el pacto social o el estatuto social, a través de un convenio a que se refiere el párrafo anterior, acuerden someter a arbitraje las controversias a que se refiere el artículo 48 de la LGS y que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos (debió decir directores), administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en la LGS. En mi opinión, además, nada impide que se incluyan otras controversias específicas no previstas en el artículo 48, como las que versen sobre materias relacionadas con las correspondientes actividades, fin u objeto social, las mismas que se encontraban incluidas en el artículo 12 de la LGA y han sido excluidas de la redacción de la sexta disposición complementaria, conforme hemos mencionado anteriormente.

Considero que tanto en la sexta disposición complementaria de la LA como en la actual modificación del artículo 48 de la LGS debió partirse de una expresa referencia a la figura de excepción o al carácter sui géneris del convenio arbitral estatutario, ya que a diferencia de los convenios arbitrales bilaterales autónomos formalizados a través de documentos independientes, en los cuales las partes están debidamente identificadas, así como están identificadas las relaciones jurídicas respecto de los cuales se han suscitado las controversias que son materia de arbitraje, o en las cláusulas incorporadas dentro de contratos de diferente naturaleza suscritos entre partes que también están debidamente identificadas, en los convenios arbitrales estatutarios incorporados, ya sea en el estatuto o en convenios entre accionistas, se advierten rasgos excepcionales que lo caracterizan y lo alejan del concepto ordinario del convenio arbitral regulado por el artículo 13 de la LA, siendo estos los siguientes:

a) No es posible identificar desde un inicio a las partes de una potencial controversia, ya que tanto los socios, accionistas, directivos y los administradores pueden cambiar en el tiempo.

b) Asimismo, tampoco es posible identificar las materias sobre las cuales versan las controversias en razón a que la actual modificación del artículo 48 de la LGS establece que a través del convenio arbitral se resolverán las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, los que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos, o la validez de los acuerdos, y para cualquier otra situación prevista en la LGS.

Adicionalmente, en el segundo párrafo del texto del artículo 48 se establece con mediana precisión que el convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. Adviértase que en el texto original del artículo 48 de la LGS se incluía «a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral», con lo cual al excluirlos se ha reducido los alcances del convenio arbitral societario, aunque siempre existe la posibilidad de hacer extensivo el convenio arbitral conforme a las reglas del artículo 14 de la LA.

De otro lado, como bien ya lo he señalado, el artículo 48 de la LGS no es una norma imperativa, razón por la cual la inclusión del arbitraje en el pacto social, en el estatuto o en un convenio de accionista es potestativa. Cabe señalar que una vez incluido, el convenio arbitral al pacto social o al estatuto[9]

---

8 Artículo 8 de la Ley General de Sociedades: «Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre estos y terceros a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.
Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dicho convenio y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron».

9 Sobre este temas ver artículo publicado por el suscrito en *Derecho comercial: temas societarios*, denominado: «El arbitraje estatutario en una sociedad mercantil: ¿siempre es más conveniente recurrir al arbitraje?». Tomo IV, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006, pp. 179--187.

este será de obligatorio cumplimiento tanto para la sociedadcomo para solucionar las controversias con sus propios accionistas, entre estos entre sí, o para los conflictos con sus administradores, por lo que no podrán interponerse acciones judiciales contempladas en la LGS. Por ello, si alguna de las partes involucradas en una discrepancia recurre a la vía judicial, a su contraparte le es posible deducir excepción de convenio arbitral contenida en el artículo 446 del Código Procesal Civil, la cual debe interponerse dentro del plazo previsto según cada vía procesal; sin embargo, si la contraparte no dedujera la excepción, se entenderá por renunciado su derecho a invocarla y quedará sin efecto alguno el convenio arbitral para el caso concreto.

Ahora bien, de una primera lectura del original artículo 48 de la LGS surgían dos interrogantes que suscitaban dudas: la primera era si, efectivamente, todas las acciones judiciales contempladas en la LGS debían ser tramitadas por arbitraje, incluso los procesos no contenciosos y ejecutivos; y la segunda, era si todas las pretensiones de terceros y acreedores contra la sociedad o contra los socios debían ser tramitadas a través de arbitrajes, teniendo en cuenta que la norma señala que el arbitraje era aplicable a la sociedad, a los socios, administradores, exadministradores y terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral.

Hoy, sin embargo, con la nueva redacción se ha dado solución a tales interrogantes y, por tanto, ya no surgen dudas en razón a que en el tercer párrafo del nuevo texto del artículo 48 expresamente se señala que el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios, siguiendo la misma tendencia impuesta en la sexta disposición complementaria, con lo cual cualesquiera que sean los motivos por los que se requiere la convocatoria, la solicitud deberá tramitarse mediante el proceso no contencioso y se encuentra, por lo tanto, fuera del alcance del convenio arbitral.

Respecto a la segunda interrogante relacionada con los terceros o acreedores, tampoco le son extensivos los alcances del convenio arbitral, al haberse excluido expresamente la posibilidad de que estos se sometan a la cláusula arbitral. Hoy, se ha consolidado en este tipo de arbitraje, el principio *res inter alios acta*.

Siguiendo las reflexiones sobre los terceros, al leer el original artículo 48, la misma norma nos daba una respuesta, pues el principal mecanismo a través del cual un tercero se encuentra sometido a la cláusula arbitral es cuando se incorpora como socio, y en la hipótesis de que después transfiera sus acciones, ejerza el derecho de separación, o sea excluido de la sociedad, etc., podrían surgir controversias derivadas de este hecho, o del periodo en el cual fue accionista. En estos casos, el socio pasa a la condición de tercero; sin embargo, se encuentra sometido al arbitraje estatutario. Elías Laroza[10] señala al respecto: «Cuando un nuevo socio se incorpora a la sociedad, se somete a las estipulaciones del estatuto y, en consecuencia, queda automáticamente adherido al convenio arbitral. Por lo tanto, las discrepancias o conflictos que se generen como consecuencia de la relación que éste mantenga con la sociedad y los demás socios, así como los actos que realice estando sujeto a las estipulaciones del estatuto y al convenio arbitral, se resuelve mediante arbitraje, aun cuando el socio hubiese dejado de serlo».

En mi opinión, hubiera sido preferible que el texto original del segundo párrafo del artículo 48 de la LGS, en el cual se incluía a los terceros que al contratar con la sociedad se sometían al convenio arbitral se hubiese mantenido, ya que de esa forma sería más amplio el espectro del arbitraje societario, permitiéndose que por propia voluntad, terceros no accionistas ni administradores pudieran ser partes" en los procesos arbitrales, en razón a haberse sometido expresamente al convenio arbitral societario.

Otra duda que surge de los alcances de la aplicación del convenio arbitral, y que aún no ha sido resuelta por la actual regulación, es aquella sostenida por el profesor Otto Sandrock,[11] al preguntarse

---

10 ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Trujillo, Perú: Normas Legales, 2000, p. 100.

11 Citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*. Septiembre del 2004. http:/macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa. htm

«[…] si un convenio arbitral suscrito por una compañía miembro de un grupo de compañías obliga o les da título a otros miembros de ese grupo no signatarios del convenio, queda como una cuestión abierta. Algunos laudos y algunas resoluciones judiciales relativas a este tema han contestado afirmativamente. Otros laudos y otras resoluciones judiciales han negado todo efecto vinculante —y el nacimiento de cualquier derecho— de un convenio arbitral suscrito solo por uno de los miembros del grupo de compañías en relación con los otros miembros de tal grupo. En doctrina, la respuesta a este problema es tan controvertida como en los dictámenes de los tribunales arbitrales y de las cortes judiciales».

Sobre el particular, De Trazegnies Granda[12] señala:

> el árbitro no solo debe tener en cuenta los hechos y las normas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino también un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de conflicto resulta de un acuerdo entre las partes y que, por lo tanto, no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a este Dicho en otras palabras, mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública, puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y, por tanto, puede pensarse que no podría rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral.

Además, este autor[13] agrega:

> […] por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. Desde el punto de vista de los terceros, el contrato —*ergo*, el convenio arbitral— se rige por el principio *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest*.
>
> Es en ese sentido que el artículo 1363 del CC prescribe que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En consecuencia, en tanto que el contrato que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario).

A pesar de ello, cabe resaltar lo establecido en el artículo 14 de la LA, según el cual los efectos del convenio se extienden a aquellos terceros no signatarios «cuyo consentimiento de someterse al arbitraje 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».

Sin duda alguna, el arbitraje es una excelente opción como mecanismo. de solución de controversias como una alternativa a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, debemos tener presente que a partir de abril de 2008 existe una jurisdicción comercial especializada en temas societarios, entre otros temas comerciales y, por ello, frente a cada caso concreto hay que plantearse como un dilema a resolver, qué es lo más conveniente para la sociedad, si un proceso judicial o un proceso arbitral y analizar las ventajas y desventajas que trae consigo cada una de las opciones.

> Modifíquese el cuarto párrafo del artículo 14 de la LGS, según la siguiente redacción:
>
> **Artículo 14 del cuarto párrafo**
>
> «El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las

12 *Ibidem*.
13 *Ibidem*.

> facultades de representación previstas en la Ley General de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario».

El último párrafo del texto anterior del artículo 14 de la LGS señalaba lo siguiente:

> **Artículo 14 de la Ley General de Sociedades**.- Nombramiento, poderes e inscripciones
>
> El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

Para el Poder Judicial, la antigua redacción del artículo 14 de la LGS resultaba ser una norma de connotación netamente procesal en cuanto se refería a la forma de conferir poderes para intervenir en los procesos judiciales; sin embargo, diferimos de esta opinión puesto que consideramos que se trata de una norma sustantiva ya que regula los nombramientos, las inscripciones, el efecto de estas y la manifestación de voluntad de los representantes facultados, y si bien el último párrafo del mencionado dispositivo (y con ello también la modificación) se refiere a las facultades procesales del gerente general, y guarda consigo alcances procesales, ello no la convierte en una norma procesal.

La antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesaria para someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral, generando así conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios de un representante para someterse a un arbitraje a la persona jurídica que representa.

Para solucionar este problema, nuestro legislador ha establecido en el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje,[14] una presunción *iuris tantum*, con la cual, con el solo nombramiento en el cargo de gerente general o de administrador de personas jurídicas, la persona que desempeña el puesto se encuentra facultada para obligar a la empresa a someterse a una controversia arbitral.

Así, pues, en un afán de unificar un solo criterio, tanto el artículo 14 como el artículo 188 de la LGS han sufrido una modificación sustancial para el desarrollo del arbitraje, a saber, reconocer la facultad del gerente general o de los administradores, por un solo nombramiento, para celebrar convenios arbitrales por la sociedad.

Es decir, mediante la modificación del artículo 14 de la LGS se recoge la presunción *iuris tantum* señalada en el artículo 10 de la LA, toda vez que con el solo nombramiento en el cargo de gerente general o como administrador de una persona jurídica, se les faculta a dichas personas a celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica o a representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna.

Todo parece indicar que con esta norma se ha recogido la práctica internacional, en la cual se presume que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan, por el solo hecho de ocupar dichos cargos, con las facultades para someter a arbitraje alguna cuestión o participar en un proceso arbitral.

Como se puede observar, esta facultad es otorgada a determinada persona por el solo hecho de ocupar el cargo de administrador, con la finalidad de que pueda desempeñar a cabalidad sus atribuciones con la persona jurídica.

---

[14] Decreto Legislativo n.° 1071
«Artículo 10.- Representación de la persona jurídica
Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje, cualquier comentario derivado de dichos contratos».

Por otro lado, es importante resaltar que si bien existe esta presunción, el artículo 14 de la LGS, al igual que el artículo 10 de la LA, establecen la posibilidad de que el estatuto de la persona jurídica contenga una disposición contraria o que el órgano correspondiente llegue a un acuerdo en sentido contrario.

De este modo, la modificación del artículo 14 de la LGS pretende subsanar y dejar atrás los conflictos de interpretación generados por la falta de pronunciamiento de la antigua Ley General de Arbitraje, ya que esta última no señalaba expresamente qué tipos de poderes eran necesarios para que una persona jurídica, a través de sus representantes, pueda someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral. Asimismo, se busca mantener el carácter flexible y autónomo del arbitraje, al no tener que basar nuestras interpretaciones en artículos de otras materias.

Cabe mencionar, sin embargo, que el referido artículo hace mención únicamente al gerente general y no a cualquier gerente. En ese sentido, cobra vital importancia lo regulado en el último párrafo del artículo 185 de la LGS, en virtud del cual si se nombran a varios gerentes debe indicarse en cuál o cuáles de ellos recae el título de gerente general. A falta de indicación se considera gerente general al designado en primer lugar.

> Modifíquese el inciso 2 del artículo 188 de la LGS según la siguiente redacción:
>
> Artículo 188 inciso 2
>
> «Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.
>
> Salvo disposición distinta del estatuto acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:
>
> […]
>
> 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley General de Arbitraje.
>
> […]».

Como lo hemos señalado al comentar la modificación del artículo 14 de la LGS, esta facultad resuelve una serie de conflictos de interpretación. Era efectivamente cierto que había un grupo de juristas que señalaban que las facultades de representación con las que contaba un gerente general o un administrador no resultaban ser suficientes como para obligar a la empresa que representaban a someterse una controversia a arbitraje.

En ese sentido, entre los argumentos señalados por este grupo tenemos los siguientes:[15]

a) En el artículo 167 inciso 3 del CC, el representante legal requiere de una autorización expresa para someter una controversia a arbitraje.

b) El sometimiento a arbitraje constituye un acto de disposición por el cual el representante renuncia a nombre de la sociedad a que el conflicto sea resuelto por la jurisdicción que le es natural, es decir, por las cortes ordinarias. En esa línea, siendo un acto de disposición requiere de autorización expresa.

c) Cuando los artículos 74 y 75 del CPC reconocen al gerente la facultad de someter a arbitraje, la norma se refiere a someter a arbitraje dentro de un proceso judicial. Por ello, esa facultad no puede extenderse al supuesto de plantear convenio arbitral fuera de un proceso ya iniciado.

---

15 Argumentos extraídos del artículo de GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Validez del sometimiento de una persona jurídica a arbitraje». En *Derecho & Sociedad*, n.° 23, pp. 199-204.

Sin embargo, existía otra posición, la cual manifestaba que resultaba totalmente absurdo limitar la actuación de los gerentes generales y/o administradores, y menos aún basándose en argumentos de corte civilistas con los cuales se perdía de vista la naturaleza del derecho comercial y, por no decirlo, del arbitraje mismo.

Las facultades que la sociedad les otorga a los gerentes generales guardan un fin, este es, desarrollar ágilmente el negocio encomendado. Por lo cual, al limitar su actuación con formalidades excesivas, se estaría perjudicando el normal desempeño del negocio en marca.

Como bien lo señala Bullard,[16] «celebrar convenios arbitrales es un acto ordinario de administración compatible con el objeto social de toda sociedad comercial. Incluso para pactar arbitraje para un caso que requiera autorización expresa del directorio o de la junta es suficiente la autorización para la celebración del acto, sin requerirse una autorización específica para incluir un convenio arbitral».

En consecuencia, estamos de acuerdo en considerar que la facultad de pactar un convenio arbitral proviene del hecho de participar en la vida económica de la sociedad, con la finalidad de cautelar tanto a la sociedad como a su patrimonio.

Asimismo, cabe recalcar también que el hecho de imponer una serie excesiva de formalismos genera en sí altos costos de transacción, los cuales no solo van en contra de la dinámica del derecho comercial, sino también de la flexibilidad que debe existir en un proceso arbitral.

Del mismo modo, para Bullard[17] «la consecuencia inmediata de entender el arbitraje como una institución contractual es que el gerente general tiene la facultad de negociar y celebrar cláusulas arbitrales, y por esa vía pactar en contra del mecanismo supletorio de solución de controversias, es decir, el mecanismo judicial. Y lo cierto es que dicho pacto en contra del mecanismo supletorio se funda en la libertad contractual que como gerente general y contando con la confianza de la junta general de accionistas puede ejercer el representante, lo cual alcanza no solo al convenio arbitral, sino a toda una serie de otras cláusulas contenidas en el contrato».

En este sentido, el gerente general o administrador es un cargo de confianza, el cual es designado por los socios o accionistas de la sociedad. Esta confianza depositada denota un alto grado de responsabilidad de parte del gerente o administrador a la hora de la toma de decisiones importantes para el negocio. Ahora bien, este grado de confianza permite que tanto el gerente como el administrador gocen de una serie de facultades a fin de desarrollar el negocio en marcha.

De acuerdo a la jurisprudencia[18] sentada por un tribunal arbitral del año 1996, constituido conforme a las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París, la oposición debía ser descartada teniendo en cuenta el principio del mandato presunto, el cual sostiene que quienes promovieron el arbitraje, celebraron el contrato de origen de buena fe, con lo cual se concluye que los terceros contratantes confiaron en que el representante con el cual trataban era, en efecto, el representante oficial de la empresa, hecho que el silencio de dicho representante confirmó.

En consecuencia, son los accionistas o socios quienes tienen la labor de nombrar a uno o más gerentes, y como tal, buscan en él una garantía de confianza, por la cual puedan sentirse seguros del manejo del negocio. Por lo tanto, los accionistas y/o los socios son quienes depositan en el gerente la confianza para el desarrollo de las empresas.

---

16 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje». En *Libro homenaje a Enrique Elías-Laroza*, pp. 199-204.

17 *Idem*, p. 18.

18 *Idem*, p. 13. Laudo arbitral extraído del tomo XXII del *Yearbook de la ICC*, p. 30 (1997). Citado por: CRAIG, PARK y PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera edicion. ICC Publishing, 2000, p. 47. En él se precisa el caso donde una sociedad comercial egipcia sostuvo que el arbitraje no debía continuar, porque el representante que actuó en nombre de ella no tenía facultades para aceptar un convenio arbitral, ya que, de acuerdo con el Código Civil egipcio, era necesario un poder especial para pactar arbitraje en nombre de la sociedad.

Ahora bien, cabe hacer una salvedad, si bien los accionistas y/o los socios depositan en el gerente la confianza necesaria para realizar las actividades de la empresa, son ellos también los mismos que pueden limitar su actuación, ya que como bien lo señala el artículo 188 de la LGS, esta presunción es *iuris tantum*, es decir que se puede demostrar lo contrario.

En tal sentido, considero que la precisión añadida en el artículo 188 de la LGS guarda una lógica práctica que caracteriza las actividades comerciales, ya que, de lo contrario, resultaría totalmente desventajoso tener que contar con una autorización especial para cada uno de los casos en donde se pretenda suscribir un convenio arbitral, más aún teniendo en cuenta que el gerente general se encuentra investido por facultades mínimas para la correcta administración del negocio. Por lo tanto, no cabe duda de que esta modificación trae consigo una mayor agilidad en las transacciones comerciales y, a la vez, constituye un gran avance, tanto para el área comercial como para el desarrollo del arbitraje.

3. RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS PARA EL ARBITRAJE SOCIETARIO

El 3 de noviembre del 2014, tuve la ocasión de participar como expositor en el I Congreso Nacional de Arbitraje «La justicia arbitral: retos y posibilidades», organizado por el Ministerio de Justicia y el Colegio de Abogados de Lima y en esa oportunidad hice un balance crítico sobre la justicia arbitral y lo hice ensayando un símil con el balance que, como se sabe, es un importante estado financiero, considerando en lugar de la columna del activo las fortalezas de la justicia arbitral, y en el lado del pasivo identifiqué las debilidades y tal como lo hacen los auditores, acompañan a su dictamen una carta de control interno, en la cual formulan sus recomendaciones y sugerencias respecto a la presentación del estado financiero, y siguiendo ese sistema, presenté algunas propuestas que, a mi entender, se deben seguir en el futuro para proteger y promover el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Las recomendaciones y sugerencias que en esa oportunidad formulé son las siguientes:

1) Aun cuando parezca una disposición impositiva, y que interfiere con la autonomía de la voluntad de las partes, me atrevo a sugerir que tratándose de arbitrajes ad hoc deberían establecerse legislativamente mecanismos para asegurar, acreditar o demostrar que estos procesos verdaderamente han existido y evitar de esta manera arbitrajes fraudulentos o inexistentes, en ese sentido, se podría regular una modalidad de registro de procesos arbitrales en trámite, con la indicación de quienes actúan como secretarios, para de esta forma identificar a los responsables en todos los aspectos concernientes a estos procesos, tales como emplazamientos, citaciones, notificaciones, traslados, archivos documentarios, infraestructura física, etc.

2) En la práctica, existen diversos centros de arbitraje que si bien están organizados y cuentan con la infraestructura y los recursos humanos respectivos, no están oficialmente reconocidos, para lo cual deberían establecerse a través de disposiciones legislativas especiales, los requisitos que deben reunir y acreditar para obtener algún tipo de reconocimiento oficial.

3) Se deben revisar, evaluar y calificar los padrones de árbitros que forman parte de los centros de arbitraje, y establecer requisitos mínimos para su admisión, como, por ejemplo, antigüedad en la profesión, grados académicos, especializaciones, etc.

4) Que se integre con mayor fuerza al arbitraje privado dentro del sistema general de la tutela de los derechos ya que en la realidad económica existen situaciones y conflictos jurídicos que no serán adecuadamente tutelados o resueltos si es que las partes no recurren al arbitraje por sus peculiares y particulares características, que lo han convertido en un interesante mecanismo de solución de controversias.

5) Una última recomendación a los abogados es el hecho de que, debido a la creación de la Jurisdicción Comercial en el 2005, se ha abierto un nuevo panorama, pues ahora ya existen

juzgados especializados en materias comerciales, razón por la cual ha surgido un dilema objetivo que debe resolverse respecto de las controversias que puedan surgir a efectos de decidir qué es lo más conveniente para resolverla: si iniciar un proceso arbitral en instancia única o un proceso en la jurisdicción comercial con doble instancia y con la posibilidad de ir en casación. No es el caso, en esta oportunidad hacer un balance comparativo respecto a las ventajas y desventajas de cada uno de los mecanismos de solución de controversias, ya sea la vía arbitral o la judicial, pues este es un tema muy interesante y que amerita por sí solo una exposición y debate, pero lo importante es que se tome conciencia de que el panorama es absolutamente distinto a partir del 2005 y todo dependerá de la naturaleza de la controversia. Únicamente a efectos de plantear el tema y tomar una decisión respecto al mecanismo que se debe seguir, en materia societaria planteo tres casos, a saber: i) controversias relacionadas con la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario; ii) controversias relacionadas con la impugnación de acuerdos de juntas de accionistas, con flagrantes trasgresiones legales y estatutarias relacionadas con el *quorum* y con las decisiones; y iii) controversias relacionadas con la ejecución de prestaciones u obligaciones de los socios frente a la sociedad o viceversa, que sean susceptibles de tramitarse en la vía de procesos de ejecución.

El caso es que si no existe convenio arbitral previamente establecido, ambas partes deberán tomar una decisión a través de alguno de los mecanismos permitidos por la ley y optar por el arbitraje o por el proceso judicial, y si hubiere un convenio arbitral, ambas partes podrían decidir la iniciación del arbitraje o renunciar a este de mutuo acuerdo a través de la suscripción de un convenio de resciliación.

4. REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

Sobre este rubro de cierre de tan interesante artículo, deseo referirme de manera sucinta a los comentarios de destacados juristas en el orden siguiente: 1) Juan Emilio Figueroa Reinoso; 2) Ulises Montoya Alberti; 3) Roger Vidal Ramos; 4) Frank García Ascencios.

4.1. Juan Emilio Figueroa Reinoso[19]

En su reciente libro del doctor Figueroa aborda en doce capítulos, importantes temas del derecho societario. En el capítulo V aborda el caso de la solución de conflictos en el ámbito societario «¿Arbitraje obligatorio?», y después de referirse, en primer lugar, a la autonomía de la voluntad en la solución de conflictos societarios y, en segundo lugar, referirse a la controversia sobre la aplicación del arbitraje en la solución de conflictos, aborda la experiencia del arbitraje en el derecho comparado, y consigna al final de su capítulo, una reflexión final en la cual considera que los únicos obstáculos son la ejecutabilidad del laudo y la onerosidad del arbitraje, no siendo nuevo lo primero, pues la vía judicial es sumamente efectiva ante la negativa de la parte vencida y se pueden ejercitar medidas que posibilitan la ejecución en rebeldía, siendo diferente el caso del arbitraje, en donde el cumplimiento está sustentado en la voluntad y responsabilidad del vencido al haber reconocido su derrota, sin perjuicio de que el laudo arbitral es un título de ejecución conforme lo establece el artículo 688 inciso 2 del Código Procesal Civil.

En opinión del mencionado jurista, la onerosidad es innegable, pues al ser el proceso arbitral más caro que el judicial, es evidente que el socio, presumiblemente minoritario pueda recurrir a la actuación judicial, a pesar de que la solución en este proceso será abrumadora, tediosa, larga y quizás no tan satisfactoria, pero esto sucede porque la vía arbitral es una excepción a la regla, y porque su uso no es popular ni regular, y si fuera al contrario, hubiese más solución de conflictos en la vía del arbitraje y los costos se reducirían, pues al haber mayor demanda la oferta decrecería.

---

19 FIGUEROA REINOSO, Juan Emilio. *Derecho societario corporativo. Análisis doctrinario, normativo y practico de los principales problemas societarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2024, pp. 113-115.

Al igual que el jurista Figueroa Reinoso, considero que la solución de conflictos societarios (cualquiera que sea su forma) debe estar siempre orientada a ser resuelta en vía arbitral, debiendo insistir en fomentar una cultura que establezca como obligatoria la inclusión de una cláusula arbitral en las constituciones de sociedades que obliguen a los socios, directores o gerentes y cuando se trate de contratos comerciales, que se incluya a los terceros, dejando solo en casos sumamente especiales el uso de la vía judicial, y solo así se podría lograr no solo resolver controversias con rapidez y eficacia, sino también reducir los costos del proceso arbitral al ampliar la demanda, más aún cuando esto forma parte de las buenas prácticas contenidas en el Código del Gobierno Corporativo vigente en nuestro país desde noviembre del 2013, el cual considera que el arbitraje debe ser utilizado como un medio de solución de las controversias que puedan surgir en las actividades de la sociedad. Dicho Código persigue el objetivo de que el arbitraje contribuya a generar una verdadera cultura de buen gobierno corporativo en el Perú que mejore la percepción de las sociedades por parte de los inversionistas, que promuevan el desarrollo empresarial, y que coadyuve con la generación de valor en la economía peruana.

4.2. Ulises Montoya Alberti[20]

En el resumen de su artículo denominado «El arbitraje societario», el doctor Montoya destaca que el artículo 139 de la Constitución Política considera al arbitraje como jurisdicción, siendo un medio alternativo al Poder Judicial de solución de controversias, el cual presenta ventajas en la solución de los conflictos en particular tratándose de relaciones comerciales, como la celeridad, la participación de árbitros especializados en la materia, privacidad, entre otras ventajas. Asimismo, el objetivo general es la evolución del marco legal de la solución de controversias en la actividad comercial y, en particular, del arbitraje como medio alternativo de dicha solución.

Respecto a la cláusula que se contenga en los estatutos de las sociedades, en ellas se puede establecer que los conflictos intrasocietarios (entre socios y entre estos con la administración, con el directorio, etc.) se resuelvan mediante el arbitraje, igualmente tratándose de conflictos intersocietarios. Para dicho jurista, el objetivo general es la evolución del marco legal de la solución de controversias en la actividad comercial y en particular del arbitraje como medio alternativo de dicha solución.

Las conclusiones consignadas en su artículo son los siguientes:

1) El arbitraje como un medio de resolución de controversias ha tenido un desarrollo importante en nuestro medio.

2) Frente a la justicia ordinaria, el arbitraje representa ventajas como la celeridad, confidencialidad, certeza y especialización.

3) La inserción de la cláusula arbitral en el estatuto de la sociedad requiere de una mayor difusión.

4) El nombramiento de los árbitros debe ser realizado conjuntamente por las partes, tanto en el caso del árbitro único como en el caso de un tribunal arbitral.

5) La cláusula societaria deberá precisar entre otros aspectos tales como si el arbitraje es *ad hoc* o institucional, de derecho o de equidad, el número de árbitros y la forma en que se designarán.

Finalmente, sus recomendaciones son las siguientes:

1) Difundir las ventajas del arbitraje y del arbitraje societario.

---

20 MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Arbitraje societario». En *Docentia et Investigatio*m, vol. 18, n.° 1, pp. 35-50.

2) Los cursos de arbitraje y conciliación deben ser obligatorios en las currículas de las facultades de derecho.

3) Se debe modificar la Ley de Arbitraje en el sentido de que las partes al designar a los árbitros lo efectúen en forma conjunta.

4.3. Roger Vidal Ramos[21]

Considero de singular importancia, respecto del artículo del doctor Roger Vidal Ramos, destacar sus conclusiones, las cuales textualmente son las siguientes:

- La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos, sin la presencia de conductas fraudulentas y de engaño que generen el incumplimiento grosero del pago. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar bienes y servicios, bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, la misma que se extiende a las empresas vinculadas o del «grupo empresarial o económico», generándose, en algunas ocasiones, relaciones comerciales con menor formalidad y respaldadas por la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa líder o «hermano mayor»; sin embargo, al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel ingresaría al inicio de un camino muy largo, donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será la negativa, rechazo e incluso de un silencio absoluto, marcando el inicio de un largo camino del litigio a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude en contra del pago de obligaciones dinerarias licitas.

- Asimismo, establece que la «La práctica contractual de la buena fe guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario. La buena fe permite perseguir y sancionar al contratante infiel trasladándole la carga económica a quien se aprovechó del beneficio de una prestación, sin haber pagado la contraprestación; bajo la función punitiva y limitativa, la buena fe permite al juzgador o árbitro rasgar el velo societario (nunca de oficio), a pedido de parte (pretensión) a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante el impago de obligaciones dinerarias».

- Adicionalmente, señala que todo acto con fraude incluye la presencia de mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro, la de eludir la normal aplicación de una ley imperativa o acuerdo contractual. El ordenamiento jurídico peruano sanciona (la conducta de mala fe, el fraude y el abuso contractual) y permite, bajo el paragua de la aplicación excepcional de la teoría del levantamiento del velo societario, generar la solidaridad del pago de obligaciones dinerarias.

- Finalmente concluye: «El derecho de defensa del no signatario deberá ser ejercido, sin ningún tipo de limitación, con aporte de probanza y bajo una diligencia procesal oportuna de la presentación de diversos recursos procesales (excepción, objeción o reconsideración), conforme a la estrategia diseñada por la defensa arbitral».

4.4. Frank García Ascencios[22]

En su libro sobre derecho arbitral el mencionado autor se dedica a comentar y analizar el arbitraje societario y en el referido artículo hace una interesante noción sobre el arbitraje en general, sobre el

---

21 VIDAL RAMOS, Roger. «La teoría del levantamiento del velo societario su vinculación con la parte no signataria y la buena fe en el arbitraje comercial». En *Panorama actual del arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2021, pp. 215-280.

22 GARCÍA ASCENCIOS, Frank. Derecho arbitral. Arequipa: Adrus, 2013, pp. 303-341.

convenio arbitral y su regulación, y luego de ello ingresa al arbitraje societario, describiendo su regulación, la experiencia societaria con respecto a los convenios arbitrales y sobre las modificaciones de la LGS que ya las he comentado en los rubros 1 y 2 precedentes, y lo que considero importante es su evaluación frente a cada caso concreto, si se debe acudir al Poder Judicial ya que conforme lo he comentado, se ha modernizado la legislación societaria especializada, o al Arbitraje como mecanismo o modalidad de solución de controversias, y frente a dicha controversia, una de las principales ventajas del Arbitraje frente al Poder Judicial fue la especialización de los árbitros, no obstante que en la actualidad existe juzgados y salas especializadas en materias comerciales, razón por la cual se suele opinar que en la actualidad también hay justicia societaria en el Poder Judicial.

En opinión del doctor García Ascencios, para hacer un adecuada evaluación si conviene acudir a un proceso judicial o a un arbitraje, debe observarse en que tipo de vía se resolverá la controversia, ello pues en algunos supuestos que son muy claros y precisos, las controversias podrían ser resueltas con celeridad en la vía judicial. Es pertinente tener en cuenta que las controversias sobre materia societaria se resuelven en procesos de conocimiento, procesos abreviados, procesos de ejecución y procesos sumarísimos y, por lo tanto, también se resuelven a través de una justicia especializada y por ello es necesario que un especialista en la materia asesore a la sociedad sobre el tiempo que llevará cada proceso en la vía judicial, siendo, sin duda, lo más céleres, los cursados en la vía sumarísima, información que es de gravital importancia, pues con ella los administradores decidirán si se debe acudir al arbitraje, o si es mejor iniciar un proceso en la vía judicial.

Algunas ventajas que tiene el arbitraje frente al Poder Judicial son la confidencialidad y en materia societaria, la predictibilidad de los jueces comerciales respecto a ciertas controversias. Es por ello que aparte de la especialización y el costo, los administradores de la sociedad también deben evaluar si desean gozar de confidencialidad y con la predictibilidad de las sentencias en materia societaria.

Finalmente, dicho autor precisa que el arbitraje ha tenido un crecimiento vertiginoso en los últimos años, lo cual se ha reflejado en las modificaciones que se han realizado en la LGS, las cuales tuvieron como objeto mejorar la aplicación del arbitraje societario en el país. Así, se solucionó la problemática sobre los efectos de la celebración del convenio arbitral por parte del gerente general, que ahora por ley si tiene la competencia para obligar a la sociedad a someterse a un arbitraje, lo cual es una presunción *iuris tantum*.

A pesar de las ventajas del arbitraje societario, en opinión el doctor García de ninguna manera puede afirmarse que siempre es mejor acudir a esta vía, ya que con antelación debe evaluarse si en el Poder Judicial se puede resolver tales controversias con celeridad. Además, debe considerarse que el arbitraje es un medio de solución de conflictos oneroso y, de igual modo, en materia societaria hay mayor predictibilidad sobre las sentencias, no ocurriendo lo mismo en los laudos arbitrales, los cuales pueden ser totalmente diferentes, dependiendo esto de la composición de cada tribunal arbitral, concluyendo que a pesar de que se reconoce las ventajas del arbitraje frente al Poder Judicial, ello no debe llevar a pensar que siempre se debe acudir a esta vía alternativa de resolución de conflictos, porque dependerá de la casuística, por lo que la sociedad debe contar con un asesor en estos temas que permita que el gerente general o los administradores puedan tomar una decisión eficiente a beneficio de la sociedad.

5. CONCLUSIONES

Desde el año 1993, con la creación del Centro de Arbitraje de la Cámara Comercio Lima, tuve el privilegio de ser considerado miembro del primer grupo de árbitros para ser designado en los procesos arbitrales en las ocasiones en la que correspondía contribuir a la integración de los tribunales y progresivamente se fueron creando otros centros de arbitrajes, de los cuales en algunos de ellos fui invitado a pertenecer.

Con relación al arbitraje societario, que es un tipo especial y en mi opinión, sumamente interesante, he considerado necesario en esta oportunidad elaborar un artículo que, como se podrá apreciar,

lo he dividido en cinco rubros, el primero de ellos sobre la gestación de la regulación del arbitraje como modalidad de solución de controversias en lugar de la vía judicial; el segundo sobre la evolución de la normatividad aplicable al arbitraje societario; el tercero sobre las recomendaciones y sugerencias para el arbitraje societario; el cuarto donde formulo unas reflexiones complementarias y finales, recurriendo a cuatro destacados juristas como son Juan Emilio Figueroa Reynoso, Ulises Montoya Alberti, Rober Vidal Ramos y Frank Garcia Ascenso, pues he considerado muy importante recoger sus posiciones y considerarlas como parte integrante de dicho rubro.

Como cierre del artículo, que denomino simplemente «Conclusiones», destaco que es la ocasión y oportunidad para tener presente que conforme trascurre el tiempo y con la utilización del arbitraje societario como mecanismo de solución de controversias, siempre será necesario reflexionar y elaborar algún artículo adicional que sea reflexivo y complementario en relación con la praxis arbitral, con la regulación actualmente vigente y con las propuestas de modificación.

El arbitraje en la nueva Ley de Contrataciones del Estado

Gonzalo García Calderón Moreyra[*]

El arbitraje en materia de contrataciones con el Estado tiene una larga data en el Perú con resultados bastantes positivos. En efecto, desde hace más de 25 años, en concreto desde la Ley n.° 26850, promulgada el 30 de julio de 1997, el arbitraje regula las controversias que se generen respecto de conflictos respecto a cualquier divergencia en las obras o adquisiciones de bienes y servicios que realiza el estado peruano.

De esta manera el Estado, entendido como los gobiernos locales, gobiernos regionales y el Gobierno central, se aparta de la jurisdicción ordinaria y somete las divergencias que nazcan de dichos contratos a la esfera arbitral, al considerar que esta institución, nacida del ámbito privado, brinda la celeridad requerida y la eficiencia que se espera en la solución de conflictos donde se encuentra en juego muchas veces temas de infraestructura necesaria para el bienestar de la población al igual que la adquisición de bienes y servicios.

Hace unos años escribí un artículo conjuntamente con el Dr. Alberto Molero (en la revista *Arbitraje PUCP*, septiembre de 2012, pp. 167 a 180), a propósito de diversas modificaciones efectuadas a la ley de contrataciones de ese entonces, denominándolo «Entre la cura y la enfermedad» y concluíamos que si bien las modificaciones tienen la intención de optimizar y darle mayor eficacia y seguridad a los fallos arbitrales, así como procurar un mejor desempeño de los árbitros en la aplicación de la normatividad y en los demás aspectos de su labor como gestores de conflictos, nos dejaba la sensación que las modificaciones, es decir, la cura había sido peor que la enfermedad. Algo similar ocurre con esta nueva Ley.

A partir de la Ley n.° 26850, el arbitraje se ha extendido a materias en donde el Estado ha necesitado celeridad como el caso de las expropiaciones, dictándose la Ley n.° 27117, Ley General de Expropiaciones de fecha 19 de mayo de 1999, la cual permitió el desarrollo de obras de infraestructura muy importantes tal como la ampliación del aeropuerto Jorge Chávez, por citar alguna, arbitraje en materia de consumo, o arbitraje en materia de salud, entre otras

La ley originaria en materia de contrataciones ha sufrido varios cambios a lo largo de estas últimas décadas de vigencia, siendo la última norma publicada la Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Publicas, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2024, la misma que deroga a la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

El presente artículo tratará sobre las principales características del arbitraje a la luz de la nueva norma promulgada.

Qué duda cabe que el Estado tiene la obligación de satisfacer los servicios básicos de la sociedad y para ello debe procurar proveer de los mejores servicios tanto en materia educativa, de salud, de justicia, de infraestructura, etc. Para lograr ello debe llevar adelante un procedimiento de selección y optar por la mejor alternativa que satisfaga los requerimientos que se buscan lograr, por lo que es necesario reglamentar los requisitos para postular dentro de un libre acceso de los postores, con igualdad de trato, dentro de un mecanismo de transparencia del mercado que culmine con la adjudicación de la obra, el bien o el servicio.

---

[*] Abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima. Catedrático en diversas universidades del Perú, tanto públicas como privadas. Árbitro internacional y nacional.

Durante la ejecución contractual puede ocurrir que surjan divergencias entre el Estado contratante y el ganador de la buena pro, sea respecto a los alcances del contrato, sea en razón de la interpretación del mismo o incluso sobre la validez o no del contrato suscrito.

Es por ello que, todos los contratos en general deben contar con una cláusula de solución de conflictos y en materia de contrataciones con el Estado se establece en la norma, de manera obligatoria, su incorporación al momento de la suscripción del contrato.

Por motivos de espacio de este artículo no trataré de la conciliación ni de la junta de resolución de disputas mencionadas en la nueva ley y solo me referiré al arbitraje como el medio de solución de controversias elegido por el Estado peruano como el idóneo para la resolución de conflictos entre contratante y contratado.

El Estado peruano ha optado por el arbitraje de derecho no aceptando el arbitraje de conciencia o equidad, así como ha optado por un arbitraje institucional para arbitrajes cuya cuantía sea mayor a 10 unidades impositivas tributarias, limitando el arbitraje *ad hoc* para cuantías inferiores. Señala además que cualquier arbitraje, sea nacional o internacional, deberá llevarse en idioma español y debe iniciarse antes de los plazos de caducidad señalados en la ley. Por último, señala que, de preferencia, quien resuelva la controversia será un árbitro único, salvo pacto en contrario en cuyo caso serán tres árbitros.

En cuanto a los arbitrajes internacionales, estos solo se podrán pactar si la controversia supera las 20 000 unidades impositivas tributarias y el contratante domicilia en el exterior. En estos casos el centro podrá estar fuera del territorio nacional y no estar inscrito en el Regaju.

CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, el cual en el arbitraje privado es la piedra angular, en la medida que es la expresión de la voluntad de las partes de sustraerse del Poder Judicial que debe manifestarse de manera indubitable, en el arbitraje con el Estado este se da mediante la figura de un sometimiento forzoso, ya que el contratante al momento de presentarse a concurso acepta determinadas condiciones previas —establecidas por la Ley General de Contrataciones Públicas— tales como la cláusula arbitral. Lo interesante en esta propuesta legislativa es que en el convenio arbitral debe constar el nombre de la institución arbitral que administrará u organizará el arbitraje, debiendo dicha institución, estar inscrita en el Registro de instituciones arbitrales Regaju con inscripción vigente.

La pregunta lógica es ¿cómo se elige el nombre de la institución en el convenio arbitral del contrato que administrará u organizará el conflicto?

La entidad pública, al momento de publicar las bases en el procedimiento de selección, debe incorporar una lista de instituciones debidamente inscritas en el Regaju sobre las cuales el postor ganador al momento de suscribir el contrato elegirá una de ellas y de no hacerlo será la entidad la que lo haga de la lista originalmente señalada en las bases.

ÁRBITROS

La ley ha establecido una serie de exigencias para actuar como árbitro. La primera es que se debe estar dentro de la nómina de una institución arbitral debidamente inscrita en el Regaju y para ser designado árbitro único o presidente de un tribunal arbitral, además de estar en la nómina de una institución registrada, se debe cumplir con el requisito de conocer de derecho administrativo, derecho en materia de contrataciones del Estado y derecho arbitral.

¿CÓMO SE PRUEBA ESTE CONOCIMIENTO?

Debe acreditarse cada especialización con estudios concluidos de maestría o doctorado en materias relacionadas, cursos o postgrados brindados por universidades o colegios profesionales, o acreditar docencia universitaria en dichas materias como mínimo dos años o cuatro semestres o 240 horas académicas.

Es un error del reglamento de la ley (Decreto Supremo n.° 009-2025-EF) no haber considerado la experiencia de personas naturales que ya han ejercido el oficio de árbitros en años anteriores, exigiéndoles nuevamente un tema de probanza académica.

En caso de que las partes designen a un árbitro que no esté en la nómina de dicho centro o institución señalada en el convenio arbitral, el árbitro así designado deberá estar en la nómina de otro centro acreditado. Dicho árbitro deberá ser confirmado por el centro que administrará el arbitraje. De no confirmarlo deberá motivar dicha decisión, la cual podrá ser impugnada por el árbitro ante el órgano superior de la institución arbitral.

Este párrafo es sumamente peligroso y lamentable. Nunca en la historia del arbitraje nacional se ha dado una norma que incluya o permita la apelación en cualquier estadio de la institución arbitral.

El reglamento antes citado incorpora la figura de la apelación para aquel árbitro que no es confirmado por una institución debidamente inscrita y que cuenta con la aprobación respectiva, generando una demora innecesaria, complicando el inicio del proceso arbitral, propiciando una incertidumbre en las partes y en la institución arbitral que es la encargada de velar por el mejor desarrollo del arbitraje en beneficio del proceso y de las partes.

En efecto el artículo328.3 del reglamento señala: «Las partes pueden proponer árbitros distintos a los que forman parte de las nóminas de la institución arbitral elegida, siempre que formen parte de las nóminas de una institución arbitral que se encuentre en el Regaju, en cuyo caso la institución elegida por las partes puede confirmar o no la designación efectuada por las partes, motivando su decisión. Dicha decisión únicamente puede ser impugnada por el árbitro ante el órgano superior de arbitraje de la institución arbitral».

Este último párrafo del artículo antes glosado es absolutamente desolador, es la demostración del desconocimiento del legislador del funcionamiento básico y elemental de los principios del arbitraje internacional y de los principios que han regido el arbitraje en los últimos treinta años en el Perú.

La confirmación deja a salvo la honra de la persona no confirmada, no es una recusación, es simplemente que el centro de arbitraje al cual las partes le han delegado la función de organizar de la mejor manera el arbitraje considera que para ese caso particular, con esas partes y en esas circunstancias, ese árbitro en concreto no es conveniente en ese momento. Es abrir una puerta peligrosa para que una persona pueda torpedear el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

Hay más por decir. Por ejemplo, qué sucede si el árbitro no confirmado apela y la parte que lo designó procede a designar a otro árbitro, en la medida que considera que esa apelación dilatará el inicio del arbitraje. ¿Será lógico que podamos concluir que la apelación del árbitro no confirmado carece de objeto y debe darse por concluido el proceso de no confirmación? ¿Se produjo la sustracción de la materia? Yo creo que sí.

RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Sin duda, la recusación de los árbitros es una herramienta o un recurso que permite a las partes tener la tranquilidad de contar con neutrales en el desarrollo de las actuaciones arbitrales y para ello los árbitros están obligados a presentar una declaración jurada y revelar cualquier circunstancia que pueda

poner en duda su imparcialidad o independencia durante toda la duración del proceso. Esta declaración debe abarcar un periodo no menor a los cinco últimos años,

Qué duda cabe que el árbitro que acepta el encargo de desempeñarse como tal debe contar con el tiempo, la dedicación suficiente y el conocimiento de la materia controvertida, y debe evitar cualquier contacto con las partes o sus abogados no manteniendo ninguna relación profesional o personal o de índole comercial.

Las causales de recusación en el arbitraje son abiertas, es decir, la Ley de Arbitraje que gobierna conflictos entre privados, el Decreto Legislativo n.° 1071, establece de manera general que cualquier persona que acepte el encargo debe permanecer, durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, independiente e imparcial, no estando tipificadas cuales deben ser aquellas causales por las cuales un árbitro debe ser apartado del proceso.

En el reglamento de la ley bajo comentario se establecen en el artículo 340.1 diversas causas: la primera referida a impedimentos para ejercer el cargo de árbitro, más que un remedio vía el recurso de recusación como tener algún cargo especifico o ser funcionario público y, como consecuencia, estar impedidos para actuar como árbitro como, por ejemplo, los ministros, parlamentarios, fiscales o magistrados, los ejecutores coactivos, procuradores públicos, los funcionarios del OECE hasta seis meses después de haber dejado el cargo, quienes tengan antecedentes penales, entre otros impedimentos

Luego ya viene propiamente las causales de recusación como cuando incumplan su deber de revelación o cuando existan dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia que no haya sido excusada por las partes.

Se incorpora un inciso interesante a efectos de evitar recusaciones recurrentes, maliciosas o frívolas al establecer que no se podrá recusar al mismo árbitro por una de las partes más de tres veces dentro de un determinado proceso.

Otra incorporación burocrática introducida por la norma es que la institución arbitral que administra el arbitraje —dentro de los diez días hábiles siguientes de constituido el árbitro único o el tribunal arbitral— debe registrar en el Pladicop los nombres y apellidos completo de los árbitros y del secretario arbitral, así como aquellos que los sustituyan bajo responsabilidad del centro, es decir, sujeto a las sanciones que el propio reglamento establece.

Con las disculpas del caso por criticar tanto la normatividad en materia de arbitraje en la Ley General de Contrataciones, pero el artículo 342 del reglamento incorpora una norma ajena al arbitraje y afín al Poder Judicial como es la figura del *abanono* del arbitraje. En efecto, precisa la norma que «Si cualquiera de las partes que haya presentado pretensiones no realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro meses, se declarará el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. El abandono es declarado por el árbitro único o por el tribunal arbitral bajo responsabilidad, con la simple constatación de la falta de impulso por la parte demandante».

Nuevamente, el desconocimiento de la institución arbitral lleva a incorporar categorías jurídicas alejadas del marco de los principios que el arbitraje pregona a nivel internacional y que el Perú hace suyo dentro del marco del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de arbitraje privado, siguiendo la Ley Modelo de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional.

MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 85 de la Ley establece reglas generales aplicables a las medidas cautelares, tanto en sede judicial como en sede arbitral.

En efecto, señala que será competente para resolver solicitudes cautelares —antes de que se constituya el tribunal arbitral— el juez en la especialidad comercial o, de no existir juez comercial, el juez civil del domicilio establecido en el contrato de la entidad contratante en la medida que no esté pactado el árbitro de emergencia en el convenio arbitral suscrito entre las partes y este se encuentre establecido en el reglamento de la institución que las partes han incorporado como institución organizadora del arbitraje.

Esta institución denominada árbitro de emergencia es una figura no contemplada en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071). La norma bajo comentario señala que será una causal de nulidad de las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial si se viola el principio de competencia territorial de los jueces.

A diferencia de las medidas cautelares en procesos regulados por el Código Procesal Civil, en donde las medidas cautelares son *inaudita altera pars*, es decir, sin conocimiento de la parte contraria, la norma precisa que el juez debe correr traslado de la medida cautelar a la contraparte

Precisa además que no proceden medidas cautelares destinadas a impedir paralizar o retrasar el inicio o continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, así como la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial.

Es necesario señalar que el Decreto Legislativo n.° 1071 desarrolla con mucho acierto el tema de las medidas cautelares, por lo que el legislador ha señalado la aplicación supletoria de dicha norma.

Una vez constituido el tribunal arbitral, la colaboración judicial mediante la tramitación de la medida cautelar en sede judicial debe finalizar de inmediato, asumiendo competencia el tribunal arbitral en el estado en el que encuentre el proceso, pudiendo los árbitros dejar sin efecto, modificar, sustituir la medida cautelar ordenada por el juez.

La evaluación por parte del juzgador de la solicitud de la medida cautelar, entendida como la revisión del peligro en la demora, la verosimilitud del derecho invocado debe ir acompañada de una contracautela que el juez y/o el árbitro están obligados a revisar como requisito de admisibilidad de la validez de la medida que se pretenda otorgar.

Sin embargo, la contracautela es una exigencia para el contratista no para la entidad. Tratamiento desigual entre iguales.

En efecto, el contratista que solicite una medida cautelar está obligado a ofrecer una contracautela en favor de la entidad contratante. Será posible una caución juratoria en caso de contrataciones menores de 200 UIT, en los demás casos será necesaria una carta fianza solidaria, incondicional irrevocable y de realización automática bajo responsabilidad de las entidades del sistema financiero que las emitan y bajo sanción de nulidad de la medida cautelar dictada

LAUDO ARBITRAL

Los laudos arbitrales, así como los laudos adicionales —entendido como el laudo integrativo, aclaratorio o interpretativo— deben notificarse a las partes mediante el Pladicop, para lo cual será responsable el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral registrar dichas decisiones en la plataforma antes mencionada, dentro de los 10 días siguientes de haberse emitido dichas decisiones. Esta infracción de los árbitros, sin duda, acarrea una sanción por parte del ente rector del arbitraje del Estado.

Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento produciendo efectos de cosa juzgada. Se establece que todo laudo debe ser motivado, sin que sea posible pactar en contrario.

En el Perú es usual que el Estado no sea muy cumplido al momento de honrar un laudo arbitral. Es por ello que la norma ha establecido que el pago que se le reconozca al contratista deberá efectuarse

dentro del plazo establecido por el laudo arbitral y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato sin establecer sanción por no hacerlo.

Se ha incorporado una nueva causal de anulación de laudo, además de las señaladas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje al haberse establecido en el artículo 76.2 de la ley que todas las controversias se deben resolver dentro del marco de la Constitución Política del Perú, de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, debiendo mantenerse este orden de preferencia en la aplicación del derecho aplicable, siendo esta disposición de orden público. En sencillo, cualquier violación de este orden de prelación acarreará la nulidad del laudo arbitral por violación del orden público.

El orden público es una institución cuyo contenido es cambiante y mutable. La doctrina la considera como aquellos principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, siendo que se encuentra regulada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil el cual señala: «Es nulo el acto jurídico contario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

ANULACIÓN DE LAUDOS

Nuevamente, tratamiento desigual de la ley en la medida que para interponer el recurso de anulación de laudo se le exige al contratista que debe entregar una carta fianza solidaria, irrevocable, incondicionada y de realización automática a primer requerimiento y sin beneficio de excusión con una vigencia no menor a seis meses, debiéndola renovar durante el desarrollo del proceso. El monto dinerario de la carta fianza debe ser del 25 % del valor de la suma que ordena pagar el laudo.

Si el laudo es declarativo o no es valorizable en dinero, el monto de la carta fianza por parte del contratista será del 3 % del valor del contrato

La norma señala que las entidades del sector público pueden iniciar la acción de nulidad de laudo si cuentan con una resolución autoritativa del titular de la entidad mediante resolución motivada bajo responsabilidad funcional. Esta autorización es solo responsabilidad del titular del pliego, siendo indelegable. Para ello se deberá efectuar un análisis costo-beneficio respecto a los recursos que se requieran para la defensa ante el Poder Judicial, las posibilidades de éxito entre otros.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS JUNTAS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS RESPECTO DE DECISIONES DE ÍNDOLE TÉCNICA

Ricardo Rodríguez Ardiles[*]

1. INTRODUCCIÓN

Las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas - JPRD, han adquirido dentro de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.° 32069 y disposiciones reglamentarias y complementarias, una relevancia especial al haberse extendido su accionar además de los contratos de obra, a los contratos de suministros y haberse establecido, de manera explícita competencia para resolver controversias, no solo de índole contractual sino técnica, emitiendo para el efecto decisiones, las mismas que son obligatorias y de inmediato cumplimiento (artículo 79).[1]

Como bien se asume, las referidas JPRD (anteriormente denominadas Juntas de Resolución de Disputas - JRD), de carácter obligatorio en los contratos de obras cuyos montos sean iguales o superiores a S/ 10 000 000 (diez millones y 00/100 soles); siendo facultativos para contratos cuyos montos sean inferiores, constituyen un mecanismo, dentro de las opciones que permite la legislación para la resolución de controversias, que tiene por objeto primordial prevenir y en su caso resolver «eficientemente»[2] las disputas que se susciten durante la ejecución de un proyecto, de manera inmediata y expeditiva, a efectos de evitar que el proyecto se detenga pudiendo para el efecto adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar tal propósito.

La norma reglamentaria, aprobada por Decreto Supremo n.° 009-2025-EF, explicita con mayor detalle la referida competencia al determinar que las JPRD, están facultadas «para conocer y decidir toda discrepancia, desacuerdo y/o controversia que surja entre las partes de contenido contractual o técnico durante la ejecución contractual, desde el inicio del plazo de ejecución contractual hasta la entrega o el pago final para suministro, recepción total en el caso de obras, según corresponda, incluyendo aquellas que surjan de prestaciones adicionales aprobadas por la entidad contratante, salvo aquellas excepciones previstas en el numeral 76.3 del artículo 76 y el numeral 79.3 del artículo 79 de la Ley. Asimismo, también puede someterse a la JPRD la liquidación de obras en caso sea así determinado en la estrategia de contratación, para lo cual se puede suscribir una adenda al contrato tripartito en caso surja una controversia en dicha etapa».

No cabe duda, por tanto, que las funciones de la JPRD son amplias y con un objetivo determinado, la conclusión del proyecto, extremo que, sin embargo, cuando se le ha conferido la competencia

---

[*] Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Árbitro y adjudicador de los principales centros del país. Se desempeña como miembro del Consejo Superior del Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Ha sido vocal del Tribunal de Adquisiciones y Contrataciones del Estado y gerente general de la Cámara Peruana de la Construcción. Fue condecorado con la medalla Árbitro en Derecho por el Colegio de Abogados de Lima.

[1] Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas
«Artículo 79. Competencia de la junta de prevención y resolución de disputas
79.1. La junta de prevención y resolución de disputas promueve que las partes logren prevenir o resolver eficientemente las controversias surgidas en contratos de suministro y de obras de acuerdo con lo establecido en el reglamento.
79.2. La junta de prevención y resolución de disputas tiene competencia para las siguientes acciones:
a) Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual o técnico.
b) Resolver controversias técnicas y contractuales.
c) Otras establecidas en el reglamento.
79.3. La junta de prevención y resolución de disputas resuelve controversias a través de decisiones. No puede conocer controversias relativas a la validez, nulidad, o eficacia del contrato. Sus decisiones son obligatorias y son de inmediato cumplimiento».

