



ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS

**CURSO “MECANISMOS ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**

UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

- Medina, F. y otros (2013). Gestión del Conflicto. Editorial Pirámide, p.46-52.

Gestión del conflicto

2

FRANCISCO J. MEDINA
PEDRO J. LUQUE
SERAFÍN CRUCES

Luisa es subdirectora del departamento de recursos humanos en Santial, una multinacional con sede en Madrid. Después de trabajar en varias consultoras, es una trabajadora muy competente y versátil, ya que conoce todos los campos de los recursos humanos, desde la selección de personal hasta la elaboración de planes salariales. La dirección de recursos humanos ha estado vacante durante un año, durante el cual Luisa ha ocupado dichas funciones con bastante éxito. Hace dos meses la dirección ha nombrado director de recursos humanos a Juan, un antiguo gerente de una empresa pública, que tiene una

visión de la gestión de los recursos humanos muy diferente a la de Luisa. Juan considera que la gestión de los recursos humanos debe circunscribirse a la mera administración del personal, mientras que Luisa tiene una visión más amplia de los recursos humanos. Dicha discrepancia ha creado un cierto conflicto entre ambos compañeros sobre las actividades y funciones de su departamento. Esa discrepancia puede llevar a que las relaciones laborales sean muy negativas o por el contrario muy beneficiosas para su productividad y la de la organización, dependiendo del modo en que gestionen dicho conflicto.

1. RESOLUCIÓN Y GESTIÓN DEL CONFLICTO

Como analizábamos en el capítulo anterior, el conflicto puede tener consecuencias positivas y negativas para la dinámica de los equipos de trabajo y las organizaciones. Efectivamente, en el caso de Luisa y Juan, las discrepancias sobre la forma de realizar el trabajo, siempre que las metas de ambos sean compatibles, pueden tener efectos positivos para la organización. Juan quizá pueda aportar racionalidad a la política de recursos humanos, mientras que Luisa puede aportar creatividad e innovación. ¿Deberíamos, entonces, incentivar el conflicto entre Luisa y Juan o, por el contrario, reducirlo o evitarlo? Intentaremos responder a esta pregunta a lo largo del presente capítulo.

En primer lugar necesitaremos distinguir entre lo que significa resolver un conflicto y gestionar un conflicto. Resolver un conflicto implica la reducción, la

eliminación o la finalización del mismo; sin embargo, gestionar un conflicto implica diseñar estrategias para minimizar las disfunciones del conflicto y maximizar sus aspectos positivos, con el fin de incrementar la efectividad organizacional (Rahim, 2002). Hay autores que abogan por la resolución de los conflictos laborales cuestionando la funcionalidad del conflicto para la vida y la dinámica organizacional. Por ejemplo, Wall y Callister (1995) se preguntan si es deseable mantener el conflicto en niveles moderados o si los directivos pueden promover el conflicto para conseguir sus metas organizacionales. Estos autores responden negativamente a estas cuestiones. Para ellos, el conflicto no es deseable en ninguna circunstancia. Sin embargo, otros autores (véase, por ejemplo, el libro de De Dreu y Van de Vliert, 1997) proponen que el conflicto puede tener efectos muy positivos para las organizaciones.

Ambas hipótesis pueden estar en lo cierto, hay determinados conflictos que deben ser evitados tan pronto como aparezcan, mientras que, en otras circunstancias, es necesario incentivar el conflicto para que el resultado del equipo de trabajo tenga una calidad aceptable. En este sentido, para valorar si el conflicto entre Luisa y Juan puede ser gestionado positivamente o por el contrario reducido tan pronto como aparezca, necesitamos conocer las circunstancias en las cuales se desarrolla el conflicto, cómo afectan dichas circunstancias a cada una de las partes, y los comportamientos utilizados para gestionar dicho conflicto (figura 2.1). Estas condiciones nos permitirán conocer qué tipo de conflictos deberán ser reducidos, y cuáles incentivados para conseguir resultados de calidad en las organizaciones.

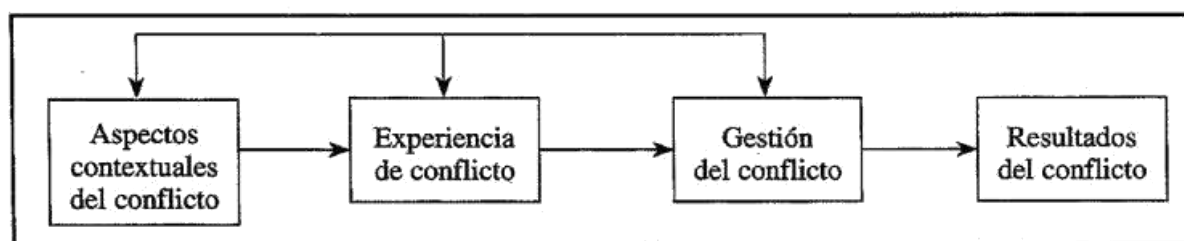


Figura 2.1.—Representación del proceso de conflicto. Adaptado de De Dreu, Harinck y Van Vianen (1999).

En resumen:

- Resolver el conflicto significa reducir su intensidad o finalizar el conflicto.
- Gestionar el conflicto implica conocer sus circunstancias, y afrontarlo de forma que permita conseguir resultados positivos.

2. ASPECTOS CONTEXTUALES DEL CONFLICTO

Al hablar de aspectos contextuales del conflicto nos referimos a las condiciones en las cuales se origina y se desarrolla el conflicto. En el capítulo anterior destacamos tres condiciones que pueden modular los resultados constructivos del conflicto: la interdependencia, el nivel de tensión y el tipo de conflicto. Recordemos brevemente estos aspectos.

El primero de los aspectos que es necesario analizar es el nivel de *interdependencia* existente entre las partes. La interdependencia se entiende como la situación en la cual los resultados de una persona se pueden ver potencialmente afectados por las acciones de otros (Johnson y Johnson, 1989); por ejemplo, un investigador puede depender de sus compañeros en proyectos de colaboración conjuntos; asimismo, el informático y el empresario dependen mutuamente cuando pretenden el diseño y la implantación de un programa de gestión contable. Juan y Luisa tienen una situación de interdependencia, porque las acciones de Juan en el trabajo afectan a Luisa, y viceversa.

Existen dos tipos de interdependencia: la interdependencia positiva y la interdependencia negativa. La interdependencia positiva se refiere a la concordancia de las metas perseguidas por los sujetos y la discordancia en cuanto a las actividades necesarias para conseguirlas. Encontramos una amplia variedad de ejemplos de interdependencia positiva en la vida personal y organizacional: cuando una pareja discute sobre el número de hijos que desea tener, o sobre el lugar de sus vacaciones, pueden no ponerse de acuerdo en dichos aspectos, pero ambos tienen muy claro que dichas actividades y dicho proyecto de vida en común desean desarrollarlo juntos. Por otro lado, cuando dos organizaciones que llevan trabajando de forma conjunta y coordinada muchos años discuten sobre los criterios de implantación de un determinado producto en el mercado, también saben que ese proyecto es un asunto compartido y deben desarrollarlo de forma conjunta.

Si una persona percibe que existe interdependencia positiva, tiende a considerar que las acciones del otro posibilitan la consecución de los fines perseguidos por ambos. Por este motivo, en la gestión del conflicto, la interdependencia positiva permite la creación de espacios comunes de trabajo, donde es más probable que tengan cabida los intereses de las partes en disputa. La interdependencia positiva permite también la transformación de los intereses personales en intereses conjuntos; la mayor apertura hacia los intereses, deseos, propuestas y demandas de la otra parte; la mayor satisfacción de las partes con los acuerdos alcanzados; y actitudes más positivas hacia los adversarios (v. g. Johnson y Johnson, 1989; Tjosvold, 1997).

La interdependencia negativa se refiere a la condición mediante la cual el sujeto percibe que tanto los fines perseguidos por ambos como las actividades necesarias para conseguirlos, son incompatibles (Van de Vliert, 1997). Existen muchos ejemplos en la vida social y organizacional para ilustrar la interdependencia negativa: cuando dos países discuten sobre la hegemonía de un determinado territorio, o cuando dos personas desean la misma pareja. Si dos empresas competidoras

pugnan por la autoría de un descubrimiento, o un empleado negocia su despido tras haber tenido problemas comerciales, ambas partes observan una incompatibilidad manifiesta en los fines y en las actividades necesarias para conseguirlos. La interdependencia negativa conduce a situaciones de suma cero, donde la ganancia por parte de uno de los elementos conduce automáticamente a la pérdida del otro. La interdependencia negativa conlleva la negación de los intereses del otro, y la búsqueda de la satisfacción de los propios intereses (Johnson y Johnson, 1989).

En definitiva, ante situaciones de interdependencia positiva es conveniente estimular el conflicto para conseguir resultados de calidad. Teniendo en cuenta esta línea de trabajo, podremos realizar las siguientes recomendaciones para fomentar la interdependencia positiva en las organizaciones:

- Buscar metas de orden superior, donde los elementos en conflicto puedan ponerse de acuerdo.
- Facilitar el trabajo en equipo y premiar preferentemente los objetivos grupales sobre los individuales.
- Procurar que los trabajadores conozcan el fin último de las decisiones que se toman y su papel en la consecución de dicho fin.
- Intentar que los trabajadores conozcan en qué medida afecta su trabajo a otras personas.
- Procurar que la organización tenga valores y metas claros, conocidos por todos los trabajadores.
- Evitar que los trabajadores se consideren a sí mismos como vencedores o perdedores al realizar una determinada tarea.

El segundo de los aspectos contextuales que es necesario considerar es el *nivel de tensión* con el que se origina y se desarrolla el conflicto. Walton (1969) propone tres niveles de tensión en el proceso de conflicto (bajo, moderado y elevado) con diferentes efectos en la utilización de la información y en los resultados de su gestión. Según este autor, los niveles bajos de tensión conducen a la inactividad y a la evitación, propiciando menores resultados conjuntos debido a la falta de urgencia y a la nula necesidad de actuar de forma asertiva. Los niveles elevados también producen resultados negativos, porque reducen la capacidad de procesar y percibir adecuadamente la información por parte del sujeto. Por el contrario, en las situaciones con un nivel medio de tensión las personas buscan e integran mayor información, consideran más alternativas y experimentan un mayor deseo de mejorar la situación. Según estos datos, resulta conveniente incentivar el conflicto cuando se desarrolla con niveles bajos de tensión, mientras que la flexibilidad o la inacción temporal son recomendables cuando los niveles de tensión son muy elevados. Los niveles de tensión pueden verse alterados por la historia previa existente entre las partes, entendiendo como tal su historial de éxitos y fracasos en la negociaciones mutuas y las relaciones de amistad o cordialidad existentes entre ellas.

El último aspecto que es necesario analizar es el *tipo de conflicto*. Como vimos en el capítulo anterior, las investigaciones realizadas en el ámbito organizacional han planteado la existencia de dos tipos de conflicto: uno más orientado a la tarea y otro más orientado a las relaciones personales. Podemos distinguir un conflicto de tareas cuando las partes en litigio tienen diferencias en sus puntos de vista, sus ideas o sus opiniones acerca de una decisión que es necesario tomar, o una tarea concreta. Un ejemplo de este tipo de conflicto son las discusiones sobre el reparto de los recursos disponibles, sobre los procedimientos a seguir, o sobre la interpretación de hechos concretos. Por el contrario, el conflicto relacional aparece cuando las partes en litigio muestran una incompatibilidad personal en gustos, ideas o valores. Ejemplos de un conflicto relacional son los desacuerdos sobre valores, normas personales y familiares, o acerca de determinados gustos personales (v. g. Amason, 1996; Jehn, 1995).

Los resultados de esta línea de trabajo nos permiten aportar algunas implicaciones prácticas orientadas a la mejora de la gestión del conflicto en las organizaciones.

- En primer lugar, antes de planificar las intervenciones, sería necesario comprender qué tipos de conflicto están teniendo lugar en dicho contexto laboral, de forma que se eviten o atenúen los efectos del conflicto relacional tan pronto como éste aparezca. El conflicto de relaciones afecta, de forma negativa, al rendimiento obtenido por el grupo y a la satisfacción de los trabajadores (De Dreu y Van Vianen, 2001; Medina, Munduate, Martínez, Dorado y Cisneros, 2004). Este efecto negativo puede ser debido a las siguientes razones: *a*) limita la habilidad de procesar la información en el equipo, ya que los miembros que lo componen emplean mayor tiempo y mayor cantidad de energía en resolver problemas personales, que en resolver los problemas que afectan al equipo; *b*) limita el procesamiento cognitivo de la información al acrecentar los niveles de tensión y la ansiedad (Jehn y Mannix, 2001); *c*) reduce la habilidad de las personas para recibir nuevas ideas de los diferentes miembros del grupo, al crear un clima de hostilidad mutua y de escalamiento del conflicto (Janssen, Van de Vliert y Veenstra, 1999), y *d*) reduce la conducta prosocial y atenúa las manifestaciones de ayuda mutua (De Dreu y Van Vianen, 2001).
- En segundo lugar, los gestores deberían valorar la potenciación de discusiones abiertas sobre aspectos relacionados con la tarea, para mejorar la calidad de las decisiones, el compromiso del equipo con las mismas y la satisfacción de sus miembros. Para ello, es necesario considerar la existencia de algunas variables que pueden moderar los efectos del conflicto de tareas. Así, una de las variables relevantes es el *tipo de tarea* que realiza el grupo, de forma que ambos tipos de conflicto —tareas y relacional— son especialmente disfuncionales en tareas complejas, como las situaciones de

toma de decisiones o la realización de proyectos; sin embargo, el conflicto de tareas no es tan disfuncional cuando el grupo realiza tareas simples y rutinarias (De Dreu y Weingart, 2003). Otra variable que puede moderar el efecto del tipo de conflicto sobre el rendimiento del equipo es el *clima* que éste experimente. Algunos autores sugieren que, en organizaciones privadas, los equipos pueden beneficiarse del conflicto cuando cultivan un clima grupal donde los desacuerdos sobre las formas de realizar el trabajo sean considerados por los trabajadores como una forma de mejorar el mismo y alcanzar los objetivos que el equipo se plantee. De esta forma se puede conseguir una elevada satisfacción laboral cuando el conflicto de tareas aparece vinculado a un clima que permita la discrepancia como medio de conseguir y cumplir, en alto grado, los objetivos grupales. Del mismo modo, la satisfacción y el rendimiento del equipo podrán decrecer cuando el conflicto de tareas aparezca en un equipo donde el clima no potencie los objetivos grupales y donde no existan recompensas contingentes con el desempeño del mismo (Medina, Munduate, Martínez, Dorado y Mañas, 2004).

- En tercer lugar, es necesario considerar la intensidad con la que se estimula el conflicto de tareas, dado que éste puede transformarse en un conflicto relacional (Simons y Peterson, 2000). Por este motivo, el conflicto debe mantenerse en niveles moderados de intensidad para estimular la discusión y el debate, para que permitan a los equipos de trabajo conseguir niveles elevados de rendimiento (Jehn, 1995).
- En cuarto lugar, es necesario que los trabajadores utilicen estrategias apropiadas para gestionar el conflicto. Dichos trabajadores deben identificar las situaciones de conflicto en el trabajo y utilizar las estrategias más convenientes para gestionarlas (Thomas, 1992). Este punto lo desarrollaremos con profundidad en el punto cuarto de este capítulo.

En resumen:

- Para gestionar el conflicto constructivamente es necesario buscar la interdependencia positiva de las metas.
- Los niveles de tensión iniciales entre las partes deben ser bajos, e intermedios en su desarrollo.
- La enemistad entre las partes o las experiencias previas de fracaso pueden incrementar los niveles de tensión.
- Es necesario reducir los conflictos relacionales tan pronto como aparezcan.
- Los conflictos de tarea pueden ser positivos si se producen en un clima organizacional que potencie los objetivos grupales.

3. EXPERIENCIA DE CONFLICTO

El conflicto produce, en las personas que lo sufren, diferentes emociones, cogniciones y motivaciones (De Dreu et al., 1999). Las emociones asociadas a un conflicto pueden ser muy diversas, y pueden afectar al comportamiento de los negociadores y a sus resultados. Del mismo modo, el conflicto puede ser interpretado y valorado de muy diversas formas por las partes que lo integran. Así, algunos pueden percibir el conflicto como una situación negativa, donde sólo caben las pérdidas para ambas partes, mientras que otras personas lo pueden percibir como una oportunidad para obtener beneficios o mejoras de la situación actual. Del mismo modo, las personas pueden tener diferentes motivaciones acerca de cómo le gustaría que fueran los resultados del conflicto. Los aspectos emocionales serán analizados en el capítulo 4 de este manual y los cognitivos y motivacionales en el capítulo 9. Abordaremos en este capítulo, con una mayor profundidad, la gestión del conflicto y sus resultados.

4. GESTIÓN DEL CONFLICTO

La gestión del conflicto, como un aspecto clave de la estrategia organizacional, puede hacer referencia a diferentes procesos e intervenciones. En ocasiones, la gestión del conflicto se centra en *intervenciones de carácter estructural*, mientras que en otras ocasiones la gestión del conflicto se centra en *intervenciones de carácter conductual*. Ambos tipos de intervenciones tienen la finalidad de reducir, potenciar o resolver una situación de intereses o preferencias divergentes entre dos o más partes interdependientes.

4.1. Gestión estructural del conflicto

Las intervenciones estructurales intentan mejorar la efectividad organizacional modificando algunos parámetros del diseño organizacional, como los mecanismos de diferenciación e integración, de jerarquía, algunos procedimientos, o sistemas de pagas e incentivos... Estos sistemas intentan principalmente gestionar el conflicto alterando la percepción que los miembros de la organización tienen sobre la intensidad del mismo en los diferentes niveles organizacionales (Rahim, 2002). Un ejemplo donde se intenta regular la cantidad de conflicto existente en una unidad de trabajo, alterando la ubicación de los miembros en la estructura funcional de la organización, es el descrito por Sashkin (1990), el cual reseña un estudio de William F. Whyte. En dicho estudio se gestiona un conflicto mediante acciones estructurales reduciendo la comunicación entre las partes que protagonizan una situación de conflicto. En el estudio descrito se analizan los conflictos entre camareros y cocineros de un establecimiento de restauración. La solución de sus con-

flictos consistió en el distanciamiento físico entre las partes enfrentadas, mediante el levantamiento de un muro entre los cocineros y la zona de trabajo de los camareros. A través de un torno se hacían llegar las hojas de pedidos y por encima del muro se hacía entrega de los platos ya elaborados. La drástica reducción del contacto directo traía como consecuencia una menor conflictividad entre camareros y cocineros. Como sugieren Meliá y Peiró (1985), mediante este tipo de intervenciones se estarían modificando los sistemas de comunicación entre los mismos.

Otras orientaciones, de similar naturaleza, se derivarían de la teoría estructural de rol. En esta teoría se consideran tres elementos: personas, posiciones y decisiones (Kabanoff, 1985). La conjugación de tales elementos, junto a la influencia potencial de las personas en las organizaciones, así como las posibles incongruencias que se establezcan en las interrelaciones, estarían en la base de muchos conflictos organizacionales. Por ello, la manipulación de uno, o más, de los elementos implicados en la situación de conflicto sería una forma de gestión del conflicto. Otra forma estructural de gestionar el conflicto es incidiendo sobre las relaciones de poder entre las partes (Barón, Munduate, Luque y Cruces, 1993). Cualquier variación de la relación de poder existente entre las partes puede influir sobre la intensidad del conflicto.

4.2. Gestión conductual del conflicto

El acercamiento conductual a la gestión del conflicto se refiere al análisis del modo en que las personas abordan una determinada situación de conflicto. Así, Luisa puede evitar la discusión con su jefe o discutir con él para convencerlo de su visión sobre los recursos humanos. Juan puede hacer lo mismo o utilizar su cargo para imponer sus posiciones. Dentro de las posibilidades de aplicación de esta perspectiva a los conflictos organizacionales, los gestores tienen la posibilidad de conseguir que los trabajadores desarrollen las habilidades necesarias para discriminar las características particulares de cada situación, de forma que puedan responder ante las mismas mediante las conductas más adecuadas. Efectivamente, uno de los objetivos tradicionales de la gestión conductual del conflicto consiste en evaluar las predisposiciones de los miembros de la organización para gestionar el conflicto y la formación de los mismos, para que éstos aprendan cómo y cuándo emplear las diversas conductas adecuadamente (Rahim, 1990).

El análisis del modo en que los trabajadores afrontan el conflicto en las organizaciones ha sido estudiado desde diversas conceptualizaciones teóricas, las cuales han analizado y descrito los distintos comportamientos que pueden mostrar las partes en una determinada interacción conflictiva, y han propuesto instrumentos para identificar y evaluar dichas reacciones o comportamientos. A lo largo de este apartado analizaremos los modelos teóricos que describen los modos o formas de gestión del conflicto.

4.2.1. Estilos y conductas de gestión del conflicto

Uno de los estudios más clásicos sobre la gestión del conflicto es la descripción de lo que las personas hacen para resolverlo. Este tipo de trabajos, en apariencia tan sencillos, han propiciado una gran confusión terminológica y conceptual, debida esencialmente a dos problemas: *a)* el grado en el que el investigador diferencia entre la intención que tiene el negociador y la conducta que realmente utiliza para gestionar un conflicto, y *b)* la terminología utilizada para referirse a dichas intenciones o conductas.

En cuanto al primero de los aspectos, algunos investigadores han diferenciado entre dos niveles de respuesta al conflicto, el primero de carácter más *intencional o estratégico* y el segundo de carácter más *conductual*, mientras que otros autores han partido de la base de que dichos abordajes son intercambiables, de forma que consideran que la intención y la conducta son semejantes (Pruitt y Carnevale, 1993). Esta discusión ha propiciado que cuando se habla de gestión del conflicto, a veces se haga referencia a intenciones o estrategias generales, y otras veces a comportamientos concretos.

El segundo problema se deriva de la *terminología* con la que se han etiquetado los modos en que las personas se enfrentan a un conflicto: conductas de gestión del conflicto; estilos de gestión del conflicto; conglomerados de conductas; elección estratégica; respuestas encubiertas al conflicto..., dando lugar a una tipología casi inacabable, con términos a veces intercambiables y otras veces claramente diferenciados.

Uno de los intentos integradores más recientes e interesantes ha sido propuesto por Thomas (1992), quien distingue entre las *intenciones estratégicas*, las *intenciones tácticas* y las *conductas*, dentro de un proceso general de gestión del conflicto. Thomas afirma que las intenciones estratégicas son intenciones generales que las partes consideran en la resolución del conflicto, y que, a lo largo de los años, han sido denominadas de muy diversas maneras: orientaciones, aproximaciones, estrategias, o estilos de gestión del conflicto; *b)* las intenciones tácticas son intenciones más concretas o medios para llevar a cabo dichas intenciones estratégicas, y *c)* las conductas son acciones observables desarrolladas por las partes.

Tanto las estrategias como las tácticas son predisposiciones o intenciones de los negociadores, mientras que las conductas son acciones concretas. La particularidad de las conductas reside en que, una vez puestas en marcha, pueden producir efectos diferentes a las intenciones que las generaron. Así, y por poner un ejemplo, los dos compañeros anteriores, Luisa y Juan, tienen un conflicto porque han decidido comprar un coche para la empresa, y no están de acuerdo sobre quién lo va a utilizar habitualmente. Uno de ellos, Juan, quiere utilizar asiduamente el coche, ya que necesitaba comprarse un vehículo nuevo para su familia, y ésta es una buena oportunidad para ahorrar gastos. Juan ha pensado en hablar con Luisa con la intención de buscar un acuerdo aceptable para ambos, pero, tras el primer encuentro con

ella, le da la impresión de que Luisa no tiene ningún deseo de colaborar. Juan reacciona de forma contrariada, enfadándose, y la amenaza con abandonar la empresa. Esta amenaza es percibida por Luisa como una ofensa y una falta de confianza, y reacciona de forma agresiva. Como vemos, la amenaza ha puesto en marcha un proceso de enfrentamiento muy fuerte que puede llevar a una ruptura de las relaciones entre ambos compañeros. En este caso, la intención de Juan, y quizá la de Luisa, era colaborar y buscar una solución buena para los dos, pero la amenaza inició un curso de escalamiento del conflicto, contrario a la intención inicial de ambos oponentes.

