



sociedades

Boletín Sanmarquino de Derecho

Mayo 2018

Comentario

- ¿Cabeza de ratón o cola de león? (p. 2)

Noticia del mes

- Beneficios tributarios de las universidades bajo la lupa (p. 3)

Artículo

- (...): algunas críticas a la (des) regulación de la arbitrabilidad objetiva en el derecho societario peruano (p. 5)

Espacio Procesal

- Debido proceso deportivo (p. 20)



**ENTREVISTA
CARLOS RAMOS NÚÑEZ (p. 13)**

Grupo de Estudios Sociedades - GES



Contenido

¿CABEZA DE RATÓN O COLA DE LEÓN?

PÁGINA 2

BENEFICIOS TRIBUTARIOS DE LAS UNIVERSIDADES
BAJO LA LUPA

PÁGINA 3

(...): ALGUNAS CRÍTICAS A LA (DES) REGULACIÓN DE LA
ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO SOCIETARIO
PERUANO

PÁGINA 5

ENTREVISTA – CARLOS RAMOS NÚÑEZ

PÁGINA 13

ESPACIO PROCESAL DEBIDO PROCESO DEPORTIVO

PÁGINA 20

Comentario

¿Cabeza de ratón o cola de león?



J. MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN
Docente

En castellano conocemos el refrán “Más vale ser cabeza de ratón que cola de león”, y en inglés un refrán similar es “it's better to be a big fish in a small pond than a small fish in a big pond” (más vale ser un pez grande en un estanque pequeño, que un pez pequeño en un estanque grande).

Se cuenta que el antecedente de este refrán estaría en una frase de Julio César ;quien antes de llegar a ser emperador, cuando atravesaba los Alpes con sus tropas rumbo a España, encontró a unos lugareños que se disputaban la alcaldía de una aldea, y sus soldados se mofaron de ellos, por considerar que no valía la pena disputar un cargo en una aldea tan pequeña; y fue cuando Julio César les dijo: “No os burléis; también yo preferiría ser cabeza en esta aldea, que brazo en Roma.»

El refrán se enfoca en la ubicación jerárquica o en la autoridad o poder de decisión en un grupo, o en cualquier ámbito; y el mensaje radica en que es preferible ser el primero en un entorno pequeño, que ubicarse en el último lugar en uno grande.

Entiendo que el objeto de este refrán es despertar una actitud positiva, especialmente, en circunstancias en las cuales se produce un cambio de roles: de un puesto jerárquico en una empresa grande, a un puesto jerárquico en una empresa pequeña; ya que debido al cambio, las personas se pueden sentir desmotivadas y con pocas expectativas respecto a su ubicación laboral.

Considero que la preferencia de ser el primero o el último, está sujeta a diferentes factores, como las oportunidades que se puedan presentar: la competencia laboral, las habilidades personales, y el clima laboral, entre otros. Mi enfoque no está en el tamaño de la empresa, o en la mayor o menor “importancia” que se le pueda atribuir a un puesto o a una tarea; de lo que se trata es de valorar el trabajo como tal, y de realizarlo con responsabilidad.

En la vida nos va a tocar ser cabeza de león y cabeza de ratón, pez grande y pez pequeño, y hay que aprender de cada experiencia. Lo importante es que en el lugar en el que uno se encuentre, se actúe con liderazgo para alcanzar las finalidades. Se puede ser cabeza de león o cabeza de ratón- si uno es “cabeza de algo” lo importante es que actuemos para la realización del grupo; luego se puede pasar a ser cola de león o cola de ratón, de tal forma que otros puedan empoderarse y llegar a ser “cabezas”, así se asegurará la sostenibilidad del grupo.

Hay que hacer lo que nos corresponda hacer, pero hay que hacerlo bien!



Beneficios tributarios de las universidades bajo la lupa

Escribe: Karla TRINIDAD CHAMORRO
Estudiante de segundo año de Derecho de la UNMSM



La desgravación tributaria constituye un mecanismo de reducción y hasta eliminación de la carga tributaria, y viene a ser el género, mientras que los beneficios tributarios son una de sus especies¹.

Los beneficios tributarios permiten que se deje de pagar la totalidad de los tributos, dependiendo de la naturaleza y justificación para tal exoneración a los beneficiarios. En el Perú se aplican al menos 200 beneficios tributarios, las proyecciones del impacto para el 2018 sobre estos, actualmente representa el 2.19% del PBI, unos S/ 16,497.7 millones².

El 50% de estos beneficios lo concentran los sectores educación, financiera y agropecuario, en observación de estos datos la relevancia de

tal situación salta a la vista. Es así que en estos últimos meses el jefe de la Sunat, Victor Shiguiyama, refirió que se está evaluando suprimir aquellos beneficios que no hayan cumplido su objetivo³.

I. Beneficios tributarios en la Educación

Estos beneficios nos merecen especial atención por encontrarse en el ámbito del sector educación pues según estimados realizados por la Sunat, este año ese sector recibirán por S/ 1.925 millones equivalentes a 0,26% del Producto Bruto Interno (PBI).

Parte de esto podemos observarlo claramente en el caso de las universidades privadas. Las

¹ Fuente: <https://larepublica.pe/economia/1237025-les-ponen-lupa-beneficios-tributarios-universidades>

RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN Francisco J. (2013) "Inmunidad, Inafectación, Exoneración, Beneficios e Incentivos Tributarios", en Revista Foro Jurídico PUCP. Lima, p.137.

² "Sunat: En el Perú hay más de 200 beneficios tributarios" en Diario Gestión. Lima, mayo, p. 12.

³ <https://gestion.pe/economia/sunat-50-beneficios-tributarios-sectores-educacion-financiero-agropecuario-231862>

universidades pueden tener un fin lucrativo o no, por lo que pueden funcionar como una "sociedad anónima" o como una asociación civil. La principal diferencia es que, de tener fin lucrativo, el excedente que genera la universidad por su actividad económica puede distribuirse entre sus accionistas (la utilidad), y en caso la universidad no tenga fin de lucro solo se le llamará "excedente" el cual se vuelve parte del presupuesto del año siguiente para ser reinvertido en fines educativos.

Ahora bien; esta "ventaja" de poder distribuir utilidades entre los accionistas obliga a las universidades con finalidad económica a pagar un Impuesto a la Renta (IR) por ellas. La ley, dado que quiere incentivar que, en vez de repartir el dinero, lo reinvierta en fines educativos o culturales, y ofrece a quien opte por esta forma, a acceder a un crédito tributario. Caso contrario, el uso que le dé al dinero luego del reparto ya depende de cada accionista.

También se observa la presencia de beneficios tributarios tales como el Impuesto General a las Venta (IGV), que no se gravan a las pensiones universitarias, y la exoneración del Impuesto a la Renta a muchas universidades que se constituyen alrededor de la figura de entidades de asociación sin fines de lucro, a condición de que no repartan el dinero con sus asociados, e igualmente el llamado crédito a la reinversión⁴.

II. Bajo la lupa...

En general lo que se busca por parte del gobierno es una mayor fiscalización de los beneficios tributarios, a fin de tener resultados. Es por este motivo y en el marco de la revisión de beneficios tributarios que se otorgan en el país, que el Gobierno anunció que ya se encuentra revisando las exoneraciones tributarias a las universidades privadas. El Poder Legislativo conjuntamente con la Sunat vienen trabajando a este propósito, y es evidente lo mucho que resalta el sector educación (por la explicación antes expuesta) pues de acuerdo con estimados y proyecciones que hicieron la Sunat y el Ministerio de Economía y Finanzas, en el 2018 el crédito por reinversión de instituciones

educativas particulares sumaría S/ 3 millones 87 mil.

En ese sentido, si el Gobierno decidiera eliminar ese beneficio tributario, la Sunat podría contar con más de S/ 3 millones adicionales por año. Por tanto buscar eliminar aquellos beneficios que ya hayan cumplido su propósito o que ya no lo estén haciendo resulta realmente importante, pues de no ser así, estos se utilizaran a favor de intereses personales y peor aún irán en detrimento del correcto desarrollo de nuestra economía.