[2] Precisión de la norma citada artículo 79 de la ley.

para resolver controversias de índole técnica, podría generar consecuencias relativas a la responsabilidad respecto de la obra.

De este último extremo nos ocuparemos en el presente artículo.

2. DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS Y CALIDAD DE LA OBRA

En la ya referida Ley General de Contrataciones Públicas, respecto de los contratos señala que «son acuerdos celebrados entre una entidad contratante y un proveedor, con el fin de asumir obligaciones recíprocas para abastecer a la entidad contratante de bienes, servicios u obras». Restringiendo el concepto, afirmaremos que el contrato de obra por tanto, constituye un acuerdo por celebrado por una entidad contratante y un contratista (proveedor) con el fin de asumir obligaciones recíprocas para entregar a aquella una obra.

En el Perú es tal vez el tipo de contrato y sistema de entrega de obra más empleado, el de «solo construcción», esto es, «se contrata solo la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado. La responsabilidad del contratista corresponde al componente que ejecuta. La entidad contratante es responsable de los errores o deficiencias del expediente técnico» (artículo 158.1 inciso a del reglamento). No nos ocuparemos de los otros tipos, por cuanto la responsabilidad varía, según el caso.[3]

Sobre dicho extremo, tal pareciera que no existiría posibilidad de controversia técnica, ya que la entidad es responsable del expediente técnico y de sus errores y defectos, mas ello no es pacífico, dependiendo del alcance que deseemos brindar a esas palabras «controversia técnica».

Law Insider define «Controversia técnica. Es la controversia que versa sobre un hecho o acto concreto, cuya dirimencia o resolución depende de la exclusiva aplicación de normas, reglas, criterios, conceptos y/o parámetros de carácter estrictamente técnicos, planes de Estudio de Impacto Ambiental o de seguridad y salud ocupacional».[4]

Así conceptualizada, su amplitud permite incluir dentro de la misma cualquier aspecto del cual el contratista no tenga concordancia con los extremos que se han fijado dentro del expediente técnico y que pueda dar lugar a un cambio o modificación de este, o a una consulta específica que ha sido formulada y de la cual se ha recibido respuesta, pero que, por consideraciones específicas, el contratista no acepta.

Teóricamente podría señalarse que si el contratista no es responsable del expediente técnico y su obligación contractual es la de ejecutar la obra bajo los lineamientos establecidos en el citado expediente, que razones podrían llevarle a generar una controversia técnica.

La respuesta la encontramos en la diligencia ordinaria que el contratista posee respecto de la obra que ejecuta, puesto a contrario de lo que pudiese suponerse, aun cuando la obra se concluyera, si posteriormente se detectaran defectos o vicios, aquel será el responsable primero y deberá probar que la ejecución se ejecutó siguiendo las disposiciones del expediente técnico para liberarse de responsabilidad, artículo 1785 del Código Civil.[5]

---

3 En la normativa se contempla los siguientes tipos de entrega de obra además del de solo construcción; diseño y construcción; diseño, construcción, operación y mantenimiento; gestión del diseño y construcción al riesgo; gestión del diseño y construcción de agencia; entrega integrada de proyecto o alianza; en donde las responsabilidades varían y recaen en una sola de las partes contratantes o en ambas.

4 https://www.lawinsider.com/es/dictionary/controversia-t%C3%A9cnica

5 Código Civil
«Artículo 1785.- No existe responsabilidad del contratista em los casos a que se refiere el artículo 1784 —destrucción parcial o total o presente peligro de ruina o graves defectos por vicio de construcción— si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta sujeción con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente».

Mas aún, esa diligencia ordinaria le es requerida cuando encuentra aspectos no concordantes que impiden la ejecución o que pudiendo ejecutarse, es contraria a normas específicas de construcción o a utilización de métodos constructivos acordes con el propósito del proyecto.

Así planteada la situación, veamos cómo es que se inicia este cuestionamiento o propuestas de cambio al expediente técnico y que demandan una respuesta específica de la entidad contratante y que podría conllevar a que de no aceptar el contratista dicha respuesta, se convierta en una discrepancia, desacuerdo y/o controversia ante su no aceptación por el contratista y genere la participación de la JPRD emitiendo una decisión que le ponga fin.

En atención al propósito del presente artículo solo referiremos las que consideramos de mayor relevancia de naturaleza técnica propiamente, sin menoscabo de reconocer que hay otras que también poseen ese alcance técnico pero que se vinculan directamente con una estipulación contractual y en las cuales la decisión de la JPRD es de alcance distinto a la que vamos a tratar a continuación, por ejemplo determinar si un equipo está o no considerado en los planos; si la ejecución de determinada partida requiere de precisión en su alcance; u otros de naturaleza similar.

3. DE LA REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO PARA DETECCIÓN TEMPRANA DE ERRORES O DEFICIENCIAS

El Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, en su artículo 171, establece que el contratista dentro de los doce días siguientes de suscrito el contrato presente a la entidad contratante y al supervisor «un informe técnico de revisión del expediente técnico, el cual tiene por objetivo detectar posibles deficiencias u omisiones en el expediente técnico,[6] e incluye las posibles prestaciones adicionales, riesgos y otros aspectos que puedan ser advertidos de la sola revisión documental por parte del contratista». El supervisor evalúa y se pronuncia sobre el referido informe y la entidad, estando facultada a pedir opinión al proyectista, determina sobre los señalados informes.

En el supuesto que el contratista no estuviese de acuerdo con la determinación de la entidad, nada le impide recurrir a la JPRD a efectos de que se pronuncie sobre la discrepancia.

4. DE LAS CONSULTAS TÉCNICAS DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

En el transcurso de la ejecución de la obra propiamente, el contratista puede formular consultas técnicas al supervisor, y el supervisor puede responderlas si es que ellas no conllevan a una modificación del expediente técnico. Si por el contrario la consulta pudiese generar una modificación al expediente técnico, la consulta debe estar sustentada con un informe de carácter técnico pues sin el mismo la consulta no será atendida y quien la resuelve es la entidad previo informe del supervisor o del proyectista (artículo 190 del reglamento).

En el supuesto que el contratista no estuviese de acuerdo con la determinación del supervisor o de la entidad, según sea el caso, nada le impide recurrir a la JPRD a efectos que se pronuncie sobre la discrepancia.

---

6 Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, Anexo 1 Definiciones 31. Expediente técnico: conjunto de documentos que definen, principalmente, las características, alcance y permiten la adecuada ejecución de una obra. Debe proporcionar información coherente y técnica, incluyendo memoria descriptiva, planos de ejecución de obra, especificaciones técnicas, metrados, presupuesto de obra con su fecha de determinación, análisis de precios unitarios y de gastos generales, fórmulas polinómicas, programa de ejecución de obra, calendario de avance de obra valorizado, y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, estudio hidrológico, estudio de impacto ambiental, calendario de adquisición de materiales o insumos , calendario de utilización de equipos u otros complementarios. Asimismo, puede incluir otros como las obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación.

5. CONFORMACIÓN DE LAS JUNTAS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS - JPRD

La legislación a previsto los requisitos que deben cumplir los integrantes de una JPRD, denominados adjudicadores, entre los que se encuentran, además de formar parte de una nómina de un centro administrador de las mismas debidamente acreditado, que sean profesionales —fundamentalmente ingenieros o arquitectos—, con experiencia acreditada como proyectista, adjudicador, supervisor o residente, y/o con experiencia en gestión y/o administración contractual y/o gestión de proyectos, artículo 77.7 de la Ley y artículo 329 del reglamento.

Adicionalmente a ello, el adjudicador deberá cumplir con la experiencia específica establecida en las bases del procedimiento de selección del proyecto en particular. artículo 346.3 del reglamento., y numeral 9.1 Directiva n.° 002-2025-OECE-CD.

Así el adjudicador, ya sea actuando como único o conformando un panel, en materia de índole técnica posee una diferencia con los especialistas que han elaborado el expediente técnico en cada una de las especialidades de los documentos que lo integran y que con su firma, en cada uno de los planos o documentos, asumen responsabilidad de su contenido.[7]

Sobre tal alcance, igualmente, las disposiciones de la Ley del Profesional de Ingeniería, Ley n.° 28858 así como la Ley n.° 16053, y el Reglamento de la primera de las nombradas que complementa la Ley n.° 16053, posee igualmente importantes precisiones, en las que al final del día lo que es más destacable es que la responsabilidad en cada una de las especialidades que confluyen en una obra es del profesional que suscribe los documentos que elabora y suscribe, quedando al margen de esas responsabilidades si un tercero las modifica.

Más aún, y esto es especialmente relevante, un adjudicador único o un panel de adjudicadores, no pueden tener la totalidad del conocimiento de todas y cada una de las especialidades, por lo que existe un elevado margen de que absolver una consulta técnica, las respuestas sean sin el nivel pertinente de solvencia y sin reparar de las consecuencias que a futuro puede conllevar si la respuesta no es aceptada integralmente por las partes y la obra se ejecuta según ellos determinan.

6. LAS DECISIONES DE UNA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS - JPRD

Tal como hemos señalado anteriormente, las decisiones de una JPRD tienen carácter vinculante para las partes y son de obligatorio e inmediato cumplimiento, con independencia de que alguna de aquellas partes formule reserva de recurrir en su oportunidad a arbitraje para revertir la decisión de la JPRD.

Si bien una decisión sobre aspectos contractuales no perturba la ejecución del proyecto, aun cuando pudiese tener consecuencias económicas e incluso en el plazo contractual, lo cierto es que no generan potenciales riesgos a futuro sobre la idoneidad de lo construido.

En cambio, si una decisión de una JPRD de índole técnica conllevara a una modificación del expediente técnico en cualquiera de sus alcances, y bajo el entendido que dicha decisión fue contraria a la postulación que tenía la entidad contratante, nos enfrentamos a una circunstancia que puede generar consecuencias a futuro y respecto de las cuales la responsabilidad quedar no totalmente identificada.

Nos explicamos, tal como hemos afirmado en párrafos precedentes, y bajo un contrato de solo construcción, la responsabilidad respecto de la calidad y eficiencia del expediente técnico, mientras que el contratista lo es solo respecto de la ejecución que realiza. Frente a ello surge la pregunta, quién es responsable del expediente técnico y de la obra construida, cuando por una decisión de la JPRD

[7] Ver sobre el particular la Norma G.030, sobre derechos y responsabilidades en una obra de edificación.

aquel ha sufrido una modificación no aceptada por la entidad pero que, por mandato de la legislación, debe acatar más allá que haya efectuado reserva de arbitraje.

Antes de proseguir, consideramos necesario efectuar una breve reseña de las funciones de un adjudicador dentro del contexto internacional.

7. LAS JUNTAS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS, UNA VERSIÓN PERUANA DE LOS DAAB

En el 2019, con ocasión de la realización de los Juegos Panamericanos, en los que era indispensable cumplir con los proyectos en una fecha determinada y cuyo éxito fue reconocido, el Perú abrió de manera amplia, la posibilidad de utilizar contratos estandarizados de uso internacional, tales como NEC o FIDIC, entre otros, a efectos de lograr el cumplimiento de las metas de los proyectos, así como también iniciar un tratamiento distinto al manejo de las controversias dentro de los contratos de construcción.[8]

Si bien en aquel momento se utilizaron los Dispute Adjudication Board - DAB, entendido a decir de Roberto Hernández García[9] como «Medio de solución de controversias que tiene su origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El Panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir i)una consulta informal que procure resolver la controversia; ii) una recomendación; y/o, iii) una decisión que permita resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con esa discrepancia resuelta» y, como tales fueron incorporados a la legislación nacional bajo el nombre de Juntas de Resolución de Disputas (JRD), específicamente en y para los contratos de construcción mediante la Ley n.° 30225 de 10 de julio de 2014, que en su artículo 45, aprobó un nuevo texto de la Ley de Contrataciones del Estado.

En torno a ello, se destaca el concepto que sobre las JRD establecía en aquel momento el Decreto Supremo n.° 350-2015-EF, de 9 de diciembre de 2015, norma reglamentaria, que en sus numerales 205 al 214, importantes precisiones, especialmente en cuanto a su finalidad «que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra desde el inicio del contrato hasta la recepción de la obra».

A nivel internacional, en paralelo, existió un significativo avance en materia de la función preventiva de los DAB, dando lugar a los *Dispute Avoid Adjudication Board* - DAAB, los cuales son incorporados en la legislación nacional a través de la nueva Ley General de Contratación Pública, Ley n.° 32069, artículo «79.1. La junta de prevención y resolución de disputas promueve que las partes logren prevenir o resolver eficientemente las controversias surgidas en contratos de suministro y de obras de acuerdo con lo establecido en el reglamento».

Ahora bien, en párrafos anteriores hemos señalado que los miembros de los paneles de JPRD, son denominados «adjudicadores», y para ejercer tal función deben cumplir determinados requisitos entre los que se destaca calidades profesionales y comportamiento ético personal.

Sin embargo, y conociendo ya las funciones y competencias de los mencionados adjudicadores, y refiriéndonos exclusivamente al alcance de sus decisiones técnicas que la nueva legislación les ha concedido, podría afirmarse que estos profesionales están irrogados de tal competencia que pueden

---

8 RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «Dispute Boards y Juntas de Resolución de Disputas en el Perú». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla*. Lima: Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 114, 2023, p. 497.

9 HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. *Dispute Boards (Paneles de Solución de Controversias en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias)*. Lima: Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, 2014.

resolver de manera distinta y certera incluso por encima de los que el comitente o contratante desea o de modo diferente a la opinión de los proyectistas o de los especialistas de las partes contratantes.

Si tal afirmación es válida, nos enfrentamos a una situación que en principio contraría el concepto de adjudicador respecto del cual existe una posición pacífica de que aquellos no son supervisores, ni proyectista, ni peritos, ni asesores, ni inspectores técnicos, ni tampoco consultores; puesto que sus funciones están centralizadas en prevenir y resolver disputas, pero como es obvio, dentro de los alcances del contrato y sin que ello pueda conllevar a una modificación del expediente técnico.

Una interpretación distinta, podría generar graves consecuencias que comprometerían no solo a la calidad e idoneidad de la obra sino responsabilidad, por encima o más allá de las originalmente previstas, en el desempeño de dicha función de adjudicador.

8. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADJUDICADORES AL RESOLVER UNA DISPUTA DE ÍNDOLE TÉCNICA

Para un mejor entendimiento, haremos el siguiente ejemplo partiendo de la premisa derivada y explicada precedentemente, sobre la discrepancia del ejecutor sobre la decisión de la entidad de no admitir una deficiencia en el expediente técnico o de un determinado riesgo que obliga al contratista a recurrir a la JPRD para dirimir la discrepancia.

Entendamos que la deficiencia corresponde al entender del contratista, al empleo de un material que no corresponde para el tipo de obra a ejecutar, pero que la entidad contratante no admite por cuanto, de acuerdo con sus especialistas y proyectista, el material consignado en el expediente técnico es el correcto.

Estamos ante una discrepancia de índole técnica, no hay duda.

Si el contratista ante la negativa de la contratante nada le impide que su discrepancia la someta a la JPRD, y esta, por obligación legal, debe resolver.

Los escenarios de decisión son solo dos, ya que no tiene posibilidad de inhibirse pues la norma le ha señalado que posee competencia para resolver disputas de índole técnico.

La primera no dar la razón al contratista y la segunda darle la razón. En ambos casos, veamos las potenciales consecuencias de ellas.

En el supuesto que no diera la razón al contratista, la obra se ejecutaría tal como se encuentra previsto en el expediente técnico sin cambio alguno, y a simple mirada pareciera que nada ha cambiado, pero si con posterioridad a la conclusión del proyecto, y dentro de los años de responsabilidad del ejecutor, la obra se deteriora o presenta grave defecto o se destruye precisamente por la utilización del material cuestionado y no admitido ni por el contratante ni por la JPRD, ¿la responsabilidad por tales consecuencias alcanzará o no a los adjudicadores miembros de la JPRD?

Si por contrario, la JPRD diera la razón al contratista y por tanto decidiera que en efecto se está frente a una deficiencia y que no debe utilizarse el material establecido en el proyecto sino el que propone el contratista, e igualmente, de manera posterior dentro del periodo de responsabilidad de contratista, la obra se deteriora o presenta grave defecto o se destruye precisamente por la utilización del nuevo material, ¿la responsabilidad por tales consecuencias alcanzará o no a los adjudicadores miembros de la JPRD?

Planteemos un nuevo ejemplo, esta vez durante el proceso constructivo, el contratista detecta que, en el expediente técnico, específicamente en los planos, si bien se advierte la existencia de un determinado equipo, no existe en parte alguna de la documentación técnica que le fue entregada las especificaciones totales y necesarias para poder determinar sus características técnicas. Formulada la

consulta por parte del ejecutor, la supervisión y el proyectista expresan que, tratándose de un contrato a suma alzada, el contratista debe entregar e instalar ese equipo cuyas dimensiones y características deben se determinadas por el ejecutor teniendo en cuenta la información que se dispone y que se considera suficiente, su experiencia y los alcances de la obra en proceso. Ante ello, el ejecutor somete la controversia ante la JPRD.

A diferencia del ejemplo anterior nos encontramos en una controversia, si bien de naturaleza técnica, de un alcance predominantemente contractual, donde la JPRD decidirá sin duda, analizando el alcance de los términos contractuales conjuntamente con los de índole técnica, determinará si en efecto existe o no la información suficiente para que la entrega e instalación de dicho equipo sea o no obligación del contratista.

En el supuesto que la JPRD le diera la razón al contratista, esto es, que al existir una insuficiencia manifiesta no es factible la adquisición e instalación del equipo por lo que no constituye obligación de aquel, mas la contratante hiciera reserva de arbitraje y concluida la obra lo iniciara y obtuviese un laudo favorable, con lo cual el contratista no habría cumplido con todas sus obligaciones del contrato, ¿los adjudicadores asumirían alguna responsabilidad en torno a ello?

En sentido contrario, si quien efectúa reserva de arbitraje es el contratista porque la decisión de la JPRD le fue adversa, y en el posterior arbitraje obtiene un laudo favorable, y con ello el derecho a que se le retribuya el costo del equipo que se vio obligado a adquirir e instalar, ¿alcanzaría alguna responsabilidad a los adjudicadores de la JPRD por dicha circunstancia?

Un tercer y último ejemplo, durante el proceso constructivo el contratante mediante sus funcionarios detecta que una determinada parte de la construcción presenta defectos por lo que debe destruirse y volverse a construir. El contratista no comparte dicho criterio por cuanto afirma que, utilizando determinadas técnicas de subsanación, la obra quedaría idónea, para cuyo efecto presenta diversos estudios de sustento. La contratante, luego de revisar dicha alternativa se ratifica en su decisión de que ante el grave defecto lo ejecutado debe ser destruido y vuelto a construir a costa del ejecutor. Ante ello, el contratista al existir disputa recurre a la JPRD para que emita una decisión sobre el particular, la cual decide que en efecto el planteamiento de subsanación formulado por el contratista es técnicamente pertinente y que se debe aceptar ese procedimiento. La entidad contratante hace reserva de arbitraje el mismo que inicia en la oportunidad debida y obtiene una decisión favorable por cuanto, además de los cuestionamientos técnicos, esa obra ha empezado a mostrar nuevamente las mismas deficiencias de tal naturaleza que presenta evidencias de grave afectación a su idoneidad, generando imposibilidad de uso, y mayores costos de tiempo y plazo. Surgiendo ante ello la interrogante si a los adjudicadores les alcanza algún tipo de responsabilidad.

Un primer aspecto que no se debe soslayar, es que las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas - JPRD no son órganos jurisdiccionales sino solo paneles de técnicos que poseen competencia para aquellos alcances que le ha concedido la Ley o que si lo asimilamos a los DAAB son derivados de acuerdos o pactos de las partes contratantes.

El segundo aspecto es que, aun cuando sus decisiones son vinculantes y de cumplimiento obligatorio inmediato, no son definitivas por cuanto la propia ley otorga la posibilidad de recurrir respecto de dichas decisiones al arbitraje. Sin embargo, no puede recurrirse a arbitraje sin decisión previa de la JPRD.

El tercer aspecto es que, las decisiones son definitivas si ninguna de las partes hace reserva de acudir a arbitraje en el plazo que la norma establece.

El cuarto aspecto para considerar igualmente es que las decisiones, salvo el caso de JPRD unipersonal, se adoptan por unanimidad o por mayoría.

La responsabilidad es un concepto que aun cuando de modo general es de fácil comprensión y entendimiento al definirse como el responder por las acciones que una persona asume, y como consecuencia, reparar en caso de que tal accionar genere daño, en el ámbito del derecho posee matices que tornan el concepto más complejo al estar vinculado ya sea al incumplimiento de una obligación o conducta y, de ser este el caso, a la imposición de una pena o condena.

Como podrá apreciarse, y aun cuando las JPRD al emitir su decisión de índole técnica estaría dando cumplimiento a la disposición legal que le ha concedido tal atribución, las consecuencias de la misma no ha sido objeto de regulación por el legislador, creando como hemos advertido a lo largo del presente artículo, una suerte de incertidumbre sobre a quién compete asumir la responsabilidad sobre una decisión que conlleva modificación al expediente técnico o que conlleva sustancial efecto en la idoneidad de la obra y que no es compartida por la entidad que entrega dicho expediente y que originalmente era de su responsabilidad, sin embargo, esta última debe cumplir la decisión aun cuando haga reserva de arbitraje.

9. CONCLUSIÓN

Hemos efectuado una reflexión detallada sobre las potenciales consecuencias de las decisiones de índole técnica que las Junta de Prevención y Resolución de Disputas —JPRD— pueden asumir y de sus potenciales consecuencias.

Dichos alcances nos motiva a postular que las decisiones de las JPRD en materia técnica, solo deben estar circunscritas a aquellas controversias de naturaleza estrictamente contractual y que no modifiquen el expediente técnico, a efectos que en este tipo de ejecución de obras de solo construcción, la entidad mantenga la íntegra responsabilidad del mencionado expediente técnico que entrega para su realización y, como es obvio, de las consecuencias del proyecto, respecto de su objetivo de satisfacción de la finalidad pública que lo motiva, sin menoscabo de las responsabilidades que por vicio de construcción podría tener el ejecutor, extremo que no es objeto del presente artículo y sobre lo cual la normativa tanto pública como privada posee explícita regulación.

10. BIBLIOGRAFÍA

Normativa sobre las Juntas de Prevención y Resolución de Disputas - JPRD

Ley n.° 32069 Ley General de Contrataciones Públicas

Decreto Supremo n.° 009-2025-EF, Reglamento de la Ley n.° 32069

Directiva n.° 002-2025-OECE-CD emitida por el Organismo Especializado de las Contrataciones Eficientes

Norma G.030, sobre derechos y responsabilidades en una obra de edificación, Normas Técnicas de Edificación

Law Insider https://www.lawinsider.com/es/dictionary/controversia-t%C3%A9cnica

RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «Dispute Boards y Juntas de Resolución de Disputas en el Perú». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla*. Lima: Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 114, 2023, p. 497.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. *Dispute Boards (Paneles de Solución de Controversias en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias)*. Lima: Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, 2014.

MISCELÁNEA

EL DERECHO DEL MAR. VISIÓN HISTÓRICA Y ORIGEN DE LAS DOSCIENTAS MILLAS

Jesús Antonio Rivera Oré[*]

1. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, los estadistas, han tenido conciencia de la importancia del mar, para sus propios Estados, ellos, asimismo, comprendieron que la hegemonía del mar, incide sobre su posición como Estado o potencia, en el contexto internacional, porque el espacio y los recursos marítimos incrementan o limitan la capacidad de maniobra de los Estados a medida que la política exterior, de cada Estado, se va consolidando, procurando expandir su poder en el contexto internacional.[1] En la historia universal hemos apreciado el auge de las civilizaciones de oriente y occidente que han extendido su territorio en ultramar, ello se debe a la importancia que el mar representó y, aún representa en la concepción de un Estado poderoso y, asimismo, hegemónico, Por otro lado, el mar fue y, sigue siendo, fuente de recursos alimentarios. Con el desarrollo de la tecnología, el mar es, asimismo, fuente de recursos minerales de gran valor militar, económico y estratégico, por todo ello es indispensable que existan normas muy claras y respecto del derecho del mar y, asimismo, equitativas en beneficio de la humanidad y sobre todo de los Estados que como el Perú tiene un mar rico y generoso.

2. CAPÍTULO PRIMERO. VISIÓN HISTÓRICA DEL ANTIGUO DERECHO DEL MAR

2.1. Las tres tendencias fundamentales que se han ido sucediendo en la historia del derecho del mar

En primer lugar, la noción del *mar cerrado* o *mare clausum* obra del jurista inglés John Selden o sujeto a la jurisdicción exclusiva de un país, que fue sostenida:

- Por el Imperio romano, con relación al Mar Mediterráneo.
- Por las repúblicas de Venecia y Génova, con relación al Mar Adriático y al Mar de Liguria.
- Por los reinos de España y Portugal, con relación a los descubrimientos geográficos y nuevos territorios, (Talasocracia), al otro lado del Océano Atlántico.

---

[*] Abogado, por la Universidad Mayor de San Marcos del Perú. Profesor universitario. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Doctor en Educación, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Exdecano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados.

[1] FERNÁNDEZ, Roberto. «Talasopolítica vs. talasocracia: Una opción para potencias medianas y pequeñas». En *IV Congreso de Relaciones Internacionales. VII Jornada sobre el Medio Oriente. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 26 al 28 de noviembre de 2008*, p. 2.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/40728/Documento_completo.pdf.out.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Por Suecia y Dinamarca, con relación al Mar Báltico y el Mar del Norte.

- Por Gran Bretaña con relación al llamado Mar Británico.[2]

En segundo lugar, la noción de la *libertad de los mares,* planteado en 1609 por Hugo Grotius, para justificar el resguardo de los intereses holandeses en el comercio con las Indias Orientales:

- Objetado en 1635 por John Selden, quien sostuvo que Su Majestad británica era el señor de todos los mares (ejercía dominio absoluto).

- Reasumido en 1758 por Américo de Vattel, arguyendo que el mar no podía ser apropiado porque sus recursos pertenecían a todos y eran inextinguibles.[3]

Como se señaló en líneas precedentes, en 1609 se publicó el tratado de Hugo Grocio denominado *mare liberum* que, lo reiteramos para hacer algunas precisiones. Había sido escrito cuatro años antes por encargo de la Compañía de las Indias Orientales Holandesas, a raíz de la captura de un barco portugués por naves holandesas, en aguas malacas. En el libro se esclarecieron los caracteres de las cosas apropiables y de las cosas comunes, como lo es el mar. El estudio fue escrito contra la soberanía que Portugal quiso imponer en la navegación y comercio con las Indias, pero su publicación se hizo, en parte, para oponerse a la actitud británica de pesca excluyente. Hoy conocemos que la valiosa obra es el capítulo XII, impreso por separado, del tratado *De jure praedae commentarius*, el cual no alcanzó a publicarse sino en el siglo XIX. La doctrina de Grocio se funda, principalmente, en que los mares no son susceptibles ni de ocupación ni de demarcación. Por tanto, no debían ser sometidos al dominio o jurisdicción de un Estado.[4] Grocio formuló su teoría en una época en que el mar se utilizaba, principalmente, en la superficie y a poca profundidad, para las necesidades de navegación y la pesca, el antiguo principio de la libertad de los mares quedó superado, dado que los avances en la tecnología han hecho posible descubrir la riqueza mineral, vegetal y energética de los fondos y el subsuelo marino y comprender mejor los recursos biológicos, las condiciones para el uso de los mares y océanos se han transformado. Los problemas que surgen en los grandes espacios que cubren 7/10 del planeta han cambiado de apariencia.[5]

En tercer lugar, desde fines del siglo XVIII, hasta la mitad del siglo XX, la conciliación de ambos criterios al admitirse la coexistencia de la alta mar y el mar territorial, libre la primera y el segundo, sujeto a la soberanía de cada Estado costero.[6] Sin embargo, como señaló, en su momento, Arias-Schereiber, hay que intercalar opiniones disímiles, desde los tiempos antiguos hasta la Edad Moderna. Así, en los primeros siglos, apartándose del concepto del *mare clausum,* Celso afirmó que el uso del mar era común a toda la humanidad; opinión compartida, después, por Ulpiano, según el cual, la naturaleza había abierto el mar para todos.[7]

En el siglo XIV, Bartolo de Saxoferrato, (1313-1357), máximo exponente del derecho privado común, asociado al derecho canónico, formó el *utrumque ius*, (los dos derechos), el jurista más influyente de todos los siglos, consideraba que la jurisdicción del Estado costero podía extenderse hasta cien millas desde la costa, distancia que correspondía a un viaje de dos días, la coexistencia de las aguas territoriales y alta mar fue admitida desde el siglo XVII, por el propio John Selden, quien señalaba como límite de las primeras el alcance de la vista desde la playa.[8] En 1702, el jurista holandés Cornelio Van Bynkershock, en su obra *Dominio Maris*, opinó que la potestad territorial terminaba donde llegaba

---

2 ARIAS-SCHERIBER PEZET, Alfonso. «La evolución del Derecho del Mar y la participación del Perú en ese proceso (Primera parte)». En *Política Internacional. Academia Diplomática del Perú. Javier Pérez de Cuéllar,* n.° 101-102. 40 Aniversario de la Revista de la Academia Diplomática, 2011, p. 108. https://www.adp.edu.pe/uploads/revista/16-08-22-123486439.pdf

3 *Ibidem*.

4 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. «La soberanía marítima hoy». En D*erecho PUCP*, n.° 32, 1974, p. 29. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/641, p. 29.

5 PERILLIER, Louis. *La mer internationale et le nouveau droit de la mer.* París: Académie des Sciences d'Outre-Mer, s. f., p. 19.

6 ARIAS-SCHERIBER PEZET, Alfonso. *Op. cit*., p. 108.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

el alcance de las armas; principio que el siciliano Fernando Galiani tradujo en el límite de las 3 millas, por ser ese el alcance de los cañones de la época. De otro lado, ya en el siglo XVIII los Estados se arrogaron competencias administrativas en una zona contigua al mar territorial, para fines policiales, aduaneros y sanitarios.[9]

Cornelio van Bynkershoek, distinguió, claramente, entre el mar territorial y el alta mar. Sostuvo la libertad de los mares desde un punto de vista práctico, a diferencia de Grocio que la había fundado doctrinalmente. Van Bynkershoek, concretó, en una regla, el principio enunciado por Grocio en *De jure belli ac pacis*: el mar territorial llega hasta la línea en que «desde la tierra pueden ser forzados los que se hallen en paraje próximo al mar, no menos que si se hallasen en la misma tierra» o sea, hasta el alcance de la bala de un cañón emplazado en las costas: *Potestas terrae finitur, ubi finitur armorum vis*.[10]

2.2. El criterio de las tres millas que fue ganando terreno entre el siglo XIX y comienzos del siglo XX

El criterio de las 3 millas fue ganando terreno entre el siglo XIX y comienzos del siglo XX, muchos autores y gobiernos optaron por otros límites: 5, 6, 9, 10, 12 o más millas. En estas diferencias pusieron de manifiesto que, si bien los juristas, principalmente, europeos, al proponer la adopción de márgenes estrechos para el ejercicio de la soberanía de los Estados costeros, alegaban servir a la comunidad internacional, en realidad defendían los intereses de sus países, condicionados por consideraciones no solo geográficas sino también socioeconómicas, políticas y militares, a menudo distintas e inclusive contrapuestas.[11]

2.3. El criterio de las tres millas y los poderosos intereses de los Estados costeros

La regla el tiro de cañón resultaba un serio inconveniente, porque el alcance de los cañones iba variando, a través de la historia, según el avance de la técnica y de acuerdo a la calidad de los cañones que tenían los Estados. Dicha regla no fue modificada porque Inglaterra, primera potencia marítima de la época, utilizó todo su poder e influencia para mantener un mar territorial estrecho, conforme a la regla de las 3 niñas toda vez que su política colonial y además mercantil le exigía la libertad de los mares en la zona de alta mar. Asimismo, los intereses contrapuestos de los Estados costeros, explica la dificultad que siempre existió para ponerse de acuerdo sobre un límite único que respondiese a la conveniencia de todos los Estados. El primer intento, con ese objeto, no en ámbito académico, sino de la Sociedad de Naciones, se realizó en la *Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional,* que tuvo lugar en 1930 en La Haya, a pesar de que se lograron importantes avances conceptuales, fue imposible la adopción de una regla uniforme con respecto a la anchura del mar territorial.[12]

El secretario de Legación, el siciliano Galiani, en un libro que publicó en París en el año 1782, bajo el título de *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerregianti e di questi verso i neutrali,* [*De los deberes de los príncipes neutrales para con los príncipes guerreros y de estos para con los neutrales*], aplicó el principio del alcance de las armas desde tierra, señalando la medida de 3 millas marinas que correspondía al poder ofensivo de los cañones en aquella época. La distancia de tres millas se hizo clásica, pero nunca fue aceptada de modo universal y en el siglo XX, se hizo patente la insuficiencia de tan exiguo límite. Intentando codificar el derecho internacional, se reunió en La Haya, en 1930, una conferencia que resultó frustrada en cuanto a señalar la anchura del mar territorial.[13]

---

9 *Idem*, p. 109.
10 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Op. cit*., p. 30.
11 ARIAS-SCHERIBER PEZET, Alfonso. *Op. cit*., p. 109.
12 *Ibidem*.
13 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Op. cit*., p. 30.

3. CAPÍTULO SEGUNDO. EL ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LAS DOSCIENTAS MILLAS

3.1. Presentación

Ninguna otra rama de derecho ha evolucionado tanto, como el Derecho internacional público ha cambiado más en los últimos años en lo relativo al derecho del mar. La Conferencia de La Haya de 1930, convocada por la antigua Liga de Naciones, con la intención de codificar las leyes del mar y en la que participaron 42 países, llegó a su fin sin haber alcanzado su propósito y todo lo que quedó de ella fue la evidente tendencia de los Estados costeros a extender los límites de su jurisdicción marítima y la existencia de una variedad de medidas concernientes a las aguas territoriales. La supuesta regla de las tres millas fue, según expresión de Gidel, «el ídolo caído» de la Conferencia.[14]

3.2. Las conferencias de La Haya de 1899 y 1907. El inicio de la codificación del derecho marítimo de las potencias

La codificación del derecho del mar empezó a gestarse en las conferencias de paz celebradas en La Haya en 1899 y 1907. De dichas conferencias surgieron convenciones constructoras de un derecho marítimo en el mundo, (no del derecho del mar propiamente), por ejemplo, la Convención VI de 1907 relativa al régimen de las naves mercantes enemigas en el comienzo de las hostilidades. La Convención VII de 1907 sobre la transformación de las naves mercantes en buques de guerra. La Convención VIII de 1907 relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto. La Convención IX de 1907 sobre el bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra. Las convenciones III de 1899 y X de 1907 sobre la adaptación de la guerra marítima a los principios de la convención de Ginebra. La Convención XI de 1907 que trata sobre ciertas restricciones para el ejercicio del derecho de corso en la guerra marítima y la Convención XIII de 1907 relativa a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.[15]

Como podrá apreciarse las conferencias de La Haya, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, tuvieron un propósito ajeno al estudio que nos ocupa, sin embargo, podemos concluir lo siguiente: que el pensamiento, la política de Estado, los aspectos geopolíticos, la talasocracia de las potencias marítimas, se ocuparon de las leyes de la guerra en los mares, para asegurar su hegemonía y desarrollar su expansión colonial de ultramar. En la tercera década del siglo XX, los Estados ribereños manifestaban la necesidad de una mayor extensión del mar territorial (recordemos que hasta ese entonces era, consuetudinariamente, de tres millas marinas), propiciándose el debate. en la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. que convocó, posteriormente, a través del Consejo, a un Comité de expertos para seleccionar los temas que deberían tratarse como futura base de discusión en la agenda de la Conferencia de La Haya de 1930.[16]

La Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919. Se propuso establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales una vez finalizada la Primera Guerra Mundial. Aunque no logró resolver las graves crisis internacionales que se plantearon en los años veinte y treinta, fue importante por ser la primera organización de ese tipo de la historia y el antecedente de la ONU. En 1925, la Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones, se ocupó de la creación de un Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional. Éste estuvo formado por dieciséis integrantes y su actividad se centró en tres temas: nacionalidad, responsabilidad de los Estados y aguas territoriales. En 1927 el Consejo de la Sociedad de Naciones, mediante una resolución adoptada por la asamblea de dicha organización, designó a su vez un Comité Preparatorio para la Conferencia

---

14 GARCÍA SAYÁN, Enrique. «La doctrina de las 200 millas y el derecho del mar». En *Derecho PUCP*, n.° 32, 1974.

15 Alfredo Vásquez Carrizosa, *El nuevo derecho del mar*. Bogotá: Temis, 1976, p. 27 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Tratado del Derecho del Mar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 60.

16 GODIO, Leopoldo. «El derecho del mar contemporáneo. Evolución y desarrollo del derecho del mar». I, *II y III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, p. 1.

de Codificación. Este comité estaba compuesto por cinco miembros y se concentró, de septiembre de 1927 a septiembre de 1929, en la elaboración de dos informes denominados *Bases de Discusión.* En La Haya, Holanda, del 13 de marzo al 12 de abril de 1930, se llevó a cabo sobre el asunto del mar, la Conferencia para la Codificación de Derecho Internacional. Asistieron casi cuarenta y ocho países.[17]

Los temas que fueron elegidos: aguas territoriales, pesquerías y explotación de los recursos del mar. La Conferencia fracasó ante las divergencias que presentaban los Estados, ya que algunos deseaban mantener la regla de las tres millas, mientras otros reivindicaban no menos de seis, doce o más millas. Sin embargo, la gran vencida de la Conferencia fue la regla de las tres millas y se logró distinguir conceptualmente al mar territorial de la zona contigua, en la que se reconoció la importancia de la protección de las riquezas marinas.[18] Este encuentro, antecedente de las demás conferencias internacionales sobre el derecho del mar, puso fin a la confusión sobre el estatus jurídico de las zonas de mar adyacente a las costas, debido a que quedaron definidas las nociones de *mar territorial* y *zona contigua*. Pero no solo esta fue la importancia trascendental de dicha Conferencia, sino que la segunda comisión de esta reunión estuvo encargada de estudiar la cuestión del mar territorial, en relación con la anchura de este.[19]

Las posiciones asumidas por los Estados fueron variadas. Al respecto de este tema, la concurrencia estuvo dividida en dos grandes grupos: el de las grandes potencias Estados Unidos, Gran Bretaña, Holanda, Francia, República Federal Alemana y Japón, inclinadas hacia la extensión de la conocida *regla de las tres millas* y el grupo de países que reclamaban una anchura mayor. Esto no fue aprobado, por la gran diversidad de opiniones. A pesar de lo señalado, el mérito de la Conferencia de La Haya, fue demostrar que esa regla de tres millas no gozaba de aceptación universal. Esto provocó que en la resolución final de la Conferencia de La Haya, se propusiera al Consejo de la Sociedad de Naciones que éste instara a los Estados participantes a seguir analizando la extensión del mar territorial para que tan pronto como fuera posible, se convocara a otra Conferencia para efectuar un convenio al respecto.[20]

3.3. La Conferencia de La Haya de 1930 o la tentativa fallida de codificación del derecho del mar

Durante el siglo XVIII, como consecuencia de la revolución industrial y la expansión comercial de los Estados-potencia, se reafirmó la tesis del mar libre, aunque otorgando competencias en materia de seguridad a los Estados ribereños mediante la ocupación efectiva desde la costa, dando lugar así a dos grandes áreas claramente distinguidas: el mar territorial y alta mar, este último como un espacio de libre navegación. De este modo, comenzó otro debate: la anchura del mar territorial, elemento esencial para el despliegue de poder del Estado costero, pasando desde el alcance de una bala de cañón disparada en la costa (tesis de Cornelius van Bynkershoek), hasta la consolidación convencional en la distancia de tres millas, debido al desarrollo de la balística y otros armamentos defensivos.[21]

En este orden de ideas, la tentativa de codificación más importante hasta la época fue bajo la Sociedad de Naciones, en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, que se reunió en La Haya del 13 de marzo al 12 de abril de 1930. En dicha conferencia participaron 46 Estados. La conferencia se dividió en tres comisiones: la nacionalidad, las aguas territoriales y la responsabilidad de los Estados.[22] El debate sobre el mar territorial en la Conferencia de la Haya, tuvo como resultado una multiplicidad de medidas que se registraron así:

---

17 BELTRÁN HERNÁNDEZ, Yanin. *La importancia del Golfo de California y la protección de sus recursos naturales de acuerdo a la Convemar; una aproximación jurídica*. Tesis de licenciatura. Universidad Panamericana, 2011, p. 25.

18 GODIO, Leopoldo. *Op. cit.*, p. 1.

19 BELTRÁN HERNÁNDEZ, Yanin. *Op. cit.*, p. 26.

20 *Ibidem*.

21 GODIO, Leopoldo. *Op. cit.*, p. 1.

22 Alfredo Vásquez Carrizosa, *El nuevo derecho del mar*. Bogotá: Temis, 1976, p. 27 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 60.

Tabla 1

Número de millas	Países que la defienden
Nueve Estados a favor de las tres millas	África del Sur, Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Gran Bretaña, India, Japón y Países Bajos.
Ocho Estados a favor de las tres millas con zona contigua	Alemania, Bélgica, Chile, Estonia, Francia, Grecia, Islandia y Polonia
Cuatro Estados a favor de cuatro millas	Finlandia (con zona contigua), Irlanda, Noruega y Suecia
Siete Estados a favor de las seis millas sin zona contigua	Brasil, Chile, Colombia, Italia, Rumania, Uruguay, y Yugoslavia
Seis Estados a favor de las seis millas con zona contigua	Cuba, España, Letonia, Persia, Portugal y Turquía.

Cuadro preparado por el autor recogiendo la información de Alfredo Vásquez Carrizosa.

3.4. ¿Qué países participaron en la Conferencia de 1930?

Los países que participaron en la Conferencia de 1930 fueron: Alemania, África del Sur, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Ciudad Libre de Dantzig, Colombia, Costa Rica, Cuba, China, Checoslovaquia, Dinamarca, El Salvador, Estados Unidos, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, México, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Perú, Persia, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Turquía, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia, y la Unión Soviética en calidad de observador.[23]

3.5. ¿Qué avances se obtuvo de la Conferencia de La Haya 1930?

El acta final de la conferencia de La Haya de 1930 significó un avance en cuanto a que se adopta el nombre de *mar territorial* y las facultades que implicaba tenerlo, como la soberanía, la indicación de que esta zona comprende el espacio aéreo y plataforma submarina y lo relativo al derecho de paso inocente y otras materias.[24] No se logró llegar a un acuerdo sobre la anchura del mar territorial, aunque surgió de dicha conferencia la posibilidad de la ampliación.[25]

3.6. Las guerras mundiales y la libertad de los mares

Las dos guerras mundiales en 1914 y 1939 respectivamente fueron significativas para el desarrollo del derecho del mar en cuanto se reafirma el principio de la libertad de los mares como pilar para la paz y desde un punto científico, para las investigaciones en el lecho marino y los fondos abisales.[26] Aparte de la discusión mencionada de las tres, las seis o las doce millas, el régimen establecido tuvo una modificación reciente y era la de la fijación de una zona contigua al mar territorial. El motivo de la fijación, como se estableció anteriormente, de esta zona estuvo fundado en la lucha contra el contrabando, que favoreció extraordinariamente el establecimiento de la ley seca en Estados Unidos. Sin embargo, un mar territorial de tan solo 3 millas no bloqueaba tajantemente el contrabando y se empezó a practicar la lucha contra el contrabando en una zona más amplia. La conferencia convocada por la Sociedad de Naciones en 1930 que en realidad perseguía el objetivo de unificar la extensión del mar territorial, no lo consiguió, pero sí aceptó la legitimidad de una zona contigua en la que fuera

---

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

25 Franco Nicolás Salom, *Pasado y presente del derecho del mar*, Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62.

26 *Ibidem*.

posible la lucha contra el contrabando, o a partir de la cual, se podría practicar la persecución en alta mar de los sospechosos de delincuencia en materia de contrabando.[27]

3.7. La organización de las Naciones Unidas y la evolución del derecho del mar

De los acaecimientos más significativos en la historia del derecho internacional, es el nacimiento de La Organización de las Naciones Unidas en el año 1945 en San Francisco el 26 de junio de 1945. Como se esbozó con anterioridad, en 1930 ya se había empezado a gestar el ambicioso plan de codificar el derecho internacional, incluyendo el derecho del mar, sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas crearon la Comisión de Derecho Internacional que entre sus afanes tenía que examinar, nuevamente, la posibilidad de una codificación.[28] Desde 1949 la Comisión de Derecho Internacional se encargó del estudio del régimen de altamar y mar territorial con miras a su codificación.[29]

3.8. Doctrina Truman. Nacimiento del derecho del mar contemporáneo

El 28 de septiembre de 1945, Estados Unidos decidió poner bajo la jurisdicción y control nacional los recursos del subsuelo y del lecho marino de la plataforma continental bajo la altamar adyacente a sus costas. Esta proclamación internacional la expresó el presidente Harry S. Truman, y a partir de ese momento se incrementa las dimensiones del derecho del mar y surge «la profundidad» del océano como figura a tratar. Hasta el momento solo se discutió la posibilidad de una soberanía de una forma horizontal.

Queremos resaltar el aspecto de la connotación jurídica porque históricamente, mucho antes se había anticipado el concepto de que la soberanía territorial del Estado podía prolongarse hasta los límites de la tierra sumergida, como lo había proclamado René Valin en 1760, o incluso, con la misma expresión *continental shelf*, en 1897, el geógrafo inglés H. R. Mill, en su obra *Realm of Natures*. O como lo enunciaban a su nivel latinoamericano, el capitán argentino Segundo R. Storni o el jurista José León Suarez, a principios del siglo XX, para dar solo algunos ejemplos.[30]

Desde la proclamación, la verticalidad se convirtió en uno de los asuntos más importantes hasta el momento.[31] A partir de este momento, los Estados económicamente débiles buscaron nuevas formas de apropiación sobre recursos naturales, por lo que las aguas submarinas sonaban apetecedoras para la consecución de riquezas naturales.

3.9. Los Estados que fueron pioneros en reclamar derechos sobre porciones marinas

3.9.1. México

En su declaración presidencial del 29 de octubre de 1945 fija la plataforma continental abarcando todos los recursos de ella, como también se reservó los derechos de vigilancia, utilización y conservación de las zonas de pesca.[32]

---

27 LACLETA MUÑOZ, José Manuel; ALMAZÁN GÁRATE, José Luis y MONTERO ESTEPA, Manuel. «El Régimen Jurídico de los Espacios Marinos». En *Derecho Español e Internacional*. Madrid: Universidad Politécnica De Madrid, Octubre 2007, El desarrollo histórico del derecho del mar hasta la Segunda Guerra Mundial.

28 Malcolm D. Evans, «The Law of the sea». En EVANS, Malcolm D. *International Law*. Oxford: University Press, 2006, pp. 623-655 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62.

29 CAMARGO, Pedro Pablo. *La Convención sobre el Derecho del Mar*. Bogotá: Temis, 1984, p. 11.

30 Franco Nicolás Salom, o*p. cit.*, p. 27 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62.

31 *Ibidem*.

32. Sergio Teitelboim, *Chile y la soberanía en el mar*, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1965, p. 61. Citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62

3.9.2. Panamá

Consagró en su Constitución que la plataforma submarina pertenece al territorio nacional y el Decreto 449 de 17 de diciembre de 1946 extiende la jurisdicción de la República en materia de pesca en toda la extensión de las aguas supra adyacentes de la plataforma.[33]

3.9.3. Filipinas

Por la ley 387 de 18 de junio de 1948 establece que los yacimientos de petróleo que se encuentren en la plataforma continental pertenecen al Estado.[34]

3.9.4. Chile y Perú. Precedente formativo de la costumbre y soberanía

La particularidad de este periodo en el desarrollo del derecho marítimo radica en la «unilateralidad».[35] Las proclamaciones del presidente Truman fueron aplicadas en Chile y Perú mediante declaraciones o actos de igual naturaleza unilateral hechas por los respectivos presidentes en 1947.[36] Se constituyó un precedente que fue un elemento formativo de la costumbre, la cual requería una reiteración de hechos semejantes, pero no era costumbre aun ya que, vale la pena denotar que las proclamaciones del presidente Truman no trataban de la soberanía o de dominio marítimo del Estado costero sobre las aguas supra adyacentes a la plataforma, sin embargo, las posteriores proclamaciones y declaraciones expresaban diferencias con respecto a la doctrina Truman.[37]

Perú y Chile deciden de igual forma extender su soberanía a zonas marinas y submarinas adyacentes a sus costas en una extensión de 200 millas náuticas, los dos Estados reclamaban para sí soberanía en la plataforma continental adyacente a sus costas e islas sin límite alguno de profundidad. La declaración chilena fue suscrita por el presidente Gabriel González Videla en 1947, y en Perú, el presidente José Luis Bustamante y Rivero el mismo año consagra la reclamación en el Decreto Supremo 781 de 1 de agosto de 1947.[38]

El texto chileno no consagraba la figura de la zona contigua, en él, se hace referencia al zócalo continental o plataforma submarina y a los «mares adyacentes a sus costas» cualquiera que fuese su profundidad en una extensión de 200 millas náuticas, con lo que se alteran los principios que estaban vigentes sobre la libertad de navegación y pesca en altamar, sin embargo, esta declaración chilena y el decreto supremo peruano garantizaban la libertad de navegación por fruto de su voluntad unilateral. Valga la pena mencionar que la proclamación del presidente Truman y de Ávila Camacho en México no se refería a una reclamación de la soberanía, es más, evitaron el término y se limitaban a extender su dominio marítimo a la plataforma continental y a la conservación de los recursos pesqueros del mar adyacente a sus costas, esto muy distinto a una reclamación sobre las 200 millas en ese mar.

3.9.5. Argentina

Por su parte, en el decreto 14708 del 11 de octubre de 1946 trató el asunto del mar «epicontinental» y al «zócalo continental» sin establecer el límite de 200 millas.[39] Sin embargo, otros Estados mediante actos internos establecen el precedente dictado anteriormente.

---

33 *Ibidem*.
34 *Ibidem*.
35 *Ibidem*.
36 Franco Nicolás Salom, o*p. cit.*, p. 27 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62.
37 VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El nuevo derecho del mar*. Bogotá: Temis, 1976, p. 27.
38 *Idem*, 67.
39 *Ibidem*.

3.9.6. Honduras

Por decreto declara en 1951 la soberanía que se extiende en la plataforma continental e insular del territorio nacional tanto sobre sus aguas como sobre su plataforma cualquiera que fuera su profundidad. Reclama también las riquezas en dicha plataforma y en las aguas supra adyacentes, constituyen el dominio inalienable e imprescriptible de su nación. Establece que el Estado puede delimitar la zona de protección de caza, pesca y explotación de las aguas sometidas a la jurisdicción estatal.[40]

3.10. Efectos de la acción del Perú y Chile

La trascendental acción así adoptada casi simultáneamente por Chile y Perú no fue objeto al principio de muchos comentarios, poco preparada como estaba la opinión pública para captar plenamente su alcance y significado. La reacción de afuera no tardó en manifestarse en la forma de reservas oficiales de parte de ciertos poderes marítimos, como el Reino Unido y los Estados Unidos. Consideraban que nuestras reivindicaciones eran contrarias al derecho internacional. Luego de nuestras respuestas con argumentos de apoyo, empezó un debate general que ha durado años. De este debate, lo que al principio pudo haber sido solo una tesis, puede decirse que ha emergido una doctrina que no ha cesado de ganar.[41]

3.11. El pensamiento del presidente José Luis Bustamante y Rivero y del canciller Enrique García Sayán

El canciller Enrique García Sayán, quien fue ministro de Relaciones Exteriores del Perú, durante el gobierno del presidente Bustamante y Rivero, firmó el Decreto Supremo del 1 de agosto de 1947, señaló lo siguiente:

> Creo oportuno decir aquí que el límite de las 200 millas nunca se declaró con un sentido de aplicación universal. Se justificaba en países como Perú y Chile, con inmensos espacios oceánicos frente a sus costas, prácticamente, no tocados por actividades pesqueras foráneas, con problemas socio-económicos para los cuales los recursos marítimos ofrecían una solución. Sin perder de vista que el derecho internacional es en principio uno y uniforme, que siempre ha buscado formular reglas generales aplicables a todos los Estados, seguimos creyendo que es posible, sin renunciar a esta idea, considerar la elaboración de reglas tales que puedan ser adaptadas a la particular situación de ciertos Estados.[42]

Por otro lado, el presidente Bustamante, señaló en 1974, lo siguiente:

> A fines de este mes se iniciaron en Caracas las deliberaciones ·de la *Conferencia mundial sobre Derecho del* Mar convocada por Naciones Unidas, con la perspectiva de continuar en una segunda reunión en 1975, habrá de completar y revisar los deficientes y discutibles resultados que alcanzaron en esa rama jurídica las *Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960*. Hace falta una divulgación de este tema. Era indispensable un certamen internacional para poner al día, las, ya caducas, instituciones del antiguo Derecho Marítimo, pues el vertiginoso desenvolvimiento que en el presente siglo han alcanzado ciertos fenómenos sociales (tales como la superpoblación humana, la escasez de alimentos, la contaminación atmosférica y marina, el admirable avance de la tecnología y la evolución de las tendencias sociológicas bajo el influjo de dos guerras mundiales, determina un profundo impacto en el Derecho y ha dejado rezagados muchos vigentes mecanismos del ordenamiento social.[43]
>
> De ahí que tenga yo, como seguro, que el fracaso virtual de las dos citas de Ginebra mencionadas arriba obedeció a que en ellas parecía ignorarse la verdadera dimensión de aquellos fenómenos y, por timidez o por cautela, se acudió a reformas de simple remiendo o de cariz transaccional, sin dar la debida importancia a algo que debió ser y debe seguir siendo el supremo concepto

---

40 Sergio Teitelboim, p. 61 citado en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Op. cit.*, p. 62.

41 GARCÍA SAYÁN, Enrique. *Op. cit.*

42 *Ibidem*.

43 BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis. «El derecho del mar y la Conferencia de Caracas». En *Revista Derecho*, n.° 32, 1974, p. 18.

inspirador de la reforma en la legislación marítima, a saber: la necesidad de crear un derecho *nuevo*, acorde con las necesidades de los pueblos del mundo en que hoy vivimos y no vaciado en esquemas fenecidos e inoperantes.[44]

3.12. El Decreto Supremo n.° 781 de 1 de agosto de 1947, dictado por el gobierno del presidente Bustamante

Decreto Supremo n.º 781

El Presidente de la República

CONSIDERANDO:

Que la plataforma submarina o zócalo continental forma con el continente una sola unidad morfológica y geológica;

Que en dicha plataforma continental existen riquezas naturales cuya pertenencia al patrimonio nacional es indispensable proclamar;

Que es igualmente necesario que el Estado proteja, conserve y reglamente el uso de los recursos pesqueros y otras riquezas naturales que se encuentren en las aguas epicontinentales que cubren la plataforma submarina y en los mares continentales adyacentes a ella, a fin de que tales riquezas, esenciales para la vida nacional, continúan explotándose o se exploten en lo futuro, en forma que no cause detrimento a la economía del país ni a su producción alimenticia;

Que la riqueza fertilizante que depositan las aves guaneras en las islas del litoral peruano requiere, también, para su salvaguardia, la protección, conservación y reglamentación del uso de los recursos pesqueros que sirven de sustento a dichas aves;

Que el derecho a proclamar la soberanía del Estado y la jurisdicción nacional sobre toda la extensión de la plataforma o zócalo submarino, así como sobre las aguas epicontinentales que los cubren y sobre las del mar adyacente a ellas, en toda la extensión necesaria para la conservación y vigilancia de las riquezas allí contenidas, ha sido declarado por otros Estados y admitido, prácticamente, en el orden internacional (Declaración del Presidente de los Estados Unidos de América del 28 de septiembre de 1945; Decreto del Presidente de México del 29 de octubre de 1945; Decreto del Presidente de la Nación Argentina del 11 de octubre de 1946; Declaración del Presidente de Chile del 23 de junio de 1947);

Que el artículo 37 de la Constitución del Estado establece que las minas, tierras, bosques, aguas y en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos;

Que en ejercicio de la soberanía y en resguardo de los intereses económicos nacionales, es obligación del Estado fijar, de una manera inconfundible, el dominio marítimo de la Nación, dentro del cual deben ser ejercitados la protección, conservación y vigilancia de las riquezas naturales antes aludidas;

Con el voto consultivo del Consejo de Ministros:

DECRETA:

1.- Declárase que la soberanía y jurisdicción nacionales se extienden a la plataforma submarina o zócalo continental o insular adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional cualesquiera que sean la profundidad y extensión que abarque dicho zócalo.