En el presente capítulo denominaremos a las intenciones —tanto estratégicas como tácticas— *estilos de gestión del conflicto*, y a las conductas como *conductas de gestión del conflicto*. A continuación profundizaremos en el estudio de las tres aproximaciones existentes en la literatura para describir la forma en la cual los sujetos se enfrentan o responden a las situaciones de conflicto: *a)* aproximación dicotómica; *b)* la aproximación de los tres estilos, y *c)* la aproximación bidimensional (Munduate, Ganaza y Alcaide, 1993; Van de Vliert, 1997).

4.2.2. *Aproximaciones en el estudio de los estilos y conductas de gestión del conflicto*

4.2.2.1. La aproximación dicotómica

Una de las primeras aproximaciones al estudio de los estilos que las personas tienen para responder a las situaciones conflictivas se debe a Morton Deutsch (1973, 1990, 1994). Su denominada teoría de la cooperación y la competición, parte de una premisa general que defiende la influencia de la interdependencia de las metas sobre la dinámica de la interacción y los resultados de la misma (Tjosvold, 1998). Deutsch distingue dos formas de gestionar el conflicto, es decir, dos tipos de intenciones estratégicas o estilos: *la cooperación y la competición*. La cooperación se caracteriza por la percepción de interdependencia positiva de las metas que persiguen las partes en conflicto, mientras que en la competición la interdependencia percibida es negativa. La cooperación está considerada como un proceso constructivo, agradable y deseable de gestión del conflicto y la competición como un proceso desagradable, destructivo e indeseable. En nuestro ejemplo, si Juan y Luisa comparten un objetivo general, como la calidad del departamento de recursos humanos, aunque discrepen de la forma de conseguir la misma, hablamos de cooperación; sin embargo, cuando el objetivo es diferente, como, por ejemplo, el progreso personal, hablamos de competición.

A pesar de su parsimonia y de su claridad conceptual, esta aproximación es considerada por algunos investigadores como inapropiada e insuficiente para reflejar la diversidad conductual de las conductas desplegadas por los negociadores en las situaciones de conflicto interpersonal y grupal (v. g. Van de Vliert y Kabanoff, 1990).

4.2.2.2. La aproximación de los tres estilos

Los tres estilos de gestión del conflicto considerados por esta perspectiva se denominan *no confrontación*, *orientación hacia la solución de problemas* y *control* (Putnam y Wilson, 1982). La no confrontación se refiere a la evitación del conflicto o a la cesión unilateral ante los intereses del adversario. La orientación hacia la solución de problemas refleja la búsqueda de un acuerdo que sea aceptable para las partes en conflicto, o la cesión bilateral con el objetivo de lograr un acuerdo de compromiso, y el control hace referencia a la búsqueda de un acuerdo que satisfaga los intereses personales, sin considerar los deseos o necesidades de los oponentes.

Aunque esta tipología ha gozado del respaldo empírico de algunos estudios (v. g. Rhoades y Arnold, 1999), tiene algunas limitaciones que dificultan su aplicación en todas las situaciones de conflicto, como la ausencia de distinción entre los componentes de la no confrontación o la solución de problemas, los cuales son muy relevantes para la explicación de las conductas de gestión del conflicto y su efectividad en situaciones de escalamiento del conflicto (Medina, 2001).

4.2.2.3. La aproximación bidimensional

La aproximación bidimensional se basa en la teoría de los intereses dobles, la cual agrupa a un conjunto de modelos causales que, tomando como referencia los trabajos de Blake y Mouton (1964) y la teoría de cooperación y competición de Deutsch (1973), se centran en el interés como el factor determinante de la intención estratégica de las partes en conflicto. Estos modelos tienen como premisa la presencia de dos orientaciones, coexistentes e independientes, que los individuos poseen a la hora de enfrentarse a una situación conflictiva: *el interés por los resultados propios* y *el interés por los resultados de los demás*. Los intereses se conciben como la cantidad de motivación de una persona para conseguir los propios objetivos y los de los otros y están determinados por características personales o situacionales, como pueden ser su orientación motivacional o la presión que sobre ellos ejercen otras personas. Los intereses se conciben como dimensiones ortogonales que dan lugar a un eje de coordenadas. Estas dimensiones están definidas como escalas que varían en función de la intensidad de los intereses, de forma que según como sea la posición en el plano resultante, consideraremos la presencia de una intención estratégica distinta.

Los desarrollos teóricos se realizan alrededor de cuatro localizaciones en los puntos de intensidades máximas y mínimas y, en algunos modelos, también en el punto de intensidad media de ambos intereses. Así los diferentes modelos etiquetan como estilos o configuraciones estratégicas diferenciadas la presencia de: *a)* un alto interés propio y por del adversario; *b)* un bajo interés propio y por el adversario; *c)* un alto interés propio y bajo por el adversario y *d)* un bajo interés propio y alto por el adversario. Algunos modelos consideran que el interés intermedio

—propio y por el adversario— constituye un estilo diferenciado. El resto de las combinaciones de intereses son vistas como mezclas de estas cuatro o cinco combinaciones puras y reciben el nombre de conglomerados de conducta (Van de Vliert, 1997). Una particular combinación de intensidades de intenciones estratégicas supone una configuración con entidad propia que recibe el nombre de perfil de gestión de conflicto (Munduate, Ganaza, Peiró y Euwema, 1999).

Todas las intenciones están presentes de un modo conjunto en cada persona, si bien su intensidad varía en cada caso. Las dimensiones no tienen por qué permanecer estáticas a lo largo del proceso conflictivo general, ya que los cambios en la situación pueden generar como consecuencia cambios en las intenciones estratégicas. También es posible que las intenciones cambien porque las partes pueden carecer de intereses claros, y por tanto de intenciones estratégicas claras, limitándose a reaccionar ante la situación (Van de Vliert, 1997). A continuación expondremos brevemente los modelos resultantes de la perspectiva bidimensional.

Conceptualización de Rahim y Bonoma (1979)

La propuesta de Rahim y Bonoma (1979) diferencia los estilos de gestión del conflicto interpersonal en función de las dimensiones: *interés por sí mismo* e *interés por los otros*. Las dimensiones que subyacen a los estilos se relacionan con la orientación motivacional. Los estilos serían, por tanto, el resultado de la influencia simultánea de dos motivos independientes o dimensiones básicas: la motivación a conseguir los propios objetivos y la motivación a lograr los objetivos de la otra parte. Estas dimensiones cognitivo-afectivas se refieren en esencia a las intenciones, por parte de los participantes de la situación de conflicto, de desarrollar y distribuir los resultados deseados.

La primera dimensión del modelo de Rahim y Bonoma (1979) explica la medida (alta o baja) con la que un determinado sujeto afronta el conflicto buscando satisfacer sus propios intereses en juego. La segunda dimensión explica, por su parte, la medida (alta o baja) con la que un individuo desea satisfacer los intereses de la otra parte. El afrontamiento del conflicto que haga la persona puede caracterizarse por integrar los intereses de las partes en juego, servir a los intereses del otro, dominar, evitar o comprometerse. Las características de los distintos estilos resultan de su ubicación, en función del grado en el que se encuentre motivada la persona por una u otra dimensión, en el marco bidimensional.

Conceptualización de Pruitt y Rubin (1986)

En la conceptualización de Pruitt y Rubin (1986) se denomina a las dos dimensiones como *interés por los resultados propios* e *interés por los resultados del otro*. La combinación de ambas dimensiones, en términos de alto y/o bajo interés, daría lugar a cuatro categorías: *solución de problemas* (alto interés por los resultados

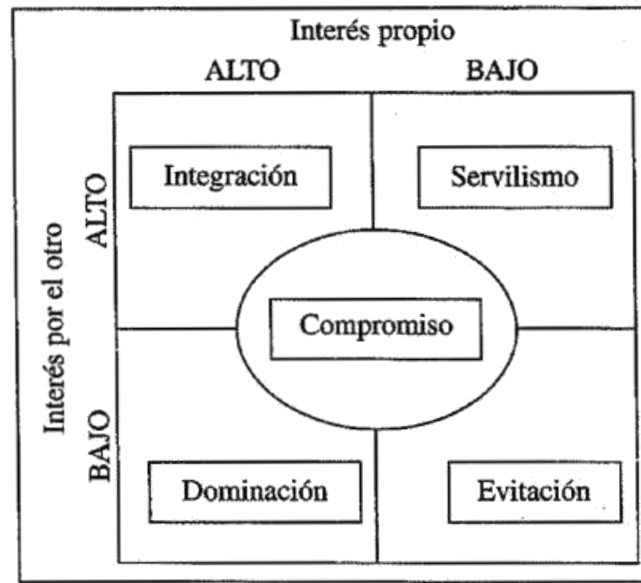


Figura 2.2.—Modelo de Rahim y Bonoma (1979).

propios y alto interés por los resultados de la otra parte); *rivalizar* (alto interés por los resultados propios y bajo interés por los resultados del otro); *complacer* (bajo interés por los resultados propios y alto interés por los resultados del otro), e *inacción* (bajo interés por los resultados propios y del otro).



Figura 2.3.—Modelo de Pruitt y Rubin (1979).

Conceptualización de Thomas (1992)

En la propuesta de Thomas (1992), las dimensiones se denominan *asertividad*, entendida como el intento de satisfacer los intereses propios; y *cooperación*, entendida como el intento de satisfacer los intereses del otro. La combinación de ambas dimensiones daría lugar a las siguientes intenciones estratégicas: competición, caracterizada por la asertividad y la no cooperación; evitación, caracterizada por la no asertividad y por la no cooperación; colaboración, caracterizada por la asertividad y por la cooperación; servilismo, caracterizada por la cooperación y por la no asertividad; y compromiso, caracterizada por una mediana asertividad y una mediana cooperación.

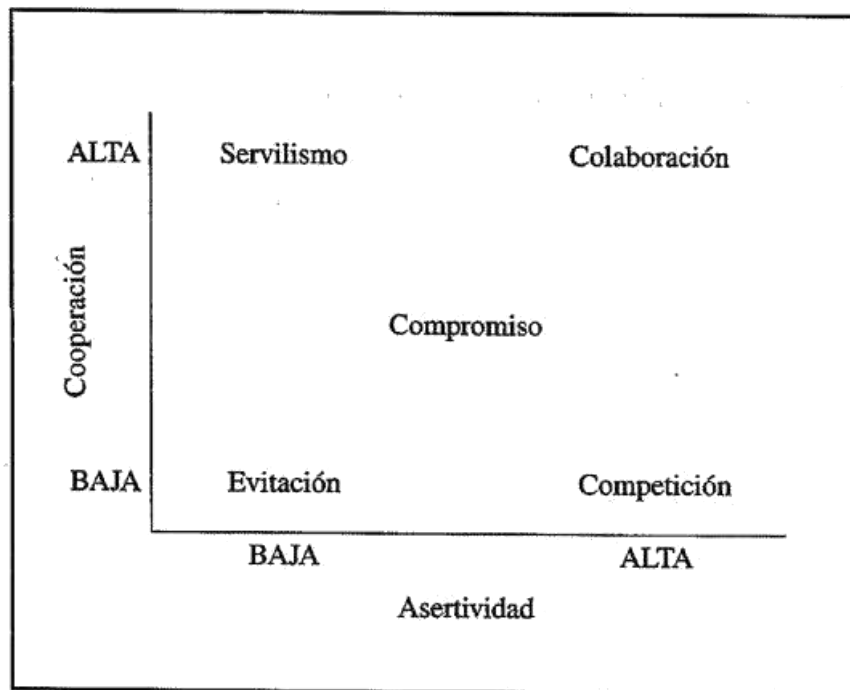


Figura 2.4.—Modelo de Thomas (1992).

4.2.2.4. Ventajas e inconvenientes del modelo bidimensional

La ventaja esencial de la aproximación bidimensional y las tipologías desarrolladas a partir de ella, con respecto a la aproximación unidimensional y de los tres estilos, es que presenta una configuración de estilos que está validada y confirmada utilizando diversas metodologías (Rahim y Magner, 1995; Ruble y Thomas, 1976a, 1976b; Van de Vliert y Hordijk, 1989; Van de Vliert y Kabanoff, 1990). A pesar de la validación empírica de estos modelos, no han estado ausentes de críticas por parte de los propios autores que los han desarrollado y validado. Estas críticas se han centrado fundamentalmente en su *escasa capacidad de predicción conductual* y su *exhaustividad*.

En cuanto al primero de los puntos, debido a que el interés es algo intrapersonal y no puede ser percibido por otros, no se considera ni una buena variable predictora ni tampoco descriptora de la conducta de una persona (Nicotera, 1993; Van de Vliert y Euwema, 1994). El grado de interés únicamente presupone la existencia de una tendencia que es preferida por las personas negociadoras; sin embargo, el sujeto puede optar por la utilización de estilos alternativos cuando se ve presionado por circunstancias contextuales, como la factibilidad de la estrategia que está utilizando, la presión temporal o la propia interacción con el oponente. Así, la factibilidad se refiere a la probabilidad percibida por el sujeto de que con dicho comportamiento conseguirá los resultados que persigue. En este sentido existe evidencia de que el sujeto puede abandonar la confrontación y utilizar conductas de solución de problemas cuando percibe que con el primer estilo no conseguirá resultados satisfactorios, o dejará la inacción cuando se vea presionado fuertemente por el tiempo y recurrirá al servilismo, la confrontación o la solución de problemas.

En esta misma línea, algunos autores han argumentado que los estilos son rasgos o predisposiciones, que pueden diferir enormemente de la conducta desplegada (Nicotera, 1994; Van de Vliert, Euwema y Huismans, 1995), ya que entre las intenciones de los sujetos y la conducta posterior intervienen muchos factores externos —como las normas de gestión del conflicto impuestas por el grupo y el papel adoptado por cada individuo dentro del mismo—, e incluso factores internos al sujeto —como la autoestima o el aprendizaje de los sujetos en el manejo del conflicto— que hacen que la conducta real del individuo en las situaciones de conflicto no coincida con sus intenciones (Ayestarán 1997).

En cuanto a la exhaustividad, Van de Vliert y Euwema (1994) afirman que la existencia de cinco estilos de gestión del conflicto es algo más arbitrario que real, ya que existe un gran abanico conductual en las respuestas de afrontamiento del conflicto. Por ejemplo, Roloff (1976) habla de 44 respuestas al conflicto; Wall (1985), de 169; Rhoades y Arnold (1999), de 33. También existen diversas concepciones de las mismas agrupaciones conductuales; así, Van de Vliert y Euwema (1994) entienden que hay varias posibilidades en la dominación, unas más activas, como el insulto o la amenaza, y otras más pasivas, como la resistencia; asimismo, Pruitt y Carnevale (1993) diferencian dos formas en el estilo de evitación: la inacción y la retirada, una más orientada al corto plazo —inacción— y otra al largo plazo —retirada—. En definitiva, muchos autores aceptan y operan con las dos tipologías anteriormente mencionadas, pero son escépticos en cuanto a su capacidad predictiva y a su exhaustividad conductual.

4.2.2.5. Conceptualización de Van de Vliert y Euwema (1994)

Van de Vliert y Euwema (1994) consideran que los modelos anteriores —unidimensionales, de tres estilos y bidimensionales— no son tangencialmente opuestos, y pueden ser integrados teniendo en cuenta dos variables: el grado de *actividad*

de la conducta y el grado de *agradabilidad*. La actividad se define como el grado en el que la conducta de gestión del conflicto es directa, abierta y espontánea — más que indirecta, cerrada o inerte—, y la *agradabilidad*, como el grado en que la conducta de gestión del conflicto es placentera y relajada, más que displacentera o estresante. Así, por ejemplo, la evitación y el servilismo son dos formas de no confrontación, una de ellas más agradable —el servilismo— y otra menos agradable —la evitación—; por otro lado, el intento de solucionar un conflicto mediante la cooperación puede ser realizado mediante una forma menos agradable —el compromiso— o mediante una más agradable —solución de problemas.

Desde un punto de vista aplicado, este modelo goza de diferentes ventajas: *a)* se refiere a conductas de gestión del conflicto, y no a predisposiciones; *b)* propone una metodología observacional para el análisis de los estilos de gestión del conflicto; *c)* integra la triple taxonomía de respuestas al conflicto: la dicotómica, la de los tres estilos y la bidimensional; *d)* describe las conductas de gestión del conflicto mediante una doble dimensión —activo/pasivo; agradable/desagradable— muy consensuada en la literatura, y *e)* contempla la diversidad conductual existente, sobre todo en el estilo de dominación. Pasamos a describir, de forma detallada, cada una de las conductas presentes en el modelo.

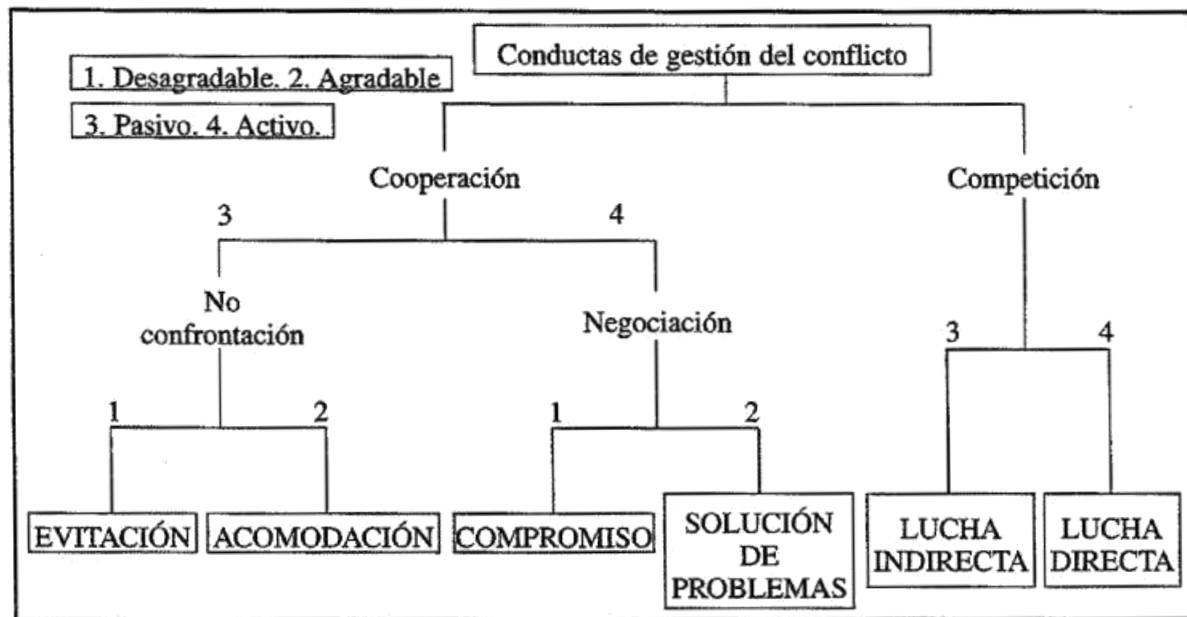


Figura 2.5.—Modelo de Van de Vliert y Euwema (1994).

Conductas de evitación

Evitar significa eludir o aplazar el conflicto. Una persona utiliza conductas de evitación cuando reduce sus esfuerzos por negociar de forma activa y constructiva, no desea rendirse abiertamente o no desea una victoria rápida y taxativa. Las manifestaciones conductuales de la evitación pueden ser muy diversas, desde la apuesta

por aplazar el conflicto hasta un momento más oportuno, hasta poner excusas, trivializar el problema, guardar silencio o utilizar generalizaciones y estereotipos (Borisoff y Victor, 1989). La evitación es un estilo complejo de delimitar, por su similitud con la dominación y con el servilismo (acomodación), por lo cual Van de Vliert (1997) propone las siguientes pautas para su diferenciación: *a*) la ausencia de reacciones verbales, como sucedería en una situación de silencio, sólo puede ser considerada como evitación cuando se produce en ausencia de otros componentes no verbales, como concesiones, señales de necesidad de acuerdo o expresiones de agresividad; *b*) una persona puede estar luchando de manera activa por un determinado asunto, encauzando los temas, haciendo hincapié en las contradicciones de su oponente y efectuar estas conductas de forma muy cordial y agradable, y no obstante ser percibido como una persona que evita el conflicto, y *c*) es conveniente tener en cuenta la distinción entre el corto y el largo plazo en la evitación. Rubin, Pruitt y Kim (1994) distinguen entre inacción, como una forma temporal de no hacer nada, que puede ser útil para tomar posiciones, aclarar conceptos o recapitular; y la retirada, que es un movimiento permanente para abandonar el conflicto.

Conductas de servilismo (acomodación)

El servilismo sucede cuando una persona se amolda al punto de vista del oponente o cede ante sus demandas. Las razones por las cuales una persona realiza esta conducta pueden ser muy diversas, entre las cuales podemos destacar el altruismo, las creencias normativas, el posible logro de beneficios a corto o medio plazo o la prevención de costes asociados al enfrentamiento con el oponente (Van de Vliert, 1997). El servilismo no es en sí mismo una conducta inefectiva o improductiva, ya que el sujeto puede utilizarla de forma estratégica cuando considere que puede estar equivocado, cuando preservar la relación con el contrario es muy importante, o cuando, por justicia, crea verse obligado a ceder (Rahim, 1992, Thomas, 1992; Van de Vliert, 1997).

Conductas de compromiso

El compromiso es uno de los modos de gestión del conflicto más polémicos. Se refiere a la consecución de acuerdos satisfactorios para las partes, donde las mismas realizan alguna concesión. Las conductas de compromiso buscan, en definitiva, el acuerdo a partir de una agenda de concesiones mutuas; ésta es la principal diferencia con la solución de problemas, donde se pretende la maximización de los intereses de ambas partes (Thomas, 1992; Van de Vliert, 1997).

Conductas de solución de problemas

La búsqueda de un acuerdo que satisfaga las aspiraciones de las partes define la conducta de integración (De Dreu et al., 1999; Rahim y Magner, 1995). Ello impli-

ca un intercambio abierto de información acerca de prioridades o preferencias, la puesta en común de ideas, la indagación de principios o coincidencias subyacentes a las dos partes, etc., conductas, todas ellas, orientadas hacia la búsqueda de un acuerdo satisfactorio para todos. Rubin et al. (1994) han desarrollado una triple ruta para conseguir dicho objetivo: *a*) expandir el pastel, es decir, incorporar elementos nuevos al conflicto, añadir recursos económicos, sociales, o temporales; *b*) reducir los costes, es decir, eliminar aquellos elementos que interfieran en un acuerdo satisfactorio, y *c*) desarrollar nuevas opciones que, aunque no coincidan con los intereses iniciales de las partes, satisfagan las necesidades subyacentes a las mismas.

Conductas de dominación

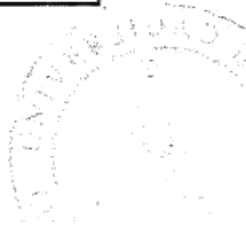
La dominación implica la utilización de conductas orientadas hacia la consecución de los fines propios a expensas de las necesidades, deseos o intereses del oponente (Rahim, 1992). Dentro de la dominación es posible distinguir una amplia variedad de conductas, las cuales van a ser diferenciadas en dos grandes apartados (Van de Vliert y Euwema, 1994): *a*) conductas de lucha directa, y *b*) conductas de lucha indirecta.

Las conductas de lucha directa son acciones que pretenden, de forma abierta, la reducción del nivel de aspiraciones o el incremento en las concesiones del oponente, para lo cual los sujetos pueden optar por una doble vía: *a*) la utilización de conductas que busquen la discusión sobre el origen del conflicto y las actitudes adoptadas por el oponente durante el mismo, y *b*) la realización de acciones orientadas, de manera clara, hacia la consecución de los objetivos, procurando, por todos los medios, lograr los intereses propios e ignorar las necesidades y expectativas del oponente. Conductas como la amenaza, la violencia verbal y/o física entrarían dentro de este segundo punto, mientras que los reproches acerca de las actitudes del oponente durante el episodio del conflicto quedarían enmarcados dentro del primer apartado (Van de Vliert y Euwema, 1994). En la literatura se han descrito un gran abanico de conductas de lucha directa, como la amenaza, la promesa, los compromisos irrevocables, la acusación, la calumnia, la violencia física y/o verbal, etc. (Rubin et al., 1994; Volkema y Bergmann, 1989).