III. A manera de reflexión

Si bien es cierto que los beneficios tributarios promovieron la inversión desde que el ex presidente Alberto Fujimori los creara en los años 90's, el contexto y las condiciones no son las mismas actualmente, ya se ha avanzado con las inversiones, por lo tanto se hace necesaria ya una regulación justa y más estricta.

Si nos preguntamos ¿Qué tan beneficios son para los ciudadanos en la actualidad? Nos golpearemos con una dura realidad donde conoceremos que estas ventajas son usada para beneficios personales en mayor cantidad. Basta con observar alrededor; al 2013 en el Perú existían 140 casas de estudios, según datos de la Asamblea Nacional de Rectores. De estas 140 universidades, 51 son públicas y 89 privadas. Ahora ¿Todas estas universidades tienen las condiciones suficientes para brindar una adecuada educación? La respuesta la podemos dar todos, si bien es cierto en el ranking internacional 9 de las 20 primeras universidades del Perú son privadas, no todas las universidades tienen estas mismas condiciones muchas de ellas ni siquiera tienen infraestructura adecuada. Lo que nos hace suponer que las condiciones favorables existentes, solamente promueven la creación de instituciones, para y por, el beneficio de sus propietarios que aprovechan esto para un mayor lucro. Resulta pues, muy útil la pretensión de una reforma tributaria aplicada a este punto, entendiendo que sirve para obtener mejores condiciones y mejores servicios de parte del estado y de la institución en favor de los ciudadanos.

⁴ 5. Redacción Perú21. 2016. "Política y universidades: ¿Qué dice la ley sobre el uso de recursos y los beneficios tributarios? Lima. Febrero.



Reglas de juego claras para evitar partidos de medio de tiempo: algunas críticas a la (des) regulación de la arbitrabilidad objetiva en el derecho societario peruano

"Stay out of my territory"
Walther White¹

Escribe: Omar MESTANZA GARCÍA
Estudiante del 5to año de Derecho de la UNMSM



I. Introducción

Nos gustaría iniciar este artículo rescatando un pasaje de la mitología griega en el que se puede encontrar los primeros vestigios del arbitraje: el juicio de parís. El contexto es el matrimonio de Peleo y Tetis, futuros padres del diestro guerrero Aquiles. Se sabe que, dado que la diosa Herís no recibió invitación a dicho evento, incentivó un conflicto interno en el corazón del Olimpo. Este consistió en arrojar una manzana de oro en la mesa del banquete con el siguiente mensaje: "para la más bella". La historia de los dioses del Olimpo es una de soberbia, competencia y magnificencia. Cada uno representaba, de alguna manera, el grado máximo que un ser humano podía solamente aspirar, pero jamás alcanzar. Resultaba obvio que las diosas que representaban la belleza iniciaran una ociosa

disputa por hacerse acreedora de dicha manzana. Así, entre Hera, Atenea y Afrodita surgió una controversia que realmente excedía de los conocimientos del principal juez del Olimpo: Zeus. De este modo, este llegó a la conclusión que el título de la más bella del Olimpo debía ser concedido por el hombre más bello, es decir, el joven príncipe troyano Paris. Al final, este otorgó el título de la más bella a Afrodita quien, en contraprestación, le concedió la satisfacción de sus deseos pasionales y románticos brindándole el amor de Helena de Troya. La reflexión de esta historia es que Zeus (juez natural del Olimpo) carecía de los conocimientos- y, ciertamente, de la imparcialidad- necesarios para resolver una disputa de esa naturaleza. Por ello, decidió

¹ Vince Gilligan (director). 2008, *Breaking Bad*.

someter la misma a un tercero experto en temas de belleza. Los indicios de la lógica del arbitraje en esta historia son evidentes.

Actualmente no se conoce exactamente la ubicación histórica del arbitraje. Se puede sostener que el arbitraje fue la forma originaria de resolución de conflictos y encuentra en esta etapa de la historia la reivindicación de una relevancia que nunca debió perder².

Los sistemas de resolución de conflictos se encuentran ahora bajo un monopolio estatal. Solamente se podrán someter a arbitraje las controversias que sean expresamente permitidas por el legislador. Así las cosas, la arbitrabilidad objetiva es un tema de regulación, ciertamente. Si quisiéramos ensayar una ecuación que responda objetivamente a la pregunta: ¿cuándo una materia será arbitrable?, diríamos que mientras más eficiente sea el sistema judicial en la resolución de disputas de determinada naturaleza, entonces, la misma no será arbitrable.

Desde nuestro punto de vista, es importante tener en cuenta las premisas anotadas en el párrafo anterior, dado que la Ley 26887 "Ley General de Sociedades" (en adelante "LGS") ha expropiado del arbitraje materias que históricamente siempre fueron más eficientes de ser resueltas por un tercero imparcial y especializado. En este sentido, el presente artículo se dividirá de la siguiente manera: en primer lugar, realizaremos una breve reflexión histórica con respecto al sistema de resolución de controversias en la prístina etapa del Derecho Comercial; luego, continuaremos explicando los principales criterios para considerar a una materia como arbitrable; finalmente, explicaremos por qué la LGS ha errado en la regulación de la arbitrabilidad objetiva con respecto a las controversias societarias señaladas en el artículo 48º de la LGS.

II. La reivindicación histórica del arbitraje en los conflictos comerciales

La historia tiene un rol fundamental en el estudio

de cualquier institución del derecho. De esta manera, se puede comprender íntegramente los errores y aciertos de la aplicación de cada institución a los conflictos sociales. En esa línea, se puede afirmar sin ningún reparo que el arbitraje históricamente fue pensado mucho antes que el actual sistema de justicia estatal. Así, por ejemplo, Francesco Zappalá, ha señalado correctamente:

"El arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. En efecto, la práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera anticipada y obligatoria la sentencia, es anterior a la existencia de la administración de justicia estatal; posteriormente, el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial, entendida como la instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen público, como es conocida en la actualidad."³

Inclusive, se puede encontrar vestigios del sistema arbitral en el derecho romano, aunque con matices muy marcados propios del rol que en ese entonces tenía el pretor, y circunscrito a las relaciones que conformaban los ciudadanos romanos con extranjeros⁴.

Esta afirmación encuentra mayor sustento si se analiza la etapa más prístina del derecho comercial. En el contexto de la crisis del feudalismo, la aplicación del *ius commune* resultó insuficiente para resolver los conflictos que se suscitaban entre los comerciantes. Y esto llega a su punto más álgido en la baja edad media como consecuencia del surgimiento del comercio marítimo y los mercados interlocales e internacionales (ferias). Con todo ello, los comerciantes no solo requerían de leyes propias adecuadas a las prácticas de aquel tiempo, sino también tribunales que sepan aplicar las nuevas reglas de juego. Así, en concordancia con la autonomía legislativa de esa materia, la doctrina más calificada en el tema señala:

³ ZAPPALÁ, Francesco. Op. Cit., p. 198.

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. 2011. "Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje". En: Anuario de Justicia Alternativa. Madrid, N° 6, pp. 121 y ss.

"Por cuanto se refiere a la autonomía en el plano jurisdiccional, ésta se plasmará en los tribunales corporativos (o Consulados), a los que adscribirá el conocimiento de los conflictos en los que intervengan comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación, en litigios referidos, además, a materia propias de la actividad comercial. [...]"⁵

Se puede notar que la idea de someter ciertas controversias a terceros especializados, no es novedosa. Pero lo más importante es señalar que el arbitraje nació para resolver controversias exclusivamente comerciales, dada su especial complejidad⁶. Con el devenir del tiempo, y tras la aparición de los Estados modernos, se expropia del arbitraje las materias comerciales para reafirmar el monopolio estatal en el sistema de administración de justicia⁷.