2.- La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen, también. sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional, cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren.

---

44 *Ibidem*.

> 3.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Estado se reserva el derecho de establecer la demarcación de las zonas de control y protección de las riquezas nacionales en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del Gobierno del Perú y de modificar dicha demarcación de acuerdo con las circunstancias sobrevinientes por razón de los nuevos descubrimientos, estudios e intereses nacionales que fueren advertidos en el futuro; y, desde luego, declara que ejercerá dicho control y protección sobre el mar adyacente a las costas del territorio peruano en una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de doscientas millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos.
>
> Respecto de las islas nacionales esta demarcación se trazará señalándose una zona de mar contigua a las costas de dichas islas, hasta una distancia de doscientas millas marinas medidas desde cada uno de los puntos del contorno de ellas.
>
> 4.- La presente declaración no afecta el derecho de libre navegación de naves de todas las naciones, conforme al Derecho Internacional.
>
> Dado en la Casa de gobierno, en Lima, el día primero de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.
>
> J.L. Bustamante i R. E. García Sayán[45]

CONCLUSIONES

De este breve recuento histórico es posible concluir que las regulaciones del antiguo Derecho del Mar obedecieron a los intereses de las grandes potencias marítimas (*talasocracia*).

La regla de las tres millas nunca tuvo aceptación universal y no es aplicable a nuestra época porque tiene como fundamento el alcance el disparo de cañón, lo cual es un argumento, absolutamente, obsoleto.

El fracaso de la Conferencia de La Haya de 1930, se explica porque no fue posible adoptar un solo régimen para el mar territorial sí se tiene en cuenta que la diversidad de factores de orden geográfico, económico y político que sirven de fundamento a los derechos de soberanía marítima.

En el mundo antiguo y contemporáneo hay dos tipos de Estado, aquellos que son hegemónicos y consideran los mares del mundo como suyos y aquellos Estados que sin hegemónicos tienen un gran mar y además riquezas en sus costas que deben de cuidar de la depredación.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS-SCHERIBER PEZET, Alfonso. «La evolución del Derecho del Mar y la participación del Perú en ese proceso (Primera parte)». En *Política Internacional. Academia Diplomática del Perú. Javier Pérez de Cuéllar,* n.° 101-102. 40 Aniversario de la Revista de la Academia Diplomática, 2011, p. 108. https://www.adp.edu.pe/uploads/revista/16-08-22-123486439.pdf

BELTRÁN HERNÁNDEZ, Yanin. *La importancia del Golfo de California y la protección de sus recursos naturales de acuerdo a la Convemar; una aproximación jurídica*. Tesis de licenciatura. Universidad Panamericana, 2011.

BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis. «El derecho del mar y la Conferencia de Caracas». En *Revista Derecho*, n.° 32, 1974, p. 18.

CAMARGO, Pedro Pablo. *La Convención sobre el Derecho del Mar*. Bogotá: Temis, 1984, p. 11.

[45] Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, portal institucional.

FERNÁNDEZ, Roberto. «Talasopolítica vs. talasocracia: Una opción para potencias medianas y pequeñas». En *IV Congreso de Relaciones Internacionales. VII Jornada sobre el Medio Oriente. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 26 al 28 de noviembre de 2008*, p. 2. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/40728/Documento_completo.pdf.out.pdf?sequence=1&isAllowed=y

FERRERO REBAGLIATI, Raúl. «La soberanía marítima hoy». En D*erecho PUCP*, n.° 32, 1974, p. 29. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/641, p. 29.

GARCÍA SAYÁN, Enrique. «La doctrina de las 200 millas y el derecho del mar». En *Derecho PUCP*, n.° 32, 1974.

GODIO, Leopoldo. «El derecho del mar contemporáneo. Evolución y desarrollo del derecho del mar». I*, II y III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, p. 1.

LACLETA MUÑOZ, José Manuel; ALMAZÁN GÁRATE, José Luis y MONTERO ESTEPA, Manuel. «El Régimen Jurídico de los Espacios Marinos». En *Derecho Español e Internacional*. Madrid: Universidad Politécnica De Madrid, Octobre 2007, El desarrollo histórico del derecho del mar hasta la Segunda Guerra Mundial

MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón y VEGA BARBOZA, Giovanny. *Tratado del Derecho del Mar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PERILLIER, Louis. *La mer internationale et le nouveau droit de la mer*. París: Académie des Sciences d'Outre-Mer, s. f.

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA APLICACIÓN DE LA LEY

Fernando Vidal Ramírez[*]

La aplicación de la ley como medio de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional ha recibido siempre un especial tratamiento en la teoría del derecho y del derecho procesal civil, es el tema del ensayo que he escogido, ahora, para sumarme al merecido homenaje a Ulises Montoya Alberti.

Con Ulises me ha unido una sólida amistad que se remonta a las aulas sanmarquinas cuando estudiantes y mantenida en las mismas aulas como docentes, así como en nuestro ejercicio profesional y en la conducción del Colegio de Abogados de Lima.

Fui, como Ulises, alumno de su padre, don Ulises Montoya Manfredi, uno de los grandes maestros sanmarquinos, en la vieja casona de San Marcos.

Con este preámbulo inicio el desarrollo del tema escogido.

-.-

El derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho fundamental de la persona, aun cuando no esté establecido expresamente en el artículo 2 de la Constitución Política, que tan solo hace una referencia a la tutela jurisdiccional en el numeral 3 de su artículo 139, al enumerar los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, integrando el vacío, lo reconoce en favor de toda persona, tanto para el ejercicio como para la defensa de sus derechos, mediante la aplicación de la ley.

La ley es la fuente formal del derecho por excelencia, tanto la emanada del Poder Legislativo, como los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo, de conformidad con la Constitución Política. Su conglomerado, guardando su orden jerárquico, conforman el derecho positivo, en general, y el derecho privado, en especial, en cuanto norman la conducta humana en sus relaciones intersubjetivas y sociales con la finalidad de crear un orden justo en procura del bien común.

La teoría del derecho considera a la ley en su prevalencia respecto de las demás fuentes formales, como son la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La costumbre, que no es ni puede ser una norma escrita, se genera espontáneamente en las agrupaciones sociales que la aceptan y le dan una finalidad normativa. Pero, la prevalencia de la ley se evidencia cuando permite su aplicación cuando no la contraviene, permitiendo la formación de un derecho consuetudinario si, además, a la costumbre hace referencia o se remite a la norma legal.

El Código Civil le ha dado relevancia a la costumbre cuando las califica de «buenas costumbres» cuando, no siendo contrarias a la moral, la sociedad las acepta y tienen el amparo de la ley, pues de lo contrario pueden dar lugar a la nulidad del acto jurídico, como lo tiene previsto el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y constituyen una cláusula de nulidad absoluta, conforme a lo previsto en el numeral 8 de su artículo 219.

---

[*] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Exdecano del Colegio de Abogados de Lima.

La jurisprudencia, como fuente formal del derecho, se forma en los órganos jurisdiccionales de última y definitiva instancia, como es la función casatoria inherente a la Corte Suprema de la República. Pero la ley tiene también prevalencia, pues la jurisprudencia se configura como resultado de su interpretación y, el criterio jurisprudencial, así formado, determina precedentes que pueden ser aplicados a la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.

La doctrina, por último, que se forma como consecuencia del estudio interpretativo que realizan los juristas, tiene también la prevalencia de la ley. Las opiniones de los juristas son solo ilustrativas y se requiere que se haya formado una opinión dominante. La doctrina, entonces, cuando es dominante, puede ser aplicada para dar efectividad al derecho a la tutela jurisdiccional.

El ordenamiento legal, que debe correlacionarse al ordenamiento jurídico, que se forma de conformidad con los preceptos constitucionales, está constituido por el conglomerado de leyes y demás normas legales, que deben declarar los derechos y deberes que corresponden a las personas en su conducta intersubjetiva y por su participación en la vida social, que puede generar conflictos de intereses o controversias por diversas causas y razones, que deben ser resueltas y solucionadas. Para tal finalidad se ha dado creación a los órganos jurisdiccionales que corresponden a la jurisdicción ordinaria y se ha reconocido la jurisdicción arbitral. Es ante estos órganos ante los cuales se ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional que declara el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

El sometimiento del conflicto de intereses o de la controversia para su solución por un órgano jurisdiccional, conforman el litigio, del latín *litigium*, que da lugar a la formación de un proceso en el que se fundamentan las pretensiones de una parte o se cuestionan por la otra parte, con el patrocinio de un abogado. El proceso concluirá con la declaración del derecho o del deber jurídico de quien lo viene alegando o con la constitución del derecho o del deber jurídico a quien le corresponda, como consecuencia de la aplicación de la ley.

En mi experiencia es solo con la ley como se da solución a los conflictos de interés o controversias que se ventilan ante los órganos jurisdiccionales. Pero su aplicación conlleva los criterios jurisprudenciales y los de la doctrina dominante. En mi experiencia, nunca he invocado una costumbre ni tengo conocimiento que se haya aplicado el derecho consuetudinario en una sentencia casatoria, lo que me conduce a detenerme en la costumbre, pues en los estudios sobre el derecho y su entorno teórico, se le da relevancia como fuente formal.

El derecho consuetudinario se originó en las sociedades primitivas regidas por sus tradiciones y costumbres, desde luego, no escritas. Fue así que el derecho romano, según Petit,[1] no tuvo más fuente jurídica que la costumbre hasta la vigencia de la Ley de las XII Tablas, con la que la *consuetudo* cedió ante la *lex*, conformándose el *ius scriptum*.

En la evolución histórica del derecho romano los romanistas destacan las diversas compilaciones de leyes y de la jurisprudencia, hasta llegar a la compilación que reconocen como compilación justinianea, editada por primera vez en 1583 con la denominación *corpus juris civiles*,[2] cuya divulgación dio origen a su estudio por los denominados glosadores que centraron sus estudios con relación a las personas y en sus relaciones entre ellas y sus bienes.

El *corpus iuris civiles*, y sus glosas, se consideran el origen remoto del derecho civil y, como consecuencia del fenómeno de su recepción en el mundo occidental y cristiano, dio origen al sistema romano-civil, que tuvo su primera expresión en el Código Civil francés de 1804, el cual, junto con el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942, constituyen los tres grandes hitos en el proceso histórico de la codificación civil.

---

1 PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. México D.F.: Ediciones Selectas, 1982, p. 36.

2 IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 70 y ss.

En nuestro territorio, durante el incanato rigió un derecho consuetudinario basado en tradiciones y costumbres, algunas de las cuales han subsistido, como el ayllu y el servinacuy que, hasta la actualidad rigen en las comunidades campesinas y nativas.

Como consecuencia de la conquista y el establecimiento del virreinato, comenzó a regir el derecho hispano, particularmente el de Castilla, como derecho escrito y yuxtapuesto al consuetudinario, determinando la formación del derecho de indias o indiano que, como derecho escrito, fue también objeto de recopilaciones.

Al concluir el proceso de la emancipación política y fundarse la República, ya se había producido el trasplante que España había engendrado en relación con la familia, la propiedad y la contratación, por lo que, según Basadre,[3] se produjo una gran confusión por la adecuación de la legislación entonces vigente al nuevo orden establecido que, en materia civil, haría necesaria la codificación, no solo en el Perú sino también en los demás países de Ibero América. Fue así como el ordenamiento legal fue atendiendo al sistema jurídico romano-civil, acogido por el Código Civil francés de 1804, el denominado Código Napoleón, que desplegó su poderosa influencia, particularmente en la codificación civil del siglo XIX.

Fundada la República, y durante la Confederación Perú-Boliviana (1836-1839), se adoptó el Código Civil boliviano de 1831, pero sin que alcanzara una vigencia real ni efectiva. Pocos años después tampoco alcanzó vigencia el proyecto de Código Civil que había redactado Manuel Lorenzo de Vidaurre.[4]

La codificación civil peruana tiene propiamente su inicio en 1852, como obra de la Comisión nombrada por el presidente Ramón Castilla en 1845 y por la comisión encargada de la revisión del proyecto nombrada en 1849 por el presidente José Rufino Echenique, quien lo promulgó por Ley de 29 de diciembre de 1851 para que iniciara su vigencia el 29 de julio de 1852. Durante el proceso de su redacción y al inicio de su vigencia, regía la Constitución Política de 1839.

El Código Civil de 1852 pretendió dar unidad y coherencia al derecho privado para facilitar la labor de los magistrados y de los abogados; sin embargo, poco tiempo después se le introdujeron importantes modificaciones, pues en 1854 se abolió la esclavitud, en 1861 se dictaron leyes en atención a la inmigración extranjera, en 1864 se inició la redención de los censos y capellanías, en 1911, se consolidaron las enfiteusis, a partir de 1889 se puso en evidencia la desactualización de su normativa en materia de derecho internacional privado, como lo puso en evidencia el Congreso de Derecho Internacional realizado en Montevideo, Uruguay, en 1890 se reconoció la validez de las obligaciones contraídas por la mujer casada y, desde 1897, el matrimonio, solo válido para los católicos, se hizo permisivo para no católicos, lo que determinó que en 1930 se le diera validez y eficacia al matrimonio civil. Fue así, que todas estas modificaciones produjeron su obsolecencia.

Con la finalidad de modernizar el ordenamiento civil, en 1922, el gobierno del presidente Augusto B. Leguía nombró una comisión que, denominada como Comisión Reformadora, tomó la decisión de dotar al país de un nuevo Código Civil. Para entonces estaban ya en vigencia desde 1855 el Código Civil chileno, obra de Fernando Bello y, desde 1871 el Código Civil argentino, obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, este último adoptado por Ecuador, Colombia y Venezuela. En 1989 se había promulgado el Código Civil español, en 1900 iniciaría su vigencia el Código Civil alemán, el segundo hito en la evolución de la codificación civil y, en 1916, el Código Civil brasileño.

Las labores de la Comisión Reformadora se iniciaron bajo la vigencia de la Constitución Política de 1920 y se concluyeron iniciada ya la vigencia de la Constitución de 1933.

---

3 BASADRE, Jorge. *Historia del derecho peruano*. Lima: Studium, 1988, p. 323.

4 Vide de RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia de derecho civil peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001, tomo I, p. 165.

El Código Civil de 1936 fue promulgado mediante Decreto Supremo de 30 de agosto de 1936, en virtud de la Ley n.° 8305 que autorizó al gobierno a promulgarlo, entonces presidido por el general Oscar R. Benavides, estableciendo una *vacatio legis* para que iniciara su vigencia el 14 de noviembre del mismo año de 1936.

El Código Civil de 1936, derogatorio del Código Civil de 1852, recepcionando la influencia de la doctrina francesa y la del *BGB* alemán de 1900, pretendió ser un código técnico y, con tal fin, no incurrió en la definición de los conceptos. Pero constituyó un efectivo avance en la modernización de nuestro derecho civil.

En efecto, le dio tratamiento amplio a las personas como sujetos de derecho y reconoció la existencia de las personas jurídicas y de las organizaciones comunales andinas, estableciéndoles, a estas, un tratamiento legislativo. En materia de familia modernizó el régimen del matrimonio que ya, desde 1930, debía ser civil. En materia de derechos reales solo reconoció las garantías anticréticas, hipotecarias y prendarias. En materia de obligaciones y contratos introdujo la conceptuación del acto jurídico y manteniendo la clásica distinción de las obligaciones en dar, hacer y no hacer, modernizó su régimen y dio presencia a las normas de conexión en materia de derecho internacional privado.

En 1942 inició su vigencia el Código Civil italiano, en plena Segunda Guerra Mundial y antes de la caída del fascismo. No obstante, el periodo de su gestación y el año de su promulgación nunca ha sido calificado de fascista, pues continuó rigiendo en la Italia democrática. Por ello, por su poderosa influencia y la de sus doctrinarios, lo hemos calificado como el tercer hito en la historia de la codificación civil.

El Código Civil italiano se constituyó como un significativo avance en pro de la unificación del derecho privado al legislar sobre materias, como la comercial, que correspondía a un ámbito jurídico distinto. Pero su mayor innovación la introdujo en el tratamiento del derecho de las personas al legislar, en relación con las personas naturales, los actos de disposición de órganos y tejidos y aún del propio cuerpo después del fallecimiento y a la protección de la imagen y de la voz.

Atendiendo a la influencia que el Código italiano había generado, en especial en el ámbito del derecho de las personas, 1965 se consideró necesaria la revisión del Código Civil de 1936 y se nombró una Comisión con el encargo de introducirle enmiendas, sobre todo en el derecho de las personas, y de actualizarlo. Pero la Comisión Reformadora, así denominada, considerando que la introducción de enmiendas podía hacerle perder organicidad y coherencia, acordó la redacción de un nuevo Código Civil. Para entonces mantenía su vigencia la Constitución Política de 1933 y pocos años después, en 1968, al producirse la ruptura del orden constitucional y ascender a la dirección del Estado las Fuerzas Armadas, se introdujeron cambios en la estructura jurídica del país, por lo que la Comisión Reformadora estuvo prácticamente en receso hasta la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1979, que inició su vigencia el 28 de julio de 1980, hasta su derogación por la de 1993.

Presentado el Proyecto de Código Civil, el Poder Ejecutivo, entonces presidido por Fernando Belaunde Terry, dispuso su sometimiento al Congreso de la República que nominó una Comisión Revisora del Proyecto. Cumplida la tarea revisora, mediante Decreto Legislativo n.° 295 de 24 de julio de 1984 se promulgó el actual Código Civil para que iniciara su vigencia el 14 de noviembre de 1984, como un homenaje a los codificadores de 1936.

Como es sabido, el Código Civil es un cuerpo de leyes que norma las relaciones jurídicas de las personas naturales y de las personas jurídicas generadas por hechos jurídicos que producen derechos y obligaciones. Tales hechos cuando son lícitos, voluntarios y la voluntad se da a conocer mediante una manifestación se constituyen en actos jurídicos que crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas, cuyo ámbito normativo corresponde al derecho privado.

Sin embargo, la aplicación de la ley, en el ámbito del derecho privado, no está referida solo al Código Civil, sino también al conglomerado normativo que constituye el ordenamiento legal y aun al ordenamiento jurídico.

El ordenamiento legal está sujeto al orden jerárquico preceptuado por el artículo 51 de la Constitución Política, que hace prevalecer a la norma constitucional sobre toda norma legal, incluidas las leyes orgánicas previstas en el artículo 106 y los decretos legislativos que puede dictar el Poder Ejecutivo de conformidad con el artículo 104.

El Código Civil tiene el más amplio y general ámbito de aplicación, pues constituye el derecho común y sus normas tienen una función supletoria en la normativa comprendida dentro del derecho privado, aunque dentro de la cual existen normas imperativas o de orden público.

El conglomerado normativo que constituye el ordenamiento legal del país ha sido sectorializado, según el ámbito destinado a su aplicación y en atención a la actividad económica que desarrollan los sujetos de derecho, mediante las leyes orgánicas, que tienen un procedimiento especial para su aprobación que le determina una mayor jerarquía, y las leyes especiales, dentro de las cuales se consideran los decretos legislativos, que puede dictar el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso de la República, conforme al artículo 104 de la Constitución Política.

Al conglomerado normativo anteriormente descrito se suman los decretos supremos, que el artículo 118 de la Constitución autoriza al Presidente de la República a promulgar con la finalidad de reglamentar las leyes, así como los decretos legislativos dictados por delegación del Poder Legislativo y los decretos de urgencia, dictados por el Poder Ejecutivo cuando así lo requiere el interés nacional. Adicionalmente se suman al mismo conglomerado las resoluciones que dictan los diversos órganos del Estado, sean del Gobierno central, regional o municipal.

Como ya hemos advertido, el conglomerado normativo conforma el derecho positivo que en Roma dio lugar a ordenarlo mediante la *summum divisio iuris*, esto es, en su división en derecho privado, *ius privatum*, y en derecho público, *ius publicum*.

La *summa divisio iuris*, desde el derecho romano y hasta el derecho moderno, ha permitido sistematizar los ordenamientos legales que, independientemente de los textos constitucionales, distinguen, por ejemplo, al derecho civil, como expresión del derecho privado, y al derecho penal, como expresión del derecho público, que se manifiestan mediante el Código Civil y el Código Penal.

Los límites del derecho privado como los del derecho público, son infranqueables; sin embargo, en la normativa del derecho privado existen normas que prevalecen por ser imperativas por estar fundadas en consideraciones de orden público, pues se trata del interés social que debe prevalecer sobre el interés privado.

Habiendo dado relevancia a la *summa divisio iuris* en cuanto a la sistematización de los ordenamientos legales, debemos advertir que las disciplinas jurídicas que han ido apareciendo, y seguirán apareciendo, dando lugar a las denominadas ramas del derecho, pueden no ubicarse, con claridad definitoria, en los ámbitos del derecho público o del derecho privado, por lo que su ubicación dependerá de su normativa, según se haga prevalecer o no el interés privado o el público.

El conglomerado normativo al que nos venimos refiriendo como ordenamiento legal forma parte del ordenamiento jurídico, en cuanto que a este se integran, además, las costumbres calificadas de buenas, la jurisprudencia casatoria cuando se declara como precedente y la doctrina que se declare autorizada, así como los principios generales del derecho admitidos por consenso jurídico, pero que no están incorporados a las normas y les sirven de sustento axiológico y se expresan, por lo general, mediante los aforismos romanos.

Las personas, sean físicas o jurídicas, como sujetos de derecho, desde que nacen o se constituyen, dan creación a relaciones y situaciones jurídicas, adquiriendo derechos, contrayendo deberes jurídicos y obligaciones, así como responsabilidades.

Las relaciones se originan como consecuencia de los hechos que se califican de jurídicos o, mejor, de jurígenos, como es el caso de un accidente de tránsito entre el autor del daño y la víctima, así como de los actos jurídicos que las crean mediante una manifestación de voluntad que, además, las regula, las modifica y aun las extinguen.

Cada relación jurídica es intersubjetiva, y en ella se da cabida a derechos y a deberes jurídicos, entre los cuales se considera a las obligaciones, por su contenido creditorio o patrimonial. La relación jurídica es determinante de la situación jurídica, pues de ella sobrevienen la situación de acreedor o la situación de deudor, por ejemplo. La responsabilidad, en el ámbito privado, pueden generarla el ejercicio irregular o abusivo del derecho o el incumplimiento de los deberes jurídicos o la inejecución de las obligaciones.

Los derechos generados por los hechos jurídicos y los actos jurídicos tienen la protección de la ley y del Estado mediante la jurisdicción que corresponde al Poder Judicial, a la que se accede mediante el ejercicio de la acción, que es el medio para hacer valer las pretensiones que confiere el derecho subjetivo a su titular para alcanzar la tutela jurisdiccional mediante un debido proceso, que puede también formalizarse ante la jurisdicción arbitral, que tiene ya reconocimiento constitucional.

El derecho a la tutela jurisdiccional corresponde ejercitarlo ante la jurisdicción ordinaria así como también ante la jurisdicción arbitral, cuando los interesados han celebrado el correspondiente convenio arbitral. La jurisdicción ordinaria y la arbitral, tienen su base en la Constitución Política y, obviamente, en el ordenamiento legal y jurídico.

El ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional está normado por el Título Preliminar del Código Civil, cuyo artículo IV exige un legítimo interés económico o moral y, el del Código Procesal Civil, cuyo artículo I le da el carácter de derecho fundamental de la persona, ambos de aplicación extensiva en materia constitucional y aún arbitral, aunque en esta con la limitación de que se trate de materias susceptibles de arbitraje, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1071, que lo norma.

En consecuencia, el derecho a la tutela jurisdiccional puede ser ejercitado tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante la jurisdicción arbitral, en este caso, cuando existe el denominado convenio arbitral.

Para la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, al órgano jurisdiccional ordinario, conforme a las disposiciones del Título Preliminar del Código Procesal Civil, le corresponde la dirección del proceso y darle el impulso que sea necesario (artículo II) hasta resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica que lo hayan motivado (artículo III) mediante la aplicación de la norma que corresponda, aunque no haya sido invocada por las partes o la hayan invocado erróneamente (artículo VII). La aplicación de la ley requiere de su interpretación, atendiendo a los términos en que ha sido redactada y a su conformidad con el orden jerárquico al que está sometida, no pudiendo ser interpretada por analogía cuando medien excepciones o restricciones de derechos, conforme a lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Para la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, al órgano jurisdiccional arbitral, conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo n.° 1071 - ley normativa del arbitraje, le corresponde comprobar la existencia del convenio arbitral y si la controversia que se le somete es sobre materia de libre disposición o permitida por la ley (artículo 2), dirigir las actuaciones arbitrales y resolver la controversia mediante un laudo (artículo 3.3) y desde luego, haber observado las garantías del debido proceso.

El derecho a la tutela jurisdiccional puede ser ejercitado activa o pasivamente, esto es, como parte activa, ejercitando la acción para hacer valer las pretensiones que su derecho le confiere, como también como parte pasiva, cuestionando las pretensiones y contestándolas y, aún, reconvenir con las pretensiones que, a su vez, deriven de su derecho.

Postulado el proceso, corresponde al órgano jurisdiccional dirigirlo con plena observancia de las garantías precisadas por el artículo 139 de la Constitución, entre ellas, la pluralidad de la instancia, así, como con la observancia de las denominadas garantías del debido proceso, que se inspiran en principios de equidad, a las que tienen derecho ambas partes. La controversia debe ser resuelta mediante la aplicación de la ley.

La instancia que conoce inicialmente las pretensiones que conlleva el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional, tanto por la parte activa como por la pasiva, es la que resuelve la controversia mediante sentencia o laudo, piezas contra las cuales se puede hacer valer la garantía de la pluralidad de instancias mediante los recursos correspondientes.

Si la controversia se ventila en la jurisdicción ordinaria las instancias están determinadas por los órganos de la Corte Superior de Justicia constituida en el distrito judicial correspondiente, que conoce de los recursos de apelación y dicta la denominada sentencia de vista, contra la cual puede ejercitarse el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de la República, cuya decisión es definitiva y produce la conclusión del proceso

Si la controversia se ventila en la jurisdicción arbitral, el laudo que la resuelve puede ser objeto de solicitudes de rectificación, interpretación, de integración o exclusión, que no son impugnatorias y que pueden o no ser absueltas por el mismo tribunal arbitral, deviniendo el laudo en definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la ley normativa del arbitraje permite la impugnación del laudo mediante un recurso de anulación si el laudo ha incurrido en alguna de las causales previstas en la misma ley. Se interpone ante la Corte Superior de Justicia del distrito judicial correspondiente y contra lo que resuelva puede interponerse recurso de casación, pero sin que el órganos jurisdiccional se pronuncie, porque le está prohibido, sobre el fondo de la controversia y sobre el contenido del laudo o los criterios o motivaciones o interpretaciones que expone, sino solo si se ha configurado o no la causal invocada y que sustenta el recurso.

Como puede colegirse, los magistrados que integren los órganos jurisdiccionales ordinarios, los árbitros y los abogados, deben tener una adecuada formación jurídica para aplicar los principios y las leyes que integran el ordenamiento jurídico y legal. Los magistrados, respecto de la especialidad del órgano jurisdiccional que integren, los árbitros respecto de las materias susceptibles de arbitraje y, los abogados, respecto de las materias respecto de las cuales prestan su patrocinio al derecho a la tutela jurisdiccional.

En conclusión, correspondiendo a los magistrados y a los árbitros otorgar una efectiva tutela jurisdiccional, están sometidos al principio general de derecho expresado en el aforismo romano *iura novit curia* receptado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual, al otorgarse la tutela jurisdiccional, se debe aplicar la ley que corresponda, aunque no haya sido invocada por las partes del proceso o haya sido invocada erróneamente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Introducción a la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Ediciones Peruanas, 1965.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

BASADRE, Jorge. *Historia del derecho peruano*. Lima: Studium, 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1995.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1983.

PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. México D.F.: Ediciones Selectas, 1982.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia de derecho civil peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1984.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA

Mario Amoretti Pachas[*]

1. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El literal f) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución prevé: «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado por del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito». El artículo 7.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos propone: «Nadie puede ser privado de libertad física, salvo por las causas y en condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas». Entre otros instrumentos de protección a los derechos humanos, de acuerdo a dichas disposiciones, la libertad no es un derecho absoluto y, como tal, su ejercicio puede ser regulado legislativamente al estar sujeto a restricciones.

El derecho a la libertad y seguridad personales tiene protección legalmente por acuerdos internacionales y en nuestra Constitución, lo que garantiza que nadie puede ser detenido por mandato judicial y por la Policía en flagrante delito.

2. VALOR CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL

Exp. n.° 08095-2013-PHC/TC, 11/03/2015:

> La libertad personal es un derecho subjetivo reconocido en el inciso 24) del artículo 2 de la constitución política del Estado y, al mismo tiempo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado constitucional de derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales, a la vez que justifica la propia organización constitucional.
>
> En cuanto derecho subjetivo garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, la libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden cualquier supuesto de privación de libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según lo señala el artículo 9 de la declaración universal de derechos humanos y el artículo 7.3 de la convención americana de derechos humanos.[1]

La Constitución Política del Perú y los tratados internacionales precisan en forma expresa que la libertad y la seguridad personales son derechos fundamentales, por lo que no puede hacerse uso y abuso de la privación de libertad, considerando que es uno los problemas más graves por los que atraviesan los países de América.

La libertad personal se manifiesta en el movimiento de locomoción de una persona sin ninguna limitación, en tanto que el de seguridad se refiere a que la libertad tiene que estar protegida por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes.

---

[*] Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

[1] *Gaceta Procesal Constitucional*, p. 5.

3. CONTRADICCIÓN ENTRE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA

CIDH. Caso Chaparro: no se debe detener para dar inicio a la investigación:

> 103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párrafo 93), en un fin legítimo, a saber, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.[2]

Se señala una grave contradicción entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva judicial, porque **s**on incompatibles entre sí. La existencia de la primera no debería permitir la segunda; sin embargo, la prisión preventiva como medida de aseguramiento del imputado para el desarrollo de un proceso penal origina un irreductible y no solucionado conflicto entre el interés social y el individual, porque la justicia en nuestro país, en algunas oportunidades, llega «tarde, mal o nunca», en perjuicio de la persona privada de su libertad, sobre todo si al término del proceso penal es declarada inocente. En nuestro país sabemos cuándo se da inicio a los procesos penales, pero ignoramos cuándo culminarán.

4. PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Exp. n.° 03524-2019-PHC/TC. 25/11/2019:

> […] 22. La Comisión IDH formuló, entre otras, las siguientes recomendaciones a los Estados miembros de la OEA:
>
> 1. Los Estados deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. […].
>
> 2. Intensificar esfuerzos para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o pena anticipada; y asegurar su uso excepcional. […].
>
> 3. La CIDH exhorta a autoridades aplicar la prisión preventiva con un criterio excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de libertad.
>
> A través de su informe denominado: «Medidas para reducir la prisión preventiva», uso no excepcional de prisión preventiva es problema grave en América.
>
> 225. Responde: a) políticas criminales proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución inseguridad ciudadana, privilegia aplicación prisión preventiva y restringe medidas alternativas; b) mano dura discursos altas autoridades para poner fin a inseguridad ciudadana mediante privación libertad, presión medios de comunicación y opinión pública; c) control disciplinario medio de presión contra autoridades judiciales que determinan aplicación medidas alternativas; d) inadecuada defensa pública; e) falta de coordinación entre actores del sistema de administración de justicia. […].[3]

---

[2] HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Sentencias básicas de la Corte IDH*, p. 906.

[3] *Actualidad Penal* n.° 66, p. 343.

5. DEFINICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y FIN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Casación n.° 778-2015:

> **Octavo**. La prisión preventiva se puede definir brevemente como medida cautelar personal de carácter coercitivo, se dicta manera provisional afectando la libertad personal; el legislador ha regulado su aplicación bajo cumplimiento estricto de determinados requisitos-artículo 268 del CPP […].
>
> **Noveno.** El fin buscado mediante la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado a lo largo de proceso penal evitando el peligro de intromisión negativa o alteración del mismo, así como asegurar la ejecución de una eventual condena. Al hablar de prisión preventiva es necesario recordar que si bien la libertad es un derecho fundamental del ser humano, esta no es absoluta ni omnipotente, es ese sentido, puede ser restringida válidamente y proporcionalmente, en forma excepcional, cuando colisiona o es incompatible con otros derechos e interés públicos fundamentales.[4]

Roxin:

> I. Prisión preventiva en proceso penal la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el procedimiento de conocimiento o de la ejecución de la pena.
>
> Sirve a tres fines: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2) garantizar una investigación de los hechos, de acuerdo a la norma a través de los órganos de persecución; 3) asegurar, según la opinión dominante, la ejecución penal, discutido, al respecto con referencias adicionales. La prisión preventiva no persigue otras finalidades (sobre la contrariedad sistemática de los motivos de detención; […].[5]

6. PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Exp. n.° 01-2014 "3". 10/03/2014, Sala Penal Especial - Corte Suprema de Justicia:

> **Legalidad**. La privación de libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previsto por la Ley, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos y/o las condiciones expresamente establecidas por la misma.
>
> **Jurisdiccionalidad.** La privación de la libertad necesariamente debe ser dispuesta por un juez competente. Solo la autoridad judicial en un debido proceso y por resolución debidamente motivada puede disponer una medida así.
>
> **Excepcionalidad.** Se aplica en casos excepcionales, extremos, en que se hace necesaria para poder llevar a cabo y asegurar los fines del proceso de investigación.
>
> N**ecesidad**. Solo se podrá aplicar cuando no baste otra medida menos gravosa, para conseguir los mismos fines, como podría ser una comparecencia restringida.
>
> **Proporcionalidad.** Se aplica en forma proporcional a la concurrencia que la ley prevé, en los casos que la ley prescribe y en forma proporcional a la presunta responsabilidad del autor del hecho, así como del suceso y teniendo en cuenta los fines de la medida que no son otros que garantizar la investigación.
>
> **Provisionalidad.** No significa una prisión definitiva ni un adelanto de condena. Por ley es una medida provisional, temporal, que solo se dicta para asegurar los actos investigación y el proceso penal.[6]

---

4 *Vademecum, Código Penal y Código Procesal Penal*, p. 1412.
5 ROXIN, Claus y SCHUNEMANN, Bernd. *Derecho Procesal Penal*, 2019, pp. 257-260.
6 *Actualidad Penal*, tomo 3, p. 396.

Estos principios deben ser tomados en cuenta por los fiscales al solicitar una prisión preventiva y por los jueces al decretarla, al privar de libertad a una persona.

7. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. ARTÍCULO 268, PRESUPUESTOS MATERIALES (MODIFICADO POR LA LEYES N.°s 30077, 32926 Y 32162)

> El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:
>
> a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
>
> b) Que la sanción a imponerse sea *superior a cinco* años de pena privativa de libertad; [se modificó de 4 a 5 años]; y
>
> c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) [se adicionó: en razón de la peligrosidad criminal, se acredite el peligro de fuga y obstaculización en los casos que el imputado sea vinculado como autor o partícipe en los delitos tipificados en los artículos 108-C, 108-D, 152, 189 y 200 del Código Penal].
>
> d) Se adicionó: «No procede la prisión preventiva en los casos de inminente aplicación de la legítima defensa propia o de tercero conforme a ley; salvo la presencia de antecedentes y/o pruebas fehacientes que justifiquen la existencia del delito o que recaiga sobre la persona sentencia firme condenatoria».

Las modificaciones aprobadas por el Congreso y promulgadas por el Ejecutivo carecen de técnica jurídica: «permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia». ¿Qué razones jurídicas pueden justificar la adición que se ha formulado? Si para otros delitos que no revisten peligrosidad se permite al juez decretar prisión preventiva, con mayor para delitos más graves. Estas modificaciones se han llevado a cabo para titulares en los medios de comunicación.

Es preocupante demostrar que el Congreso y el Ejecutivo, respectivamente, al aprobar y promulgar la adición del inciso d) del artículo 268 del CPP, ignoran la existencia de la Ley n.° 27936 del año 2003 —vigente— que señala en forma expresa e inequívoca que ante la simple sospecha de alguien que actuó en legítima defensa, el fiscal está obligado a llevar a cabo diligencias preliminares. Y si al término de las mismas se concluye que el investigado actuó en legítima defensa, se abstiene de denunciar y archiva la investigación; y, si actuó en legítima defensa imperfecta, el fiscal denuncia, pero no debe solicitar prisión preventiva. Y se decía en el año 2003 que el juez tampoco podía decretar la prisión preventiva de oficio, es decir, los integrantes de dichos poderes lo ignoran pese a las diversas modificaciones que se vienen llevando a cabo del inciso 3 del artículo 20 del CP sobre la legítima defensa.

Respecto a la adición a la última parte del inciso, es lamentable que se sostenga que si el investigado tiene antecedentes o pruebas fehacientes que justifiquen la presencia del delito o que recaiga sobre la persona sentencia condenatoria que el fiscal, no se solicite prisión preventiva de un imputado que presente tales características y que un juez no acceda al pedido del fiscal, y disponga comparecencia y la libertad del investigado.

La adición del artículo 268-A al CPP en los delitos cuya pena no exceda de 7 años, en los que el juez está obligado a aplicar la vigilancia electrónica. Procede la prisión preventiva por revocatoria de la medida o al requerir por segunda vez una medida coercitiva personal, redacción a todas luces incoherente y fuera de la realidad.

8. CORTE IDH. REQUISITOS PARA DECRETAR PRISIÓN PREVENTIVA

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador: sentencia del 21 de noviembre de 2007:

> 93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación al derecho a la libertad esté consignada en la ley; es necesario que esa ley y a su aplicación respeten los requisitos que se a efectos que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocidos como fines legítimos, el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; o, ii) que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menor gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón, el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este debe ser excepcional; iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.[7]

9. FINALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Casación n.° 353- 2019, 19/12/2019:

> **Segundo** en el ordenamiento jurídico nacional, la prisión preventiva se erige como la medida cautelar de naturaleza personal de mayor gravedad. La finalidad subyacente a su imposición es eminentemente asegurativa de los fines del proceso penal. Y es que, como se sabe, durante la investigación y el juicio oral lo que se busca en primer orden es garantizar la presencia del imputado, como una de las principales fuentes de prueba, así como salvaguardar el material probatorio (testigos, documentos y pericias) ante la posibilidad tangible de que sea alterado y desaparecido.
>
> **La legitimidad de la prisión preventiva está asociada al aspecto absoluto de la Constitución y la ley.**[8]

10. LA PRISIÓN PREVENTIVA ES UNA REGLA DE *ULTIMA RATIO*

Exp. n.° 02534-2019. PHC/TC, 25/11/2019:

> 13. El Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener que la prisión es una regla de *ultima ratio*; se ha considerado que la prisión preventiva es «una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras que no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgado debe apelar, esto es, susceptible de dictarse en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general.[9]

---

7 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Op. cit*., p. 904.
8 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 129, p. 216.
9 *Ibidem*.

11. INCONSTITUCIONAL PRISIÓN PREVENTIVA BASADA EN CREENCIA SUBJETIVAS Y AUSENCIA DE UN MÍNIMO DE RAZONABILIDAD EN LA MOTIVACIÓN

Casación n.° 353-2019, 19/12/2019:

> **Tercero**. Este Tribunal Supremo no es ajeno a lo que está ocurriendo en la actualidad: la prisión preventiva es la medida a la que se frecuentemente se recurre para neutralizar cualquier atisbo de peligro procesal.
>
> En este contexto, el problema que surge es que en la mayoría de los casos no se efectúa previamente una verdadera evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro. Se soslaya que no cualquier traba procesal resulta per se suficiente para dictar una prisión, sino aquella que resulte idónea y concluyente para impedir el curso regular de un proceso.
>
> Es por ello que resulta inconstitucional la aplicación automatizada de la prisión preventiva con base en creencias subjetivas y ausencia de un mínimo de razonabilidad en la motivación entre otros factores.
>
> Su uso arbitrario, excesivo e injusto lesiona la libertad personal y la presunción constitucional de inocencia, genera un efecto degradante e irreparable a la dignidad humana. Su imposición debe ser excepcional, objetiva, motivada y responsable.
>
> Los jueces penales, al momento de decretar prisión preventiva, están obligados a considerar los requisitos previstos en artículos 268 y 269 del nuevo CPP y desarrollar un esquema de ponderación. Es fundamental verificar la relación causal de medio a fin en la que se inscribe esta decisión judicial, debiendo verificar otra medida alternativa que menos gravosa que cumpla con los mismos fines.[10]

12. RETENCIÓN POLICIAL: SOSPECHOSOS FALTA POR FALTA DE IDENTIFICACIÓN NO PUEDEN EXCEDER MÁS DE 4 HORAS

Exp. n.° 01924-2010-PHC/TC, 11/10/2010:

> 4. El artículo 205, numeral 4 del nuevo CPP señala: En el caso no sea posible la exhibición del DNI, según la gravedad del hecho investigado o el ámbito de intervención policial practicado se conducirá al intervenido a la dependencia policial más cercana para fin esa exclusivo de identificación. Se podrá tomar huellas digitales del intervenido y si registra alguna requisitoria. Este procedimiento contado desde el momento de la intervención policial el momento de la intervención policial no puede exceder de cuatro horas, luego de los cuales se le permitirá retirarse.
>
> 5. En el caso de autos, se observa que la detención estuvo sustentada en la intervención que se hace al beneficiario el 22 de marzo de 2010 a las 2 de la mañana, en circunstancias en una reunión en local denominado la choza en actitud sospechosa, desde donde fue trasladado a la Divincri, para ser identificado de posibles a antecedentes policiales o judiciales, lo que es corroborado con el acta de intervención de fs. 5. Asimismo, se constata que no poseía documento de identidad […] por otro lado, se tiene que la diligencia de constatación a cabo a las 7:30 de la mañana y que la diligencia de la persona que asaltó a mano armada y agredió al propietario del centro comercial, donde el beneficiario tuvo que estar presente, se llevaron a cabo a las 7:30 a las 7:35 de la mañana del día 22 de marzo de 2010, esto es, después de más de 4 horas de su intervención […].[11]

---

10 *Ibidem*.

11 *Gaceta Penal & Preocesal Penal* n.° 20, p. 210.

13. CONCURRENCIA SIMULTÁNEA DE PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Exp. n.° 07901-2013-PHC/TC, 11/03/2015:

> 2.3.9. El Tribunal Militar Policial se refiere a la gravedad de los hechos a la sanción a imponerse, sin fundamentar la configuración de presupuestos procesales prisión preventiva que valide confirmación. La resolución que confirmó prisión preventiva no expresa una suficiente motivación en cuanto a la concurrencia simultánea elementos convicción que vinculen al procesado y del peligro procesal, termina por invalidar dicho pronunciamiento judicial.[12]

13.1. Concurrencia de tres presupuestos para decretar prisión preventiva

Exp. n.° 00904-2019-PHC/TC, 27/02/2022:

> 8. El artículo 268 del CPP (modificado por Ley n.° 30076), establece que para el dictado de la medida cautelar de la prisión preventiva es necesaria la concurrencia de tres presupuestos: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, […] si es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y al carácter subsidiario y proporcional de dicha institución.[13]

El órgano jurisdiccional debe fundamentar debidamente al dictar prisión preventiva respecto a la comisión del delito y a la vinculación del investigado como autor o partícipe. Debe justificar la concurrencia conjunta de los tres presupuestos señalados en la norma procesal, tal como han concluido el Tribunal Constitucional y las salas penales de la Corte Suprema en reiteradas sentencias. No hacerlo vulnera los derechos fundamentales del investigado contra quien se dicta la prisión preventiva. Es importante que exponga los motivos por los cuales se llega a esa conclusión y no sustentarlo en la gravedad de la pena, como lo hacen algunos jueces de la investigación preparatoria.

Analizamos, cada uno de los términos del inciso 1 del artículo 268 del CPP:

> **Fundados:** argumentos que apoyan la realidad y lo que se propone o se sospecha.
>
> **Graves:** grande, importante. Árduo o difícil. Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad de larga duración o multa cuantiosa.
>
> **Elementos:** fundamento o parte esencial de alguna cosa. Parte, pieza o componente de algo. Datos o informes sobre un problema en cuestión.
>
> **Estimar:** apreciar, juzgar, dictaminar. Tasación, valoración de una cosa.
>
> **Convicción:** convencimiento. Idea o ideal firme. Certeza.
>
> **Convencimiento**: creencia sobre un hecho. Convicción, certeza íntima, cual la necesaria en los jueces para admitir las probanzas o condenar por un delito.
>
> **Razonablemente**: ajustado a razón. Con sensatez, sin exageración ni abuso. En grado menor, verosímil o probablemente.[14]

---

12 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 75, p. 338.

13 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 155, p. 171.

14 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomos IV, II, 1989, pp. 139, 197, 400, 591, 363, 369 y 21, respectivamente.

14. PELIGROSISMO PROCESAL

Apelación n.° 38-2024, 11/03/2023, Sala Penal Permanente de la Suprema:

> 2.9. Se sostuvo que el arraigo domiciliario es de mala calidad, lo mismo se dice del arraigo laboral. No se concluye por qué esa calificación cualitativa y, en segundo lugar, la norma requiere arraigo domiciliario y laboral. Se tiene o no los arraigos mencionados y no cabe hacer distinciones subjetivas sobre arraigo, pésimo, malo, regular, bueno o excelente, la cuestión normativa requiere que haya arraigo o no.
>
> 2.10. Los motivos de la prisión preventiva que se erigen en requisito de la prisión preventiva son dos: (i) delito grave; y (ii) peligrosismo procesal, se manifiesta esencialmente en el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. En este caso el juez no justifica de manera suficiente, concreta, clara y objetiva la existencia de alguno de estos motivos, concluye solo desde la perspectiva de la pena probable que hay peligro de fuga y de obstaculización y agrega que el arraigo domiciliario o laboral es de pésima calidad, lo que determina que es necesario se dicte prisión preventiva. […] Además, se acreditó que tiene carga familiar.
>
> 2.12. Respecto al arraigo laboral, […] a pesar de las circunstancias que rodean a un investigado, cumple con desarrollar actividad laboral; no concurre copulativamente el presupuesto exigido para dictar la medida limitativa de derecho a la libertad.
>
> […] En consecuencia, se ha motivado la prisión preventiva sobre dos de las condiciones exigidas y especulando sobre la existencia de los otros elementos, lo que determina que la decisión no haya sido debidamente fundamentada.[15]

15. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Exp. n.° 03-2015 «28», 21/03/2016:

> **Quinto**. Que, por otro lado, cabe precisar que cuando nos referimos a elementos de convicción no necesariamente se hace alusión a pruebas de cargo, pues estas serán obtenidas durante el decurso de la investigación preparatoria, sino a evidencias, hechos y situaciones que generan convencimiento sobre algo específico. La interpretación de estos elementos de convicción no puede ser de carácter restringido como se pretende, sino amplio, en atención al principio *pro homine*.
>
> […]
>
> **Noveno**. Cabe mencionar que el mandato de prisión preventiva […] se dictó por el hecho fáctico consistente en el uso de pasajes aéreos y las llamadas telefónicas efectuadas con Rodolfo Orellana, no figurando en dicha resolución los presuntos nuevos hechos, incorporados en la disposición fiscal n.° 10, respecto de los cuales no se ha pedido ningún requerimiento de prisión preventiva. En consecuencia, si el hecho principal ha sido declarado atípico en primera y segunda instancia, entonces se da el supuesto previsto en el artículo 283, numeral 3 del CPP […] por cuanto la resolución que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción para este Colegiado, que debilita la imputación fiscal […].[16]

16. LA DECLARACIÓN DE ASPIRANTE A COLABORADOR DEBE CORROBORARSE PARA SER CONSIDERADA «PRUEBA SOSPECHOSA»

Casación n.° 292-2019, 14/06/2019:

> **Tercero**. Dos grandes aspectos: Primero, la legalidad del proceso de coerción (prisión preventiva). Segundo. La corrección del examen del *fumus comissi delicti*.

---

15 *Actualidad Penal* n.° 119, pp. 218-224.

16 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 87, pp. 307-309.

El término «sospecha fundada y grave» es el nivel más intenso de la sospecha que requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad - alto grado de probabilidad de una condena […]

Octavo. El art. 481-A del nuevo CPP, incorporado por el D. Leg. 1301 […] autorizó la declaración del aspirante a colaborador eficaz para requerir medidas limitativas de medidas coercitivas en los procesos conexos al proceso especial de colaboración eficaz; y, conforme al artículo 158, apartado 2 del citado código, deberá acompañarse de otros documentos de convicción («[…] otras pruebas que corroboren su testimonio»).

Duodécimo. […] Actos de aportación de hechos, actos de investigación y actos de prueba. Una regla especial en materia de colaboradores en la contenida en el art. 158, numeral 2, del nuevo CPP. El testimonio del colaborador o aspirante a colaborador debe estar escoltado de otras pruebas que corroboren su versión incriminatoria. Se considera estos testimonios «prueba sospechosa» y, por ello, no se estiman pruebas autónomas o suficientes para que el juez solo se ampare en ellas para formar su convicción, tanto más si en su actuación, por razones legales claro está, no se cumplió con el principio de posibilidad de contradicción.[17]

17. LA GRAVEDAD DE LA PENA E INDICIOS DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL POR SÍ SOLOS SON INSUFICIENTES PARA JUSTIFICAR UNA ORDEN DE PRISIÓN PREVENTIVA

Exp. n.° 00904-2019-PHC, 27/01/2022

[…]

3. El alegato de la demanda que refiere que la Sala demandada justificó el extremo del peligro procesal de la medida de prisión preventiva según el criterio de una probable pertenencia del favorecido a una organización delictiva, este Tribunal advierte que se encuentran relacionados con la presunta vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

4. El artículo 139 inciso 3 de la Constitución establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. En consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, los derechos y las garantías que la norma fundamental establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas.

[…]

8. El artículo 268 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.° 957, modificado por la Ley n.° 30076), aplicable al caso penal de autos, establece que para el dictado de la medida cautelar de la prisión preventiva es necesaria la concurrencia de tres presupuestos: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y, c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente n.° 1091-2002-HC/TC, que la justicia constitucional no es la competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, cuya tarea le compete a la justicia penal ordinaria. Sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y al carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, lo cual debe estar motivado en la resolución judicial que lo decreta.

9. En este sentido, cabe precisar que la justicia constitucional no determina ni valora los elementos de convicción que vinculan al procesado con el hecho imputado, de aquellos que configuran

17 *Actualidad Penal* n.° 61, p. 225.

> el peligro procesal o de la prognosis de la pena probable a imponerse, sino que verifica que su motivación resulte mínimamente suficiente a efectos de validar la imposición de la medida cautelar de la libertad personal. Así, una eventual ausencia de motivación de alguno de los presupuestos procesales contenidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal convierte a la prisión preventiva en arbitraria y, por tanto, vulneratoria del derecho de la motivación de las resoluciones judiciales, establecido en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución.[18]

Esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional considera que no puede avocarse a cada uno de los presupuestos del artículo 268 del CPP, pero sí se pronuncia cuando verifican que uno de ellos vulnera el principio de motivación, es decir, no existe una debida fundamentación para decretar prisión preventiva, vulnerando el derecho constitucional previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la que incurren algunos jueces de la investigación preparatoria, al privar de libertad a un investigado en forma arbitraria.

18. GRAVEDAD DE LA PENA

La Comisión IDH plantea:

> 86. Tanto el argumento de la seriedad de la infracción como la severidad de la pena pueden en principio ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.[19]

Burgos Mariños dice:

> Es necesario suprimir este requisito si se tiene en cuenta que responde a una fuerte cultura inquisitiva, porque al prever una pena superior a los cuatro años los jueces asumen como obligatoria en estos casos la imposición de la prisión preventiva, y porque además su utilización en este contexto pretende ocultar defectos del sistema, como es el caso del retardo en la administración de justicia.[20]

Verificamos que a nivel internacional se critica el hecho de que una prisión preventiva se base en la gravedad de la pena, delito o hechos punibles imputados, pertenencia a una organización criminal sin tener en cuenta que en algunas oportunidades son declarados inocentes.

Odone Sanguiné reflexiona:

> Ahora bien, como la gravedad del hecho recuerda el concepto de alarma social que persigue generar un sentimiento de tranquilidad en la colectividad, la única interpretación conforme a la Constitución que salvaguarda el derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad es la que solo se podrá aplicar la prisión provisional si concurre simultáneamente otro motivo legítimo concerniente a la necesidad de garantizar el desarrollo del proceso, v. gr. riesgo de fuga. […] La gravedad de la pena no puede justificar por sí sola la adopción de la prisión provisional, pues ni expresa el fin perseguido ni tiene en cuenta los datos personales del preso preventivo.[21]

---

18 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 155, p. 169.

19 Informe 12/96, Argentina, caso 11245, 1 de marzo de 1996. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a raíz de la denuncia formulada por Jorge Alberto Giménez por exceso de la detención preventiva.

20 BURGOS MARINOS, Víctor. «Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal peruano». En CUBAS, Víctor. y otros *Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal*. Palestra, Lima, 2005, p. 67.

21 SANGUINÉ, Odone. *La prisión provisional y derecho fundamentales*, p. 126.

Tratándose de la aplicación de una medida restrictiva de la libertad personal de un investigado, los presupuestos materiales que fiscales y jueces deben tener en consideración para pedir y decretar prisión preventiva de un investigado, obligación normativa de carácter procesal que no es considerado por dichas autoridades, el primero al solicitarla y el segundo al decretarla, máxime cuando es de público conocimiento que existe una sobrecarga procesal y de acuerdo a estadísticas existentes más del 40 % del número de personas detenidas en los centros penitenciarios en el país tienen la condición de detenidos preventivamente, debido a que algunos jueces prefieren detener para recién investigar si se ha cometido el delito y si el imputado se encuentra vinculado al hecho punible, lo que da lugar a que permanezca privado de su libertad durante varios años y, en algunos casos, bajo la premisa de que se trata de procesos complejos.

19. PRISIÓN PREVENTIVA: ES NECESARIA «UNA SOSPECHA REVELADORA» DE QUE EL IMPUTADO DISPONE DE MEDIOS SUFICIENTES PARA PERPETRAR LA FUGA

Casación n.° 1445-2018, 11/04/2019:

> Tercero. Que la institución de la prisión preventiva, superado el juicio de imputación o sospecha fundada y grave, tiene como su presupuesto objetivo la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, que legalmente o en clave de Derecho ordinario, se traduce en la presencia de los peligros de fuga (o de ocultación) y de obstaculización (*periculum libertatis*).
>
> La resolución ha de ser «suficiente y razonable», que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad, cuya inocencia se presume y la realización de impartición de justicia, en relación con los riesgos mencionados.
>
> El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro de fuga o sustracción de la justicia, artículo 269 del CPP, aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros (i) la gravedad de la pena, considerado insuficiente y debe conjugarse con demás circunstancias, calificadas de «concretas», como (ii) el arraigo; (iii) la posición del imputado ante daño ocasionado por el delito atribuido; y, (iv) su comportamiento procesal en la causa, respecto a voluntad de sometimiento a la acción de la justicia. […].
>
> Otros datos (i) tanto a las características personales del investigado, arraigo familiar, profesional y social, conexiones con otros países, contactos internacionales, sus bienes, […], medios económicos que dispone y proximidad a jurisdicción.
>
> Solo le corresponde el control externo. 1. Si los argumentos incorporados en la resolución de coerción guardan correspondencia con las exigencias constitucionales y legales pertinentes. 2. Si la ponderación realizada para adoptar la prisión preventiva es la adecuada. […] no de certeza ni de sospecha grave y fundada, sino de sospecha reveladora, para perpetrar la fuga […].
>
> No se puede exigir lógicas de arraigo laboral basadas en la exigencia de un trabajo dependiente y formal, un trabajo de contrato permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución con máximos niveles de funcionamiento
>
> Sexto. Que la Sala Superior, en conclusión, no observó adecuadamente los criterios o factores de fuga legalmente establecidos. De igual manera, incorporó inferencias probatorias incorrectas para apreciar el peligro de fuga y, además, los argumentos incorporados eran insuficientes lo que dio lugar a una prisión preventiva, desde el peligro de fuga, irrazonable.[22]

Esta sentencia casatoria es el fiel reconocimiento de cómo algunos jueces penales de la investigación preparatoria dictan medidas restrictivas de carácter personal, vulnerando los presupuestos para decretarla, previstos en los artículos 268 —modificado— y 269 del CPP, que señalan en forma expresa cuándo se debe privar de libertad —prisión preventiva— por una sospecha fundada y grave de la

[22] *Gaceta Penal & Procesal* n.° 118 p. 286 y ss.

comisión del delito y su vinculación, debidamente acreditada, como autor o partícipe en el delito imputado, además —lo que sucede muy a menudo—, los elementos de ponderación para acreditar la existencia de peligro de fuga del investigado, llegando al extremo de sostener que tienen solvencia económica, pero no arraigo laboral por ser dueños de empresas, inmuebles, vehículos, así como también sostienen que no tienen arraigo domiciliario porque tienen varios inmuebles a su nombre.