Las conductas de lucha indirecta. Sin salirnos de la propia definición de conductas de dominación propuesta por muchos autores (v. g. Rahim, 1992; Thomas, 1992), es factible la búsqueda de los intereses propios sin considerar los del oponente utilizando respuestas diferentes al mero enfrentamiento directo. Con ello queremos referirnos a conductas como la resistencia activa, el sabotaje, la negación de evidencias, o la utilización de procedimientos, denominadas por algunos autores como conductas de control de procesos (Euwema, 1992; Sheppard, 1984). Al igual que sucede con las conductas de lucha directa, es posible distinguir dos alternativas en las conductas de lucha indirecta. En la primera, denominada por Van de Vliert y Euwema (1994) *resistencia*, el sujeto buscaría, entre otras cosas, obstruir los planes del oponente, hacer observaciones a la espalda del mismo, o

TABLA 2.1
Modelo de Van de Vliert y Euwema (1994)

Conductas de gestión del conflicto	
Evitación	<ul style="list-style-type: none"> — Trivializar. — Hacer preguntas irrelevantes y fuera de lugar con el fin de terminar el diálogo. — Intentar posponer el problema para reflexionar. <p>Ejemplo: «¿Por qué no aplazamos este problema hasta hablar con el cliente?».</p>
Acomodación	<ul style="list-style-type: none"> — Acatar las sugerencias de su oponente. — Actuar como desea el oponente. — Realizar concesiones a la otra parte. <p>Ejemplo: «Creo que tienes razón y sería conveniente hacer lo que dices».</p>
Compromiso	<ul style="list-style-type: none"> — Tratar de encontrar caminos intermedios para avanzar hacia una solución del conflicto. — Proponer soluciones que satisfagan a ambas partes. — Ceder en algunos puntos a cambio de otros. <p>Ejemplo: «Si te disculpas ante el cliente, yo podría hablar con la dirección sobre lo que tú planteas».</p>
Solución de problemas	<ul style="list-style-type: none"> — Buscar información que permita un acercamiento profundo al problema. — Analizar conjuntamente la situación con el oponente. — Integrar las ideas propias y las del oponente para alcanzar una decisión conjunta. <p>Ejemplo: «¿Y a ti qué te parecería si yo hablara con el cliente e intentara arreglar este problema?».</p>
Lucha directa	<ul style="list-style-type: none"> — Discutir abiertamente sobre los temas en conflicto, sus causas y las actitudes adoptadas durante el mismo. <p>Ejemplo: «Estoy perplejo e indignado por tu actitud. No comprendo cómo hiciste esa acción tan extraña».</p> <ul style="list-style-type: none"> — Actuar directamente orientando su actuación hacia la consecución de los objetivos, ignorando las necesidades y expectativas del adversario. <p>Ejemplos: Amenazar, acusar, presionar, utilizar un lenguaje abusivo, agredir verbalmente al otro, hacer comentarios presuntuosos o hirientes.</p>
Lucha indirecta	<ul style="list-style-type: none"> — Poner trabas a los planes de la otra parte. — Desviar conscientemente el asunto en conflicto. — Enfrascarse en asuntos procedimentales. <p>Ejemplos: «Debemos hablar de las reglas, de los procedimientos de asignación de clientes, no acerca de temas tan concretos como los que tú propones».</p>



formar alianzas y coaliciones con una parte externa al conflicto. Bisno (1988) distingue tres tipos de resistencia: el *negativismo*, cuando de manera verbal y no verbal se manifiesta desacuerdo o insatisfacción de manera continuada; la *no-complacencia*, cuando no se coopera con el oponente para llegar a un acuerdo o se ponen trabas para llegar al mismo, y la *prolongación deliberada de la discusión* mediante argucias, evasivas o negaciones. En la segunda, el sujeto puede optar por utilizar el proceso en su propio beneficio, desviando conscientemente el asunto en conflicto, apelando a cuestiones y estrategias procedimentales, lo cual ha sido denominado por diferentes autores como *control del proceso* (Sheppard, 1984; Van de Vliert y Euwema, 1994).

El controvertido papel del estilo de compromiso

La diferencia fundamental entre las tipologías bidimensionales es la ausencia o presencia del estilo de compromiso, el cual algunas lo consideran como conceptualmente similar a la solución de problemas, mientras que otras lo consideran como un estilo diferenciado. En épocas posteriores a la génesis del modelo, se ha encontrado, mediante el escalamiento multidimensional, que el compromiso es un estilo muy cercano a la integración, con lo cual no ocupa de forma empírica el centro del modelo bidimensional (Van de Vliert y Prein, 1989). Estos datos han sido utilizados, por algunos autores, como la justificación empírica de que el compromiso no debe ser un estilo diferenciado dentro del modelo bidimensional. Sin embargo, las tipologías de Rahim y Bonoma (1979), Thomas (1992) y Van de Vliert y Euwema (1994) consideran el estilo de compromiso dentro de su tipología, como un estilo intermedio entre la competición y la acomodación, definiéndolo como un intento de obtener una moderada, aunque incompleta, satisfacción de los intereses de ambas partes. El compromiso sería, para estos autores, diferente conceptualmente a la integración, ya que mediante ésta se pretende que las necesidades de ambas partes estén satisfechas y cubiertas en el resultado final, mientras que con el compromiso se busca satisfacer y no optimizar los intereses de ambas partes (Lewicki y Litterer, 1985).

El compromiso tiene una identidad camaleónica (Van de Vliert, 1997, p. 52), ya que se ubica en la intersección entre las dimensiones integrativa y distributiva de la gestión del conflicto; es una mezcla entre la evitación y la solución de problemas, por un lado, y entre el servilismo y la dominación, por otro. Esto significa que una misma conducta de compromiso puede ser entendida de forma muy diferente en función del nivel de integratividad del contexto negociador. Si la situación se percibe como integrativa, el compromiso no es la opción conductual que permite los mejores resultados; sin embargo, si la situación se percibe como distributiva, el compromiso puede propiciar un equilibrio atractivo para las dos partes (Lewicki y Litterer, 1985; Luque, Medina, Dorado y Munduate, 1998). En nuestra opinión, ésta es una razón suficiente por la que considerar el compromiso como un estilo diferenciado de la integración.

UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

- Lebel, P. El Arte de la Negociación. Barcelona: Ediciones Ceac, p.71-84.



Pierre Lebel

EL ARTE DE LA NEGOCIACION

*Las partes negociadoras
Objetivos de la negociación
Ruptura de la negociación
Problemas personales
El papel de mediador*

ceac

026984

3.5. TRIUNFAR EN UNA NEGOCIACIÓN

Es presentar de manera concisa, hacer evolucionar una situación de desacuerdo hacia una forma de acuerdo con beneficio para las dos partes y satisfacción de ambas.

Ello presenta dificultades de diferentes naturalezas, debido entre otras cosas a que, sobre la negociación, no se tiene necesariamente una percepción conforme a la definición propuesta anteriormente. Estas dificultades tienen causas bastante variables, pero se inscriben en diferentes fases que condicionan la negociación y que corresponden:

- a la preparación;
- a lo vivido de la negociación, a su desarrollo;
- al seguimiento.

3.5.1 Las dificultades

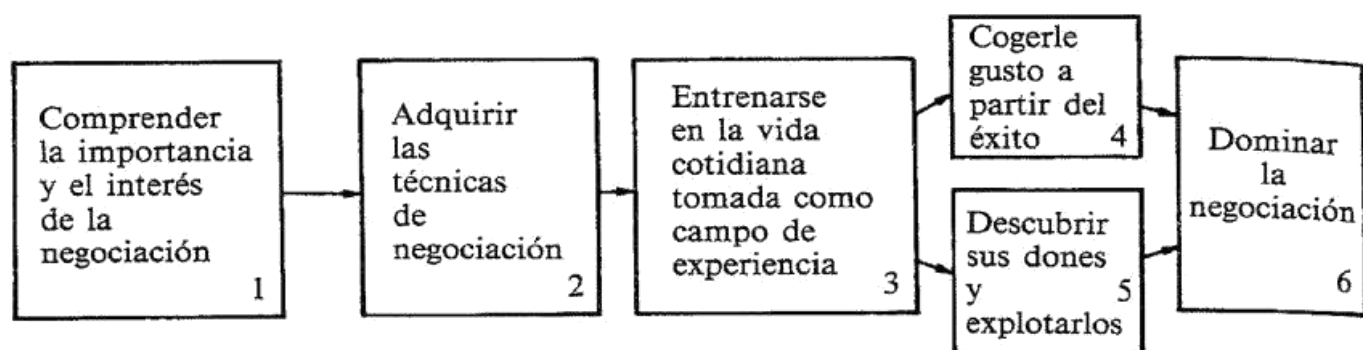
La negociación, que es nuestro pan cotidiano en circunstancias muy variables, domésticas, profesionales, amistosas, comerciales, no ha sabido enseñarnos a negociar mejor.

Entonces, es preciso interrogarse para saber o para comprender por qué negociamos con tan poco dominio de las situaciones, mientras los campos de experiencia para entrenarse son frecuentes y variados. ¿Es debido a falta de gusto por la negociación, a falta de afán de negociar bien? Porque no se ha comprendido su importancia y porque no se ha percibido que existen caminos de negociación que permiten evolucionar hacia la sinergia. No se está sensibilizado sobre lo que representa la negociación y sobre el interés que tiene dominarla bien.

La falta de formación es ciertamente una de las grandes causas de la dificultad para negociar. Practicamos la negociación del mismo modo que dejamos que nuestro estómago se las arregle con lo que ingerimos, sin precauciones y sin higiene particular; faltan las bases educativas que constituirán una plataforma de formación. Para estar dispuesto a aprender, se precisa ya conciencia de nuestro desconocimiento, sin lo cual no surge el deseo de aprender. Estar dispuesto a aprender es reconocer implícitamente que se tiene necesidad de ello y que el aprendizaje es posible. Si no se cumplen dichas condiciones, cualesquiera sean las circunstancias o las oportunidades, nadie puede ser llevado a aprender.

Sin embargo, las ocasiones de negociar no faltan, los terrenos de negociación están a nuestro alcance. Nos es posible experimentar, observar las dificultades y los fracasos, analizarlos, buscar las causas y tomar disposiciones para mejorar.

Así pues, para el aprendizaje de la negociación se puede proponer una trayectoria que sería:



A continuación, se puede hallar una enumeración de dificultades para triunfar en la negociación; son anecdóticas y las han expresado diversas personas en el curso de sesiones de formación para la negociación.

Las causas de las dificultades se reproducen sin orden previo; algunas veces son la expresión de un mismo fenómeno con apelaciones diferentes.

Cada uno puede, por otra parte, a partir de lo que siente o de lo que ha experimentado, completar esta lista.

DIFICULTADES PARA UNA BUENA EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

- ¿Sobre qué se negocia? ¿Se está de acuerdo?
- No se habla de la misma cosa: uno se refiere a lo cuantitativo el otro se refiere a lo cualitativo
- No se tiene el mismo objetivo
- No se quiere negociar verdaderamente (defecto de consenso)
- Temor a perder prestigio
- Impresión de tener razón
- *A priori* sobre la posición del otro (reputación)
- Se juega perdiendo
- Se sospecha que el otro es incapaz de evolucionar
- Poder abusivo
- No se atribuye el mismo significado a las palabras
- Temor al acercamiento y al rechazo
- Falta de confianza en sí mismo
- Desconfianza con respecto al otro
- Rechazo al cuestionamiento
- Falta de respeto hacia el pensamiento del otro
- Pereza: es preciso buscar argumentos
- Deficiente defensa de los argumentos
- Negociación no preparada
- Se informa mal
- No se atreve a exponer sus ideas

- Opiniones muy poco defendidas
- Obstinación
- Orgullo o complejo
- Exuberancia
- Falso desacuerdo
- Ideologías diferentes
- Lugares inadaptados: ruidosos
que recuerdan un status o influencia
- Testigos perjudiciales: que pueden testimoniar
influir
comprometer
- Intereses demasiado poderosos en juego
- Incapacidad para alcanzar la serenidad
- Falta de escucha
- Carencia de objetivos
- Se cree saber negociar
- Ejercicio de poder ilusorio: se equivoca sobre sus propias habilidades
- Error de alguna parte
- Error de identidad de las partes
- La negociación no entra en las costumbres del entorno
- Uno se fía demasiado de su talante natural sin imaginar que puede evolucionar (se tienen reacciones espontáneas que evolucionan con el tiempo)
- Duda en la decisión - retroceso ante la decisión
- Elección de los argumentos
- Expresión de los argumentos
- Temor a responsabilidades contraídas en la negociación
- Falta de apertura
- Desplazamiento de objetivos
- Se acatan los argumentos intelectuales y lógicos sin estar convencido

Sin pretender establecer una tipología completa y justificada, se puede proceder a una clasificación de las grandes causas de dificultades de la negociación:

- *las que provienen de las partes, de sus personalidades y de la confrontación entre ellas;*
- *las que provienen de una falta de comprensión y de dominio de los fenómenos asociados a la negociación;*
- *las que provienen de la estructura, de la organización y del entorno en el cual evolucionan las partes;*
- *las que provienen de la elección de buenos argumentos en sus fondos y en su forma*
- *las que provienen de las responsabilidades a asumir para adoptar la decisión y después de la decisión.*

3.5.2 Etapas a dominar

Es preciso conseguir superar las dificultades correspondientes a lo que ha sido citado espontáneamente por grupos de personas u observado con motivo de sesiones de formación en negociaciones.

Las dificultades pertenecen a tres grandes momentos:

- La preparación, que es todo el estudio de la situación y de las partes en su entorno.
- La negociación en sí, ya se trate de los preliminares, es decir de todo el período de contacto, de búsqueda de puntos comunes, llegando incluso después del consenso hasta el acuerdo sobre objetivos comunes realistas, ya se trate de la negociación propiamente dicha con sus intercambios de informaciones, de ideas y de opiniones con los argumentos, seguida de la optimización y la decisión.
- El seguimiento de la negociación, que es la aplicación de lo que se ha decidido; al final de la negociación, hay un acuerdo en forma de contrato tácito o formalizado y que va a servir de referencia para controlar si se respetan verdaderamente los acuerdos que ponen fin a una negociación.

Los esquemas y conceptos propuestos pueden servir para analizar las situaciones y comprender qué pasa. Comprender es también prever, y en consecuencia ya es dominar en buena parte.

3.5.3 Preparar es prever

CONDICIONES PREVIAS:

El éxito de las entrevistas exige, aun antes de su desarrollo, la satisfacción de cierto número de condiciones previas:

- Escucha mutua.
- Voluntad de respetar al otro.
- Capacidad para hacerse respetar.
- Comunidad de lenguaje.
- Apertura al cambio.
- Estar preparado para la entrevista:
 - Psicológicamente.
 - Intelectualmente.
 - Materialmente.

UN DESARROLLO LOGRADO:

Para que una entrevista tenga éxito, o reúna al menos todas las condiciones para ello, es necesario:

- Prepararse para la entrevista.
- Tener la voluntad de intercambiar (consenso).
- Estar dispuesto a evolucionar.
- Hallar un lenguaje común.

- Tener objetivos.
- Respetar las fases de evolución.
- Informarse y escuchar.
- Respetar la integridad mutua.
- Tener voluntad de acercamiento.
- Tener un sistema institucional de enlace.

CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS:

Antes de abordar una negociación, es preciso a la vez adoptar una actitud y prepararse para un desarrollo que pueda conducir a un resultado positivo para las dos partes.

Esto significa que es necesario interrogarse sobre el marco; las características pueden condicionar el desarrollo.

Es necesario también procurar obtener los elementos importantes concernientes a la otra parte.

Es necesario igualmente discernir la puesta para uno mismo y para la otra parte. ¿Qué puesta puede asegurar cada uno? ¿Qué puesta se va a atrever a hacer cada uno? ¿Qué riesgos se corren con motivo de esta negociación? ¿Qué oportunidades de enriquecimiento pueden esperarse? ¿Qué objetivos escalonados pueden preverse si se trata de una negociación relativa a un conflicto de interés?

Las respuestas indispensables a estas preguntas están fuertemente influidas y ponderadas por los sistemas culturales con los cuales se enlaza la negociación.

POR QUÉ PREPARAR:

Sencillamente porque preparar es invertir para el porvenir, es prepararse para una mejor eficacia.

Pero también para estar seguro de no conducir una negociación inútil, que tenga pocas probabilidades de buen resultado:

- Tratamiento de un falso problema.
- Interlocutor sin poder de decisión.
- Conflicto de opinión muy tajante.
- Objetivos no realistas.

Es preciso estar dispuesto a conceder más importancia al aspecto socioafectivo que al racional, pues la negociación evoluciona mejor en un clima de simpatía que facilite el consenso.

Es preciso estar dispuesto a ayudar a la otra parte a descubrir las ventajas para ella, porque no se convence a alguien, si no se le deja descubrir lo que le proporciona satisfacción, y así crear su propia convicción.

Realmente, uno se ha de preparar para escuchar, aunque para ello es preciso dejar hablar y, por consiguiente, no temer lo que el otro pueda decir. Es posible tener imperfecciones y puntos débiles, pero el otro no tiene por qué descubrirlos necesariamente.

Es posible que lo que uno mismo juzga insuficiente sea superior a lo que el otro espera. Es mejor no trasladar las propias inquietudes al otro.

Preparar es estar sereno, haber previsto las cosas con lo cual es más probable conseguir el éxito.

3.5.4 Conducir es innovar

La misma base de la negociación supone el respeto de ciertas reglas para triunfar que, en un plano concreto, pueden adquirir sencillamente el sesgo de consejos a un negociador.

Estos consejos destacados sin orden preestablecido pueden parecer pueriles algunas veces; a menudo es más fácil enunciarlos que cumplirlos. No obstante, lograrlo producir frecuentemente negociaciones más productivas.

SUSCITAR LA SIMPATÍA Y GANARSE A LA OTRA PARTE:

- ser coherente;
- mostrar un interés positivo hacia el otro;
- hablarle de él;
- dejarle hablar;
- dejar hablar más que interpretar;
- escucharlo y animarlo a hablar de él;
- interesarse sinceramente por su interlocutor y no sólo por sus demandas;
- presentarse para tranquilizar;
- valorizarse para valorizar al otro;
- sonreír y hacer sonreír;
- acordarse de que a todos les gusta oír o leer su nombre;
- hablarle de lo que parece gustarle;
- hacerle sentir su importancia;
- eliminar negaciones, críticas y expresiones peyorativas (pequeño, poco...);
- no atacar ni responder a los ataques;
- probar su propia competencia;
- no parecer más fuerte que el otro;
- parecer franco y... serlo realmente;
- estar firme, seguro de sí mismo;
- reformular los objetivos del posible cliente;
- mantener todo lo posible el dominio de la entrevista.

Nota: Desconfiar de los interlocutores demasiado fáciles pues... se los sigue fácilmente.

PARA SUSCITAR LA CONVICCIÓN:

- procurar prevenir el desacuerdo, aparente, el conflicto, evitar ser afirmativo, exagerado;
- respetar las opiniones del interlocutor –no decirle que está equivocado;
- admitir que uno se equivoca, con buen talante y naturalidad;
- hablar sin excesos, sin brusquedad, con suavidad;
- conseguir un sí a las preguntas formuladas;
- dejar hablar al otro... hasta la saciedad;
- dejarle atribuirse la paternidad de las buenas ideas;
- colocarse en su punto de vista (pero nunca en su lugar);
- adoptar una actitud de escucha-comprensión;
- apelar a actitudes positivas;
- excitar la imaginación;
- utilizar solamente buenos argumentos (uno solo malo contamina todos los otros).

También se puede:

- lanzar un desafío.

PARA «AMOLDAR» A SUS IDEAS:

- introducir el buen vocabulario de su competencia explicándolo;
- hacer alabanzas sinceras;
- señalar los errores únicamente como hechos, explicándolo;
- antes de criticar al otro, criticarse a sí mismo;
- proscribir orden y afirmaciones: sugerir o formular preguntas;
- ahorrar el amor propio – dejar salida – no acorralar;
- rendir tributo a los resultados, a los éxitos, sinceramente;
- merecer una buena reputación;
- conservar objetivos realistas;
- dar ganas de...

LOS 10 MANDAMIENTOS DEL BUEN NEGOCIADOR:

1. *Querer* negociar bien.
2. *Preparar* las negociaciones.
3. Crear un buen *clima* de partida.
4. Obtener el *consenso* por un camino común.
5. Presentarse e *informar*. *Hacer que le informen*. Hablar a su posible cliente de él y de lo que le interesa; conocer las *esperas*; hacer inventario de las *habilidades*.
6. *Confrontar* e *intercambiar* informaciones, ideas, criterios, es decir *negociar*.

7. Saber llegar a una *conclusión* y a una *decisión* que sean realistas y honradas.
8. *Interesarse* sinceramente, de manera positiva por su posible cliente. *Ser auténtico*.
9. Trabajar en *equipo* tomando sus recursos también de los otros, dentro de una ley de intercambio.
10. Saber *explotar* positivamente sus *fracasos*, tanto como sus éxitos.

ÚLTIMA RECOMENDACIÓN:

Es conveniente que cada uno conozca sus puntos fuertes y débiles, que tenga la voluntad de ser auténtico y de respetar al otro.

Con el ánimo así predispuesto, cada uno establece su doctrina y su técnica, ya que es negociando cómo se llega a ser negociador.

Algunas veces, no está claro el modo de aplicar uno u otro de estos consejos. Entonces es preciso tomarse tiempo y estudiar medios de innovación. A menudo en una empresa se quiere buscar la solución a un problema entre varias salidas tan utilizadas que ya se han gastado. Ser buen negociador supone por tanto, capacidad para innovar; es preciso tener imaginación. Ciertamente, ello implica determinadas habilidades pero también el afán y la voluntad de ser innovador. También es la consecuencia de una especie de reflejo y de hábito; hay asimismo una parte de aprendizaje, lo que da ocasión para afirmar una vez más que «negociar bien es algo que se aprende».

3.5.5 Decidir para satisfacer

Ejercer un poder es tan natural como fácil es decidir en nombre del deber y de las responsabilidades. Lo que ya es menos fácil es decidir a sabiendas, es decir útil y eficazmente.

En el caso de negociaciones fracasadas, mal conducidas o inacabadas, un responsable jerárquico puede tener la tentación de justificar una decisión autoritaria con la urgencia.

Sin embargo, es exacto que no siempre es deseable aplazar una decisión. Existen imperativos de plazo o de seguridad que imponen una decisión; sólo parece arbitraria a quienes abusan de su contra-poder para retrasarla.

No obstante, conviene manifestar mucho sentido común y también perspicacia para adoptar una decisión en el curso de negociaciones que tienden a prolongarse.

Tener ánimo de decisión puede:

- dar confianza
- forzar la consideración y el respeto

- asentar la autoridad
- tranquilizar
- galvanizar y suscitar dinamismo

Sin embargo, según el modo en que se adopte esta decisión, ello también puede:

- introducir desconfianza y prudencia
- hacer que se pierda autoridad
- hacer frágil la autoridad
- inquietar
- incitar a la somnolencia

O sea que los efectos pueden ser rigurosamente contrarios.

Podrían analizarse las consecuencias de la ausencia de decisión o de la decisión delegada o negociada para demostrar que aun aquí pueden producirse efectos contradictorios.

Por tanto, es preciso, como en muchos comportamientos, evitar, en el caso de decisiones o de no decisiones, todo exceso repetitivo y puede afirmarse que:

- *la huida ante la decisión* *es mala*
- *la decisión delegada, negociada o concertada* *es buena*
- *la decisión firme y enérgica* *es buena*
- *la decisión autoritaria y tajante* *es mala.*

Lo que cuenta no es tanto la forma de la decisión como el modo en que se la recibe; a veces es consecuencia de una reputación y de la calidad de las relaciones.

En la negociación, cada uno debe asumir realmente sus responsabilidades, pero conviene que se haga sin usurpar las de la otra parte. Algunas veces una decisión imperfecta es mejor que la ausencia de decisión; esto hace avanzar y puede permitir progresar.

Una negociación cuesta cara y dejarla arrastrarse es meterse en un atolladero. La confianza es importante para que el espíritu de decisión pueda ser aceptado.