Un estudio histórico-jurídico del arbitraje excedería el espacio y propósito del presente trabajo. No obstante, debe quedar muy claro que el arbitraje es un sistema de impartición de justicia anterior al sistema de justicia estatal de hoy en día. Además, el arbitraje se creó para resolver disputas complejas y especializadas como las comerciales, que luego fueron expropiadas por el poder estatal.

III. La arbitrabilidad objetiva.

A modo general, existen dos tipos de límites a la ejecución del contrato de arbitraje⁸: convencional y legal. Sobre el primero, basta señalar que solamente podrá ser susceptible de conocimiento del árbitro las materias que las partes expresan o implícitamente hayan señalado en el convenio arbitral. Con respecto al

segundo límite, solamente podrán ser conocidos por un árbitro los asuntos que la legislación interna expresamente permita. El presente análisis tendrá como objeto el último de los límites.

La arbitrabilidad objetiva es uno de los requisitos de validez del convenio arbitral. Por ello, este será analizado de conformidad con el derecho sustantivo aplicable⁹. Sin embargo, lo cierto es que no existe unanimidad en la doctrina en general, razón por la cual la decisión final de la arbitrabilidad reflejará la confianza que se tenga en el arbitraje como sistema alterno de resolución de conflictos¹⁰.

Teóricamente, la arbitrabilidad de una controversia coincidirá con el objeto del convenio arbitral y, también, con el objeto del arbitraje. Debemos advertir, en consecuencia de lo anterior, que aquello que es objeto del convenio arbitral es una materia específica (por ejemplo, derechos de accionistas, responsabilidad de los administradores, entre otros); mientras que, por el lado del objeto del arbitraje entendido como procedimiento, será una disputa relacionada a la misma materia (conflictos relacionados del ejercicio ilegítimo de los derechos políticos que le corresponde al socio mayoritario, por ejemplo).

Ante el vacío legislativo y la falta de uniformidad de los tribunales judiciales con respecto a este tema, la doctrina ensaya soluciones para dotar a la arbitrabilidad objetiva de criterios realmente objetivos que eviten decisiones parcializadas por parte de los jueces que sea competentes en la ejecución de los laudos arbitrales. Así, las posturas académicas se encuentran divididas en

⁵ BROSETA PONT, Manuel. 2003. "Manual de Derecho Mercantil". En: Editorial Tecnos. Madrid, 11º Edición, p. 42.

⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Op. Cit., pp. 122 y ss

⁷ "La formación de los Estados modernos y la consolidación de la soberanía del monarca habrían de producir importantes alteraciones en el Derecho mercantil. La afirmación del poder del Estado necesariamente implicaría el sometimiento a la soberanía real de los grupos sociales que hasta entonces habían gozado de un notable margen de autonomía operativa. Además, la voluntad de proceder a una unificación jurídica hará que se resientan las notas básicas que hasta ese momento presentaba nuestra disciplina, a saber: la autonomía, tanto en el terreno de las fuentes como en el terreno jurisdiccional. [...] Pero la pérdida de autonomía que va a experimentar el Derecho mercantil se advierte asimismo en el terreno jurisdiccional, si bien no con tanta nitidez. Así, los tribunales consulares especiales subsisten, e incluso su competencia tiende a ampliarse, si bien quedarán adscritos formalmente a la jurisdicción del Rey, en cuyo nombre imparten ahora justicia." En: BROSETA PONT, Manuel. Op. Cit., p. 43.

⁸ En esta sede, nos adherimos a la posición contractualista de la naturaleza del arbitraje. Para un mayor detenimiento en este punto, sugerimos consultar: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. 2014. "La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en camino". En: Revista Forseti. Lima, N° 1, pp. 97 y ss.

⁹ GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. 2010. "Arbitraje". Editorial Porrúa. México, 4º Edición, p. 246.

¹⁰ VISCASILLAS PERALES, María del Pilar. 2007. "Arbitraje en Derecho Societario". En: "Biblioteca de Arbitraje". Lima, Vol. 3 "el arbitraje en las distintas áreas del Derecho", p. 271.

los siguientes criterios: (i) la *lex fori*¹¹, pues es la interpretación más acorde con la Convención de Nueva York; (ii) derecho del acuerdo arbitral; (ii) *lex fori* + derecho del acuerdo arbitral; (iv) presunción en favor de arbitrabilidad, salvo la *lex contractus* y el derecho de la sede del acuerdo arbitral contemplen lo contrario; (v) orden público internacional; y, finalmente, (vi) teoría de la arbitrabilidad relevante¹².

En nuestra sede, el decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje), se adhirió a cierta postura de la doctrina internacional¹³, estableciendo la libre disponibilidad como límite para someter derechos al arbitraje¹⁴. Sin perjuicio de ello, la Ley de Arbitraje permite que, aun cuando puedan existir controversias vinculadas al orden público (sea lo que signifique esto), estas serán susceptibles de conocimiento por un árbitro, siempre y cuando así haya sido establecido previamente por el legislador.

Ahora bien, ¿qué entendemos por una materia de libre disposición? ¿Cuándo un derecho puede ser libremente dispuesto por las partes? Entendemos que la autorización para disponer de un determinado derecho se conecta directamente con la posibilidad de transar libremente su reconocimiento, declaración, modificación o extinción. La idea es que el concepto de disponibilidad no sea un despropósito en sí mismo, de manera que la doctrina o jurisprudencia pueda dotarlo de un contenido objetivamente aprehensible para los fines que se propone conseguir con ella. En otras palabras, que la arbitrabilidad objetiva sea verdaderamente objetiva.

En nuestra sede, la doctrina nacional entiende que la libre disposición debe ser definida expresamente por el legislador. Dependiendo del nivel de confianza que él tenga en el sistema

de arbitraje, podrá acogerse a un criterio positivo o negativo a fin de determinar cuándo un derecho es de libre disposición¹⁵. Así, esta misma doctrina, siguiendo a Lohman, expresa lo siguiente:

“Respecto a los temas o controversias arbitrables- criterio positivo-, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a facultad de libre disposición ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas- criterio negativo-, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrarse- criterio positivo-.”

La diferencia entre el criterio negativo y positivo radica en que el primero enuncia una lista taxativa de las prohibiciones de controversias susceptibles de arbitraje. El peligro salta a la vista inmediatamente. Como refiere la doctrina nacional, “las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían”. Es decir, si se adopta el criterio negativo, se asume el riesgo de crear un campo de excepciones muy grande que, eventualmente, podría contradecir los fines de la jurisdicción estatal con la asunción de dicho criterio. El criterio positivo, en cambio, establece que es arbitrable todo derecho que los textos legales estipulen como disponible. A sensu contrario, no lo serán aquellas que se estipulen como indisponibles.

En suma, se puede llegar a la conclusión de que los criterios de arbitrabilidad objetiva no son uniformes en la doctrina y legislación

¹¹ El derecho del foro del juez que le corresponde decidir sobre la controversia.

¹² Para una explicación más completa de cada uno de los criterios, puede consultarse: GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. Op. Cit

¹³ Nos referimos a la Ley 60/2006 “Ley de arbitraje de España”. Para un comentario pormenorizado de la situación actual, véase: DE NADAL, Elisabeth. 2004. “The New Spanish Arbitration Act: A Overview. En: Mealey’s International Arbitration Report. New York, p. 43.

¹⁴ Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje:

1.Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2.Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario/VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo/ SABROSO MINAYA/ Rita. “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?”. 2008. Descargado de: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119_Nueva_Ley_de_arbitraje_cuales_son_las_materias_arbitrales.pdf, visitado el 14/02/2018 a las 12:00 horas.

internacional. Además, que nuestra Ley de Arbitraje se suma al criterio de libre disponibilidad para someter las controversias a arbitraje. De este modo, preliminarmente podría resultar inverosímil que el legislador prohíba someter a arbitraje materias propias de una rama que tiene en su integridad un contenido de libre disponibilidad. Este punto lo abordaremos a continuación.

