



**ANEXO DE LECTURAS COMPLEMENTARIAS**

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

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

1) MERLANO ALCOCER, Alberto, El perfil del buen negociador, en Negociación Nacional e Internacional, Biblioteca Milenio, Bogotá, 2006. P. 185 a 193.

2) GARAÑA CORCES, José Manuel, Negociación Efectiva, Esid Editorial, Madrid, 2015. P.179 a 189.

3) MERLANO ALCOCER, Alberto, Aproximación conceptual a los procesos de Negociación y al manejo de conflictos, en Negociación Nacional e Internacional, Biblioteca Milenio, Bogotá, 2006. P. 93 a 102.

4) GARAÑA CORCES, José Manuel, Negociación Efectiva, Esid Editorial, Madrid, 2015. P.105 a 111.

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

MERLANO                      ALCOCER, Alberto, El perfil del buen negociador, en Negociación Nacional e Internacional, Biblioteca Milenio, Bogotá, 2006. P. 185 a 193.

# NEGOCIACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

**Marco Antonio Velilla**  
COMPILADOR

**BIBLIOTHECA MILLENNIO**  
Colección Derecho Económico  
y de los Negocios



## EL PERFIL DEL BUEN NEGOCIADOR

Intervención

*Alberto Merlano Alcocer*

Por lo general, siempre he tratado de aplicar un principio en mi vida: que todo lo que yo hago valide lo que yo pienso. Y, cuando no lo valida, trato de ver el porqué y modifico un poco mi pensamiento. Eso, incluso, a veces me ha conducido a situaciones que me han generado algún problema en la universidad o en la academia, porque, por ejemplo, si una teoría no está validada por mi experiencia, no la acepto. Lógicamente, puede ser que de pronto esté aplicándola mal, pero generalmente busco que la teoría sea coherente con la práctica. Por eso, en cuanto a este tema de la “formación de negociadores”, debo decir que todavía hay algunas áreas que me generan cierta perplejidad, por lo que intentaré compartirlas dentro de esta visión global de “formar negociadores” y dentro de lo que a mi modo de ver significaría un reto como ese.

En ese sentido, es importante decir que ya hemos tenido una experiencia muy concreta, con el doctor Luis Alberto Gómez, en la Universidad del Norte de Barranquilla, al implementar la especialización que él mencionaba hace un momento (de la que ya han egresado varias promociones). En ese caso, debo decir que difícilmente encuentra uno un *partner* como él, con quien uno puede sentarse durante horas a “botar corriente” sobre el tema, y quien tiene el suficiente poder para hacer lo que quiera con ese programa sin tener que negociar primero con mucha gente. Esa ha sido, entonces, una oportunidad supremamente bella, en donde hemos tenido la posibilidad de reflexionar con detenimiento cómo debería ser la formación de negociadores.

A mi modo de ver, entonces, hay ciertas características, cualidades o aspectos que debería tener todo negociador, y que iré enumerando a lo largo de esta exposición.

### 1. EXPERIENCIA

En lo personal, en la época en que trabajé para ECOPETROL, tuve una experiencia muy intensa en el tema de negociación, manejando negociadores de la USO que son

permanentes (es decir que son siempre los mismos desde hace muchos años y que cambian muy poco). Eran, además, negociadores del más alto nivel, que muchas veces se veían enfrentados a los negociadores novatos de otras empresas, que no solamente eran personas de muy poca experiencia, sino que cambiaban constantemente, pues sus jefes tenían la idea de que la negociación era una experiencia que todos los futuros gerentes debían tener. Y, como era lógico, los negociadores de la USO los volvían ropa de trabajo porque, frente a un negociador profesional que ha negociado diez o más convenciones, otro que apenas empieza a medio a negociar no tiene mayor cosa que hacer.

En esa época, entonces, me propuse armar un grupo negociador y lo conseguí, porque era además una excelente oportunidad que se me presentaba para poner en práctica mis ideas sobre lo que debían ser los grupos negociadores y para empezar a ensayar.

## 2. EXPERIENCIA DE VIDA

En términos generales, comparto todos los planteamientos que sostienen que la mejor escuela de negociación es la vida. En ese sentido, si la experiencia que hemos tenido en nuestro hogar, en nuestro medio o en nuestro trabajo, ha sido la de una negociación integradora (es decir, una experiencia en donde se respeta al otro, se respeta el pensamiento ajeno y se diferencia la persona del problema) seguramente nos iremos educando a partir de esa perspectiva y casi que iremos adquiriendo “por ósmosis” los hábitos de un negociador-integrador. En cambio, si vivimos en una sociedad bastante autoritaria o en un hogar en donde la autoridad emana sólo del cargo, en donde se irrespeta la idea del pequeño porque es pequeño, y donde no se acepta al individuo como tal independientemente de lo que piensa, muy probablemente nuestro proceso de formación será tan complicado que lo que tendremos que hacer en un futuro para reformar lo que empezó mal será bastante agotador.

## 3. VOCACIÓN Y SENTIDO INTEGRADOR

Es importante que nos preguntemos qué tipo de negociador queremos. Y aquí viene mi primera contradicción.

Con LUIS ALBERTO siempre hemos pensado que un buen negociador debe ser “integrador”, pues sabemos por la teoría que un negociador debe ante todo buscar la integración. Sin embargo, sabemos también que todo negociador debe utilizar

diferentes estrategias de negociación según la situación que enfrente. En ese sentido, el negociador tiene un marco de referencia y unos valores que le marcarán una tendencia a integrar sus soluciones con las del otro en un enfoque *gana-gana*, aunque también manteniendo la suficiente flexibilidad para poder utilizar la estrategia de negociación que la situación le vaya demandando. Es decir que, muchas veces, se verá obligado a hacer negociaciones distributivas, o a utilizar la coerción, enfocando una negociación con la fuerza y orientada hacia el poder, cuando así se requiera. Sin embargo, de todas maneras, su marco de referencia (por aquello del *efecto pigmaleón* o de la tendencia natural que tenemos a construir en la realidad lo que tenemos en nuestro pensamiento) tendrá que ser siempre un marco de referencia “integrador”.

Por otra parte, pienso que el negociador “nace”; que es muy difícil “hacerlo”. Y cuando digo que “nace” no me refiero solamente al “genoma” sino también a la educación fundamental que ha recibido en su infancia, a su experiencia vital, y a sus paradigmas esenciales. Por eso, quien no “nace” negociador y llega al poder siendo ya un adulto, transformarlo es una tarea sumamente grande.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, pienso también que debemos seleccionar a nuestros negociadores observando primero que sean personas que posean el talante adecuado para esa tarea de negociación integradora que nos espera de aquí en adelante. Claro está que, si tuviéramos una demanda de 150 candidatos para un programa que admitiera a 25 personas, seguramente podríamos hacer una buena selección. Pero, como en la práctica todavía no se presentan tantas personas a estas especializaciones, el esquema de selección termina partiendo de la idea de que, como son programas más económicos en todos los sentidos (tanto en dinero como en esfuerzo), seleccionar en campos que son más artes que ciencias (como la negociación) que formar gente, es algo que está presente, pero su aplicación concreta puede presentar algunas dificultades de tipo práctico.

Hay que decir también que tenemos cierta tendencia a detestar a los negociadores coercitivos. Sin embargo, recuerdo que la USO tenía muy buenos negociadores que utilizaban la coerción. Era gente incapaz de dialogar, pero que, dentro de su esquema de lucha de clases y dentro de su concepción de que al patrón sólo se le podían arrancar concesiones por la fuerza, tenían una formación como negociadores (formada al interior de la *Unión Sindical Obrera*) que tendía a fortalecer la coerción. Claro está que, por otra parte, los negociadores de la empresa tendían igualmente a fortalecer el esquema de coerción.

La teoría nos indica entonces que en ciertos momentos la pregunta de “¿qué tipo de negociador queremos?” queda en manos de los marcos de referencia de cada per-

sona. Sin embargo, de acuerdo con lo discutido aquí, pienso que es importante insistir en que el marco de referencia de cualquier negociador debe ser ante todo un marco de referencia “integrador”.

#### 4. PENSAMIENTO ESTRATÉGICO

Generalmente, se piensa que el negociador bueno no es necesariamente el que maneja “mesa” (me refiero a mesa de negociación). En ese sentido, tengo una convicción férrea, pues pienso que la negociación es algo que la persona maneja estratégicamente. De hecho, la negociación es una estrategia.

En toda negociación es fundamental que uno sepa muy claramente qué es lo que quiere. Incluso, cuando uno va a afrontar una negociación que dura seis meses (y cuyos primeros meses sabe que se irán en negociaciones de tipo distributivo, negociando —por ejemplo— raciones de alimentos, aumentos de auxilios sindicales, etc.), puede darse el lujo de mandar a la mesa de negociación a gente principiante, porque de pronto la estrategia puede consistir precisamente en “quemar esa etapa”.

Pero también es muy importante saber a dónde se quiere llegar y cómo se quiere llegar. Es decir, que resulta esencial tener un “estratega” que esté tras la negociación. Por ejemplo, ¿qué haríamos nosotros, en este momento, en la mesa del Caguán? Definitivamente, nada. ¿Quiénes son los negociadores? ¿qué tan protagónicos son esos negociadores? ¿qué tan importante es quién esté ahí? Lo fundamental entonces es: ¿cuál es la estrategia de negociación? ¿cuál es el objetivo fundamental y qué se pretende con eso? ¿cuáles son los esquemas globales y cuáles serán los mecanismos de respuesta? Porque, ante un endurecimiento de las FARC y un maltrato a los policías, por ejemplo, ¿puede uno reaccionar sacando los presos de las FARC y mandándolos a diferentes cárceles, bajándoles las condiciones, y asumiendo aquello de “ojo por ojo, diente por diente”? O, frente al guerrillero que secuestró un avión y se refugió en la zona del Caguán ¿tiene uno alguna posibilidad de respuesta distinta a: “o me lo devuelven o termino la negociación”? ¿O puede uno, por ejemplo, cancelar los permisos de visita de todos los presos de la FARC (así se le vuelvan a escapar, como ocurrió) porque no hay un mecanismo que garantice la seguridad? Por eso insisto en que lo fundamental es cuál es la estrategia, cuáles son las tácticas, y cuáles son las instrucciones que se le darán al equipo negociador. Por eso, en el programa que implementamos en la Universidad del Norte, resultan supremamente importantes

los temas como el factor estratégico, el pensamiento estratégico y la mente de estrategia.

## 5. FORMACIÓN

La formación de todo negociador debe implicar una serie de procesos comunes, independientemente del campo en el que piensa negociar (comercial, laboral, internacional, familiar, etc.).

En ese sentido, los procesos mentales tienen que ver con: toma de decisiones racionales, toma de decisiones complejas, pensamiento complejo, creatividad, y—desde el punto de vista de la comunicación— con los procesos de comunicación no-violentos.

Pero, además de esos procesos comunes, deben existir también unos contenidos específicos (pues es evidente que, por ejemplo, para negociar petróleo se necesita saber de petróleo), lo que significa que hasta el mejor negociador del mundo no será apto para ningún tema, mientras no cuente con la información y la formación adecuada para hacerlo.

## 6. PRÁCTICA

La negociación requiere práctica. Y esa práctica debe ser supervisada, aunque muchas veces desde el punto de vista académico eso plantea un problema que es cómo hacer una práctica supervisada.