3.6 LA CULMINACIÓN – CONSECUENCIAS

La negociación no es un fin en sí misma; es una larga fase en un proceso más global que enfrenta, con motivo de una situación particular que debe evolucionar, a dos personas o grupos de personas que tienen enfoques divergentes o simplemente distintos de esta situación.

Al final de la negociación interviene una decisión que puede adquirir diversos aspectos según la evolución del desacuerdo, tal como se ha descrito anteriormente.

Estas evoluciones pueden ser de cuatro naturalezas:

- No se hace nada: es la ruptura bajo diferentes formas o el aplazamiento.
- Uno de los dos impone su decisión: es su dominio con la frustración revanchista del otro.
- El compromiso con diferentes grados de riqueza según que se tome todo o nada de cada uno de los dos puntos de vista.
- La sinergia, fruto de una forma de concertación que permite enriquecer o fecundar uno de los enfoques con el otro.

3.6.1 Ruptura y aplazamiento

Es la evolución del desacuerdo o la conclusión de una negociación cuando no hay ninguna voluntad de acercamiento.

La ruptura con interdestrucción corresponde a la guerra, a lo que sucede cuando las partes han decidido separarse sin resultado, y emprenden acciones para perjudicarse.

Hay un gasto de energía que es puro despilfarro, ya que solamente sirve para hacer la ruptura más evidente y más inevitable.

Sólo es posible hacer que un sistema progrese o evolucione hacia un orden mayor por medio de la aportación de energía; como la guerra no es más que degradación de energía, no sólo no hace progresar un sistema, sino que lo hace retroceder hacia un desorden cada vez más grande.

La ruptura simple es la que se produce cuando una de las partes al menos, estimando que ya no está en estado de proseguir la negociación, decide interrumpirla sin esperanza concreta de reanudarla.

Lo que puede llevar a una de las dos partes a interrumpir la negociación es:

- Temor a ser dominado por el otro en el acercamiento.
- Falta de ganas de acercamiento.
- Carencia de sensación de ser respetado en su integridad.
- Falta de interés por su parte en respetar íntegramente al otro.

La ruptura simple sólo sirve para degradar la situación si ésta se prolonga. Puede cesar si, al evolucionar las circunstancias las dos partes a iniciativa de una de ellas, reanudan la negociación hacia otra forma de evolución. Al no ser verdaderamente una situación estable, tanto puede evolucionar hasta degradarse o hacia una restauración.

El aplazamiento es una forma de ruptura simple provisional con un límite de duración. Se escoge este recurso cuando el acercamiento es imposible pero el respeto mutuo impide optar por la ruptura simple.

La diferencia entre ambos no radica más que en la intención. El aplazamiento está destinado a buscar elementos que puedan permitir el acercamiento; esto no figura en las intenciones de la ruptura.

En la práctica, ambos pueden evolucionar hacia otras situaciones en todo momento. No obstante, en el aplazamiento la reanudación de la negociación es automática después del plazo admitido por las dos partes, mientras que en la ruptura no se produce más que por iniciativa de una de ellas o por un cambio importante de circunstancias.

3.6.2 Los compromisos

No constituyen, como alguien podría complacerse en pensar alguna vez, la única culminación posible de una negociación. Adoptar un compromiso es mantener una fórmula aceptable para ambas partes.

A partir de ahí, son posibles diversas fórmulas:

- No se mantiene más que lo que es estrictamente común a los dos puntos de vista. Éste es el compromiso que deja frustrados a ambos por la no explotación de gran parte de su potencial. En esta fórmula solamente hay perdedores. Por ello, es una situación sin porvenir, con la que sólo es posible contentarse como base de partida que evita la ruptura antes de una nueva forma de negociación.

- Se mantiene todo aquello que no haya sido deliberadamente excluido o rechazado sin apelación por uno u otro. Se tiene, en este caso, otra forma de compromiso, que es el compromiso rico, ya que comprende el máximo de lo que es aceptable por los dos. Quizás haya una menor adhesión, pero el acercamiento de los puntos de vista tiene relación con una mayor cantidad y, por otra parte, el respeto de cada uno por el otro engloba un ámbito más grande. El compromiso rico, comparado con el pobre, corresponde a un mayor acercamiento de las personas y a un mayor respeto de las integridades respectivas. Este tipo de compromiso tiene probabilidades de ser algo más duradero, puesto que se apoya en bases más sólidas. Si cada uno pone algo de su parte, puede transformarse en sinergia, que es el enriquecimiento de una idea por medio de otra. Por el contrario, si una de las partes abandona la defensa de sus ideas, se cae en un sistema de dominio-frustración.

- Otra forma de decisión consiste en decir: «Se adopta provisionalmente todo lo que contiene cada posición, se las experimenta para medir los efectos.» Es una actitud destinada a complacer momentáneamente a cada uno, pero no arregla el desacuerdo. Sin embargo, después de la experimentación, puede proporcionar elementos que enriquezcan las aportaciones de información o los argumentos en las fases correspondientes de la negociación. Está compuesta por acumulaciones. Es costosa porque, a falta de saber cuál acción concreta se ha de emprender, se adoptan dos a la vez o alternativamente, lo cual es una razón más para no seguir este camino.
- Un compromiso muy singular es el denominado tercera vía. Es el que se produce cuando las dos partes no hallan terreno de entendimiento en el seno de sus respectivas posiciones y, para evitar la ruptura, deciden adoptar una posición que no desagrade a una ni a otra. Esto puede ser también el recurso al arbitraje que, a menudo, se acepta sin satisfacer ni a uno ni a otro. Esta tercera vía puede ser duradera, si se acepta, y evitar el conflicto.

Entre estos compromisos, por tanto, se puede considerar que:

- El compromiso rico puede ser duradero si cada uno hace esfuerzos para mantenerlo en un alto nivel.
- La tercera vía puede ser duradera si cada uno la acepta y si ello hace desaparecer el conflicto.
- El compromiso pobre no puede durar porque deja insatisfechas a ambas partes.
- La acumulación de las dos posiciones no puede durar, porque no arregla nada y es costosa.

3.6.3 El dominio – Frustración

En una negociación, el desenlace puede producirse por la toma de decisión de quien detenta el poder, en nombre de las responsabilidades que debe asumir. En este caso, cualquiera que sea el fundamento de dicha decisión, quien la sufre la considera autoritaria. Se soporta ocasionalmente, pero en menor grado cuando tal actitud adquiere visos repetitivos y se siente como algo excesivo.

Una decisión impuesta, aun cuando sea buena, es mal recibida y, por tanto mal aplicada por quienes tienen la impresión de sufrirla y no

creen en ella. El dominio es ciertamente una actitud de acercamiento, pero dentro de una total falta de respeto a la integridad de una de las partes.

Por tanto, lo único posible es dirigir una recomendación a quienes creen estar obligados a decidir solos y a imponer su decisión frente a la imposibilidad de hallar una posición de acuerdo:

«Pregúntese sobre el correcto fundamento de la decisión en solitario; si esta vez está convencido de que no hay otra solución, procure que ello no suceda con demasiada frecuencia.»

Si el poder detentado por quien se impone es grande, no temerá nada, pero será mejor que no se halle nunca en situación de debilidad frente a sus interlocutores revanchistas. Es una actitud que no hay que rechazar, pero debe considerarse sólo en situaciones excepcionales o de urgencia. En caso contrario, se corre el riesgo de evolucionar hacia una ruptura no controlada con voluntad de perjudicar y de destruir, por parte de quien se siente frustrado.

3.6.4 La sinergia

Hay poco que decir, porque ésta es la situación ideal a alcanzar si se sabe a la vez:

- Actuar con sentido de acercamiento.
- Tener una gran voluntad de respeto mutuo.

Ello exige que se negocie con ideas y con criterios, pero sin *a priori* de decisión. Es necesario estar dispuesto a:

- Aportar lo que se posee, hacer esfuerzos hacia el otro; esto es espíritu de generosidad.
- Aceptar recibir del otro, admitir que él también posee una parte de la verdad; esto es espíritu de modestia.

La sinergia no exime de esfuerzos para mantener este alto nivel de enriquecimiento del uno por medio del otro. Mantener esta actitud permanentemente impedirá tener la sensación de realizar esfuerzos sobrehumanos.

3.6.5 El contrato de cierre

Una negociación culmina en una decisión que puede ser una ruptura o una acción a emprender.

Esta acción forma parte de un contrato, cuyos elementos se estudiarán detalladamente en el capítulo dedicado a la conceptualización.

Todo debe hacerse al final de la negociación para que el contrato pueda ser respetado.

Un contrato se establece siempre en función de las circunstancias, y es conveniente poder modificar sus términos si éstas evolucionan de manera importante. Esto se denomina cláusulas de rescisión de contrato; se llama también ruptura por parte de cualquiera de los dos interlocutores o por las circunstancias. Puede tratarse solamente de una suspensión o de una modificación de uno de los elementos del contrato.

Si una de las dos partes decide unilateralmente no respetar los términos de un contrato, la otra parte, en caso de considerarse perjudicada, puede ejercer un recurso ante una jurisdicción competente para pedir reparación, ya que un contrato se establece necesariamente según las normas de un código.

Es el caso *de los seguros*
del comercio
del trabajo
de los transportes
etcétera.

Al término de una negociación, existe un acuerdo que responde a todas las reglas de un contrato:

- se refiere a un tema particular
- se pacta entre las partes
- responde a un objetivo
- supone aportaciones mutuas
- tiene límites de aplicación
- está limitado en su duración
- prevé cláusulas de transformación
- está protegido por un código.

UNIDAD II: ARBITRAJE – JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

- Ledesma Narváez, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.31 y s.s.

Marianella Ledesma Narváz

JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE

TERCERA EDICIÓN



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Ingresamos a un tema nada pacífico en la doctrina pero que en el escenario nacional ha sido definido a partir de los precedentes vinculantes que ha fijado el Tribunal Constitucional en la STC 6167-PHC-Lima. A continuación presentaremos las principales teorías que intentan justificar la naturaleza del arbitraje.

Teoría contractualista

Considera que el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, lo que permite que esta institución surja y se desarrolle. Su origen contractual reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato. En igual sentido, Feldestein y Leonardi señalan que la base y el sustento del arbitraje es el contrato:

Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, han convenido también el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada porque se origina en un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y por detrás encontramos, básicamente un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual (Feldestein & Leonardi, 1998, p. 11).

El TC peruano⁹ ha señalado que la noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal «a» de la Constitución y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes: una negativa, en cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas; y una positiva, en cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición. En esa línea encontramos opiniones como las de Rubio Guerrero (2007, p. 10), quien considera que se debe reconocer que el arbitraje proviene de un contrato y que los árbitros tienen la misión de dirimir la controversia.

A pesar de que Roca Martínez no asume expresamente al arbitraje como contrato, señala —bajo una posición estrictamente privada— que el arbitraje

[...] no supone actuación jurisdiccional sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan.

⁹ Ver numeral 16 de la sentencia del TC recaída en el proceso, STC 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverry con la 4^o Sala Penal con reos libres de la Corte de Lima.

De ello se derivan importantes consecuencias como son: a) la inexistencia del delito de falso testimonio en el arbitraje; b) la configuración de la impugnación del laudo como acción autónoma de nulidad; c) la imposibilidad de que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad; d) la inexistencia de deber de abstención de los árbitros y la subsanabilidad de las causas de recusación, etcétera (Roca Martínez, 1992, p. 80).

Además, añade que los efectos que produce el convenio arbitral se proyectan tanto sobre las relaciones obligatorias que genera entre las partes como respecto a la actividad jurisdiccional, que es excluida temporalmente en virtud de la excepción de convenio arbitral (p. 80)¹⁰.

Según esta posición, en el arbitraje no hay ejercicio de función jurisdiccional porque los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales. Si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros no pueden en absoluto hacer lo segundo; y, aunque sin duda hacen lo primero, es decir, juzgan, el laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces estatales —en el aspecto formal— para validarlo (Roca Martínez, 1992, p. 80). Apreciamos, pues, sustanciales diferencias entre el árbitro y el juez estatal en la posición contractualista del arbitraje. El árbitro es un sujeto privado, mientras que el juez estatal es un funcionario público. El primero tiene libertad para rechazar la designación, el segundo no. La investidura de los árbitros tiene su origen en el acuerdo de las partes, la de los jueces proviene de la ley. La importancia de la claridad de su aceptación no puede dejar de ser resaltada, puesto que desde el momento en que los árbitros aceptan su misión adquieren la calidad de jueces privados, contrayendo determinados derechos y responsabilidades, y se produce la inhabilitación de los jueces estatales para conocer el conflicto.

Teoría jurisdiccionalista

Frente al criterio contractual del arbitraje se opone la teoría jurisdiccionalista, la cual considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada¹¹. Para Morello,

¹⁰ La renuncia implica la búsqueda de un mecanismo de solución de controversias esencialmente privado, en la medida que tiene como origen la voluntad de las partes, lo que además les otorga plena libertad de decidir respecto de las personas a quienes van a confiarles la solución de sus controversias y de establecer el procedimiento más flexible y expeditivo, el cual les permitirá obtener una decisión mas eficaz y pronta.

¹¹ Artículo 59 de la LGA: «Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60º y 61º. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección».

«si bien es cierto que el arbitraje reviste un componente esencial y determinantemente contractualista que conforma a su naturaleza jurídica, también lo es que reviste un componente jurisdiccional en cuanto la sentencia arbitral está equiparada a la sentencia judicial en sus efectos más marcables: eficacia de la cosa juzgada y ejecución judicial» (Morello, 1990, p. 213).

Otras opiniones sostienen que el arbitraje es jurisdiccional debido a que su eficacia no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas; sin duda, dicha voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero, una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley¹². Como dice Santos Balandro, «el compromiso arbitral es un pacto procesal que autoriza a los árbitros para actuar en derecho como si fueran órganos jurisdiccionales del Estado, no difiriendo el proceso arbitral del proceso común en cuanto los presupuestos de este se extienden a aquel: los árbitros no son mandatarios de las partes, y deben en el desempeño de su función proceder con la misma autoridad que los jueces» (Santos Balandro, 2002, p. 97). Para dicho autor, los árbitros tienen la calidad de funcionarios judiciales desde que el juicio arbitral ha sido creado como una jurisdicción especial que les confiere la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y las sentencias deben ser obedecidas como si emanasen de los jueces ordinarios; sin embargo, a diferencia de los jueces estatales, la calidad de la que están investidos es esencialmente fungible, cesa una vez dictado el laudo, transformándose a partir de ese momento en simples particulares. Y aún más, sus atributos están adjudicados para ser desempeñados en un litigio específico. Tampoco en este aspecto se parecen a los jueces estatales, quienes están dotados de una competencia general. Fungibilidad y especificidad son las dos características que señalan el ejercicio de la función jurisdiccional de los árbitros (p. 97).

Otras posiciones sostienen que el arbitraje es jurisdiccional por el rol de subsidiario, complementario o revisor que asume la jurisdicción frente a las situaciones que se desencadenen en el procedimiento arbitral. Sin desconocer su origen contractual, su eficacia no puede lograrse sin la intervención de la jurisdicción. El desarrollo del procedimiento arbitral puede experimentar diversos quiebres, frente a los cuales ingresa la jurisdicción para restablecer el desarrollo del procedimiento arbitral. Esta intervención se orienta a dar eficacia al procedimiento arbitral; sin embargo,

¹² Véase en ese sentido la redacción del artículo 139 de la Constitución y la STC recaída en el Exp. 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverry con la 4º Sala Penal con reos libres de la Corte de Lima.

dicha intervención no ingresa al contenido del arbitraje porque es exclusiva de los árbitros. Ante los diversos puntos de quiebre en el procedimiento arbitral, la jurisdicción asume diversos roles frente al arbitraje, como el auxilio o asistencia a los árbitros para el acopio de medios de prueba¹³; el aseguramiento de bienes y medios de prueba¹⁴; la ejecución de laudos arbitrales y medidas cautelares dictadas en sede arbitral¹⁵; y en el control poslaudo sobre la validez formal del procedimiento arbitral y del laudo¹⁶.

Roca Martínez (1992, p. 73), en relación a las vinculaciones del arbitraje con la jurisdicción, señala que aun configurándose como alternativa a los tribunales, puede necesitar de la intervención de estos a instancia de las partes o de los árbitros, ya sea para su iniciación o en diversas fases del mismo. Para dicho autor las posibilidades de intervención jurisdiccional en el arbitraje son las siguientes: formalización judicial del arbitraje cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros o, en general, en la iniciación del arbitraje; auxilio judicial para la práctica

¹³ Una de las etapas más importantes del procedimiento arbitral es la probatoria. Pero, para hacer realidad los medios de prueba, se requiere la intervención de la jurisdicción cuando el arbitraje se vuelve inoperante, sea porque existe renuencia del obligado a aportar el medio probatorio admitido o porque la ubicación del medio de prueba supera la competencia territorial del tribunal arbitral. En esos supuestos, el artículo 40 de la derogada LGA señalaba que: «el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir auxilio judicial para la actuación de pruebas». Para el acopio del medio probatorio resulta competente tanto el juez de paz letrado o el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar el medio probatorio. El actual texto del inciso 1 del artículo 8 del D.L. 1071 dice: «Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable».

¹⁴ El procedimiento arbitral no se agota en un instante, sino responde a una serie de actos o secuencias que se desarrollan en un tiempo determinado. Para contrarrestar los efectos que pueda generar el tiempo frente al resultado del procedimiento, existe la posibilidad de asegurar la eficacia del laudo.

¹⁵ Una de las clásicas expresiones que se ha utilizado para justificar el carácter jurisdiccional del arbitraje radica en la necesidad de la intervención de la jurisdicción cuando el obligado se resiste a cumplir las prestaciones dispuestas en el laudo. En caso los árbitros no cuenten expresamente con facultades de ejecución, como señala el artículo 9 de la LGA, se recurre al proceso de ejecución para la satisfacción forzada de la condena, para lo cual el laudo se constituye en título de ejecución, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 688 del CPC. El inciso 3 del D.L. 1071 señala que para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

¹⁶ La impugnación es un mecanismo de control que verifica la validez del laudo. Esta impugnación opera por la vía recursiva. El artículo 63 del D.L. 1071 regula, en sus siete incisos, *numerus clausus*, las causales para dicha nulidad. Este control opera a pedido de parte. Sin embargo, cuando se afectan las materias inarbitrables, el juez de oficio procede a declarar la nulidad de este. El inciso 4 del artículo 8 del citado D.L. 1071 señala que «para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje».

de pruebas que los árbitros no puedan practicar ellos mismos; adopción de medidas cautelares antes de la incoación o durante la sustanciación del procedimiento arbitral; impugnación del laudo arbitral a través del denominado recurso de anulación o a través de la revisión; adopción de medidas cautelares durante la pendencia del recurso de anulación frente al laudo; ejecución forzosa del laudo; y *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros.

Existen diversos momentos para la medida cautelar. No solo se dicta en el procedimiento arbitral ya iniciado, sino que puede darse aun sin haberse iniciado el procedimiento arbitral, en cuyo caso corresponde al juez ordinario dictar dicha medida. Situación contraria sucede cuando ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, porque en ese supuesto la medida cautelar solo le corresponde a los árbitros. El artículo 79 de la LGA derogada regulaba precisamente las medidas cautelares dictadas en sede judicial y el artículo 81 en sede arbitral. A pesar de que la medida cautelar es dictada por los árbitros, la LGA facultaba que para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario para adoptar las medidas. El inciso 2 del artículo 2 del vigente D.L. 1071 señala que para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se recurrirá a tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable en que la jurisdicción ingresa al procedimiento arbitral, para evitar su entrapamiento y permitir su eficacia en la solución del conflicto.

Vemos pues que la actividad arbitral no se desarrolla de manera aislada con respecto a la intervención de los jueces; por el contrario, hay puntos de contacto que la propia ley arbitral regula y cuya competencia de los jueces aparece contenida bajo los alcances del art. 8 del D.L. 1071. La intervención de los jueces en el arbitraje asume diversos roles que, para Chocrón (2000), pueden presentar un carácter subsidiario, un carácter complementario o bien un carácter revisor (pp. 197-198). En el primer caso, responde a la formalización judicial del arbitraje destinada a la designación de árbitros cuando no hay acuerdo de las partes al respecto, disponiendo el juez de diversos mecanismos para conseguir la designación de árbitros. También reafirma el carácter subsidiario el tema del auxilio judicial en materia de prueba, al permitirse pruebas que los árbitros no puedan realizar. Esta intervención para Chocrón «puede ser interpretada como manifestación de un “principio de colaboración” entre órganos destinados a una función común cual es la resolución de conflictos, haciendo una aplicación extensiva de la llamada cooperación jurisdiccional».

El carácter complementario se produce en los supuestos en que la intervención de la jurisdicción es una condición *sine qua non* para conseguir un determinado resultado. Ahora bien, la intervención se produce ya no sobre el procedimiento arbitral sino sobre el propio laudo, como sucede en la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo¹⁷. Subraya Chocrón que las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje, que califica como de carácter complementario, «se produce en aquellas parcelas en las que se requiere *imperium* o *potestas* de la que carecen los árbitros a los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la coacción, la fuerza o imposición que implican determinadas actividades (léase ejecución forzosa) escapan a la *auctoritas* de los árbitros y es por ello que se produce la intervención de los Tribunales del Estado» (Chocrón, 2000, p. 210).

El carácter revisor regula el recurso de anulación del laudo con el fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido por la ley y que el laudo no sea contrario al orden público. Este recurso «no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución» (Chocrón, 2000, p. 211).

Para otras opiniones, el carácter jurisdiccional del arbitraje equipara al árbitro al juez en su función decisoria; ello subraya la equivalencia entre la sentencia y el laudo. Sostienen esta tesis Feldestein y Leonardi (1998), para quienes la esencia del arbitraje se encuentra en la misma identidad de fondo que la función jurisdiccional otorgada a los tribunales ordinarios (p. 11). Señalan los autores que esta postura se apoya en cuatro aspectos: la existencia de una controversia o conflicto; el recurso a un tercero para que lo resuelva; que se constituya un proceso; y la *Kompetenz-Kompetenz*¹⁸ consagrada por ley. Las consecuencias que derivan del carácter jurisdiccional llevan a asimilar al árbitro con el juez; a sostener que el laudo es un acto de jurisdicción de origen privado; que los hombres comunes verán limitadas sus posibilidades reales

¹⁷ Es importante precisar que el comentario de Chocrón es realizado bajo el contexto de la legislación española, donde los árbitros no están facultados para adoptar medidas cautelares sino los jueces estatales. Señala la autora que puede deducirse que la ley especial no prevé la adopción de una medida cautelar en tramitación del procedimiento arbitral, reservando esta posibilidad para cuando el laudo se halle en fase de recurso; y que se reconoce a los árbitros la facultad para decidir las controversias que les han sido conferidas pero no la facultad de ejecutar sus decisiones, por ser esta una materia reservada exclusivamente a los tribunales del Estado. El árbitro, al no poder llevar a cabo actividad ejecutiva alguna, tendría vedada también la ejecución anticipada que conlleva la adopción de una medida cautelar.

¹⁸ Esta última facultad, de resolver su propia competencia, excluye la concepción contractualista, ya que el contrato no podría dar razón de esa capacidad exclusiva del árbitro frente a la parte.

de crear las normas que los rijan; y a consolidar la formación de normas heterónomas, emanadas de los órganos del Estado, restando a los particulares posibilidades de regulación autónoma.

Teoría ecléctica

Las posiciones contrapuestas de la teoría contractualista y jurisdiccionalista han sido acogidas por una teoría mixta, intermedia o ecléctica, que considera al arbitraje como una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos. Destacando este carácter, se dice que el arbitraje es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, o es calificado como un equivalente jurisdiccional.

Es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral o la del vínculo que une a los árbitros con las partes; pero, junto a ello, concurren también otras normas de naturaleza procesal, como las que regulan la formalización judicial del arbitraje, el control formal del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica, en el sentido de que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes —principio de autonomía privada—, porque ello fundamenta la constitucionalidad del arbitraje así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de este. Algunas opiniones incluso llegan a sostener que «el contrato de arbitraje genera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada aunque sometida a efectos de legalidad al control de los jueces y tribunales estatales» (Cremades, citado en Feldstein & Leonardi, 1998, p. 33).