IV. La arbitrabilidad objetiva en la Ley General de Sociedades

Si la LGS es consistente con la regla general de libre disponibilidad establecida en la Ley de Arbitraje, entonces no debería limitarse en modo alguno que conflictos societarios libremente disponibles sean totalmente arbitrable. Esta afirmación se sostiene en que el derecho societario- en gran parte, tiene una naturaleza transable y de libre disponibilidad. Así, el derecho societario es una institución específica del derecho comercial que regula las formas jurídicas mediante las cuales los empresarios pueden desarrollar sus actividades comerciales de una manera organizada y lucrativa¹⁶.

Cabe realizar una aclaración para evitar interpretaciones erróneas sobre lo anteriormente afirmado. No queremos dar a entender que cualquier conflicto societario sea arbitrable. Tampoco queremos decir que el derecho de sociedades tiene una naturaleza totalmente disponible. Sí queremos advertir que la naturaleza de esta rama del derecho tiene una propensión intrínseca hacia la libre disponibilidad de las situaciones jurídicas (derechos, obligaciones, poderes, entre otros)

que los particulares originen.

Desafortunadamente, esta naturaleza respaldada por la historia- ha sido ignorada por el legislador al momento de regular las controversias susceptibles de someterse a arbitraje. Esto se evidencia en la tercera disposición modificatoria de la Ley de Arbitraje, que incorpora en la LGS una modificación a la redacción del artículo 48º que incorpora las reglas de juego aplicables al arbitraje societario¹⁷.

La doctrina nacional tradicional ha resaltado las virtudes de la regulación de la arbitrabilidad objetiva en materia societaria sin reparar en los eventuales problemas que podría suscitar. Por ejemplo, una doctrina nacional clásica opina que la finalidad de la regulación del arbitraje societario consiste en que la convocatoria siempre fue un asunto reservado al poder judicial¹⁸. A su turno, otra doctrina nacional clásica también se suma a la posición antes señalada¹⁹.

Parece ser, en resumen, que la intención del legislador, avalado por la doctrina nacional, ha sido exonerar del conocimiento de un árbitro cualquier controversia que se relacione con la convocatoria a junta de accionistas. Lo cierto es que la arbitrabilidad objetiva en la LGS, además de ser incongruente con la cláusula general de arbitrabilidad contenida en la Ley de Arbitraje, también deja un amplio margen de discrecionalidad al juez para determinar cuándo un conflicto societario será arbitrable.

Lo afirmado en el párrafo anterior no es una mera especulación. La convocatoria es un

¹⁶El fundamento económico de la existencia del derecho de sociedades consiste en que reduce los costos de transacción para que los empresarios puedan ofrecer bienes y servicios en el mercado a través de ciertos vehículos específicos. Características como la responsabilidad limitada, transferibilidad de acciones y personalidad jurídica crean una ficción legal que permite a los inversionistas tener un nexo de contratos con proveedores, trabajadores y clientes sin que sea necesaria la participación de alguno de ellos. Al respecto, véase: HART, Oliver. 2003. "Una perspectiva económica sobre la teoría de la empresa". En: Revista Themis. Lima, N° 46, pp. 01 y ss.

¹⁷Artículo 48º 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 y 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 junta 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. [Énfasis agregado]

¹⁸ELIAS LAROZA, Enrique. 2015. "Derecho Societario Peruano." Gaceta Jurídica Publicaciones. Lima, p. 203.

¹⁹MONTOMA ALBERTI, José Ulises. 2016. "El arbitraje societario." En: Revista Jurídica "Docentia et Investigatio." Lima, N°1, p. 40.

procedimiento especial y garantista²⁰. No es un fin, es un medio. Su efectivo cumplimiento permite que los socios, reunidos en mayoría, puedan adoptar válidamente acuerdos vinculados al funcionamiento y estructura de la sociedad. No debemos dejar de lado que, siendo la convocatoria el paso inicial para que los socios, reunidos colegiadamente, celebren negocios jurídicos en nombre de la sociedad, todos los actos que se concreten en la junta general de accionistas se encuentran relacionados, de alguna u otra manera, con la convocatoria.

El artículo 48º de la LGS menciona que no serán arbitrables las controversias relacionadas a la convocatoria a junta general de accionistas. La convocatoria tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas dentro de la sociedad. Sería contrario a la realidad societario, alegar que los derechos políticos de los socios no son transables. Sería ignorar, por ejemplo, que estos derechos no pueden ser objeto de contratos entre los socios, la sociedad y terceros. Lo cierto es que sí lo son, y nuestra legislación permite celebrar acuerdos sobre este tipo de derechos a través de los convenios societarios y parasocietarios²¹.

Bajo esa premisa, no existe ningún fundamento para llegar a la apresurada conclusión que un árbitro, por ejemplo, esté impedido de realizar el mismo rol que el juez o notario para convocar a una junta general de accionistas (o especial) ante la renuencia del órgano legalmente facultado para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a la actual redacción del artículo 48º de la LGS, surgen varias preguntas. ¿Las controversias relacionadas indirectamente con las convocatorias a junta general de accionistas son arbitrables? ¿Las

controversias relacionadas a la convocatoria a junta especial de accionistas son arbitrables? ¿Cuál debe ser el grado de incidencia sobre la convocatoria a junta general de accionistas para considerarla inarbitrable?

En efecto, desde nuestro punto de vista, la técnica legislativa para establecer cuándo un conflicto societario es arbitrable, no es la mejor. Señalar una prohibición tan genérica como la que contiene el artículo 48º de la LGS es deficiente, por las varias razones.

En primer lugar, no menciona si la controversia deberá estar relacionada directa o indirectamente con la convocatoria a junta general de accionistas. Es decir, puede que se presenten casos en los que la pretensión de quien recurre al arbitraje se centre en cuestionar las formalidades relativas a la convocatoria de una determinada junta general. Evidentemente, en ese caso, nos encontraremos ante la presencia de una controversia relacionada directa y principalmente con una convocatoria a junta general de accionistas. La sustracción de esta materia del arbitraje, en virtud del artículo 48º de la LGS, sería incuestionable.

No obstante ello, también es posible que el recurrente solicite una pretensión, diversa a la anterior, concerniente a un hecho que implique, en cierta medida, pronunciarse sobre la validez de la convocatoria a junta general de accionistas, pero sin que esta sea el principal tema probandum en el análisis del árbitro.

Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en las controversias sobre la impugnación de acuerdos societarios²². De conformidad con el artículo 139º de la LGS es posible cuestionar cualquier acuerdo de la junta general de

²⁰ La doctrina nacional, también ha resaltado el carácter complejo de la convocatoria a junta general de accionistas: "De manera general, no puede dejar de recordarse que la convocatoria no es un acto aislado. Es un régimen complejo de garantía de los derechos de los socios y de la propia sociedad, que comprende una serie de actos que obligan tanto a la sociedad como a los propios accionistas. Todos ellos se ordenan y deben realizarse para que los accionistas, debidamente convocados como exige el artículo 111º, se constituyan en el órgano supremo de la sociedad, la Junta General de Accionistas la que, contando con el quórum legal o estatutario establecido, adoptará, con la mayoría que manda la ley o el estatuto, acuerdos válidos sobre los asuntos propios de su competencia. Los acuerdos así adoptados obligan a todos los accionistas, incluyendo a los ausentes y a los disidentes y constituyen la expresión de la voluntad social. En: SALAS SANCHEZ, Julio. 2010 "El nuevo régimen de convocatoria a la Junta General de Accionistas, a solicitud de accionistas minoritarios". En: Revista Ius Et Veritas, Lima, N° 41, p. 38.

²¹ Ley General de Sociedades, "Artículo 8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados. Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron."