Pero lo cierto es que se aprende a negociar negociando, y que todo equipo negociador es como una especie de laboratorio de ensayo (como lo aprendí en la Universidad del Valle, cuando hice la Maestría en Administración, época en la que la línea humana, o la línea de comportamiento humano en la negociación, era bastante dominante en los programas académicos). Es decir que los mismos conflictos que los miembros del grupo pueden llegar a tener entre sí, o los conflictos que pueden tener con sus profesores, cuando no están de acuerdo con una calificación, por ejemplo, contribuyen también al aprendizaje de la negociación, y a saber lidiar y resolver los conflictos. Ese manejo de sus problemas reales y esa manera de aplicar sus aprendizajes en situaciones concretas de su vida personal, me parece que son prácticas tan o más importante que la mera teoría, pues es una parte de esa praxis “en vivo y en directo” que requiere la negociación.

## 7. CALIDAD Y EVOLUCIÓN HUMANAS

La lista de características de un buen negociador contempla muchos aspectos. En términos generales, podríamos decir que todo negociador debe tener una inteligencia superior al promedio, una inteligencia práctica, y un buen mapa de la realidad en su mente. Debe ser además un hombre con confianza en sí mismo y tener sensibilidad para escoger el estilo de negociación adecuada a cada situación. Igualmente (por las razones que mencioné en mi ponencia), debe tener apertura mental; hacer sus apuestas, pero estar dispuesto a cambiar; ser consciente de que quien evalúa no comprende y que, para poder comprender, debe suspender los mecanismos de evaluación y abrirse a la posibilidad del propio cambio.

Otro aspecto importantísimo que debe caracterizar al buen negociador es la inteligencia emocional. Es decir, la capacidad para manejar sus emociones y reconocerlas, pero también para descifrar y manejar el código emocional de los otros. Debe tener también tolerancia a la ambigüedad, lo que significa tener una tolerancia que le permita manejar la incertidumbre sin perder la calma ni la serenidad.

Pero, más allá de esas características, supongo que el buen negociador debe tener también otros aspectos que también son muy importantes como, por ejemplo, un cierto nivel evolutivo como ser humano (incluso, en el campo de la psicología se habla de “psicología evolutiva”). Ese grado de evolución se relaciona, por ejemplo, con el amor hacia el otro o con el afecto por el otro, aspecto que hasta el momento hemos trabajado muy poco.

Actualmente, en la *Defensoría del Pueblo*, por ejemplo, estamos implementando procesos de selección de personal que tienen como fundamento la aplicación de las *Etapas de Desarrollo Moral* de Kohlberg, teoría que parte del hecho de que hay personas que tienen mayor evolución moral que otras, y que esa evolución apunta hacia el altruismo (más que hacia el egoísmo) hacia la solidaridad con el otro, hacia la distinción del ser del otro, y hacia la diferenciación entre el “ser” de la persona y las cosas que esa persona “hace”. Además (y esto lo pongo a nivel de una hipótesis interesantísima de trabajo, que en este momento estamos tratando de validar en la *Defensoría del Pueblo*), esa teoría apunta también a que muy probablemente el nivel evolutivo de la persona esté relacionado con los mecanismos de negociación que esa persona emplea. Por eso, no todos los días nace un Gandhi, ni un Martín Luther King, ni un Manuel Serna (de la comunidad de campesinos del Carare) y que, por lo tanto, hay algo especial en esos individuos que tal vez se pueda detectar y examinar.

## 8. FLEXIBILIDAD

En este punto, quiero enfatizar un aspecto que la experiencia me ha permitido concluir y es que no debemos ser tan rígidos con la teoría.

Hace un momento, por ejemplo, estaba recordando cómo era ese equipo negociador que formamos en ECOPETROL. Sin duda, era un equipo muy bueno, pero curiosamente era también un equipo con un desequilibrio enorme, pues estaba integrado —entre otros— por dos alcohólicos (es decir, por dos personas que realmente tenían serios problemas con el alcohol). En ese sentido, cada vez que terminábamos una sesión de negociación, gran parte de mis problemas era cómo poder controlar el licor, porque siempre terminaban celebrando o haciendo un “relax” en el que había bastante trago de por medio. Sin embargo, aún siendo alcohólicos, eran personas que aparecían al día siguiente, muy a las ocho en punto de la mañana, y que hacían muy bien lo que tenían que hacer.

También teníamos un paranoico (es decir, alguien que desconfiaba sistemáticamente de las negociaciones del otro) y un coercitivo, al que le encantaba pelear (incluso, hoy en día seguimos siendo socios y trabajamos juntos en proyectos comunes). Por cierto, ese coercitivo es alguien que mientras uno está en un proceso negociador con prácticas integradoras, él bosteza, se aburre, se levanta, va a dar una vuelta, en fin, pero que cuando se requiere pasar a una fase más fuerte, uno lo llama y el tipo regresa a la mesa y pelea espectacularmente bien. Entonces, de alguna manera, nos complementábamos perfectamente entre todos (porque, por ejemplo, yo peleo muy mal) y teníamos, así, un equipo de negociación bastante adecuado.

Sin embargo, si confrontamos las características de ese equipo con la lista de cualidades del buen negociador a la que hice referencia hace un momento, podríamos decir que todos los integrantes de nuestro equipo tenían inteligencia, autoconfianza, flexibilidad, apertura mental, inteligencia emocional y tolerancia a la ambigüedad, pero que también tenían no sólo unos problemitas, sino unos “problematas”. Es decir que, aunque hacíamos negociaciones adecuadas, que tenían unas características comunes, también teníamos diferencias bárbaras de personalidad.

Incluso, tampoco habría podido elegirlos según “criterios morales”, porque uno de ellos, que era una persona que llevaba una vida bastante disoluta, era mi negociador más eficaz. De hecho, logró sacar adelante muchas negociaciones exitosas con otros igualmente disolutos del bando opuesto. Recuerdo, por ejemplo, que una vez (y ese cuento fue célebre) se fue con los del bando contrario a una de esas “casas de niñas” y ahí se generó tal solidaridad que el señor disoluto del lado sindical no

quería irse de ese antro hasta que el señor disoluto del lado de la administración de la empresa no estuviera en condiciones de irse con él. Es decir, no pensaba dejarlo solo en ese sitio. Entonces, terminaban generando tal cantidad de lealtades, compromisos, entendimientos y uniones *non sanctas*, que eso me hacía pensar que todos esos esquemas tan rígidos que tenemos en cuanto a la formación de negociadores y de liderazgo tienen que ser confrontados con las características de las situaciones reales porque, aunque es importante especificar ciertas condiciones, siempre habrá una cantidad enorme de variantes que influirán al momento de conformar un equipo negociador.

## 9. FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Pienso mucho ahora en Peter Drucker. Drucker dice que uno muchísimas veces se equivoca con las personas, cuando las examina buscando encontrar en ellas individuos perfectos, en vez de hacer lo que él sugiere como más acertado que es construir sobre sus fortalezas y debilidades. Es que todos los seres humanos tenemos grandes fortalezas pero, al mismo tiempo, grandes debilidades.

Nuestras debilidades son la clave de nuestras fortalezas, y nuestras fortalezas son la clave de nuestras debilidades. Por eso, cuando no vemos las debilidades en los demás, les estamos restando fortalezas y viceversa. Eso significa que también el negociador coercitivo, el negociador de fuerza, en un momento dado puede ser muy útil (como mi socio de actividades de negociación), porque muchas veces la negociación requiere situaciones de fuerza y él tiene esa fortaleza. En cambio, no hay que involucrarlo en los problemas emocionales de la negociación porque, como esa es su debilidad, la puede dañar.

Dice Drucker también que la pregunta equivocada que solemos hacernos con más frecuencia es si una persona nos "gusta" o nos "simpatiza".

Volviendo al caso de ese buen equipo negociador que tuve, debo reconocer que varias de las personas que lo integraban no me simpatizaba. Es más, me "caían gordos". Sin embargo, la pregunta adecuada no era si me simpatizaban sino si eran eficientes y servían para negociar. Uno de ellos, por ejemplo, únicamente era apto para manejar procesos mecánicos, pero hay que ver lo útil que era porque armaba en minutos cualquier programa de computador que uno necesitara durante la negociación (por ejemplo, para ir evaluando los costos de la convención en la medida en que se iban generando nuevas opciones). Sin embargo, era una persona totalmente incapaz de manejar relaciones con la gente.

De la misma manera, un negociador que es, por ejemplo, frío, analítico, que parece tan sinuoso como una serpiente, y al que no lo impacta nada de lo afectivo, puede no ser nada "simpático" pero puede ser al mismo tiempo capaz de analizar y manejar con enorme claridad los procesos que se están dando en una mesa. Por consiguiente, en resumidas cuentas, si hay unos factores comunes, esos factores comunes creo que sí los hay, que sí existen y que es más fácil seleccionar a las personas que lo tienen, que tratar de formar a quienes no los tienen.

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

GARAÑA CORCES, José Manuel, Negociación Efectiva, Esid Editorial, Madrid, 2015. P.179 a 189.

José Manuel Garaña Corces

# Negociación efectiva Relación marca y concesionario

«Saber negociar objetivos  
para no volver a equivocarnos»



Capítulo 14

**Principales variables a manejar  
en el proceso negociador**

## 14. Principales variables a manejar en el proceso negociador

El proceso negociador en sí mismo se compone de una serie de variables esenciales que debemos saber manejar. Pero antes de ello debemos responder a una pregunta que forma parte del inicio del aprendizaje: ¿POR QUÉ NOS CUESTA TANTO NEGOCIAR?

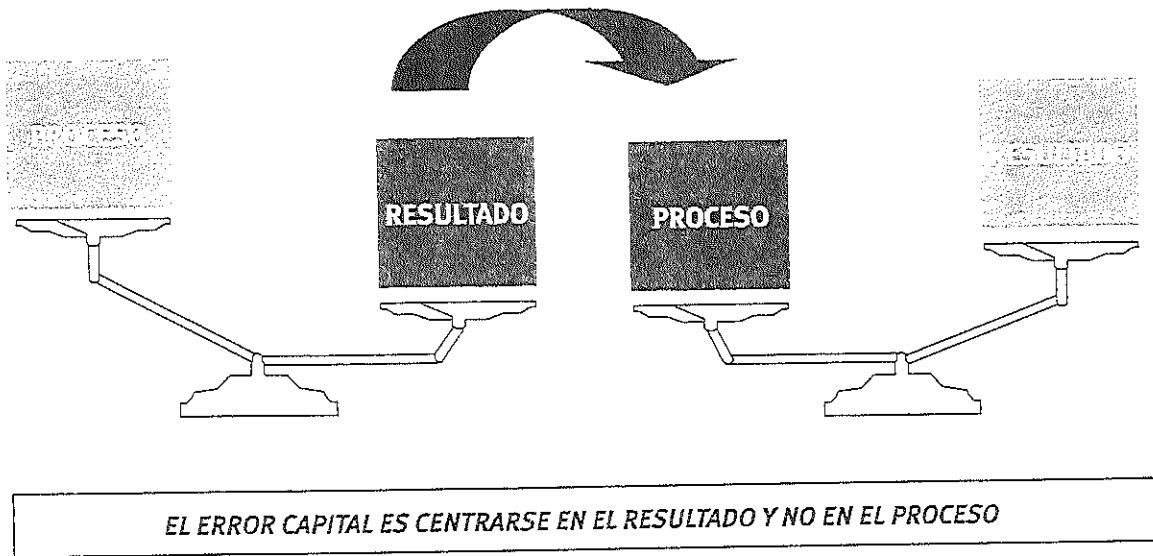
Es cierto que, aunque sepamos que ante el gerente del concesionario, jefe de ventas, posventa, etc., debemos argumentar nuestros objetivos, nuestro “foco” lo colocamos precisamente ahí, en argumentar, no en negociar.