20. PRISIÓN PREVENTIVA. NECESIDAD DE QUE SE PRECISEN LOS INDICIOS RAZONABLES POR LOS QUE SE CONSIDERA QUE LA PERSONA PERTURBARÁ LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Exp. n.° 01133-2014-PHC/TC, 14/07/2014:

> 8. El primer supuesto del peligro procesal (el de riesgo de fuga) se determina, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso.
>
> 9. En cuanto al segundo supuesto del peligro procesal (el de obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, o en la conducta de las partes, peritos del caso.
>
> […]
>
> 11. Este colegiado considera que dicha resolución presenta un déficit de motivación, que el peligro procesal —en cuanto a la obstaculización del proceso— se ha determinado tomando en cuenta el grado de participación el favorecido. Aquello que cuenta con una mayor relación de la vinculación del procesado con el delito imputado (art. 268, Ia del CPP) se ha hecho sin que se señalen cuáles serían los indicios razonables por los cuales los magistrados demandados consideran que el favorecido perturbaría la actividad probatoria.
>
> 12. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso sí se violó el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución.[23]

21. ALCANCES NORMATIVOS DEL PELIGRO DE FUGA

Casación n.° 353-2019, 19/12/2019:

> Quinto. El artículo 269 del CPP estipula que para calificar el peligro de fuga se tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararla; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.
>
> «Máximas de experiencia»: […] si habitualmente un suceso produce el mismo resultado, es de suponer que también en el futuro ello habrá de ser así, lo que para la valoración de la prueba significa que tal resultado habrá de considerarse probado.
>
> Las «máximas de la experiencia», cuando se hallan bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar el juicio probatorio en una base racional.[24]

---

23 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 69, p. 317.

24 *Gaceta Penal &Procesal Penal* n.° 129, p. 218.

Para que un procesado se fugue y sustraiga a un proceso penal es necesario considerar el arraigo: domiciliario, familiar, laboral, sus negocios y la posibilidad de abandonar el país o permanecer oculto. También la gravedad de la pena que espera, la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria de querer repararlo, el comportamiento del imputado y pertenencia a una organización.

Asencio Mellado sostiene como peligro de fuga:

> a) Cuando se trate de una persona de gran capacidad de corromper a los funcionarios públicos, entre ellos, cuando se trata de un colegiado; b) cuando tenga en su poder indirectamente o de manera directa pruebas materiales; c) cuando por su estatus económico o político, etc., tenga la concreta capacidad de influenciar a los testigos, coimputados, peritos, etc.; d) en los delitos de bandas y en otros delitos económicos en los que existe prueba documental que puedan ser desaparecidas o manipuladas y en los delitos de corrupción política.[25]

En cuanto a las posibilidades de que el imputado pueda abandonar el país, el órgano jurisdiccional ha de considerar las conexiones que este pudiera tener dada la comisión del delito materia de investigación y la vinculación con los autores o partícipes del hecho punible. De manera objetiva se debe acreditar que existen pruebas de que el investigado no tiene domicilio ni arraigo laboral y acreditadas por el fiscal y el juez, quien decreta la prisión preventiva.

Al determinar el peligro de fuga se tiene como arraigo la situación personal, familiar y económica del imputado. El juez verifica tres dimensiones: 1) posesión, domicilio conocido o bienes propios dentro del ámbito de alcance de la justicia; 2) familiar, lugar de residencia de personas que tienen lazos familiares con el imputado, es decir, esposa, hijos que se encuentran estudiando; y, 3) laboral, se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país, todo lo cual evidencia su permanencia en el lugar donde es investigado.

22. PRISIÓN PREVENTIVA: ÚLTIMOS ALCANCES SOBRE FALTA DE ARRAIGO Y PELIGRO DE FUGA

Casación n.° 50-2020, 03705/2021:

> Cuarto. Que no solo el estándar de probabilidad del hecho determinante del peligrosismo debe ser alto —y la determinación del peligro de fuga se determina a partir de hechos susceptibles de ser probados—, clave de proporcionalidad los subprincipios de adecuación y necesidad deben ser sólidos y han de permitir una conclusión fundada de riesgo de fuga cierto.
>
> En el presente caso, la factibilidad del riesgo de fuga, la posibilidad concreta de hacerlo en función a una conducta predeterminada a su concreción, no tiene una probabilidad positiva fuerte (grave) de comisión. Es verdad que no se le atribuye, como un nivel de sospecha fuerte la comisión del delito de cohecho y que en caso de condena sería posible una pena alta en atención a su cargo público y a la entidad de los hechos objeto del proceso penal. Sin embargo, como ya se ha anotado, hace falta limitar estos criterios, a partir de tomar en consideración, otras circunstancias específicas referidas al arraigo. No está en discusión que el encausado tiene domicilio fijo y trabajador a actividad estable a la que se añade su condición de político y conocido en el departamento de Tacna (no es una persona anónima), así como que tiene domicilio. La falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de fuga, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes […]. El arraigo, como se ha afirmado, limita el riesgo de fuga solo basado en un criterio aritmético de la prognosis de pena, salvo que se trate de delitos graves, conste determinados factores de riesgo. […].[26]

---

25 ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*, p. 204.

26 *Actualidad Penal* n.° 83, p. 162.

23. EL ARRAIGO ES EL INDICIO PRINCIPAL DEL PELIGRO DE FUGA

Casación n.° 996-2024, 30/07/2024. Sala Penal Permanente:

> […] estriba en determinar si, en orden al peligrosismo procesal, se cumplieron con las estipulaciones del Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, se evaluó con el rigor necesario los arraigos sociales en relación con los demás factores de apreciación del peligro de fuga y, en el caso concreto, los criterios señalados en el artículo 269 del CPP.
>
> **Tercero**. El peligrosismo procesal es el que justifica constitucionalmente la prisión preventiva y, por ello, no afecta la presunción de inocencia como regla de tratamiento. En el caso del peligro de fuga, el más significativo de los riesgos que deben neutralizarse, un conjunto de indicios que justifican o incentivan que el imputado se aleje o se oculte de la acción de la justicia.
>
> **Séptimo**. Que los arraigos son, pues, sólidos. No existen datos en contrario. […] y como no consta un comportamiento procesal que permita inferir que harán un mal uso de su libertad; estando al principio del *favor libertatis* o *in dubio pro libertatis* debe excluirse en el presente caso la medida de coerción personal de prisión preventiva.[27]

Se deja constancia de la existencia de indicios sobre arraigos para determinar el peligrosismo procesal, tal como lo señala el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ, que los jueces deben tener en cuenta para la aplicación de lo previsto en el artículo 269 del CPP sobre lo relacionado con el riesgo de fuga, empero algunos fiscales al solicitar y jueces al decretar la prisión preventiva vulneran derechos fundamentales.

24. SOBRE LA SUPUESTA PERTENENCIA DE LOS INVESTIGADOS A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO ARGUMENTO PARA JUSTIFICAR EL PELIGRO PROCESAL

Exp. n.° 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC, 26/04/2018:

> 113. Con relación a la supuesta pertenencia de los imputados a una organización criminal, la Sala sostiene: «la fiscalía superior incidió en la pertenencia a una organización criminal y la gravedad de los cargos, con permanencia, distribución de tareas, ubicando a los investigados en la cúspide de la organización criminal, quienes ejercían la misma resolución criminal y todas las decisiones pasaban por su conocimiento, el control del aparte de poder organizado, el manejo del dinero para el funcionamiento, el control del aparato de poder organizado, para el funcionamiento del partido político y su estilo de vida […] se alude a los audios ocultos (compra de testigos). Estructura orgánica (tesorero *de facto* y tesorero de nombre). Apreciación holística que realiza colegiado, pertenencia a organización genera riesgo procesal debe ser conjurado instrumentos que proporciona la ley» […]
>
> 117. A pesar de lo sostenido en la referida casación, existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por si solos el dictado de una medida de prisión provisional.
>
> 122. Sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justifica una orden preventiva de prisión, violatorio de derechos fundamentales presunción inocencia y libertad.[28]

---

27 *Actualidad Penal* n.° 123, p. 287.

28 *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.° 107, p. 315.

25. CONCLUSIONES

- La prisión preventiva constituye una medida efectiva y segura de sujeción procesal ante una eventual sentencia condenatoria; empero, no siempre satisface el test de la proporcionalidad, en los subprincipios de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por mandato constitucional, esta medida debe ser excepcional, objetiva, motivada y proporcional, los jueces ante casos concretos tengan en cuenta los principios que rigen a la prisión preventiva y no debe colisionar o ser incompatible con otros derechos e intereses públicos fundamentales cuando la ley lo determine de manera expresa.

- De acuerdo a ejecutorias de la CIDH y de las salas penales de la Corte Suprema, los presupuestos materiales previstos en el artículo 258 del CPP deben concurrir conjuntamente para decretar prisión preventiva. Asimismo, se ha verificado la precisión que no hay arraigo domiciliario ni laboral de mala calidad, pues el investigado tiene o no dichos arraigos.

- El nuevo presupuesto en la prisión preventiva dice que podrá utilizar los medios que la organización le pueda proporcionar para facilitar su fuga y es requisito que en la asociación a la que pertenece se compruebe la existencia de una jerarquización, distribución de roles y se le brinde las facilidades para que pueda fugar fuera del país, o sea, no basta sostener que integre una organización para concluir la existencia de un peligro procesal. Como se sostiene, dicha organización lleve a cabo estrategias para llevar adelante la fuga de sus miembros y la obstaculización de la actividad probatoria.

26. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal.*

BURGOS MARINOS, Víctor. «Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal peruano». En CUBAS, Víctor. y otros *Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal.* Palestra, Lima, 2005.

SANGUINÉ, Odone. *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Pamplona, 2003.

ROXIN, Claus y SCHUNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal.* 29.ª edición alemana. Didot, Buenos Aires, 2019.

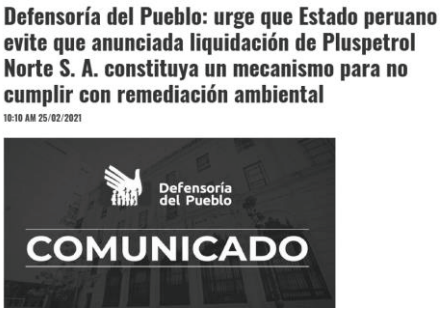
Ejecutorias de la CIDH, sobre prisión preventiva.

Ejecutorias de las salas penales de la Corte Suprema, relacionadas con la prisión preventiva.

La liquidación y disolución de Pluspetrol Norte y su impacto en la ejecución de medidas correctivas en los lotes 8 y 1AB

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval[*]

Una sociedad comercial se conforma con el objetivo de llevar adelante una actividad económica que reporte utilidades a sus socios y limite su responsabilidad patrimonial frente acreedores sociales que solo podrán atacar el patrimonio social; sin embargo, el peligro se presenta cuando se decide disolver y liquidar la sociedad sin haber honrado los créditos sociales especialmente cuando estos involucran la remediación ambiental.



Fuente: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-urge-que-estado-peruano-evite-que-anunciada-liquidacion-de-pluspetrol-norte-s-a-constituya-un-mecanismo-para-no-cumplir-con-remediacion-ambiental/

Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría señalan que la disolución es el acto jurídico en virtud del cual se inicia el procedimiento de liquidación de la sociedad como consecuencia de la ocurrencia de alguna causal prevista en la ley o en el estatuto de la sociedad. La disolución es, pues, el primer paso a la liquidación y extinción de la sociedad. Resulta importante señalar que la disolución no es asunto que afecta únicamente a la sociedad que se encuentra incursa en alguna de sus causales, pues con ella también quedan resueltas las relaciones jurídicas que la sociedad hubiese contraído frente a terceros. A partir de la ocurrencia de la causal de disolución la sociedad tendrá como única finalidad liquidar su patrimonio y extinguirse.[1]

Habiéndose acordado o declarado la disolución de la sociedad, la liquidación es el proceso que se inicia como consecuencia de la disolución y concluye con la extinción de la sociedad. Durante este proceso, en una primera fase, los liquidadores deben concluir los negocios y contratos pendientes, vender activos, cobrar los créditos de la sociedad frente a terceros y, en general, realizar todos los actos que sean necesarios para el pago de deudas sociales. Posteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 de la Ley General de Sociedades, se distribuye entre los socios el haber social remanente, si lo hubiera, procediéndose finalmente a inscribir la extinción de la sociedad en el Registro.[2]

---

[*] Doctor en Derecho y Ciencia Política. Magíster en Derecho Civil y Comercial y magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Docente de la UNMSM.

[1] Elías Laroza, Enrique. *Ley General de Sociedades comentada*. Lima: Normas Legales, 1998, p. 819.

[2] *Idem*, pp. 835-836.

El artículo 407 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad se disuelve por las siguientes causas: a) vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro; b) conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un periodo prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo; c) continuada inactividad de la junta general; d) pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente; e) acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra; f) falta de pluralidad de socios si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida; g) resolución adoptada por la Corte Suprema; h) acuerdo de la junta general sin mediar causa legal o estatutaria; i) cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad.

El caso problemático que nos detendremos analizar es el supuesto de disolución por acuerdo de la junta general de la sociedad sin considerar las obligaciones pendientes en el ámbito tributario, laboral o ambiental, por lo que no debería ser tan sencillo desaparecer del mercado por la sola voluntad de un deudor.

Recordemos que si bien el acuerdo de disolución debe publicarse dentro de los diez días de adoptado, por tres veces consecutivas,[3] el asunto es que ese mecanismo no asegura que los acreedores sociales se enteren de la decisión adoptada y prácticamente la disolución se puede dar a espaldas de los acreedores, quienes no pueden oponerse oportunamente y solo se enteran del proceso de liquidación cuando se rematan los bienes de la sociedad. Probablemente, hubiera sido más eficaz que se notificara a cada acreedor de la decisión adoptada además de informarles cómo se garantizara su crédito social, especialmente para aquellos que carecen de garantías reales o personales.

Ahora, si bien es cierto que «los liquidadores deben presentar a la junta general la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, con la auditoría que hubiese decidido la junta general o con la que disponga la ley. En caso de que la junta no se realice en primera ni en segunda convocatoria, los documentos se consideran aprobados por ella. Aprobado, expresa o tácitamente, el balance final de liquidación se publica por una sola vez».[4]

La cuestión problemática surge cuando estoy frente acreedores que tienen a su favor obligaciones de hacer como una remediación ambiental contenida en una medida preventiva, cautelar o correctiva, y esta no fue objeto de tasación y se desconoce su valor económico exacto o el mismo está en controversia judicial en dicho caso sería materialmente imposible tener un balance general fidedigno por lo que resulta necesario suspender la liquidación hasta que no se determine el monto exacto que se debe invertir en la medida administrativa en salvaguarda del ambiente, la salud, la cultura y la vida de las poblaciones afectadas. En ausencia de norma que establezca dicha suspensión solo quedaría acudir a un proceso judicial donde se solicite una medida cautelar para suspender el proceso de liquidación hasta que no se garantice el financiamiento de las medidas de remedición ambiental.

1. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS EXTRACTIVAS

El derecho a un ambiente adecuado y equilibrado implica la obligación del Estado y los particulares de mantener y conservar las condiciones medioambientales idóneas para permitir el desarrollo de la vida humana y otras formas de vida. Este derecho también comprende el derecho a la salud individual y colectiva de las personas que pueden estar siendo afectadas por actividades productivas o extractivas que puedan ver disminuir la calidad ambiental del aire, agua, suelo y ecosistemas impidiendo que puedan subsistir física, social y culturalmente producto de enfermedades asociadas a la contaminación

[3] Artículo 421 de la Ley General de Sociedades. Asimismo: «La solicitud de inscripción se presenta al Registro dentro de los diez días de efectuada la última publicación, bastando para ello copia certificada notarial del acta que decide la disolución».

[4] Artículo 419 de la Ley General de Sociedades.

ambiental.[5] Esto se puede apreciar nítidamente en los derrames de petróleo de la Amazonía de Cuninico y Nueva Alianza derivados de la falta de mantenimiento del oleoducto norperuano o la falta de remediación ambiental de sitios impactados en el Lote 192.

Asimismo, el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado impone la obligación a los titulares de proyectos extractivos de contar con instrumentos de gestión ambiental que más allá de los formulismos legales funcionen y sean eficaces para evitar, prevenir, mitigar, compensar, remediar o indemnizar los daños ambientales que pueda generar su actividad, lo que incluye contar con planes de contingencia debidamente financiados y cumplir con las medidas administrativas de remediación ambiental que la autoridad de fiscalización ambiental le impongan como producto de una supervisión o una posible infracción medioambiental.[6]

El daño ambiental se puede definir como aquel daño ocasionado al medio ambiente que implica una afectación significativa de cualquiera de sus componentes: aire, agua, tierra, ecosistema, etc., impidiendo el desarrollo de procesos ecológicos, conservación de la diversidad biológica, la vida humana y otras formas de vida, lo que se puede traducir en consecuencias irreversibles como la desaparición de flora y fauna, la contaminación de ríos, lagos y bosques, la muerte de especies endémicas, la aparición de enfermedades en seres humanos, entre otras.

El artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales en la naturaleza y la sociedad. Así, puede producirse un daño ambiental independientemente exista una norma prohibitiva que se haya contravenido o un instrumento de gestión ambiental permisivo que se venga ejecutando puesto que lo que se busca es resguardar el ambiente y la salud de las personas. Por ejemplo, un titular podría estar cumpliendo las obligaciones previstas en su instrumento de gestión ambiental y a pesar de ello estar generando daños al ambiente debido a que dicho documento pudo no prever impactos nocivos generados por el titular del proyecto, los cuales deberán ser objeto de remediación por el causante sin que pueda este excusarse en que no había norma que lo obligara a tomar mayores medidas de prevención.[7]

No olvidemos «que todo aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas».[8] Los titulares de los proyectos cuando ocurra un derrame de petróleo, gas o minerales deben hacerse cargo de la contención, mitigación y remediación ambiental sin que puedan alegar la ausencia de dolo o culpa, puesto que al haber estado desarrollando una actividad altamente riesgosa para el ambiente y la salud de las personas, factor de atribución de responsabilidad objetiva donde no es posible analizar la intencionalidad (salvo como agravante), sino solo la relación de causalidad entre la actividad y el daño producido.[9]

2. EL CASO DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE PLUSPETROL NORTE SIN CUMPLIR LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL EN LOS LOTES 8 Y 1AB

Con fechas 18, 19 y 20 de diciembre del 2020 se publicó el aviso de disolución de la empresa Pluspetrol Norte S. A. al amparo del artículo 412 de la Ley General de Sociedades, Ley n.° 26887, en el cual hizo

5 Cfr. Numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611.

6 Cfr. Artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611.

7 Cfr. Artículo 142 de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611.

8 Artículo 142.1 de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611.

9 Cfr. Artículo 144 de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611.

público que la junta de accionistas de la referida empresa adoptó, el 15 de diciembre del 2020, el acuerdo de disolución de la sociedad y el inicio del proceso de liquidación, designándose como liquidador a Estratega Consultores S. A. C.

Esta decisión de la junta general de Pluspetrol Norte resulta un ejercicio irregular o disfuncional del derecho societario puesto que aprovechando la libertad de empresa están afectando gravemente el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, tanto de la población ubicada en el área de influencia directa como la ubicada en el área de influencia indirecta, además de los peruanos en general que son titulares de dicho derecho colectivo y verdaderos beneficiarios de las medidas correctivas de remediación dictadas. En concreto, el acuerdo de disolución y liquidación de Pluspetrol Norte es una conducta idónea para impedir que se financie la totalidad de medidas correctivas dispuestas por OEFA y constituiría un verdadero abuso de derecho proscrito por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

Nos encontramos ante una liquidación que no consideraría entre sus prioridades el pago de los pasivos económicos generados por el incumplimiento de las medidas correctivas dictadas por OEFA desde el 2015 que al no estar garantizado sería relegado al final de los acreedores comunes poniéndose en peligro la remediación ambiental por lo que se requiere adoptar medidas cautelares que resguarden el patrimonio necesario para garantizar el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado, y evitar la continuación de daños ambientales.

3. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PLUSPETROL NORTE SOBRE EL LOTE 1AB[10]

El 22 de marzo de 1986, Petroperú S.A. y Occidental Petroleum Corporation of Perú, sucursal del Perú, celebraron el Contrato de Servicios Petroleros con Riesgo del Lote 1-AB, en el cual se pactó, entre otros, la responsabilidad del contratista de prevenir y remediar la contaminación ambiental producto de sus operaciones, así como garantizar el cumplimiento de las normas legales existentes y que se dicten para la protección del ambiente, conforme se verifica a continuación:

> 14.1. En la ejecución del contrato, el Contratista adoptará las medidas necesarias para no contaminar la tierra, aire ni el agua, evitando ocasionar perjuicios en la vida o la salud del ser humano, en la vida animal y vegetal y en general en todo lo que pueda dañar el medio ambiente natural.
>
> 14.2. *El contratista es exclusivamente responsable de emplear medios técnicos adecuados para tratar de eliminarla contaminación ambiental. Donde no haya podido evitar la contaminación ambiental será responsable por su eliminación de acuerdo con las prácticas internacionales.*
>
> 14.3. Será de exclusiva responsabilidad del Contratista, el cumplimiento de las normas legales existentes y de las que se dicten para la protección del medio ambiente.
>
> 14.4. De acuerdo a la ley, el Contratista será responsable por los daños a Petroperú y/o terceros resultantes de la contaminación ambiental, no pudiendo ser transferida por ninguna razón dicha responsabilidad a Petroperú en el caso de daño a terceros.

En consecuencia, Occidental Petroleum Corporation of Perú tiene el derecho de aprovechar hidrocarburos en el país, pero también tiene la obligación de asumir los costos de esta actividad riesgosa, especialmente cuando afecta el ambiente y la salud de las personas teniendo que adoptar, ante todo las medidas idóneas para evitar, prevenir, contener o mitigar la contaminación ambiental que pueda generar.

Posteriormente, el 1 de junio de 1996, Perupetro S. A. y Occidental Peruana Inc. Sucursal del Perú suscribieron el «Contrato de Servicios para la Explotación de Hidrocarburos en el Lote 1-AB»,

[10] Cfr. Fundamentos 4.14. hasta 4.19. de la petición cautelar de OEFA del Expediente n.° 00380-2021-8-JR-CI-37.

el cual se comprometió, entre otros, a hacerse cargo de los daños resultantes de la contaminación ambiental, conforme se lee en las siguientes cláusulas:

> 14.1 El Contratista se obliga a cumplir las normas y disposiciones del Reglamento de Medio Ambiente para las actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto supremo n.° 046-93-EM y modificatorias, Decreto Legislativo n.° 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y demás dispositivos pertinentes, sin perjuicio que el contratista pueda aplicar estándares internacionales superiores para circunstancias similares a las de sus servicios.
>
> 14.2 De acuerdo a la Ley, el Contratista será responsable por los daños a Perupetro y/o terceros resultantes de la contaminación ambiental, no pudiendo ser transferida por ninguna razón dicha responsabilidad a Perupetro en el caso de daño a terceros.

Ya por ese entonces se había consagrado el principio de internalización de costos, en el principio 16 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, según el cual «quien contamina paga» que se venía aplicándose desde la década del setenta del siglo XX para la remediación de derrames de petróleo en el mar consagrados en las legislaciones de Francia, Inglaterra, EE. UU, entre otros. En ese sentido, el contrato consagra la responsabilidad civil objetiva por daño ambiental del contratista y además impone la obligación de seguir los estándares internacionales superiores para circunstancias similares a las de sus servicios.

El 8 de mayo del 2000, Occidental Peruana Inc. Sucursal del Perú cedió el total de su participación en el referido contrato a favor de Pluspetrol Perú Corporation S. A., adquiriendo todas las garantías, derechos, responsabilidades y obligaciones derivadas del mismo, conforme se detalla a continuación:

> 2.2 El Cesionario de conformidad con el acápite 17.3 del contrato otorga todas las garantías y *asume todos los derechos, responsabilidades y obligaciones del Cedente derivadas del contrato*, incluyendo lo referente al acápite 20. 1 O, con excepción de lo relativo al compromiso de inversión en exploración que Occidental Peruana /ne. Sucursal del Perú mantiene, de conformidad con el acuerdo de base suscrito el 26 de diciembre de 1965 entre Petróleos del Perú - Petroperú S. A. y Occidental Petroleum Corporation of Perú, Sucursal.

En ese momento, Pluspetrol Perú Corporation S. A., asume las obligaciones de prevención y remediación ambiental que les correspondía originalmente a Occidental Peruana Inc. Sucursal del Perú como consecuencia de la cesión de posición contractual que se había producido donde se había transferido tanto los derechos como las obligaciones contractuales del cedente al cesionario.

Un año después, el 1 de junio del 2001, se suscribió la Modificación del contrato de servicios para Explotación de Hidrocarburos en el Lote 1AB, celebrado entre Perupetro y Pluspetrol Perú Corporation S. A., en el que se estableció, entre otros, que el contratista será responsable por los daños resultantes de la contaminación ambiental, conforme se detalla a continuación:

> 13.2 De acuerdo a la ley, el Contratista será responsable por los daños a Perupetro y/o terceros resultantes de la contaminación ambiental, no pudiendo ser transferida por ninguna razón dicha responsabilidad a Perupetro en el caso de daño a terceros.

El 21 de junio del 2002, Pluspetrol Perú Corporation S. A. comunicó a Perupetro la escisión realizada en virtud de la cual transfirió a título universal los activos y pasivos de este contrato a la nueva sociedad naciente de la escisión llamada Pluspetrol Norte. Adviértase que Pluspetrol Perú Corporation estaba desde el 2000 participando en un 36 % del rentable Contrato de Licencia para la explotación de hidrocarburos en el Lote 88 conforme consta en su cláusula 1.12, con lo cual se estaba perdiendo un importante activo del concesionario original del Lote 1-AB para respaldar futuras remediaciones ambientales.[11]

---

[11] Cfr. Contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos en el Lote 88. http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/contratogas.pdf (consultado el 3 de mayo de 2021).

Posteriormente, el 6 de enero del 2003, se suscribió la «Modificación al contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos en el Lote 1AB» entre Perupetro S. A. y Pluspetrol Norte, estableciéndose lo siguiente:

> 2.1 En virtud de la escisión parcial Pluspetrol Norte S. A. otorga todas las garantías y asume todos los derechos, responsabilidades y obligaciones de Pluspetrol Perú Corporation S. A. derivadas del contrato.

Pluspetrol Norte debió asumir las obligaciones de Pluspetrol Perú Corporation entre las que se incluía las obligaciones que había tenido a su cargo Occidental Peruana Inc. Sucursal del Perú y que le transfirió producto de la cesión de posición contractual del 2000, con lo cual se obligaba a remediar los impactos socio ambientales generados por el contratista anterior además de asumir la mitigación de los impactos que genere desde que ingreso al Lote 1AB.

3.1. Alcance del laudo arbitral de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, Caso n.º 011500031805 entre Perupetro y Pluspetrol Norte

El 27 de febrero de 2017 se expide el laudo arbitral de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, Caso n.º 011500031805, sede Nueva York, en la cual se establece que el tribunal no tiene competencia en cuanto a la República del Perú que no es parte este procedimiento arbitral reconociéndose únicamente como partes a las que le alcanza dicho fallo a Perupetro y Pluspetrol Norte. Asimismo, establece que «PLUSPETROL no asumió contractualmente responsabilidad u obligación de remediar afectaciones ambientales históricas causadas con anterioridad al 30 de agosto de 1985 ni causadas entre el 30 de agosto de 1985 y el 8 de mayo de 2000, pero únicamente asumió contractualmente una obligación general de cumplir la normatividad ambiental y de acatar las decisiones de las autoridades competentes».[12]

Es importante advertir que Pluspetrol Norte no podría valerse del laudo arbitral para no cumplir sus obligaciones socioambientales, como las medidas correctivas de remediación ambiental dictadas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, puesto que a esta entidad no le alcanzan los efectos de dicho fallo, tampoco lo hace a las comunidades indígenas afectadas con las operaciones de la empresa en el Lote 1AB ni a las organizaciones defensoras del medio ambiente que reclaman la remediación ambiental de los impactos generados en dicha concesión no solo por no haber sido parte del procedimiento arbitral, sino además porque el propio fallo establece que la República del Perú no es parte del caso.

Asimismo, consideren que lo que fue objeto del arbitraje es si contractualmente debía remediar las afectaciones con anterioridad al 30 de agosto de 1985 y las causadas hasta el 8 de mayo de 2000, mas no si se debe desconocer el cumplimiento de medidas administrativas derivadas del incumplimiento de legislación ambiental a la que estaba obligada la empresa en cuestión. En términos sencillo, el laudo no tiene ninguna incidencia en la efectividad ni ejecución forzosa de las medidas administrativas.

4. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PLUSPETROL NORTE SOBRE EL LOTE 8

El 20 de mayo de 1994 entró en vigencia el contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos en el Lote 8 - Selva celebrado a favor de Petroperú. Posteriormente, el 22 de julio de 1996, Petroperú cedió el total de su participación de dicho contrato a favor de varias empresas, entre las cuales se encontraba Pluspetrol Perú Corporation Sucursal del Perú (Pluspetrol Perú Corporation).[13]

---

12 Cfr. Laudo arbitral de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, Caso n.° 011500031805.

13 Fundamentos 4.20 y 4.21 de la petición de medida cautelar de OEFA del Expediente n.° 00380-2021-8-1801-JR-CI-37.

Más adelante, el 1 de mayo de 2002, Pluspetrol Perú Corporation, por medio del contrato de escisión parcial, transfirió todos los activos, obligaciones y cuentas patrimoniales vinculadas a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el contrato de licencia del Lote 8 a Pluspetrol Norte S. A. Finalmente, el 21 de junio de 2002, Pluspetrol Perú Corporation comunicó a Pluspetrol Norte S. A. que, en virtud de la escisión realizada, los activos y responsabilidades escindidas le eran transferidos a título universal, asumiendo así todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de concesión.[14] Ello de conformidad con el numeral 2.1. de la cláusula segunda de la modificación del contrato, aprobado por el Decreto Supremo n.º 048-2002-EM, que se muestra a continuación:

> **CLÁUSULA SEGUNDA**
>
> a. En virtud de la escisión parcial PLUSPETROL NORTE S. A. otorga todas las garantías y asume todos los derechos, responsabilidades y obligaciones de PLUSPETROL PERU CORPORATION S.A. derivadas del CONTRATO. […].

Somos de la opinión legal que en virtud a la cesión de posición contractual ocurrida entre Petroperú y Pluspetrol Perú Corporation y, posteriormente, entre la ocurrida entre Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Norte es esta última la que asumió no solo los derechos de explotación sobre el lote 8, sino de remediación ambiental por los impactos que se ocasionaron primero por parte de Petroperú luego por Pluspetrol Perú Corporation y los suyos como consecuencia de la cesión de derechos y obligaciones producidas; sin embargo, eso no impide que el Estado ejecute las medidas de remediación mediante un tercero en salvaguarda del ambiente y la salud de las personas con cargo a repetir los costos al titular del proyecto.

5. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

El Estado peruano tiene la obligación de garantizar la prevención, mitigación, reparación e indemnización de los daños ambientales generados por actividades productivas como las de Pluspetrol Norte y es por esta razón que se le imponen medidas correctivas de remediación ambiental que se traducen en una acreencia a favor de OEFA de una obligación de hacer que puede valorizarse económicamente con el costo monetario de lo que implica la ejecución de estas medidas de remediación.

La responsabilidad civil de Pluspetrol Norte por daños ambientales se deriva del aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso y del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa como la concesión y explotación de petróleo que, consustancialmente, tiene riesgos como los derrames de petróleo cuya remediación es el objetivo de las medidas correctivas de remediación ambiental. Recordemos que las obligaciones derivadas de esta responsabilidad objetiva son el asumir los costos que se derivan de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas, de conformidad con el artículo 142.1 de la Ley General del Ambiente.

Pluspetrol Norte debe asumir el costo de una justa y equitativa indemnización, además del costo de la recuperación del ambiente afectado, la ejecución de las medidas correctivas necesarias para mitigar los efectos del daño y las medidas destinadas a evitar que este se vuelva a producir en aplicación del artículo 144 de la Ley General del Ambiente. En ese sentido, habiéndose establecido en procedimientos sancionadores contra Pluspetrol Norte, su responsabilidad administrativa por daños ambientales y su obligación de remediarlos mediante la ejecución de medidas correctivas, existe fundamento para interponer una acción de responsabilidad civil con una medida cautelar como mecanismo para garantizar el financiamiento de las medidas administrativas ambientales.

---

[14] Fundamentos 4.22 y 4.23 de la petición de medida cautelar de OEFA del Expediente n.° 00380-2021-8-1801-JR-CI-37.

El artículo 144 de la Ley General del Ambiente establece de manera categórica la responsabilidad objetiva en los casos de los daños ambientales que se hubieran derivado del uso de bienes ambientalmente riesgosos o peligrosos, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa como es el caso de la actividad de explotación de petróleo en los lotes 8 y 1AB, por lo que la empresa en juicio debe responder por los daños ocasionados sin considerar su intención, dolo o culpa, sino solamente la acreditación de que fue debido a su actividad económica que se produjeron dichos perjuicios.

6. LA MEDIDA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL A CARGO DE PLUSPETROL

El derecho a un ambiente adecuado y equilibrado está consagrado en el numeral 22 del artículo 2 de nuestra Constitución Política que implica la facultad que tienen todas las personas de gozar de un ambiente que le permita desarrollar su personalidad, pero, además, que el Estado garantice las condiciones necesarias para el desarrollo de otras formas de vida y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como que los particulares se hagan cargo de los daños ambientales que ocasionen.

A mayor abundamiento, el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611, señala lo siguiente:

> **Artículo I.- Del derecho y deber fundamental**
>
> Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Conforme lo citado, existe el derecho general a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado; no obstante, existe también la obligación de todas las personas, incluyendo Estado y las empresas extractivas, de hacerse cargo de la protección del ambiente mediante una efectiva gestión ambiental y, en caso de degradarlo, hacerse responsable de su remediación.

1.6. Medida correctiva de la Resolución n.° 534-2013-OEFA/DFSAI incumplida desde el 2015 busca recuperar la Laguna Shanshococha



Fuente: Resolución n.° 534-2013-OEFA/DFSAI, OEFA. https://www.oefa.gob.pe/es-importante-realizar-estudios-hidrogeologicos-en-la-laguna-shanshococha/ocac02/

En los casos en que una empresa extractiva, como la demandada, incurra en una infracción ambiental y dañe el medio ambiente, es de aplicación el artículo 18 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, cuyo tenor señala:

> **Artículo 18.- Responsabilidad objetiva**
>
> Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

En otras palabras, no se responde por los daños ambientales en virtud de un contrato de concesión, sino como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones socioambientales derivadas del estudio ambiental y las normas ambientales vigentes que es la fuente natural de las obligaciones del ordenamiento jurídico ambiental.

Por otra parte, las medidas correctivas que puede dictar el OEFA son definidas en el artículo 22 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley n.° 29325, de la siguiente forma:

> **Artículo 22.- Medidas correctivas**
>
> 22.1 Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas […]

En consecuencia, las medidas correctivas funcionan como un mecanismo que asegura que en caso el titular de un proyecto desconozca sus obligaciones legales ambientales este retorne por el camino del cumplimiento de la regulación ambiental mediante la imposición de una serie de cargas y obligaciones que lo lleven a cargar con los daños ambientales y garantizar la sostenibilidad de su actividad productiva.

En ese contexto, debemos tener en cuenta los hechos que sustentan una urgente acción de responsabilidad civil y su medida cautelar correspondiente:[15]

a) Pluspetrol Norte S. A. ha iniciado por propia voluntad un procedimiento de liquidación de sus activos, sin haber cumplido 28 medidas correctivas ambientales a su cargo, poniendo en peligro la remediación ambiental de los lotes 8 y 1AB afectando con esto el ambiente, la diversidad biológica, la salud y la cultura de las poblaciones afectadas.

b) En el ámbito del *Lote 8*, continúa vigente el *incumplimiento de 18 medidas correctivas* (en 17 expedientes) que contienen obligaciones de remediación ambiental, cuyo costo aproximado de remediación de US$ 54 429 951,47. Ahora, ciertamente, existe controversia en la valorización de las medidas correctivas estas sí quieren ser rebatida por la empresa demandada debe ofrecer su pericia de parte y será el juez quien finalmente pueda establecer el valor exacto de las medidas administrativas que persiguen remediar daños ambientales en el Lote 8.

---

15 Cfr. Fundamento 4.9. de la petición de medida cautelar de OEFA del Expediente 00380-2021-8-1801-JR-CI-37.

Medidas correctivas incumplidas en el ámbito del Lote 8 en orden de su vencimiento.

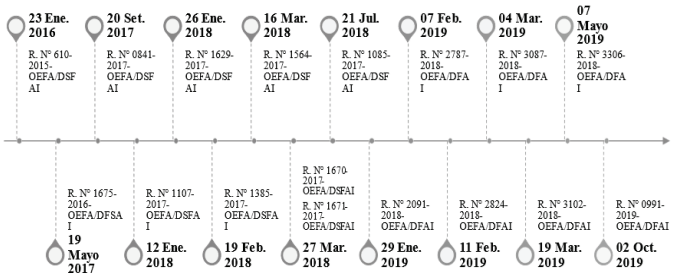


Gráfico elaborado por IDLADS PERÚ con los datos del anexo 1 del Informe n.° 00003-2021-OEFA/DFAI

c) En el ámbito del *Lote 1AB*, continúa vigente el *incumplimiento de 10 medidas correctivas* (en 8 expedientes) que contienen obligaciones de remediación ambiental, cuyo costo aproximado de remediación de US$ 325 286 809,98. El problema es que si se liquida la empresa sin garantizar la remediación ambiental, tendrá que ser el Estado el que se haga cargo de restaurar el ambiente mientras se disuelve la personalidad jurídica del responsable.

Y esto nos lleva hacer pensar que no debería ser posible liquidar una sociedad sin que esta halla honrado el cumplimiento de sus obligaciones ambientales por lo que debería de establecer una preferencia en el cobro de créditos ambientales tales como multas y medidas administrativas.

Medidas correctivas incumplidas en el ámbito del Lote 192 (ex 1AB) en orden de su vencimiento.

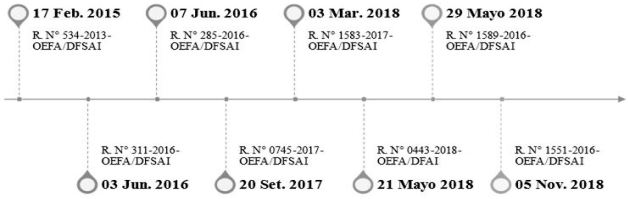


Gráfico elaborado por IDLADS PERÚ con los datos del Anexo 1 del Informe n.° 00003-2021-OEFA/DFAI.

7. LA RELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE OEFA Y EL DERECHO A UN AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO

El derecho a un ambiente adecuado y equilibrado implica la obligación del Estado peruano de adoptar medidas necesarias para mantener las condiciones idóneas para permitir la vida humana y otras formas de vida. En ese sentido, las medidas correctivas que dicta el OEFA garantizan que la calidad del ambiente sea la necesaria para evitar su degradación, la extinción de especies locales afectadas por contaminación y la salud de la población impactada por actividades extractivas. En palabras del Consejo Directivo del organismo de fiscalización mencionado, las medidas correctivas son:

Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Artículo 18.- Las medidas correctivas son disposiciones contenidas en la Resolución Final, a través de las cuales se impone al administrado una orden para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.[16]

Por lo tanto, hay una relación directa entre una medida correctiva y la protección al medio ambiente como se puede apreciar en las medidas correctivas incumplidas por Pluspetrol Norte que a continuación se describen:

Resolución n.°	Medida correctiva	Relación con la protección del medio ambiente
610-2015-OEFA/DFSAI	Identificar, caracterizar y remediar las áreas impactadas por el derrame, ubicadas en los Sitios 1, 3 y 4 de la Batería 3.	La medida correctiva tiene por propósito restaurar el ambiente a su estado anterior al derrame de petróleo generado por Pluspetrol Norte y, de esta manera, salvaguardar la diversidad biológica y la salud de las personas.
0841-2017-OEFA/DFSAI	Realizar la identificación, caracterización, remediación y revegetación de las áreas impactadas por el derrame de hidrocarburos del Oleoducto (Batería 3 - Terminal Yanayacu)	La medida correctiva está asegurando la reparación y remediación del ambiente degradado producto de un derrame de petróleo en el Lote 8.
1085-2017-OEFA/DFSAI	La rehabilitación de las áreas impactadas por el derrame del Oleoducto Corrientes-Saramuro del Lote 8. Presentación del inventario forestal indicado en su Plan de Remediación y el nivel de ejecución del mismo.	Las medidas correctivas salvaguardan el derecho a un ambiente sano y equilibrado al restaurar las zonas contaminadas y degradadas por un derrame de petróleo en el Lote 8.
1107-2017-OEFA/DFSAI	Identificación, caracterización y remediación de 41 sitios impactados que deben ser limpiados y rehabilitados en el Lote 8.	La medida correctiva al tener por objeto la reparación de 41 espacios contaminados por petróleo garantiza el goce al derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.
1385-2017-OEFA/DFSAI	Identificar, caracterizar y remediar las áreas impactadas en el Derecho de Vía del Ducto Saramuro-Yanayacu y las locaciones del Yacimiento Yanayacu del Lote 8.	La medida correctiva al buscar la remediación del ambiente salvaguarda el derecho a la vida, la salud y el desarrollo de la diversidad biológica.
1564-2017-OEFA/DFSAI	Identificar, caracterizar, limpiar, rehabilitar y remediar las áreas impactadas por el derrame del oleoducto Corriente-Saramuro del Lote 8.	La medida correctiva al promover la limpieza del ambiente garantiza las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida humana y otras formas de vida.
1629-2017-OEFA/DFSAI	Acreditar la remediación total del sitio identificado como Área 04 en su Carta n.° PPN-MA-087-2015.	La remediación de un sitio contaminado por petróleo es importante porque evita con-

[16] Resolución de Consejo Directivo n.° 027-2017-OEFA/CD.

		vertirse en un foco de contaminación para la diversidad biológica y el medio ambiente.
1670-2017-OEFA/DFSAI	Acreditar actividades de prevención de derrames de petróleo del Oleoducto Nueva Esperanza - Estación de Bombas del Lote 8 y evitar que los suelos sean afectados con fluidos de agua empaquetada con hidrocarburos.	La medida correctiva tiene por objetivo prevenir futuros derrames de petróleo que puedan afectar la salud de las personas y el medio ambiente.
1671-2017-OEFA/DFSAI	Acreditar actividades de remediación de suelos afectados con hidrocarburos en los alrededores de la Cocha Negra y el derecho vía del Oleoducto Pavayacu - Trompeteros del Lote 8.	La medida correctiva asegura el goce del derecho a un ambiente adecuado y equilibrado cuando ordena a Pluspetrol Norte la remediación de suelos cercanos a un recurso hídrico evitando de esta forma la propagación de la contaminación ambiental.
2787-2018-OEFA/DFAI	Acreditar actividades de rehabilitación de los suelos afectados por el derrame de hidrocarburos del Oleoducto Batería 7 - Batería 4.	La medida correctiva contiene y mitiga los efectos adversos de un derrame de petróleo para efectos de evitar la degradación del ambiente y la afectación a la salud de las personas.
2824-2018-OEFA/DFAI	Acreditar la rehabilitación de los suelos afectados en tres puntos de muestreo	La medida correctiva busca verificar la remediación efectiva de los suelos contaminados por hidrocarburos
3087-2018-OEFA/DFAI	Acreditar la descontaminación de los suelos que fueron impactados por el derrame de petróleo crudo del Oleoducto del Lote 8.	La medida correctiva quiere asegurar el goce del derecho a un ambiente adecuado y equilibrado al exigir que la empresa remedie la contaminación ocasionada.
3102-2018-OEFA/DFAI	Acreditar la limpieza y remediación de los suelos afectados en la locación Pavayacu.	La medida correctiva tiene el objetivo de devolver al ambiente la calidad que tenía antes de la emergencia ambiental.
3306-2018-OEFA/DFAI	Acreditar la descontaminación de las áreas impactadas por el derrame de hidrocarburos del ducto del Lote 8.	Es una obligación de los titulares de proyectos extractivos internalizar los costos de su actividad incluyendo la remediación ambiental.
0991-2019-OEFA/DFAI	Acreditar la limpieza y remediación de áreas del Lote 8.	El procedimiento sancionador ambiental de OEFA tiene como objetivo principal prevenir y remediar daños ambientales por lo que es pertinente la medida correctiva de limpieza de áreas contaminadas.
2091-2018-OEFA/DFAI	Identificar el área total afectada como consecuencia de la falta de descontaminación efectiva de las áreas original-	El establecimiento del grado de contaminación que un área impactada por actividades hidrocarburíferas es fundamental para implementar

	mente impactadas por un derrame de hidrocarburos en el Lote 8.	medidas de remediación ambiental y su omisión trae consigo la desprotección del ambiente.
1675-2016-OEFA/DFSAI	Acreditar la limpieza, restauración o rehabilitación de suelos afectados con hidrocarburos en casi 20 zonas identificadas en el Lote 8.	Es una obligación del titular de un proyecto extractivo hacerse cargo de la remediación ambiental de los lugares impactados por su actividad a efectos de no impactar negativamente en el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.
534-2013-OEFA/DFSAI	Compensación ambiental por la pérdida irreparable de la laguna Shanshococha: generar una nueva laguna o, de ser el caso, potenciar o proteger un cuerpo de agua o zona dentro del área de influencia del lugar afectado.	La desaparición de una laguna como consecuencia de su contaminación por actividades hidrocarburíferas es un daño muy grave al ambiente que genera daños en la flora colindante y en la fauna habitante y solo puede ser compensado mediante una medida correctiva que ordene la implementación de una laguna de similares características que permita recuperar el habitad de las especies afectadas por la contaminación de la primera.
285-2016-OEFA/DFSAI	Acreditar la limpieza y rehabilitación de las áreas afectadas con hidrocarburos.	Es una obligación de todo titular de proyecto de inversión remediar todos los daños que se generen por su actividad, por lo que la medida correctiva dictada es acorde con la normatividad vigente.
311-2016-OEFA/DFSAI	Informar acciones adoptadas para identificar y caracterizar las áreas impactadas por hidrocarburos.	Es una obligación del titular del proyecto determinar los impactos negativos que genera su actividad y remediar los mismos.
0745-2017-OEFA/DFSAI	Acreditar la rehabilitación de suelos impregnados con hidrocarburos en áreas detectadas en el Lote 1AB.	Toda empresa que contamina el ambiente está obligada a asumir el costo de su remediación.
1583-2017-OEFA/DFSAI	Acreditar las acciones de remediación realizadas en las zonas afectadas por 4 derrames de hidrocarburos en el lote 1AB.	El ejercicio de actividades riesgosas como la explotación y transporte de hidrocarburos requiere que se asuma los costos de los daños que produzca en el proceso como sería remediar las zonas que impacte.
0443-2018-OEFA/DFAI	Limpiar y rehabilitar las áreas impactadas con hidrocarburos durante sus actividades en el yacimiento San Jacinto.	La existencia de contaminación sin remediar en el ámbito de una concesión de hidrocarburos genera riesgos y peligros a la vida, salud y ambiente, por lo que una medida correctiva se justifica para revertir esta situación.

1551-2016-OEFA/DFSAI	Elaborar y ejecutar un Plan de Acción para minimizar los posibles impactos negativos ocasionados en los componentes ambientales del Lote 1AB.	Toda actividad hidrocarburífera, al implicar un riesgo socioambiental, no solo debe asumir el costo de las medidas de remediación, sino que debe cumplir con medidas preventivas que reduzcan o eliminen los riesgos de contaminación y afectación de derechos ambientales.
1589-2016-OEFA/DFSAI	Elaborar y ejecutar un plan de acción para minimizar los posibles impactos negativos ocasionados en los componentes ambientales del Lote 1AB.	El derecho a un ambiente adecuado y equilibrado implica que se adopten las medidas necesarias para impedir su degradación producto de la actividad humana.

Elaborado con el apoyo de Amparo Córdova Berrocal de IDLADS PERÚ.

Las 25 resoluciones del OEFA que contienen hasta 28 medidas correctivas tienen por finalidad prevenir daños ambientales y, en el caso de que ya existan, como ocurre en la mayoría de los expedientes, asegurar que el titular del proyecto hidrocarburífero (Pluspetrol Norte) cumpla con remediar, restaurar y reparar el ambiente degradado por sus actividades económicas.

En ese sentido, la decisión de disolver y liquidar la empresa atentaría contra el cumplimiento de estas medidas correctivas que se quedarían sin financiamiento y, como consecuencia de ello, se afectaría el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado puesto que los daños ambientales generados por Pluspetrol Norte no serían remediados poniendo en riesgo la subsistencia de la diversidad biológica, así como la vida y salud de la población humana impactada por dicha empresa que, en su mayoría, está compuesta por comunidades indígenas que tienen una estrecha vinculación con los recursos naturales de los que depende su subsistencia física y cultural.

Una alternativa adecuada para garantizar el financiamiento de las medidas administrativas puede ser un embargo en forma de retención en cuenta bancaria puesto que se asegura el dinero necesario para ejecutar las medidas correctivas salvaguardando el derecho colectivo a un ambiente adecuado y equilibrado, así como a la salud pública. Adviértase que el daño ambiental no solo afecta a las generaciones presentes, sino a las generaciones futuras, especialmente a las poblaciones originarias cuya relación estrecha con el ambiente los llevaría a sufrir enfermedades producto de la contaminación hidrocarburífera no remediada.

Otra posibilidad sería solicitar la suspensión de la liquidación de los bienes de la empresa mientras no se garantice la ejecución de las medidas correctivas. No faltan aquellos que pueden apostar por la administración temporal de la empresa como medida de salvaguardar el patrimonio social suficiente para ejecutar las medidas de remediación ambiental pendiente.

8. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL EN LOS LOTES 8 Y 1AB NO NECESITAN ESTAR FIRMES PARA ASEGURAR SU CUMPLIMIENTO MEDIANTE MEDIDA CAUTELAR

De las 25 resoluciones administrativas la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente señaló en el 2021 que todas se encuentran firmes en la vía administrativa y que solo tres se encuentran cuestionadas en procesos contenciosos administrativos, según el siguiente detalle:[17]

[17] Cfr. Carta n.° 00696-2021-OEFA/RAI de respuesta a nuestra solicitud de acceso a la información pública.

Expediente DFAI	Resoluciones del TFA impugnadas en proceso contencioso	Lote	Estado procesal
0028-2015-OEFA/DFSAI/PAS	0046-2017-OEFA/TFA-SME	Lote 1AB	Apelación
0432-2013-OEFA/DFSAI/PAS	0048-2017-OEFA/TFA-SME	Lote 1AB	Sentencia de Primera Instancia
1391-2016-OEFA/DFSAI/PAS	0022-2017-OEFA/TFA-SME	Lote 8	Apelación

Sin duda, la obligación de preservar el ambiente del Estado como los particulares justifica plenamente el otorgamiento de una medida cautelar que asegure el financiamiento de medidas correctivas de remediación ambiental de los lotes 8 y 1AB sin que se requiera que estas se encuentren firmes, sino solamente sean fundamentales para preservar el ambiente y hayan dejado constancia de la existencia de un daño ambiental que debe ser remediado, lo cual en el contexto de una liquidación de la empresa responsable justificaría plenamente una medida cautelar en forma de embargo de cuentas que asegure los recursos económicos para garantizar un ambiente adecuado y equilibrado.

9. EL FUNDAMENTO DE UNA PETICIÓN CAUTELAR EN RESGUARDO DEL DERECHO A UN AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO

El derecho a un ambiente adecuado y equilibrado está consagrado en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, que establece:

> **Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano**
>
> 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
>
> 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Se desprende del texto una doble acepción del derecho a un ambiente adecuados y equilibrado entendido como condiciones mínimas esenciales para el desarrollo de la personalidad del ser humano en sociedad, pero también que permitan el desarrollo de la diversidad biológica y los ecosistemas que permiten la vida en su sentido más amplio.

Así se constituye en una obligación del Estado el proteger y preservar el medio ambiente, lo que incluye velar porque los particulares que ocasionen daño al ambiente remedien lo afectado dando cumplimiento, por ejemplo, a las medidas administrativas que restauren la naturaleza, por lo que el asegurar su financiamiento sería parte de su obligación de proteger este derecho colectivo.

Por otra parte, la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 establece en su Principio 4:

> A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

En otras palabras, el Estado no solo debe garantizar el desarrollo económico y social de la población, sino que el cuidado del ambiente imprescindible para garantizar la vida en todas sus formas. A consecuencia de ello, el Estado no solo promueve inversiones, sino que debe asegurarse de que estas sean sostenibles, lo que implica obligar al responsable a tomar medidas de prevención y remediación pertinentes cuando este genere impactos negativos al ambiente y salud de las personas.

En el caso de Pluspetrol Norte, desde el 2015 hasta la fecha viene incumpliendo la ejecución de medidas correctivas que, a su vez, afecta la calidad del ambiente que ha sido degradado principalmente por derrames de petróleo y la desaparición de la laguna Shanshococha, debido a lo cual se hace imperativo que antes deque se disuelva y liquide la empresa responsable se garantice los recursos económicos para cumplir estas obligaciones de remediación ambiental.

El ambiente adecuado y equilibrado es fundamental para su subsistencia de los pueblos indígenas que habitan en la región Loreto, donde viene operando Pluspetrol Norte, por lo que sería aplicable el artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General[18] del 13 de septiembre de 2007, que establece:

> **Artículo 29**
>
> Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

La efectivización de las medidas correctivas no solamente buscar remediar el ambiente y generar acciones para la conservación de la diversidad biológica, sino también reestablecen las condiciones necesarias para la subsistencia física y cultural de las poblaciones originarias de la Amazonía.

9.1. La subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas depende de su ambiente



Fuente: Servindi, Septiembre 2015. Territorio de indígenas es usado como botadero. http://www.servindi.org/actualidad/93897#more-93897

Los lotes 8 y 1AB a cargo de Pluspetrol Norte tienen una alta presencia de pueblos indígenas que han sido afectados por infracciones ambientales vinculadas a las medidas correctivas objetos del presente proceso por lo que resulta relevante revisar la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[19] del 2016 en la que se consagra el derecho a la protección del medio ambiente sano en los siguientes términos:

---

18 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

19 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016. https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf

> **Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano**
>
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
>
> 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
>
> 3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas
>
> 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. […].

Por ende, resulta fundamental asegurar el cumplimiento de medidas correctivas destinadas a remediar los daños ambientales en territorios indígenas en el ámbito de los lotes 8 y 1AB porque solo de esta manera se efectivizaría la obligación del Estado de permitir que estas poblaciones gocen de un derecho a un ambiente adecuado y equilibrado. El costo de la remediación ambiental es de competencia de quien generó los daños ambientales, en este caso, Pluspetrol Norte, que en el contexto de disolución y liquidación de su empresa debe asegurar el financiamiento necesario para ejecutar estas medidas administrativas que garantizará los derechos ambientales de estas poblaciones originarias.

El artículo 2 numeral 22 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado, y constituye la base constitucional de las demandas de responsabilidad civil por daño ambiental que tiene entre sus objetivos prevenir, remediar e indemnizar afectaciones ambientales por parte de titulares de actividades contaminantes o extractivas.

En ese orden de ideas, recordemos que el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley n.° 28611, establece que el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado tiene como titular a todas las personas, pero además protege a otras formas de vida distintas a la humana, por lo que la ejecución de medidas correctivas que restauren el equilibrio de la naturaleza es la manera idónea de efectivizar derechos ambientales, y en caso de no ser ejecutadas por el administrado deben ser asumidas por el Estado que luego puede demandar su reembolso al responsable.