La intervención que recibe de la jurisdicción, sea bajo un rol subsidiario, complementario o revisor, no implica que la actividad que desarrollan los árbitros se torne jurisdiccional; todo lo contrario, esos puntos de conexión, que se puedan dar desde la jurisdicción hacia el arbitraje, reafirman la posición de monopolio de la función jurisdiccional del Estado. Como hemos señalado anteriormente, para Chocrón (2000) las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje son complementarias, debido a que los árbitros requieren necesariamente de la intervención de los tribunales del Estado (p. 210). Esto nos lleva a reafirmar dos ideas centrales: el arbitraje tiene un origen contractual pero una eficacia jurisdiccional; y, la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional sino es expresión de la autonomía de voluntad de las partes, pues no tienen la fuerza para la ejecución y están sujetos al control de la jurisdicción.

Frente a las diversas posiciones que se esgrimen sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, podemos sostener que nuestro sistema jurídico asume la teoría jurisdiccionalista

a partir de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado —que considera excepcionalmente al arbitraje como una expresión de jurisdicción—, así como del precedente vinculante que sobre el particular ha realizado el TC¹⁹, al considerar que «la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal “a” de la Constitución, sino que tiene su origen y su límite en el artículo 139 de la misma Carta»²⁰. En el precedente 12 el TC reafirma el carácter jurisdiccional del arbitraje en los siguientes términos:

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Por nuestra parte, discrepamos con dicha posición. Reconocemos que el arbitraje tiene un origen contractual, pero la eficacia de la actividad arbitral es jurisdiccional. No consideramos que la redacción de la fórmula que consagra el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución sostenga el carácter jurisdiccional del arbitraje²¹. Una interpretación no adecuada sobre el particular viene impulsando una afirmación en ese sentido, tal como explicamos en este trabajo; sin embargo, reconocemos que el arbitraje por sí solo no es eficaz.

¹⁹ STC 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverri con la 4° Sala Penal con reos libres de la Corte de Lima.

²⁰ En el precedente 11 de la citada STC 6167-2006-PHC-Lima se dice: «La jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales».

²¹ Se pronuncia en igual sentido Frank García Ascencios (2013), quien señala con convicción que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional. Compartimos este criterio.

Para cumplir su cometido, la actividad arbitral requiere la intervención de la jurisdicción, de tal manera que el arbitraje se va a vincular con la jurisdicción a través de diferentes momentos: para apoyar con el acopio de elementos de prueba, sea durante el procedimiento arbitral e inclusive antes del inicio de este; para asegurar la eficacia de la decisión final de los árbitros al permitir la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los árbitros o por los propios jueces estatales; al ejercer una función contralora sobre la actividad de los árbitros en el procedimiento arbitral; y por último, al permitir la ejecución del laudo arbitral ante la resistencia del condenado. En otras palabras, reconocemos que el arbitraje tiene un origen contractual pero una eficacia jurisdiccional y que la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional sino expresión del principio de la autonomía privada de las partes. La actividad arbitral precisa ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia, y en definitiva, a través de ellas se va a obtener un título de ejecución²² que va a permitir acudir al juzgado a solicitar su ejecución, siendo el derecho procesal quien otorga tales garantías.

Junto al derecho fundamental de pedir tutela judicial efectiva coexiste otro derecho, el de terminar nuestras controversias haciendo uso del arbitraje. No se trata de opciones antagónicas, sino que, contrariamente, son vías que se complementan para conseguir un bien común: la solución de conflictos. El hecho de que exista conexión entre la actividad privada desarrollada en el arbitraje y la actividad que desarrollan los órganos jurisdiccionales del Estado no implica que se atribuyan los efectos de un acto por su parecido.

En ese sentido, sostenemos que la jurisdicción y el arbitraje no son antagónicos sino complementarios. La justicia estatal —como la arbitral— no se encuentra en situación de conflicto; el éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías se logra tan solo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia. Ambas formas o modalidades se necesitan mutuamente para poner fin a las disputas.

Además, se debe enfatizar que la eficacia jurisdiccional que se otorga al arbitraje no se sustenta en el quehacer de los árbitros sino en los atributos de la propia jurisdicción, que se traslada hacia el arbitraje. El éxito del arbitraje se aprecia por el auxilio que le brinda la jurisdicción. Aparentemente, esta intervención podría llevar a una confusión de roles, porque quien brinda ese apoyo jurisdiccional es el juez estatal y no el árbitro; entonces, ¿qué atributo jurisdiccional se puede atribuir a los árbitros? Ellos, careciendo de los atributos de la *vis* compulsiva, están a la expectativa de lo que pueda brindarle la jurisdicción para el éxito de la actividad arbitral.

²² Ver inciso 2º artículo 688 del CPC.

Sencillamente, hay que reconocer el origen contractual del arbitraje bajo una eficacia jurisdiccional. La actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional sino expresión de la autonomía privada de partes. Por ello, la actividad arbitral se complementa con la intervención de la jurisdicción para colaborar con el éxito en la misión asumida. Esto no significa que el carácter privado del arbitraje se altere y se convierta a una actividad estrictamente jurisdiccional, ya que los árbitros jamás podrían ejercer dichos atributos pero sí beneficiarse con ellos bajo la intervención colaboradora de la jurisdicción.

3. ¿FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE?

Intentar una definición sobre jurisdicción nos remite a tantas acepciones como percepciones se pueda tener de ella. Existen diversos trabajos (Couture, 1977, pp. 27-55; Devis, 1994, pp. 77-107; Monroy Gálvez, 1996, pp. 203-244) que advierten en el lenguaje jurídico los distintos significados que se presentan sobre jurisdicción y que, según Couture²³, se pueden resumir —por lo menos— en cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y como «función pública de hacer justicia», siendo esta última —la jurisdicción como función— la acepción que se asume, pues no se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público, ya que la función jurisdiccional asegura la vigencia del Derecho.

Los preceptos legales serían ilusorios si no se hicieran efectivas —en caso de desconocimiento o violación— las sentencias de los jueces. Si bien la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado, sin esa función este no se concibe como tal. Por otro lado, debe apreciarse a la función jurisdiccional como un deber, en atención a que si bien se ha privado a los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, en sustitución a ello el orden jurídico les ha investido del derecho de acción delegada y al Estado del deber de la jurisdicción.

La jurisdicción es definida por Couture como la «función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución» (Couture, 1977, p. 40).

²³ Couture considera que la noción de jurisdicción como poder es insuficiente, ya que la jurisdicción es un poder-deber. Junto a la facultad de juzgar, el juez tiene el deber administrativo de hacer cumplir la resolución. El concepto de poder debe ser sustituido por el concepto de función (1977, p. 27).

En cuanto a la naturaleza de la jurisdicción, esta puede ser considerada, según Devis (1994, p. 80), en un doble aspecto: como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares; y como una obligación jurídica del derecho público del Estado de prestar sus servicios para esos fines. De esta obligación se deduce el derecho subjetivo público de toda persona de recurrir ante el Estado a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante el ejercicio de la acción, para que se tramite por el juez.

Señala Devis que la jurisdicción presenta las siguientes características: es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente; es exclusiva, en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla debido a que cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de los otros; e independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares (Devis, 1994, p. 79). Es también única, es decir que solo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de este; pero suele hablarse de sus varias ramas para indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre diversos órganos y funcionarios especializados para el mejor cumplimiento de sus fines.

En el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción están investidas de ciertos poderes que pueden comprenderse en cuatro grupos.

- a) Poder de decisión: por medio del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia o hacen o niegan la declaración solicitada. Sus efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.
- b) Poder de coerción: con el cual se procuran los elementos necesarios para su decisión, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a una mínima proporción. Gracias a este poder, los jueces pueden imponer sanción a los testigos que se nieguen a rendir declaraciones o a quienes se opongan al cumplimiento de sus diligencias; pueden también sancionar con arresto a quienes les falten al respeto en su condición de jueces y expulsar del despacho a las personas que entorpezcan su trabajo; y pueden, finalmente, emplear la fuerza pública para practicar un embargo u otra medida cautelar, o para conducir a su presencia al testigo resistente.
- c) Poder de documentación o investigación: es decir, decretar y practicar pruebas.
- d) Poder de ejecución: que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción e incluso de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley asigne ese mérito:

Otra clasificación sostiene que los árbitros tienen una actividad limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces ordinarios agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. Por ello, los jueces pueden ser requeridos desde la iniciación del arbitraje —medidas cautelares— hasta su finalización —ejecución del laudo arbitral—. Esta limitación a las facultades de los árbitros es coherente y prudente bajo el ordenamiento jurídico, ya que los árbitros dependerán de la aceptación por las partes del laudo o del control posterior del juez que lo imponga. En ese sentido, los jueces brindan el auxilio de la jurisdicción no solo al cumplimiento de los actos procesales sino para evitar los desvíos en que los árbitros incurran, como en el caso de declarar nulo el laudo frente a materias inarbitrables²⁴.

Para nuestro sistema jurídico nacional, la definición de jurisdicción parte de lo establecido en la Constitución Política del Estado, que en el inciso 1 del artículo 139 consagra «la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

Basta la lectura del citado párrafo para apreciar que las categorías que se acogen en esta fórmula legal no son las mismas. Una idea es «función jurisdiccional» y otra «jurisdicción». Estas categorías han sido involucradas en la redacción del texto legal en un sentido distinto. La unidad y exclusividad son propias de la función jurisdiccional que ejerce el Estado. Estas características no pueden ser extensivas a la idea de jurisdicción, pues ellas deben ser apreciadas como una expresión de la competencia material, a tal punto que incluso en el caso del arbitraje se podría hablar de la derogación de competencia o desplazamiento de la competencia por arbitraje.

Lascano (1941) establece la vinculación entre jurisdicción y competencia así: «Técnicamente la jurisdicción es una función y la competencia la aptitud para ejercerla; aquella supone una actividad, esta una facultad, o si se quiere, un poder para desarrollarla» (p. 216). Precisa que la competencia es un concepto relacionado con el sujeto que ejerce la jurisdicción; esta, en cambio, tiene que ver con la actividad que desarrolla el sujeto que la ejerza. La competencia supone necesariamente más de un sujeto con capacidad para ejercer la jurisdicción; esta puede existir con solo un órgano que lo ponga en movimiento. En realidad, la competencia delimita o regula las relaciones de los tribunales entre sí, en lo que al ejercicio de la jurisdicción se refiere. Asume que la potestad jurisdiccional no es fraccionable, en el sentido

²⁴ Esta posibilidad también aparecía recogida en el inciso 7 del art. 73 de la Ley 26572 derogada. «No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1o. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

de que conserva toda su fuerza, cualquiera sea el juez que la ejerza; se posee en toda su extensión o no se posee, porque el poder jurisdiccional, como todo poder, es uno e indivisible; solo cuando se tiene todo ese poder es cuando la jurisdicción funciona, y es evidente que el que tiene competencia puede desarrollar la actividad jurisdiccional, que es siempre la misma, cualquiera sea el órgano que la ejerza.

Bajo las ideas que expone Lascano podríamos rechazar de plano la existencia de una jurisdicción militar y arbitral, pues la potestad jurisdiccional no es fraccionable; se posee o no se posee; por tanto, es una ficción que los árbitros tengan ese poder, pues tienen una apariencia de este. Prueba de ello es que sus mandatos no tienen coerción ni ejecución propia: cuando se requiere de fuerza tienen que vincularse con la jurisdicción para dar eficacia a sus decisiones. Hay una restricción en ese poder, en ese ejercicio de funciones calificado de jurisdiccional, que no permitiría atribuirse al arbitraje una expresión de función jurisdiccional. Agrega Lascano: «1º el Estado considera la función jurisdiccional como propia de su soberanía, y siendo así, no puede ser compartida por los particulares; 2º porque al reducir la materia objeto de la actividad de los árbitros, quita a esta todo carácter jurisdiccional, puesto que es la esencia de la jurisdicción amplia e ilimitada como la soberanía de que emana; 3º porque no reconoce a los árbitros las facultades o poderes indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional; y 4º porque considera al arbitraje como un asunto exclusivamente privado, no admitiendo en ningún momento carácter público al árbitro ni a los actos de este» (Lascano, 1941, p. 153).

Coincidimos con la opinión de Monroy Gálvez, quien considera que la acepción de jurisdicción, utilizada para nombrar a la actividad en el fuero militar y en el arbitral, no se ajusta al concepto de función jurisdiccional; se trata de un uso incorrecto del concepto (1996, p. 230). También afirma que la jurisdicción militar y la arbitral son, en estricto, expresiones de una competencia material exclusiva la primera y de un procedimiento de heterocomposición en el caso de la segunda. En esa misma orientación, Quiroga considera que «Se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación» (Quiroga, 1987, p. 128).

Landa, al referirse al arbitraje lo califica como una jurisdicción de excepción. Señala que «si bien la Constitución consagra los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que evocan la existencia de un sistema jurisdiccional unitario, de ello no se desprende que el Poder Judicial sea el único encargado de ejercer dicha función, puesto que ello implicaría negar el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones, de la jurisdicción especializada del fuero militar y, por extensión, del arbitraje» (Landa, 2007, p. 32).

Frente a esta aseveración sostenemos que el Poder Judicial no es el único encargado de administrar justicia, pues a ella concurre la actividad de los privados a través de los medios alternos al sistema judicial, la justicia comunal, e inclusive se incorpora a dicha tarea el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la actividad arbitral y militar. Sin embargo, lo que está en discusión es si ellos ejercen una «función jurisdiccional» en sus intervenciones. No hay que confundir función jurisdiccional con jurisdicción, entendida esta última como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones requiere. El propio mandato constitucional es claro en afirmar la unidad y exclusividad de la «función jurisdiccional», pero no de la jurisdicción, pues ella está repartida como expresión de competencia en los diversos ámbitos especializados del ejercicio del poder. Como lo señala García Toma, la jurisdicción constitucional supone la imagen de un «guardián de la constitucionalidad» y está orientada a la racionalización del ejercicio del poder, la supremacía constitucional, la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y la acción interpretativa e integradora de la Constitución (García Toma, 1999, p. 324). Considera García Toma que «la existencia de la jurisdicción constitucional se justifica en razón de tres consideraciones: a) revisar la inquietante y creciente “voracidad” legislativa de los órganos estatales; b) la vigorosa defensa de los derechos fundamentales como valladar frente al abuso y la arbitrariedad estatal; y c) por la necesidad de integrar las lagunas constitucionales» (p. 324).

Frente a este panorama, el TC ha reafirmado el carácter jurisdiccional del arbitraje en su pronunciamiento emitido en el Exp. 6167-2005-PHC/TC-Lima: «La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución».

Para García Ascencios (2013, p. 207) esta postura es inexacta, pues el arbitraje no es expresión de función jurisdiccional sino una actividad regida por el principio de autonomía de voluntades y la referencia a ella se encuentra en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, donde se afirma que debe ser calificada como un tema de competencia y no de actividad jurisdiccional. Como ya se ha señalado, a la función jurisdiccional se le atribuyen diversos atributos, como el de conocer y decidir el conflicto y la ejecución de lo decidido recurriendo a la *vis* compulsiva de la jurisdicción; esto es, el uso de la fuerza legitimada y concentrada en la intervención del Estado. Esta situación no se aprecia en la actividad arbitral, que siempre buscará el apoyo de la jurisdicción para la ejecución de la cautela y de los laudos con prestaciones de condena que requieren el uso de la fuerza para vencer la resistencia de los renuentes a cumplir las obligaciones propias de la condena. ¿Cómo se puede

calificar de función jurisdiccional a una actividad privada, que de por sí carece del poder de la *executio*? La falta de ese atributo en la actividad arbitral niega su condición de acto jurisdiccional, sin que ello signifique que no sea un mecanismo válido, reconocido constitucionalmente, como una justicia alterna a la estatal. En esa línea de pensamiento aparece el voto singular de Gonzales Ojeda²⁵, quien reafirma que «la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual solo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho».

Revisando los antecedentes de esta calificación del arbitraje como jurisdicción, nos remitimos al Diario de Debates de la Constitución de 1979. En él se aprecia que se asumió al arbitraje como «jurisdicción» por excepción. En una posición contraria, Javier Valle Riestra sostuvo la idea de que no puede afirmarse la existencia de una jurisdicción arbitral: «El árbitro tiene la facultad de *notio* y *vocatio*, y no tiene el poder de *executio*, si no recurre al fuero común». En cambio, Ramírez del Villar sostenía: «En caso no se regule el arbitraje como jurisdicción estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Esta es la razón de la excepción»²⁶. García Ascencios colige que el real motivo de acoger al arbitraje como jurisdicción sería el de darle fuerza a los fallos arbitrales, de ahí que la Asamblea Constituyente de 1978 acogiera la jurisdicción del arbitraje para que este se vea fortalecido y, de esta manera, se ejerza por los sujetos como una vía alterna donde resuelvan sus controversias (García Ascencios, 2013, p. 210).

Estas discrepancias continuaron y se trasladaron a la redacción de la Constitución Política de 1993. En el Diario de Debates de la Constitución de 1993 se lee que el constituyente Flores Aráoz Esparza sostenía:

Si bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que éste es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la JURISDICCION VOLUNTARIA, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado «jurisdicción arbitral» porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular (p. 2302).

²⁵ STC 6167-2005-PHC/TC f.2.

²⁶ *Diario de Debates*. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Publicación oficial. Tomo VII, p. 217.

Como se aprecia, el termino jurisdicción es utilizado para calificar diversas situaciones, como jurisdicción particular, voluntaria, arbitral y estatal, pues no es un concepto asociado a la función jurisdiccional en su contenido sino más bien asociado al juez competente para resolver las controversias. Sin embargo, el tema central no se agota en el escenario a elegir; más bien lo que se buscaba era generar mayor seguridad a los efectos del arbitraje, para lo cual se justificó darle un rango constitucional, tal como sucedió con la Constitución de 1979. Ello se puede evidenciar del contenido del debate, como citamos a continuación:

Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente. Por un lado, lógicamente va a significar que el Poder Judicial no esté tan abrumado de causas; 2º, si quienes tienen un diferendo prefieren que ése sea resuelto por árbitros, no podríamos negarnos a ello. A los que tienen el diferendo y voluntariamente quieren buscar una jurisdicción diferente de la jurisdicción del Estado, que la ejerce el Poder Judicial no tendríamos realmente por qué negarles esa posibilidad. Si bien hay una Ley General Arbitral, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución, pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano.

Otro aspecto a considerar es que el Estado ejerce de manera exclusiva la función jurisdiccional como expresión de su soberanía, de tal manera que cuando los jueces del Estado resuelven los conflictos en la sociedad, lo hacen bajo el compromiso de restablecer la armonía social quebrantada a partir del conflicto. En cambio, en el arbitraje los árbitros tienen simplemente un compromiso: resolver las controversias que las partes han sometido a su competencia, de ahí que se afirme su carácter privado, ya que su origen y reglas dependen de la voluntad de las partes.

Esta situación lleva a que cuando el Estado delega el ejercicio de dicha función a los jueces requiere de ciertas exigencias en torno al juez que no se dan en el arbitraje. En efecto, tanto el artículo 20 del D.L. 1071 vigente y el artículo 25 de la derogada LGA exigían que para ser designados árbitros estos sean personas naturales, mayores de edad, que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles; a diferencia de los jueces estatales, a quienes sí se les exige un mínimo de edad y sobre todo ser ciudadanos peruanos de nacimiento²⁷. En cambio, en el arbitraje, salvo acuerdo

²⁷ Véase la Constitución Política artículo 147, donde se afirma que para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere ser peruano de nacimiento. En igual forma, la Ley Orgánica del Poder Judicial considera como requisito común para ser magistrado ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, entre otros.

en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. Para Lascano, «cuando el Estado exige el requisito de la ciudadanía para desempeñar el cargo de juez, es porque ha considerado que la función que éste realizará es propia de la soberanía y no puede permitir que sea ejercida por un extranjero. En cambio, como no atribuye ese carácter a la actividad que deben desarrollar los árbitros, no le interesa poco ni mucho la nacionalidad de éstos» (Lascano, 1941, p. 132). Aún más, tampoco interesa que los árbitros se dediquen en forma exclusiva a su labor ni, menos, los ingresos que puedan percibir por ello. En cambio, el Estado pide a los jueces dedicación exclusiva al ejercicio de la función jurisdiccional y limita las remuneraciones de estos a las que les asigne el presupuesto del Estado y a las que puedan percibir por la investigación y la docencia (véase artículo 146 de la Constitución Política del Estado) y todo ello justificado para garantizar la independencia de los jueces, situación que no sucede con los árbitros, quienes en adición a sus actividades privadas asumen la misión de conocer y definir el conflicto confiado a su oficio. Esto significa que el árbitro no pertenece al aparato burocrático del Estado, mientras el juez sí es un funcionario remunerado por parte del Estado; además, el árbitro no está obligado a aceptar su designación, en cambio, el juez está obligado a conocer la causa que se le confía, salvo que concurran causales que lo lleven a apartarse del caso por abstención, impedimento o recusación. Las partes pueden elegir a sus árbitros, en cambio los jueces son impuestos por ley; la competencia de los árbitros radica en la autonomía privada de las partes, la competencia de los jueces es por mandato legal (García Ascencios, 2013, p. 207). La materia objeto de la controversia es otro referente para cuestionar la función jurisdiccional del árbitro, pues «solo 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»²⁸; de lo que se puede advertir que la ley excluye del conocimiento de los árbitros todos los asuntos de orden público o que interesen a la sociedad o que salgan del marco estricto del derecho privado. Vemos que la actividad y capacidad de los árbitros es limitada, en tanto que la de los jueces es amplia, absoluta e ilimitada en principio.

De lo expuesto podemos señalar como características básicas del arbitraje las siguientes: constituye un derecho —en general— de los particulares someter la decisión de cuestiones controvertidas al arbitraje; opera sobre materias respecto de las cuales las partes pueden libremente disponer; requiere de un convenio arbitral que

La edad es otra exigencia para ser juez estatal; no es suficiente tener pleno ejercicio de los derechos civiles, sino que se requiere tener como mínimo 45 años para desempeñarse como vocal de la Cor e Suprema; 32 años, como vocal de la Corte Superior y 28 años como juez especializado.

²⁸ Ver artículo 2 del D.L. 1071.

permita en forma expresa y legítima la intervención del árbitro; y comprende un procedimiento sencillo y poco formalista que concluye con el laudo arbitral, que decide el conflicto y permite la satisfacción forzada de este, si fuere el caso, en sede judicial.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LOS PRECEDENTES

La posición que se tenga sobre la naturaleza jurídica del arbitraje va a influir sobre la visión constitucional del mismo. Los que sostienen un planteamiento privatista señalan que las facultades decisorias de los árbitros no son más que una consecuencia de las que asisten a las partes para decidir, transigir y convenir sobre sus problemas; en su actuación no se produce actividad jurisdiccional alguna y, por tanto, no existe interferencia entre arbitraje y jurisdicción. Reafirmamos que el arbitraje no es expresión de función jurisdiccional. Es un mecanismo privado de solución de conflictos cuyo origen se sustenta en el ejercicio de la autonomía privada; en cambio, hay otro sector de autores que asumen la inconstitucionalidad del arbitraje, sobre todo, desde concepciones jurisdiccionales de la institución, en orden a la posible quiebra del principio de unidad jurisdiccional y de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, así como la prohibición de jurisdicciones especiales. A criterio de Roca Martínez, no debe cuestionarse la constitucionalidad del arbitraje desde los planteamientos jurisdiccionales, ya que:

[...] los principios de unidad y exclusividad y la prohibición de los tribunales de excepción deben ser entendidos como garantías del administrado/gobernado frente a la administración/gobernante, de manera que no puedan establecerse tribunales *ex post facto* para enjuiciar las conductas de los ciudadanos, es decir, que los ciudadanos no pueden ser enjuiciados y sometidos a órganos distintos de los determinados por las leyes; ahora bien, ello no impide que (en determinados ámbitos) sean los propios ciudadanos los que voluntariamente, en ejercicio de su libertad, solucionen sus conflictos a través de los mecanismos que el derecho les reconoce; el Estado establece y regula su propio sistema para la solución de conflictos *inter* subjetivos como garantía del ciudadano, pero no obliga a su utilización, sino que en los ámbitos en que los principios de oportunidad y dispositivo inspiren las relaciones jurídicas, los interesados pueden utilizar otros mecanismos alternativos (Roca Martínez, 1992, p. 81).