Negociar, como llevamos desgranando durante todo el libro, supone un esfuerzo adicional. Es costoso por el tiempo físico y por el esfuerzo psicológico. Inconscientemente buscamos llegar al resultado y por esa prisa descuidamos lo realmente diferenciador: el PROCESO.

### UNO DE LOS ERRORES MÁS COMUNES Y CAPITALS

Lógica tradicional al abordar el proceso	Lógica profesional que debiéramos seguir
<i>Centramos en los resultados</i>	<i>Centramos en el proceso</i>

## ¿Por qué nos cuesta tanto negociar?

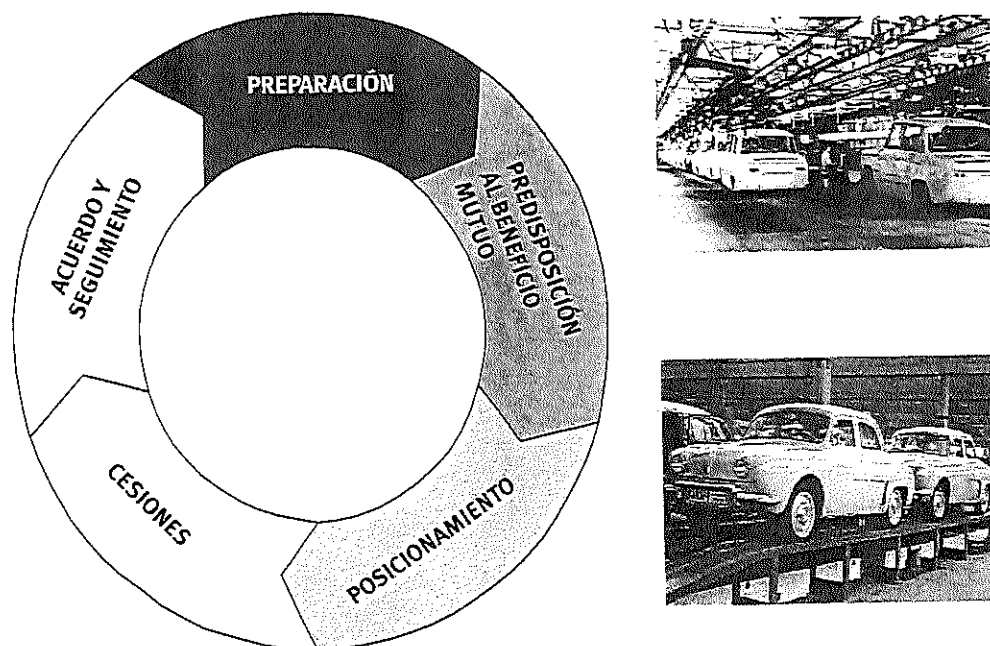


Fuente: Julio Ruiz Capelo.

### 14.1. Descripción de las variables que intervienen en el proceso

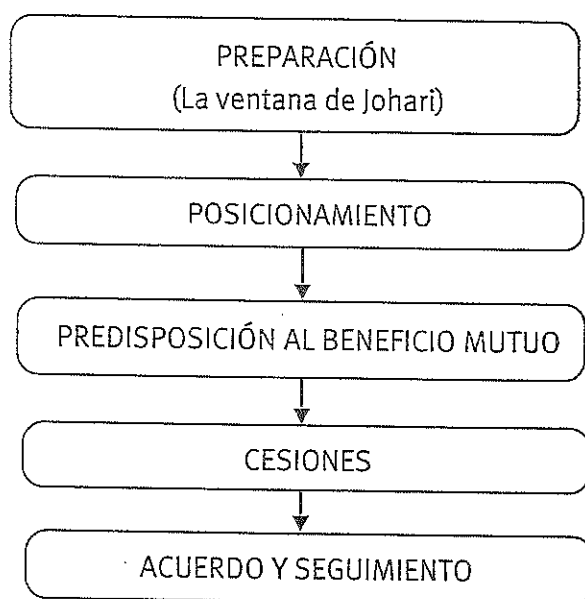
Las variables que intervienen en el proceso han sido recogidas de alguna manera a lo largo del desarrollo del libro, pero a continuación las condensamos en una secuencia uniforme, estructurada y ordenada.

Asimismo, incluiremos matices adicionales para enriquecer, complementar y dar una visión añadida a los temas previamente tratados en capítulos separados.



Fuente: Julio Ruiz Capelo.

### VARIABLES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO



#### 1. Preparación

Hemos visto anteriormente que el concepto de preparación es esencial. El proceso de preparación predispone al éxito del proceso negociador y lo condiciona. Es un “leit motiv” que rezuma su sentido a lo largo de todo el libro. En este capítulo del PROCESO y de forma específica centraremos el significado de preparación en:

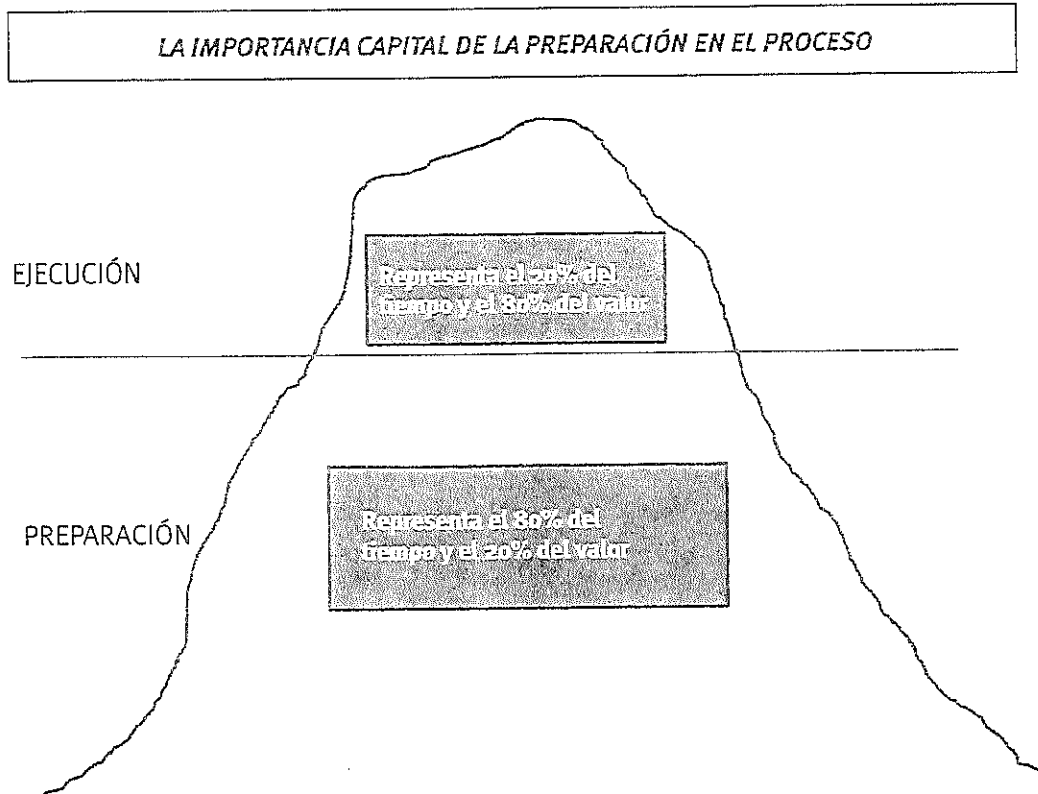
- Análisis de la información disponible (la ventana de Johari).
- Preparación de la oferta.
- Determinación de la estrategia negociadora.

##### *a) Análisis de la información disponible*

El tratamiento de la información es fundamental para tener las herramientas más útiles al encarar el proceso. Datos de mercado, penetración, objetivos históricos, evolución... sabemos que son absolutamente decisivos. Muchas veces el profesional de la marca no le dedica el tiempo suficiente. No se da cuenta de que el proceso negociador empieza con la preparación. Aunque quizá el tiempo de preparación no sea el valor final si representa el valor principal inicial.

Pero, además, en este apartado de información disponible nos centraremos en lo que tanto el concesionario como la marca conocen desde el pensamiento formativo que configura la ventana de Johari.

## TEORÍA DEL ICEBERG



Fuente: Elaboración propia.

La **ventana de Johari** es una herramienta de psicología cognitiva creada por los psicólogos Joseph Luft y Harry Ingham –las primeras letras del nombre propio de ambos conforman la palabra Johari– para ilustrar los procesos de interacción humana. Este modelo se utiliza generalmente para crear estrategias de negociación bajo el prisma de la información disponible.

Este modelo de análisis ilustra el proceso de comunicación y analiza la dinámica de las relaciones personales. Intenta explicar el flujo de información desde dos puntos de vista, la exposición y la realimentación, lo cual ilustra la existencia de dos fuentes: los “otros” y el “yo”.

La teoría se articula mediante el concepto de espacio interpersonal, que está dividido en cuatro áreas –cuadrantes–, definidas por la información que se transmite.

## LA VENTANA DE JOHARI

	Yo conozco	Yo desconozco
El otro conoce	<b>ÁREA LIBRE</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ Predisposición al beneficio mutuo</li> <li>◦ Definir posibles escenarios</li> </ul>	<b>ÁREA CIEGA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ Descubrir intereses</li> <li>◦ Identificar escenario real</li> </ul>
El otro desconoce	<b>ÁREA OCULTA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ Cesiones intangibles</li> <li>◦ Desbloques</li> <li>◦ Cambio de escenario</li> <li>◦ Acuerdo</li> </ul>	<b>ÁREA DESCONOCIDA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ Desbloques</li> <li>◦ Cesiones</li> <li>◦ Nuevos intereses</li> <li>◦ Acuerdo</li> </ul>

Fuente: Lutz e Ingham, 2001.

### Aplicación práctica de la ventana de Johari al objetivo trimestral

TABLA N<sup>o</sup> 21.

#### EJEMPLO DE APLICACIÓN DE LA VENTANA

YO CONOZCO	YO DESCONOZCO
ÁREA LIBRE.	ÁREA CIEGA.
Datos de penetración de la marca en zona.	Incentivos internos ventas y posventa.
Benchmarking datos de marcas competencia.	Políticas de obsequios como acelerador de ventas.
Precios actuales.	Acuerdos incentivos con las financieras.
ÁREA OCULTA.	ÁREA DESCONOCIDA.
Nuevas campañas para el trimestre.	Circunstancias económicas.
Configuración de series especiales.	Actuaciones de la competencia.
Descuentos especiales por compra recambios.	Ayudas (obstáculos) gubernamentales.
Cambios en el staff de la marca.	Cambios legislativos.

Fuente: Elaboración propia a partir de Lutz e Ingham (2002).