²² Al respecto, la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios ha sido plenamente reconocida como arbitrable por la doctrina arbitral internacional, aunque con ciertos matices propios de su real dimensión.

accionistas, si y solo si ella vulnera la Ley, el estatuto, pacto social, o lesione en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Según la LGS, ¿cómo demuestro legitimidad para impugnar un acuerdo societario? Recurriendo al proceso de convocatoria a junta general de accionistas.

Concretamente, el artículo 140º de la LGS, menciona como uno de los supuestos para recurrir a la impugnación de los acuerdos societarios que el socio perjudicado se haya encontrado ausente en la junta general cuyo acuerdo se pretende cuestionar. ¿De qué manera el árbitro/juez puede conocer si no asistió a la junta general de accionistas? La respuesta es evidente. El análisis, en este caso, de la convocatoria a junta general de accionistas, no será sustancial, sino superficial.

En segundo lugar, el artículo 48º de la LGS no es preciso con respecto al tipo de convocatoria que se sustraer del conocimiento de un árbitro. ¿Qué sucede con las convocatorias a juntas especiales de acciones?²³ ¿La convocatoria a esta junta especial de accionistas también es inarbitrable? Creemos que no.

Debe quedar claro que, como hemos demostrado, la redacción general del artículo 48º de la LGS en el sentido de suprimir de la jurisdicción estatal solo las controversias que no se vinculen con la convocatoria a junta general de accionistas, es deficiente y preocupante.

En resumen, no existe ningún fundamento histórico y práctico para prohibir que las controversias societarias en materia de convocatoria sean conocidas por un árbitro. En todo caso, si se admitiera lo contrario, lo cierto es que la regulación de la LGS en cuanto las materias que pueden ser sometidas a arbitraje no es la más idónea, dado que resulta general y otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez para que se pronuncie finalmente sobre la arbitrabilidad objetiva del derecho discutido.

V. Conclusiones

5.1. El argumento histórico a favor de la libre arbitrabilidad de los conflictos societarios es que, inicialmente, el arbitraje fue pensado justamente para resolver controversias entre comerciantes, dada su especial complejidad y confidencialidad.

5.2. No existe unanimidad en la doctrina y legislación internacional con respecto al criterio más idóneo para definir la arbitrabilidad objetiva de un derecho; pero, si se pudiera salvar el criterio más coherente con la especial naturaleza del arbitraje, nos sumamos a la posición que establece la libre disponibilidad como límite infranqueable del convenio arbitral, el cual también ha sido rescatado por nuestra Ley de Arbitraje.

5.3. La arbitrabilidad objetiva en la LGS no es coherente con la cláusula general de arbitrabilidad objetiva prevista en la Ley de Arbitraje. Dicho de otro modo, suprimir del arbitraje las controversias vinculadas a la convocatoria a junta general de accionistas, es un despropósito, en la medida que esta materia es de libre disposición dado que se encuentra destinada a garantizar el ejercicio de los derechos políticos de los socios, los cuales son plenamente transables en la práctica.

5.4. Sin perjuicio de lo anterior, la actual redacción del artículo 48º de la LGS presenta serias dudas y es tan general que otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez que se pronuncie sobre la arbitrabilidad de una controversia societaria. Esto es así, en tanto las buenas intenciones de la ley, termina en las malas intenciones de quien la interpreta.

VI. Bibliografía

- CASTILLO FREYRE, Mario/ VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo/ SABROSO MINAYA/ Rita. "Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?". 2008. Descargado de: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119_Nueva_Ley_de_arbitraje_cuales_son_las_materias_arbitrales.pdf, visitado el

²³ Dentro de la organización de la sociedad puede suscitarse ciertas situaciones económicas que requieran dividir el capital social en acciones que posean un tratamiento distinto a las ordinarias. Este tratamiento distinto consistirá, en algunos casos, en el otorgamiento de ciertos derechos económicos preferentes frente a las acciones ordinarias que gozan de derechos políticos, con lo cual la balanza se equilibra para los titulares de ambas. Así, los titulares de esta clase de acciones evidentemente tendrán garantías específicas que les permitan maximizar el beneficio de su propiedad, sin encontrarse sometidos a la voluntad de los titulares de acciones con derechos políticos. Una de ellas es que no será posible modificar esas acciones, sin que previamente los titulares celebren una junta especial en donde manifiesten su anuencia a cualquier variación sobre la titularidad de sus acciones

14/02/2018.

- DE NADAL, Elisabeth. 2004. "The New Spanish Arbitration Act: A Overview. En: Mealey's International Arbitration Report. New York.
- GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". Editorial Porrúa. México, 4º Edición.
- ELIAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano." Gaceta Jurídica Publicaciones. Lima, 2015.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. 2011. "Contribución al estudio histórico- jurídico del arbitraje". En: Anuario de Justicia Alternativa. Madrid, N° 6.
- HART, Oliver. 2003. "Una perspectiva económica sobre la teoría de la empresa". En: Revista Themis. Lima, N° 46.
- MONTOYA ALBERTI, José Ulises. 2016. "El arbitraje societario. "En: Revista Jurídica

- "Docentia et Investigatio, Vol. 18, Nº1. Lima, abril
- VISCASILLAS PERALES, María del Pilar. 2007. "Arbitraje en Derecho Societario". En: "Biblioteca de Arbitraje". Lima, Vol. 3 "el arbitraje en las distintas áreas del Derecho".
- SALAS SANCHEZ, Julio. 2010 "El nuevo régimen de convocatoria a la Junta General de Accionistas, a solicitud de accionistas minoritarios". En: Revista Ius Et Veritas, Nº 41. Lima.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. 2009. "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional". En: R.E.D.I., Vol. 1. X. 1., Madrid.
- ZAPPALÁ, Francesco. 2010 "Universalismo histórico del arbitraje". En: Vniversitas. Bogotá, N° 121.



Boletín Sanmarquino de Derecho

Docente - asesora:

Dra. María Elena Guerra Cerrón

Coordinador:

Manuel de Jesús Acosta Delgado

Grupo de Estudios SOCIEDADES -GES:

Coordinador: Ayrton Alexis González Ibarguen

Asistentes:

Nahomy Rojas Hidalgo
Judith Daisy Laurente Bellido
Juan Fernando Viveros Zárate
Erick Córdova Quispe
Aldo Bryam Zuñiga Zuñiga
Moisés Alfaro Ponce

Teléfono: (+51) (01) 376-5192

e-mail: sociedades.peru@gmail.com

Facebook: Boletín Sociedades

Blog: <https://boletinsociedades.com/>
Perú - 2018



ENTREVISTA – Carlos Ramos Núñez

Este mes Sociedades tuvo la oportunidad de entrevistar al Dr. Carlos Ramos Núñez, investigador, docente universitario y actual Magistrado del Tribunal Constitucional. En esta entrevista comparte con nosotros aspectos importantes de su vida universitaria, de su desarrollo profesional, acerca de su vasta producción académica y algunas ideas de orden económico-constitucional.

1) ¿Su alma máter es la universidad Católica Santa María, que le motivó a estudiar Derecho?

Por un lado, había una influencia familiar: los antepasados de mi padre habían estudiado Derecho; mi padre era abogado, quien tenía una biblioteca mayoritariamente jurídica. Por otro lado, tenía el deseo de estudiar Humanidades, la opción de estudiar Ciencias o Tecnología estaba descartada. Estudié Literatura en San Agustín en las tardes y, en las mañanas, estudié Derecho en la Católica Santa María. Con mucha pena dejé la carrera de Literatura en el tercer año por la necesidad de empezar mis prácticas.

2) ¿Qué recuerda de su etapa universitaria?

Yo recuerdo más mi incursión en el campo de las prácticas. En esa época era el gobierno de Belaunde y se destituyeron a muchos jueces y

secretarios de juzgado. Uno de esos secretarios me había convocado para trabajar en un juzgado; sin embargo, me di con la sorpresa que el secretario del juzgado había sido destituido, es ahí cuando al marcharme del juzgado el juez me llamó y me dijo: ¿tú eres el practicante? Tienes que quedarte.