10. LA IMPORTANCIA DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS DE REMEDIACIÓN POR PARTE DE PLUSPETROL NORTE EN LOS LOTES 8 Y 1AB

Las medidas correctivas dictadas por OEFA contra Pluspetrol Norte generan una acreencia cuya prestación es la remediación ambiental, por tanto, resultaría aplicable el artículo 1219 del Código Civil que establece los derechos del acreedor en caso el deudor incumpla sus obligaciones asumidas:

- **«1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor procure aquello a que está obligado»**

  En este caso, sería acudir a un proceso judicial en el cual se pueda garantizar el financiamiento de las medidas correctivas destinadas a restaurar y reparar el ambiente degradado por actividades económicas del deudor.

- **«2. Procurarse a la prestación o hacerse procurar por otro a costa del deudor»**

  En este supuesto, al encontrarse el deudor en estado de disolución y liquidación, es una facultad del acreedor de las medidas correctivas el asegurarse de que el financiamiento de

estas sea cautelado mediante un embargo en forma de retención de cuentas para, eventualmente, en caso el deudor se hunda en insolvencia o se extinga, un tercero pueda hacerse cargo de las medidas correctivas dictadas.

- **«3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente»**

  Advirtamos que en el presente caso se vienen incumpliendo medidas correctivas que datan del 2015, como la compensación ambiental por la desaparición de una laguna, por lo que el acreedor de la medida administrativa puede solicitar una indemnización por los perjuicios causado al ambiente y salud de las personas por el retraso de 5 años en el cumplimiento de la misma.

  En ese sentido, se encuentra completamente justificado el garantizar, con un embargo en forma de retención de cuentas de Pluspetrol Norte, el costo de las medidas correctivas teniendo en cuenta la decisión del deudor de disolverse y liquidarse poniendo en peligro la remediación ambiental objeto de las citadas medidas administrativas, especialmente, considerando que estas no son acreencias garantizadas y estarían en desventaja con otras que tienen garantías reales o personales.

11. LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE UNA MEDIDA CAUTELAR A EFECTOS DE GARANTIZAR EL AMBIENTE Y LA SALUD DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS DE PLUSPETROL NORTE EN LOS LOTES 8 Y 1AB

El artículo 611 del Código Procesal Civil establece que el juez, atendiendo la naturaleza de la pretensión principal, y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada siempre que, de lo expuesto y de la prueba presentada se aprecie verosimilitud del derecho invocado, la necesidad de emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable y la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

Encontrándonos ante el supuesto del OEFA como acreedor de 28 medidas correctivas frente a un deudor como Pluspetrol Norte, que ha manifestado públicamente su voluntad de eludir las obligaciones pendientes con el OEFA y su decisión de disolver y liquidarse sin importarle la remediación de los daños ambientales que ha generado, nos permite sostener que la única medida proporcional y razonable para asegurar la pretensión principal de la demanda de responsabilidad civil por daño ambiental es resguardando mediante un embargo en forma de retención de cuentas los recursos económicos necesarios para ejecutar las medidas correctivas de remediación ambiental.

En conclusión, no existe una forma menos gravosa para el deudor en que pueda garantizarse la pretensión principal del proceso de responsabilidad civil por daño ambiental, especialmente, teniendo en cuenta que, encontrándose en proceso de liquidación, Pluspetrol disminuirá su patrimonio social de manera exponencial priorizando otras acreencias, ya que ha decidido públicamente no honrar las deudas que tiene con el OEFA.



Pluspetrol Norte anuncia su liquidación y abandona recuperación de sitios contaminados en tierras indígenas

La empresa, con sede en Ámsterdam, se niega a remediar los sitios contaminados durante sus operaciones petroleras en la Amazonía peruana, que fueron identificados por OEFA. La autoridad ambiental la ha multado en repetidas ocasiones con un total de más de 60 millones de soles por infracciones ambientales.

Por Jorge Carrillo Rojas

IMPACTO. Las comunidades indígenas de Loreto pidieron que la empresa petrolera no se marche sin reparar los daños ambientales que causó en su territorio.

Foto: OjoPúblico/ Aramís Castro

Fuente: Ojo Público. Diciembre 2020. https://ojo-publico.com/2352/pluspetrol-norte-busca-liquidarse-y-no-recuperar-sitios-contaminados

La Defensoría del Pueblo advirtió que la falta de ejecución de las 28 medidas correctivas a cargo de Pluspetrol Norte afectará la vida, salud y ambiente de las poblaciones originarias impactadas por las actividades económicas de esta empresa en la región de Loreto, por lo que es importante evitar mediante una medida cautelar que la liquidación de la demandada perjudique el cumplimiento de sus obligaciones de remediación ambiental y el respeto a los principios de internalización de costos y responsabilidad ambiental.

Debido a ello, resulta procedente en una acción de responsabilidad civil por daño ambiental solicitar una medida cautelar que asegure los recursos económicos necesarios para la remediación ambiental, especialmente cuando la empresa responsable ha decidido disolverse y liquidarse para evadir sus obligaciones socioambientales.

Finalmente, el 25 de septiembre de 2023, mediante resolución 12 en el cuaderno cautelar del Expediente n.° 0380-2021-8-1801-JR-CI-37, el 37º Juzgado Civil de Lima concedió embargo en forma de inscripción, hasta por la suma de trescientos diez millones quinientos veintitrés mil seiscientos cuarenta y seis con 29/100 dólares americanos, sobre los bienes de propiedad de Pluspetrol Norte S. A. en liquidación que se compondrían solo de 111 camionetas y otros vehículos, lo que es insuficiente para afrontar el cumplimiento de las medidas administrativas tendientes a la remediación ambiental de los lotes 8 y 1AB.

12. CONCLUSIONES

- La sociedad civil está legitimada para presentar informes especializados y expresar su sentir sobre asuntos medioambientales a la autoridad judicial en mérito de la participación ciudadana ambiental y la búsqueda de una tutela jurisdiccional efectiva en materia de daños al ambiente y a la salud pública.

- Todo titular de un proyecto extractivo tiene el deber de cumplir con las obligaciones socioambientales asumidas en sus instrumentos de gestión ambiental, así como de observar la legislación ambiental vigente, lo que incluye dar cumplimiento a las medidas correctivas de remediación ambiental, especialmente las que se encuentran firmes en vía administrativa, que deben ser implementadas para resguardar el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado y la salud de las poblaciones afectadas.

- La petición cautelar del OEFA de embargo de cuentas corrientes que buscaba asegurar los recursos económicos para implementar medidas correctivas de remediación ambiental debió ser declarada procedente puesto que de esta manera se resguarda el derecho a un ambiente adecuado y la salud de las personas, en este caso, pueblos indígenas. Ello es especialmente urgente considerando que el responsable de estas medidas administrativas está liquidando su patrimonio social sin haber garantizado los recursos necesarios para ejecutar estas medidas correctivas, lo que sin duda genera un grave perjuicio a la sociedad.

- La única forma de asegurar los fondos necesarios para ejecutar las medidas correctivas era mediante una medida cautelar de embargo de cuentas, especialmente en un contexto de liquidación del patrimonio social del responsable de la misma y teniendo en consideración que al menos 22 medidas correctivas se encuentran en calidad de firmes en el ámbito administrativo. Ciertamente, el embargo tardío de 111 vehículos cuando ya no había fondos en las cuentas corrientes de Pluspetrol resulta una experiencia de la cual debemos aprender para modificar nuestra Ley General de Sociedades a fin de evitar que aquellas sociedades comerciales que tengan deudas ambientales puedan liquidarse con la facilidad que lo hizo Pluspetrol Norte.

- Recordemos que una de las funciones más importante de la responsabilidad civil es garantizar que los daños ambientales generados por las actividades extractivas sean efectivamente remediados, por lo que es correcto e idóneo interponer una acción de este tipo para asegurar el cumplimiento de medidas correctivas destinadas a la remediación ambiental. La amarga experiencia del caso Pluspetrol Norte nos debe permitir corregir la regulación societaria y ambiental para que no existan vacíos ni fisuras en nuestro ordenamiento jurídico que dejen en la impunidad los daños ambientales.

ALGUNOS CASOS DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS QUE PONEN EN RIESGO NUESTRAS VIDAS

Crisólogo Cáceres Valle[*]

1. JUSTIFICACIÓN

Quizá muchos no lo sepan, pero Ulises Montoya, en cuyo libro de homenaje escribo las presentes líneas, no solo es un abogado reconocido y exdecano del Colegio de Abogados de Lima, sino que también es un hombre afable y un gran contador de historias quien, además, se muestra siempre atento a escuchar nuevos relatos.

Por eso, cuando hace pocos días, me pidieron que escriba un artículo en su honor, pensé que la mejor manera de hacerlo era contando, de la manera más coloquial y sencilla posible, no una sino varias historias sobre un tema jurídico del mayor interés posible, así que elegí la variada casuística de los productos defectuosos.

Un producto defectuoso es aquel que presenta fallas, defectos o condiciones peligrosas que lo hacen inseguro para su uso o consumo, incumpliendo las condiciones de calidad, seguridad o protección establecidas por la normativa vigente, lo que puede causar daños o perjuicios a los usuarios o consumidores.

Por ello, los productos defectuosos constituyen una de las manifestaciones más preocupantes en la protección de los derechos del consumidor, ya que atentan directamente contra sus bienes más preciados: su salud y su seguridad. A lo largo de la historia, tanto en el Perú como en el mundo, hemos sido testigos de numerosos casos que ilustran los peligros que estos productos pueden ocasionar.

En las líneas siguientes, me he permitido seleccionar únicamente algunos casos emblemáticos porque mi intención es, simplemente, evidenciar la gran variedad de situaciones en las que la existencia de productos defectuosos puede derivar en afectaciones significativas a los derechos de miles de consumidores, en especial la vida, pero también propiciar sanciones ejemplares.

Cuando mi amigo Ulises lea el texto siguiente, seguramente sonreirá y con ese tono socarrón que le es propio me contará una historia mejor que cualquiera de las que yo pueda compartirles.

2. EL PRODUCTO DEFECTUOSO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Antes de empezar con los casos ofrecidos, es importante conocer lo que dice la Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en cuanto a los productos defectuosos.

Lo primero es señalar que su artículo 101 está referido a la responsabilidad del proveedor y señala a la letra:

---

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con 37 años de experiencia profesional. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec). Miembro del Consejo Directivo de Consumers International, la federación mundial de organizaciones de consumidores. Profesor de Derecho del Consumidor en diversas universidades. Miembro del Consejo Directivo del Inacal y del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Condecorado con la medalla Orden a la Abogacía Peruana por el Colegio de Abogados de Lima.

> **Artículo 101.- Responsabilidad civil por productos defectuosos**
>
> El proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil. La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.

Como se observa, la norma citada establece de manera clara la responsabilidad civil objetiva del proveedor por los daños causados por productos defectuosos, en consonancia con el artículo 1970 del Código Civil peruano, que dispone la responsabilidad sin necesidad de probar culpa. Esto significa que la víctima no está obligada a demostrar negligencia o culpa del proveedor para obtener reparación, sino únicamente el daño, la existencia del defecto y su relación causal con el producto.

Además, la responsabilidad solidaria de todos los proveedores involucrados implica que deben responder conjuntamente por los perjuicios ocasionados, garantizando así una protección integral al consumidor. No obstante, el derecho de repetición previsto en el mismo artículo permite que el proveedor que haya asumido la indemnización pueda reclamar el reembolso total a quien le suministró el producto defectuoso o a quien originó el defecto, manteniendo el equilibrio en la cadena de responsabilidad. En conjunto, estas disposiciones fortalecen la protección al consumidor, facilitando mecanismos efectivos para la reparación de daños y promoviendo una responsabilidad plena y compartida en la cadena de suministro.

Este marco jurídico también incentiva a los proveedores a adoptar y/o mantener altos estándares de calidad, lo cual fomenta una mayor diligencia en el control de la misma y en lo referido a la prevención de riesgos, elevando la confianza del consumidor en el mercado. Asimismo, la responsabilidad solidaria asegura una protección robusta al obligar a todos los responsables a responder íntegramente por los daños, lo que facilita una reparación ágil y completa para el consumidor afectado.

Por su parte, el artículo 102 consigna la definición de producto defectuoso en los términos siguientes:

> **Artículo 102.- Definición de producto defectuoso**
>
> Es producto defectuoso el que no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho, tomando en consideración las circunstancias relevantes, tales como:
>
> a. El diseño del producto.
>
> b. La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo y el empleo de instrucciones o advertencias.
>
> c. El uso previsible del producto.
>
> d. Los materiales, el contenido y la condición del producto.

Desde un punto de vista jurídico, la definición transcrita establece un estándar objetivo de seguridad que protege al consumidor frente a riesgos derivados de productos inseguros o mal diseñados. La norma adopta un enfoque integral, evaluando no solo el defecto físico o técnico, sino también aspectos relacionados con la información y presentación del producto, lo que amplía la responsabilidad del proveedor.

La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos es objetiva, es decir, el proveedor responde por los daños causados sin necesidad de probar culpa, conforme al artículo 100 del mismo Código y en concordancia con el citado artículo 1970 del Código Civil peruano. Esto implica que el consumidor

puede exigir indemnización por daños emergentes, lucro cesante, daño a la persona y daño moral siempre que exista una relación causal adecuada entre el defecto y el daño.

Además, el artículo contempla la posibilidad de que el proveedor que indemnice al consumidor pueda repetir contra el fabricante o quien originó el defecto, fortaleciendo la cadena de responsabilidad.

Finalmente, el artículo 103 se refiere expresamente a los daños con relación a los cuales el consumidor afectado puede solicitar una indemnización:

> **Artículo 103.- Daños indemnizables**
>
> La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

En armonía con las normas anteriormente glosadas, la redacción del artículo 103 refleja claramente el principio de reparación integral en materia de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. Al incluir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral se garantiza que la indemnización cubra todas las consecuencias directas e indirectas del daño sufrido por la víctima, buscando restituirla al estado anterior al hecho dañoso.

El daño emergente representa la pérdida patrimonial efectiva, mientras que el lucro cesante se refiere a las ganancias que la víctima dejó de obtener por causa del daño. Ambos son daños patrimoniales y deben ser reparados en su totalidad si se acredita la relación de causalidad adecuada con el hecho generador.

Por otro lado, el daño a la persona y el daño moral constituyen daños extrapatrimoniales que protegen intereses no económicos como la integridad física, psicológica y el bienestar emocional. La inclusión expresa de estos daños en el artículo reconoce la importancia de compensar no solo las pérdidas materiales, sino también las afectaciones personales y morales derivadas del daño.

En conclusión, el artículo 103 cumple con los estándares jurídicos modernos al contemplar una indemnización completa que abarca tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, asegurando una reparación justa y adecuada a la víctima conforme a la doctrina y jurisprudencia nacional

3. CASOS DEL EXTRANJERO

3.1. 1965: autos defectuosos

El *30 de noviembre de 1965* salió a la venta el libro *Inseguro a cualquier velocidad* (*Unsafe at any speed*)[1] del abogado *Ralph Nader* que acusaba a la General Motors de fabricar autos defectuosos, particularmente el *Chevrolet Corvair*. Advirtió que el diseño de la *geometría del tren trasero así como la ausencia de barra estabilizadora por razón de costes hacían de él un vehículo peligroso* en el que incluso una pequeña desviación en las presiones de los neumáticos podía causar accidentes con vuelco a muy baja velocidad. También señaló la falta del cinturón de seguridad.

Estas denuncias generaron una gran repercusión pública y llevaron a un mayor control regulatorio en la industria automotriz en Estados Unidos, impulsando leyes de seguridad vehicular y la creación de organismos como la Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en las Carreteras (NHTSA).

---

[1] Brumagen, Regan & Murray, Lorraine: Inseguro a cualquier velocidad. Britannica. 13 noviembre 2013. EN: https://www.britannica.com/topic/Unsafe-at-Any-Speed

El caso Nader marcó un hito en la lucha por los derechos del consumidor, revelando cómo defectos de diseño en productos peligrosos pueden poner en riesgo vidas humanas y cómo la denuncia activa puede promover cambios regulatorios y mejorar la seguridad pública.

3.2. 1990: cigarrillos engañosos

Desde mediados del siglo XX, numerosos estudios científicos vinculaban el consumo de tabaco con enfermedades graves como el cáncer de pulmón, patologías cardíacas y otras afecciones respiratorias; sin embargo, muchas compañías tabacaleras, incluida la gigante Philip Morris, conocían desde décadas atrás estos riesgos, pero optaron por ocultar y minimizar la gravedad del daño.

Esta situación llevó al Departamento de Justicia de Estados Unidos a emprender un famoso litigio contra Philip Morris que tuvo lugar principalmente en la década de 1990 y culminó en 1998.

Se trató de una acción legal en la que se acusó a Philip Morris de participar en una conspiración para defraudar a consumidores y al gobierno mediante prácticas engañosas y fraudulentas relacionadas con la publicidad, el *marketing* y el ocultamiento de los riesgos asociados al tabaco.

Esta demanda, conocida como el «juicio del siglo», alegaba que Philip Morris y otras compañías conocían desde hace décadas los riesgos del tabaquismo, incluyendo el cáncer y otras enfermedades, pero ocultaron esa información al público. También se les acusaba de haber empleado tácticas de *marketing*, dirigidas especialmente a jóvenes y menores de edad, con el fin de incentivar el consumo, lo que contribuyó a la adicción y a la persistencia en el consumo de tabaco. El caso formó parte de un amplio proceso legal que buscaba responsabilizar a las tabacaleras por los daños que causaron a la salud pública.

En 1998, se firmó un acuerdo histórico conocido como el Acuerdo de 1998 (Master Settlement Agreement, MSA),[2] en el que las principales empresas tabacaleras, incluidas Philip Morris, aceptaron pagar más de $ 206 mil millones en compensaciones a los estados de Estados Unidos para resarcir los gastos de salud relacionados con el tabaquismo. Además, se comprometieron a limitar ciertas prácticas de marketing y publicidad.

3.3. 1992: café excesivamente caliente

Uno de los casos más reconocidos de productos defectuosos que generaron un gran impacto en la percepción pública y en las regulaciones fue el incidente protagonizado por Stella Liebeck, una adulta mayor de 79 años. Ella sufrió quemaduras graves tras derramarse un café extremadamente caliente comprado en un restaurante de la cadena McDonald's en Albuquerque, Nuevo México.

El incidente ocurrió cuando Stella viajaba como copiloto en el auto de su nieto, quien había comprado un café en un McAuto, el servicio de compra por ventanilla de la cadena. El nieto estacionó el vehículo para que la abuela pudiera agregarle crema y azúcar a su bebida. Como muchas personas habrían hecho, Stella colocó el vaso entre sus piernas para retirar la tapa, pero en ese momento el café se derramó completamente sobre sus pantalones de algodón. Las quemaduras fueron severas: ella sufrió quemaduras de tercer grado en muslos, nalgas e ingles. Según el artículo «La abuela que se enfrentó a McDonald's»: «[…] el hospital que la atendió determinó que Stella sufrió quemaduras de tercer grado en el 6 % de su cuerpo y quemaduras menores en el 16 %. Como resultado, tuvo que someterse a un injerto de piel. Además, perdió 9 kilos (casi el 20 % de su masa corporal) durante los ocho días de hospitalización, llegando a pesar apenas 38 kilos, lo que generó un tratamiento adicional de dos años».

---

[2] NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL. *The Master Settlement Agreement (MSA)*. https://www.naag.org/our-work/naag-center-for-tobacco-and-public-health/the-master-settlement-agreement/

Stella solicitó a la empresa que cubriera sus gastos médicos, que ella estimó en 20 000 dólares, pero McDonald's solo ofreció 800 dólares, lo que la llevó a demandar judicialmente a la cadena.

Durante el proceso quedó claramente demostrado que el café de McDonald's se servía a temperaturas mucho más altas que las habituales en la industria, con la intención de mantenerlo caliente por más tiempo. La política de la franquicia requería que el café se sirviera entre 180 y 190 grados Fahrenheit. A esa temperatura, si se derrama, puede causar quemaduras de tercer grado en tan solo tres a siete segundos. Además, se acreditó que ya existían al menos 700 reportes de lesiones causadas por el café caliente, datos que no se habían tomado en cuenta considerando la magnitud de las ventas de la cadena.[3]

Por diversas razones, el caso de Stella Liebeck se convirtió en uno de los más emblemáticos, incluso ha sido objeto de ridiculización, ya que algunos lo califican como una demanda «frívola» y culpan a la víctima de lo sucedido;[4] sin embargo, con el tiempo, la opinión pública y la justicia han reconocido la gravedad del asunto. La historia fue plasmada en dos documentales, siendo uno de los más conocidos *Hot Coffee* (Café caliente).

Finalmente, en 1998, se llegó a un acuerdo en el que McDonald's le pagó a Stella una suma millonaria en calidad de compensación. Aunque existen discrepancias respecto al monto exacto, este caso marcó un antes y un después en la regulación y en la conciencia sobre la seguridad del consumidor en la industria alimentaria.

3.4. 1992: implantes mamarios defectuosos (I)

Dow Corning, una compañía multinacional especializada en productos de silicona, estuvo en el centro de una de las mayores polémicas relacionadas con implantes mamarios en la historia médica. Durante décadas, la empresa fabricó implantes de silicona utilizados en cirugías estéticas y reconstructivas.

Desde 1984 y hasta principios de los años noventa, decenas de miles de consumidoras interpusieron demandas colectivas argumentando que dichos implantes causaban diversos problemas de salud. Las pacientes alegaron que los implantes podían estar asociados con complicaciones graves como rotura, migración del gel, inflamaciones crónicas y, en algunos casos, una posible relación con ciertos tipos de cáncer y otros trastornos autoinmunes como el lupus, así como problemas neurológicos.

Como consecuencia, en 1992, la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos (FDA) prohibió temporalmente la venta de implantes de silicona con fines de diagnóstico y mejoras estéticas; sin embargo, posteriormente, estos implantes fueron autorizados nuevamente, aunque con restricciones y etiquetados más claros.

En 1998 se llegó a un acuerdo en mérito al cual las demandantes recibirían una compensación total del orden de los 3200 millones de dólares, según lo publicado por *The Wall Street Journal*. Este arreglo al que arribaron los directivos de la empresa y los abogados de las litigantes representa más que la suma ofrecida (3000 millones) y menos que la reclamada (3800 millones de dólares),[5] pero constituye, a no dudarlo, un hito importante en cuanto a las compensaciones por productos defectuosos.

---

3 CONSUMERS ATTORNEYS OF CALIFORNIA. The McDonald's hot coffee case. https://www.caoc.org/?pg=facts

4 BULLARD, Alfredo. «¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario». En *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, vol. 6, n.° 10, IUS 360 - Portal Jurídico de Ius Et Veritas. 30 junio 2010. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74

5 LA NACIÓN. *Siliconas: Pagarán $ 3200 por implantes que causaron daños*. 9 julio 1998. En https://www.lanacion.com.ar/sociedad/siliconas-pagaran-3200-millones-por-implantes-que-causaron-danos-nid102774/

3.5. 1999: tanque de gasolina defectuoso

En agosto de 1999, General Motors enfrentó una grave demanda por lesiones personales y responsabilidad civil debido a defectos en uno de sus modelos, el Chevrolet Malibu de 1999. La acusación alegaba que los tanques de gasolina de estos vehículos eran defectuosos y susceptibles a explosiones en caso de impactos traseros.

Según las denuncias, en varios incidentes, cuando los vehículos fueron impactados por detrás, las explosiones resultantes causaron quemaduras graves a seis personas que estaban en los autos. Los demandantes argumentaron que el diseño y la fabricación del tanque de gasolina no cumplían con los estándares de seguridad adecuados, poniendo en riesgo la vida y la integridad física de los ocupantes.

Como parte de la demanda, los demandantes solicitaron una indemnización por daños punitivos que ascendía a 4900 millones de dólares, buscando no solo una reparación por los daños sufridos, sino también una sanción ejemplar para la compañía por negligencia en la seguridad de sus productos.

Este caso subrayó la importancia de la seguridad en el diseño de vehículos y llevó a una mayor revisión y, en algunos casos, a campañas de retiro de modelos defectuosos para prevenir futuras tragedias.

3.6. 2000: neumáticos defectuosos

El caso de Firestone Tire and Rubber Company, una subsidiaria de Bridgestone, en el año 2000, fue uno de los mayores escándalos y litigios relacionados con neumáticos defectuosos en la historia de Estados Unidos.

Lo ocurrido fue que a finales de la década de 1990 y principios del 2000 se reportaron un número creciente de accidentes y fallos en los neumáticos Firestone, especialmente en modelos como el Firestone Wilderness AT, utilizados frecuentemente en camionetas y SUV. Estos neumáticos presentaban una alta tasa de desgaste y fallaban de manera inesperada, provocando accidentes graves, incluyendo desprendimientos, vuelcos y, en algunos casos, fallecimientos.

En agosto de 2000, el grupo de defensa de la seguridad Public Citizen pidió un *recall* de dichos neumáticos y como resultado ese mismo año Ford y Firestone anunciaron el primer *recall* de neumáticos que alcanzó aproximadamente a 6,5 millones de unidades[6] en Estados Unidos y millones más en otros países.

Simultáneamente, las autoridades comenzaron a investigar las causas del problema, descubriendo que algunos neumáticos tenían defectos en el diseño y en la fabricación que los hacían vulnerables a fallos prematuros. Se identificó que estos neumáticos tendían a desgastarse rápidamente y que, en ciertos modelos, podían desprenderse o explotar en condiciones de uso normal, especialmente en carreteras calurosas y con cargas pesadas.

Miles de consumidores y familiares de las víctimas presentaron demandas por negligencia, daños personales y lesiones graves, así como por fallecimientos relacionados con los fallos de los neumáticos.

Por su parte, Bridgestone/Firestone acordó pagar millones de dólares en compensaciones y daños, además de implementar mejoras en el control de calidad y en los procedimientos para identificar neumáticos peligrosos. La marca sufrió un daño sustancial en su reputación, lo que afectó tanto sus ventas como la confianza del público en sus productos.

---

6 CHALIK & CHALIK. *Recuerdos de Firestone Tire*. https://www.chaliklaw.com/es/areas-que-servimos/florida/responsabilidad-del-fabricante-de-neumaticos/recuerdos-de-neumaticos/firestone/

3.7. 2008: refrigerante defectuoso

En marzo de 2008, finalmente, se resolvieron una serie de demandas colectivas interpuestas contra General Motors, las cuales alegaban que el uso de una sustancia química dañina en su refrigerante Dex-Cool había causado fugas y daños en el motor de miles de vehículos. Según documentos judiciales publicados por los abogados tanto de la empresa como de los demandantes, el producto se utilizó en modelos de Chevrolet, Buick y otros entre 1995 y 2004.

Las demandas fueron presentadas en representación de aproximadamente 35 millones de clientes y buscaban una compensación cercana a los 150 millones de dólares.[7]

El fabricante de automóviles número uno en Estados Unidos quedó obligado a reembolsar entre 50 y 800 dólares a cada cliente afectado, según lo establecido en un acuerdo de conciliación presentado ante un tribunal estatal de California. Dicho acuerdo cubrió casi todos los estados de EE. UU., excepto Missouri, que quedó contemplado en un acuerdo independiente, según los documentos judiciales. Se estimaba que el acuerdo podría beneficiar hasta 20 millones de compradores, tanto iniciales como secundarios, de vehículos GM que utilizaron Dex-Cool.

Las demandas, que se presentaron por primera vez en abril de 2003, alegaban que Dex-Cool degradaba las juntas del colector y otros componentes del motor, además de, en ocasiones, formar un lodo oxidado que obstruía los sistemas de enfriamiento y provocaba el sobrecalentamiento de los vehículos.

3.8. 2009: airbags *defectuosos*

La Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en Carretera (NHTSA) cuestionó tanto a la empresa japonesa Takata, que fabricaba *airbags* desde 1998, como a los fabricantes de automóviles que utilizaban las piezas de dicho fabricante, entre ellos Honda. Se buscaba determinar si respondieron con la suficiente rapidez a una serie de incidentes que se venían reportando desde 2004, cuando un conductor de Alabama resultó herido al ser alcanzado por fragmentos metálicos procedentes de la explosión de un *airbag* en su Honda modelo 2002. Por ello, la NHTSA abrió oficialmente una investigación sobre el asunto.

De este modo, Takata quedó envuelta en el centro de un escándalo internacional debido a que los *airbags* defectuosos pusieron en riesgo la vida de millones de personas en todo el mundo. Este problema tuvo consecuencias graves, incluyendo muertes y heridas graves en conductores y pasajeros.

Los retiros concluyeron en abril de 2013, cuando se llamó a revisión a 3,6 millones de vehículos de marcas como Honda, Nissan, Toyota, BMW y otros, fabricados entre 2001 y 2004, en todo el mundo. En total, durante los cinco años previos, se retiraron 6,5 millones de vehículos equipados con *airbags* Takata a nivel global, siendo Honda la marca más afectada, con más de la mitad de estos vehículos.[8]

Los *airbags* de Takata contenían un componente llamado propulsor que en ciertas condiciones podía deteriorarse con el tiempo y llegar a explotar de manera violenta durante una colisión. Este mal funcionamiento provocó que fragmentos metálicos altamente peligrosos salieran disparados hacia los ocupantes, causando lesiones graves o incluso la muerte. El escándalo llevó a una de las mayores devoluciones y llamadas a revisión de la historia automotriz, afectando a múltiples marcas de vehículos en todo el mundo.

---

7 REUTERS. *GM resuelve demandas por problemas con el refrigerante del motor*. 3 abril 2008. https://www.reuters.com/article/business/autos-transportation/gm-settles-lawsuits-over-engine-coolant-problems-idUSN27350115/

8 KLAYMAN, Ben y *Kubota*, Yoko. «Special Report: Deadly airbags backfire on firm that crossed "dangerous bridge"». En https://www.reuters.com/article/world/special-report-deadly-airbags-backfire-on-firm-that-crossed-dangerous-bridge-idUSBREA0C119/

En octubre de 2013 se interpuso la primera demanda colectiva contra Takata por un grupo de abogados del sur de Florida que representaba a 16 particulares y 2 concesionarios de automóviles debido a los daños causados por los *airbags* defectuosos.

Este caso no solo generó un profundo impacto en la confianza del público en la seguridad de los productos automotrices, sino que también evidenció la importancia crucial de las regulaciones y controles en la industria para prevenir riesgos que puedan poner en peligro vidas humanas. La situación de Takata es un recordatorio de la responsabilidad que tienen las empresas para garantizar la calidad y seguridad de sus productos, y de la relevancia de la supervisión constante a nivel global para proteger a los consumidores.

3.9. 2010: implantes mamarios defectuosos (II)

El escándalo de los implantes mamarios franceses PIP (*poly implant prothèse*) es considerado uno de los mayores casos de mala práctica en la industria de implantes médicos.

Se descubrió que la empresa francesa PIP, que fabricaba estos implantes, utilizaba silicona de bajo nivel en lugar del gel de alta calidad y autorizado por las regulaciones vigentes en ese momento. Esta silicona de menor calidad, además de ser potencialmente dañina, no cumplía con los estándares internacionales de seguridad.

PIP cometió prácticas fraudulentas al rellenar los implantes con silicona industrial, un material no aprobado para uso médico, y continuó haciéndolo durante varios años, desde 1991 hasta 2010. Como resultado, miles de mujeres en diferentes partes del mundo, especialmente en Francia, se sometieron a cirugías con estas prótesis peligrosas.

Cuando se reveló el fraude, se generó una gran alarma social y sanitaria.[9] Muchas consumidoras reportaron casos de rotura, filtraciones y posibles complicaciones de salud, aunque en ese momento no se lograron pruebas concluyentes de daños graves en todas las alegaciones.

Entre 2010 y 2011, numerosos países, incluyendo Francia y otros países europeos, retiraron del mercado los implantes PIP y recomendaron revisiones médicas para las mujeres afectadas.

Este polémico caso impulsó una mayor regulación y controles en la industria de implantes médicos, buscando evitar que se repitan situaciones similares.

3.10. 2011: enjuague bucal defectuoso

El 15 de julio, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) de Chile (www.sernac.cl) advirtió, como noticia resaltada, que la empresa Procter & Gamble (P&G) informaba a dicha entidad que había dispuesto el retiro de ciertas versiones del enjuague bucal Oral-B «luego de detectar niveles microbianos fuera de especificación».[10]

En la nota se explicaba que las versiones específicas de los productos que se estaban retirando eran «los enjuagues Oral-B producidos en Laboratorios Rety de Colombia S. A.». Del mismo modo se señalaba que los productos Oral-B producidos en Eurofarma Laboratorios Ltda. de Brasil, que correspondían a la línea Pro-Salud se encontraban «en perfecto estado». Igualmente, se informaba que las víctimas potenciales de esta contaminación del producto eran las «personas con sistemas inmunológicos severamente debilitados, tales como aquellos con fibrosis quística».

---

9 GOBIERNO DE ESPAÑA. *Ministerio de Sanidad: Nota de Seguridad de Productos Sanitarios sobre Prótesis Mamarias*. 31 marzo 2010. https://www.aemps.gob.es/informa/notasinformativas/productossanitarios/seguridad-3/2010/005-2010_protesis-mamarias/

10 SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC). *Procter & Gamble (P&G) informa a Sernac retiro voluntario del producto Enjuague bucal Oral-B*. 15 julio de 2011. https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-2504.html

Como es sabido, los enjuagues bucales son empleados por miles de consumidores para preservar su salud bucal y se trata de una de las categorías de productos más difundidos y, aparentemente, más inocuos que se comercializan en el mercado. Nadie desconfía de ellos, por eso esta situación era particularmente delicada.

Además, a despecho de lo que se sostenía, no solo las personas inmunodeficientes, cualquier consumidor, en general, corre riesgo. Por ejemplo, los casos de las personas que tengan lesiones en la boca, gingivitis o caries con encía expuesta se encontraban igualmente en riesgo.

Al final, lo que quedó claro es que únicamente las siguientes versiones del producto se encontraban contaminadas: Oral B Enjuague Bucal con flúor sabor Menta Refrescante, Oral B Enjuague Bucal con flúor sabor Hierbabuena, Oral B Complete Enjuague Bucal con flúor sabor Hierbabuena y Oral B Complete Enjuague Bucal con flúor sabor Menta Refrescante; en cambio, lo que no se esclareció debidamente fueron la causa y el tipo de agente que contaminó los mencionados enjuagues.

3.11. 2012: latas de gas explosivas

La empresa Blitz enfrentó una serie de graves problemas al estar involucrada en demandas relacionadas con sus latas de plástico para almacenar gasolina que explotaban durante su uso, causando quemaduras y lesiones graves en los consumidores. Estas explosiones representaron un riesgo extremo para la seguridad, generando pánico entre los usuarios y dañando la reputación de la compañía.

El problema se reveló cuando varias personas sufrieron lesiones por la explosión inesperada de las latas, que contenían gases presurizados. La crisis llevó a que Blitz cerrara temporalmente su planta de producción y a que acordara un fondo de aproximadamente 161 millones de dólares para resolver los múltiples casos legales y compensar a las víctimas.

Este caso resaltó la importancia de los controles de calidad en productos altamente peligrosos y llevó a la Comisión de Seguridad de Productos de Consumo a recomendar a todos los fabricantes de latas de gas que utilizaran apagallamas en sus productos. Se desconoce si esta exhortación encontró eco en la industria, pero lo cierto es que se pusieron en evidencia las consecuencias legales y financieras que enfrentan las empresas cuando no cumplen con los estándares de seguridad, y sirvió como advertencia en cuanto a la gestión de riesgos en productos peligrosos.

La empresa Blitz enfrentó una serie de graves problemas tras estar involucrada en demandas relacionadas con sus latas de plástico para almacenar gasolina, las cuales explotaban durante su uso, causando quemaduras y lesiones graves en los consumidores. Estas explosiones representaban un riesgo extremo para la seguridad y ocasionaron pánico entre los usuarios, lo cual perjudicó gravemente la reputación y las finanzas de la compañía.

El problema salió a la luz cuando varias personas sufrieron lesiones tras la explosión inesperada de las latas, que contenían gases presurizados. Como resultado, Blitz se vio obligada a cerrar temporalmente su planta de producción y acordó un fondo de aproximadamente 161 millones de dólares para resolver múltiples casos legales y compensar a las víctimas.

Este caso resaltó la importancia de implementar controles de calidad rigurosos en productos potencialmente peligrosos y llevó a la Comisión de Seguridad de Productos de Consumo a recomendar que todos los fabricantes de latas de gas comenzaran a incorporar apagallamas en sus productos. Aunque no se ha comprobado si dicha recomendación ha sido adoptada por la industria, lo cierto es que el incidente evidenció las graves consecuencias legales y financieras que enfrentan las empresas cuando no cumplen con los estándares mínimos de seguridad. Además, sirvió como una advertencia sobre la gestión adecuada de riesgos en productos peligrosos.

3.12. 2014: interruptores de encendido defectuosos

El gigante automotriz estadounidense General Motors (GM) enfrentó un grave escándalo debido a la presencia de interruptores de encendido defectuosos en varios de sus modelos que, en el primer trimestre de ese año, la obligó a retirar 2,6 millones de vehículos pequeños. Este defecto, que inicialmente pareció ser un problema técnico menor, se convirtió en una cuestión de vida o muerte cuando se relacionó con al menos 97 muertes desde 2005 y numerosos accidentes fatales.[11]

El problema radicaba en que ciertos interruptores de encendido podían apagarse accidentalmente durante la conducción, provocando la pérdida de potencia en elementos críticos como los *airbags*, frenos y dirección. Esta falla incrementó significativamente el riesgo de colisiones graves y lesiones severas a los ocupantes de los vehículos afectados. El problema afectó a una amplia gama de modelos, incluyendo Chevrolet Cobalt, Pontiac G5 y los Saturn Ion, y obligó a la empresa a retirar alrededor de 800 000 de sus autos pequeños.

La crisis de GM reveló no solo fallos de calidad en la fabricación, sino también graves deficiencias en la gestión y supervisión de riesgos. La compañía tuvo que enfrentarse a múltiples demandas, multas y una fuerte pérdida de confianza por parte de los consumidores. Además, el escándalo llevó a la retirada de millones de vehículos del mercado y a cambios en los protocolos de seguridad en la industria automotriz.

3.13. 2015: autos más contaminantes de lo ofrecido

En septiembre de 2015, se reveló que Volkswagen, uno de los mayores fabricantes de automóviles del mundo, había instalado de manera ilegal un *software* conocido como «defeat device» para manipular los resultados de los controles técnicos de emisiones contaminantes en 11 millones de vehículos diésel vendidos entre 2009 y 2015.[12] Gracias a esta manipulación, sus motores lograron superar con éxito los estándares de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos; sin embargo, en condiciones reales de conducción estos vehículos emitían hasta 40 veces más óxidos de nitrógeno que el límite legal.

Volkswagen había realizado un gran esfuerzo para promover la venta de automóviles diésel en EE. UU., respaldado por una masiva campaña de *marketing* que destacaba las bajas emisiones de sus vehículos. Pero toda esa imagen de sostenibilidad era una mentira.

El escandaloso fraude, conocido como Dieselgate o Emissiogate, generó una ola de indignación global, especialmente en los consumidores estadounidenses, quienes estaban dispuestos a pagar más dinero por vehículos menos contaminantes y, en cambio, recibieron unidades con un impacto ambiental mucho mayor.

En octubre de 2016, Volkswagen acordó con las autoridades estadounidenses pagar 17 500 millones de dólares en concepto de compensación a los propietarios de los vehículos afectados y a los concesionarios. Además, se comprometió a pagar una multa de 4300 millones de dólares (unos 4100 millones de euros) al Departamento de Justicia de EE. UU.

Pero lo ocurrido no se limitó a Estados Unidos. Lo que empezó como un escándalo en ese país se extendió rápidamente a varios otros países. Reino Unido, Italia, Francia, Corea del Sur, Canadá y, por supuesto, Alemania iniciaron sus propias investigaciones. La reputación de la firma alemana más emblemática sufrió un golpe severo, poniendo en jaque su imagen internacional.

---

11 PLUMER, Brad. *The GM Recall Scandal of 2014*. 11 de mayo de 2015. https://www.vox.com/2014/10/3/18073458/gm-car-recall

12 THOMPSON, Mark y KOTTASOVÁ, Ivana. *Escándalo de Volkswagen se extiende: 7300 millones de dólares en costos y 11 millones de autos afectados*. 22 de septiembre de 2015. https://cnnespanol.cnn.com/2015/09/22/7-300-millones-de-dolares-en-costos-y-11-millones-de-autos-implicados

3.14. 2016: teléfonos defectuosos

El caso del Samsung Galaxy Note 7 fue uno de los incidentes más notorios y complejos en la historia de la tecnología de consumo debido a problemas de seguridad y gestión de crisis por parte de Samsung.

Dicho equipo fue lanzado al mercado en agosto de 2016 como un teléfono inteligente de alta gama con muchas expectativas; sin embargo, poco después de su lanzamiento, comenzaron a reportarse casos en los que las baterías de estos dispositivos explotaban o se incendiaban espontáneamente, hecho que tuvo que ser reconocido por la empresa.[13]

Lo que había sucedido era que Samsung utilizó baterías de diferentes proveedores en diferentes unidades y se descubrió que los defectos en el diseño y la fabricación de las baterías, específicamente en las que provenían de un proveedor externo (Samsung SDI y Amperex Technology Limited), provocaban cortocircuitos internos, los cuales hacían que la batería se sobrecalentara, lo que en algunos casos derivaba en explosiones o incendios del dispositivo, incluso cuando estaban apagados o en uso normal.

En octubre de ese mismo año, Samsung anunció la retirada global del Galaxy Note 7, afectando alrededor de 2,5 millones de unidades y lanzó campañas de devolución y reemplazo, ofreciendo un modelo alternativo o el reembolso completo.

A pesar de los reemplazos también se reportaron incidentes con las unidades sustitutas, lo que llevó a Samsung a cancelar oficialmente la producción y venta del Galaxy Note 7 en octubre de 2016.

Este retiro masivo representó una de las crisis de relaciones públicas más grandes en la historia de la tecnología y tuvo un impacto financiero significativo para Samsung. La compañía emprendió investigaciones exhaustivas y mejoró sus procesos de control de calidad en productos futuros.

3.15. 2016: autos menos eficientes

Mitsubishi Motors enfrentó un escándalo de gran repercusión cuando admitió haber falsificado datos relacionados con el consumo de combustible de sus vehículos. La compañía manipuló los registros para hacer que sus autos parecieran más eficientes en términos de consumo, afectando a más de 625 000 vehículos en Japón y en otros mercados.[14]

Esta manipulación afectó a aproximadamente 157 000 unidades de los modelos ek Wagon y ek Space, producidos desde 2013, así como a 468 000 unidades del Dayz y el Dayz Roox, ambos fabricados en colaboración con Nissan Motor y comercializados por Mitsubishi.

Tras anunciar la convocatoria de una conferencia de prensa para abordar las irregularidades en sus controles de emisiones contaminantes, las acciones de la fabricante japonesa se desplomaron más de un 15 % en la Bolsa de Tokio.

Este fraude no solo alteró las expectativas de los consumidores respecto al rendimiento de los vehículos, sino que también puso en duda la integridad y ética de la compañía. La revelación provocó una pérdida significativa de confianza, investigaciones regulatorias y la retirada de numerosos modelos del mercado. Además, generó un debate sobre la transparencia y honestidad en la industria automotriz, subrayando la necesidad de implementar controles más estrictos en los procesos de certificación y verificación de datos.

---

13 ÁLVAREZ, Raúl. *Samsung confirma que las explosiones del Galaxy Note 7 fueron por baterías defectuosas y una fabricación apresurada*. 22 de enero de 2017. https://www.xataka.com/moviles/samsung-confirma-que-las-explosiones-del-galaxy-note-7-fueron-por-baterias-defectuosas-y-una-fabricacion-apresurada

14 DW. *Mitsubishi admite manipulación de datos de emisión de gases*. 20 de abril de 2016. https://www.dw.com/es/mitsubishi-admite-manipulaci%C3%B3n-de-datos-de-eficiencia-energ%C3%A9tica/a-19201107

3.16. 2018: herbicida defectuoso

El herbicida Roundup de Monsanto se considera un producto defectuoso principalmente por las preocupaciones relacionadas con su ingrediente activo, el glifosato, y los riesgos que este puede representar tanto para la salud como para el medioambiente.

En cuanto a la salud, diversos estudios científicos y evaluaciones regulatorias han sugerido que el glifosato, principal componente de Roundup, podría ser cancerígeno. En particular, en 2015, la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC), dependiente de la Organización Mundial de la Salud (OMS), clasificó el glifosato como «probablemente carcinogénico para los humanos». Esto ha generado múltiples demandas y preocupaciones acerca de la seguridad del producto para los usuarios y quienes están expuestos a largo plazo.

Una de las acciones legales más conocidas ocurrió en 2018, cuando Dewayne Lee Johnson, un exjardinero escolar, presentó una demanda por producto defectuoso contra Monsanto. Johnson alegó que el uso prolongado de Roundup le causó un linfoma de Hodgkin terminal. En un principio, un jurado le otorgó 289 millones de dólares,[15] aunque esta cifra fue reducida tras apelaciones posteriores.

Además, en varios casos legales se ha argumentado que Monsanto no proporcionó información suficiente ni advertencias apropiadas sobre los posibles riesgos del glifosato, lo que puede considerarse una omisión que hace que el producto sea legal y éticamente defectuoso. Finalmente, además de los riesgos para la salud, el uso del glifosato ha sido criticado por su impacto en la biodiversidad, la proliferación de plantas no deseadas y la posible contaminación del agua, reforzando la percepción de que el producto presenta deficiencias en cuanto a seguridad y responsabilidad.

3.17. 2019: talco defectuoso

En 2019, miles de mujeres presentaron demandas colectivas contra Johnson & Johnson en Estados Unidos, alegando que el icónico talco para bebés de la compañía contenía asbesto, un mineral cancerígeno, y que la empresa no había advertido adecuadamente sobre los riesgos asociados con su uso. Estas demandas provienen de mujeres que desarrollaron cáncer de ovario tras usar regularmente el talco en su rutina de higiene personal durante años.

Las demandantes argumentaron que Johnson & Johnson conocía desde hacía décadas los riesgos del asbesto en algunos de sus productos de talco, pero no tomó medidas para retirar o advertir claramente a los consumidores. Documentos internos filtrados y testimonios de exempleados sugieren que la compañía sabía que algunos de sus productos estaban contaminados con asbesto, pero no actuó para proteger a las madres y a las jóvenes.

Al 2020, ya se habían presentado más de 19 000 casos en tribunales federales y estatales de Estados Unidos.[16] Esta situación llevó a que, ese mismo año, un jurado en Misuri condenara a Johnson & Johnson a pagar 2,1 mil millones de dólares en compensación a 22 mujeres. Aunque la suma fue posteriormente reducida, el caso resaltó la gravedad de las acusaciones y generó un aumento en las demandas de este tipo.

Johnson & Johnson ha enfrentado múltiples demandas similares en diferentes estados, y en 2021, la compañía anunció que dejaría de vender su talco para bebés en Estados Unidos y Canadá, aunque seguiría vendiéndolo en otros países. La empresa ha negado en varias ocasiones que sus productos contengan asbesto y que sean cancerígenos, manteniendo que sus productos son seguros y cumplen con las regulaciones.

---

15 NACIONES UNIDAS. *La sentencia de Monsanto, una «victoria para los derechos humanos»*. 15 de agosto de 2018. https://news.un.org/es/story/2018/08/1439712

16 POVTAK, Tim. *Johnson & Johnson Ends Talc-Based Baby Powder Sales in US, Canada*. 29 de septiembre de 2023. https://www.asbestos.com/news/2020/05/20/johnson-johnson-asbestos-baby-powder/

3.18. 2019: vapeadores peligrosos

La problemática legal contra Juul, relacionada con los cigarrillos electrónicos, también conocidos como vapeadores, comenzó a intensificarse a partir de 2019; sin embargo, las demandas y acciones legales específicas han continuado en años posteriores.

Las principales acusaciones en estas demandas se centraron en:

- Ocultamiento de los peligros de la nicotina: se alegó que Juul no reveló de manera completa los riesgos asociados con el uso de sus cigarrillos electrónicos, especialmente su potencial de adicción a la nicotina.

- Promoción agresiva a adolescentes: Juul fue criticada por llevar a cabo campañas de *marketing* y publicidad dirigidas a jóvenes, lo que habría contribuido a una epidemia de consumo de nicotina entre menores. Para entender mejor este aspecto, se recomienda ver el documental *A puro vapor*, parte de la serie documental de Netflix *Sociedad de consumo*, que aborda la crisis global del vapeo, especialmente entre los jóvenes.

- Lesiones y daños: muchos usuarios, principalmente adolescentes y jóvenes, sufrieron lesiones graves, como problemas cardíacos y pulmonares. En algunos casos, estas lesiones se atribuyen al consumo excesivo de nicotina y a la exposición a otros químicos presentes en los vaporizadores.

Debido a estos hechos, en 2020 se presentaron múltiples demandas en diferentes estados, alegando que Juul contribuyó a la adicción y a problemas de salud en los jóvenes. Además, en 2021, la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) inició investigaciones y acciones regulatorias contra Juul con el fin de limitar sus ventas y publicidad, las cuales continuaron en los años siguientes.

3.19. 2021: fórmulas para bebés defectuosas

Las demandas por fórmulas para bebés, relacionadas con no revelar los peligros de sus productos, comenzaron a hacerse públicas principalmente en 2021 y 2022. Estas demandas acusaban a algunos fabricantes, como Similac y Enfamil, de no informar adecuadamente a los consumidores sobre el posible vínculo entre ciertos productos de fórmula a base de leche de vaca y la enfermedad llamada enterocolitis necrosante (ECN), que puede ser fatal, especialmente para los bebés prematuros.

Los padres de familia alegaron que los fabricantes no advirtieron de manera suficiente sobre los riesgos asociados con el consumo de ciertas fórmulas y que algunos productos podrían estar relacionados con un aumento en el riesgo de ECN. Las demandas también argumentaron que dichas compañías no revelaron información importante sobre la posible contaminación o las condiciones en las que se fabrican ciertos lotes de fórmula.

Cabe indicar que estas demandas surgieron en respuesta a investigaciones y reportes que sugieren un posible vínculo entre algunas fórmulas y el aumento en casos de ECN, una enfermedad grave que puede afectar el intestino de los bebés y, en casos severos, ser fatal. Muchos padres sienten que la información sobre estos riesgos no fue proporcionada de manera adecuada, lo que llevó a acciones legales contra los fabricantes.

A junio de 2025, 740 demandas contra Similac y Enfamil estaban pendientes en litigios multidistritales (MDL). Uno de los principales demandados es Abbott Laboratories, fabricante de las fórmulas infantiles de leche de vaca Similac.[17]

---

[17] DRUGWATCH. *Últimas actualizaciones de la demanda contra Similac*. Mayo 2025. https://www.drugwatch.com/baby-formula/lawsuits/similac/

3.20. 2025: colorante peligroso

Desde hace años, el colorante rojo n.° 3, también conocido como «rojo 3», «eritrosina», «FD&C Rojo Nº 3» o «carmoisin», ha sido objeto de controversia y preocupación en varias partes del mundo por sus posibles riesgos para la salud y su uso en alimentos, cosméticos y productos farmacéuticos. Este colorante sintético, elaborado a base de petróleo, se emplea para dar un color rojo brillante a diferentes productos.

Aunque ha sido ampliamente utilizado en la industria alimentaria, estudios científicos y organismos reguladores han señalado que puede estar relacionado con efectos adversos como reacciones alérgicas, hiperactividad en niños y otros problemas de salud como cáncer. Por ello, varias agencias regulatorias, como la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) en Estados Unidos y la Unión Europea han impuesto restricciones o prohibiciones en su uso en ciertos productos.[18]

En particular, en enero de este año, la FDA prohibió su uso debido a preocupaciones de seguridad, especialmente por su posible relación con efectos cancerígenos. Esta decisión está respaldada por la cláusula Delaney de la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos, que prohíbe los aditivos que puedan causar cáncer en humanos o animales.

Los fabricantes que usan rojo 3 en alimentos y medicamentos tienen hasta el 15 de enero de 2027 y el 18 de enero de 2028, respectivamente, para reformular sus productos, según la FDA. Además, los alimentos importados a EE. UU. también deben cumplir con estos requisitos.

4. CASOS NACIONALES

4.1. 2002: pan peligroso

En Perú, se venían reportando casos relacionados con la presencia de bromato de potasio en el pan. Este aditivo, utilizado en muchas panaderías para mejorar la apariencia, la textura y especialmente para aumentar el tamaño del producto, era fácilmente identificable porque los panes que lo contenían tenían un interior hueco.

En esa época, ya existían estudios científicos y regulaciones internacionales que alertaban sobre el potencial carcinogénico del bromato de potasio, señalando que podía representar riesgos a largo plazo para la salud de los consumidores. Ello debido a que cuando se ingiere en cantidades elevadas o de forma continua este químico puede dañar los riñones, afectar el sistema reproductor y aumentar el riesgo de desarrollar cáncer.

Por esta razón, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) en alianza con la Asociación Peruana de Empresarios de la Panadería y Pastelería (Aspan) lideraron una intensa y mediática campaña para sensibilizar a las autoridades y a la población sobre el tema. La campaña incluyó inspecciones en las panaderías y la creación y distribución de un adhesivo que indicaba que el establecimiento no utilizaba ese peligroso aditivo.

Gracias a estas acciones, en febrero de 2003 se promulgó la Ley n.° 27932 que prohíbe el uso del bromato de potasio en la elaboración de pan y otros productos alimenticios destinados al consumo humano. Posteriormente, en febrero de 2005, se publicó el reglamento de dicha ley, reiterando que «el pan, los productos de panificación y en general los alimentos destinados al consumo humano no deben contener en sus ingredientes, materia prima, mejoradores de masa u otros productos, la sustancia química bromato de potasio».

---

18 ROGERS, Kristen. *FDA prohíbe el colorante rojo número 3 en alimentos, bebidas y medicamentos; en estudios se le ha vinculado con cáncer*. 15 enero 2025. https://cnnespanol.cnn.com/2025/01/15/salud/fda-prohibe-colorante-rojo-alimentos-ee-uu-trax

Aunque la prohibición está vigente, su cumplimiento sigue siendo una preocupación, ya que en muchos locales los gobiernos locales no realizan inspecciones de manera regular. Por ello, existe la posibilidad de que algunos negocios continúen evadiendo dicha regulación.

4.2. 2003: buses camión riesgosos

Los niveles de informalidad en el Perú alcanzan los sectores menos pensados como la fabricación de buses de transporte interprovincial de pasajeros, incluyendo unidades de dos pisos ensambladas mediante un «injerto» entre un camión y un bus.[19]

Estos vehículos se han venido fabricando en talleres de mecánica, planchado y pintura sin cumplir ninguna norma técnica, ya sea nacional o internacional. El proceso generalmente consiste en adaptar el chasis de un camión, empleando soldadura autógena y materiales provenientes de otros vehículos, para crear un medio de transporte de pasajeros.

Aunque estas transformaciones pueden parecer una solución económica y rápida para ampliar la oferta de transporte, especialmente en zonas del interior del país, presentan graves riesgos para la seguridad vial y la protección de los pasajeros. Entre los más peligrosos se encuentran:

- **Exceso de peso en el eje delantero**: que se hace evidente cuando el vehículo circula a alta velocidad.

- **Alargamiento peligroso del chasis**: lo cual afecta la capacidad de torsión del vehículo y, por tanto, su maniobrabilidad.

- **Sistema de frenado inadecuado**: porque el sistema diseñado para un camión no es compatible con las demandas de un bus, generando un desequilibrio en el frenado y aumentando el riesgo de pérdida de control.

- **Alteración del centro de gravedad**: lo que compromete la estabilidad de la unidad durante la circulación.

Es sabido que estos «buses camión» siguen circulando por el interior del país y que nadie asume la responsabilidad por su estado. Por ello, es fundamental que los usuarios sean cautelosos al contratar servicios con empresas sospechosas de utilizar vehículos transformados, para evitar poner en riesgo su integridad.