#### b) Preparación de la oferta

Al hablar de la preparación de la oferta, nos referimos a la especificidad de la relación entre los interlocutores de la marca y sus homólogos en el concesionario, además

de, como hemos visto en capítulos anteriores, variables dependientes como la situación del año en la que nos encontremos o el tipo de *dealer* con el que queramos negociar, su perfil gerencial...

En cualquier caso, dentro del capítulo de la preparación de la oferta destacaríamos:

- Identificar el problema / objetivo / necesidad y definirlo como un objetivo común.
- Especial importancia de la obtención y gestión de información (ventana de Johari).
- Comprender el problema / objetivo / necesidad.
- Conocer las necesidades subyacentes o implícitas.
- Generar soluciones alternativas.
- Elegir una solución.
- Convertirla en oferta.

### c) *Determinación de la estrategia*

Derivado de los estilos que se describieron anteriormente, nacen las estrategias correspondientes para abordar el proceso. A continuación recordamos brevemente éstas, además de servirnos como recordatorio para dar sentido y valor a la anticipación en la preparación del proceso teniendo en cuenta, como siempre, el perfil y la posible estrategia de la otra parte.

- *Estrategia competitiva.*

**Solo se puede competir si se está dispuesto a perder**

- *Estrategia de colaboración.*

- *Estrategia de conciliación.*

- *Estrategia de evasión.*

- *Estrategia de compromiso.*

## 2. Posicionamiento

A la hora de abordar el posicionamiento negociador al iniciar el proceso, el delegado de la marca debe tener claro que puede optar por dos estrategias diferenciadas que pueden aportarle un valor diferencial:

- POSICIONARSE PRIMERO (tomar la iniciativa).

- POSICIONARSE A CONTINUACIÓN (dejar que la otra parte tome la iniciativa).

No son ni peor ni mejor, sino que acarrean ventajas y desventajas que deben ser conocidas durante el mencionado proceso. Dependerá de que el negociador las conozca y que, dependiendo nuevamente de factores diversos (tiempo, alternativas, expectativas, experiencia...), elija una posición u otra. LO QUE DEBE PRIMAR SIEMPRE será la coherencia para que, una vez elegida, el responsable de la marca esté obligado a mantenerla.

### ¿Es mejor posicionarse primero?

VENTAJAS	DESVENTAJAS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Iniciativa en la negociación.</li> <li>• Se marca una posición de la cual es difícil alejarse mucho psicológicamente. (efecto ancla)</li> <li>• La primera señal es la señal más fuerte.</li> <li>• Reduce las aspiraciones de la otra parte.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La otra parte conoce nuestra posición sin conocer nosotros la suya.</li> <li>• Se corre el riesgo de subir las expectativas si la propuesta inicial es mejor de lo que pensaba la otra parte.</li> <li>• Casi siempre el que se posiciona primero es el primero en ceder.</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia.

- Intentar siempre que la otra parte nos facilite toda la información posible en primer lugar. Así nos encontraremos en una posición más ventajosa.
- En todo caso, procuraremos posicionarnos primero siempre en nuestro punto más favorable.
- Al posicionarnos haremos una revelación de información poco importante, exigiendo inmediatamente que el otro negociador revele algo a cambio (cuanto más importante sea su revelación, mejor).
- Nuestro posicionamiento debe ser gradual y siempre bajo el planteamiento "si tú me dices algo, entonces, y sólo entonces, yo te diré algo a ti".
- El posicionamiento debe ser expresado con convicción, adecuadamente argumentado y defendido durante un tiempo suficiente (si tú no te lo crees, cómo se lo va a creer él).
- Una vez que nuestra propuesta inicial está sobre la mesa, sólo podremos reducir nuestras pretensiones, pero no conseguir más de lo que hemos pedido.
- Cada parte tiene una serie de expectativas en torno al resultado de la negociación. Estas expectativas no se sitúan en el límite de las pretensiones iniciales, ya que ambas partes saben que existe un margen de maniobra.

Un buen negociador deberá conjugar la consecución de los objetivos de la marca al mismo tiempo que el concesionario también se siente satisfecho (implicado y responsable) al final del proceso.

### 3. Predisposición al beneficio mutuo

Cuando la marca y el concesionario, sea quienes sean los interlocutores en ese momento, negocian o interactúan, parece que parten de “clichés” tradicionalmente aceptados. Reiteramos que es algo “ancestral”. Algo tan arraigado que funciona como un estigma de predeterminación histórico.

Vuelve a pensarse que la relación no es de complementariedad, si no estanca, y aunque la voz refleje ese ánimo de complementariedad, es la actitud y la realidad la que llevan a la luz el criterio con el que ambas partes se tratan para buscar el beneficio sólo para la parte a la que representan. Es así porque no se entiende ni el concepto inicial de la cadena de valor ni la necesidad real de interpretar la necesidad profesional y empresarial del uno y del otro.

Buscar el beneficio mutuo es fundamental. Es uno de los secretos para que el proceso negociador sea un éxito. Por encima de los objetivos se encuentran los intereses, las necesidades, el histórico que lo explica. El objetivo sólo es el efecto (la fiebre), los intereses son la causa por la que la fiebre se manifiesta.

## Cómo abordar de forma profesional y actual los procesos negociadores

TABLA N<sup>o</sup> 22.

### MARCO DE ENFOQUE DE LOS PROCESOS

Lógica tradicional al abordar el proceso	Lógica profesional que debiéramos seguir
<i>Centramos en los objetivos</i>	<i>Centramos en los intereses</i>
<i>Los objetivos son el efecto (la fiebre)</i>	<i>Los intereses son el diagnóstico</i>

Fuente: Elaboración propia.

Además, debemos tener en cuenta las siguientes premisas como capítulos fundamentales. Estas consideraciones que a continuación exponemos, nos podrán ayudar a entender qué es y qué significa buscar el beneficio mutuo:

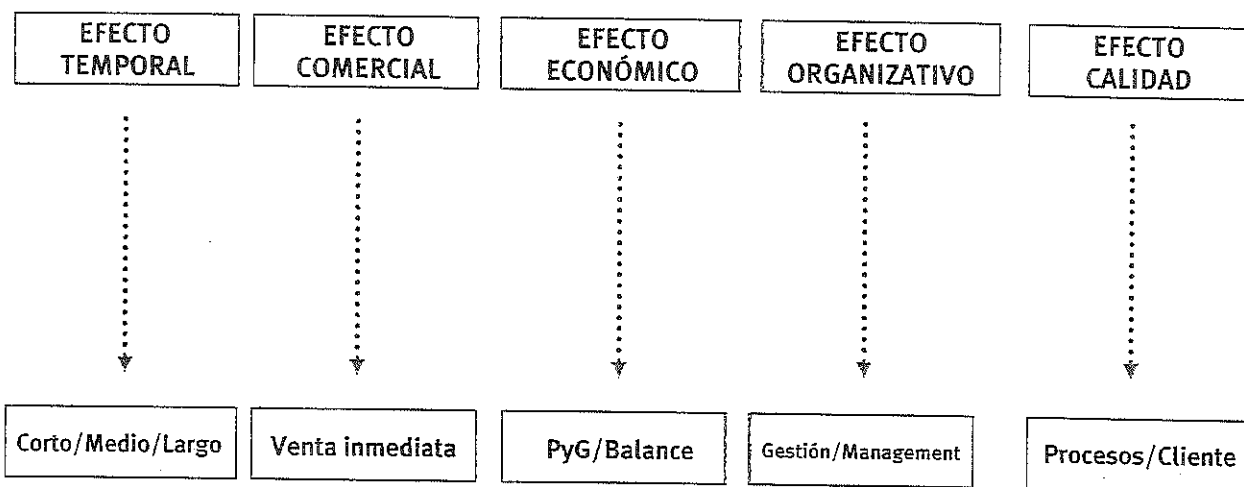
- Se negocia lo que no se vende: ¡Vende primero la propuesta!
- Presenta la propuesta en base a beneficios. Busca que la otra parte acepte los beneficios. Suma síes.
- Sólo negocia sobre los noes.
- Habla desde posiciones de igualdad.

Cuando un delegado comercial, gerente de zona, product manager, etc., quieren darle eficacia a su oferta ante el concesionario, SIEMPRE deben generar un valor que antes no existía. Deben procurar que el objetivo que presenten al concesionario le otorgue un efecto sumatorio sobre lo que previamente éste tenía.

El objetivo que el representante de la marca someta a negociación será siempre aquel que cuando se alcance presente un aumento de posición en algún ámbito fundamental del negocio del concesionario.

### BENEFICIOS TRAS LA NEGOCIACIÓN

#### NEGOCIACIÓN DE LOS OBJETIVOS GENERANDO BENEFICIOS

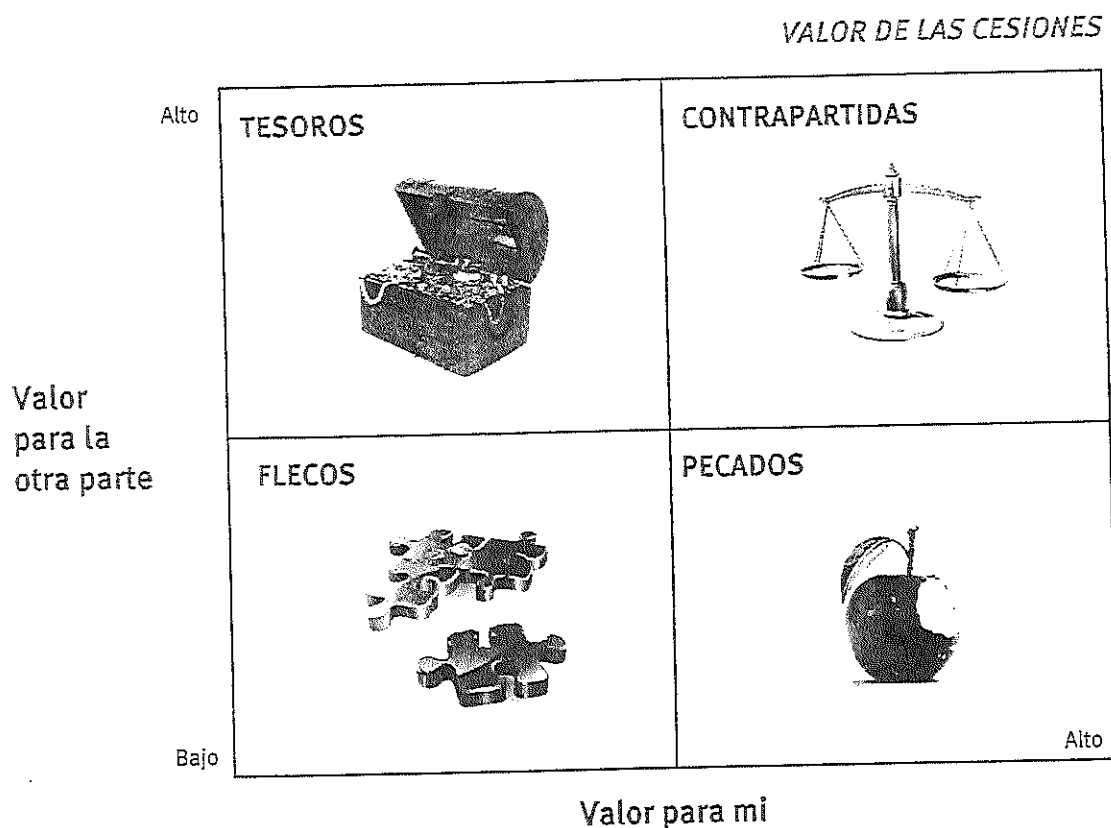


Fuente: Elaboración propia.