Es ahí cuando se me nombró como testigo actuario, para hacer las labores del secretario del juzgado. Tenía tanta responsabilidad porque era la primera vez que ingresaba a realizar prácticas, en una semana aprendí lo que debería haber aprendido en meses. Los campos en que me desenvolví fueron en Penal, luego en Civil, y finalmente como secretario de Juez de Paz Letrado; es más, logré ganar un concurso e ingresé a trabajar oficialmente como secretario de juzgado poco después de titularme, no obstante, me quedé allí unos meses porque mi pasión era lo académico.

Recuerdo, además, el tiempo compartido con mis compañeros, ya sea en los deportes (fútbol) como en la política. Había un interés marcado por la política, había grupos de izquierda mayoritariamente, grupos de tendencia conservadora y otras tendencias.

3) ¿Qué profesores recuerda que hayan aportado en su vida académica o hayan ejercido influencia en su persona?

Recuerdo mucho al profesor Alfredo Cornejo Chávez, hermano de Héctor Cornejo Chávez, nos dictaba 2 cursos opuestos entre sí: Derecho de Familia (como su hermano) y Derecho Penal Parte Especial. Era un profesor muy inteligente, que, a pesar de no ser un especialista consumado en ambas disciplinas, motivaba a los estudiantes. También recuerdo al profesor Araníbar, quien me enseñó Obligaciones y además tenía una biblioteca esplendida que llegué a conocer.

4) Allá por el año 92 usted ganó una beca para hacer estudios en Italia en la Universidad Sapienza - Università di Roma. ¿Nos podría contar esa experiencia?

Se trataba era básicamente una beca de investigación. Al comienzo, mi mayor preocupación era el idioma, en algunos puntos no lo lograba entender; por ello, me centré a estudiar aceleradamente el idioma italiano. Tenía 2 cursos, uno gratuito para los extracomunitarios y otro costoso en la academia Dante Alighieri. La beca me fue más provechosa una vez que aprendí italiano.

La beca consistió en recibir clases de Derecho Romano con el profesor Pierangelo Catalano; sin embargo, mi interés era la Historia del Derecho. Lo que recuerdo es que pasaba mucho tiempo del día en la biblioteca de la Sapienza: Me dediqué a leer libros de Historia del Derecho Romano, Historia del Derecho y a la vez aprendí un poco más del latín a través de los libros. Además, me quedó claro que mi vocación era la Historia del Derecho antes que el Derecho Romano. Con todo ello, la idea de aportar en la difusión de la Historia del Derecho en el Perú se fue cimentando. Sin embargo, no hay que dejar de lado el Derecho Romano como un gran instrumento de análisis.

La duración de la beca fue larga. Estuve un buen tiempo allá, primero estuve de abril a diciembre del año 92 y, después, regresé a Lima hasta abril del año 93 y volví a marcharme hasta diciembre del año 93. O sea más de 2 años, sin contar con la renovación de becas y los períodos cortos que estuve allá.

5) Usted tuvo la oportunidad de estar en EE.UU. e ir a la universidad de Berkeley-California como visitingscholar. ¿Nos podría contar esa experiencia, cómo accedió al programa y de qué se trataba?

En la biblioteca de Berkeley de Derecho hay un área que se conoce como The Robbins Collection, especializada en libros raros y antiguos del Derecho, por ejemplo, primeras ediciones de cuando recién aparecía la imprenta, etc.

Del 2000 al 2001 fui profesor y visitante de la Universidad de Sevilla. Por ello en el 2001, mi amigo Bartolomé Clavero, que acaba de jubilarse como profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, me preguntó si tenía interés en seguir una beca de investigación en el 2001. Yo acepté porque me pareció una oportunidad estupenda, así que fui. Fue un periodo corto pero provechoso, es más, recuerdo que la biblioteca de Berkeley tenía libros en todos los idiomas. La calidad y cantidad de libros era sorprendente, incluso estaban agrupados por pisos.

Me llamó la atención como allá se valoran más las revistas jurídicas que acá (en Perú). Mientras nosotros desdeñamos las revistas que se producen acá, allá no. Nuestra cultura jurídica es valorada más allá que acá, por ejemplo- en la biblioteca de Berkeley- se puede observar revistas, materiales, folletos y libros completos organizados por colección, acorde al país (ya sea Perú, Bolivia, Chile y otros) y acorde a las distintas ramas jurídicas.

6) ¿Usted considera indispensable que los estudiantes tengan la oportunidad de llevar estadías en el extranjero?

Si fuera posible, sí, sobre todo quienes tengan interés en desenvolverse en lo académico; es

decir, quienes quieran desarrollarse como profesores y tener un nivel de competencia internacional. A su vez, es recomendable también conocer idiomas, principalmente el inglés u otro idioma.

Considero que el aprendizaje académico y la experiencia de vida se correlacionan. Es esencial que se aprenda de las maneras distintas de pensar, de ver las realidades de otra sociedad, etc.

7) Usted es catedrático de distintas universidades. ¿Qué es lo que más le agrada de la docencia?

Antes era un profesor de carrera. Me bromeaba a mí mismo con ello, porque tomaba una carrera de la Universidad de Lima a la Católica; y de ésta, a San Marcos.

Ahora estoy básicamente concentrado en la universidad Católica, actualmente soy profesor principal de ésta; sin embargo, nunca llegué a ser profesor a tiempo completo. En un comienzo, Carlos Fernández Sessarego me consiguió trabajo cuando yo estaba en Italia, Fernández Sessarego me dijo que quería llevarme a Lima y que empezaría a trabajar desde marzo del 93, es por ello que me incorporé a la docencia después de pedir permiso en la beca que estaba llevando. Quizás yo pude haberme incorporado a la universidad Católica, sin embargo, no se me propuso. El no ser profesor a tiempo completo en la Católica- me ayudó muchísimo porque me permitía investigar, dictaba mis clases en el día, y en las tardes y noches estaba investigando. Yo sentía pena porque no me hicieron profesor a tiempo completo, pero igual aproveché ese tiempo para investigar: me iba a la biblioteca de San Marcos, la Biblioteca Nacional y al instituto Riva Agüero. Por ello, desde el 2000 al 2011, estuve dedicado a fondo a la investigación y a la producción de libros de la Historia del Derecho Civil Peruano.

Justamente mi tesis del doctorado se llamó "Las columnas de la ley hacia una Historia del Derecho Civil peruano. Siglo XIX y XX". Aún está pendiente el tomo 8, el que versa sobre la reforma agraria, derechos de la mujer, derechos de los hijos.

Después mi situación cambió, porque me hicieron subdirector del Instituto Riva Agüero y de no haber estado en el Tribunal Constitucional debería ser, teóricamente, director. En el Instituto Riva Agüero, yo fui subdirector y el director era José de la Puente Brunke (historiador), con él le pusimos énfasis a la Historia del Derecho en distintas iniciativas: compra de libros, eventos, se formó el Grupo Peruano de Historia del Derecho. Ahí desarrollé habilidades de carácter administrativo.

Yo había trabajado en la Biblioteca Nacional antes; la segunda vez que hacia una labor de gestión fue en el Instituto Riva Agüero y la tercera- actualmente- como director en el Centro de Estudios Constitucionales. Todo eso fue útil, porque me permitió ver cómo gestionar una institución académica que necesitaba de una gestión administrativa.

8) ¿Cuál fue el motivo que lo llevó a escribir su libro "Historia del Derecho Civil Peruano"?

Primero yo había realizado un libro que fue mi tesis de la maestría sobre Toribio Pacheco, jurista del siglo XIX. Muchos historiadores, en general, entendían civilistas no como una especialidad en el campo del Derecho, sino como el exponente de una corriente política que fundó Manuel Pardo en el siglo XIX. Eso era confuso, por eso preferí que el libro (que lo editó el Fondo de Editorial de la PUCP gracias a la ayuda de Fernando de Trazegnies Granda, quien fue mi asesor de tesis) se titulara "Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX". Yo solía- y suelo- hacer mi labor investigativa a través de fichas.