4.3. 2007: dólares falsos

El 29 de marzo, HSBC Bank USA —empresa de corresponsalía en Estados Unidos de los bancos peruanos— informó a estas entidades que se había detectado «un volumen significativo de billetes falsos de US$ 100 de la serie CB-B2» y les recomendó tomar precauciones «extraordinarias» al aceptar estos billetes, ya que sus características de seguridad eran de alta calidad y se asemejaban en gran medida a los billetes genuinos.[20]

Lo grave es que a pesar de que los bancos peruanos recibieron esta información privilegiada el mismo martes 29, recién actuaron una semana después y lo hicieron de la peor manera posible, perjudicando a los usuarios al negarse a aceptar los billetes falsificados, incluso cuando los consumidores contaban con *vouchers* que acreditaban que los billetes que tenían en su poder les habían sido entregados por las propias instituciones financieras en días anteriores.

---

19 *Consumo Respeto*, n.° 4, diciembre 2002. Publicación trimestral de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) con el auspicio de la Universidad del Pacífico.

20 MERINO, Marlene y MANRIQUE, Rossana. *Bancos sabían de dólares falsos desde el 29 de marzo*. http://www.paginadigital.com.ar/articulos/2005/2005prim/noticias9/dolares-falsos-110405.asp

Al difundirse la situación en los medios de comunicación se generó un comprensible pánico financiero que afectó principalmente a los consumidores de menores recursos que no tenían con qué cubrir sus necesidades básicas, mientras las autoridades no brindaban una respuesta adecuada a la crisis. Una vez más fue la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) la que intervino y tomó diversas acciones para enfrentar la situación, entre ellas:

- Mantener una presencia constante en los medios informando lo ocurrido.

- Empadronar a los tenedores de billetes de US$ 100 de la serie CB 2001, sin importar si los adquirieron en bancos o en el mercado paralelo. Esta lista incluyó a cerca de 2000 personas.

- Ofrecer un servicio gratuito de peritaje de billetes, con el apoyo del Instituto de Formación Bancaria (IFB).

- Comunicar información relevante a la SBS, el Indecopi, el Ministerio Público y la Policía Nacional.

- Presentar 10 denuncias el 14 de abril contra igual número de bancos.

4.4. 2017: leche que no era leche

Todo empezó en Panamá. El 2 de junio, los medios informaron que la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (Aupsa) determinó que Pura Vida no podía seguir ingresando a su territorio con el rótulo de «leche», ya que su composición contenía ingredientes que difieren de una bebida natural. Además, ordenó el retiro del producto del mercado.[21]

De inmediato, el Grupo Gloria, que concentra más del 80 % del mercado de lácteos en Perú, anunció que su marca Pura Vida dejaría de usar la imagen de una vaca en su etiqueta. Pero el asunto era mucho más profundo.

El producto se comercializaba en un envase de 400 gramos, con la siguiente descripción en su etiquetado: «PURA VIDA NUTRIMAX. Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)»; sin embargo, se inducía a error al consumidor porque el producto no era una leche evaporada pura, sino una mezcla que incluía leche parcialmente descremada más los ingredientes mencionados.

Esta situación provocaba que el consumidor creyera erróneamente que estaba comprando leche pura, cuando en realidad adquiría una mezcla láctea, que es algo completamente diferente.

Cabe señalar que el Codex Stan 281-1971, norma del *Codex Alimentarius* para las leches evaporadas, establece claramente qué características deben tener tales productos lácteos. De acuerdo con esta normativa, el producto mencionado no cumplía con la definición oficial. Tampoco lo hacía con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley n.° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece que el etiquetado de los alimentos debe reflejar su «verdadera naturaleza».

Dado lo anterior, era evidente que la empresa denunciada, que gozaba de un reconocido prestigio entre los consumidores, había aprovechado indebidamente esa confianza para vender un producto muy distinto al que ofertaba originalmente.

El caso fue denunciado por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) ante el Indecopi, cuya Sala Especializada en Protección al Consumidor le dio la razón e impuso a la empresa

---

21 REDACCIÓN RPP. *Cómo empezó la polémica sobre la leche envasada en el Perú*. 6 de junio de 2017. https://rpp.pe/lima/actualidad/caso-pura-vida-como-empezo-la-polemica-sobre-la-leche-envasada-en-el-peru-noticia-1055938?ref=rpp

una multa de 450 UIT;[22] sin embargo, Gloria llevó el caso al Poder Judicial, donde el proceso continúa hasta la fecha.

4.5. 2022: frutas y verduras contaminadas

Desde 2022, diversas organizaciones de la sociedad civil vienen llevando a cabo los denominados «monitoreos ciudadanos sobre contenido de los agroquímicos en los alimentos», con el objetivo de exponer públicamente esta problemática que afecta directamente la salud de los consumidores y alertar sobre la falta de fiscalización en cuanto a la inocuidad alimentaria.

El primer monitoreo (2 y 5 de diciembre de 2022) tomó 84 muestras de frutas y verduras de cadenas como Wong, Metro, Plaza Vea, Vivanda, Tottus y del mercado de Minka en el Callao. Se analizaron productos como apio, pepinillo, tomate, cebollita china, pimiento, ají amarillo, beterraga y fresa, enviando las muestras a laboratorios acreditados internacionalmente y autorizados por el Senasa (Mériux Nutrisciences Perú y Normen Groen Agro Control). De las 84 muestras, 51 contenían niveles de agroquímicos por encima de los límites máximos de residuos (LMR) permitidos en Perú.[23]

El segundo monitoreo (agosto de 2023) comprendió las ciudades de Arequipa, Cusco, Huánuco y Huaraz e incluyó la toma de 103 muestras de vegetales (lechuga, papa blanca, tomate, apio, cebollita china y pimiento), de las cuales 46 resultaron no aptas para el consumo humano debido al exceso de agroquímicos.

El tercer monitoreo (6 a 10 de septiembre de 2024) abarcó las cinco regiones del país, con muestras recogidas en supermercados y mercados, y contó con la presencia de autoridades y prensa. De las 60 muestras analizadas, entre ellas tomate, apio, cebollita china y pimiento, 26 (43,3 %) superaban los niveles permitidos de agroquímicos establecidos en los LMR peruanos.

El cuarto monitoreo (abril de 2025) se realizó en colaboración con el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) y las municipalidades de Miraflores, San Borja y La Molina, implicó la toma de muestras en supermercados de Lima, con presencia de representantes de la sociedad civil. Los resultados reflejan un riesgo real para la salud: de las 23 muestras analizadas (pimiento, tomate y beterraga), 15 (65 %) estaban contaminadas con agroquímicos por encima de los LMR y en cinco casos se detectaron pesticidas prohibidos por su alta toxicidad, como clorpirifos, carbofurano y metamidofos.[24]

Las conclusiones de estos monitoreos son contundentes: mientras las autoridades competentes, como el Ministerio de Agricultura y Riego y el Ministerio de Salud, no asignen una prioridad real al tema —ya sea para impedir la entrada de estos peligrosos agrotóxicos en nuestro mercado o para brindar una atención adecuada a las víctimas según su nivel de afectación— el problema seguirá vigente. Asimismo, los mercados y supermercados deben exigir a sus proveedores certificados que acrediten que los productos que les suministran están libres de contaminantes. Sin la implementación de estas medidas no podremos hablar de una verdadera seguridad alimentaria en el Perú.

---

22 REDACCIÓN GESTIÓN. *Caso Pura Vida: Indecopi confirma sanción, pero reduce multa a Gloria y Nestlé*. https://gestion.pe/economia/empresas/caso-pura-vida-indecopi-confirma-sancion-reduce-multa-gloria-nestle-249192-noticia/

23 SINIA. *Informe Final. Tercer monitoreo ciudadano sobre contenido de agroquímicos en los alimentos*. 18 de octubre de 2024. https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/archivos/public/docs/RESULTADOS%20MONITOREO%20AGROQUIMICOS%20HCO.pdf

24 DELGADO TONG, Alejandro. *Frutas y verduras en supermercados mostraron contaminación con agroquímicos por encima de los límites, según monitoreo*. 13 de junio de 2025. https://www.infobae.com/peru/2025/06/13/frutas-y-verduras-en-wong-tottus-y-plaza-vea-mostraron-contaminacion-con-agroquimicos-por-encima-de-los-limites-segun-monitoreo/

4.6. 2025: suero defectuoso

Siete personas fallecieron y un mínimo de 23 más resultaron afectadas por el suero fisiológico defectuoso de Medifarma que contenía dosis excesivas de cloruro de sodio.[25] Dos trabajadores del laboratorio fueron acusados de negligencia en el proceso de producción y adulteración de los resultados de calidad. Este caso puso en evidencia fallas en el sistema de farmacovigilancia y en la trazabilidad de insumos médicos, responsabilidades de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid). Sorprendentemente, esta entidad había emitido certificados de manufactura a Medifarma apenas dos meses antes, cuando ya circulaba el producto defectuoso.[26]

Se identificó que la primera muerte relacionada ocurrió a fines de febrero, pero la población fue alertada recién a finales de marzo, ya que la Digemid emitió la alerta un mes después. Un retraso de tal magnitud en la comunicación es inaceptable porque puso en riesgo la salud de miles de peruanos, quienes día a día se enteraban de nuevas muertes.

Estos trágicos hechos generaron pánico en la sociedad respecto al uso del suero, especialmente cuando se descubrió que los lotes defectuosos no habían sido completamente retirados del mercado. Se ordenó detener de inmediato su comercialización y aplicación en pacientes. Además, se informó que, mediante la Resolución Ministerial n.° 810-2024/MINSA, de 22 de noviembre de 2024, se modificaron diversos aspectos del Documento Técnico: Manual de Buenas Prácticas de Oficina Farmacéutica, aprobado por la Resolución Ministerial n.° 554-2022/MINSA. Destacó la modificación del literal 7.5.3.12., que amplió el plazo para notificación de reacciones adversas graves de 24 horas a siete días, sin justificación aparente. Esta modificación resulta alarmante, pues podría facilitar que las empresas evadan su responsabilidad y aumente el riesgo de más víctimas.

Los precios del suero se dispararon, evidenciando que Medifarma controla el 80 % de los fármacos dispensados por el Estado y fabrica el 85 % del suero comercializado en el país. Actualmente, existen procesos penales en curso contra los responsables, pero el problema de fondo sigue vigente: el sistema de farmacovigilancia en Perú es débil e insuficiente, y casos como este podrían repetirse en el futuro.

5. PALABRAS FINALES

Los casos que hemos resumido en este artículo ejemplifican, por un lado, la creciente responsabilidad de las empresas nacionales y multinacionales frente a los riesgos asociados a productos defectuosos. Estas decisiones, motivadas tanto por preocupaciones de salud pública como por presiones regulatorias y judiciales, resaltan la importancia de una vigilancia constante y de la obligación de las compañías de garantizar la seguridad de sus productos para prevenir accidentes y muertes.

De igual manera, estas historias, tanto propias como ajenas, nos recuerdan la urgente necesidad de fortalecer los marcos legales y los mecanismos de protección que aseguren la dignidad y la salud de los consumidores ante productos potencialmente peligrosos. Las autoridades deben tomar nota de ello y mejorar su desempeño para cumplir con esta responsabilidad.

Por último, respecto a los consumidores, esperamos que estos casos sean un llamado a asumir un papel activo y responsable en la protección de sus derechos. Es importante, aunque muchas veces sea difícil, que se informen sobre los riesgos y mecanismos de protección existentes, y que no duden en denunciar cuando detecten productos defectuosos o peligros potenciales. Solo a través de la organización, la denuncia y una participación consciente podremos impulsar cambios reales, promoviendo un mercado más transparente, seguro y respetuoso de los derechos de todos.

---

25 ROMERO, Rocío. *Medifarma y el suero letal: 23 afectados, siete muertos y una alerta que llegó tarde*. 9 de mayo de 2025. https://saludconlupa.com/noticias/medifarma-y-el-suero-letal-23-afectados-siete-muertos-y-una-alerta-que-llego-tarde/

26 PINEDO, Ximena. *Caso Medifarma: el suero defectuoso que expuso las grietas del sistema sanitario*. 16 de abril de 2025. https://ojo-publico.com/derechos-humanos/salud/medifarma-el-caso-que-expuso-las-grietas-del-sistema-sanitario

LOS CRÍMENES DEL PUTUMAYO (CALUMNIAS Y MEDIAS VERDADES)

Aristóteles Álvarez López[*]

1. RESUMEN

Los extensos territorios comprendidos en las cuencas de los ríos Napo, Putumayo y Caquetá (250 000 km², aproximadamente) fueron objeto de enconadas disputas, desde el nacimiento mismo de las actuales Repúblicas del Perú, Colombia y Ecuador, que se desarrollaron a lo largo de los siglos IX y XX en los ámbitos jurídicos, diplomáticos y militares, conflictos que concluyeron en sendos tratados luego de complejas negociaciones diplomáticas y enfrentamientos armados en las que murieron varios cientos, o quizá miles, de compatriotas que entregaron sus vidas en defensa de la heredad nacional.

Sobre este mismo espacio geográfico también se desarrolló un notable evento económico y social conocido como la *fiebre del caucho*, aproximadamente entre los años 1880 y 1914. Respecto de este acontecimiento se tejieron perversas versiones denostando a los talentosos y laboriosos empresarios y trabajadores peruanos, dedicados a la explotación del caucho, siendo generadores de riqueza y desarrollo para el Perú, especialmente en un periodo crítico de la vida nacional, esto es, durante la guerra con Chile, y luego en la dura etapa de la recuperación del desastre de dicha guerra.

El aporte de la Amazonía en dicho periodo motivó al gran historiador de nuestra República, don Jorge Basadre, a otorgar a Iquitos el título de *Ciudad de la República*.

2. INTRODUCCIÓN

En la introducción de su notable obra *Historia de los límites del Perú*, Raúl Porras Barrenechea nos recuerda que «la Patria es la tierra de nuestros padres; es también la de nuestros hijos. Sobre esta tierra ha crecido una historia, intransferible, a la que hemos de ser fieles. Por ello se nos presenta la patria como una misión y una tarea, una gran tarea en común. La Patria es nuestra tierra».[1]

Este trabajo de Raúl Porras, escrito originalmente como material de estudio escolar y universitario, fue enriquecido progresivamente a lo largo de los años, convirtiéndose en una fuente rigurosa, breve y concisa, sobre la historia de la fijación de los actuales límites territoriales de nuestro país, cuya configuración fue delineándose a lo largo de los siglos, específicamente en los últimos dos siglos (XIX y XX), con avances y retrocesos geopolíticos, como toda gran obra humana.

La historia del territorio que hoy se conoce como la Amazonía del Perú tiene sus singularidades que la distinguen de otras partes del país. Hasta 1717 formó parte del vasto territorio que formalmente pertenecía al virreinato del Perú, cuya extensión comprendía —durante cerca de dos siglos— gran parte de lo que hoy es América del Sur, esto es, desde la actual República de Panamá, hasta la Tierra del Fuego, al sur de las Repúblicas de Argentina y Chile, con excepción de una mediana franja territorial de cara al entonces Mar del Norte (Océano Atlántico), perteneciente al Reino de Portugal (hoy República Federativa del Brasil), en observancia *ideal* de la delimitación establecida por el Tratado de Tordesillas, suscrita entre los reinos de España y Portugal el 7 de junio de 1494.

---

[*] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestro en Derecho Civil y Comercial por la misma universidad.

[1] PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Historia de los Límites del Perú*. Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Lima, 1997, p. 7.

Al crearse en dicho año (1717) el *virreinato de Nueva Granada* —suprimido y restablecido en el tiempo—, con su capital la ciudad de Santa Fe de Bogotá (actual *Colombia*), la administración de la Amazonía hispana le fue transferida al nuevo virreinato, donde permanecería hasta la expedición de la Real Cédula del 15 de julio de 1802, que lo segregaba de Nueva Granada y lo *reintegraba al virreinato del Perú*.

3. DESARROLLO

3.1. España y la Amazonía

Debemos recordar que entonces España era un imperio católico y las órdenes religiosas —que, entre otros medios, le daban soporte para el control social en sus extensos dominios y también le servían como instrumentos de *evangelización católica*, lo que implícitamente conllevaba un nuevo modo de organización social, cultura, creencias, educación, valores, estilos de vida y demás propios de la civilización occidental— fueron estableciéndose de modo progresivo, las más de las veces en forma compulsiva, siendo especialmente rigurosos en los territorios poblados por colectividades indígenas, a las que llamaban «gentiles» o «bárbaros».

Estas órdenes religiosas recibían autoridad plena para la administración y el gobierno de extensos territorios, habitados —como tengo expresado— por diversas etnias o poblaciones nativas de la Amazonía, que se encontraban, por lo general. en estado primitivo de su evolución social, instituyéndose en ellas las denominadas «misiones» o «reducciones», de las que derivan la mayoría de los centros urbanos y ciudades de la selva peruana de hoy.

3.2. Las cuencas de los ríos Napo, Putumayo y Caquetá

En el caso de las poblaciones nativas ubicadas en las cuencas de los ríos Napo, Putumayo y Caquetá —que comprenden una extensión territorial de más de 250 000 km²—, fueron principalmente los jesuitas y franciscanos los que compartieron jurisdicción eclesial en áreas que no siempre eran conocidas ni estaban suficientemente delimitadas, siendo que en ocasiones los territorios asignados se superponían, generándose tensiones y litigios entre dichas órdenes, conflictos que eran elucidados por la autoridad virreinal o el Consejo de Indias español. Las órdenes religiosas que realizaban su labor misional en estos extensos bosques tropicales dependían de los obispados de Quito y Papayán, respectivamente, que formaban parte del virreinato de Nueva Granada.

Con la expulsión de los jesuitas de los dominios hispanos, en cumplimiento de la «pragmática sanción» dictada en 1767 por el rey de España Carlos III, fueron los franciscanos los que asumieron jurisdicción hasta 1802, en que se expidió la precitada Real Cédula.

Al recrudecerse los conflictos militares por los dominios coloniales entre España y Portugal, especialmente en sus posesiones de América del Sur, ambos reinos firmaron el Tratado Preliminar de Límites, del 1 de octubre de 1777 (Tratado de San Ildefonso). Para el caso de la Amazonía, se acordó la formación de una Partida de Límites (la Cuarta), conformada por representantes de ambas potencias ibéricas para hacer un reconocimiento conjunto (*in sito*) y delimitar las efectivas posesiones territoriales de cada parte, debiéndose elaborar la respectiva documentación técnica, topográfica, planos y demás que permitieran en el futuro cercano aprobar un tratado definitivo de límites en los extensos territorios amazónicos.

Como se sabe, este trabajo no llegó a concluirse, principalmente por la deliberada política obstruccionista y dilatoria de los funcionarios portugueses que durante dieciséis años mostraron velada oposición para su concreción, a fin de continuar con su agresiva política de ocupación territorial conocida como «fronteras móviles», practicada las más de las veces a través de sus milicias armadas (*bandeirantes*), que tan buenos resultados les habían dado a lo largo de los siglos XVII y XVIII, ocupación que también fue posible por el desinterés de la Corona española por estos territorios.

3.3. Francisco Requena y la Amazonía

Por el lado de España, la Comisión de Límites de la IV Partida estaba a cargo del primer comisario y gobernador de Maynas, el brigadier de ingenieros don *Francisco Requena y Herrera*, un personaje providencial para los futuros intereses geopolíticos del Perú republicano, al que nos referiremos más ampliamente en otra oportunidad.

Francisco Requena llegó el 15 de marzo de 1780 a la localidad de *San Joaquín de Omaguas*, ubicada en la actual provincia de Loreto - Nauta («donde nace el Amazonas»), en cumplimiento de la misión encomendada, fijando su residencia en dicho lugar. El 9 de febrero de 1781 partió hacia la localidad de Tabatinga (actual Brasil), a fin de encontrarse con la contrapartida portuguesa. Su importante labor desarrollada hasta 1796, en que retorna a España, está contenida en relevante documentación como informes, cartas, planos, pinturas (acuarelas) y otros, que permitieron a las autoridades peninsulares españolas que tuvieran conocimiento de la valía de estas posesiones, y actuaran en consecuencia.

Los documentos decisivos que sirvieron de sustento para la expedición de la Real Cédula de 1802, que reintegra la Amazonía hispana al Perú, fueron su memoria histórica sobre la demarcación de límites con Portugal en la América meridional y el anexo plano geográfico de la mayor parte de la América Meridional (1796 y 1799), presentados al rey español Carlos IV.

Para el propósito de este artículo debo referir que en su *Diario de viaje,* hecho con motivo de su recorrido por las cuencas de los ríos Putumayo y Caquetá (Yapurá), en 1782, Francisco Requena deja testimonio de haber encontrado en las cabeceras de dichos ríos «dos pueblos de misiones franciscanas pertenecientes al Obispado de Popayán».[2]

3.4. Tiempo de revoluciones e independencias

Los profundos cambios ideológicos, políticos y geopolíticos que vivió el mundo a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII y primeras décadas del siglo XIX, como consecuencia de la concreción de las ideas liberales, conocidas como la Ilustración (independencia de los EE. UU., Revolución Francesa, guerras entre las grandes potencias europeas, surgimiento de Inglaterra como potencia global, las guerras napoleónicas en Europa, la ocupación de España por Napoleón Bonaparte, las guerras de independencia hispano-americanas, etc.), generaron un contexto de «desorden» internacional y gran debilitamiento de las monarquías absolutistas en Europa.

En España, destruida su Armada por los ingleses en la batalla de Trafalgar (1805), y producida la ocupación de su territorio por las tropas napoleónicas en 1808, imponiéndose a José Bonaparte como nuevo rey (en sustitución de los cautivos Carlos IV y su hijo Fernando VII), se dio inicio a una feroz guerra de resistencia al interior de su territorio que concluyó con la derrota de Napoleón Bonaparte en Waterloo y la restauración de la monarquía absolutista en España, bajo el liderazgo del rey Fernando VII.

Durante dicho periodo (1808-1814) en España se produjo un vacío de poder que incluía sus dominios coloniales, favoreciéndose el proceso independentista en América, primero con la formación de las llamadas juntas de gobierno, que reconocían temporalmente la monarquía hispana, para luego evolucionar hacia juntas de gobierno revolucionarias que gestaron la independencia americana.

Las primeras Juntas de Gobierno se instalaron en La Paz y Quito en 1809, y fueron seguidas por Caracas, Buenos Aires, Bogotá y Santiago en 1810. Lo que siguió fue una larga guerra independentista que terminó con la capitulación de Ayacucho en 1824.

---

[2] REQUENA, Francisco y otros. *Ilustrados y bárbaros. Diario de exploración de límites del Amazonas (1782)*. Edición de Manuel Lucena Giraldo. Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 67.

El virreinato del Perú (Lima) —pese a su desmembración territorial con la creación de los nuevos virreinatos de Nueva Granada y de Buenos Aires— fue el centro de la dominación hispana en América del Sur. Ello explica que las batallas finales por la independencia en esta parte de América se libraran en territorio peruano: Junín y Ayacucho. Como se sabe, el ejército independentista estaba liderado del general Simón Bolívar.

Perú quedó devastado por esta larga guerra de la independencia, lo que quedó expresado en todos los ámbitos de la vida social, económica, política y militar del país.

Constituida la República y consolidada la independencia en la batalla de Ayacucho (9 de diciembre de 1824), Simón Bolívar continuó gobernando el Perú con amplios poderes. En 1826 se elaboró una nueva Constitución Política a su medida, pomposamente llamada «vitalicia», la que fue derogada luego de su salida del Perú en septiembre de 1826. Poco después, su gran proyecto de la Gran Colombia comenzó a fragmentarse y colapsar.

Perú se encontraba en una calamitosa situación en todos los ámbitos, según se tiene dicho. En estas circunstancias, el general Simón Bolívar nos declaró la guerra (15 de julio de 1828). Su principal demanda era la invalidez de la Real Cédula de 1802 y el consecuente reconocimiento de los territorios amazónicos como parte de la Gran Colombia. Esta fue la primera guerra declarada a nuestra naciente República.

El mariscal José de la Mar, gran patriota, y —en rigor— el primer presidente constitucional del Perú, organizó un ejército para enfrentar el desafío. Resumiendo, esta guerra terminó en un armisticio que mantuvo el *statu quo* territorial. Luego siguió el colapso del proyecto bolivariano de la Gran Colombia, que culminó con el nacimiento de tres nuevas Repúblicas: Venezuela, Colombia y Ecuador. Las dos últimas mantuvieron sus demandas territoriales con el Perú a lo largo de los siglos XIX y primera mitad del siglo XX. Con Ecuador, el conflicto se prolongó hasta 1998, en que se suscribió el Tratado de Itamarati.

3.5. La herencia del Putumayo

La guerra con Chile (1879-1883) fue devastadora para el Perú, como se reconoce ampliamente. El periodo de reconstrucción nacional fue muy doloroso. El Perú había cedido el rico departamento de Tarapacá, y las provincias de Arica y Tacna se encontraban ocupadas por el invasor chileno, pendientes de un plebiscito pactado en el Tratado de Ancón de 1883. Esta consulta plebiscitaria no llegó a realizarse por complejos factores ampliamente estudiados.

Perú se encontraba en condiciones de extrema debilidad defensiva cuando se presentaron las demandas para delimitar fronteras con los países vecinos. Durante el gobierno del general Andrés Avelino Cáceres, en 1890, se firmó el Tratado García-Herrera por el que se entregaba los territorios amazónicos exigidos por el Ecuador, incluyendo las ciudades de Iquitos y Nauta.

Gracias a la firme oposición de los doce (12) congresistas loretanos, a los que se sumaron representantes de otras partes del país, el tratado no fue ratificado por el Congreso del Perú, proponiéndose modificaciones para preservar la peruanidad de Iquitos y Nauta. Las modificaciones incorporadas fueron rechazadas por el Congreso ecuatoriano de la época.

Esta situación llevó a someter el caso al arbitraje del rey de España, Alfonso XIII. En este proceso, Colombia solicitó ser incorporado a la litis territorial, lo que fue aceptado por Perú y Ecuador. Entre 1903 y 1904 hubo numerosos choques armados entre ambos países, entre estos: Angoteros y Torres Causana.

También se exacerbaron las animosidades entre Perú y Colombia por los territorios ubicados entre los ríos Putumayo y Caquetá. Se acordó someter el litigio al arbitraje del papa Pío IX, quien en

1906 dispuso un *statu quo* por el cual ambos países debían de abstenerse de intervenir en este territorio hasta el término del arbitraje. Esto agravó la posición geopolítica del Perú.

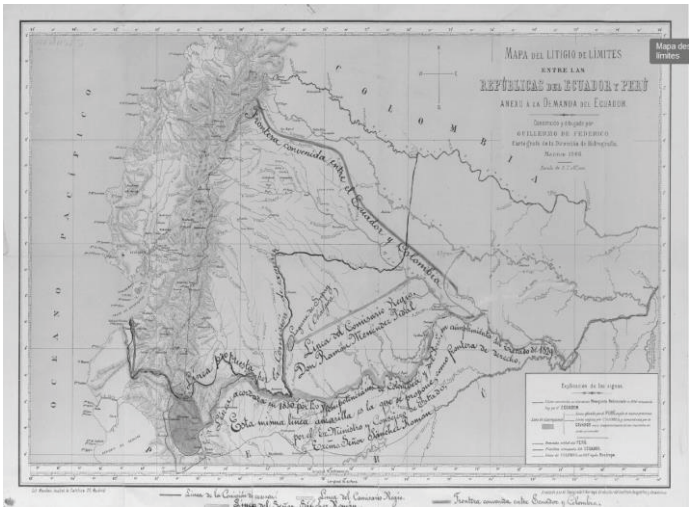
El año 1910, la situación internacional del Perú era de extrema gravedad. El arbitraje del rey de España estaba próximo a dictarse y el proyecto, en lo fundamental, concordaba con las modificaciones que había propuesto al Congreso peruano al tratado de 1890. Iquitos y Nauta permanecerían en el Perú, empero se reconocían como pertenecientes a Ecuador más de 150 000 km² que hoy forman parte de las provincias de Datem del Marañón, Loreto - Nauta y Maynas (ver mapa).

Por el lado de la frontera con Colombia, el proyecto del fallo arbitral del rey español reconocía como parte de ese país ambos lados de la cuenca del río Putumayo hasta parte del río Napo inclusive (ver mapa), comprendiendo territorios que actualmente forman parte de las provincias peruanas Putumayo, Maynas y Ramón Castilla, respectivamente. A criterio del árbitro español, el proyecto de fallo se fundaba en razones de derecho y equidad.

Conocedor del referido proyecto del arbitraje del rey español, Ecuador expresó su rechazo, pues no satisfacía plenamente sus pretensiones territoriales originarias, esto es que sus límites llegaran al río Amazonas, incluyendo Iquitos y Nauta. Se produjeron manifestaciones violentas en Quito y Guayaquil, apedreándose el consulado, arrastrándose y quemándose la bandera y el escudo peruanos. Dicho proyecto de fallo arbitral no llegó a oficializarse, por lo que carecía de todo valor jurídico vinculante para las partes. Las tensiones se exacerbaron.

La situación con Colombia, en lo sustancial, no era diferente. Colombia y Ecuador tenían suscrito un tratado de defensa mutua en caso de guerra y en 1906 suscribieron un tratado preliminar de límites, repartiéndose la Amazonía peruana, tratado que finalmente fue consolidado y firmado el 15 de junio de 1916 en Bogotá. Este tratado fue ratificado por los congresos de ambos países el mismo año.

En 1911 se produjo un choque armando entre Perú y Colombia en las inmediaciones del Caquetá, cerca de La Chorrera (actual Colombia). El destacamento militar peruano fue atacado por tropas colombianas. El desenlace fue favorable al Perú. Dirigía las tropas el entonces comandante EP Oscar R. Benavides, quien tiempo después ejerció en dos periodos la presidencia de Perú.



Mapa del litigio de límites entre las repúblicas de Ecuador y Perú, Madrid 1906.

3.6. La «fiebre del caucho» y los llamados «crímenes del Putumayo»

El periodo llamado de la fiebre del caucho en el Perú comprende aproximadamente los años que van entre 1880 y 1914. Fue un periodo de fuerte crecimiento económico y poblacional en diversos centros urbanos creados en el periodo de las «reducciones» jesuíticas y «misiones» franciscanas. De este periodo del caucho surgen a la vida política nacional muchas de las actuales provincias y distritos de Loreto.

El aporte económico de la Amazonía a la recuperación del país, durante y después de la guerra con Chile, fue decisivo. Por esta razón, el gran historiador peruano Jorge Basadre otorgó a Iquitos el título honorífico de *Ciudad de la República*.

Empero, también en este periodo, durante los años 1907-X1914, se desató una feroz campaña internacional contra los empresarios caucheros peruanos, particularmente contra Julio C. Arana del Águila, a quien achacaron horrendos crímenes cometidos contra la población nativa del Putumayo y el Caquetá. Esta perversa campaña se prolongó en el tiempo.

Para conocimiento de las nuevas generaciones, cabe señalar que Julio C. Arana es una notable figura pública de la Amazonía del Perú (demonizada e incomprendida) de finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX. Seguramente, en el futuro su imagen será revalorada y contextualizada en el tiempo que le tocó vivir, esto es, un escenario de extremo peligro para los intereses geopolíticos del Perú de la época.

3.7. El caso julio C. Arana

Una breve síntesis del caso Arana: se le incriminaba ser responsable de grandes crímenes contra etnias nativas que poblaban territorios ubicados entre las cuencas de los ríos Caquetá y Putumayo. Sus detractores *especulaban* la existencia de, aproximadamente, 30 000 víctimas indígenas cuyas muertes, desapariciones y lesiones graves se produjeron en forma horrenda y sistemática, dentro del área de sus concesiones territoriales caucheras.

En partes de estos territorios del Putumayo-Caquetá operaba la Casa Arana (desde 1904, aproximadamente), hasta que Julio C. Arana se asocia a empresarios caucheros colombianos (Benjamín y Rafael Larrañaga, Juan V. Vega y otros) que operaban desde décadas anteriores en dicha región, explotando quina (de donde se obtenía la quinina, medicamento muy preciado para combatir la malaria) y luego el caucho.

El talento empresarial de Arana lo llevó a adquirir la totalidad del accionariado de la mayoría de las empresas colombianas, afirmando así la peruanidad sobre dichos territorios que en derecho y justicia pertenecían al Perú en mérito de la Real Cédula de 1802, expedida por el rey de España Carlos IV.

Sobre el caso se han escrito ríos de tinta por escritores serios, panegiristas de uno u otro signo, así como por charlatanes deseosos de explotar el morbo público y, eventualmente, obtener réditos económicos mediante la extorsión y el chantaje. También se hicieron novelas truculentas como la colombiana *La vorágine* (1924), de José Eustasio Rivera, abogado y escritor, agente del Gobierno colombiano, pagado para denostar contra los intereses peruanos. Este escritor reportaba periódicamente a dicho Gobierno sobre el avance de su trabajo para recibir su estipendio, lo que está ampliamente acreditado.

Asimismo, debe resaltarse el llamado *Libro azul británico*, elaborado con base en el informe presentado por el comisionado de la Corona inglesa, Mr. Roger Casement, quien se desempeñaba como cónsul inglés en Belén do Pará (Brasil).

El informe de este personaje está plagado de relatos salidos de su febril imaginación, procurando revivir su experiencia en el Congo africano, señalando hechos no comprobados —las miles de muertes de nativos—, para consignarlos como si lo fueran.

En realidad, el informe de Roger Casement se sustenta en dichos de súbditos ingleses-barbadenses (semiesclavos, descendientes de esclavos traídos de África, que trabajan en plantaciones de caña de azúcar británicas), que fueron reclutados en la Colonia inglesa de Barbados para cubrir la falta de mano de obra para cumplir tareas de seguridad en el área de explotación (en el Putumayo) de la empresa *The Peruvian Amazon Rubber Co. Ltda.* (más conocida como *La Casa Arana*). Esta empresa fue constituida en 1907, en Londres, con accionistas peruanos e ingleses.

El Informe Casement, fue la base para instruirse una investigación en el Parlamento inglés sobre los presuntos crímenes perpetrados por directivos y servidores de la anotada empresa Peruvian Amazon, cuyo principal accionista era el señor Julio C. Arana.

Con evidente mala fe, Casement atribuyó a supuestas declaraciones de estos súbditos analfabetos ingleses barbadenses toda la imaginada versión de barbarie contra la población nativa del Putumayo, presuntamente cometida por la anotada empresa cauchera peruana inglesa, en su afán de debilitarla y, eventualmente, destruirla, afectando de modo decisivo los intereses peruanos en la zona del Putumayo-Caquetá, por las derivaciones geopolíticas respecto del control territorial de este espacio geográfico.

Julio C. Arana, al ser citado por la comisión investigadora inglesa, presentó un sólido y documentado alegato en el que desmentía detalladamente cada una de las acusaciones calumniosas contenidas en el Informe Casement, poniendo de manifiesto el complot urdido contra el Perú en un escenario de grave peligro para los intereses geopolíticos nacionales.[3]

3.8. Carlos Rey de Castro y el Putumayo

Carlos Rey de Castro (Lima, 1866 - Asunción, 1935). Eminente intelectual, abogado, periodista y diplomático peruano. Pertenece a esa pléyade de jóvenes universitarios que enfrentaron al invasor chileno durante la ocupación de Lima (1881-1883) primero como improvisado soldado en las batallas de San Juan y Miraflores y luego durante la guerra de resistencia liderada por el Héroe de la Breña, el general Andrés A. Cáceres. Compartió aula, estudios e inquietudes intelectuales en la Universidad de San Marcos, además de un indeclinable patriotismo, con Jenaro E. Herrera Torres, gran intelectual y patriota loretano.

Al término de la guerra, ambos concluyeron sus estudios de jurisprudencia, graduándose como doctores (así se denominaba entonces el título profesional que otorgaba San Marcos. Después siguieron caminos distintos en la vida pública: Carlos Rey de Castro compartió durante su juventud ideales con Manuel Gonzáles Prada, fue escritor y poeta, luego se dedicó al periodismo en Lima, incorporándose después al servicio diplomático en diversas legaciones representando al Perú. El tiempo ha relegado injustamente al olvido a este hombre extraordinario que dedicó su vida y talento a defender los intereses del Perú en un periodo crucial de nuestra historia. Seguramente, la posteridad recuperará su memoria.

Por su parte Jenaro Herrera optó por la judicatura, el periodismo y la vida política, principalmente en la Amazonía, destacándose, sin embargo, como escritor e historiador.

---

[3] ARANA, Julio C. *Las cuestiones del Putumayo*. Bajo este título, Julio C. Arana publicó en 1913 su defensa hecha ante el Parlamento inglés. Fue publicado en la ciudad de Barcelona. Editorial Imprenta Vda. De Luis Tasso.

3.9. Conflicto territorial y geopolítica

Como lo expresé antes, los llamados «crímenes» o «escándalos» del Putumayo están relacionados con diversos eventos ocurridos entre los años 1907-1914, en una extensión de aproximadamente 250 000 km² de territorios ubicados entre los ríos Napo, Putumayo y Caquetá, cuya soberanía fue materia de enconadas disputas jurídicas, diplomáticas y militares entre las repúblicas de Perú y Colombia y, en menor medida, Ecuador, a lo largo de los siglos XIX y XX.

El desconocimiento de esta Real Cédula por parte de Simón Bolívar y los que le sucedieron en el gobierno de las nacientes repúblicas de Colombia y Ecuador fue la causa de largas disputas territoriales por la Amazonía hispana.

Ha pasado más de un siglo del Tratado de Límites suscrito por el Perú y Colombia en 1922, ratificado por los Congresos de ambas naciones e inscrito en la Sociedad de Naciones (hoy ONU) en 1928, que teóricamente debía poner término al conflicto territorial existente entre ambos. Empero en 1932-1933 se desataron nuevos enfrentamientos militares que concluyeron en junio de 1933. En 1934, ambos países suscribieron un protocolo complementario en Río de Janeiro que zanjó de modo definitivo el diferendo territorial.

3.10. Campaña antiperuana

Sin embargo, aún pervive la *leyenda negra* construida por las potencias de la época interesadas entonces en favorecer los intereses colombianos en desmedro de Perú. Curiosamente, el decurso del tiempo —antes que disipar— ha servido para *demonizar* la figura de Julio C. Arana y ensalzar a quienes —disfrazando sus reales propósitos hegemónicos como «fines humanitarios»— actuaron como manifiestos enemigos del Perú, como es el caso del agente inglés Roger Casement, del propio gobierno inglés; la Anti- Slavery Society (Sociedad Antiesclavista de Londres); el gobierno norteamericano a través del cónsul en Iquitos Mr. Charles Eberhardt, Mr. Walter E. Handenburg y otros; el gobierno colombiano y sus diversos agentes; y los grandes medios periodísticos a su servicio.

Fue una campaña sistemática y sincronizada que se inicia con libelos y denuncias calumniosas recogidas por pasquines que se publicaron en Iquitos como *La Sanción* y *La Felpa*, dirigidos por un notorio chantajista y extorsionador criollo, *Benjamín Saldaña Roca*, quien, disfrazado de periodista, inició en 1907 una sostenida campaña calumniosa contra Perú y la Casa Arana, sobre presuntos crímenes horrendos en las posesiones de esta empresa, en sospechosa coincidencia con la exacerbación de los afanes colombianos de reivindicar y ejercer soberanía sobre los territorios del Putumayo.

Al ser puesto al descubierto sus propósitos de extorsión y chantaje, Saldaña Roca huyó de Iquitos (¿le habrá sido facilitada tal denuncia por los verdaderos interesados?). Claro está que Saldaña fue solo un peón y chantajista en este complot geopolítico en agravio del Perú. Empero su versión sobre presuntos crímenes en el Putumayo fue inmediatamente acogida y amplificada en los medios periodísticos de Bogotá, presentando la noticia como hechos verosímiles, por haberse presentado en el juzgado de Iquitos una denuncia penal inconsistente y descabellada.

Asimismo, el preferente interés del Gobierno colombiano en resaltar la calumniosa denuncia de Saldaña Roca hizo que su repercusión en la opinión pública colombiana diera origen, en 1910, a la publicación del libro: *Crueldades en el Putumayo y el Caquetá*, del escritor y diplomático colombiano Vicente Olarte Camacho, quien sin haber siquiera conocido el Putumayo hizo afirmaciones superlativas sobre las calumnias publicitadas. La obra fue reeditada varias veces.

Producto de esta sincronizada campaña, desatada también por grandes medios periodísticos de Londres y Washington, la Cámara de los Comunes del entonces Imperio británico, designó una comisión investigadora, encargándose al cónsul británico en Belén do Pará (Brasil), Mr. Roger Casement, como delegado para conocer directamente los presuntos graves hechos que se denunciaban.

Este agente británico viajó en dos oportunidades al Putumayo, la primera en 1910, en compañía del cónsul peruano en Manaos (Brasil), Carlos Rey de Castro, y otros, retornando a Iquitos, oportunidad en que no se advirtieron los presuntos crímenes denunciados. En esa oportunidad se tomaron las fotografías de indígenas desnudos (a quienes pidieron desnudarse, para comprobar su estado físico y detectar algún menoscabo en su salud, comprobándose su buen estado). Empero algunas de estas fotografías fueron empleadas después —descontextualizadas— para respaldar el informe calumnioso de Casement.

En su segundo viaje se trasladó desde el Putumayo hacia Brasil cerca de una treintena de súbditos barbadenses, de la colonia inglesa de Barbados (analfabetos en su mayoría), a quienes atribuyó todas las declaraciones que estimó convenientes para dar soporte a su preconcebido plan de atribuir calumniosamente a la Casa Arana (sin evidencia alguna) presuntos horrendos crímenes contra la población nativa del Putumayo. Muchos de estos barbadenses desmintieron poco después las declaraciones que les fueron atribuidas.

Los viajes de Casement al Putumayo sirvieron para dar apariencia de objetividad ante la opinión pública de la época (y persuadirla) de haber sido «testigo ocular» de inexistentes hechos contenidos en su informe. En realidad, fue un impostor.

3.11. Complot internacional

Este informe, falaz y calumnioso, de Roger Casement hecho a la comisión investigadora del Parlamento británico, fue luego publicado y conocido como *Libro azul británico* (1913), de amplia difusión hasta nuestros días. A esta publicación siguieron otras —coincidentes en el tiempo— como el presunto informe hecho por el cónsul norteamericano en Iquitos, Mr. Charles Eberhardt, con motivo de su viaje al Putumayo (¡viaje realizado en 1907!).

El llamado *Libro blanco norteamericano* sobre el Putumayo (conteniendo el presunto informe de C. Eberhardt), fue publicado en febrero de 1913 (¡seis años después!, que, como lo reconoció el secretario de Estado de Relaciones Exteriores inglés en 1913, sir Edward Grey, dicho libro «Ha sido fraguado por la Cancillería de Washington», según nos refiere Carlos Rey de Castro en su carta abierta de 1913.[4]

Fue el entonces presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Willian Howard Taft (1912), quien denunciaba la existencia de «esclavitud en el Perú», autorizando la publicación del llamado *Libro blanco norteamericano* sobre el Putumayo, que además del anotado informe de C. Eberhardt incorporaba —amplificándolo— las denuncias calumniosas de Casement y Handerburg. Esta política claramente imperialista fue continuada por su sucesor Woodrow Wilson.

Esta fue la dimensión del complot internacional urdido contra el Perú. Dos grandes potencias de la época, una en alza (Estados Unidos de Norteamérica), y otra en declive (Inglaterra), las que pusieron en acción su enorme capacidad económica, militar y demás, así como su innegable influencia en el mundo, para favorecer los intereses colombianos en la Amazonía del Putumayo, como una forma de «compensar» y «reconciliarlo» por la imperialista mutilación del entonces Departamento de Panamá colombiano, cuya independencia fue fraguada —como se sabe, por los EE. UU.— para tener un control directo sobre la gran vía interoceánica del Canal de Panamá, obra que debía inaugurarse en 1914.

Asimismo, se publicó el *Libro rojo del Putumayo* (1912, distribuido en 1913), cuya autoría se encubre bajo el seudónimo «un testigo ocular», que años después fue atribuida —y no desmentida— al norteamericano Walter E. Hardenburg, quien coincidentemente en el tiempo publicó otra obra con el mismo guion calumnioso: *El Putumayo. El paraíso del diablo*, editado en Londres en diciembre de 1912

---

[4] REY DE CASTRO, Carlos. *Los escándalos del Putumayo. Carta Abierta dirigida a Geo B. Michell.* Barcelona, Imprenta Vda. De Luis Tasso, 1913.

y reeditado en enero de 1913. La primera edición —traducida al español— del llamado *Libro rojo* fue hecha en 1913 en Bogotá.

También se reeditó en Bogotá la obra *Las crueldades en el Putumayo y el Caquetá*, de Olarte Camacho, a la que hemos hecho referencia. Esta campaña fue reproducida por influyentes medios de prensa de la época en nuestro país como *El Comercio* y *La Prensa*.

En el anotado *El libro rojo del Putumayo* se proclama sin rubor alguno el propósito de esta campaña de desinformación: «el territorio de Colombia [se refiere al Putumayo], ha sido usurpado por el Perú por las fuerza de las armas, y que se han llevado a Iquitos, como prisioneros, muchos de los colonizadores colombianos del Putumayo», y reproduce la recomendación hecha por Mr. Bryce, embajador de Inglaterra en Washington, en carta dirigida a sir Edward Grey con fecha 12 de enero de 1912: «Es mi creencia que este sería el momento que el Gobierno de S.M. sugiriera a los Estados Unidos una línea de acción definida, tomada de acuerdo con los dos Gobiernos, con el fin de asegurar, una vez por todas, la supresión de las crueldades y de la opresión que por tanto tiempo han existido en el Putumayo».[5]

Todas estas obras y campañas periodísticas repetían un mismo libreto: la Casa Arana es responsable de los más horrendos crímenes contra la población indígena del Putumayo, donde de asesinaron a cerca de 30 000 nativos de diversas etnias. Estos crímenes son de conocimiento del Gobierno del Perú, que no ha hecho nada para impedirlo y sancionar a los culpables.

Pero el libreto se sustentaba en dichos y manipuladas «evidencias». Carecían de evidencias jurídicamente válidas.

La cereza que faltaba para dar verosimilitud al relato le fue proporcionada por un peruano que temporalmente se había desempeñado como juez de Iquitos entre 1910-1911: Carlos A. Valcárcel. En un plano secundario, también colaboró con esta triste felonía el juez accidental (suplente) de Iquitos Rómulo Paredes. Al primero de ellos me referiré sumariamente más adelante.

Como dije en anterior ocasión, el año 1910 fue especialmente peligroso para los intereses geopolíticos del Perú. Se escuchaban tambores de guerra *simultáneamente* en nuestras fronteras con las vecinas repúblicas de Ecuador, Colombia, Bolivia e inclusive Brasil. Aún no estaba resuelto el contencioso con Chile, que tenía ocupado Tacna y Arica, ejerciendo soberanía en ellas, soberanía que pretendían hacer definitiva.

El Perú aún no se había recuperado del desastre de la guerra con Chile. Teníamos graves carencias en todos los planos de la vida del país, especialmente en el ámbito militar.

3.12. Rey de Castro y su «carta abierta»

Este es el escenario en que la afilada pluma y el coraje de Carlos Rey de Castro, en su carta abierta, pone al descubierto la perfidia, hipocresía y doble moral de los impugnadores de los intereses peruanos en el Putumayo. Resume este proceso en la *Carta al Director del diario Daily News & Leader* de Londres, también publicada en 1913, en Barcelona. En ella señala el Proceso del Putumayo «como una diabólica retorta de casi todas las malas pasiones, estimuladas por el interés egoísta […]». Resaltamos algunas:

a) *Colombia*, su codicia por los territorios productores de gomas, convertidos en campo de trabajo regular y honrado por la perseverancia y firmeza de los industriales peruanos.

b) *Los Estados Unidos del Norte*, sus apetitos de imperialismo, la conveniencia de halagar a Colombia para obtener el arreglo del conflicto panameño y cruzar las gestiones de lord Murray

[5] HARDENBURG, Walter E. *El libro rojo del Putumayo. Precedido de una introducción sobre el verdadero escándalo de las atrocidades del Putumayo*. Edición española de Arboleda & Valencia, Bogotá, 1913, p. VI del «Prefacio».

encaminadas a la consecución del contrato de las obras de los puertos de Buenaventura y Cartagena, etc.

c) *Inglaterra*. Los accionistas británicos de The Peruvian Amazon Co. Ltda., sus anhelos incontenidos e inconfesables de adueñarse totalmente de la negociación, para lo cual impidieron que Arana se defendiera por la prensa de los primeros ataques de *Truth*, habiendo llegado uno de ellos, Mr. Gubbins, a fomentar la campaña de difamación, de acuerdo con el señor S. Pérez Triana, E.E. y ministro plenipotenciario en Londres, que le había prometido, en nombre del gobierno de Bogotá, grandes concesiones para la empresa en el caso de que desalojara de ella a los peruanos.

d) *Mr. Roger Casement*, el cónsul investigador, su hipo morboso de notoriedad y el anhelo de megalómano por alcanzar el apodo de *sir*, con que se ha premiado sus claudicaciones e imposturas, amén de cualquier otra ventajilla menos llamativa, pero más práctica, otorgada por Colombia, de la cual se convirtió en abogado intransigente por todos los medios que su muy discutible inteligencia le sugería.

e) *Saldaña Roca, Harderburg, Murriendas, el capitán Whiffen* «y demás individuos del mismo jaez, sus asquerosos intentos de *chantage*, llevados a cabo mediante los recursos más bajos y delictuosos […]».[6]

3.13. El juez de Iquitos Carlos A. Valcárcel y el Putumayo

Este personaje (Carlos A. Valcárcel), que desempeñó durante breves periodos la labor de juez de Iquitos, cumplió un papel relevante para estigmatizar al Perú en un periodo crítico de nuestra historia, empero no ha merecido hasta hoy un mayor estudio respecto a su trayectoria personal y profesional. En su tiempo o después no se le prestó mayor interés a estos factores, pese a tomarse como válidos los graves y calumniosos cargos de crímenes imaginarios presuntamente cometidos por la Casa Arana en el Putumayo, que proclamó en su obra: *Los crímenes del Putumayo*.

El mismo Carlos A. Valcárcel procuró mantener un «perfil bajo» luego de la publicación hecha en marzo de 1913, en Panamá, de la obra *Los crímenes del Putumayo*,[7] donde además de presentarse como víctima de las autoridades de la Corte Superior de Iquitos, afirma haber «conocido» —en su condición de juez de Iquitos— de los crímenes más horrendos «que registran los anales de la criminalidad», y que «por muchos años, los criminales del Putumayo han podido realizar impunemente los crímenes que han asombrado al mundo».

Dice en el prólogo de su publicación que el informe del cónsul inglés Roger Casement está apoyado «únicamente en declaraciones de unos cuantos negros de Barbados, recibidas fuera de juicio, y que no pueden tener valor probatorio, exigido por las leyes de todos los pueblos cultos […]», siendo que aquel no contó con «todos los medios de investigación, que solo un juez puede tener, [por lo que] no pudo comprobar la existencia de muchos [otros] delitos […]».

De ese modo se presentaba como quien investigó el caso, afirmando que «De los crímenes que se indican en ese proceso, solo unos cuantos no han sido acreditados judicialmente, estando casi todos probados hasta la evidencia conforme a las reglas del procedimiento judicial […]».

De este modo, el exjuez Valcárcel validaba ante la opinión pública internacional la trama conspirativa de dos grandes potencias, cuyos intereses geopolíticos han sido antes señalados.

---

6 REY DE CASTRO, Carlos. *Los Escándalos del Putumayo. Carta al director del Daily News & Leader de Londres. Nuevos artículos alarmistas. Inglaterra en crisis*. Edit. Imprenta Vda. De Luis Tasso, Barcelona, 1917, pp. 65-67.

7 VALCÁRCEL, Carlos A. *Los crímenes del Putumayo*. Ciudad de Panamá, 1913.

Su obra original, *Los crímenes del Putumayo*, volvió a ser publicada en Lima (1915), introduciéndose algunos cambios e incorporándose otros, entre ellos el cambio de nombre de la obra: *El proceso del Putumayo y sus secretos inauditos. Por Carlos A. Valcárcel (que intervino como juez en ese proceso).* Un título menos escandaloso para el público peruano, pero igualmente creíble al resaltar la condición del autor, de juez «que intervino en ese proceso». Así pretendió se dé crédito a su relato.

3.14. Carlos A. Valcárcel: farsante y felón

Como dije, es un personaje poco estudiado en su trayectoria profesional y de vida. Ojalá este ámbito reciba mayor atención de los estudiosos de los llamados «crímenes del Putumayo», que entusiastamente lo citan para validar hechos inexistentes o calumniosos. He aquí algunos datos.

Su nombre completo fue Carlos Alberto Valcárcel Valcárcel. A lo largo de su trayectoria pública, él mismo utilizaba solo su primer nombre y su primer apellido. Era su derecho, claro está, pero le fue útil para mimetizarse en su tiempo y después.

Nació en Pativilca, provincia de Chancay, departamento de Lima, en 1882. Concluido sus estudios secundarios se trasladó a la ciudad de Lima donde inició sus estudios (1899) en la Facultad de Letras de San Marcos. En esa época de convalecencia y reconstrucción del país no había examen de ingreso a la universidad. Eran muy pocos los jóvenes que concluían sus estudios secundarios y podían trasladarse a las ciudades donde se restableció el funcionamiento de las universidades. El Perú había quedado en ruinas luego de la retirada del invasor chileno.

Obtuvo el grado de bachiller en Letras (1903), con un manuscrito de ocho (8) páginas (hoy diríamos algo menos que una monografía, pues carece de lo esencial para tenerse como un trabajo académico, como la bibliografía y demás) sobre *La influencia del Gobierno en la sociedad*. No llegó a presentar su tesis para obtener su título profesional en Letras, que entonces se llamaba «doctorado en Letras».

Con el bachillerato en Letras se matriculó en algunos cursos en la Facultad de Jurisprudencia, durante los años 1904 y 1905. No llegó a obtener el bachillerato ni el doctorado en Jurisprudencia. No existe en los archivos de la Universidad de San Marcos —que es uno de los mejores conservados del país— ningún otro trabajo académico realizado por este.

En 1906, Valcárcel comenzó a trabajar en la Corte Superior de Justicia de Lima como «amanuense», que es como se conocía a quienes se iniciaban en la labor judicial. El mismo lo refiere en su obra *Los crímenes del Putumayo*, empero, veladamente deja entrever que se habría desempeñado como juez.

No existe registro alguno en la Universidad de San Marcos, en el Colegio de Abogados de Lima o la Corte Superior de Justicia de Lima que en tiempo alguno el Sr. Carlos A. Valcárcel hubiera obtenido el título de abogado o se haya inscrito como tal. Luego de serias investigaciones en estas entidades no hay registro de dicha condición. Tal vez pudo haberse graduado en otra universidad del país, pero por el momento se desconoce.

El caso es que mediante Ley n.° 1367, del 20 de septiembre de 1910, que regula la creación de los Colegios de Abogados de la República, expedida por el presidente Augusto B. Leguía, se hizo obligatoria la colegiatura en el colegio de abogados del distrito judicial donde se ejerciera la profesión de abogado. Eran pocos los distritos judiciales existentes.

Se sabe que Valcárcel vivió en Lima, que se casó a los 64 años con doña Carmen de la Puente Ramos y que murió en Lima en 1961, a los 84 años de edad. En su partida de matrimonio y de defunción se le consigna como abogado, empero no figura en los registros del Colegio de Abogados de Lima.

Los controles gremiales para ejercer la abogacía en Lima a partir de la segunda década del pasado siglo XX eran bastante exigentes. Lima apenas contaba con una población aproximada de 100 000 habitantes y los abogados eran muy pocos. Se desconoce si trabajó como abogado, o en alguna entidad pública o privada. Como repito, no aparece en forma alguna en los registros del Colegio de Abogados de Lima, que también conserva un archivo histórico bastante riguroso de sus agremiados desde su fundación en 1804.

3.15. ¿Cómo entonces fue nombrado juez titular de Iquitos en 1910?

La respuesta es algo compleja. Hasta 1912, el Poder Judicial del Perú se regía por el Reglamento de Tribunales, aprobado por Ley del 20 de mayo de 1854. Este reglamento sustituyó las antiguas disposiciones coloniales que regulaban el trabajo de las audiencias reales y los juzgados de paz que impartían justicia. Este Reglamento de Tribunales, de talante republicano —claro está— no establecía con claridad que los jueces de primera instancia debían ser desempeñados *necesariamente* por abogados egresados de una universidad.