#### 4. Concesiones

Las cesiones las podemos clasificar en función de la valoración que tienen para mí y la valoración que tienen para la parte contraria. Así las podremos clasificar en:

- Tesoros: son cesiones de poca importancia para mí, pero muy importantes para la otra parte, por lo que debo tener algunos porque serán bazas importantes a la hora de sacar contrapartidas importantes.
- Fleclos: son cesiones poco importantes para los dos, por lo que serán las primeras que deberé hacer.
- Pecados: son cesiones muy valiosas para mí, pero poco para mi interlocutor, por lo que no debo confesarlos, ya que no sería interesante para mí.
- Contrapartidas: son los objetivos de nuestra negociación. Son las cesiones que deberé buscar a cambio de fleclos o incluso tesoros.



Fuente: Julio Ruiz Capelo.

## 5. Alternativas

- Un proceso negociador necesariamente es un proceso de intercambios.
- Lo que intercambias tiene un valor y este valor debe ser equilibrado entre las dos partes.
- Pues bien, justamente durante este intercambio y fruto de este proceso es donde nacen las alternativas.
- Para manejar alternativas hay que tenerlas y si no hay que fabricarlas.
- *Si tuviéramos que definir nuevamente el capítulo de alternativas (opciones cuya trascendencia está directamente relacionada con el coste que generan –económico, de posición dominante, información, tiempo...–) encontraríamos el modelo MAAN que ya vimos en capítulos anteriores.*

## 6. Acuerdo y seguimiento

Al acabar la negociación, con el cierre del acuerdo, deberíamos hacernos las tres siguientes preguntas:

- *¿Las dos partes hemos llegado al mismo acuerdo?*
- *¿Las dos partes nos sentimos igualmente obligados a cumplirlo?*

- *¿Estamos también de acuerdo en el seguimiento que vamos a realizar?*

Cuando cerremos un acuerdo, éste debe ser el definitivo y debe obligar a las dos partes a su cumplimiento; si no, habremos negociado mal.

Esto quiere decir que lo que firmemos es para cumplirlo y que si la otra parte (bien sea la marca o el concesionario) no cumple con su parte, nosotros no nos sentiremos en obligación de cumplir con la nuestra.

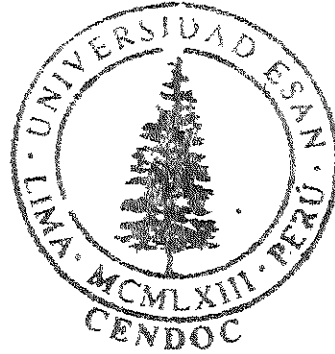
Ya hemos reiterado asimismo que el cumplimiento de los acuerdos debe derivar en el establecimiento de objetivos superiores que sean medibles, alcanzables y, sin que suponga contradicción alguna, éstos deben ser también flexibles.

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

MERLANO ALCOCER, Alberto, Aproximación conceptual a los procesos de Negociación y al manejo de conflictos, en Negociación Nacional e Internacional, Biblioteca Milenio, Bogotá, 2006. P. 93 a 102.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Compilador



# NEGOCIACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

BIBLIOTHECA MILLENNIO  
Colección Derecho Económico  
y de los Negocios



EL NAVEGANTE EDITORES



Complexus



Grupo Editorial  
IBÁÑEZ

# APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN Y AL MANEJO DE CONFLICTOS

*Alberto Merlano Alcocer*

## INTRODUCCIÓN

ESTANISLAO ZULETA, intelectual colombiano fallecido hace algunos años, decía que hablar de una sociedad armónica (entendiendo como armonía la ausencia de conflictos) era plantear una contradicción en los términos. Para él, la sociedad armónica no es la que carece de conflictos sino la que ha aprendido a reconocerlos y a emplear medios pacíficos para solucionarlos.

La existencia del conflicto es normal, si aceptamos que la percepción de la realidad no es la misma para todos los seres. Las diversas percepciones surgen de las diferencias que, en algunas situaciones, hacen necesarios los acuerdos previos a las acciones. Así, cuando sabemos manejarla, la contradicción inherente a las relaciones humanas se convierte en una oportunidad de desarrollo.

### 1. EL CONFLICTO COMO OPORTUNIDAD

Podemos ver el conflicto desde una perspectiva positiva:

- Como DINAMIZADOR que permite conocer mejor la situación que se enfrenta.
- Como FACILITADOR del análisis de la situación desde diferentes ángulos.
- Como ESTIMULADOR que permite no sólo generar mayor cantidad y mejor calidad de alternativas sino contribuir, a su vez, a examinar los criterios de valoración de las mismas.

El conflicto es útil para mejorar el nivel de las decisiones individuales y grupales, tanto que Peter f. Drucker –considerado uno de los grandes teóricos de la adminis-

tración de este siglo— sostiene que si el desacuerdo, tan natural en asuntos humanos, no se presenta por sí mismo, hay que propiciarlo, pues no debemos privarnos de sus ventajas.

En la misma línea, Estanislao Zuleta —anteriormente citado— afirma que las mejores sociedades son aquellas que tienen mayores y «mejores» conflictos, y las que progresan no a pesar de los conflictos sino gracias a ellos.

Debemos aprender, entonces, a ver el conflicto como lo que es: como CONVENIENTE y NECESARIO, dejando de tratarlo como problema y convirtiéndolo en OPORTUNIDAD.

## **2. MÉTODOS PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS**

Los objetivos, los criterios de valoración de las alternativas de las partes, así como las mismas alternativas, son usualmente diferentes en el conflicto, con lo que se crea la necesidad de hacer esfuerzos conscientes para encontrar lo que une, detrás de aquello que separa. Por lo tanto, negociar en forma no-violenta supone aceptación tácita tanto de intereses comunes como de métodos de solución de las diferencias, basados en el diálogo.

Existen tres métodos o sistemas para enfrentar los conflictos: la INTEGRACIÓN, la DISTRIBUCIÓN y la COERCIÓN.

### **2.1. LA INTEGRACIÓN (EL MÉTODO INTEGRADOR)**

El sistema integrador exige que las partes compartan los objetivos y los criterios esenciales de evaluación de alternativas.

Percibir la realidad aproximadamente de la misma manera permite, en este método de resolución de conflictos, que las partes aúnen esfuerzos para encontrar la mejor solución para ambas. Es el sistema más productivo de negociar, ya que se realiza un trabajo conjunto que puede permitir que la solución final sea más benéfica que la que cada una de las partes habría podido generar por sí sola.

Como se deduce de su definición, el método integrador sólo se puede aplicar entre personas y grupos con presumibles objetivos comunes y criterios de valoración de opciones similares o que, aún sin tenerlos, están en la posibilidad de llegar a construirlos.

En el terreno administrativo se le conoce como sistema «gana-gana» porque, al aplicarlo, todas las partes implicadas resultan beneficiadas. En algunos casos, este sistema logra aumentar el tamaño del “pastel” incrementando así la “porción” que le corresponde a cada parte.

La fortaleza del método integrador consiste en que enfrenta los conflictos desde el esfuerzo común: «todos contra el problema». Sin embargo, su limitante radica en que exige no sólo compartir intereses sino también que haya un nivel aceptable de confianza mutua, factores determinantes del grado de apertura deseable para enfrentar el problema como “común”, enfatizando las coincidencias por encima de las diferencias.

El método integrador no funciona bien si el nivel de confianza es bajo y si no existe credibilidad en la voluntad del contendor para enfrentar el problema y buscar soluciones de manera conjunta. De esa manera, si solamente una de las partes emplea este método, corre el riesgo de ser manipulada por la otra.

El método integrador puede compararse adecuadamente con la búsqueda conjunta de soluciones mediante un proceso racional de análisis y de solución del problema. De hecho, las metodologías diseñadas para estos fines (como las de Kepner y Tregoe, consultores americanos en Toma de Decisiones), pueden ser auxiliares eficaces en esta clase de negociación.

También el llamado *Método Harvard de Negociación* es aplicable en la negociación integradora. En él, se recomienda concentrarse en los intereses y no en las posiciones. Esto implica explorar objetivos y criterios de valoración, más que alternativas, buscando hallar opciones de mutuo provecho que satisfagan los intereses compartidos.

Dada nuestra tendencia cultural a la confrontación, más que a la colaboración, este método de solución de conflictos, aunque es prácticamente el único que se enseña, no es muy común en nuestro medio, tal vez porque exige la adecuación de la persona al sistema y no la simple aplicación de unas técnicas de negociación.

No es sencillo desarrollar la habilidad de “abrir la mente” a diferentes maneras de solucionar un problema, dejando de considerar siempre la propia como la mejor, ni tampoco es sencillo separar a la persona del problema, viéndolo—en el peor de los casos— como alguien equivocado y no como a un enemigo malintencionado.

## 2.2. LA DISTRIBUCIÓN (EL MÉTODO DISTRIBUTIVO)

La segunda manera de negociar -que quizás es la que se utiliza con mayor frecuencia- es mediante el empleo del método distributivo, con la que se supone que el contendor no es digno de confianza y por ello, desde el principio, ninguna de las partes manifiesta con claridad sus reales objetivos, criterios y opciones de acuerdo.

Este método exige una manipulación mutua (una especie de “arte del engaño”) que consiste en darle a entender al otro lo que no es, porque se supone que la victoria la obtendrá quien sea más hábil para descubrir las intenciones del contrario y ocultar, a su vez, las propias.

Este sistema presume que los objetivos y criterios para valorar las alternativas de las partes no son comunes. Sin embargo, el hecho de que se utilice como método de negociación ya implica una aceptación tácita de la posibilidad de encontrar intereses compartidos en los que pueda darse el acuerdo. De lo contrario, negociar con este sistema no tendría sentido. Y, si a pesar del esfuerzo, las partes no encuentran un área en donde los intereses coincidan, la negociación con este método se romperá.

En el método distributivo no existe una exploración a fondo de los propósitos y criterios de las partes, por temor a revelar demasiado y concederle al contendor una ventaja indebida. Las aproximaciones son, por lo tanto, lentas y cautelosas, en un largo proceso de pequeñas concesiones mutuas, que permiten un gradual descubrimiento de las verdaderas intenciones de cada uno de los contendores. De esa forma, las posiciones se aproximan hasta que las partes asumen el riesgo de hacer propuestas que consideran terminales, al punto de que el juego concluye y comienza la verdadera negociación, pues los contendores han llegado al límite de sus concesiones y las tácticas manipuladoras y de aproximación gradual se han agotado. Así, por primera vez en el proceso, se pueden ver enfrentados a negociar lo que en principio consideraron no negociable, y acuerdo o ruptura son ahí las únicas alternativas.

Si el acuerdo se logra, hay un empate. Ninguno de los contendores se siente perdedor ni ganador o, mejor aún, ambos pueden percibirse como ganadores. Sin embargo, esto no significa que ambas partes hayan ganado o perdido lo mismo. La posición negociadora de cada uno está determinada por su mejor opción frente a la alternativa de no negociar, lo que usualmente coloca a los contendores en posiciones de poder diferentes. Y, aunque para ambas la negociación sea ventajosa, puede serlo más para una que para la otra, según su debilidad real o percibida.