El doctor Manuel de La Puente y Lavalle, director del doctorado, nos dijo (a todos los alumnos) que debíamos hacer un tratado respecto a nuestra disciplina. Entonces, el doctor Mario Castillo realizó su tratado de la compraventa; Pinkas Flint, su tratado sobre la Ley de Protección al Consumidor y de la Competencia; yo, siendo estudiioso en Historia del Derecho, quería hacer sobre la Historia del Derecho en general, no obstante, el profesor Manuel de La Puente y Lavalle me inclinó a hacer la Historia del Derecho Civil Peruano.

9) ¿Qué piensa sobre la investigación jurídica actual en el Perú?

Creo que ha avanzado mucho. Las disciplinas han madurado; las especializaciones, creo que se han remarcado más. Las especializaciones están bien, pero en la vida no solamente se debe ver el árbol perdiendo de vista el bosque. Yo creo que toda disciplina- dentro del marco de la especialidad- tiene que ser concebida en el marco de una cultura jurídica general.

La especialización es necesaria en estos días, pero creo que también es necesario que el jurista nunca pierda de vista el panorama general.

También algo que tiene que hacerse es desterrar la idea que asocia la investigación con la ciencia experimental: No estoy de acuerdo con insistir a los jóvenes que trabajen con variables e indicadores cuando, en realidad, el Derecho es básicamente narración y argumentación.

Creo que sólo cuando se trata de una tesis de Sociología del Derecho que amerita la utilización de esos instrumentos, aquellos deberían emplearse. De otra manera, lo que hacen es alejar y desincentivar a los jóvenes de la investigación.

Las universidades tienen que hacer, en ese sentido, una labor de reingeniería con el propósito de asociar nuevamente el interés académico de los estudiantes con métodos de investigación más adecuados. Un método es un instrumento para llegar a algo, pero cuando ese instrumento resulta siendo un obstáculo entonces ese método está fallando. Lo que yo veo es que actualmente se ha proliferado el mal llamado "método científico".

10) ¿Cuál es el avance que ha visto respecto a la Constitución que tenemos ahora que es la Constitución de 1993 respecto de la Constitución anterior de 1979?

Es bastante. La filosofía es otra, la filosofía política y la ideología es otra. ¿Por qué? La Constitución del año 79, podría decirse que, junto con el Código Civil de 1984 son la coronación del Estado Social. No diré socialista, porque no lo era, pero si diré Estado Social donde el Estado tenía un gran protagonismo. La Constitución del año 93 es lo opuesto, es más bien una Constitución que si bien habla de Economía Social de Mercado, yo

diría que lo social lo pone en letras minúsculas. Es una economía sobre todo de Mercado. A partir de este marco jurídico fue posible el crecimiento económico del país y la inversión.

Quizás ahora ha llegado el momento de repensar esto porque el propio papel del Estado ha cambiado. Ya hemos visto del pésimo papel del Estado en temas como la reconstrucción, por ejemplo.

En resumen, yo creo que una Economía Social de Mercado- en el buen sentido de la palabra -es lo más adecuado para el país.

No creo en ninguna clase de extremismo, ningún experimento socialista- estatista (que puede llevar al país por un camino hacia el precipicio), pero tampoco un capitalismo salvaje (que renuncia a toda forma de protección social o a iniciativas de carácter empresarial por el Estado cuando lo amerite, subsidiariamente).

No es eficiente una economía socialista, pero también hay que reconocer que una economía capitalista sin controles, es decir, sin mecanismos de regulación y sin mecanismos de fiscalización inclusive, tampoco sería lo más adecuado.

Se necesitan mecanismos jurídicos que regulen de alguna manera el papel del Estado, pero también que regulen moderadamente el mercado.

El Estado debe llevar a cabo una labor de apoyo social, por ejemplo, en el campo de la educación, la salud, seguridad.

Hay que mantenerse distante de posturas estatistas a ultranza, pero también equidistantes de aquellos que creen que el mercado lo es todo

11) En nuestra Constitución, el Estado ya no interviene tanto en la economía, ¿a qué se debe esto?

A ver, es un signo de los tiempos. Tampoco el Estado va a competir con los privados, pero no puede negarse- por ejemplo- de que cuando se construye un hospital, un puente, una carretera ¿acaso el Estado no está cumpliendo una labor económica? Sin duda, ¿no? Los privados difícilmente van a llevarla a cabo.

Ahora, el Estado tiene que estar presente, tiene que tener una presencia rigurosa, pero eficiente, donde muchas veces no llega la justicia, la seguridad, etc .Por ejemplo, que haya una

comisaría, un juzgado, una posta médica (aquí ni siquiera hay un mercado en sentido incipiente del término).

12) ¿Considera usted apropiada la denominación "Constitución Económica"?

Sí, claro. Yo creo que sí. A estas alturas, así como hay una Constitución Social, hay una parte orgánica, una parte relativa a la justicia o a la organización del Estado, también yo creo que sí se tiene que hablar de Constitución Económica, ya que es un elemento crucial en nuestros días. La constitucionalización del Derecho y no sólo del Derecho, yo diría de la sociedad misma, de la política y de la cultura, nos lleva a hablar de la Constitución económica como un área especial dentro del constitucionalismo, pero que además toma elementos no solamente constitucionales, sino también normativo, legislativo relacionados con la empresa. En fin, ese es otro nuevo escenario.

Uno de los más grandes inventos del siglo XX, yo creo que es la empresa que, de alguna manera, la idea de sociedad comercial. Asimismo, creo que hay un elemento filosófico: el emprendedurismo, es decir, la empresa como un sujeto de derecho especial que va más allá del derecho comercial, que se instala en el universo jurídico en general y justamente eso es lo que también está dentro de lo que se llama "Constitución Económica".

13) ¿Consideraría que se podría dar algún cambio o reforma con respecto a la Constitución Económica?

Yo creo que quizás algo que podría hacerse es llevar a un rango constitucional el papel de los organismos reguladores, que tengan una precisión mayor. ¿Por qué?

Yo tengo la impresión de que, a pesar de los esfuerzos que se hacen, o su labor es muy tímida, muy muy tímida o de pronto tiene la iniciativa, pero en algún momento esa iniciativa se traba. Quizás un reconocimiento constitucional más claro de estos organismos podría potenciarlos mejor.

También, me parece que en materia tributaria tienen que establecerse reglas claras, es decir,

ese afán de recaudación por parte del Estado se explicaba en un escenario de un Estado hambriento, pero también pasó por encima de una serie de principios jurídicos, esto es, se rompieron principios como el de la legalidad, el de la irretroactividad. Y muchas veces se dice: "bueno, pero eso se puede entender para una persona natural, pero no para una persona jurídica o para una empresa", sin embargo, discrepo de ese argumento porque si se quiere seguridad jurídica en el Perú se tiene que partir del principio de igualdad ante la ley.

También (no sé si) en el plano constitucional o legislativo se necesita una nueva Ley de Arbitraje, por ejemplo, una nueva Ley de Arbitraje que de mayor seguridad, pero sin que esto suponga que pierda su autonomía, ya que en su independencia radica su fortaleza.

Y también sería estupendo para el país si el arbitraje se extendiera, si hubiera una suerte de "arbitraje popular" para la pequeña empresa, para las Pymes.

El arbitraje ha quedado reducido en la práctica a la gran empresa, máximo a la mediana, a la contratación pública, pero creo que podría avanzar más.

Debería haber un compromiso mayor, no solamente de instituciones como la Cámara de Comercio o el Colegio de Abogados, sino también de las facultades de Derecho, éstas deben comprometerse más en los sistemas alternativos de administración de justicia como conciliación, arbitraje, etc.