Esta condición sí se exigía para los cargos de vocales de las cortes superiores, que eran cinco o seis en todo el país. También era exigencia para los vocales de la Corte Suprema (entonces de la conocía como el Tribunal de los Siete Jueces), cargos estos últimos que debían ser ratificados por el Senado de la República. El Presidente de la República otorgaba los títulos respectivos.

Perú vivía momentos difíciles y necesitaba de profesionales que permitieran la estructuración y funcionamiento del Estado, especialmente al interior del país. Ello motivó que mediante ley del 15 de noviembre de 1902, expedida por el presidente Eduardo López de Romaña, se autorizara que cualquier persona que hubiera obtenido el grado de bachiller en cualquiera de las pocas especialidades que se dictaban en nuestras universidades podría ejercer la profesión de abogado, previa *práctica forense* en alguna corte superior. Ello se flexibilizó aún más con la Ley del 17 de octubre de 1903, expedida por el presidente Manuel Candamo.

Recuérdese que las leyes del país recién comenzaron a ser numeradas y tener un orden secuencial a partir del 20 de octubre de 1904, en que se dicta la Ley n.° 1 (uno), expedida por el presidente José Pardo.

A partir de 1912, que entra en vigencia la Ley n.° 1510, del 15 de diciembre de 1911, expedida por el presidente Augusto B. Leguía (primera Ley Orgánica del Poder Judicial), comenzó a ser obligatorio la condición de abogado colegiado egresado de una universidad para ejercer el cargo de juez de primera instancia. El Perú entraba en un proceso de modernización institucional y, desde luego, esta ley fue de aplicación progresiva.

El Sr. Carlos Alberto Valcárcel Valcárcel fue nombrado en julio de 1910, por el presidente Augusto B. Leguía, como juez titular de primera instancia de Iquitos. Obviamente, fue seleccionado sin previo concurso ni verificación de tener o no la condición de abogado. Se sabe que fue recomendado por uno de sus profesores en San Marcos, el doctor Manuel Vicente Villarán, que a la sazón era una personalidad influyente durante el primer gobierno del presidente A. B. Leguía, desempeñando cargos de importancia durante dicho periodo (1908-1912).

3.16. Su labor en la Corte Superior de Iquitos

No se dispone por ahora de evidencias objetivas del trabajo realizado por este exjuez en Iquitos. Se desconoce cuándo juramentó el cargo de juez ante la Corte Superior. El pavoroso incendio de los archivos de la Corte de Loreto, en 1998, nos ha privado de estudiar su desempeño jurisdiccional, por ahora. Solo se le conoce por lo publicado respecto de los llamados *crímenes del Putumayo*.

Se sabe, por lo que dice en su precitada obra, que tomó conocimiento del proceso del Putumayo en 1911, oportunidad en que dictó el auto de apertura de instrucción contra los presuntos responsables de los «crímenes» denunciados en 1907 por Benjamín Saldaña Roca. Pocas semanas después emprendió viaje a Nueva York. Por él mismo se conoce que viajó solo, pero no dice dónde se hospedó ni qué actividades realizó durante su permanencia (algo más de tres meses), quién o quiénes le sirvieron de guías o intérpretes en una ciudad ya megalópolis, pero —sobre todo— no nos dice quién o quiénes financiaron el viaje.

A su regreso a Iquitos, justificó su ausencia aduciendo problemas de salud, que nunca especificó ni tampoco le fue exigido acreditarlo con algún medio de prueba, como debería serlo, aun en aquellos tiempos, por la naturaleza del trabajo judicial.

Durante su ausencia, debido a la intensificación de la campaña contra el Perú a la que antes referí, la Corte Superior de Iquitos designó como juez suplente al abogado en ejercicio en la ciudad, el doctor Rómulo Paredes Gonzáles, *quien sí viajó al Putumayo* y recogió algunas versiones sobre lo que se denunciaba por la prensa internacional. En esta ocasión no voy a referirme a este actor secundario de la trama; sin embargo, solo diré que ambos se conocían de las aulas de San Marcos.

A su regreso de Nueva York, Carlos A. Valcárcel encontró el informe del doctor Rómulo Paredes respecto de sus pesquisas en el Putumayo. Sustentándose en tal informe, y en la denuncia antedicha de Saldaña Roca, dictó mandato de detención preventiva contra un numeroso grupo de funcionarios y directivos de la The Peruvian Amazon Co. Ltda. (Casa Arana).

Al poco tiempo de expedir la resolución cautelar de detención, volvió a viajar, esta vez a París, nuevamente sin licencia ni autorización alguna del Poder Judicial ni del Gobierno nacional. Se condujo en similar forma de su viaje a Nueva York. Permaneció en Europa por espacio de cinco (5) meses. Se desconoce el tipo de labores que realizó, y demás circunstancias similares a su anterior viaje. En razón de esta nueva y manifiesta infracción a sus obligaciones labores, la Corte Superior *lo suspendió* como juez de Iquitos, dando cuenta a la Corte Suprema y al Gobierno nacional.

Al tomar conocimiento de su suspensión, no regresó a Iquitos, sino que se dirigió de París a Panamá, donde permaneció algunos meses, según se dice preparando la edición de su libro *Los crímenes del Putumayo*, que, como se sabe, fue publicado en 1913. Nuevamente, surge la pregunta sustancial anterior: ¿quién o quiénes financiaron su viaje y estadía en París? ¿Quién o quiénes fueron sus guías e intérpretes en esta gran ciudad? ¿Qué hizo en ese largo periodo de cinco meses? Similares preguntas surgen en el caso de Panamá, como en la redacción y publicación de su obra *Los crímenes del Putumayo* (1913). Existen fundadas sospechas de que este trabajo no es de su autoría, excepto la presentación, pero de ello nos ocuparemos en otra oportunidad.

Publicada la obra, regresó a Lima, haciendo gestiones para regresar al Poder Judicial.

3.17. Farsa y felonía

Lo descrito se atiene a lo investigado hasta hoy. Están comprobados sus viajes y su publicación. La pregunta que se infiere de ellos —utilizando un antiguo y mordaz latinismo— es: *¿De dónde pecata mía*? Esto es, ¿quién o quiénes financiaron tales viajes, estadía y publicación, antes descritas? Los viajes y estadías en Nueva York y París eran entonces —como ahora— caros. Pagar pasajes y largas estadías demanda notables sumas de dinero.

Se sabe que Carlos A. Valcárcel era de una condición económica modesta. Antes de venir a Iquitos trabajó en la Corte Superior de Lima, donde entonces —más que hoy, por la situación del país— los sueldos eran bajos y apenas alcanzaban hasta fin de mes. Los sueldos de los jueces tampoco eran muy superiores al resto de los servidores. En Iquitos permaneció poco tiempo antes de realizar sus viajes. Otra vez surge la pregunta: *¿De dónde pecata mía?*

Es de suponer que sus viajes debieron ser financiados por su propio peculio. Pero Valcárcel era por entonces una persona de una muy modesta economía. En ningún caso hubo aporte económico del Gobierno ni del Poder Judicial. Es más, en ambos casos viajó sin solicitar previa licencia laboral, como era su obligación. *¿Por quién o quiénes se sentía protegido?* En el caso del viaje a Nueva York le fue aceptada su excusa de haberse enfermado, sin acreditarlo de ningún modo. En su viaje a París ya no hubo excusa. Por eso fue suspendido por la Corte Superior.

Todo apunta a la existencia de misteriosas asistencias y bolsas generosas que, en lenguaje castizo, se conoce como *soborno*. Esta sospecha debe ser corroborada, claro está. Ojalá sus epígonos colaboren en aclararlo.

Se desconoce si Valcárcel participó en la ceremonia internacional de inauguración del Canal de Panamá, en 1914, evento realizado con todo el fasto y boato propios de la época y expresión ante el mundo del poderío de la nueva potencia emergente: los Estados Unidos de Norteamérica, que no dudó en mutilar Colombia para crear la República de Panamá a fin de materializar sus propósitos hegemónicos.

Como puede verse, falta investigar más a este oscuro personaje de dudosa trayectoria, cuya farsa y felonía hizo mucho daño a la imagen y los intereses del Perú, especialmente de los loretanos.

4. CONCLUSIONES

- La Amazonía peruana está constituida por un extenso territorio de bosques tropicales, caudalosos ríos, poblaciones urbanas, rurales y nativas, dispersas e insuficientemente conocidas e integradas a la dinámica nacional. Su estudio y planeamiento para su desarrollo e integración al Perú es tarea pendiente.

- En parte de este territorio se produjeron acontecimientos relevantes para su pertenencia a nuestra heredad nacional. Las extensas áreas ubicadas en las cuencas de los ríos Napo, Putumayo y Caquetá (250 000 km², aproximadamente) fueron objeto de enconadas disputas territoriales desde el surgimiento mismo de las actuales repúblicas del Perú, Colombia y Ecuador; controversias desarrolladas a lo largo de los siglos XIX y XX que fueron resueltas después de prolongados litigios jurídicos, diplomáticos y conflictos militares. La actual generación de peruanos es heredera del esfuerzo, coraje y también del sacrificio de las vidas de quienes se inmolaren en su defensa.

- Los llamados «crímenes» o «sucesos» del Putumayo es uno de esos eventos que marcaron profundamente la historia amazónica. Sobre ella se ha escrito mucho en otras latitudes, denostando la labor de quienes esforzadamente construyeron peruanidad en territorios literalmente abandonados por el Estado peruano. Es tarea pendiente reivindicar a esos laboriosos y valientes peruanos que hicieron posible afirmar nuestra soberanía sobre esta parte del Perú.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

FRITZ, S. «Diario». En P. MARONI y P. M. AMAZÓNICA (editores). *Noticias auténticas del famoso río Marañón (1738)*. Iquitos: Editorial IIAP - CETA, 1988.

ESPINOZA, W. *Amazonía del Perú, historia de la Gobernación y Comandancia General de Maynas*. Lima: Editorial Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2007.

DEL BUSTO DUTHURBURU, J. y otros. *Historia cronológica del Perú*. Lima: Ediciones Copé, 2006.

BASADRE GROHMAN, J. *La vida y la historia*. Lima: Ediciones Copé, 2007.

BEERMAN, E. *Francisco Requena: la expedición de límites - Amazonía, 1779-1795*. Madrid: Compañía Literaria, 1996.

PORRAS BARRENECHEA, R. *Historia de los límites del Perú*. Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Lima, 1997.

REQUENA, F. y otros. *Ilustrados y Bárbaros. Diario de exploración de límites del Amazonas (1782)*. Edición de Manuel Lucena Giraldo. Alianza Editorial. Madrid, 1992.

ARANA, J. *Las cuestiones del Putumayo. Bajo este título, Julio C. Arana publicó en 1913, su defensa hecha ante el Parlamento inglés*. Barcelona, Imprenta Vda. De Luis Tasso, 1913.

REY DE CASTRO, C. *Los escándalos del Putumayo. Carta Abierta dirigida a Geo B. Michell*. Barcelona. Imprenta Vda. De Luis Tasso, 1913.

REY DE CASTRO, C. (1917). *Los escándalos del Putumayo. Carta al director del Daily News & Leader de Londres. Nuevos artículos alarmistas. Inglaterra en crisis*. Imprenta Vda. De Luis Tasso. Arco del Teatro, 21 y 23. Barcelona.

THOMSON, Norman. *El libro rojo del Putumayo. Precedido de una introducción sobre el verdadero escándalo de las atrocidades del Putumayo*. Edición española de Arboleda & Valencia. Bogotá, 1913.

VALCÁRCEL, C. Los crímenes del Putumayo. Panamá, 1913.

PROMOVIENDO UN CAPITALISMO INTELIGENTE: ACERCA DEL ESTADO SOCIAL DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Víctor Malpartida Castillo[*]

1. INTRODUCCIÓN

Hay mucha simple incomprensión, pero también una controlada ideológicamente, que hace que o no se acepten como derechos a los derechos sociales, negándolos rotundamente, o que los acepten de manera reservada, como objetivos a cumplir dentro de un orden económico y social, o buscar su exigibilidad a través de los derechos civiles y políticos; sin embargo, poco a poco se ha ido consolidando una posición que no solo acepta los derechos sociales como derechos, sino que plantean la necesidad de hacerlos exigibles en tanto son indispensables para que los derechos civiles y políticos alcancen también una efectividad.

Este trabajo busca rastrear la relación de los derechos sociales y el Estado social del derecho, a fin de comprender su verdadera función dentro del orden económico capitalista.

2. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DEL DERECHO

Cuando se habla de Estado de derecho es inevitable hablar de derechos humanos, ya que existe una determinación común entre estos últimos y el primero, y viceversa.

Así, Pérez Luño (2003, p. 212) plantea que uno de los problemas más importantes, si no el principal, es el de conciliar los derechos de los particulares y la soberanía del Estado. Señala, así, que los derechos humanos o fundamentales —en la terminología utilizada por el profesor español— se presentan como articuladores de exigencias, de principio antagónicas, pues reflejan las ideas de libertad y de ley en lo que se refiere al imperativo de la comunidad social. Es así que para superar esta contraposición y llegar a una síntesis de ambas ideas, la idea de la ley debía reflejar una voluntad general de todos los ciudadanos o personas, de manera que en la ley se sintetizara la libertad del individuo, finalmente. A eso apunta el Estado de derecho, pues al imperar la ley, impera la soberanía popular y se logra una síntesis entre las ideas de libertad y ley, representando esta última la voluntad general.[1]

El mismo profesor hace un añadido al establecer que las declaraciones de derechos del siglo XVIII preceden al Estado de derecho, pues representan la síntesis de las ideas y tendencias que están destinadas a desterrar los residuos arbitrarios del absolutismo y que el Estado asuma principios de libertad y democracia (Pérez Luño, 2003, p. 213).

El Estado de derecho —según Zagrebelsky—, indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero añade que no encierra en sí consecuencias precisas. El valor —dice el autor italiano— es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y

---

[*] Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y por la Universidad de Salamanca. Profesor en la UNMSM. Juez superior.

[1] «El concepto de Estado de derecho, tal como se le conoce en la época moderna, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVIII y XIX y tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista. La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, su objeto la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como «ente común (*res publica*). Se trataría de un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos» (Villar, 2007, p. 73).

derecho que constituía la quinta esencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem* (Zagrebelsky, 1997, p. 21).

Como se ha expresado anteriormente, y resumiendo, el Estado de derecho implica afrontar el absolutismo, revertirlo a través de eliminar la arbitrariedad, de allí que Zabrebelsky señale que es un valor representativo del desarrollo de la organización del Estado. Asimismo, implica la sujeción del poder al derecho, ya que eliminar la arbitrariedad, lleva a que la ley, expresión de la voluntad general, domine al poder, lo encuadre, planteando una dirección de la organización estatal a desarrollar.

Ahora bien, en ese instante en el desarrollo jurídico, social y político, si bien asumir el Estado de derecho es revolucionario atendiendo lo que implica dejar atrás el absolutismo político y social, se presentan etapas siguientes que serán parte de un devenir histórico que arribará a fines del siglo XIX y decididamente a comienzos del siglo XX, a lo que se denomina Estado social.[2]

El Estado social significa o representa que el Estado, a través de sus órganos o poderes, asuma una serie de funciones que se le había negado, ya que lo fundamental en el Estado de derecho era su no intromisión en el orden social. Con el Estado social se dice que lo que constituía un alejamiento tomado como natural entre Estado y sociedad civil, se trastoca en una participación del Estado en dicha sociedad civil, estableciéndose un nuevo diseño de relaciones entre los organismos del Estado o poderes públicos y la comunidad en general.

Esto se produce por diversas causas. Así, García Pelayo señala que el Estado social es un intento de adaptación del Estado tradicional a la sociedad industrial y posindustrial, entendiendo por Estado tradicional al Estado liberal-burgués. Para este autor, la sociedad industrial y posindustrial conlleva nuevos y complejos problemas, pero, asimismo, tiene grandes posibilidades de orden técnico, económico y organizativo para enfrentar dichos problemas. Agrega que no hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino, más bien, como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización (García Pelayo, 2009, p. 1597).[3]

Asimismo, merece especial atención, agregar a lo dicho sobre el Estado social que no es un Estado socialista ni es capitalista en el sentido clásico del término, sino que —como menciona García Pelayo— corresponde con la etapa del neocapitalismo, que es consustancial a la necesidad de resolver

[2] «[…] el primer texto en el que se reconocieron estos derechos (DESC), en la historia de la humanidad fue en la "Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado", del 4 de enero de 1918, año en que terminó la primera Guerra Mundial, en plena época de desarrollo de la Revolución rusa. Esta Declaración se redactó al calor del marxismo ascendente de la época y de los valores propios de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa (1789), en la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y en la Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776)» (Villán 2009, p. 9). Asimismo: «Esta preocupación (por el logro de bienestar) hundía sus raíces más profundas en las luchas obreras del siglo XIX, y era alentada por la conciencia de la menesterosa situación de la masa trabajadora a consecuencia de la Revolución Industrial. Pero fue en el siglo XX, mientras las miseria s de la guerra alcanzaban a todas las capas sociales y se ensañaban con los más desfavorecidos, cuando la preocupación por el bienestar ciudadano alcanzó el refuerzo político de un conjunto de ideólogos que buscaba la reacción de los poderes públicos en la lucha conjunta por la construcción de Estados preocupados por los individuos que lo integraban" (Correas, 2006, p. 333).

[3] «La idea de dotar al estado de un más acentuado carácter social renació con fuerza a mediados del siglo XIX y no dejaría de intensificarse desde entonces, aunque haya habido algunos retrocesos importantes. La expresión "Estado democrático y social" fue utilizada por primera durante la revolución de París de 1848 y la Constitución francesa de dicha fecha definió el régimen que instauraba como República social. La fórmula "Estado de derecho democrático y social" fue utilizada por Louis Blanc basándose en Owen y también algún régimen autoritario, como el bismarkiano, acogió la idea de socialidad estatal, aunque solo como estrategia política frente a la burguesía liberal. En fin, L. von Stein abogó por la reforma social como único modo de evitar la revolución y F. Lasalle y los círculos marxista y socialdemócratas alemanes se inclinaban por la democracia social, con protagonismo del mundo del trabajo e intervencionismo estatal» (Torres del Moral, 2014, p. 32).

problemas acuciantes no resueltos dentro de la estructura del Estado liberal clásico del Hochkapitalismus, pero también aprovechar de las posibilidades dadas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial (García Pelayo, 2009, p. 1598).[4]

Por otra parte, Elías Díaz sostiene que el Estado social se concibe como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter «social» que, por otra parte, queden también diferenciados de cualquier otro sistema aproximativo a los totalitarismos fascistas. Concluye diciendo que el Estado social del derecho continúa constituyéndose como auténtico Estado de derecho (1998, p. 101).[5]

En síntesis, existen una serie de aspectos que podrían señalarse como característicos de un Estado social (García Pelayo 2009, pp. 1606-1607) como:

a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo.

b) La seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional. Antes, la defensa de la sociedad nacional se centraba capitalmente en la defensa exterior y en la defensa interna frente al delito o la subversión. Hoy ha de añadirse a ello la defensa frente a las contingencias y necesidades económicas globales, frente al deterioro del ambiente natural, frente al agotamiento de los recursos naturales, frente a la radicalización y extensión de los antagonismos en el seno de la sociedad nacional, etc.

c) La realización de una serie de prestaciones sociales que deben estar no solo proclamadas, sino también garantizadas por los textos constitucionales, pero sin que tal condición sea absolutamente necesaria para la existencia real del Estado social. Dentro de este punto, el profesor español señala como tales prestaciones:

- La fijación de un salario vital mínimo con independencia de la clase de ocupación y destinado a ser revisado de acuerdo con la coyuntura económica nacional.

- La procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil, para lo cual ha de desarrollarse una política de pleno empleo.

---

[4] Importante es acotar: «El estado social […] parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que solo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas […]. Los límites de esta capacidad de estructuración del orden social son, sin embargo, discutibles y, en resumen, pueden manifestarse en las siguientes posiciones: 1) el Estado social tiene como función asegurar los fundamentos básicos del estatus quo económico y social adaptándolo a las exigencias del tiempo actual y excluyendo permanentemente los disturbios para su buen funcionamiento, de modo que en esencia está destinado a garantizar el sistema de intereses de la sociedad actual, es decir, de la sociedad neocapitalista; 2) el Estado social significa una corrección no superficial, sino de fondo; no factorial (parcial), sino sistemática (total) del *statu quo*, cuyo efecto acumulativo conduce a una estructura y estratificación sociales nuevas, y concretamente hacia un socialismo democrático» (García Pelayo, 2009, pp. 1600-1601).

[5] «A pesar de las diferentes clasificaciones doctrinales, consideramos que a partir de la segunda generación de derechos, la necesidad de extender el disfrute de las libertades dará lugar a nuevos desarrollos, con toda intensidad, al albur de las dos grandes guerras mundiales, con el Estado social y los derechos económicos y sociales definitorios de una tercera generación de derechos para incorporar constitucionalmente los cambios y las nuevas demandas de la sociedad, que complementarán los derechos nacidos más de un siglo antes. Encontraremos su precedente en la Constitución mexicana de 1917, que, tras la revolución de las clases populares, eleva a derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el esparcimiento y el derecho al trabajo digno y socialmente útil. Posteriormente, la Constitución alemana de Weimar de 1919 en Europa introduce el «Estado social», que pasa a la Constitución francesa de 1946 y 1958 a la italiana de 1947, a la alemana de 1949, a la portuguesa de 1976 y a la Constitución española de 1978. Nuestro Tribunal Constitucional viene a decir que la configuración del Estado como social de derecho viene así a culminar una evolución en la consecución de los fines de interés general a través de una acción mutua Estado-sociedad que difumina la dicotomía derecho público-privado y se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos175 (Rey Varela, 2023, p. 4).

- La atención de los que estén incapacitados para el trabajo temporal o permanente: obreros de industrias decaídas, paro coyuntural, ancianos, niños, deficientes mentales, etc., función tanto más importante en estos tiempos de crisis de las estructuras tradicionales de la familia y de las formas comunitarias que antes cuidaban de las gentes desvalidas.

- El acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población y, especialmente, de las masas de empleados y obreros.

3. OTRA FORMA DE VER LA RELACIÓN ENTRE LAS DOS FORMAS DE ESTADO DE DERECHO

Así como se ha podido mostrar la relación entre Estado de derecho y Estado social del derecho, existe una manera muy interesante de observar ambas situaciones a partir de lo que proponen Abramovich y Courtis. Estos autores plantean la existencia de dos modelos, dos paradigmas o matrices político-ideológicos diferentes de regulación jurídica que, a su vez, —según sus propias palabras— reflejan un contexto histórico particular en el que han sido contextualizados y positivados los distintos derechos (Abramovich y Courtis, 2014, p. 48). Así, existiría, de un lado, un modelo del derecho privado clásico y un modelo del derecho social.

El primero —modelo del derecho privado clásico— se trataría de la trascripción en categorías jurídicas de los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica, predominando entonces la teoría liberal en cuanto a funciones del Estado y de cómo se relaciona este último con la sociedad. Abramovich y Courtis (2014, p. 48) refieren aspectos característicos de esta forma de ver el Estado y la sociedad:

- La unidad de análisis de la acción humana es individual.

- Se presume la racionalidad del sujeto actuante, y su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él.

- Se postula que el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos.

- La sociedad se considera en equilibrio o en situación de estabilidad. La desestabilización o el desequilibrio causados voluntariamente requerirán mecanismos de reequilibrio.

- Las funciones que se asignan al Estado son el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección de la situación de equilibrio, y su restablecimiento en los casos en los que la modificación se haya producido a través de mecanismos no permitidos.

Ahora bien, los anteriores puntos resumen la teoría liberal en tanto señalan cuál es su aspecto central, vale decir, la acción humana individual y cómo esta se engarza con el mecanismo del mercado como mecanismo válido de asignación de recursos y factores productivos, así como de creación de riqueza, debiendo para ello postular un Estado mínimo en la intromisión en la sociedad civil, teniendo como misión determinante, conservar el equilibrio de la sociedad.

Todo esto tiene necesariamente una traducción jurídica, una versión desde el Derecho generado a partir de la visión liberal reseñada anteriormente. Sobre estos aspectos jurídicos, los propios autores reseñados señalan (Abramovich y Courtis, 2014, pp. 48-49):

- La construcción de sujetos de derecho individuales.

- La equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes.

- La consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios. En un escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa.

- La limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales (justicia penal).

- El diseño de acciones procesales individuales en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos.

Emerge, entonces, un modelo jurídico en donde se privilegia al derecho privado —concretamente el derecho civil—. La construcción de sujetos de derecho individual, la construcción de la noción de igualdad formal ante la ley e igualdad de las partes contratantes, la autonomía de la voluntad, aparejado todo lo anterior a la reducida propuesta de funciones del Estado, en tanto dedicado a orden interno, defensa nacional y administrador de justicia sea esta civil o penal, son en esencia los puntos claves del modelo de derecho privado clásico. A esto debe agregarse, que, como los derechos son vistos como protectores del individuo, sobre todo frente al Estado y, al mismo tiempo, como cautelatorios, en general, del ámbito de actuación de los individuos, los derechos son estructurados y denominados finalmente como libertades o facultades, como la libertad de expresión, la libertad de conciencia y de religión, libertad de trabajar, etc.

Frente a este modelo se erige el modelo de derecho social. No se habla —según los autores proponentes de esta clasificación en modelos— de una sustitución completa del modelo anterior, sino uno al que califican de correlativo que responde a las disfuncionalidades del modelo privado clásico.[6] Frente a cuestionamientos de orden social, político y económico se plantea la intervención del Estado, señalándose que el mercado como mecanismo regulatorio no tiene resultados satisfactorios en lo social.[7]

---

[6] «El calificativo de "social", por otra parte, tiene repercusiones en la visión constitucional de la economía y la propiedad. No estamos entonces frente a un régimen socialista o comunista, estamos frente a un sistema que respeta la libre "actividad económica y la iniciativa privada […] dentro de los límites del bien común", reconoce que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" y "que la empresa, como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones"» (García Matamoros, 2004, p. 65).

[7] Sobre las relaciones entre Estado social y mercado tenemos: «Un límite fundamental es la admisión por parte de los actores del principio social y el mercado, de que ambos se desarrollan en el marco de la Constitución, como máxima expresión de voluntad y unidad política (Schmitt, 2006), y de la democracia; condición que amerita el reconocimiento de unos principios mínimos de deliberación y justicia, desde los cuales se podrá guiar la operatividad de los elementos en contradicción y garantizar su respecto a los derechos fundamentales y sociales. Dadas las cosas, la deliberación inicia en la Constitución y se materializa desde los alcances dados por esta, pero podrá interpretarse y transformarse bajo los causes de la política constitucional (Ackerman, 1991, 2011), que supone niveles de diálogo social capaces de ponderar los derechos, su historia y su impacto en la sociedad. Valga decir, la contradicción es natural, siempre existirán razones para privilegiar alguno de los institutos en tensión, pero solo en la medida en que se acepten los ámbitos de acción y limitación definidos en la Constitución y en la deliberación podrán encontrarse mejores espacios de interacción entre Estado social y mercado» (Jiménez, 2016, p. 200); «[…] hoy más que nunca, toma sentido la figura de un Estado social de derecho donde se asuma decididamente el compromiso de poner en práctica un modelo de economía social y ambiental de mercado; lo que significa que el principio de eficiencia económica debe ser entendido, aplicado y valorado en armonía con los principios de dignidad humana y sostenibilidad. La consecuencia contraria hará que tanto empresas como consumidores se inclinen a participar en el mercado con el criterio de exclusiva eficiencia económica, minimizando costos para competir con bajos precios y maximizando ingresos para adquirir más bienes y servicios. Las empresas competirán ofreciendo bajos precios y

Los mismos Abramovich y Courtis (2014, p. 53 y ss.) señalan como postulados que informan el modelo social a los siguientes:

- La introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. Se incorporan conceptos como clase social, grupo, etnia, raza y, asimismo, la idea de mediación social.

- El señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él. Esto puede ser interpretado como que la racionalidad como determinante del sujeto adolece de límites, pues existen situaciones como las motivaciones irracionales, los efectos de las presiones colectivas, la diferencia de poder de los sujetos interactuantes, entre otros aspectos, que evidencian esos límites.

- La generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico. Existen otros valores como la igualdad y la equidad que son tan o más fuertes que la generación de riqueza en el análisis que se efectúa en cuanto al resultado económico.

- La sociedad se considera en estado de conflicto permanente, se activan los mecanismos de negociación y se encuentran equilibrios sucesivos y renovados.

- El Estado asume diversas funciones como, por ejemplo, la regulación de la economía. Se establece que habrá objetivos de la actividad estatal como estabilizar y redistribuir el ingreso, a fin de que ciertos bienes y servicios estén al alcance de las mayorías que quedaban excluidas bajo el modelo privado clásico. El Estado empieza por señalar qué áreas son esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de bienestar, para luego intervenir en ellas.

Así como en el modelo privado clásico existían presupuestos que luego son traducidos jurídicamente, de similar forma, los anteriores presupuestos van a tener una asunción jurídica, con los siguientes postulados:

- Introducción a las dimensiones colectivas en el derecho como, por ejemplo, la construcción de sujetos de derecho colectivo.

- La consideración de desigualdades materiales, como aquellas de poder político, económico y de información entre distintas clases de sujetos de derecho.

- El establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, como el señalar un mínimo de interés público, indisponible para cualquier individuo.

- El desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos contractuales, o su sustancial regulación estatal como, por ejemplo, en lo que respecta a los servicios públicos.

- La modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil, como lo correspondiente al establecimiento de la responsabilidad objetiva.

- Ampliación de funciones estatales, que va en correspondencia con la intervención estatal en la economía y en la sociedad, lo que se traduce en el establecimiento de regímenes jurídicos especiales, como el de trabajo, desgajado de lo que correspondía al régimen de derecho civil.

---

los consumidores se inclinarán por adquirir aquellos bienes y servicios más económicos» (Jaramillo de los Ríos y Villa-Orrego 2015, p. 23).

- La incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales en las que se da una situación especial en que el actor legitimado representa intereses grupales o se invoca la tutela de bienes colectivos.

Bajo esta perspectiva, advierten Abramovich y Courtis (2014, pp. 56-57) que los derechos sociales «son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma», refiriéndose al paradigma o modelo de derecho social, adicionando a lo mencionado que «un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad […]. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica». Aquí es necesario detenernos y citar a Atria, para quien los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles —señala el autor citado— es necesario dessocializarlos (Atria, 2014, p. 36).

4. POSICIONAMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES

Como se podrá apreciar de lo expuesto por García Pelayo, y también en Abramovich y Courtis, en cuanto a lo que conlleva el Estado social hay aspectos que nos remiten directamente a la invocación de los denominados derechos sociales, unidos estos a un sentimiento de justicia social. Las prestaciones sociales que con el Estado social van a constituir un aspecto fundamental que lo diferencia del simple Estado de derecho (liberal) tendrá su correlato de implementación en lo jurídico a través de las constituciones.

Así, lo que va a acontecer en las primeras décadas del siglo XX en Europa es que se comienzan a redactar constituciones con lo que se conoce como principios del Estado social, aunque su desarrollo es trunco debido a la aparición de gobiernos totalitarios. Por ejemplo, la Constitución de Weimar de 1919 y en 1931 la Constitución española. Ambas cartas políticas incluían además de los clásicos derechos llamados de libertad, un catálogo muy amplio de derechos de índole social, no obstante, en estos últimos —como anota Marta León Alonso (2014, p. 285)— los preceptos de contenido social, dirigidos principalmente al legislador, resultaban de difícil aplicación, lo que imposibilitó, en un primer momento, el reconocimiento de su eficacia jurídica provocando su degradación a la categoría de simples recomendaciones socioeconómicas. La autora cita a Abendroth, señalando que este jurista y politólogo alemán recuerda que la propia jurisprudencia de Weimar transformó muy pronto las exigencias de tipo social de la Constitución de 1919 en fórmulas vacías de contenido al ser consideradas como programáticas, carentes de significación concreta y sin carácter vinculante para el legislador del Reich (León Alonso, 2014, p. 285). Esta observación de Abendroth es sumamente importante, ya que nos indica cómo desde un inicio los denominados derechos sociales eran interpretados más que como derechos, como aspectos programáticos, es decir, simples aspectos a cumplir en el futuro, pero carentes de vinculatoriedad y justiciabilidad, en definitiva, sin significación concreta, producto seguramente de la limitada capacidad jurídica para ver detrás de estos derechos, lo que en definitiva son verdaderos derechos.

Los derechos sociales, entonces, se engarzan dentro de la estructuración del Estado social.[8] Jurídicamente, estamos con la introducción en una Constitución —como las de Querétaro,[9] de Weimar y la española— de los derechos sociales que nacen no con la fuerza que se esperaba, pero sí con

[8] «El concepto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se refiere, por lo tanto, a un nuevo relacionamiento del Estado con la persona humana, en tanto este en su carácter de institución instrumental al servicio de la misma, se obliga a hacer y a destinar recursos para la realización progresiva de estos derechos que hacen al pleno desarrollo de la persona humana. Aparece así el concepto de libertad positiva, "libertad para", lo que complementa perfectamente el concepto de libertad negativa, propia de los derechos civiles y políticos» (Saettone, 2004, p. 136).

[9] En lo que toca a los derechos laborales, Hernández Valle señala: «El segundo gran aporte de la Constitución de Querétaro al constitucionalismo latinoamericano fue el reconocimiento de los derechos laborales. El artículo 123 comienza por establecer una norma programática, mediante la cual se obliga al Congreso de la Unión y de los estados a expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región a favor de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos sin contravenir los principios fijados en esa misma norma» (Hernández, 2017, p. 448).

una real correspondencia a los problemas sociales generados a partir de la segunda mitrad del siglo XIX que conlleva una respuesta jurídica del llamado derecho social, como lo que va a denominarse como disciplina, derecho del trabajo. Los derechos sociales no tienen esa fuerza vinculante y la adecuada justiciabilidad, ya que se vivía una etapa de transición entre el Estado de derecho tradicional, liberal, burgués, y el Estado social, que iría despejando inconvenientes sobre los reales derechos que representan los derechos sociales y no solo simples aspectos programáticos, como se deja señalado por el propio Abendroth, cuando da cuenta que es la propia jurisprudencia de Weimar que transformó las exigencias sociales planteadas en la Constitución de 1919, como simples objetivos programáticos.

5. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fuera del ámbito constitucional comparado también es necesario tener en cuenta lo propuesto a partir de la instauración de la Organización Internacional del Trabajo, y todos los antecedentes de la internacionalización de los derechos de los trabajadores.[10] Así, esta organización vendría a ser la culminación de varios esfuerzos en beneficio de una reglamentación internacional del trabajo como fueron la Conferencia de Berlín de 1890 y la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores en 1901 y muchos otros que lamentablemente chocaron con una realidad internacional difícil como la Primera Guerra Mundial. Pero al concluir esta conflagración mundial se dio paso a negociaciones para arribar a ciertas condiciones de paz, lo que iba a culminarse con el Tratado de Paz de Versalles, rubricado el 28 de junio de 1919.[11]

Como producto de esas negociaciones, y como parte del mencionado Tratado de Versalles, se dedicó bajo la denominación de «trabajo» a una sección, que incluía un preámbulo y 40 artículos con los cuales se decidía la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).[12]

Allí, en el mencionado «Preámbulo» se establecía que se consideraba la paz universal y permanente señalándose que solo puede basarse en la justicia social. Asimismo, se dice que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, así como el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales, siendo urgente mejorar dichas condiciones, las cuales se detallan: lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo,

---

10 «Como antecedentes del proceso de internacionalización, además del mencionado planteamiento de Robert Owen al Congreso de Aquirgran, hay que tener presente una Declaración de la primera Internacional en 1866. En tal Declaración, se parte de la idea de que los trabajadores realizan una actividad semejante en los diferentes países y, por lo tanto, deberían gozar, en todos ellos, de la misma protección. Por otro lado, el movimiento sindical y las corrientes progresistas de la época plantearon, cada vez con más fuerza, desde los últimos decenios del siglo XIX, la lucha contra la injusticia social. La Gran Guerra, con los ingentes sacrificios exigidos a las poblaciones de un muy grande número de países, ambientó a su término, la recepción de las exigencias planteadas por los congresos sindicales de varios países y en especial de la AFL de los Estados Unidos, liderada por Samuel Gompers» (Barbagelata, 2016, p. 158).

11 «Diversas iniciativas relativas a una reglamentación laboral internacional aparecieron en el Parlamento francés y fueron difundidas también en Alemania (en buena parte por los socialistas de cátedra y los movimientos sociales cristianos), en Austria y en Bélgica. Pero la primera acción oficial correspondió a Suiza, donde el cantón de Glaris propuso, en 1855, la concertación de un acuerdo intercantonal con Zúrich (en particular, sobre trabajo nocturno y jornada laboral), señalando que este tipo de acuerdo sería necesario también con otros Estados europeos. Recién en 1881, el Consejo Federal suizo inició una campaña diplomática en ese sentido, con resultados desfavorables. Finalmente, fue Alemania el país que convocó la primera conferencia intergubernamental, reunida en Berlín en 1890, en la que se exploró en forma oficial la posibilidad de adoptar y aplicar una legislación internacional del trabajo» (Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, p. 4).

12 «En el siglo XX, la Liga de Naciones, predecesora de las Naciones Unidas, logró establecer la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 y crear mecanismos de reducción de la trata de mujeres. Con todo, fue mayormente inefectiva en promover la idea de la igualdad de las personas, lo que entonces se tildaba de "igualdad de razas". Un proyecto introducido por los japoneses no logró progresar frente a la posición de naciones occidentales imbuidas de racismo y actitudes despectivas frente a naciones "de color". Sin embargo, la Liga de Naciones constituyó un importante foro internacional de encuentros y discusiones en las que todos los países latinoamericanos participaron en algún momento entre 1920 y 1946, encontrando puntos de acuerdo y un marco de posible resistencia y formación de un bloque de naciones ante amenazas europeas (por ejemplo, en Venezuela) y las políticas de Estados Unidos en el hemisferio occidental, evidentes a partir de la Guerra con España y la ocupación de Cuba y Puerto rico en 1898» (Roniger, 2018, pp. 72-73).

protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas. Igualmente, plantean que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Todo lo anterior es expuesto en el «Preámbulo» como objetivo a cumplir, remarcando que las partes contratantes «movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo», constituyen el organismo en mención.

Lo cierto es, que fue determinante para una reglamentación internacional del trabajo, lo que ha traído un desarrollo notable de la normatividad del trabajo en forma mundial.[13]

6. DEFINICIÓN Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ahora bien, se tiene una primera definición de los derechos sociales desde la doctrina italiana en cuanto a Manlio Mazziotti di Celso, quien —en 1964— define al derecho social, desde un plano objetivo y subjetivo. Objetivamente, el derecho social constituye el conjunto de normas mediante las cuales el Estado lleva a cabo su función moderadora de las diferencias sociales, con el fin de asegurar o alcanzar la igualdad. Asimismo, desde un plano subjetivo, se define al derecho social como el derecho de cada individuo a participar en los beneficios de la vida asociada, que se manifiesta en derechos concretos a determinadas prestaciones de los poderes públicos (citado en León Alonso, 2014, p. 293).

---

13 «La OIT ha llevado a cabo una función legislativa de extraordinaria relevancia, si se toma el juicio en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico adoptado por su Conferencia General a lo largo de un siglo de vida, que se ha sustanciado en la elaboración y aprobación de un cuerpo numeroso de convenios y recomendaciones internacionales de trabajo […] La OIT ha asumido, así también, instrumentos complementarios de especial significación institucional, que se han propuesto la acomodación teórica de su quehacer ordinario a los escenarios económicos y sociales sobrevenidos en el tiempo. Tales son, desde luego, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), cuyo anexo sobre el seguimiento de la declaración era revisado en 2010; la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), que daba acogida institucional a la propia propuesta de "trabajo decente" (1999) como eje de las políticas de la Organización para el logro de sus objetivos constitucionales; y, en fin, la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo (2019). […] La producción normativa de la Organización ha sido acompañada por una función de cooperación y asistencia técnica permanentes y de importancia creciente, a través de programas de asesoramiento normativo a Estados miembros en materia de empleo, condiciones de trabajo y relaciones laborales, de la organización de encuentros internacionales de expertos y administradores sobre estas materias y de, en fin, la elaboración y difusión de estudios e informes sobre las mismas, así como de publicación especializada en materia laboral. […] Los "convenios internacionales de trabajo" son, como se sabe, tratados de carácter multilateral aprobados por la Conferencia General de la Organización en materias propias de su competencia. Una vez ratificados por el Estado miembro, conforme a las reglas nacionales en vigor para la ratificación de los tratados, los convenios y sus obligaciones internacionales se incorporan al Derecho interno. Si, en cambio, el convenio no fuera ratificado, el Estado —asume la obligación de someterlo a ratificación en el plazo de un año— contrae la obligación de informar de modo periódico al director general de la Organización de "las dificultades que retrasan o impiden la ratificación del convenio". […] Las "recomendaciones" son, por su parte, acuerdos de la Conferencia General de la Organización expresivos de propuestas u orientaciones dirigidas a los Estados miembros, aunque desprovistas del carácter de fuente de obligaciones internacionales. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen y eventual asunción por la legislación interna. Además, cada Estado deberá informar a la Organización sobre la situación del ordenamiento nacional en la materia objeto de las recomendaciones. Estas no dejan de ser, al propio tiempo, criterios para la interpretación o aclaración de los convenios internacionales, ofreciéndose en este sentido como instrumentos complementarios de los mismos» (Palomeque, 2020, pp. 34 y ss.). En similar sentido: «El fin de la Primera Guerra Mundial dio lugar a la conformación de un organismo de carácter internacional dedicado a la promoción de la legislación laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como parte de los intentos para constituir una paz duradera basada en la justicia social (OIT, 1929). Durante el transcurso del siglo XX se produjo su desarrollo exponencial hacia distintas áreas geográficas y diversas problemáticas vinculadas al trabajo. La OIT excedió así el espacio europeo con sus propuestas e iniciativas regulatorias, que apuntaron a encauzar y responder a la movilización obrera a través de la internacionalización de los principios de legislación laboral y de otras formas de intervención. Este proceso tenía amplios y ricos antecedentes en el espacio latinoamericano en materia de cooperación, participación de expertos, instituciones y saberes en el ámbito del derecho y la política laboral en general» (Caruso y Stagnaro, 2017, p. 13). Una evaluación de la función de la OIT con relación al continente americano a los cien años de existencia se tiene: «Después de cien años, la región de las Américas es hoy la segunda en el mundo en los índices de ratificación de convenios, siendo solo superada por Europa. Además, los órganos de control de aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo han desempeñado un papel crucial en la región, habiendo contribuido no solo a resolver problemas de aplicación o de adecuación de las legislaciones nacionales con los convenios de la OIT, sino muy especialmente a la modernización de las legislaciones laborales de todo el continente» (Bertranou, 2019, p. 7).

También al definir el derecho social, Mazziotti hace una precisión interesante (citado en León Alonso, 2014, p. 293). Señala que hay derechos sociales cuyo ejercicio no precisa de la intervención del legislador y derechos de libertad que sí la requieren para su efectividad y para dotarlos de una garantía concreta. Los derechos de libertad para el autor italiano implican la existencia de una esfera dentro de la cual el individuo puede actuar libremente.

Por su parte, los derechos sociales buscan la intervención del poder público para satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos. Ahora bien, encuentra una distinción entre lo que denomina derechos de libertad civiles los que reflejan el denominado *status negativus sive libertatis* y los derechos de libertad políticos el *status civitatis activae*, de una parte, y, los derechos sociales el *status socialis positivus*. Concluye, finalmente, que aunque estos —los derechos sociales— se fundamenten en el principio de igualdad, las diferencias entre ambas categorías —entre derechos civiles y políticos y derechos sociales— no deben entenderse como un antagonismo. Al contrario, nos dice, entre ambas existe una implicación recíproca: «[…] la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche» [la garantía de los derechos de libertad es condición para que los servicios sociales del Estado sean objeto de derechos individuales; la garantía de los derechos sociales es una condición para el buen funcionamiento de la democracia y, por tanto, para el goce efectivo de las libertades civiles y políticas]. Entonces, Mazziotti es plenamente consciente de lo que se remarca en cuanto a la relación entre ambos grupos de derechos: la interdependencia como principio.

Mira y Rojas señalan que los derechos sociales, como derechos humanos, son producto de la modernidad y, como tales, surgen de un debate iusfilosófico en la Revolución Industrial y con ella del tránsito del Estado liberal hacia el Estado social que busca dotar de mecanismos de intervención económica y políticas sociales al Gobierno para corregir las carencias y desequilibrios que presentaba el Estado moderno liberal. Bajo esta perspectiva, las políticas sociales pueden ser enunciadas como la protección social, el trabajo, la vivienda, la educación, la salud, etc., todas ellas entendidas como derechos sociales que implican una transformación del Estado liberal hacia un Estado social de derecho y que permiten superar las tensiones económicas organizativas que las autoridades liberales no pueden resolver en el marco de un liberalismo económico (Mira y Rojas, 2010, p. 41).

Por otra parte, Sarlet cuestiona que los derechos sociales sean derechos fundamentales. Señala que la condición de los derechos fundamentales está vinculada esencialmente al hecho de que se trata de derechos reconocidos y asegurados por las constituciones y que, en la perspectiva de Robert Alexy que en este particular retoma la idea de que los derechos fundamentales, son, como proclamó Dworkin, una especie de triunfo de las mayorías y se encuentran en virtud de su importancia para aquel específico ordenamiento político y social, en mayor o menor medida, sustraídos a la plena disponibilidad de los poderes constituidos, especialmente de los órganos estatales. Así, es verdad que son precisamente las mencionadas características las que les faltan a los derechos sociales en muchos sistemas jurídicos, además de las diferencias más o menos importantes en cantidad y calidad de los derechos sociales, incluso cuando fueron reconocidos como derechos fundamentales (Sarlet, 2010, p. 51).

El profesor Romagnoli (1996, p. 262) caracteriza a los derechos sociales de la siguiente forma: «Tal generación (derechos sociales) se compone de derechos cuya esencia consiste en lo siguiente: el interés para cuya tutela son reconocidos, puede ser satisfecho solo o fundamentalmente mediante comportamientos activos de los poderes públicos».

Por otro lado, Pisarello señala que los derechos sociales se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación. Agrega a lo dicho que para los poderes públicos, e incluso para los particulares, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones y tratados internacionales comporta obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas (Pisarello, 2007, p. 11).

En la definición de Pisarrello, implícitamente se encuentra la constancia de una situación de desigualdad en la sociedad, específicamente una desigualdad en cuanto a la existencia de sectores que ni siquiera tienen cubiertas sus necesidades básicas. Frente a esta situación de carencia en cuanto a trabajo, vivienda, salud, alimentación y educación se plantean expectativas que deben ser correspondidas por el actuar de los poderes públicos, llegando a señalar Pisarello que, inclusive, son expectativas que obligan a los particulares. Ahora bien, plantea que estas expectativas van a estar insertas en normatividad internacional —léase tratados internacionales— y de orden nacional —como constituciones— que comportan obligaciones positivas y negativas, cuyo objetivo será la satisfacción de las mencionadas expectativas.

Asimismo, Rodolfo Arango (2017, p. 496) señala que los derechos sociales son derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado. Añade que los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos. Estos últimos —aclara— son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico. Inicialmente concebidos de manera sustancial y fundamentados iusnaturalistamente al identificarlos con ámbitos de autodeterminación en los que el sujeto se «desata de las obligaciones asociativas», con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como «posiciones normativas» de sus titulares. Estas posiciones normativas son idénticas con relaciones deónticas entre sujetos en un orden o sistema normativo intersubjetivamente compartido. Como derechos subjetivos pueden —concluye el profesor colombiano—, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales.[14]

Con lo anterior, podemos definir a los derechos sociales como aquellos derechos que obligan a un comportamiento preferencialmente de orden positivo o de prestación positiva, pero que también pueden obligar a una prestación negativa o de no hacer, siendo el obligado principal el Estado, desde una eficiencia vertical, pero que, asimismo, tiene como obligados a los particulares, bajo una eficiencia horizontal. Estos derechos vienen a estar inspirados histórica y emblemáticamente desde el valor dignidad e igualdad, pero que se le suma actualmente el valor libertad y la contemplación de las necesidades humanas, dándoles estas últimas el cariz concreto a estos derechos. Todos los valores coinciden en fundamentar estos derechos sociales, al saber palmariamente que el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos es plenamente válido con relación a los derechos humanos en su conjunto.

Asimismo, y finalmente, como características de los derechos sociales podemos señalar, en primer lugar, que son derechos subjetivos, ya que mantienen obligaciones positivas o negativas (prestaciones de dar, hacer o no hacer) según corresponda. Igualmente, estamos preferencial e históricamente ante derechos que se basan o fundamentan en el valor igualdad, pero que no son ajenos a los mismos, los valores de dignidad y libertad concretados en las necesidades humanas. También cabe agregar que estamos frente a derechos cuyo obligado principal es el Estado, pero que también pueden ser los obligados, los particulares (contemplando la eficiencia vertical y horizontal) en vista del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.[15]

---

[14] Cabe acotar que en algún momento al derecho social se le identificaba plenamente con el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social; sin embargo, es evidente su diferenciación, como se deja dicho aquí: «[…] que el derecho social, del que hablamos, solo gracias a determinadas circunstancias que se han presentado en nuestro siglo, se identifica con el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social y que, en realidad, tiene un sentido más amplio, que comprende también otras materias, o bien es simplemente sinónimo de un determinado criterio interpretativo, aplicado al derecho en general. El concepto genuino de derecho social no tiene contornos jurídicos firmes […]» (Krotoschin, 1959, pp. 47-48).

[15] «El progresivo reconocimiento de las expectativas relacionadas con los derechos sociales en el plano constitucional y en tratados internacionales —y su integración en el orden jurídico interno de cada país— impone obligaciones, positivas y negativas, a los poderes públicos, y también en mayor o menor grado, a los particulares, concernientes a la satisfacción de tales expectativas y, por tanto, a la efectiva promoción del desarrollo humano […]» (García Schwarz, 2011, pp. 37-38).

7. PROBLEMÁTICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Son diversos los aspectos controversiales que sobre los derechos sociales existen. Algunos de ellos se relacionan con la intención de desconocer su carácter de derechos, señalando que son simples objetivos programáticos sociales que se engarzan en lo que corresponde al Estado social, cuestionándose, además, que no les alcanza la vinculatoriedad ni la justiciabilidad. Estas críticas llegan a tener una fundamentación a veces irreductible, extrema, de desconocimiento jurídico de los derechos denominados sociales.[16]

Existe otra posición algo menos extrema, algo menos radical, que plantea que pueden reconocerse a los derechos sociales, pero de manera muy limitada, muy restringida, amparada en una estricta situación de positividad de aquellos derechos o, en su caso, una justiciabilidad indirecta a partir de protegerlos a través de los derechos civiles, los que según esta posición, estos últimos si encuentran los canales procesales expeditos para la protección correspondiente, lo que no ocurre en el caso de los derechos sociales. Esta posición es la que por muchos años se tuvo en lo que respecta al criterio predominante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el caso Lagos del Campo vs. Perú.

Como se puede apreciar, es muy compleja la problemática sobre los derechos sociales, pues involucra también la fundamentación valorativa de los derechos humanos —al señalarse en mucho que los derechos individuales solo se sustentan en la libertad, mientras que los derechos sociales solo se sustentan en la igualdad, lo cual se ha visto trastocado cuando tanto libertad como igualdad, vienen unidos a la dignidad y las necesidades de la persona—. Por ello, concentrémonos en lo que respecta a la exigibilidad de los derechos sociales y lo que encierra este aspecto.

8. DERECHOS SOCIALES Y EXIGIBILIDAD

Uno de los cuestionamientos que se efectúa a los derechos sociales,[17] con el objetivo de desconocer su calidad de derechos, es indicar que carecen de la categoría de derechos subjetivos, para así señalar

---

16 Merece particular importancia el resumen que efectúa Romboli sobre la problemática que sobre los derechos sociales existe: «[…]Los derechos sociales, al menos en un primer momento, han terminado por ser situados en una situación de "minoría" (Careti, Politi, Luciani) respecto a los otros derechos y muchos han puesto en duda que ellos pudieran ser definidos como "derechos fundamentales". La posición de inferioridad de los derechos sociales se deriva en particular de tres razones concurrentes a) la situación de conflictividad respecto a los clásicos derechos de libertad; b) la naturaleza meramente programática de las disposiciones concernientes a los derechos sociales; c) el hecho que se trata de derechos "que cuestan" y por lo tanto implican la necesaria subsistencia de determinadas condiciones económicas» (Romboli, 2017, p. 143).

17 Ansuátegui señala al respecto: «[…] conviene prevenir en relación con lo problemático del discurso sobre los derechos sociales. Esa problematicidad, en realidad, es el reflejo de lo equívoco de la propia idea de derechos sociales. Quizás habría que plantearse hasta qué punto esta problematicidad no es el resultado de la falta de método y de criterio por parte de los juristas al aproximarnos a ellos. Solo una teoría correcta y coherentemente elaborada puede contribuir a la claridad» (Ansuátegui, 2010, p. 52); algo similar nos dice Courtis: «En general, en nuestra región los derechos sociales, reconocidos tanto en instrumentos constitucionales como internacionales, han tenido un valor más bien declarativo: existen grandes carencias en el modo en que se han traducido en mecanismos concretos de garantía. Para explicar esa situación debe señalarse algunos problemas. El primero es la idea de que el paradigma de los derechos sociales es todavía un modelo incompleto […] Sucede que el paradigma que informa el núcleo de la formación de los juristas, de los jueces, de los abogados, corresponde a una tradición mucho más antigua que la del derechos social: se trata de la tradición del derecho patrimonial, el derecho privado. Lo que aprenden los abogados en la universidad es básicamente el derecho relacionado con los negocios, con los contratos, con el patrimonio, con la propiedad […] De modo que , aunque en las constituciones o en los pactos de derechos humanos se establezcan derechos sociales, todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías —por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado […] Una segunda premisa importante tiene que ver con otra dificultad. El paradigma del derecho social es joven en comparación con el del derecho privado. A eso se suma otro problema: la primera manifestación del derecho social, como tal, está relacionada con los derechos vinculados con la situación del trabajo asalariado […]este modelo jamás se correspondió demasiado con las condiciones del mercado de trabajo de América Latina. Gran parte del mercado de trabajo de nuestros países ha sido y sigue siendo informal, de modo que este modelo de redistribución paradójicamente deja fuera a las mayorías— a quienes, en teoría, deberían estar destinados los derechos sociales, ya que son quienes están en peor situación socioeconómica […] Otro indicio del carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales se relaciona con la forma en que está organizado el Estado en estas materias. En América Latina hemos dejado librada a la discrecionalidad administrativa del Estado la gestión de aquellos servicios que satisfacen la mayoría de los derechos sociales, tales como el acceso a la educación, atención médica, vivienda, alimentación, asistencia social. En muchos de estos casos, en lugar de normas que establezcan propiamente

que no son justiciables o exigibles.[18] Cabe señalar también una influencia liberal en el desconocimiento como derechos a los derechos sociales.[19]

Castro Cid (1998, p. 59) advertía hace algunos años atrás que los llamados derechos económicos, sociales y culturales se ven afectados por una imposibilidad estructural de ser general y permanentemente satisfechos. Señalaba que se argumenta que tales «derechos» no pueden ser considerados verdaderos derechos desde ningún punto de vista, dado que la posibilidad de realización forma parte de la naturaleza o modo-de-ser de cualquier derecho.[20]

Lo que Castro Cid grafica tan bien es sustentado en la conceptuación que sobre derecho subjetivo tiene Kelsen. Recordando la posición del jurista austriaco, derecho subjetivo se presenta «en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor» (Kelsen, 1982, p. 122).

Por tanto, de acuerdo a este concepto de Kelsen, los derechos sociales, al no poder obligar al Estado el cumplimiento de las obligaciones de dar o hacer que dimanan de dichos derechos, no constituyen derechos en sentido estricto. Abramovich y Courtis, sin desconocer la calidad de derechos en los derechos sociales, asumen un grado de dificultad en su cumplimiento por parte del Estado.[21]

---

derechos, tenemos normas que organizan y otorgan competencia a la administración. Mientras los derechos relacionados con el mundo del trabajo han generado mecanismos de participación y de control de otros actores —piénsese, por ejemplo, en la estructura de la OIT: patronal, sindicatos y Estado—, en áreas relativas a derechos sociales no relacionados con el trabajo, el margen de discrecionalidad del Estado ha sido prácticamente total. Esa discrecionalidad del Estado ha generado prácticas de carácter selectivo y orientadas a clientelas políticas, que caracterizan la forma en que se ha asignado el acceso a esos derechos sociales en la mayoría de nuestros países» (Courtis, 2009, pp. 95-100).