La consecuencia de lo anterior puede ser paradójica pues, aunque ambos se sientan ganadores, observadores externos pueden distinguir al ganador o al perdedor. No obstante, el señalado como perdedor puede sentirse ganador al haber obtenido más, o cedido menos, de lo que esperaba y, a la inversa, el considerado como ganador puede verse a sí mismo como perdedor. El resultado final, en consecuencia, depende mucho de lo que las partes esperaban y de lo que sienten que realmente consiguieron.

### 2.3. LA COERCIÓN (EL MÉTODO COERCITIVO)

“Coerción” equivale al empleo de la fuerza con el fin de imponer al otro el propio punto de vista. Implica el uso de una u otra forma de poder. En este sistema se coloca al contendor en una situación de dependencia en la que tiene que escoger entre opciones negativas, buscando así que perciba como menos negativa la que su contrincante le ofrece.

La alternativa de la coerción está latente en cualquier negociación, pues es la última opción a la que se acude en caso de que los demás métodos fracasen. Entre mayores posibilidades tenga uno de los contendores de limitar las opciones del otro, mayor será su poder y, por lo tanto, mayores serán sus posibilidades de obtener ventajas.

En las negociaciones de tipo integrador, y aún en las de tipo distributivo, las partes pueden renunciar al uso de la fuerza por principio o porque, en términos de poder, el equilibrio de ambas puede hacer muy costoso para las partes el empleo de ese método.

La fuerza que se reprime da poder negociador al que la tiene, siempre y cuando el balance de poder lo favorezca. Esto se refleja en frases populares tales como «hablar suave con un garrote en la mano», o «guante de seda en puño de acero».

En el uso de la fuerza también caben las apreciaciones subjetivas de “sobrevaloración” o “subvaloración” de la fuerza propia o de la del contendor. Las técnicas de guerra basadas en el engaño son, por lo tanto, casi de uso obligatorio en este sistema.

El empleo del método coercitivo produce una situación de ganancia-pérdida, o de pérdida para ambos, pues si el daño es muy grande para los contendores, el vencedor puede obtener una ganancia irrisoria.

En caso de interdependencia entre las partes, donde después de la contienda los oponentes requieren seguir trabajando juntos por la existencia de un vínculo común superior a las diferencias, el empleo de la coerción siempre produce pérdidas para las partes implicadas, porque debilita la necesaria colaboración posterior a la confrontación. El perdedor siente muy pocos deseos de colaborar con el vencedor y busca ansiosamente la revancha, preparándose para una nueva confrontación. Por eso, en el caso de grupos interdependientes, resulta mejor una victoria total, clara y definitiva, que aniquile la posibilidad de futuras retaliaciones del perdedor, que una victoria parcial que deje expuesta la semilla de un nuevo conflicto.

Son tan negativas las consecuencias de usar el método coercitivo entre personas y grupos interdependientes que su uso debe evitarse al máximo. Aquí resulta completamente válido aquello de que “es preferible un mal arreglo que un buen pleito” ya que, por lo general, a mayor interdependencia entre los grupos en conflicto, mayor posibilidad de consecuencias adversas para la colaboración.

### 2.3.1. LA NO-VIOLENCIA COMO OPCIÓN COERCITIVA

Dado que, por razones prácticas o de principios, la posibilidad de la coerción no puede ser eliminada de los procesos de negociación, resulta útil examinar la lucha no-violenta como alternativa para enfrentar al contendor de hoy, dentro de la convicción de que será el colaborador de mañana, tratando no sólo de derrotarlo sino de convertirlo a la propia causa y de ganar su cooperación futura. Es lo que Martin Luther King llamó “la doble victoria”: victoria sobre el asunto objeto de litigio y victoria sobre el ánimo del contendor, al convertirlo de enemigo a colaborador o simpatizante.

Este método, que fue aplicado con éxito durante este siglo por Mahatma Gandhi —en Sudáfrica y la India— y por Martin Luther King —en los Estados Unidos— (en Colombia tenemos un caso bien documentado que es el de la Comunidad del Carare, ganadora del *Premio Nobel Alternativo de Paz*), se fundamenta en dos principios básicos: la búsqueda de la verdad conjuntamente con el oponente, la cual no se considera patrimonio de ninguno de los contendores, y el amor al «enemigo», es decir al opositor. Es decir, “*Odiar el satanismo y amar a Satán*”, en palabras de Gandhi.

Aplicando estos dos valores, los no-violentos son fieles seguidores de la norma del *Método Harvard de Negociación*: “*Duro con el problema, suave con las personas*».

Al considerar la verdad como relativa, el no-violento estima que aunque se acerque a ella nunca la poseerá totalmente. La negociación se ve entonces como un proceso dialéctico de exploración de aquello que lo separa del otro, buscando puntos de convergencia mediante el trabajo sobre las verdades relativas de cada una de las partes.

Desde el punto de vista de la acción, cuando fracasa el diálogo, los no-violentos emplean como sistemas de lucha con el oponente la no-colaboración y la desobediencia civil. Esta última consiste en no obedecer leyes que se consideran injustas, aceptando sin cuestionar ni tratar de evadir las consecuencias legales del desacato, lo que los convierte en víctimas de un sistema muy cuestionado moralmente.

El método de no-violencia tiene la ventaja de ser una lucha sin odios y, por lo tanto, deja un mínimo de secuelas para la futura colaboración con el «contendor» de hoy. El inconveniente que surge es que su éxito exige un gran liderazgo, generalmente de tipo moral, y un uso magistral de los medios masivos de comunicación.

Este sistema de lucha, como decía Gandhi, no es para cobardes sino para personas que estén dispuestas a morir por sus ideales, sin lastimar física ni psicológicamente al adversario.

#### 2.4. EL ENFOQUE ESCALAR

Muy probablemente, ésta es la mejor forma de enfrentar los conflictos.

El enfoque escalar se refiere tanto a la ACTITUD como a la ESTRATEGIA. Consiste, como su nombre lo indica, en atacar los desacuerdos avanzando gradualmente de la búsqueda de la integración a la negociación distributiva, si la primera no es posible. Por último, si la coerción es necesaria, emplea parcial o totalmente la metodología Gandhiana, haya o no interdependencia.

El enfoque escalar consiste en diferenciar la ACTITUD de la ESTRATEGIA. La primera siempre debe ser integradora, buscando un acuerdo *gana-gana* que favorezca a ambas partes. La segunda, situacional, empleando el medio más adecuado para lograr la apertura del contendor a un enfoque integrador.

Esta perspectiva se basa en el reconocido poder que tienen las expectativas sobre la conducta. Si no se considera como ideal el método integrador, no se lograrán crear las condiciones que lo hagan posible en una negociación. Y, por otra parte,

reconoce que éste no es siempre posible y que, para lograr la apertura del otro, aún la coerción -como sucede en la no-violencia- puede ser deseable.

### 3. LOS NEGOCIADORES

#### 3.1. ATRIBUTOS DEL BUEN NEGOCIADOR

Dentro de la concepción usual de negociación, que únicamente percibe como alternativas los métodos distributivos y los coercitivos, sólo una personalidad dura e inflexible es adecuada para este papel.

Hemos visto, sin embargo, que la opción ideal es tener una actitud integradora y emplear una estrategia situacional. Si esto se acepta, debemos entonces modificar también nuestra concepción de lo que es un buen negociador.

Otra variable, a menudo descuidada, que también incide en el conflicto, es aquella que enfatiza que el negociador duro debe estar en condiciones de poder serlo, ya que si carece de poder real para limitar las opciones de su contendor y forzarlo a elegir las alternativas que él propone —entre las negativas— hará el ridículo, precisamente por falta de poder impositivo real.

Dentro del marco de referencia escalar, aquí planteado, el buen negociador deberá poseer los siguientes atributos:

1. Un aceptable nivel de INTELIGENCIA GENERAL, con buen desempeño en el factor de INTELIGENCIA EMOCIONAL, que le faciliten el auto-conocimiento y la empatía con el contendor, sin dejarse absorber por la visión que éste tenga de la situación.
2. FLEXIBILIDAD para ajustar su conducta y sus métodos a las exigencias variables de los procesos negociadores. Según algunos psicólogos, la flexibilidad correlaciona con un alto grado de tolerancia las situaciones ambiguas e inestructuradas.
3. INTUICIÓN, que cada vez se valora más como condición necesaria para entender procesos multideterminados, donde los métodos analíticos no funcionan.
4. HABILIDAD para manejar la paradoja, buscando la coexistencia y la síntesis de los opuestos, es aquí tan importante como el empleo de la lógica Aristotélica, lineal, deductiva y discriminatoria.

5. **PERSONALIDAD.** En situaciones de estrés, típicas de las negociaciones, afloran los problemas de la personalidad. La experiencia indica la conveniencia de escoger como negociadores a individuos básicamente sanos, con una clara conciencia de sí mismos, capaces de manejar la agresividad propia y la ajena, y de percibir objetivamente el contenido y el proceso de la negociación.

Los negociadores pueden ser entrenados pero difícilmente formados. Las habilidades negociadoras requieren aptitudes; no se desarrollan sólo con conocimientos. Ello indica que el éxito en la escogencia de negociadores radica más en la selección que en la capacitación de los mismos.

### 3.2. LOS GRUPOS NEGOCIADORES

Los grupos negociadores que quieran utilizar la metodología escalar deben estar conformados por personas de diferentes estilos y de carácter complementario.

Para tal efecto, deben formarse grupos de negociación en los que se combinen cuatro estilos básicos, a saber:

1. De orientación hacia los **OBJETIVOS** (hacia los **RESULTADOS**).
2. De orientación hacia las **RELACIONES** (hacia la **MEDIACIÓN**).
3. De orientación hacia los **CONTENIDOS**, más que hacia los procesos (de tipo frío y analítico, con interés más en lo verdadero y correcto que en los objetivos o en las relaciones).
4. De orientación hacia las **LABORES DE SOPORTE** que hay que desarrollar, para que el grupo camine sin problemas hacia la meta (tipo secretario del equipo).

Buena parte del éxito al seleccionar un buen equipo negociador consiste en elegir personas que se complementen entre sí, no sólo en cuanto a los conocimientos requeridos por la negociación, sino también en cuanto a sus personalidades. De esta forma el grupo puede lograr resultados sinérgicos sin tener que forzar a los negociadores a asumir roles inconsistentes con sus respectivas personalidades.

Si el grupo necesita asesores deberá tenerlos, pero sin que sea forzoso que hagan parte activa del equipo que negocia cara a cara con los representantes del otro grupo.

Finalmente, aunque el grupo heterogéneo opera mejor que el homogéneo, deberá ser capaz de actuar como equipo, integrando a sus miembros alrededor de sus objetivos comunes. Esto exige que quien actúe como líder del equipo posea las características señaladas anteriormente como propias de los buenos negociadores escalares.