La verdad es que el Poder Judicial va a ser cada vez más grande, va a tener mayor presupuesto; sin embargo, es un hecho de que se produce una des judicialización de una serie de ámbitos que descansan en la impartición de justicia a nivel estatal y que son vistos por otra clase de órganos sobre todo a través de conciliación, justicia arbitral, justicia administrativa, etc.

A mí me parece que ahí también hay necesidad de hacer algunas correcciones.

14) Entonces, si es que tuviera que elegir un principio macro entre los principios generales del modelo de la Constitución Económica,



¿cuál elegiría usted?

En principio, sería el de la igualdad ante la ley, pero con algunos ajustes, ya que tiene que reforzarse la protección de la pequeña y mediana empresa, pero esto tiene que ser un asunto temporal, no permanente, casi igual que la discriminación positiva. En la medida que se logra con la igualdad, no se puede seguir con lo mismo debido de que se puede causar daño. La pequeña y la mediana empresa puede, en determinados casos, tener un régimen laboral más flexible, sistema tributario más flexible, pero no pueden ser eternamente porque también es necesario que cumplan con sus responsabilidades sociales y tributarias. Pero al comienzo siempre van a necesitar de un apoyo, además, se ve la manera de como generan empleo. Los mecanismos de apoyo pueden ir regulándose de acuerdo con ello, pero no creo que pueda ser ad eternum.

15) Hace poco el TC fue galardonado con el Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017 por el fallo dispuesto en la sentencia N° 2744-2015-PA/TC, que resuelve

una demanda de amparo en materia de migración. ¿Cuál cree que será el impacto que tendrá esta sentencia para otros casos de migración a nivel internacional?

Yo fui el ponente. Fue una sorpresa para nosotros que Naciones Unidas, ACNUR estuvieran detrás de esto que, por lo visto, monitorean el sistema de justicia. Me parecía un despropósito no darle la razón a Mesquita Oliveira, quien tenía una hija peruana de madre peruana; por otro lado, tenía otra esposa también peruana, lo cual demostraba su arraigo por el Perú. Entonces, ordenar su expulsión cuando se nota que tenía un arraigo sería una exageración (claro que esto no se puede explicar en la sentencia), entonces declaramos el estado de cosas inconstitucionales, para que se regule en un proceso administrativo sancionador estos casos, ya que había una desproporción en no haber hecho el trámite e inmediatamente expulsarlo. Esta sentencia, que no fue muy mediática en el Perú, sería la base para que se presentara otra que si fue más mediática, la que declaró fundada la demanda de la señorita venezolana del programa ESTO ES GUERRA (Korina Rivadeneyra). Esto no quiere decir que se capitule el estado

mediante el control migratorio, tiene que ejercerlo con la Constitución, con la ley; es decir, esa es una potestad que está en manos del Estado, pero también es cierto que hay necesidad de incorporar un procedimiento administrativo sancionador para en estos casos. Se establezca un abanico de sanciones, dependiendo de la gravedad; ya que, si la falta es grave, en ese caso se puede justificar la expulsión del país. Siempre en cuando no se criminalice el sistema migratorio en el país. Fue una sentencia que marco época, donde la justicia constitucional peruana se colocó en un primer plano internacional.

16) Con respecto al cargo que viene asumiendo como director del Centro de Estudios Constitucionales ¿Cuáles son las metas que se ha planteado para esta gestión?

Lo que me gustaría es descentralizar la enseñanza constitucional o de disciplinas conexas, porque estaba muy centralizado, básicamente referido a Lima, cuanto mucho se descentralizaba en Arequipa, pero porque Arequipa es la sede principal del Tribunal Constitucional, aunque la idea es llegar más lejos. Esto se hizo a través de programas virtuales, también, lo que se busca es generar becas, porque en realidad el CEC funciona junto con el CAFADE, este es la institución del fondo de trabajadores del Tribunal Constitucional. Entonces, al cobrarse por los servicios de la educación, es el CAFADE quien recibe ese fondo, pero también aquellos estudiantes que se acerquen al CEC y quisieran obtener alguna beca para poder desarrollarse mejor en distintos lugares, también puede hacerlo; es decir, lo que se busca es poder hacer que quienes estén interesados en un mayor conocimiento y aprendizaje lo puedan hacer.

En materia de publicaciones hemos avanzado muchísimo, ya que antes el CEC era un lugar de ostracismo, digamos que era una deportación al más allá, pero ahora ha alcanzado un interés mayor, también tenemos una biblioteca, aunque es para uso exclusivo de investigadores, realiza una buena función para quienes lo necesitan.

17) ¿Cuál sería el mensaje para los lectores del Boletín Sociedades?, teniendo en cuenta que en su gran mayoría son estudiantes.

En principio, he de felicitarlos, pocas veces se hace una labor como esta. Creo que hacen bien, ya que no hay disciplina separada de otra, puesto que el Derecho Comercial, dentro de ésta el Derecho Societario, tiene sus vínculos con el Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Penal, entre otros.

17) ¿Cuál sería el mensaje para los lectores del Boletín Sociedades?, teniendo en cuenta que en su gran mayoría son estudiantes.

En principio, he de felicitarlos, pocas veces se hace una labor como esta. Creo que hacen bien, ya que no hay disciplina separada de otra, puesto que el Derecho Comercial, dentro de ésta el Derecho Societario, tiene sus vínculos con el Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Penal, entre otros.

Por otro lado, no solo hay una visión interdisciplinaria, sino también una visión transtemporal, ya que no solo debemos interesarnos en el presente, que es como la cabeza del iceberg, sino también en lo que hay en el fondo del iceberg, que es como el pasado de las instituciones jurídicas. Creo que los jóvenes deben mirar con curiosidad en el pasado legal.

Más allá que sean historiadores del Derecho van a encontrar un material de estudio muy valioso y comprenderán mejor la dinámica del funcionamiento de las instituciones contemporáneas. Por ejemplo: Pienso en una letra de cambio, no lograría entenderse si no hay una explicación histórica. Por ello, la necesidad de una conexión interdisciplinaria y una necesidad de una conexión intertemporal. Ese sería mi consejo.

ESPACIO PROCESAL

Debido proceso deportivo



(fuente: <https://elcomercio.pe/mundial/ama-pronuncio-fallo-tas-dejo-mundial-paolo-guerrero-noticia-521031>)

FEI Tribunal de Arbitraje Deportivo - TAS es un órgano de arbitraje que dirime disputas en torno al deporte, y está ubicado en Lausana (Suiza). Además existen las cortes en Nueva York y Sidney.

Para revisar la decisión del TAS y pedir la anulación- en el caso del jugador peruano Paolo Guerrero-, podría acudirse al Tribunal Federal o Corte Suprema Suiza, que es un órgano de última instancia de la Justicia Ordinaria. La competencia del Tribunal se sustentaría en que las decisiones de los tribunales arbitrales están constituidas bajo la ley suiza; sin embargo su actuación estaría limitada a la revisión y pronunciamiento acerca de aspectos formales o de afectación al debido proceso. Por tratarse de un laudo arbitral no se ingresaría a la valoración de pruebas ni al fondo de la decisión.

De la información pública que se tiene, el argumento para pedir la revisión es que no se habría garantizado el debido proceso, que como todos sabemos es un derecho fundamental. En los medios se señala que se ha notificado una resolución que no contiene los fundamentos debidos, y aun así la suspensión ya se ha realizado. Respecto a la ausencia de fundamentos hemos leído que en el laudo no se habría determinado en qué consistiría la negligencia que ha sido atribuida al jugador Paolo Guerrero, lo que significaría que estamos ante una insuficiente motivación de la decisión.

Finalmente, junto con el pedido de anulación se ha anunciado la posibilidad de solicitar una medida cautelar (precisamente por la afectación al debido proceso), al parecer, con el objeto que se permita participar al jugador peruano en el Mundial de Rusia. Se trataría de buscar el efecto de una medida innovativa.