Para Carnelutti (1959), el arbitraje en sí no es una actividad jurisdiccional, sino un equivalente jurisdiccional (pp. 109-114). La composición de la *litis* puede obtenerse por distintos medios al proceso civil, a los que denominó equivalentes, y que podían expresarse bajo dos supuestos: que la *litis* se componga por obra de las partes

mismas o se componga por obra de un tercero distinto del oficio judicial, llamado árbitro. Según este mismo autor, la eficacia de la composición acoge la ley del mínimo esfuerzo: si el proceso toma tiempo y dinero, tanto mejor si se puede economizar sin dejar de obtener el mismo resultado²⁹.

Bajo esa disyuntiva de apreciar al arbitraje bajo la óptica contractual o jurisdiccional, el TC se ubica en esta última posición al señalar que:

[...] la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

Es importante precisar que esta interpretación vinculante no es el resultado de una posición unánime, pues hay criterios en minoría que expresan su disconformidad en considerar al arbitraje como jurisdicción, como los fundamentos que expone Ojeda en su voto singular, los mismos que compartimos:

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal³⁰.

El Tribunal Constitucional ha establecido siete precedentes vinculantes para todos los operadores jurídicos, los mismos que aparecen expuestos en el Exp. 6167-2005-PHC/TC- Lima, orientados todos a sostener el carácter jurisdiccional del arbitraje³¹.

El TC en el precedente vinculante 8 afirma que el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos: conflicto entre las partes; interés social en la composición del conflicto; intervención del Estado mediante el órgano judicial como tercero

²⁹ Puede ocurrir que el resultado no sea idéntico, lo que podría inducir a preferir el concepto de subrogados al de equivalentes del proceso.

³⁰ Ver STC 6167-2005-PHC/TC.

³¹ La STC 3741-2004-AA/TC destaca que los efectos de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional no solo alcanzan al Poder Judicial, sino que tienen, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

imparcial; y la aplicación de la ley o integración del derecho. El TC agrega en este precedente que:

[...] la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

Como se aprecia en el texto citado, el tribunal sostiene que la confluencia de los cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral. Sin embargo, consideramos que dicha afirmación no es acertada, pues los requisitos descritos no son propios del arbitraje sino de la función jurisdiccional ejercida por el Estado, dado que «la intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial» es una condición propia de la jurisdicción mas no del arbitraje, pues en este caso, si bien se recurre a un tercero imparcial, ese tercero no es el juez estatal sino un particular o institución arbitral al que las partes recurren para delegarles la solución del conflicto existente o el que podría promoverse. De otro lado, «la aplicación de la ley o la integración del Derecho» no es una característica propia del arbitraje. No necesariamente la actividad arbitral aplica la ley, pues con esa afirmación estaríamos negando al arbitraje en equidad, que recurre a otros referentes que no necesariamente son parte de la ley. Esto no es una novedad ni siquiera en la justicia estatal, pues la función jurisdiccional también puede ser ejercida por personas legas, como los jueces de paz, quienes dictan sentencias según su leal saber y entender³², tomando como referencia los usos y las costumbres de su entorno. Este también es el caso de la función jurisdiccional que ejercen las comunidades campesinas y nativas a las que se refiere el artículo 149 de la Constitución³³. En los asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles son también un referente que guía dicha actividad y que los árbitros también tomarían en cuenta al momento de definir el conflicto. Bajo este contexto se puede sostener que el árbitro puede emitir su laudo según su leal saber y entender, sin tomar para nada

³² Ver artículo 66 de la LOPJ: «[...] la sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente».

³³ Artículo 149 de la Constitución Política: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona [...]».

referentes legales para definir el derecho en conflicto; ello no implica que la actividad arbitral se desarrolle afectando las reglas de un proceso justo. Solo se permite tomar otros referentes no positivados para dilucidar la controversia.

Para el actual diseño legal, el arbitraje imperante que resuelve la controversia, de acuerdo a derecho, incluso en el arbitraje internacional, decidirá de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Solo se recurrirá al arbitraje en equidad o en conciencia si las partes lo han autorizado expresamente³⁴. Hay algunas opiniones que consideran vinculantes los precedentes constitucionales en los arbitrajes del derecho, pero no para el arbitraje de conciencia. Lohmann considera peligrosa la STC 6167-2005-PHC/TC por no haber discriminado el arbitraje de derecho del de conciencia. Reflexiona en relación a si se hace extensivo a los árbitros no abogados el deber de «aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria» (Lohmann, 2006, p. 3).

Consideramos que si bien el árbitro dejará de invocar las normas del ordenamiento jurídico positivo, ello no implica que su actuación no discurra a través de un debido proceso. Cuando el TC sienta los precedentes sobre la correcta interpretación de las normas en función a los derechos fundamentales, los árbitros, al margen de que sean de derecho o de equidad, tienen el deber de acatar. Están vinculados ellos y todos los operadores jurídicos en general por los pronunciamientos que este tribunal emita, de ahí que la motivación también tiene que darse en todos los laudos e inclusive en los de conciencia. Ahora bien, el otro supuesto a que refiere el precedente del tribunal es la «integración del derecho» en la actividad arbitral, entendida como el deber de todo juez de no dejar de administrar justicia por vacíos legales. Esta «integración» aparece recogida en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución como expresión de los principios de la función jurisdiccional. En tales casos, el árbitro se convertirá, según el criterio del TC, en un pequeño legislador, en estricto para dicho caso, en el que encuentra el vacío normativo, recurriendo para dicha labor integradora a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario³⁵. Incluso siguiendo la orientación de este precedente, podría llegarse a sostener que el control difuso no es atributo de los jueces estatales sino que también debería ser extendido a los árbitros, pues, como señala el artículo 138 de la Constitución, «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma

³⁴ Véase inciso 3 artículo 57 del D.L. 1071

³⁵ Con el criterio que expone el TC, tampoco nos llamaría la atención que los árbitros, a través de instituciones arbitrales, también estén obligados a dar cuenta al Congreso sobre los vacíos de la legislación, obligación todavía atribuida por ley a la Corte Suprema, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el fiscal de la Nación.

de rango inferior». ¿Esto implicaría que los árbitros pueden ejercer el control difuso al no aplicar una norma cuando es contraria a la Constitución?

El control difuso en la justicia estatal requiere para validarlo de cierto control, a través de la consulta. El juez que hace uso del control difuso, en un caso concreto, remite su decisión en consulta, a fin que sea el superior en grado el que apruebe o no dicha inaplicabilidad. Como señala el inciso 3 del artículo 408 del CPC, la consulta solo procede contra resoluciones de primera instancia en las que el juez haya preferido la norma constitucional a una legal ordinaria³⁶. La Corte Suprema conoce de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso³⁷.

Bajo ese razonamiento, ¿los laudos en los que se ejerza dicho control tendrían que ser sometidos necesariamente a consulta ante un órgano jurisdiccional? El TC ha sostenido que si bien la Constitución, de conformidad con el artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, ello no significa que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco del proceso judicial³⁸. Señala que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el TC (artículo VI del TP CPC).

Para Hundskopf, «en los arbitrajes de Derecho el control difuso es un deber del árbitro. o debemos olvidar que el principio de supremacía constitucional que concurre con el principio de jerarquía normativa es obligatorio para todos, gobernantes y gobernados, sin excepción, por lo tanto no existiría argumento alguno que exima a los árbitros de ejercer un control de constitucionalidad durante el proceso arbitral» (Hundskopf, 2007, p. 17). Por nuestra parte, debemos recordar que el TC, a través de la STC 1680-2005-AA/TC, sostiene que el control judicial

³⁶ También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación, en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Véase al respecto el siguiente caso: la jueza del 1º Juzgado Mixto del Módulo Básico de Condevilla-Cono Norte declaró inconstitucional e inaplicable la Ley de Filiación de Paternidad Extramatrimonial (Ley 28457), la cual ordena al demandado la realización de la prueba de ADN en sede judicial, a fin de desvirtuar la paternidad ya declarada, caso contrario, la declaración de paternidad se mantiene. Se sustenta esta posición, en tanto se estarían lesionando los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado a consulta el caso, la Corte Suprema de Justicia desaprobó la resolución emitida por dicha instancia, indicando que la Ley 28457 no afecta ningún derecho del demandado, preponderando el derecho al nombre y el derecho a la identidad personal (Exp. 1699-2007-Lima Norte. Resolución de fecha 13 de agosto de 2007).

³⁷ Véase inciso «c» del artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

³⁸ Ver STC 3741-2004-AA/TC, fundamentos del 44 al 46.

de la constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. Esta declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la *última ratio* a la que un juez debe apelar³⁹, y solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. El juicio de relevancia no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo.

En la judicatura ordinaria también ha sido motivo de pronunciamiento el tema del control difuso por parte de los árbitros, reafirmando el fundamento 14 de la STC 02502-2005-HC. En ese sentido, la Sala Comercial de Lima ha señalado:

[...] el TC ha precisado que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez, al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional; agrega el TC que el control difuso es un acto complejo en la medida que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a) que en el proceso correspondiente, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; b) que la norma a inaplicarse tenga relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; c) que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aún luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la 2ª Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el laudo arbitral cuestionado no se han analizado ninguno de los presupuestos antes mencionados. A modo de ejemplo, no se ha precisado en qué radica la incompatibilidad entre el artículo 23 de la Ley 27785 con las facultades contempladas en el segundo párrafo del inciso 2º del artículo 139 de la Constitución Política, así como tampoco la pertinencia y relevancia de esta última norma al caso concreto, tal como se aprecia en el fundamento 11.18 del laudo.

Se denota asimismo una indebida e incorrecta utilización del control difuso por parte del Tribunal arbitral cuando no obstante hacer referencia a dicha facultad,

³⁹ Ver STC 0141-2002-AA/TC, fundamento 4; STC 0020-2003-AI/TC, fundamento 5.

luego concluye de manera contradictoria, ante un pedido de aclaración del hoy demandante, que no ha ejercido control difuso, ya que no estaba en un conflicto de leyes [...]»⁴⁰.

En el precedente vinculante 11, el tribunal sostiene que el arbitraje no es expresión del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. «La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución»; el árbitro, como componedor jurisdiccional, está sujeto a la jurisprudencia constitucional del tribunal y la jurisdicción arbitral se configura con la instalación de un tribunal arbitral y se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada.

Como se aprecia del texto del precedente vinculante, la confrontación entre la autonomía de voluntad y el carácter jurisdiccional es definida por el tribunal a favor de esta última posición, negando que la actividad arbitral se fundamente en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, sino en el mandato constitucional⁴¹ en el que se hace referencia al arbitraje como jurisdicción.

El TC considera que a pesar de que los árbitros son designados por las partes, el carácter jurisdiccional se basa en la norma constitucional. La autoridad de los árbitros no viene de las partes sino del Estado que los instituye como jueces, aunque sean nombrados por las partes. Esto implica que los árbitros, una vez designados, se convierten en una autoridad jurisdiccional. Sin embargo, como sostiene Lascano (1941), esto no es así: «La voluntad de las partes es la razón de su existencia; sin ella, no hay compromiso, ni controversia, ni árbitros, ni laudo. La ley solo interviene para reglar esos actos como podría hacerlo cualquier otro contrato privado. La fuerza ejecutiva concedida por la ley al laudo, constituye un acto posterior al juicio e independiente de él. Una vez terminado éste, cuando ya las partes y el árbitro han concluido su cometido, interviene el Estado para hacer ejecutable el laudo, como también lo hace con otros actos esencialmente privados» (p. 157). Como se aprecia, para este autor la intervención de la ley para dar fuerza ejecutiva al laudo es *a posteriori* y por ello la atribuida potestad jurisdiccional de los árbitros no viene de la ley sino de la voluntad de las partes.

⁴⁰ En los seguidos por Provias Nacional con Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. sobre anulación de laudo arbitral, Exp. 281-2006, 1° Sala Comercial de Lima.

⁴¹ Véase inciso 1 artículo 139 de la Constitución.

Como ya se ha sostenido, la citada norma constitucional hace referencia a la función jurisdiccional y a la jurisdicción. Ambas encierran significación diversa pues no se puede equiparar bajo una sola categoría definiciones diferentes. La función jurisdiccional debe ser entendida como el poder-deber que tiene el Estado para otorgar tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo. Para ello goza de diversos poderes, como la *notio*, *vocatio*, la *iudicio*, la *coertio* y la *executio*; poderes que no se encuentran en su totalidad en la actividad que puedan desarrollar los árbitros. Si bien la Constitución hace referencia a la jurisdicción, hay que entenderla como una expresión de competencia objetiva que puede ser dispuesta por los particulares cuando se trate de materias disponibles, a fin de que sean conocidas por jueces privados. De esta forma se produce el desplazamiento de la competencia o la derogación de la competencia por arbitraje. Por tanto, se puede afirmar que la función jurisdiccional es única, exclusiva y ejercida por el Poder Judicial. No cabe considerar al arbitraje, incluso de manera excepcional, como jurisdicción, ya que la base y el sustento del arbitraje es el contrato. Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, también han convenido el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada porque nace de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual, como el acogido en el artículo 62 de la Constitución.

Coincidimos con la opinión de Arrarte cuando sostiene que la afirmación sobre la función jurisdiccional del arbitraje no guarda relación alguna con la «naturaleza» de la institución sino con una cuestión más bien normativa, según la cual el arbitraje es una función jurisdiccional porque así lo dice la Constitución (Arrarte, 2007, p. 95). Al menos en un primer momento pareciera que la motivación de esta afirmación deja de lado un tópico jurídico esencial: que las cosas son lo que son y no como se les llama.

Por otro lado, el Tribunal sostiene que los árbitros, como componedores jurisdiccionales, están sujetos a la jurisprudencia constitucional del tribunal y por ello se les atribuye el carácter jurisdiccional, ya que estos están obligados a respetar los derechos fundamentales. No compartimos este criterio, pues los derechos fundamentales son de aplicación absoluta en cualquier proceso sin distinción alguna. Nadie está exento de respetarlos. En caso de afectación, el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto. No es necesario atribuir los efectos de la jurisdiccionalidad para el respeto a los derechos fundamentales; estos existen y son considerados como tales, aún bajo la óptica privatista del arbitraje.

Por otro lado, sostiene Arrarte que si bien los derechos fundamentales son irrenunciables, la tutela jurisdiccional constituye uno de ellos, de tal manera que el convenio arbitral pudiera suponer una renuncia a tal derecho y chocaría con la doctrina sostenida por el TC. Una cosa es que un derecho sea irrenunciable y otra muy distinta que el titular de ese derecho no lo ejerza. Arrarte añade, además, que los titulares de los derechos no están obligados a ejercerlos y pueden decidir libremente si lo hacen o no. Quienes formalizan un convenio arbitral, lejos de renunciar a su derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, se limitan a ponerse de acuerdo para no ejercerlo y utilizan una vía alternativa al proceso jurisdiccional. Siempre que el acuerdo por el cual se somete una controversia a arbitraje y se excluye la actuación de los órganos sea producto de la libertad individual, de la autonomía, de la voluntad, será perfectamente válido y no supondrá de ninguna manera la renuncia a derecho fundamental alguno. Por último, las partes pueden en cualquier momento dejar sin efecto el convenio arbitral, quedando expedita la vía judicial, lo cual no sería posible si el convenio hubiera supuesto una renuncia a tal derecho.

En el precedente vinculante 13, el Tribunal establece el «principio de la no interferencia» en la actividad arbitral, reafirmando el criterio jurisdiccional del arbitraje. Se sustenta en la fórmula que acoge el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, que prevé que «ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes»⁴².

Como hemos mencionado, para el tribunal el arbitraje es jurisdiccional y como tal le es extensivo el principio de la no interferencia, como garantía de la actividad jurisdiccional. Coincidimos con la opinión de Arrarte, en el sentido de no compartir la interpretación del TC a partir de la cual han sentado las bases de los principios de independencia y no interferencia del Poder Judicial en los arbitrajes, en la atribución de un carácter jurisdiccional del que, en nuestra opinión —y más allá del texto constitucional—, carece (Arrarte, 2007, p. 97).

Consideramos que el principio de «no intervención» debe sustentarse en la autonomía de voluntad, no en una visión jurisdiccional. Resulta adecuado invocar ello partiendo de un criterio no jurisdiccional. Solo si no se atribuye los

⁴² Fundamento 12, STC 6167-2005-PHC/TC-LIMA.

efectos jurisdiccionales podría aceptarse, de otra forma resultaría contraproducente. Debe invocarse el respeto por la libertad de contratar que acoge el artículo 62 de la Constitución, así: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]». Cabe resaltar que esta libertad no es absoluta, todo lo contrario, debe estar sujeta al control jurisdiccional para verificar si los actos de disposición de los particulares operan sobre materias arbitrables. Dicho control ocurre poslaudo.

El precedente 13 acoge el principio de la *Kompetenz-Kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la LGA 26572, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver en todo momento las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este principio se sustenta en el ejercicio de la autonomía de voluntad, el mismo que debe ser reafirmado en cada pronunciamiento, postergando con ello la intervención de la jurisdicción hasta luego de emitido el laudo.

El Tribunal resalta la importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Civil.

Uno de los aspectos positivos de la sentencia es haber establecido en el precedente 14 la oportunidad en la que se realiza el control judicial sobre la actividad arbitral. Dice el tribunal que «el control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje». Es necesario precisar que el control judicial, a través del recurso de apelación, solo operará para los laudos de derecho, mas no para los de conciencia, por no contar estos últimos con referentes objetivos y verificables. Sin embargo, el recurso de anulación puede recaer en todo laudo, sea de conciencia o de derecho y no cabe renuncia al mismo.

Señala el precedente que el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el CPC, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral sobre derechos de carácter disponible. De manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la LGA prevé para impugnar dicho laudo.

En este contexto, el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente⁴³.

A los precedentes ya citados hay que agregar lo expuesto por el TC en el expediente 00142-2011-PA/TC referido al caso Minera María Julia. Aquí el TC ha reafirmado la posición ya asumida en el caso Cantuarias (expediente 6167-2005-PHC/TC), en relación a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Textualmente, en el fundamento 12 del caso Minera María Julia, reafirma el carácter jurisdiccional del arbitraje señalando:

[...] de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

La interpretación que asume el Tribunal Constitucional en este precedente no es más que una expresión tímida de lo que quisiera hoy sostener, pues asume que el arbitraje tiene una especial naturaleza, «en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución». Hay una posición dubitativa, pues sin apartarse del precedente 11 del caso Cantuarias, reafirma esa posición a la luz de invocar la presencia de la autonomía de voluntades⁴⁴.

⁴³ Precedente vinculante 18, STC 6167-2005-PHC/TC- LIMA

⁴⁴ En esa misma línea de opinión encontramos la posición que asume García Ascencios cuando sostiene: «Si el Tribunal se acoge a la interpretación literal de la Constitución, entonces no debió indicar a la autonomía privada como el origen del arbitraje, ya que su posición pierde coherencia y consistencia. Ahora, si bien está convencido de que la posición del Tribunal de considerar como jurisdiccional la naturaleza del arbitraje es controvertida, también se cree que este Colegiado debió ser consistente con sus ideas, tanto es así, que si dice por un lado que el origen del arbitraje es jurisdiccional, entonces debió seguir con su orientación; caso contrario sería que el Tribunal cambie su posición y con ello sí hubiera sido válido que manifieste que el origen del arbitraje es la autonomía privada» (García Ascencios, 2013, p. 211).

UNIDAD II: ARBITRAJE – JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

- Avendaño Valdéz, J. Independencia, Imparcialidad y Recusación, Arbitraje. Lima: Editora Palestra, p. 39-45.

Volumen 12 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Ponencias
del Tercer Congreso
Internacional
de Arbitraje 2009**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ


PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE
10 AÑOS

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y RECUSACIÓN

*Jorge Avendaño Valdez**

El tema es tratado básicamente a la luz de la ley peruana, que como todos ustedes saben, es el Decreto Legislativo n.º 1071 que dictó el gobierno en ejercicio de funciones que le delegó el Congreso de la República.

El primer tema es el de la incompatibilidad que tiene el ser árbitro con algunas funciones y sobre eso trata el artículo 21 de la ley peruana.

Artículo 21.- Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Parecería que existen normas que establecen las incompatibilidades específicas de determinados empleados públicos. Si esto es así, hay una remisión a esas normas, pero no se precisan los márgenes de incompatibilidad. Esa incompatibilidad tiene que analizarse, si se extiende a todos los empleados públicos dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Me da la impresión de que el legislador que, repito, fue el Poder Ejecutivo, ha querido arreglar las cosas remitiendo a las normas de la entidad correspondiente. Por ejemplo, en el caso de los congresistas de

* Profesor Principal y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth y Arbe Abogados.

la república, son funcionarios públicos especiales, que son y no lo son, porque han sido elegidos por el pueblo, son representantes del pueblo peruano, entonces técnicamente, si bien perciben su emolumento y forman parte del sector público en sentido amplio y lato, habría que remitirse a su propia ley —que es el Reglamento Interno del Congreso de la República, que tiene fuerza de ley— y allí habría que ver si hay o no incompatibilidad. Si está allí la incompatibilidad, entonces la remisión funciona, pero si no está allí la incompatibilidad, podría afirmarse que los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas, en este caso, el Reglamento Interno del Congreso, no los excluye.

Luego está el tema de los motivos de abstención y de recusación. Para esto tenemos que recurrir al artículo 28 de la actual ley:

Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Lo primero que hay que aclarar es que no es lo mismo ser independiente que ser imparcial. Son dos cosas distintas: se puede ser imparcial, no siendo independiente y también se puede ser independiente, no siendo imparcial, aunque esto segundo es más difícil.

¿Qué cosa es independencia? Es no tener ningún vínculo, ninguna relación con las partes, de manera que si es hermano, familiar cercano, hijo, nieto, sobrino, de una de las partes intervinientes en el arbitraje, entonces no hay independencia.

Pero, imparcialidad es no tener prejuicio y estar absolutamente abierto a lo que aleguen las partes y a la aplicación del derecho que invocan y para nada estar parcializados. Muchas veces se ha dicho que los jueces, en general, no son absolutamente imparciales, que todo juez se va formando una opinión del caso que tiene entre manos; no estoy hablando ahora de árbitros, estoy hablando de jueces, en general. Entonces, yo tengo pensado que en este caso me da la impresión de que la razón la tiene «A», entonces, a la hora de sentenciar, acomodo u organizo los argumentos a la posición de «A». Esto no es necesariamente inmoral porque es muy difícil a veces ser absolutamente imparcial y además en Derecho, las cosas no se presentan como que uno tenga toda la razón y el otro ninguna.

Los partidos en materia jurídica no se ganan 5 a 0, muchas veces gana una parte por 5 a 4, o sea incluso la parte perdedora también tiene buenos fundamentos y buenas razones. Por tanto, hay que tener mucho cuidado con no incurrir en esto que se comenta con frecuencia de los jueces, tenemos que ser imparciales, o sea absolutamente abiertos a la argumentación jurídica de ambas partes y a atender con la misma consideración, con el mismo esmero, con la misma seriedad los alegatos que haga éste y los alegatos que haga este otro. O sea, independencia es no tener vínculo, no depender, no tener ninguna relación de tipo comercial, de tipo profesional, de tipo familiar, etc., con las partes en el proceso. Imparcialidad es neutralidad total, es no inclinarse a favor de ninguna de las partes.

Dice la norma que todo árbitro debe ser y permanecer, durante todo el arbitraje, independiente e imparcial; ésa es la regla. Debe ser, antes del arbitraje, independiente e imparcial, y debe permanecer durante el arbitraje también independiente e imparcial. A veces surgen circunstancias que afectan la imparcialidad, que sobrevienen al arbi-

traje, cuando uno ya está funcionando como árbitro; si es realmente honesto ese árbitro, y si realmente siente que ha perdido su imparcialidad, lo debe decir y debe retirarse del arbitraje. Entonces, ésta es una primera regla, no solamente serlo al comienzo, sino durante todo el proceso arbitral.