1 [8] La exigibilidad tiene al menos dos dimensiones o tipologías, la política y la jurídica. La primera se refiere a todas aquellas acciones, que promueven la mejora de condiciones para la realización de los DESC o la solución de una situación violatoria de los mismos, pero a través de iniciativas de incidencia en políticas públicas y programas gubernamentales. La exigibilidad jurídica, requiere preguntarse si debe restringirse única y exclusivamente a su mera identificación con la idea de justiciabilidad, es decir, la cualidad de los derechos humanos reconocidos, de ser invocada en los tribunales de justicia aplicados por los jueces, vale decir exigibilidad jurisdiccional, ya que cuando se habla de exigibilidad jurídica es algo más amplio que la anterior, pues cualquier norma es invocable ante cualquier poder público (Bonet, 2016, p. 14).

19 «[…] para las más diversas concepciones que responden a la ideología liberal, el Derecho constituye un mero mecanismo de protección de todo aquello que, por naturaleza, se considera inherente al individuo. De ese modo, no es posible aceptar que otorgar sentido a un eventual derecho social que pretenda hacer posible la instauración de otra forma de asociación entre los seres humanos. De allí, que la primacía de esos derechos —civiles y políticos— conduce al liberalismo a consecuencias paradójicas. Y esas consecuencias se producen exclusivamente por la idea de «derechos subjetivos» que, por definición, al ser productos naturales de este tipo, son los únicos que pueden garantizar la defensa de derechos que se presentan como incompatibles con la propia noción de derechos sociales» (abril 2015, p. 145).

20 Amplía su consideración Castro Cid: «A su vez, en el "ámbito jurídico", la debilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido permanente y se manifiesta, al menos, en dos frentes complementarios: el de los ordenamientos jurídicos estatales y el de la normatividad supraestatal. En el primero, su posición, aunque ha ido mejorando con el tiempo, se mantiene aún en niveles muy bajos de consolidación. Por una parte, porque persisten las reticencias a incluir su proclamación dentro del articulado relativo a los derechos o libertades fundamentales. Por otra, porque se les escamotea casi siempre la correspondiente protección jurisdiccional. Así, puede comprobarse cómo en ocasiones tales derechos han sido excluidos de los textos constitucionales o bien han sido sometidos a un tratamiento claramente devaluador. Y, además, se ven privados en la mayoría de las ocasiones de los pertinentes mecanismos de protección, tanto en el ámbito de las previsiones constitucionales como en el de los correspondientes desarrollos legislativos. De forma paralela, en el frente de la normatividad supraestatal (tanto regional como internacional), los derechos económicos, sociales y culturales no han conseguido el respaldo deseable, ya que, si bien han sido reconocidos a menudo mediante una proclamación explícita (aunque nunca tan minuciosa ni contundente como la de los derechos civiles y políticos), no han llegado a estar amparados ni siquiera por los débiles mecanismos de protección jurisdiccional que pueden aplicarse a la defensa de los derechos clásicos de la etapa liberal» (Castro Cid, 1998, pp. 59-60).

21 «[…] nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medias de protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la cuestión presenta una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esa materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la

Ahora bien, existen posiciones que para sustentar que los derechos sociales tienen la calidad de derechos, hacen una previa distinción, entre derechos y garantías —diferencia promovida por Ferrajoli, en beneficio de una teoría de la democracia constitucional—.

Así, el autor italiano señala que los derechos fundamentales, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Llama garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero agrega a lo dicho que tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho, no solo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostiene la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación (Ferrajoli, 2010, p. 43).

Por tanto, los derechos sociales no dejan de ser derechos desde la óptica de Ferrajoli, lo que pueden faltar son las garantías, lagunas que en su oportunidad deberán ser llenadas por el legislador. Interesante propuesta que atiende a la particular situación de los derechos sociales los que, a opinión del profesor citado anteriormente, la ciencia jurídica no ha cumplido con la elaboración de formas de garantía frente a la omisión de prestaciones, en comparación con lo que sí lo ha efectuado, con los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Concluye al respecto que la violación de los derechos sociales no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos —legislativos, administrativos, o judiciales— que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables (Ferrajoli, 2010, p. 109).

Algunos autores coinciden en la distinción entre derechos y garantías planteada por Ferrajoli aunque discrepan en determinados aspectos. Es el caso de Danilo Zolo, quien critica la justiciabilidad de los derechos sociales no por una razón habida dentro del propio derecho, sino por contraste con una economía de mercado. Explica con relación al derecho al trabajo que en un ordenamiento jurídico que opera sinérgicamente con un sistema de economía de mercado, el «derecho al trabajo» no puede ser entendido como una pretensión jurídica garantizada por la posibilidad de actuar eficazmente en juicio para su satisfacción.

El derecho al trabajo, aunque sancionado en el nivel constitucional, sigue siendo —a su parecer—, en los sistemas de economía de mercado, un derecho no justiciable y, por ello, no aplicable por parte de los órganos judiciales con procesos definidos, porque ninguna autoridad judicial puede ordenar a nadie, trátese de un sujeto público o de un sujeto privado, que ofrezca un puesto de trabajo a otro. Ello sin considerar, aquí, el tema extremadamente delicado del tipo de trabajo eventualmente ofrecido y de su retribución. El desempleo o la desocupación no son problemas que puedan ser afrontados con instrumentos judiciales, sin forzar las reglas más elementales de la economía de mercado, añade Zolo. No se trata —concluye—, por ello, de una ausencia de tutela imputable a una laguna normativa o a una insuficiente elaboración técnica de las garantías jurídicas como piensa Ferrajoli (Zolo, 2009, p. 94).

ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medias generales por decisiones ad hoc efectuadas por el juez en el caso particular puede resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera» (Abramovich y Courtis 2014, p. 42).

De otra parte, Bovero, luego de dejar sentado sus coincidencias con la posición de Ferrajoli, señala que, en todo caso, solo si se mantiene una sólida y rigurosa distinción entre los derechos fundamentales y sus garantías, que permita aclarar que los primeros no están en riesgo cuando faltan las segundas, las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, la constitucionalización de los derechos sociales y, de manera más general, la internacionalización de los derechos fundamentales, no quedarán reducidas a simples reclamaciones teóricas (Bovero 2009, p. 229).

La crítica más ácida se encuentra en Ricardo Guastini. El profesor italiano señala que Luigi Ferrajoli sostiene simultáneamente las dos tesis siguientes:

Primera tesis: la obligación correspondiente a un derecho está lógicamente implícita en el propio derecho. O, lo que es lo mismo, que —por definición— no existe un derecho sin su obligación correspondiente: si falta la obligación, no hay derecho.

Segunda tesis: la obligación correspondiente al derecho puede, sin embargo, no existir. Esto sucede siempre que no existe norma positiva alguna que la establezca: se trata, según parece, de una laguna técnica, es decir, de la ausencia de una norma que es condición necesaria para la eficacia de otra.

Concluye Guastini, que teme que estas dos tesis sean contradictorias entre sí: la primera afirma que todo derecho subjetivo implica lógicamente una obligación, la segunda lo niega (Guastini, 2009, pp. 57-58).[22]

Ante estas críticas, Ferrajoli señala que la definición que propone de derecho subjetivo como expectativa positiva o negativa a la que corresponde un deber como garantía, no queda en modo alguno desmentida (o contradicha) por la existencia de antinomias o lagunas, sino simplemente violada. Adiciona a lo dicho que, precisamente, a los derechos negativos de libertad o de inmunidad, como por ejemplo la libertad constitucional de manifestación del pensamiento, corresponde la prohibición al legislador de suprimir o limitar por ley la libertad —en otras palabras, la prohibición de prohibir— cuya violación introduce una norma inválida por contradicción con la constitución. Análogamente, a los derechos fundamentales positivos como, por ejemplo, el derecho a la salud establecido en la constitución corresponde la obligación del legislador de introducir las obligaciones correlativas, como la obligación de asistencia sanitaria —en otros términos, la obligación de obligar— cuya violación, igualmente, introduce una laguna también ella en contradicción con la constitución. Agrega que la única diferencia entre la prohibición de prohibir y la obligación de obligar es que la primera constituye la inmediata garantía primaria del derecho (negativo) de libertad, mientras la segunda es la obligación de actuaria en apoyo del derecho (positivo) social (Ferrajoli, 2009, p. 189).

Ferrajoli señala también que para los derechos fundamentales negativos (de libertad) podremos hablar, junto a una prohibición de prohibir, de una obligación de prohibir, ambas a cargo del legislador y la segunda perfectamente simétrica a la obligación de obligar que garantiza los derechos fundamentales positivos (sociales); y también para ellos podremos, por tanto, hablar, junto a las antinomias, de

---

[22] Ya en otra publicación, Guastini había sido muy claro en su crítica a los derechos sociales: «[…] la tutela jurisdiccional de un derecho presupone, a su vez, por lo menos dos cosas: 1.-Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso. 2. Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa (una "contraparte").
[…] En resumen, un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional si, y solo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.
Sobre esta base podemos distinguir entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel".
[…]
a) Son "verdaderos" derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular.
[…]
b) Son derechos "sobre el papel"—derechos ficticios— todos aquellos que no satisfacen alguna de esas condiciones.
Como es obvio, todos los derechos morales o "naturales" —no reconocidos por un ordenamiento positivo— son por esta razón derechos "sobre el papel". Pero la distinción entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel" no equivale exactamente a la distinción entre derechos morales y derechos positivos, porque también un derecho (subjetivo) positivo puede ser también un derecho "sobre el papel". Es el caso de los llamados "derechos sociales" […]» (Guastini, 2013, pp. 214-215).

lagunas de las respectivas garantías primarias. En definitiva, existe siempre, de acuerdo con la definición que promueve, la obligación correspondiente al derecho positivo, aunque se halle privado de garantías legislativas, así como existe siempre la prohibición correspondiente al derecho negativo violado por el legislador. Lo que puede faltar es la emanación de las respectivas garantías en cumplimiento de la obligación que implica el derecho (Ferrajoli, 2009, p. 191).[23]

Por otra parte, un desarrollo importante y una propuesta muy interesante es la que muestra Rodolfo Arango (2002, p. 103 y ss). Este autor colombiano parte de una premisa: no se puede defender el concepto de derechos sociales porque se carece de un concepto bien desarrollado de derechos subjetivos.

Arango nos habla de un concepto evolucionado de derechos subjetivos —al cual define como aquel que reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos negativos o positivos, y a la vez incorpora en su definición los criterios para determinar su violación—, el cual se compone de dos partes. Una primera se trata de un concepto de tres niveles analíticamente discernibles, vale decir, derechos como posiciones normativas, razones para derechos y su exigibilidad jurídica. La segunda parte, en la que se establecen los criterios requeridos para garantizar su uso efectivo.

Señala que los derechos negativos tienen obligaciones de abstención como correlativas, esto es, la obligación de abstenerse de algo. Esta estructura de los derechos negativos facilita el reconocimiento de su vulneración. La ocurrencia del acto mismo puede ser reconocida y su legalidad establecida. De otro lado, los derechos positivos tienen obligaciones (prestacionales) correlativas de hacer algo. Ellos plantean el problema de saber cómo ha de cumplirse la obligación positiva y quién está obligado a su cumplimiento. La indeterminación de su contenido y del titular se comunica al reconocimiento de su violación.

Por tanto, la violación de derechos (negativos) por actuaciones es más fácilmente reconocible que la violación de derechos (positivos) por omisión. La omisión de obligaciones de hacer algo puede tener múltiples y diferentes causas. Por la indeterminación del titular de la obligación y del contenido del derecho no es sencillo establecer la causa y el agente de la violación.

Plantea Arango que nos encontramos frente al dilema de negar la posibilidad racional de reconocer la violación de un derecho positivo, o bien construir una condición hipotética que haga posible dicho reconocimiento, lo cual a su parecer debe intentarse.

¿Cómo debe funcionar entonces —se pregunta— la segunda parte del concepto evolucionado de derechos? Señala que el reconocimiento de la violación de derechos positivos depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho (o de la obligación correlativa) y del titular de la obligación. Plantea entonces como condiciones: 1) el daño individual inminente; y, 2) el no-reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definitiva.

Para el autor colombiano, la inminencia del daño individual es la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo. La clave para saber cuándo una omisión es condición suficiente de un daño individual es la urgencia de la situación. Para determinarla debemos

---

[23] «Lo que cuenta, a los fines de nuestra discusión, es reconocer que el constitucionalismo rígido confiere un inevitable papel normativo a la teoría con respecto a su propio objeto, como consecuencia de la estructura misma de los ordenamientos dotados de constitución rígida. En estos, las antinomias y lagunas no pueden eliminarse —como en el viejo paradigma paleopositivista del Estado legislativo de derecho— mediante la simple interpretación sistemática, conforme a los criterios de la prevalencia de las normas sucesivas respecto a las precedentes, y de las especiales respecto a las generales. En el paradigma del constitucionalismo rígido —que es un paradigma que refleja la lógica del diseño normativo propio del Estado constitucional de derecho— el conflicto insuperable por vía de interpretación debe ser resuelto, en caso de antinomia, mediante la abrogación o anulación de la norma inválida y, en caso de laguna, mediante la introducción de la norma ausente; que es, precisamente, lo que impone la teoría, por tanto normativa, al derecho positivo y a sus operadores, y que supone fundar el papel civil y político -crítico y proyectivo- de la ciencia jurídica» (Ferrajoli, 2009, p.196).

imaginarnos lo que podría suceder si la necesidad básica de la persona no es satisfecha pese a la inminencia de sufrir un daño. Se abandona una concepción abstracta de los «bienes básicos» o una prioridad ideal, a un estado objetivo de cosas, en donde la urgencia de una situación obedece a que las necesidades básicas no están aseguradas. Para Arango, la tesis de la «urgencia de la situación» resuelve el problema de la indeterminación del contenido del derecho.

Asimismo, en cuanto al no-reconocimiento de razones válidas y suficientes, para posiciones normativas —nos dice el autor citado— puede ser justificado o injustificado. Justificado, si una persona diferente al demandado es la principal obligada a cumplir con la obligación correlativa. Pero el no-reconocimiento del derecho por el subsidiariamente obligado —por ejemplo, el Estado— es injustificado; si el principal obligado incumple con su obligación, ello impide la realización del derecho positivo y esta situación amenaza causar un daño inminente al titular del derecho.

Añade algo más, Arango. Señala que el derecho moderno parte de una premisa: la autonomía de la persona. Este principio implica dos más: el principio de la responsabilidad personal y el principio de subsidiaridad. De acuerdo con el primero, el individuo es responsable de su propio destino. Según el segundo, una persona debe ser asistida cuando aún o ya no puede tomar su destino en sus manos. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados subsidiarios en casos de que el peso de las cargas sea tan grande para el individuo o para un grupo pequeño de personas (deberes supererogatorios), que no sea razonable exigirle o exigirles soportarlo.

Los problemas surgidos por la existencia de multiplicidad de obligados —posibles vulneradores del derecho subjetivo— pueden igualmente ser resueltos a la luz de la urgencia de la situación, señala el autor citado. La urgencia de la situación activa el principio de subsidiariedad. Si un principal obligado —la familia de acuerdo con la ley o el Estado de acuerdo con la constitución nacional— no puede cumplir con sus obligaciones positivas, el reconocimiento del derecho no puede simplemente ser denegado por parte del juez.

Esto plantea la pregunta de si su no-reconocimiento está o no justificado —indica Arango—. Aclara que el no-reconocimiento de una razón válida y suficiente para una posición normativa puede estar justificado si el demandado no es el principal obligado. Es el caso de la educación escolar de los hijos, cuyos obligados principales son los padres, pero en el caso que estos no estuvieren en la capacidad fáctica de asumir esta obligación positiva, la negativa a reconocer la posición jurídica debidamente fundamentada es, en principio, injustificada. La persistencia en la omisión por parte del obligado subsidiariamente —la comunidad nacional representada por el Estado, de conformidad con las declaraciones y los pactos internacionales de derechos humanos que está obligado a garantizar los derechos sociales— es condición suficiente para declarar la violación de un derecho subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño.

De manera que tanto el esfuerzo doctrinario de Luigi Ferrajoli como lo planteado por Rodolfo Arango son salidas válidas para darle consistencia como derechos a los derechos sociales. En el caso de Ferrajoli, responde a un cuestionamiento desde el planteamiento de diferenciar derechos y garantías que, finalmente, defiende señalando que tanto derechos con una obligación de prohibición como derechos con obligaciones positivas deben tener una garantía desde el Estado. En el caso de Arango, se hace de la responsabilidad de generar un planteamiento que identifique a los derechos sociales con los derechos subjetivos y le incorpore la cuota de realidad y logicismo a su propuesta.

Por lo tanto, en este extremo de los cuestionamientos que tienen como objetivo desconocer en los derechos sociales, la calidad de derecho se desbarata, debiendo entonces reconocer como tales a los mencionados derechos y, como consecuencia de esto, ser derechos justiciables en toda su dimensión.[24]

---

[24] «[…] si la factibilidad fuera una condición necesaria para que las personas tuvieran derechos, entonces no solo los derechos económicos y sociales, sino todos los derechos, incluso el derecho a la libertad, serían absurdos, dada la no factibilidad de asegurar la

Un aspecto especial y complementario sostiene Carlos Manuel Rosales. Más allá del concepto que maneja de derechos prestacionales[25] —muy cercano al que tiene Cossío Díaz—, lo cierto es que no deja de tener razón en lo que respecta a la limitación en el cumplimiento de un derecho humano de carácter prestacional. Así, señala que hay que entender que estos derechos prestacionales exigidos como derechos humanos no constituyen un «cheque en blanco». Hay que ponderarlos según sea el caso, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho (Rosales, 2019, p. 358).

Precisamente, sobre la ponderación resulta siempre útil escuchar las inteligentes observaciones de Robert Alexy (2009, pp. 52-54). Así, señala que los derechos de protección son derechos constitucionales que ostenta su titular contra el Estado, es decir, a que este le proteja de la interferencia de terceros. Es claro que dentro de estos derechos considera a los derechos sociales. Pero establece una salvedad en cuanto a que los derechos que llama de protección pueden tener una variedad de objetos, desde el homicidio o la calumnia hasta la protección ante los peligros asociados al uso pacífico de la energía nuclear.

La principal fuente de problemas con que se topan estos derechos —nos dice— es que la protección de una parte significa la interferencia de otro. Entre la colisión de dos derechos, uno de protección y otros de defensa, se debe optimizar, encontrar un punto ideal.

Esta objeción —señala— referente al punto ideal se refiere al mismo problema de la sobredeterminación, de exceso de constitucionalización. No cabe duda, aclara, de que la sobredeterminación es inadmisible. Por ello, dice que solo hay tres soluciones. La primera es abandonar los derechos a protección, lo que no es admisible. La segunda es renunciar a la proporcionalidad, sobre todo en cuanto a los derechos de protección, lo que tampoco lo ve válido. Y, finalmente, mostrar que la combinación de derechos a protección con proporcionalidad no lleva a sobredeterminación ni a una determinación total. Concluye: «Es compatible con la idea de un marco que deje lugar para la autonomía de la legislación parlamentaria».

Por lo expuesto entonces, en cuando a los derechos sociales, son derechos plenamente justiciables, vale decir, exigibles ante un tribunal ante su no cumplimiento y no simples objetivos programáticos sociales.

9. LOS DERECHOS SOCIALES COMO ESENCIA DEL ESTADO SOCIAL DEL DERECHO Y CONSUSTANCIAL AL DESARROLLO CAPITALISTA

Se ha visto que los derechos sociales son la esencia del Estado social del derecho y que este es una consecuencia de la intención de adaptar un estado de cosas distinto a lo que dio origen al Estado de derecho. Como advirtiera García Pelayo el Estado social es un intento de adaptación del Estado liberal-burgués tradicional a la sociedad industrial y posindustrial. Esta trajo nuevos y complejos problemas, aunque con enormes posibilidades de orden técnico, económico y organizativo para enfrentar dichos problemas. El propio autor español, aclaraba que estas nuevas medidas, consecuencia de la adaptación, no constituía algo totalmente nuevo, sino más bien un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular aspectos parciales de la sociedad que luego adquieren generalidad. Precisaba, además, que no constituía un Estado social, un Estado de corte

vida y la libertad de todos contra las violaciones […] Rechazar las exigencias de derechos humanos por su factibilidad incompleta significa ignorar que un derecho no realizado del todo es todavía un derecho que exige reparación. La no realización no hace por sí misma que un derecho reclamado sea un no derecho. En su lugar, mueve a más acción social. Excluir todos los derechos económicos y sociales de sanctasanctórum de los derechos humanos, y reservar ese espacio solo para la libertad y otros derechos de primera generación, supone trazar una raya en la arena muy difícil de mantener» (Sen, 2019, p. 417).

25 «Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que solo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Constitución y las leyes orgánicas. Gradualmente, los derechos de prestación se les van dando condiciones de eficacia, que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática, que luego tiende a convertirse en un derecho subjetivo» (Rosales, 2019, p. 352).

socialista, ni asimismo capitalista en el sentido clásico del término, sino que correspondía con la etapa del neocapitalismo, consustancial a la necesidad de resolver problemas acuciantes no resueltos dentro de la estructura del Estado liberal clásico, aprovechando, asimismo, las posibilidades dadas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial.

De similar forma, Abramovich y Courtis señalan que el modelo de derecho social se erige junto al modelo de derecho privado clásico no de una sustitución completa del primero frente al segundo, sino de una situación peculiar, que califican de «correlativa», que responde a las disfuncionalidades del modelo privado clásico. Frente a cuestionamientos de orden social, político y económico se plantea la intervención del Estado, señalándose que el mercado como mecanismo regulatorio no tiene resultados satisfactorios en lo social, pero sin sustituir en lo absoluto al mercado y su lógica.

Un ejemplo claro de cómo ambas formas de Estado —Estado liberal clásico o Estado de derecho clásico y Estado social de derecho— siguen una misma ruta es lo que ocurre con el derecho del trabajo, derecho que según Abramovich y Courtis ha sido el derecho, sin duda, «la primera expresión histórica completa del modelo de derecho social». Es un derecho, por tanto, que se tiene como emblemático del Estado social, de aquel paradigma que nos lleva a considerar la intervención del Estado y el establecimiento de regulaciones especiales, aspectos que finalmente dieron origen a una nueva disciplina como fue el derecho del trabajo.

Como anotan los autores antes citados, el derecho del trabajo, expresión histórica del modelo de derecho social, pudiera ser objeto de regulación a través del marco conceptual del derecho liberal clásico, como del modelo social, dentro ya del Estado social. Es que, el mismo objeto de regulación —el trabajo— puede ser regulado dentro de los cánones de ambos modelos. Esto hace pensar, finalmente, que los dos modelos son, en buena cuenta, formas especiales que asumen un mismo sistema, como el capitalista, solo que uno de ellos contempla la aparente solución a las contradicciones mostradas en el otro.

Por ello, cabe pensar en que el Estado social o modelo social de derecho es una forma inteligente de desarrollar capitalistamente un Estado, por lo que se ha venido desarrollando aquí. O también, quizás utópicamente, sabiendo que los derechos sociales como los derechos civiles y políticos son en conjunto derechos humanos, y, dejándonos llevar por esas «grandes verdades sentimentales» —frase que nos recuerda Hobsbawm dicha por Bernard Shaw, con relación a creer en la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad— creamos en que dichos derechos humanos como un todo, que son finalmente hechura de la razón, sirvan para que los humanos seamos capaces de cortar como con un hacha la maraña de hábitos que nos mantiene esclavizados e ignorantes (Hobsbawm 1979, p. 14). La lucha por los derechos humanos —hay que recordarlo con este autor— aún se considera como parte de un programa general para el progreso de la humanidad, individual y colectivamente, hacia un futuro mejor y más auténticamente humano (Hobsbawm 1987, p. 321).

10. ASPECTOS CONCLUSIVOS

- Uno de los problemas principales en las sociedades modernas es conciliar los intereses de cada ciudadano con los intereses del Estado. Los derechos humanos o en el ámbito de un Estado, los denominados derechos fundamentales, articulan ambos tipos de intereses, convirtiéndose en la esencia de lo que se viene en llamar el Estado de derecho que, como advierte el profesor Pérez Luño, al imperar la ley dentro de un Estado de derecho, impera la soberanía popular y se logra una síntesis entre las ideas de libertad y ley, representando esta última la voluntad general. A lo que apunta directamente el Estado de derecho es a eliminar la arbitrariedad.

- Asimismo, en lo que respecta al Estado social del derecho, consiste o representa que el Estado, a través de sus órganos o poderes, asuma una serie de funciones que se le había negado, ya que lo fundamental en el Estado de derecho era su no intromisión en el orden social. Con el Estado social se dice que lo que constituía un alejamiento tomado como

natural entre Estado y sociedad civil, se trastoca en una participación del Estado en dicha sociedad civil, estableciéndose un nuevo diseño de relaciones entre los organismos del Estado o poderes públicos y la comunidad en general. Los derechos sociales son parte sustancial del Estado social de derecho, siendo definidos como aquellos derechos que obligan a un comportamiento preferencialmente de orden positivo o de prestación positiva, pero que también pueden obligar a una prestación negativa o de no hacer, siendo el obligado principal el Estado, desde una eficiencia vertical, pero que, asimismo, tiene como obligados a los particulares, bajo una eficiencia horizontal. Estos derechos vienen a estar inspirados histórica y emblemáticamente desde el valor dignidad e igualdad, pero que se le suma actualmente el valor libertad y la contemplación de las necesidades humanas, dándoles estas últimas el cariz concreto a estos derechos. Todos los valores coinciden en fundamentar estos derechos sociales, al saber palmariamente que el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos es plenamente válido con relación a los derechos humanos en su conjunto.

- Ahora bien, muchas veces se trata de confundir al Estado social con uno de corte socialista. García Pelayo aclara esta situación, señalando que no estamos ante un Estado socialista, pero tampoco ante uno capitalista en el sentido clásico del término, sino que estamos a uno con una correspondencia con la etapa del neocapitalismo, consustancial a la necesidad de resolver problemas acuciantes no resueltos dentro de la estructura del Estado liberal clásico, aprovechando, asimismo, las posibilidades dadas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial. Complementariamente, Abramovich y Courtis señalan que el modelo de derecho social correspondiente al Estado social se erige junto al modelo de derecho privado clásico, correspondiente al Estado de derecho, no de una sustitución completa del primero frente al segundo, sino de una situación peculiar, que califican de «correlativa», que responde a las disfuncionalidades del modelo privado clásico. Frente a cuestionamientos de orden social, político y económico, se plantea la intervención del Estado, señalándose que el mercado como mecanismo regulatorio no tiene resultados satisfactorios en lo social, pero sin sustituir en lo absoluto al mercado y su lógica. Por tanto, el Estado de derecho y el Estado social del derecho son etapas de una misma dinámica.

- Los derechos sociales son tan justiciables o exigibles judicialmente como lo son los derechos civiles y políticos, pues, entre otros argumentos, ambos son indivisibles e interdependientes, vale decir, no puede asegurarse una efectividad de los derechos civiles sin contemplar el cumplimiento de los derechos sociales en aras de una dinámica inteligente del sistema capitalista, o quizás una salida utópica de la efectividad de los derechos humanos y, con ella, de alcanzar los humanos un mundo racional de vida.

11. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2014.

ABRIL, Ernesto. «Reivindicación de los derechos sociales. Una crítica a los presupuestos liberales». En: RIBOTTA, Silvina y Andrés ROSETTI (editores). *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*. Madrid: Dykinson, 2015.

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación. Fundación coloquio jurídico europeo*. Segunda edición. Madrid: 2009.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. «Argumentos para una teoría de los derechos sociales». En *Revista Derecho del Estado*, n.° 24, 2010.

ARANGO, Rodolfo. «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial». En *El Otro Derecho*, n.° 28, 2002.

ARANGO, Rodolfo. «Derechos sociales. Un mapa conceptual». En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, n.º 5, 2017.

ATRIA, Fernando. «¿Existen derechos sociales?». En *Estudios Nueva Economía*, vol. 3, n.° 1, 2014.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

BERTRANOU, Fabio. «Presentación». En VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Una visión «americana» del centenario de la OIT. Aproximación a la comprensión de una relación histórica*. Santiago de Chile: 2019.

BONET PÉREZ, Jordi. «Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales». En *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional el siglo XXI: una aproximación jurídica desde el derecho internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BOVERO, Michelangelo. «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

CARUSO, Laura y STAGNARO, Andrés. «Por una historia regional de la OIT». En CARUSO, Laura y Andrés STAGNARO (coordinadores). *Una historia regional de la OIT. Aportes sobre regulación y legislación del trabajo latinoamericano*. La Plata, Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2017.

DE CASTRO CID, Benito. «Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales». En *Revista Derechos y Libertades*, año III, n.º 6, 1998.

COURTIS, Christian. *Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2009.

CORREAS SOSA, Irene. «Reflexiones en torno al Estado social: aproximación al contenido, fines y valoración crítica de la vigencia del concepto». En *Anuario de Derecho Parlamentario. Cortes valencianas*, 2006.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Séptima edición. Madrid: Trotta, 2010.

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. «Los derechos sociales desde la perspectiva de los derechos fundamentales». En: *Opinión Jurídica*, vol 3, n.º 6, 2004.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Obras completas II*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JARAMILLO DE LOS RÍOS, Luis Felipe y VILLA-ORREGO, Hernán Alberto. «La integridad del mercado como mecanismo de protección de los derechos colectivos». En *Jurídicas*, *12*(2), 2015, pp. 9-25. https://doi.org/10.17151/jurid.2015.12.2.2Madrid 2009

GARCÍA SHWARZ, Rodrigo. *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*. Pamplona: Thompson Reuters-Aranzadi, 2011.

GUASTINI, Ricardo. «Tres problemas para Luigi Ferrajoli». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo.* Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. «La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano». En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FLORES PANTOJA, Rogelio (coordinadores). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

HOBSBAWM, Eric. *Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera*. Traducción castellana de Ricardo Pochtar. Barcelona: Editorial Crítica, 1979.

HOBSBAWM, Eric. *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*. Traducción castellana de Jordi Beltrán. Barcelona: Editorial Crítica. 1987.

JIMÉNEZ RAMÍREZ, Milton César. «Estado social de derecho y mercado. Una aproximación a una relación constitucional». En *Pensamiento Constitucional*, n.° 21, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1982.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias actuales en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

LEÓN ALONSO, Marta. «Los derechos sociales en la era tecnológica. Especial referencia al derecho a la protección a la salud». En *Derecho y Realidad*, n.º 23, 2014.

MIRA GONZÁLEZ, Clara María y ROJAS BETANCUR, Milton Andrés. «La protección de los derechos sociales en el sistema interamericano de derechos humanos». En *Opinión Jurídica*, vol. 9, n.° 18, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003.

PISSARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta. 2007.

REY VARELA, José Manuel. «Perspectiva dinámica de los derechos sociales y retos para una buena administración». En *Lex Social*, vol. 13, n.º 1, 2023.

ROMAGNOLI, Umberto. *Del trabajo declinado en singular, a los trabajos en plural*. Albacete: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

ROMBOLI, Roberto. *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra. 2017.

RONIGER, Luis. *Los derechos humanos en América Latina*. Ciudad de México, El Colegio de México, 2018.

ROSALES, Carlos Manuel. «La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos; una propuesta para su ponderación y otorgamiento». En *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, n.° 2, 2019.

SAETTONE, Mariella. «El Estado de derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana». En: *IIDH*, n.º 40, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. «Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos». En PRESNO LINERA, Miguel Ángel y Ingo WOLFGANG SARLET (editores). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Pamplona: Thoson Reuters-Aranzadi, 2010.

SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Cuarta reimpresión, Bogotá: Taurus, 2019.

TORRES DEL MORAL, Antonio. «El Estado social y los derechos sociales: evolución constitucional y alcance como exigencia axiológico-normativa de orden internacional» En TEROL BECERRA, Manuel y Luis JIMENA QUESADA (directores). *Tratado sobre protección de derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

VILLÁN DURÁN, Carlos. «Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales». En GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (coordinador). *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Universidad Libre, 2009.

VILLAR BORDA, Luis. «Estado de derecho y Estado social de derecho». En *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007.

VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 1997.

ZOLO, Danilo. «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales". A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

CONCEPTO DE TRIBUTO EN EL PERÚ: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Daniel Yacolca Estares[*]

1. INTRODUCCIÓN

Los tributos son recursos necesarios para que los países puedan cumplir con los fines para lo que fueron creados. Por eso el concepto de tributo estuvo ligado a fines fiscales desde su origen. Es difícil comprender por esa razón que los tributos puedan ser utilizados para fines extrafiscales, que no busquen solo recaudar, sino incidir en el cambio de comportamiento. Es decir, por ejemplo, para proteger el medio ambiente o para obtener información que sirva en la lucha contra la evasión. Pero poco a poco se viene aceptando en los países europeos y recientemente en américa.

En nuestro país el concepto de tributo no se encuentra legislado en el Código Tributario, pues solo se encuentra una clasificación del tributo como impuesto, contribución y tasa. Por ello, sin un significado claro de lo que implica estar frente a un tributo, hace que se agudice la confusión conceptual cuando se trata de tributos extrafiscales. El problema es mayor cuando se discute si estos tributos que no tienen un fin recaudatorio son constitucionales o no. Por lo que este artículo busca ser parte de una reflexión que conduce a la constitucionalidad del tributo ambiental cuya característica se basa no tener un fin recaudador, sino incidir en el cambio de comportamiento hacia el consumo ecoeficiente que proteja el medio ambiente.

La tributación extrafiscal en nuestro país fue puesta en práctica con la creación del impuesto a las transacciones financieras ITF[1] y que fue declarado constitucional por el Tribunal Constitucional mediante Resolución n.º 0004-2004-AI/TC de 27 de setiembre de 2004. En esa línea, el primer tributo ambiental es el impuesto al consumo de las bolsas de plástico[2] y que a la fecha viene cumpliendo su fin no fiscal. El camino hacia una reforma fiscal verde se ha iniciado en Perú y América, porque que se debe crear la seguridad jurídica constitucional para que siga en esa senda. Los únicos antecedentes legislativos que podemos hacer referencia son: el artículo 4 de la Ley n.º 28611 que aprobó la Ley General del Ambiente el 13 de octubre 2005. También en un proyecto de ley que hubiera sido pionero en Latinoamérica, si no fuera porque la comisión de economía del Congreso archivo la Ley Marco de la Tributación Ambiental, Proyecto de Ley n.º 03798/2009-CR. Lima, 25 de enero de 2010.

2. PODER FINANCIERO Y EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS PARA CUMPLIR CON EL DEBER DE CONTRIBUIR QUE DEBE SER ENTENDIDO EN LA FUNCIÓN FISCAL Y EXTRAFISCAL

Todo Estado desde el momento de su constitución o cuando decide modificar su estructura, mediante una reforma constitucional. Puede organizarse políticamente como un Estado unitario o federal. La estructura del poder financiero dependerá en gran medida de dicha decisión. Sin embargo, no se debe perder de vista la función del tributo que opera en ambos modelos, dentro del marco de la competencia de quienes ostentan la potestad tributaria y el poder de eximir de los mismos. En esa perspectiva, «cuando se trate de una comunidad política organizada en un Estado centralizado, su Constitución

---

[*] Doctor en derecho y política fiscal. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[1] Aprobado por Decreto Legislativo n.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo n.º 947, que modifica el Decreto Legislativo n.º 939, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de enero de 2004.

[2] Ley que regula el plástico de un solo uso y los recipientes o envases descartables aprobado por Ley n.º 30884 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2018. Reglamento del impuesto al consumo de las bolsas de plástico aprobado por Decreto Supremo n.º 244-2019-EF publicado en el diario oficial *El Peruano* 3 de agosto de 2019.

atribuirá la titularidad del poder financiero en exclusiva al Estado. Por el contrario, si se trata de una comunidad política organizada en un Estado descentralizado, en el que se reconozcan diversos entes de base territorial con autonomía política a los cuales su Constitución haya atribuido el ejercicio de determinadas competencias, será lógico que tales entes subestatales tengan también atribuido el poder financiero necesario para el adecuado cumplimiento de esas competencias» (Méndez Moreno: 2003: 57).

En nuestro país, como señala César Landa, «la Constitución de 1993, siguiendo el modelo de la Constitución de 1979 (artículo 79), ha optado por el modelo de Estado Social Democrático de Derecho (2003: 74), superando con ello la concepción de un Estado liberal de Derecho. Lowenstein señala que: «El tránsito de uno a otro modelo no es solo un cambio semántico o nominal» (2006: 37), sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado, y es donde se encuentra regulado la calidad de Estado unitario en su artículo 43 de la Constitución Política de 1993, que señala que es una república democrática, social, independiente y soberana, uno e indivisible. Modelo republicano cuyo origen data de nuestra independencia producida en 1921 y con nuestra primera Constitución de 1823.

De esta forma, en el artículo 44 de la Constitución Política de 1993, se establece los deberes primordiales del Estado peruano, puesto que es una persona jurídica creada para hacer cumplir los fines constitucionales. Pero para que realice dichos deberes es indispensable que cuente con ingresos públicos, donde destaca la tributación como una fuente durable y constante. De ahí la necesidad de buscar el aumento de la recaudación. Cada vez más las estrategias de las Administraciones Tributarias se dirigen a alcanzar el objetivo de incrementar la recaudación y esto hace que se pierda la posibilidad de utilizar la función extrafiscal del tributo, más en un país como el nuestro. Sin embargo, debe ser constante para que se logre su incorporación en el sistema tributario peruano.

Por lo tanto, su aprovechamiento debe generar beneficios para los ciudadanos, vía los derechos contractuales, administrativos y tributarios, cuyo texto dice:

> Las aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tiene por objetivo acercar el Estado a la población. La consecuencia práctica que con ello se pretende, es un mejoramiento en la prestación de servicios estatales, así como la fiscalización de las actividades de los particulares, puesto que la entidad estatal estaría más próxima a las poblaciones y, por lo tanto, más al tanto de sus necesidades. Los recursos naturales pertenecen a la nación de acuerdo con lo estipulado en el artículo 66 la Constitución. Pero en ningún momento restringe que estos sean únicamente administrados por el Gobierno Nacional. Son las normas como la LBD y la LGR las que, concretizando el principio de progresividad de competencias y transferencias de recursos, disponen las competencias atribuidas a cada entidad gubernamental sobre distintos ámbitos. Como se ha apreciado, en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal, *por ejemplo, es el Gobierno Regional el que es competente para otorgar su concesión* (STC n.º 0001-2012-PI/TC).

Por supuesto, no debemos dejar de lado la importancia de los recursos humanos con los que se cuentan y asignan actualmente, pues para lograr objetivos generales y específicos se debe contar con personal idóneo que permita cumplir con los fines fiscales y extrafiscales de la tributación, como es el caso de la tributación ambiental. Asimismo, el liderazgo que debe haber en las instituciones públicas es fundamental para generar confianza y un servicio de calidad para la ciudadanía y una correcta acción del Estado al momento de otorgar concesiones y realizar su control. Sobre todo, cuando se crean beneficios tributarios con fines ambientales y estos no sean desnaturalizados.

Por otro lado, la Constitución señala respecto a las municipalidades provinciales, distritales y las delegaciones, que son órganos de gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa. Sin embargo, en la realidad, se puede observar que hay mucho por hacer en todos los ámbitos de dichos gobiernos. Su problemática es global y la raíz del problema es la corrupción y la falta de recursos humanos idóneos en todos los niveles. El camino más sinuoso que puede recorrer la tributación ambiental en nuestro país será sin duda en el ámbito municipal y regional. Puesto que, si no están preparados para gestionar los tributos clásicos, menos lo están sobre la fiscalidad ambiental.

De la revisión de los instrumentos legales con los cuales cuentan las municipalidades, permite conocer que estos órganos de gobierno local tienen asignadas muchas e importantes funciones; sin embargo, disponen de muy pocos recursos y porque carecen de alcaldes emprendedores con una visión de crecimiento y no someterse a la burocracia plagada de corrupción en la mayoría de los casos.

Sin embargo, como dijimos el camino es sinuoso, pero no imposible, es cuestión de colocar la primera piedra y edificar la fiscalidad ambiental buscando la descentralización en un Estado unitario como el nuestro. La legislación nacional y la mayoría de la legislación extranjera acreditan la diversidad de impuestos, contribuciones y tasas en el marco de un sistema tributario. Todo sobre la base de un Estado Constitucional y Social, que ha estructurado dentro de su seno la configuración jurídica del deber de contribuir limitado por los principios tributarios. De este modo, puede ser utilizando la función fiscal o la función extrafiscal de la tributación para instrumentalizar los impuestos, contribuciones, tasas y beneficios tributarios con fines ecoeficientes.

En nuestro país, el sustrato del deber de contribuir y la potestad tributaria y sus límites constitucionales, se ha reflejado de especial manera, en la Constitución de 1979, y en menor medida en la Constitución de 1993, puesto que en esta última no se menciona expresamente, entendiéndose que se encuentra comprendido tácitamente, dado que estamos en un modelo de Estado social y constitucional de derecho. Al referirnos a la potestad tributaria y su desplazamiento en los niveles de gobiernos, que sirve tanto para diseñar tributos como para eximir de ellos, con la finalidad de una sociedad más justa y equitativa, propia de un Estado social y democrático de derecho, de ahí que, quienes ostentan la potestad tributaria no solo deban exhortar al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, sin distinción ni privilegios (STC n.º 06626-2006-AA/TC), sino velar por una función instrumental del tributo que permita lograr otros fines para alcanzar el bien común de la población, como es la protección ambiental y la mejora en la salud pública.

3. EL DEBER DE CONTRIBUIR Y LA POTESTAD TRIBUTARIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979

El deber de contribuir se encontraba configurado expresa o explícito y jurídicamente en el artículo 77 de la Constitución de 1979, que señalaba que «todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos». La potestad tributaria que regulaba la Constitución Política del Perú de 1979 había otorgado un amplio poder a los Gobiernos Regionales para crear tributos, y no solamente tasa y contribuciones, sino impuestos:

> **Artículo 139**.- Solo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios. La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria. Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos o exonerar de ellas, conforme a ley.

Se puede observar que la potestad tributaria en la Constitución de 1979 no reconocía la clasificación tripartita de las tasas, sino solo menciona a los arbitrios y derechos, más no a las licencias. Además, durante su vigencia solo de entendía al deber de contribuir con la idea de la función fiscal del tributo, más no se conocía la función extrafiscal, como actualmente se ha desarrollado a nivel mundial.

4. EL DEBER DE CONTRIBUIR Y LA POTESTAD TRIBUTARIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La potestad tributaria que regulaba la Constitución Política del Perú de 1993 tiene el siguiente texto vigente:

Artículo 74.- Principio de legalidad

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

El principio de legalidad y el principio de reserva de ley son la base formal del derecho tributario y que se encuentran expresamente regulado en la Constitución Política de 1993, mientras que el deber de contribuir no está configurado de modo expreso, sino solo implícito al tener en consideración que estamos constituidos como un Estado constitucional y social de derecho y por cuyo contenido representa una las columnas de dicho modelo de Estado.

5. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979 Y 1993

Lo resaltante de la norma constitucional de 1979, es que el Congreso no solo podía delegar funciones legislativas en materia tributaria al Presidente de la República, del mismo modo a los gobiernos regionales. Sin embargo, la nueva Constitución de 1993, restringió dicha delegación y además, primero excluyo la potestad tributaria a los gobiernos regionales.

Posteriormente, mediante una modificación, mediante artículo único de la Ley n.º 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004, volvió a incorporar la potestad tributaria delimitándolo solo a la creación de contribuciones y tasas y ya no a impuestos, como se podría interpretar cuando la Constitución de 1979 se refería que los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley, una potestad muy limitada sin que pueda crear impuestos.

En ese sentido, la Constitución Política de 1993, circunscribe la potestad tributaria de los gobiernos regionales y locales, para crear contribuciones y tasas, considerando el ámbito espacial, entendido como las fronteras territoriales, para administrar dichos tributos dentro de su jurisdicción. Es destacable que, en la Constitución de 1979, el deber de contribuir estuvo consagrado en forma explícita y de manera directa en su artículo 77, que señalaba que «todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos»; sin embargo, en la Constitución de 1993, no se refiere de modo expreso y el Tribunal Constitucional tuvo que expresar su existencia de modo implícito.

Por su lado, lo destacable es la modificación del artículo 107 de la Constitución Política de 1993, mediante la misma Ley n.º 28390, que complementó la modificación del artículo 74, al otorgar a los gobiernos regionales el derecho a la iniciativa legislativa. Cambio que evidencia el vacío legal que había provocado la dación de esta constitución inconsistente en materia tributaria.

Igualmente, los niveles de gobierno nacional y los gobiernos locales son quienes ejercen mayormente la potestad tributaria. No obstante, mediante la modificatoria antes mencionada, los gobiernos regionales pueden ejercer la potestad tributaria conferida, por ejemplo, con la creación de contribuciones y tasas que no se contrapongan con las establecidas por el gobierno nacional o los gobiernos

locales, cuyos acreedores y administradores serían los propios gobiernos regionales. No debe implicar la superposición de la carga impositiva a los contribuyentes, puesto que si la distribución del gasto público y la debida proporción de dicha imposición no es adecuada provoca el incremento del sector informal. En vista de que dicho sector no siente presión alguna de las autoridades y evitan cumplir con las formalidades básicas de obligaciones tributarias para no ser detectadas por la administración tributaria en sus labores de fiscalización e inspección.

A continuación, podemos observar los cambios que se dieron de la Constitución política del 1979 y de 1993 en el siguiente cuadro:

Nivel de gobierno	Constitución Política de 1979	Constitución Política de 1993
Potestad tributaria gobierno nacional	Solo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios.	Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley
Delegación de facultades al Poder Ejecutivo, salvo los aranceles y tasas	No existía expresamente	Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración por decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.
Potestad tributaria de los gobiernos regionales	Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley.	Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley.
Delegación de facultades	Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley.	No se reguló
Potestad tributaria de los gobiernos locales	Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos o exonerar de ellas, conforme a ley.	Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley.
Principios expresos	La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria.	El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.
Prohibición a las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia	No existía	Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria.
Clausula los efectos de las normas tributarias.	No existía	No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

Sin duda la Constitución Política del 1979 regulaba de una mejor manera la tributación porque consideraba el deber de contribuir en forma expresa, otorgaba la potestad tributaria a los gobiernos regionales para crear tributos y no solo contribuciones y tasas. También, exoneraba de todo tributo a las universidades. Mientras que la Constitución Política de 1993 limitó las garantías y potestades y, solo otorgó una extraña inafectación de impuestos a las universidades y no exoneración de todo tributo como debió ser. Lo más contradictorio de esta constitución fue incluir la delegación de facultades al Poder Ejecutivo vía decreto legislativo. Esto trajo consigo un abuso legislativo porque desde su dación casi todas las normas tributarias con rango de ley fueron dadas por decreto legislativo como el Código Tributario, la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley del Impuesto General a las Ventas, y demás tributos. Esto contradice el principio de reserva de ley que significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración —entre otros— de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la reserva de ley para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica «no taxation without representation», es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir (STC n.° 02302-2003-AA del 13 de abril de 2005). Si bien los últimos congresos no han elaborado una verdadera reforma tributario, son los primeros que deben hacerlo. No se debe dejar casi siempre al poder ejecutivo con esa tarea que implica legislar y ejecutar en un mismo poder.

6. DISTRIBUCIÓN DE LA POTESTAD TRIBUTARIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Del esquema podemos advertir que la creación de tributos en nuestro país la pueden realizar los tres niveles de gobiernos: nacional, regional y local. Para que no se incurra en error al elegir el dispositivo que debe crear el tributo o el elemento ambientales, se debe tener en consideración el nivel de gobierno, su potestad tributaria y el dispositivo legal. De esta manera, el Congreso puede crear tributos a favor de los gobiernos regional y/o locales. Del mismo modo, se puede observar, tanto en la potestad tributaria regulada en el artículo 74 de la Constitución de 1993, como en la realidad, que los gobiernos regionales a la fecha no han creado tributos (tasas y contribuciones), menos aún se han creado impuestos a favor de ellos. En tal sentido, es una verdadera oportunidad estratégica para que sean los llamados en crear los tributos ambientales, que evitaría la superposición de la carga tributaria y problemas de competencia con los gobiernos locales y el gobierno nacional, para evitar que compartan hechos imponibles más allá de sus competencias al momento de crear tributos ambientales o beneficios con dicho fin.

7. LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS COMO BASE Y LÍMITES A LA POTESTAD TRIBUTARIA

Son límites de la potestad tributaria como ámbito reservado al legislador, el respeto «de los principios de reserva de ley, igualdad y los derechos fundamentales de la persona; encontrándose proscrita la confiscatoriedad tributaria» (STC n.º 9165-2005-AA/TC). De este modo los principios resultas ser la base y los límites frente a la potestad tributaria del Estado, para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos obligados a contribuir.

La Constitución Política de 1993, no ha constitucionalizado el deber de contribuir, el concepto de tributo, ni ha prohibido ningún impuesto, contribución o tasa. «Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser o no, objeto de regulaciones fiscales. Así, siempre y cuando el legislador conserve los lineamientos establecidos en la Constitución, podrá gravar determinadas manifestaciones o fuentes de riqueza sustentando para ello la naturaleza, medios y fines del tributo» (STC n.º 0004-2004-AI/TC).

En cuanto a la potestad tributaria de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y municipal), deben respetar los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, y las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad. Más aún

cuando en nuestro país opera el principio de reserva de ley relativa, que permite el reenvío normativo de la ley al reglamento, con criterios o topes que limitan la delegación.

De esta forma, el principio de supremacía constitucional, que nos denota que «la potestad tributaria del Estado debe ejercerse, antes que, en función de la ley, en función de la Constitución —principio de supremacía constitucional (artículo 51)— y de los principios que ella consagra e informa. Dichos principios, por otra parte, constituyen una garantía para los contribuyentes, en tanto establecen que «no se puede ejercer la potestad tributaria contra la Constitución ni de modo absolutamente discrecional o arbitrario» (STC n.º 06089-2006-PA/TC).

Por tanto, resulta importante mencionar que la tributación ambiental se ser creada respetando la potestad tributaria en todos los niveles de gobierno y con los límites que los principios tributarios implican. Caso contrario deben ser declarados inconstitucionales.

8. CONCEPTO DE LA FUNCIÓN EXTRAFISCAL DE LA TRIBUTACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El concepto de tributo en nuestro país no fue regulado en la Constitución, ni en el Código Tributario, pero si delineado por el Tribunal Constitucional como a continuación se señala:

> 4. Lo anteriormente expuesto se sustentan en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina.
>
> Así, el tributo es definido como: la obligación jurídicamente pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación «por voluntad de la ley» (Geraldo Ataliba. Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987, p. 37).
>
> A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito. (STC n.º 3303-2003-AA/TC)

Como vemos el Tribunal Constitucional coge una concepto muy antiguo de Ataliba, que a la fecha ha perdido vigencia, puesto que hoy en día la tributación no solo refleja la función fiscal preponderante, sino la función extrafiscal que desplaza a la fiscal en fines distintos a la simple recaudación. Como señalamos en reiteradas reflexiones anteriores, como ocurre en el caso de la tributación ambiental que desplaza la función fiscal (recaudación) y la capacidad contributiva a segundo grado, por el principio contaminador pagador, quien ocupa el primer grado. La idea central tampoco implica desaparecer la capacidad contributiva, sino concebirla desde la perspectiva del consumo, dado que se trata de grabar bienes que inciden en la contaminación ambiental.

Analizando la realidad de nuestro país, el Tribunal Constitucional ha precisado que el concepto de tributo en realidad es un concepto jurídico indeterminado, que no ha sido constitucionalizado ningún impuesto, por lo que el legislador es libre de someter a imposición que considere, siempre respetando, los principios constitucionales:

> 6. La Constitución no ha constitucionalizado ningún impuesto, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales. En consecuencia, el Estado, a través de sus órganos constitucionales competentes, es libre de crear la clase de impuestos que considere atendible, sin más límites que los que emanen del propio texto constitucional y, fundamentalmente, del conjunto de principios constitucionales tributarios establecidos en su artículo 74. (STC n.º 2727-2002-AA/TC).

Si bien anteriormente mencionamos que el Tribunal Constitucional hace referencia a un concepto de tributo con contenido netamente fiscal, no obstante, evoluciona hacia un concepto más completo, al sentar como criterio de su doctrina jurisprudencial que el tributo tiene dos funciones. Es

decir, la función fiscal y extrafiscal, tal como se puede evidenciar en la Sentencia n.º 06089-2006-PA/TC, del 11 de junio de 2007, precisando que:

> Siendo la función principal del tributo la recaudadora —entendida no como fin en sí mismo sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales—, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria.

Por lo tanto, en nuestro país se tiene como base constitucional el criterio del Tribunal Constitucional que el concepto de tributo tiene dos funciones, fiscal y extrafiscal. Delineando el camino para el diseño de la función extrafiscal de los tributos ambientales. Si bien aún no existen los tributos ambientales como parte de una verdadera reforma fiscal verde, si existen algunos tributos extrafiscales como el ITF (bancarización) y el ISC (alícuotas diferenciadas por externalidades negativas), que persiguen objetivos extrafiscales. Últimamente, el impuesto que afecta el consumo de bolsas de plástico. Por supuesto, como sostiene César Landa «la creación de los tributos extrafiscales representa una nueva forma de entender los tributos desde una perspectiva constitucional, en la medida que aporta un principio de solidaridad al deber de contribuir de los ciudadanos; configurándose, así, en una legítima limitación a los derechos fundamentales. Pero, a su vez, debido a los principios que ordenan el Estado social y democrático de derecho, se debería llevar a cabo un test de proporcionalidad cuando se observe que el tributo extrafiscal limita excesiva o irrazonablemente el contenido esencial de los tributos» (2013: 180).

9. CONCLUSIONES

De lo expuesto, es evidente que el concepto de tributo cambio en nuestro país desde la última Constitución de 1993 hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la tributación ambiental, debe respetar los principios constitucionales que se analizó anteriormente, para su entendimiento y aplicación en la realidad, con algunas modulaciones necesarias frente a la capacidad contributiva y al principio de igualdad tributaria. No obstante, el colegiado constitucional debiera extender la función extrafiscal del tributo, no solo de modo excepcional, sino como regla cuando se trate de tributos ambientales que previene la protección ambiental, por el carácter global del problema de la contaminación ambiental. En efecto, lo que se contamina en nuestro país influye a nivel mundial, del mismo modo, sucede cuando cualquier otro país contamina. Por ello, las soluciones no solo deben presentarse desde el ámbito nacional, sino regional y, por supuesto, a nivel mundial, cuya fundamentación lo encontramos en los contenidos de los hitos ambientales y en los principios del derecho ambiental. Caso contrario esta clase de fiscalidad ambiental puede afectar a la libre competencia internacional. Por ende, es pertinente redefinir el concepto de tributo en sus dos funciones y a su vez integrar y reformar según se necesite los incentivos a modo de beneficios o exoneraciones.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987.

MÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Derecho financiero y tributario. Parte General. Lecciones de cátedra*. Cuarta edición. Valladolid: Lex Nova, 2003.

LANDA ARROYO, César. «Control constitucional de los tributos con fines extrafiscales en el Perú». En *Themis*, n.º 64, 2013.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley *que regula el plástico de un solo uso y los recipientes o envases descartables aprobado por Ley n.º 30884*. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2018.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Reglamento del impuesto al consumo de las bolsas de plástico aprobado por Decreto Supremo n.º 244-2019-EF*. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, 3 de agosto de 2019.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley Marco de la Tributación Ambiental, Proyecto de Ley n.º 03798/2009-CR*. Lima, 25 de enero de 2010.
http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2006.nsf/5C26E09BB2A7CFDA052574AC005DA5B7/03798?opendocument

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley n.º 28611. Ley General del Ambiente*. Lima, 13 de octubre de 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo n.º 939. *Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad*. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo n.º 947, que modifica el Decreto Legislativo n.º 939. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de enero de 2004.

Homenaje al doctor Ulises Montoya Alberti
se terminó de imprimir en el mes de
septiembre del 2026, con FM Servigraf E.I.R.L.
Calle el Alhelí 108-B dpto. 201, Surquillo,
teléfono: 774-9972
Lima, Perú