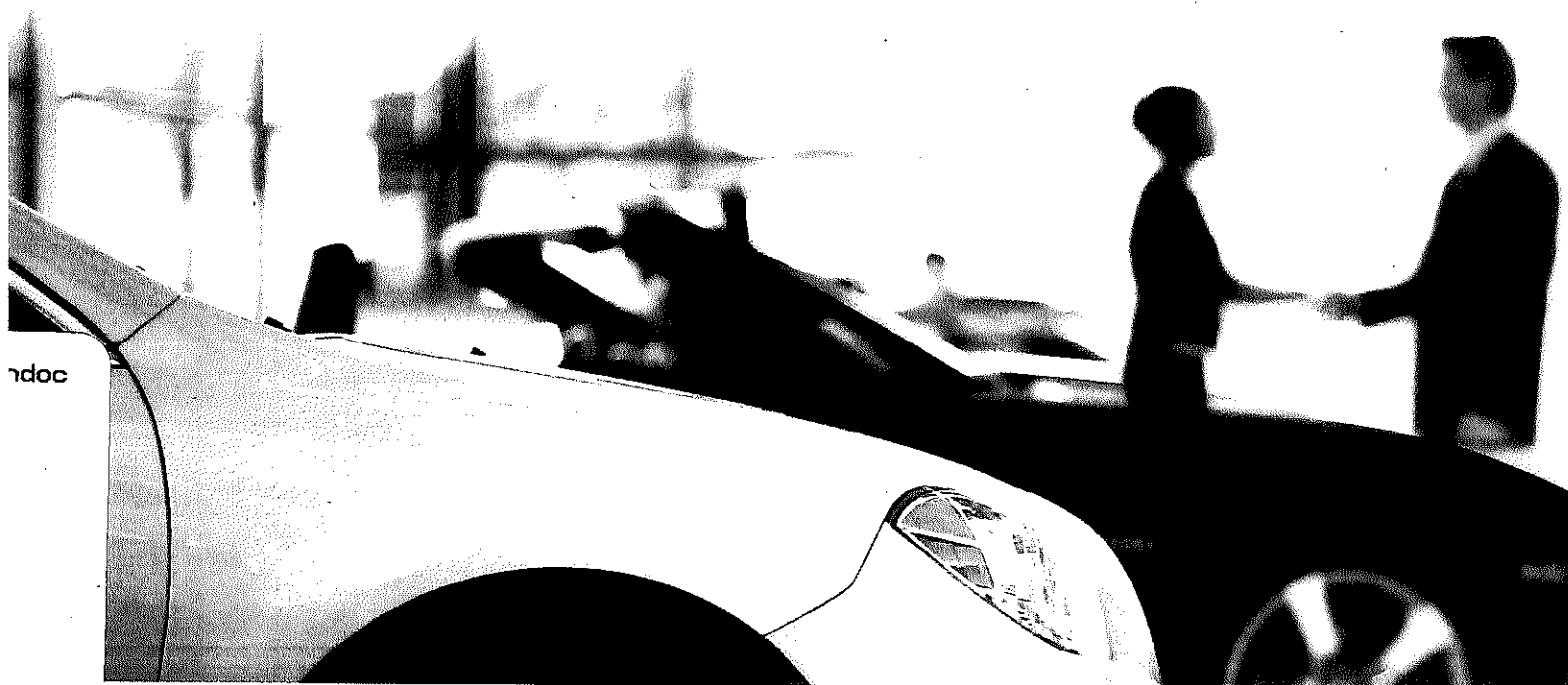
## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

GARAÑA CORCES, José Manuel, Negociación Efectiva, Esid Editorial, Madrid, 2015. P.105 a 111.

José Manuel Garaña Corces

# Negociación efectiva Relación marca y concesionario

«Saber negociar objetivos  
para no volver a equivocarnos»



## Capítulo 8

# El modelo de Harvard aplicado a la negociación efectiva de objetivos

- 8.1. Puntos principales del modelo de Harvard
- 8.2. Estructura secuencial del proceso según el modelo descrito

## 8. El modelo de Harvard aplicado a la negociación efectiva de objetivos

Si tuviéramos que definir y destacar quién es el “gurú” que inició la senda de considerar la negociación como una poderosa herramienta comercial, sin duda éste sería William Ury. Fue cofundador y director asociado del *Harvard Negotiation Project*. Durante más de tres décadas ha ejercido de asesor y mediador en conflictos bélicos, políticos y empresariales en Oriente Medio, los Balcanes, la Unión Soviética, Venezuela...

En 1991 estableció junto a Robert Fisher y Bruce Patton los principios básicos de negociación que todo profesional debe seguir para llegar a conseguir los objetivos establecidos cuya consecución es la que da origen al proceso de negociación. Creo sin lugar a dudas que son muy clarificadores para, al mismo, tiempo, convertirlos en una herramienta efectiva para la consecución de objetivos.

El esquema previo vuelve a basarse en la relación real, actual, que todos los que pertenecemos a la industria de automoción hemos conocido, vivido y, por qué no, compartido, siendo parte de la marca o parte del concesionario.

Son actitudes históricas y tradicionales que afectan a la relación entre el distribuidor (“filial” o “importador”) y la red oficial, porque al final confunden lo que son objetivos con lo que son relaciones. Confunden lo que son personas con lo que son intereses, y así en muchos puntos.

Por ello el modelo que proponen los autores (que ha quedado profesionalmente establecido como “escuela de Harvard”) nos puede servir de inestimable ayuda.

## 8.1. Puntos principales del modelo de Harvard

### 1. Personas

Hay que separar las personas del problema. Muchas veces el delegado de zona (nuevamente ventas, posventa, desarrollo de red, marketing...) identifica el objetivo que quiere conseguir con la persona con quien lo identifica, y esto es un error mayúsculo. Lógicamente, siempre se negocia con un director comercial, jefe de ventas, de servicio, de posventa, de recambios, de administración..., pero se asume que su personalidad, su actitud, su dedicación..., forman una parte principal de lo que se quiere conseguir.

Hay que intentar abstraer la parte personal y centrarse en el problema u objetivo que se desea atacar. Es decir, tener claramente identificado que lo importante es lo que rodea al objetivo, no la persona que lo negocia. No gastemos esfuerzos en intentar convencer a la persona por su forma de ser o por su carácter, sino por el objetivo profesional del que se ha ido a tratar. Es sobre él sobre el que construiremos nuestra estrategia negociadora.

Simplemente es separar los profesionales (los negociadores) de la cuestión de la negociación de que se trata. En resumen, "separar las personas del problema".

### 2. Intereses

Concentremos nuestros esfuerzos no en las posiciones iniciales sino en los intereses que nos mueven, en este caso la consecución de los objetivos. Abandonemos las predisposiciones iniciales fruto de roles convencionales y arquetipos pre-crisis. Nuestra fuerza no viene de las posiciones que tomemos durante la negociación de los objetivos sino de los intereses que encontremos para facilitar que la firma y su consecución (que es realmente lo importante) se materialicen.

Las posiciones de las que se parte (el antes, durante y después) no son lo importante en ningún caso sino la definición de las necesidades mutuas / mecanismos de satisfacción durante todo el proceso de negociación de los objetivos. En resumidas cuentas, hay que concentrarse en los intereses, no en las posiciones (antes, durante y después).

### 3. Opciones

En el momento en el que estamos sentados en la mesa de negociación con el concesionario y después de haber trabajado la información con sumo cuidado y profesionalidad (basada en la actualidad, rigor y practicidad de la misma), debemos construir el mayor número de opciones válidas para la consecución de los objetivos que vamos a plantear al *dealer*.

Nuevamente hablamos de que debemos abrir el abanico de posibilidades entendiendo éstas como la acción de incorporar a los objetivos la mayor cantidad posible de herramientas para su consecución.

Es un error muy común, por otra parte, generar presión e ir a negociar unos objetivos que en muchos casos son "lentejas". Pero es que además, generalmente, las formas de ayuda son muy estereotipadas, generalistas y amplias, por lo que las opciones que el gerente de zona facilita se traducen en que ofrece un paquete estándar en todas las plazas que gestiona, por lo que vuelve a generarse un error de bulto. Lo que puede ser válido para Asturias no lo es para Cataluña. Ni a su vez lo del resto para Baleares o Canarias.

Debemos presentar los objetivos y al mismo tiempo generar en el concesionario el compromiso profesional de cumplimiento facilitándole la mayor cantidad de opciones para su consecución *tailored made*. Para resumir, indicaremos que debemos generar la mayor cantidad de opciones disponibles con el fin de tener tanto éxito como sea posible después de que el proceso de negociación de los objetivos concluya. Nuevamente, no olvidemos la estructura de anticipación (de escenarios futuros) que repasamos anteriormente.

#### 4. Criterios de medición

Al igual que hemos definido en el capítulo de opciones, el modelo de Harvard establece que aquello que consigamos cerrar entre las dos partes, debe quedar sujeto a monitorización y seguimiento. También forma parte del imaginario de la profesión el que los acuerdos queden establecidos pero no sean seguidos. Aquí abriremos dos subcapítulos:

- Establecer y utilizar patrones objetivos para medir realmente los resultados del proceso de negociación y el correspondiente seguimiento de lo que ambas partes han acordado.
- Poder dar respuestas alternativas a las situaciones si éstas, hoy más que nunca, van cambiando.

Por un lado hay que acostumbrar tanto al responsable de la marca como al profesional del concesionario a dar tanta o más importancia a la fase post-negociadora como a la negociación en sí. Lo que se acuerde debe ser el referente y guía de la relación global entre las dos partes. Estableciendo incluso criterios de penalización o incentivación según se estén cumpliendo los acuerdos alcanzados.

Por otra parte, dejar también margen para la adaptación de las propuestas. No confundir compromiso con inmovilismo ni confundir cumplimiento con rigidez estructural. Digamos que el cumplimiento es innegociable, pero la forma y el grado es lo que puede estar sujeto a ser modificable. **SIEMPRE, POR TANTO, SE DEBEN GENERAR UMBRALES MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE CUMPLIMIENTO**, pero considerando que, cumpliendo entre ambos, ya están satisfechas las expectativas planteadas.

#### 5. Reciprocidad

Nunca se deben hacer concesiones gratuitas. El término reciprocidad implica que ambas partes (marca y concesionario) ofrecen y reciben en el momento en el que enfrentan el proceso de negociación de objetivos.

Tener claro el valor de lo que se cede y tener, al mismo tiempo claro el valor de lo que se debe recibir como revisamos anteriormente, es la fórmula básica del concepto de reciprocidad. También indica implicación, complementariedad y simbiosis como forma transversal de relación, nunca vertical (como vimos asimismo en capítulos anteriores). Lo recíproco hace sentir como *nuestro* lo *suyo* y como *suyo* lo *nuestro*.

## 6. Flexibilidad

La flexibilidad es un aspecto esencial de cualquier proceso de negociación, ya que el equilibrio de poder fluctúa a medida que avancen las negociaciones. Es decir, las posiciones respecto a quién tiene más capacidad de ofrecer y quién tiene más capacidad de aceptar lo planteado (quién es el “fuerte” y quién es el “débil”) varían según el tema del que se trate y por tanto del objetivo a negociar.

Imaginemos que el delegado de posventa le pide al jefe de posventa de la concesión que realice una campaña que la marca necesita (quizá auspiciado por fábrica) que no está recogida pero utilizando una firma de garantías pendientes como herramienta de presión. Sin duda el jefe de posventa intentará cumplir con el requerimiento. Pero puede que, pasado el tiempo, el director de posventa de la marca necesite que el concesionario realice una compra adicional de recambios para conseguir a su vez el reconocimiento de fábrica por alguna casuística puntual y entonces ahí el jefe de posventa del *dealer* puede tirar de “memoria” y plantear objeciones.