Un árbitro puede ser recusado por las partes y si él no ha revelado el hecho oportunamente, se expone a que cualquiera de las partes lo señale diciendo que no es independiente, no es imparcial, por tanto lo recuso. En este caso le quedan dos caminos al árbitro, acepta y se excusa, porque se le puede recusar, inclusive dejando a salvo su honorabilidad y él puede excusarse diciendo que no quiere discutir esto, o puede discutirlo y puede decir no; se me está acusando de parcialidad cuando en realidad no existe esta parcialidad. Entonces, alguien tiene que resolver eso, es decir, esa recusación, en algunos casos, se resuelve en el Centro de Arbitraje.

Por ejemplo, en el caso del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, resuelve la Corte que integra un grupo de destacados colegas. Pero, a veces son los propios árbitros, los dos árbitros que quedan, que no están involucrados en este asunto quienes resuelven sobre la recusación planteada.

Sólo se puede recusar al árbitro nombrado por la parte, si ha participado en su nombramiento, pero por causas de las que no haya tenido conocimiento, sino después de su nombramiento, porque si tuvo conocimiento antes, no debió nombrarlo, obviamente.

Hay algunas reglas en el artículo 29 sobre el procedimiento de recusación.

Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
- b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
- c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
- d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
 - i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.

Es improcedente, salvo acuerdo en contrario, que se haga una recusación cuando ya está corriendo el plazo para la emisión del laudo. La última resolución que ponen los árbitros antes de laudarse es «tráiganse para laudar» y el laudo debe expedirse en el plazo previsto en las reglas del arbitraje y allí ya no pueden ser recusados los árbitros.

- ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. y e. del artículo 23.
- iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

Y, finalmente, voy a tratar el caso de la remoción previsto en el artículo 30, y un caso de responsabilidad.

Artículo 30.- Remoción.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un

plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Puede haber un árbitro que le impida actuar de hecho o de derecho, de derecho porque ha sobrevenido un impedimento posterior, o de hecho porque ha perdido por ejemplo la salud. En este caso, cesa en el cargo si las partes acuerdan su remoción.

2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes.
En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d. y e. del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Ésta es la base, y al final se hará lo que señala el artículo 32.

Artículo 32.- Responsabilidad.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

Y es que los árbitros son responsables civilmente, y yo me atrevería a decir, penalmente también. Lo de penalmente no lo dice la ley, pero debe estar en el Código Penal. Un árbitro que claramente se colude, comete un delito, evidentemente, pero además tiene una responsabilidad civil. Cuando ya aceptó el árbitro, lo obliga, y en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo. La definición de dolo es la intención de causar daño, de incumplir y la definición de culpa inexcusable es una culpa grave, que no es leve, que es definitiva y decisiva, porque la persona no puede decir nunca, yo no sabía.

De manera que éstas son las reglas fundamentales sobre independencia, sobre imparcialidad y sobre recusación de los árbitros.

UNIDAD III: ARBITRAJE – LAUDO ARBITRAL

- Wong Abad, J.M. La motivación defectuosa como causa de nulidad del laudo. Lima: Jurista Editores. P. 79-86.

JULIO M. WONG ABAD

LA MOTIVACIÓN DEFECTUOSA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO

Una revisión de la Jurisprudencia de la
Subespecialidad Comercial



JURISTA
editores

Asimismo, es importante recordar que el laudo deberá señalar el lugar del arbitraje establecido en la forma señalada en el apartado 1 del artículo 35 de la Ley.

Debe relevarse que el lugar de la emisión del laudo puede ser distinto del lugar del arbitraje, motivo por el cual el laudo puede ser emitido en Lima y, sin embargo, el lugar del arbitraje puede ser Piura o Barcelona.

4. EL PROCESO DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

4.1. Algunos aspectos generales

En principio podemos señalar que el único modo de impugnar el laudo arbitral es a través del correspondiente proceso de nulidad; en efecto, como lo señala expresa y rotundamente el apartado 1 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje:

“Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º”.

A diferencia de la ley de anterior, en la actual no se prevé la posibilidad de que las partes pacten la procedencia de “la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral”^[99].

Por ese motivo corresponde preguntarse si las partes podrían pactar, a pesar de lo establecido tan enfáticamente en la ley, la posibilidad de una etapa impugnatoria dentro del proceso arbitral.

[99] El texto del artículo 60 de la anterior Ley General de Arbitraje era el siguiente:
“Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación de derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo”

En nuestra opinión la respuesta debe ser positiva para el caso de un recurso de apelación ante lo que la ley anterior llamaba una segunda instancia arbitral. Creemos que si bien la ley permite a las partes renunciar al derecho constitucional a la instancia plural esta renuncia no puede imponerse como obligatoria.

En efecto, si la renuncia a la instancia plural se fundamenta en la existencia de una voluntad autónoma y responsable que decide debidamente informada, renunciar a un derecho constitucional respecto a una materia de libre disposición nada explicaría, en ausencia de ella, una imposición legal que convierta en obligatorio lo que debería ser en toda situación absolutamente voluntario.

Como hemos dicho antes, una interpretación de la ley que optimice la vigencia de los derechos fundamentales debe favorecer la posibilidad de que las partes puedan hacer uso, si así lo desean, del derecho constitucional a una doble revisión de lo decidido por los árbitros.

Debe recordarse, corroborando lo anterior, que en la nota explicativa al artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI, que es el antecedente inmediato a nuestro artículo 62, se señala que:

“El artículo 34 concierne únicamente a una acción ante un tribunal judicial (es decir, ante un órgano del poder judicial de un Estado). Con todo nada impide que las partes recurran a un tribunal de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos)”^[100].

En el caso, muy improbable por cierto, de pactarse un recurso de apelación ante el Poder Judicial la situación sería distinta, en efecto, la sola voluntad de las partes no puede fundar la competencia de un órgano jurisdiccional motivo por el cual consideramos que un pacto de esa naturaleza sería nulo.

En cualquier caso, sería aconsejable que si las partes pactan la posibilidad de impugnar el laudo arbitral dentro del propio proceso arbitral

^[100] COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL *LEY MÓDELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Con las enmiendas aprobadas en 2006*, Naciones Unidas, 2008; p. 38.

establezcan con toda precisión el procedimiento a seguir en el trámite del recurso; igualmente, parece recomendable que las instituciones arbitrales reglamenten en forma supletoria esta posibilidad con el fin de evitar dudas o problemas en el desarrollo de la etapa impugnatoria prevista por la partes.

4.1.1. ¿Proceso o recurso?

Impugnar, como señala SATTA:

“... non significa altro etimologicamente che contrastare, attaccare, e pertanto ovunque vi sia una doglianza contro un provvedimento vi è un’impugnazione, qualunque sia il mezzo e il nome col quale la doglianza si concreta (ricorso, reclamo, opposizione e via dicendo). Specifica non è l’impugnazione in sé e per sé, ma il singolo mezzo che riceve la sua individualità dal vizio che la legge ha previsto, o dalla particolare struttura del procedimento, o dalla posizione del soggetto e così via”^[101].

En nuestro caso quien pretende la nulidad de un laudo arbitral desarrolla claramente una actividad impugnatoria la duda, sin embargo, se produce por la relación de esta actividad impugnatoria respecto al precedente proceso arbitral.

En este sentido, la doctrina se interroga si la impugnación judicial del laudo:

“...darebbe luogo a un giudizio di primo e unico grado, volto a verificare ‘dall’esterno’ l’esistenza dei requisiti di validità del *dictum* arbitrale...”^[102].

O si, por el contrario, sería una etapa más del proceso arbitral que se desarrollaría simplemente ante una segunda instancia.

^[101] ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, Voz Impugnazione (dir. pro. civ.) [XX, 1970], DVD, Giuffrè, 2003.

^[102] BOCCAGNA, Salvatore *L’impugnazione per nullità del lodo*, Jovene, Napoli, 2005; p. 217.

En términos breves se dibuja, generalmente, la siguiente alternativa: ¿estamos frente a un proceso o frente a un recurso?

Recientemente se recusa el uso del término recurso por resultar técnicamente incorrecta^[103] lo que quiere decir, según LACRUZ MANTECÓN que:

“...se quiere resaltar que el laudo no es el producto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral, y por tanto que contra el mismo no se ejercita un recurso, sino una acción de invalidez, de anulación, como la que procede contra un acto o negocio en el que concurre un motivo invalidante”^[104].

Se advierte, por consiguiente, como lo ha resaltado BOCCAGNA:

“...l'esistenza di un intimo collegamento tra la rilevanza riconosciuta dall'ordinamento al *dictum* arbitrale e la conformazione del giudizio di nullità...”^[105].

Así, quien sostiene la naturaleza jurisdiccional del laudo estará más dispuesto a sostener que la impugnación del laudo es un recurso y quien, como hemos visto, se decide por considerar al laudo como un negocio jurídico estará más cerca de considerarlo un proceso independiente.

Esta alternativa no tiene, sin embargo, por que ser absoluta; así, por ejemplo, GUASP constata la existencia de los denominados procesos de impugnación que son:

“...aquellos en que se destina una tramitación especial a la crítica de los resultados procesales conseguidos en otra tramitación principal...cuando la idea de la impugnación lleva a la implantación de un proceso especial verdadero, asume una fisonomía peculiar,... (...) se convierte en virtud de esa autonomía, en un verdadero *proceso*. Mediante la impugnación procesal el proceso principal no es simplemente continuado, sino que desaparece

[103] Exposición de Motivos de la Ley española de arbitraje.

[104] DÍAZ-BASTIEN, Ernesto (Coord.) *COMENTARIOS BREVES A LA LEY DE ARBITRAJE*, Editorial Reus, Madrid, 2007; p. 205.

[105] BOCCAGNA, Op. Cit., p. 6.

para dejar su puesto a otro proceso distinto, aunque ligado al anterior”^[106].

Por consiguiente, creemos que no existe obstáculo para considerar la impugnación de nulidad como un verdadero y distinto proceso que, sin embargo, está limitado a la revisión formal del proceso arbitral.

Debe recordarse en este sentido que tanto el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta como también en muchos casos el proceso de amparo constituyen verdaderos procesos destinados a controlar las actuaciones realizadas en un proceso anterior.

A esta posición se ha adherido nuestro Tribunal Constitucional según lo expresa en la sentencia expedida en Exp. N° 00142-2011-PA/TC:

“En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquel que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate”^[107].

[106] GUASP, Jaime *Derecho Procesal Civil Tomo segundo Procesos Especiales y Jurisdicción Voluntaria, Revisada y adaptada a la legislación vigente*, Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 1998; p. 552.

[107] Fundamento N° 17.

4.1.2. El objeto del proceso de nulidad de Laudo Arbitral

El objeto del proceso está constituido por el examen de la existencia de alguna de las causales señaladas en la ley para justificar la declaración de nulidad del laudo arbitral.

Esta declaración de nulidad tiene naturaleza constitutiva, pues varía la realidad jurídica existente privando de efectos a una decisión con autoridad de cosa juzgada. Asimismo, la declaración de nulidad siempre y en todos los casos anula al laudo arbitral que ha sido emitido pero, además, puede extenderse al resto de actuaciones arbitrales e incluso al convenio arbitral, dependiendo de la causal que sea amparada^[108].

La limitación que tiene el examen judicial de la validez del laudo arbitral es la prohibición de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 62 de la ley.

Los jueces, por consiguiente, se encuentran prohibidos de pronunciarse sobre las pretensiones propuestas por las partes, pues esa posibilidad ha sido sustraída de su conocimiento por la voluntad soberana de las partes.

4.1.3. El reclamo expreso del defecto en la motivación del laudo arbitral

Para los fines de este trabajo es útil relevar un requisito esencial que debe ser cumplido para que la demanda de nulidad de laudo arbitral resulte procedente, es decir, para que pueda existir un pronunciamiento sobre la existencia o no del defecto de motivación denunciado por el pretendiente.

Este requisito de procedibilidad está contenido en el numeral 2 del artículo 63 de la ley el cual establece que los atentados contra el derecho de defensa (previsto en el apartado 1.b del mismo artículo), solo causaran la nulidad del laudo "si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada" sin haber sido oportunamente corregidos.

[108] FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel en GONZALES SORIA, Julio (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2004; p. 12.

El reclamo expreso, para el caso de afectaciones al derecho a una debida motivación, debe realizarse mediante la solicitud de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y, si la parte afectada no cumple con ello, la demanda de nulidad de laudo será declarada improcedente.

5. LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO DE AMPARO Y EL PROCESO DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL^[109]

5.1. El Proceso de Nulidad de Laudo Arbitral como vía previa

En el año 2005 se produjeron en nuestro país graves intromisiones en el desarrollo de importantes procesos arbitrales, por parte de juzgados de primera instancia. Estas intromisiones se realizaron, fundamentalmente, mediante la concesión de medidas cautelares en procesos de amparo que suspendieron el trámite de procesos arbitrales que se estaban desarrollando.

Estas decisiones judiciales malentendían, tal vez interesadamente, lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional respecto a la posibilidad de cuestionar decisiones arbitrales a través de un proceso constitucional:

“... [A] este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho

^[109] Es necesario advertir que la exposición que sigue es un resumen muy apretado de las complejas relaciones que se han desarrollado entre la Jurisdicción Constitucional y el arbitraje. En efecto, un seguimiento que se detenga en los detalles de las posiciones que ha adoptado el Tribunal Constitucional respecto al arbitraje demostrará la existencia de muchísimas más aristas que las que resumimos, tal vez muy forzosamente, en este apartado.

menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento”^[110].

La reacción de los afectados, de los árbitros, de la doctrina y de la propia judicatura^[111] exigió al Tribunal Constitucional el esclarecimiento de esas “circunstancias” o “casos” bajo los cuales procedía o se habilitaba la utilización de los procesos constitucionales contra la jurisdicción arbitral.

La oportunidad para ello se presentó al resolver el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC donde el Tribunal, luego de reconocer al arbitraje como una verdadera jurisdicción consideró, en consecuencia, que la protección de la jurisdicción arbitral se encontraba amparada:

“...en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado [139], que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”^[112].

El reconocimiento de la independencia de la función arbitral como un principio de rango constitucional planteó el problema de la correcta articulación del control judicial que la ley establecía con el también posible control constitucional que, como hemos visto, había sido establecido por el Tribunal.

[110] Expediente N° 0189-1999-AA, Fundamento N° 3.

[111] Mediante la Circular N° 005-2005-SP-CS-PJ suscrita por el titular del Poder Judicial, Walter Vásquez Vejarano, se sostenía: “Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzcan en los casos taxativamente prescritos en la Constitución Política del Estado, la Ley General de Arbitraje y demás disposiciones legales sobre la materia, esto a fin de evitar colisiones innecesarias”

[112] Fundamento N° 12.

Por tal motivo en la misma sentencia se estableció que:

“El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En este sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”^[113].

El Supremo Intérprete de la Constitución continuó con lo que se ha llamado el diseño constitucional^[114] de la jurisdicción arbitral al emitir la sentencia recaída en el expediente N° 1567-2006-AA-TC:

“Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo”.

[113] Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento N° 14.

[114] Véase ABANTO, Jaime David. *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional* en Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 147 y ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El proceso de Amparo contra Laudos Arbitrales* en Diálogo con la Jurisprudencia N° 117, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 55.

El proceso de nulidad de laudo arbitral se constituía, por consiguiente, en una vía previa es decir, en “el recurso jerárquico que tiene el perjudicado antes de recurrir a la vía especial del Amparo”^[115].

Esta concepción del proceso de nulidad de Laudo Arbitral como simple recurso ya había sido mencionada en una sentencia del año 2001:

“... el recurso de anulación establecido en el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje N.º 26572 [como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso] no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho...”^[116].

Siguiendo esta opinión, todas las afectaciones al derecho al debido proceso que se hubieran producido durante el proceso arbitral no pueden ser reclamadas recurriendo directamente a un proceso constitucional, generalmente el de amparo, sino que, en primer lugar y como vía previa, deben ser denunciados como causales de nulidad del laudo arbitral utilizando el proceso de nulidad correspondiente.

Esta posición del Tribunal tuvo inmediatas consecuencias sobre los órganos jurisdiccionales que debían conocer los procesos de nulidad de laudo arbitral; en efecto, la jurisdicción ordinaria “identificando el ‘ámbito de vinculación’ de la sentencia constitucional mencionada arribó a las siguientes conclusiones:

“SÉTIMO.-

(...)

Por consiguiente dado el carácter normativo de la Constitución, a partir de la sentencia recaída en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, ha quedado claro que cualquier atentado a alguno de los principios y derechos de la función jurisdiccional por parte de un Tribunal Arbitral debe causar la nulidad del Laudo.

[115] Exposición de Motivos de la ley 23503 citada por BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Fe de Erratas, Lima, 2000; p. 314.

[116] Expediente N° 928-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 3.

(...)

“La pregunta que debemos contestar arribados a este punto es la siguiente: ¿Corresponde a esta Sala Civil Subespecializada en materia comercial la tutela de los derechos fundamentales de la persona afectados por un Laudo Arbitral o es que esta tutela, y por consiguiente la declaración de nulidad del Laudo, únicamente puede ser brindada en sede constitucional?

(...)

“Esto quiere decir que se confiere a los órganos jurisdiccionales que conocemos de la vía previa, en este caso el proceso de Anulación de Laudo, la posibilidad (y la obligación) de corregir cualquier atentado a los derechos fundamentales causados por la actividad de los árbitros. Sólo de esa manera puede entenderse la necesidad del tránsito por la vía previa pues, como resulta evidente, si este Colegiado no pudiera brindar tutela constitucional, la vía de amparo debería entenderse abierta de modo directo, lo que es por lo referido incorrecto”.

Las cosas parecían por consiguiente, claramente delimitadas, el amparo contra decisiones arbitrales solo podía interponerse si, previamente, se había transitado por la vía del recurso de nulidad de laudo arbitral.

Esta posición de los órganos judiciales pareció ser aprobada por la STC N° 08229-2006-AA, la cual sostuvo:

“...el Tribunal Constitucional considera que cualquier tema relativo a las afectaciones al debido proceso, deben ser esclarecidas en el trámite del recurso de anulación, mediando una interpretación extensiva del inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Específicamente, el recurrente debe cuestionar las vulneraciones al debido proceso, mediante un recurso de anulación, al amparo del inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, las cuales serán evaluadas como una cuestión previa a la determinación de la validez o invalidez del propio laudo”^[117].

[117] Fundamento jurídico 6.

Es cierto, que el Tribunal Constitucional habla únicamente de afectaciones al debido proceso, sin embargo, parece contradictorio imponer como vía previa al amparo un proceso que no pueda contrarrestar cualquier otra afectación a un derecho fundamental.

5.2. El proceso de Nulidad de Laudo Arbitral como vía paralela.

Sin embargo, en la sentencia 04195-2006-AA/TC (CASO PROIME) el Tribunal cambió completamente de opinión sosteniendo lo siguiente:

“...no todas las violaciones al debido proceso o demás derechos fundamentales, aun cuando ya exista un laudo, pueden ser impugnadas por medio del recurso de anulación. Como ya quedó dicho, y la propia norma así lo prevé, las causales para interponer el recurso de anulación se encuentran contempladas de manera taxativa y, aunque su interpretación sea extensiva, esta discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites infranqueables. Lo anterior no implica, por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través de un proceso de amparo”.

Resumiendo, solo pueden conocerse a través del proceso de nulidad de laudo arbitral las afectaciones constitucionales que están específicamente previstas en la ley^[118] como causales de anulación del laudo arbitral, sin embargo, si se producen lesiones constitucionales distintas a aquellas estas deberán tramitarse a través del proceso de amparo.^[119]

[118] Debe recordarse que esta sentencia se dictó estando vigente la Ley N° 26572.

[119] Igualmente, el Tribunal establece los siguientes criterios para evaluar constitucionalmente los procesos de amparo contra actuaciones arbitrales:

“4. En cualquier caso, y a efectos de determinar el ámbito de actuación de este Tribunal cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales, es pertinente precisar algunas reglas para el control de estas decisiones. En tal sentido :

- a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 *supra*.

Parecía, por consiguiente, que se autorizaba nuevamente el desorden. Cualquier litigante derrotado en un proceso arbitral podía argüir que los árbitros habían afectado un derecho de rango constitucional para iniciar un proceso de amparo ante un juez especializado.

Asimismo, se abría una inútil discusión acerca de cuáles eran los componentes del debido proceso protegidos por la Ley de Arbitraje y cuáles eran los directamente protegidos por la Constitución. Por supuesto, quedaba abierta también la discusión sobre cuáles eran esos otros derechos fundamentales distintos al debido proceso cuya afectación podía causar la nulidad del laudo arbitral.

5.3. El proceso de Nulidad de Laudo como vía igualmente satisfactoria

En esta situación se dictó la nueva ley de arbitraje, D. Leg. N° 1071, la cual contiene la siguiente disposición:

“DECIMO SEGUNDA. Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional^[120], se entiende que el recurso de

-
- c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.
 - d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
 - e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración”.

[120] El inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.

Es decir, se convierte al proceso de nulidad de laudo arbitral en una vía igualmente satisfactoria^[121] con el fin de concentrar en él la discusión sobre cualquier afectación a un derecho constitucional, esté o no contemplado como causal de nulidad del laudo en la ley correspondiente.

En efecto, si el Tribunal había señalado que el proceso de amparo podía ser utilizado directamente contra cualquier afectación a derechos constitucionales distintos a los protegidos por las causales de nulidad previstas en la ley, el legislador fue de otra opinión.

Sin embargo, esta modificación importantísima del proceso de nulidad de laudo arbitral recién fue advertida por el Tribunal Constitucional al expedir la sentencia que recayó en el Exp. N° 00142-2011-PA/TC.

(...)

Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus”.

[121] Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: “... de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes cuando “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”. Este Colegiado ha interpretado esta disposición en el sentido de que el proceso de amparo “ha sido concebido para atender *requerimientos de urgencia* que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Perú. Por ello, *si hay una vía efectiva* para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, ésta no es la excepcional del amparo, que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, fundamento 6, cursiva en la presente resolución); y recientemente ha sostenido que “sólo en los casos en que tales *vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces* para la cautela del derecho, o por la *necesidad de protección urgente*, o en *situaciones especiales* que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo (...)” (Exp. N.º 0206-2005-PA/TC, fundamento 6). En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso que tiene también la finalidad tuitiva de protección del derecho constitucional presuntamente lesionado y es igualmente idóneo para tal fin, debe acudir a dicho proceso” (EXP. N.º 5671-2006-PA/TC, Fundamento N° 2.

En esta resolución el Tribunal consideró que:

“...en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir, la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5° del CPConst.”^[122].

Por consiguiente, el amparo arbitral solo resultará procedente:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071”^[123].

Por consiguiente, el Tribunal renuncia a un control directo de los laudos arbitrales y confía la protección de cualquier derecho constitucio-

[122] Fundamento N° 18.

[123] Fundamento N° 21.

nal afectado en el curso del proceso arbitral a los órganos judiciales que deben tramitar el proceso de nulidad de laudo.

Después de realizar esta breve revisión de las complicadas relaciones que han existido entre el proceso de nulidad de laudo arbitral y los procesos constitucionales, es necesario referirnos a algunos de los temas que se suscitan alrededor de ellas.

6. LA TUTELA PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

6.1. Las particularidades del Debido Proceso en el Arbitraje

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido rotundo al señalar que:

“...la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”^[124]

Esta afirmación del Tribunal parece inobjetable pero basta analizarla críticamente para demostrar su falsedad, en efecto, en el arbitraje no se observan todos los principios y derechos de la función jurisdiccional así como tampoco se observan todas las garantías que componen el derecho al debido proceso^[125].

Nuestra afirmación puede sorprender a quienes no advierten que el arbitraje enriquece el concepto de tutela jurisdiccional, pues nuestra institución amplía el carácter simplemente prestacional de este derecho

[124] STC N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico N° 9.

[125] El mismo Tribunal columbra esto cuando afirma “que los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la Constitución...deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral” (STC N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento N° 17, resaltado nuestro).

al reconocer al particular la facultad de participar en la formación y configuración del servicio de justicia que satisfará sus pretensiones.

El arbitraje, por consiguiente, supone un "radicalización" de la participación democrática reconocida originalmente a los particulares, y representa una optimización concreta del principio de mayor participación de los privados en las decisiones que afectarán sus derechos patrimoniales.

Por tal razón, afirmamos que la sujeción a un arbitraje privado conlleva un abandono legítimo de muchos de los derechos que conforman el derecho a un debido proceso judicial. Concluimos, asimismo, que cuando los particulares, para resolver sus conflictos disponibles, excluyen a la jurisdicción ordinaria excluyen por ese mismo hecho a todos los derechos contenidos en el debido proceso distintos del derecho a la defensa o de los otros derechos cuya lesión constituye una causal expresamente contemplada en la ley como de nulidad del laudo arbitral.

Para justificar nuestra afirmación basta analizar las condiciones procesales a las que se sujeta inmediatamente quien elige resolver sus conflictos disponibles a través del arbitraje.

En primer lugar, quien elige el arbitraje no cuenta con un cuerpo estable y gratuito para la tramitación de sus pretensiones, o, en todo caso, no cuenta con una garantía estatal para la existencia de ese cuerpo jurisdiccional.

Igualmente, la parte en un arbitraje no recurre a un poder estatal, recurre sí a un particular investido por la Constitución con la potestad jurisdiccional, pero el cual no pertenece a una organización cuya autonomía se encuentra reconocida constitucionalmente.

Asimismo, quien elige el arbitraje renuncia a la gratuidad de la prestación jurisdiccional, y la renuncia es tan radical que el proceso solo se le brindará si cumple con pagar los honorarios de los árbitros e, incluso, los gastos administrativos correspondientes.

El derecho a un juez predeterminado por la ley, así como el derecho al procedimiento predeterminado por la ley tampoco pueden ser reclamados dentro de un proceso arbitral pues los poderes otorgados a las partes privan de todo sentido a estas garantías de la justicia estatal.

La publicidad en los procesos y, consecuentemente, el control social de las actuaciones arbitrales, tampoco puede ser exigida en el proceso arbitral, pero no por una imposición legal sino por el propio interés de los participantes en él.

Aunque, como hemos visto, nada impide que se pacte la existencia de un recurso de apelación, el sometimiento a arbitraje supone generalmente la renuncia al derecho constitucional a la instancia plural.

La afirmación del Tribunal Constitucional debe ser, por consiguiente, completamente relativizada, parece claro que la pregunta que debe contestarse es qué queda realmente en el arbitraje del derecho al debido proceso, y de los llamados derechos y principios de la jurisdicción.

Sin embargo, antes de intentar contestar esta pregunta debemos realizar una precisión importante. Aunque hemos hablado de renunciaciones o limitaciones al derecho a un debido proceso debemos percatarnos que estas “renunciaciones” o “limitaciones” solo son consecuencia de los mayores poderes que se otorgan a las partes para el diseño de la prestación jurisdiccional.

Las partes no pueden reclamar el derecho a un juez predeterminado por la ley por que eligen su propio juez, no pueden reclamar un procedimiento predeterminado por la ley o el derecho a una instancia plural porque son ellas las que diseñan su propias reglas procedimentales.

Parece que, propiamente, no puede hablarse de renunciaciones o limitaciones sino de elecciones distintas a las previstas para la prestación de la jurisdicción ordinaria pues, si esta última está tan rodeada de garantías, se debe justamente a la menor participación de los particulares en la forma de prestación de la tutela jurisdiccional.

La radicalización democrática que supone el arbitraje hace, desde este punto de vista, innecesarias muchísimas de las garantías contenidas en el derecho a un debido proceso, y que son consideradas indispensables para el ejercicio de la jurisdicción ordinaria.

Todo lo anterior es válido, por supuesto, dentro de los límites de lo disponible, y exige un control material de esa mayor participación en la configuración de la prestación jurisdiccional que se encarga finalmente a los árbitros. Ahí donde el arbitraje exceda los límites de lo disponible o se imponga como obligatorio, estas supuestas renunciaciones o limitaciones

pueden adquirir realmente tal calidad debiendo ser materia, en su caso, del control judicial correspondiente.

6.2. El contenido de la Tutela Procesal Constitucional en el Arbitraje

En nuestra opinión el primer gran derecho que puede considerarse incluido en derecho al Debido Proceso en el arbitraje privado es el que garantiza el libre y voluntario acceso a la jurisdicción arbitral, el cual se expresa, como lo señala la profesora ARRARTE ARISNABARRETA^[126], en:

“El derecho a ejercer la autonomía de la voluntad y celebrar un convenio arbitral que otorgue a los particulares la potestad de resolver las controversias que surjan respecto de derechos disponibles”^[127]

Luego podemos identificar un conjunto de derechos que podemos agrupar bajo la denominación de derechos a la configuración de la prestación jurisdiccional arbitral. El primero de estos derechos es el de poder elegir libremente a sus árbitros; el segundo, que podemos llamar derecho a la configuración del proceso arbitral, agrupa a su vez el derecho de establecer las reglas de procedimiento bajo las cuales se desarrollará el proceso arbitral y, además, la posibilidad de pactar si las reglas de resolución del conflicto será la equidad o las del sistema jurídico^[128].

Asimismo, concordando nuevamente con la profesora ARRARTE ARISNABARRETA^[129], debe mencionarse, como componente esencial de un proceso arbitral regular, el respeto al derecho de defensa.

Este último, al igual que el derecho al debido proceso es un concepto jurídico abierto que, debido a su carácter evolutivo, se encuentra en permanente construcción por la práctica y la doctrina.

[126] ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación del laudo y el proceso de amparo” en <http://www.justiciayderecho.org>, p. 24. (Consultado el día 9 de julio de 2011).

[127] *Ibidem*

[128] *Ibidem*

[129] *Ibidem*

UNIDAD IV: CONCILIACIÓN

- Abanto Torres. J. (2010). La Conciliación Extrajudicial y la Conciliación Judicial. Lima: Edit. Grijley. P. 73-86.

Jaime David Abanto Torres

La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial

Un puente de oro entre los MARC's y
la justicia ordinaria

GRILEY

1.2.3.6. Las materias conciliables en la conciliación extrajudicial

El artículo 7 de la Ley N° 26872 modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, regula las materias conciliables, en los términos siguientes:

«Artículo 7°.- *Materias conciliables.*- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.

La materia laboral será atendida por los Centros de Conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los Centros de conciliación privados para lo cual deberán de contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia. En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.

En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia.»

Vemos que el legislador delegado ha mantenido el criterio de la libre disponibilidad de los derechos para determinar si una pretensión es o no conciliable.

1.2.3.6.1. Los derechos disponibles

Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

La **pretensión determinada** es aquella por la cual se desea satisfacer un interés de la parte, la cual es fijada perfectamente en materia y cuantía, dentro de la solicitud de conciliación. La **pretensión determinable** es susceptible de fijarse, por las partes, con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación en la propia audiencia de conciliación.

Se entiende por **derechos disponibles** aquellos que tienen un contenido patrimonial, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición.

Los derechos disponibles pueden ser objeto de negociación (transacción), se regulan desde normas creadas inter partes como límite a las normas de carácter imperativo, son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación, son transmisibles por herencia, son susceptibles de caducidad y prescripción⁽⁴¹⁾.

Según el Ministerio de Justicia, versan sobre derechos disponibles las pretensiones de pagos de deudas, obligaciones de hacer, de no hacer, incumplimiento de contrato, desalojo, pago de alquileres atrasados, resolución o rescisión de contrato, pago de indemnización por daños y perjuicios, interdictos, mejor derecho de propie-

⁽⁴¹⁾ Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso al Proyecto de Ley N° 26872.

dad, otorgamiento de escritura, división y partición de bienes, rectificación de áreas y linderos, ofrecimientos de pago, etc.

1.2.3.6.2. *Los derechos indisponibles*

Los derechos personalísimos o indisponibles son una clase de derechos extrapatrimoniales. Derecho personalísimo se dice de aquel tan íntimamente consustanciado con la persona que no es transmisible por serle inherente⁽⁴²⁾. Entre los derechos de la persona tenemos el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión⁽⁴³⁾, el nombre⁽⁴⁴⁾ y la propia imagen⁽⁴⁵⁾ que se tratan de derechos fundamentales.

(42) GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 714-715.

(43) Código Civil, Artículo 5°. El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6°.

(44) Código Civil, Artículo 19°. Toda persona tiene derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

(45) Código Civil, Artículo 15°. La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde.

Entre los derechos sucesorios tenemos las pretensiones de declaración de herederos⁽⁴⁶⁾, representación sucesoria⁽⁴⁷⁾, exclusión por indignidad⁽⁴⁸⁾ y desheredación⁽⁴⁹⁾.

En materia de derechos de derechos reales tenemos los derechos de uso y habitación, que no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación⁽⁵⁰⁾.

En el Derecho de Familia tenemos los deberes conyugales de fidelidad, asistencia y vida común⁽⁵¹⁾, de contribuir al sostenimiento

(46) Código Civil, Artículo 664°. El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien lo posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.

Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

(47) Código Civil, Artículo 681°. Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

(48) Código Civil, Artículo 668°. La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

(49) Código Civil, Artículo 751°. El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación.

(50) Código Civil, Artículo 1029°. Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

(51) Código Civil, Artículo 288°. Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

Código Civil, Artículo 289°. Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cum-

del hogar⁽⁵²⁾ y las pretensiones de separación de cuerpos⁽⁵³⁾ divorcio⁽⁵⁴⁾, filiación matrimonial y extramatrimonial, patria potestad, tutela y curatela.

Con relación a las materias no conciliables, la Circular 001-2001-STC/MINJUS, del Ministerio de Justicia ha señalado que «existen casos que resultan ser no conciliables como nulidad de contratos, nulidad de acto jurídico, nulidad de cosa juzgada fraudulenta y prescripción adquisitiva, entre otros».

El común denominador en estos casos es que dichas pretensiones además de versar sobre derechos indisponibles de las partes, requieren para su existencia del pronunciamiento mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada del órgano jurisdiccional, sentencia que tiene la calidad de constitutiva. Si bien algunos consideran que las sentencias recaídas son de carácter declarativo, también lo es que por antítesis, el contrato, el acto jurídico o el proceso serán válidos mientras una sentencia definitiva no diga lo contrario. Quien tenga una pretensión de nulidad de contratos, nulidad de acto jurídico, nulidad de cosa juzgada fraudulenta, no tiene derecho alguno de que disponer, por lo que mal podría conciliar dicha pretensión.

Estas pretensiones constituyen gran parte de la carga procesal que soportan los Juzgados Civiles.

plimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

(52) Código Civil, Artículo 300°. Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.

(53) Código Civil, Artículo 332°. La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

(54) Código Civil, Artículo 348°. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

1.2.3.6.3. Derecho de familia

Con respecto a la reforma del artículo 7º en lo referente a las materias conciliables en derecho familiar, se mantiene la exclusión de la violencia familiar, se mantiene las pretensiones de pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia⁽⁵⁵⁾, así como otras que se deriven de la relación familiar.

En el Proyecto de Ley N° 3826/2009-PE se propone modificar el artículo 7º retirando la frase «así como otras que deriven de la relación familiar» señalando que esta disposición es malinterpretada por los operadores de la conciliación dado que en la práctica concilian materia que no son de libre disposición como la guarda, colocación familiar, autorización de viaje y otros.

Por otro lado, se considera como materia conciliable la liquidación de la sociedad de gananciales por ser una materia de contenido patrimonial.

Por último, «se ha precisado también la posibilidad de utilizar la conciliación para otras materias que se encuentren reguladas de manera especial, siempre y cuando sean de libre disposición de las partes y sean de contenido patrimonial».

1.2.3.6.3.1. La tenencia

La autora del Proyecto N° 0247 señala que con «relación a la figura del régimen de vistas, su sola inclusión sin mención expresa de la tenencia constituye un defecto de dicha legislación. Ambas instituciones jurídicas han sido pensadas por el legislador para atender la situación crítica del menor en el contexto de la separación de sus padres. Uno de ellos tiene en su compañía al menor (tenencia), mien-

⁽⁵⁵⁾ Los antecedentes de esta norma los encontramos en los Proyectos N° 0247 y 0260, presentados por las congresistas Mercedes Cabanillas Bustamante y Miriam Schenone Ordinola y otros, que fueron agrupadas y obtuvieron dictamen favorable de la Comisión de Derechos Humanos y Pacificación en Mayoría.

tras que el otro sólo podrá hacerlo en determinadas ocasiones, por lo cual buscará se fijen las oportunidades de visita para mantener un grado de cercanía. En tal sentido, se trata de dos instituciones estrechamente vinculadas. Tal como está redactado el texto actualmente, se entiende que la materia a discutir giraría únicamente en torno a la determinación de los horarios de visitas y la frecuencia de las mismas, omitiendo los casos en que las diferencias radiquen también en la determinación de la tenencia. Por lo tanto, la presente iniciativa estima necesario incluir ambas instituciones dentro de las materias a conciliar para que en su ámbito puedan discernirse los aspectos vinculados a su estabilidad física y emocional, lo que da cumplimiento del principio contenido en el Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente de interés superior del niño y adolescente, y a la medida de protección establecida en la Constitución Política vigente, atribuida al Estado.»

En el mismo sentido, los autores del proyecto N° 0260 sostienen que «en el tema de la tenencia hay un gran beneficio social, ya que la Conciliación es la mejor y más digna vía para tratar los asuntos de familia, ya que permite solucionar los conflictos mediante el diálogo y de forma privada. Además, cuida las relaciones posteriores entre los padres. Por otro lado, permite resolver el problema ahorrando tiempo y dinero».

Al respecto, los autores del Proyecto N° 0260 agregan que la «figura de la tenencia se da cuando los padres del menor están separados de hecho. De acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia se determina de común acuerdo entre ellos; y sólo resolverá el Juez especializado en caso de desacuerdo o si lo acordado resulta perjudicial para el menor».

1.2.3.6.3.2. Interés superior del niño

Esta propuesta, que no había sido considerada en el Proyecto Sustitutorio, sí había sido sugerida en el Proyecto de la congresista Cabanillas, y fue introducida en el Pleno, a solicitud de la congresista Schenone. La reforma señala que el conciliador tendrá en cuenta el

interés superior del niño, en armonía con la Convención del Niño y el artículo IX del Título Preliminar Código de los Niños y Adolescentes, promulgado por Ley N° 27337⁽⁵⁶⁾. Norma similar ya estaba prevista en las conciliaciones extrajudiciales por ante las Defensorías del Niño y el Adolescente (DNA)⁽⁵⁷⁾. Este principio forma parte de los temas de la capacitación que recibimos en un curso de Especialización en Conciliación Familiar.

1.2.3.6.3.3. Conciliación en las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente - DEMUNAS

Rentería Durand, anota que actualmente las materias conciliables en DEMUNA son los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas, excluyéndose la violencia familiar.

Según dicha autora las DEMUNAS atendían los asuntos de violencia familiar, constituyendo una sede importantísima y cercana de solución del conflicto, en el cual no es posible arribar a conciliaciones sobre los hechos de violencia, sino más bien sobre las relaciones futuras entre las personas involucradas, reglas de comportamiento y de relación, y en muchos casos, significaba que los asuntos que inicialmente se planteaban como de violencia familiar y que tuviesen asuntos pendientes de alimentos, inadecuados regímenes de visita entre otros, tales como asuntos colaterales fuesen tratados y solucionados, sin menoscabar los derechos de las persona violentada ni

⁽⁵⁶⁾ Código de los Niños y Adolescentes, Artículo IX. *Interés superior del niño y del adolescente*. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

⁽⁵⁷⁾ Decreto Supremo N° 006-99-PROMUDEH, Artículo 6°. *Concepto*. La conciliación extrajudicial en las Defensorías del Niño y el Adolescente es un mecanismo alternativo orientado a la solución de problemas familiares, con la participación de un Conciliador de la DNA para promover un acuerdo voluntario entre las partes atendiendo al principio del Interés Superior del Niño.

tampoco su derecho de acción en las instancias pertinentes, habiéndose judicializado todos los hechos de violencia familiar, llegando a soluciones no deseables, señalando que la judicatura recibe con fines de ejecución las actas de conciliación de las DEMUNAS⁽⁵⁸⁾.

Señala además que si bien el rol de las DEMUNAS ha sido y es muy importante, también la idiosincrasia de nuestra población ha permitido en muchos casos que lo acordado en la DEMUNA no se cumpla vulnerándose así la buena fe de la otra parte participante, pretendiéndose en muchos casos agotar todas las instancias del Poder Judicial con asuntos que quizá debieron resolverse en tal instancia.

1.2.3.6.3.4. La Ley de Conciliación Fiscal en asuntos de derecho de familia

La Ley N° 28494 modifica el artículo 96° inciso 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, estableciendo entre las funciones del fiscal provincial de familia la de conciliación prescribiendo que son sus atribuciones «intervenir a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y régimen de patria potestad».

El artículo 144° inciso j del Código del Niño y del Adolescente prescribe que compete al Fiscal de Familia actuar como conciliador del conflicto en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución consensual al conflicto, siempre y cuando no se hubiere iniciado proceso judicial, no pudiendo propiciar acuerdos sobre derechos no disponibles irrenunciables, o sobre materias que tengan connotación penal.

El artículo 4° de la Ley N° 28494 crea el Registro de actas de conciliación del Ministerio Público, las que pueden ejecutarse ante el Poder Judicial.

⁽⁵⁸⁾ RENTERÍA DURAND, M. Margarita, «La conciliación en familia», en *RAE Jurisprudencia*, T. 10, Lima, 2009, pp. 121-122.

Rentería Durand anota que la conciliación fiscal no ha tenido la acogida esperada, de pronto por la imagen que proyecta el Ministerio Público como titular de la acción penal, por falta de difusión, falta de capacitación de sus miembros en técnicas de conciliación y conciliación familiar, aspectos de desarrollo del niño, necesidades educativas y problemática de pareja⁽⁵⁹⁾.

1.2.3.6.3.5. La Ley N° 29227 y su reglamento

La Ley N° 29227 regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías.

El artículo 4° inciso a) de la ley glosada establece como requisitos que deben cumplir los cónyuges para solicitar la separación convencional no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos tenencias y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y

El artículo 5° inciso d) de la ley bajo comentario exige que se adjunte a la solicitud copia certificada de la sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia o régimen de visitas de los hijos menores o hijos mayores de edad, si los hubiera.

Los artículos 5° inciso 1 y 6 inciso e) del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS contienen exigencias similares.

Se ha interpretado que la Ley N° 29277, más conocida como la Ley de Divorcio Rápido, considera como materia conciliable la patria potestad. Debe entenderse que no es conciliable la patria potestad, que es irrenunciable, sino su ejercicio, bajo los acuerdos de tenencia, de una pensión alimenticia y un régimen de visitas.

⁽⁵⁹⁾ RENTERÍA DURAND, «La conciliación en familia», cit., p. 125.

1.2.3.6.4. *Derecho laboral*

En armonía con el inciso 2 del artículo 26° de la Constitución⁽⁶⁰⁾ la modificatoria al artículo 7° incorpora un párrafo relativo a la conciliación en materia laboral, señalando que se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la Ley.

Adelantándose a la ley, el inciso a) del artículo 7° del Reglamento derogado señala que la «conciliación en asuntos laborales supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que sólo opera en el ámbito de disponibilidad que éste disfruta». La pregunta surge de inmediato: ¿qué derechos laborales son disponibles y cuáles no?, ¿cuándo estamos frente a un derecho renunciable y cuándo no?

Según el Módulo de Marco Legal del Manual del Ministerio de Justicia, son materias conciliables la forma de pago de los beneficios sociales, de las remuneraciones insolutas, de la indemnización por despido arbitrario y de gratificaciones. Según el Centro Piloto de Conciliación Extrajudicial Laboral - CEPICEL, del Ministerio de Trabajo, son materias conciliables la indemnización por accidente de trabajo, el incumplimiento de obligaciones laborales, el incumplimiento de obligaciones de modalidades formativas, el incumplimiento de obligaciones en cuanto a las relaciones laborales de los *services*, la indemnización vacacional, el pago de utilidades, el cese de hostilidades, la reposición y reincorporación.

Se hace necesaria una adecuada formación y capacitación para los conciliadores en materia laboral. En el ámbito jurisdiccional son notables las falencias de los Juzgados de Paz en cuanto al conoci-

⁽⁶⁰⁾ Constitución Política del Perú, Artículo 26°. En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

[...]

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

miento de la legislación sustantiva y procesal del trabajo. No debe suceder lo mismo con los Centros de Conciliación⁽⁶¹⁾.

El Reglamento vigente en su sexta disposición complementaria transitoria dispone que el MINJUS en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, dentro de los nueve (9) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente norma, evaluará el Plan Piloto de Conciliación Laboral Extrajudicial (CEPICEL) bajo los alcances de la Ley y el presente Reglamento⁽⁶²⁾.

1.2.3.6.5. Derecho penal

La reforma reitera que no son conciliables las controversias relativas a la comisión de delitos o faltas, introduciendo como segundo supuesto de conciliación facultativa la cuantía de la reparación civil derivada de las mismas. Adviértase que en el texto original no era posible conciliar el monto de la reparación civil derivada de la comisión de las faltas.

Hubiese sido interesante que se permitiera la conciliación extrajudicial tratándose de delitos de acción privada, que se tramitan como querrela, conforme a los artículos 302° y siguientes del Código de Procedimientos Penales, como es el caso de los delitos de calumnia, difamación e injuria. Conforme al artículo 306° del Código acotado, «reunidos ante el juez instructor el querellante, el querellado y los testigos, el juez invitará a las partes a conciliarse. Si hay conciliación, se sentará el acta respectiva, que firmarán el Juez, las partes y el actuario». En el mismo sentido el

⁽⁶¹⁾ GAGO GARAY, José Eduardo Martín, «La conciliación laboral en el Perú», en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/48.pdf>.

⁽⁶²⁾ Sobre el CEPICEL puede revisarse CASTILLO DE LA CRUZ, Juan, «El principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador en la conciliación extrajudicial laboral: a seis meses de la ejecución del Plan Piloto de Conciliación Extrajudicial Laboral a cargo del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo», en: *Hechos de la Justicia*, N° 10, Lima, 2007 (<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/irrenunciabilidad.htm>).

artículo 381° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que «el día de la audiencia, el Juez invitará a las partes a conciliarse; en caso de no producirse, pedirá que expliquen sus razones para no aceptar la conciliación».

Peña Gonzales⁽⁶³⁾ señala que en el Proyecto de Ley de Conciliación aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso existió la posibilidad de conciliar en asuntos de naturaleza penal, pero esta fue luego excluida; opinando que los supuestos del principio de oportunidad previstos en el artículo 2° del Código Procesal Penal⁽⁶⁴⁾

(63) PEÑA GONZALES, Óscar, *Manual de conciliación extrajudicial y comentarios a la Ley de Conciliación*, APECC, Lima, 1999, pp. 196-197.

(64) Código Procesal Penal de 1991, Artículo 2°. El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.
2. Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los 2 (dos) años de pena privativa de la libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

[...].

deben ser considerados como materias conciliables, por tener la misma naturaleza, como sucede en el caso de Colombia y Brasil. Tal es el caso de delitos de mínima y mediana criminalidad y que no van a afectar el interés público, por ser delitos de escasa relevancia social, tal como contempla el principio de oportunidad.

Pensamos que tratándose de las faltas, que son ilicitudes menores y de algunos delitos, sobre todo de naturaleza patrimonial, es perfectamente posible la conciliación, más aún teniendo en cuenta el carácter residual del Derecho Penal. Los especialistas tienen la palabra⁽⁶⁵⁾:

Si echamos un vistazo al vigente Reglamento de la Ley N° 26872, veremos una regulación totalmente distinta de las materias conciliables. Sintetizando dichas incongruencias en el tratamiento de las materias conciliables Pinedo Aubián⁽⁶⁶⁾, nos presenta el siguiente gráfico:

⁽⁶⁵⁾ Al respecto, puede revisarse SALAS BETETA, Christian, «Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 19, enero-junio, 2007 (http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-12.pdf).

⁽⁶⁶⁾ PINEDO AUBIÁN, F. Martín, «El fin de la conciliación (El nuevo marco normativo de la conciliación extrajudicial dado por el Decreto Legislativo N° 1070 y el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación)», en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/fin%20de%20la%20conciliacion.htm>.