En definitiva, la flexibilidad en los planteamientos y en la consideración de poder siempre formarán parte de la experiencia negociadora de los profesionales implicados.

## 7. Acuerdos sobre la base de objetivos

Este último punto tiene para mí una importancia capital. Siempre un cumplimiento está basado en torno a la consecución de objetivos. La negociación y la firma de los objetivos por sí misma no tienen valor si éstos no son la base del acuerdo. Siempre se debe acordar sobre la base de los objetivos a cumplir y éstos son estrictamente (con los criterios antes expuestos de flexibilidad) los que marcarán la pauta del acuerdo.

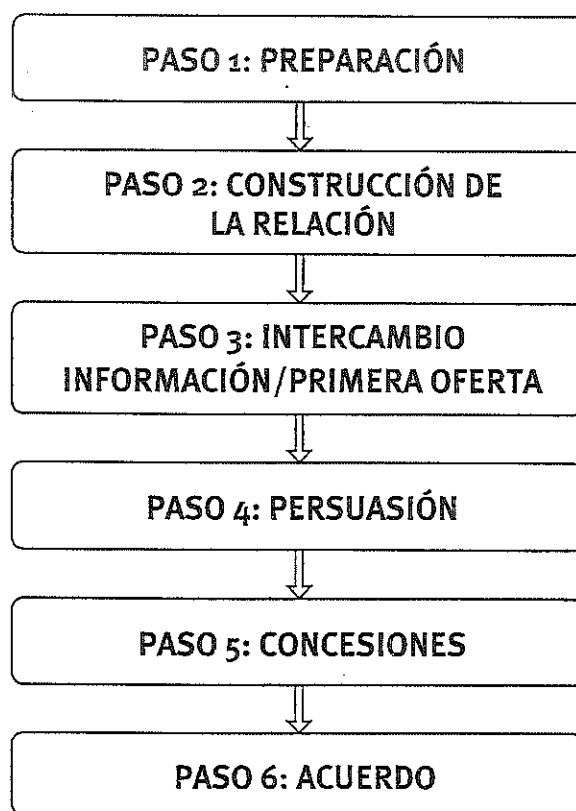
Así, por tanto, las concesiones hechas estarán condicionadas a que el cumplimiento de objetivos (es decir, un descuento en el precio si se alcanza un determinado volumen de compra, un rapel sobre ventas, puntos adicionales de margen, etc.). El objetivo es el fin, nunca el medio.

### Cuadro resumen de los puntos del modelo de Harvard

ASPECTOS PRINCIPALES
1. Abordar los objetivos separando los problemas de las personas.
2. Enfocar los objetivos en base a intereses no a posiciones.
3. Ofrecer el mayor número de opciones posibles para la consecución.
4. Fijar criterios de medición claros, útiles y alcanzables.
5. Tener claro que la reciprocidad en el proceso negociador es vital.
6. Interiorizar el concepto de la flexibilidad en cuanto a la adaptación.
7. Siempre los acuerdos se proyectarán sobre la fijación de objetivos.

### 8.2. Estructura secuencial del proceso según el modelo descrito

Del modelo anterior deriva la siguiente estructura lógica y secuencial para organizar dicho proceso negociador:



Fuente: Kremenyuk, V. (2002).

## 1. Preparación

En este paso tenemos que adivinar realmente si la negociación es posible o no, y determinar los recursos o ventajas que cada parte es capaz de intercambiar. Al mismo tiempo, es el momento adecuado para conocer a fondo (incluso investigando) a la otra parte antes de empezar el proceso. De acuerdo con estas cosas, tenemos que elegir y enviar el equipo adecuado, fijar una agenda con objetivos y plazos para la discusión.

En resumen, usted tiene que prepararse para un período de negociación posiblemente largo (o no), que tiene que ser capaz de manejar el “tiempo” como una herramienta útil y acostumbrarse al ambiente. Por último, y en función de todas las cosas mencionadas, diseñará e implementará su estrategia.

## 2. Construcción de la relación

En esta segunda etapa nos centraremos en los aspectos principales del otro (persona, grupo), pero “fuera del negocio”. Vamos a tratar de conseguir y buscar socios y no opositores. En este momento de la negociación, buscaremos el mayor conocimiento posible de la otra parte a través de un intercambio social e interpersonal. La importancia y la duración de esta etapa varían de acuerdo con las diferentes culturas.

## 3. El intercambio de información y la primera oferta

Ahora es el momento para el intercambio de información con sinceridad. Siempre en base al *trade off* —da y recibe en la misma proporción—. Algunos negociadores ocultan información, que es una estrategia incorrecta. Puede ocultar su mejor oferta al principio (que normalmente debería). Pero ocultar lo mejor que podemos ofrecer es totalmente diferente de ocultar información. Todo lo contrario, muchas culturas consideran esto como un mal punto que penalizará a todo el proceso.

## 4. Persuasión

Es el corazón del proceso de negociación tratado. Hay muchas tácticas utilizadas.

- Promesa / amenaza.
- Recomendación / advertencia.
- Recompensa / castigo.
- Apelación personal.
- Compromiso / hacer el acuerdo público como medida de presión y control.
- Pregunta / orden e imposición.
- Simplemente diga “no” / interrupción.

#### 4.1. "Trucos sucios" en los procesos de negociación

Trucos sucios son tácticas de negociación que se utilizan para presionar a las partes implicadas a aceptar acuerdos o concesiones injustas o indeseables.

- Engaño deliberado. Directamente mentir sobre aspectos que no sucederán.
- *Stalling*. No revelan la información vital o la utilizan en el momento inadecuado para conseguir una presión añadida No como forma de intercambio.
- La escalada de autoridad. Ir presionando hasta denigrar o humillar a la otra persona incluso a nivel personal.
- Buen chico, mala rutina de negociación. Mostrarse como una persona amable pero que está obligado por sus circunstancias profesionales: "Lo siento, no es nada personal", no hacen ninguna concesión.
- Falsa modestia. Saber que realmente se está en una posición de ventaja pero mostrarse a posta como si así no fuera sólo para lograr displicencia, no empatía.
- Viejos amigos. La técnica de la "pena" del "...por favor...", del "...no me hagas esto después de todo este tiempo...".

#### 5 y 6. Concesiones y acuerdo

Estos pasos concluyen el proceso de llegar a un acuerdo final deseable. Ambos firman el contrato que debe ser aceptable para todas las partes. Las concesiones definitivas requieren que cada lado relaje algunas de sus demandas.

Estilos de concesión:

- Enfoque secuencial
  - Cada lado intercambia concesiones.
- Enfoque holístico
  - Comenzar por las concesiones y después se discuten todos los temas.

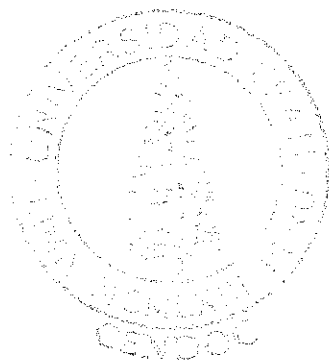
## UNIDAD II: ARBITRAJE

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, p.78 y ss.

Marianella Ledesma Narváez

# 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 peruano<sup>9</sup> 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.

<sup>9</sup> Ver numeral 16 de la sentencia del TC recaída en el proceso, STC 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverry con la 4<sup>o</sup> 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)<sup>10</sup>.

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 juzgada<sup>11</sup>. Para Morello,

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 determinadamente 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 ley<sup>12</sup>. 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,

---

<sup>12</sup> 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 4<sup>o</sup> 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 prueba<sup>13</sup>; el aseguramiento de bienes y medios de prueba<sup>14</sup>; la ejecución de laudos arbitrales y medidas cautelares dictadas en sede arbitral<sup>15</sup>; y en el control poslaudo sobre la validez formal del procedimiento arbitral y del laudo<sup>16</sup>.

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

<sup>13</sup> 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».

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 laudo<sup>17</sup>. 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*<sup>18</sup> 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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 TC<sup>19</sup>, 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»<sup>20</sup>. 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 arbitraje<sup>21</sup>. 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.

<sup>19</sup> STC 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverry con la 4° Sala Penal con reos libres de la Corte de Lima.

<sup>20</sup> 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».

<sup>21</sup> 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 ejecución<sup>22</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 Couture<sup>23</sup>, 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).

<sup>23</sup> 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 inarbitrables<sup>24</sup>.

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

<sup>24</sup> 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 Ojeda<sup>25</sup>, 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, Ramirez 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»<sup>26</sup>. 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).

<sup>25</sup> STC 6167-2005-PHC/TC f.2.

<sup>26</sup> *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 nacimiento<sup>27</sup>. En cambio, en el arbitraje, salvo acuerdo

<sup>27</sup> 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»<sup>28</sup>; 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 Corte Suprema; 32 años, como vocal de la Corte Superior y 28 años como juez especializado.

<sup>28</sup> 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 resultado<sup>29</sup>.

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 procesal<sup>30</sup>.

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 arbitraje<sup>31</sup>.

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

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

<sup>30</sup> Ver STC 6167-2005-PHC/TC.

<sup>31</sup> 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 entender<sup>32</sup>, 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 Constitución<sup>33</sup>. 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

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

<sup>33</sup> 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 expresamente<sup>34</sup>. 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 consuetudinario<sup>35</sup>. 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

<sup>34</sup> Véase inciso 3 artículo 57 del D.L. 1071

<sup>35</sup> 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 ordinaria<sup>36</sup>. La Corte Suprema conoce de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso<sup>37</sup>.

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 judicial<sup>38</sup>. 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. No 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

<sup>36</sup> 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).

<sup>37</sup> Véase inciso «c» del artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

<sup>38</sup> 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 apelar<sup>39</sup>, 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,

<sup>39</sup> 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 [...] <sup>40</sup>.

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 constitucional <sup>41</sup> 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.

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

<sup>41</sup> 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»<sup>42</sup>.

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

<sup>42</sup> 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, respectivamente<sup>43</sup>.

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 voluntades<sup>44</sup>.

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

<sup>44</sup> 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 III: ARBITRAJE

- 1) GARCIA ASCENCIOS, Frank, Amparo versus Arbitraje, Editorial Adrus, Lima, p.45 a 55.
- 2) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje, en Arbitraje, Palestra Editores, Lima, 2009. P.209 a 234.
- 3) WONG ABAD, Julio M, La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo, Jurista Editores, Lima, p.44 a 66.

### UNIDAD III: ARBITRAJE

GARCIA ASCENCIOS, Frank, Amparo versus Arbitraje, Editorial Adrus, Lima, p.45 a 55.



*FRANK GARCÍA ASCENCIOS*

# AMPARO VERSUS ARBITRAJE

*Improcedencia del amparo  
contra laudos arbitrales*

EDITORIAL  
ADRUS

05311-2007-PA/TC (que será analizado en el Capítulo III), el Tribunal ingresó a analizar el fondo del laudo emitido, fungiendo de una segunda instancia y en contradicción con la normatividad del DLA y su propio pronunciamiento en el caso Molino de Cajamarca. Por ende, el Tribunal vulnera la voluntad de las partes, cuando ellas a través del convenio arbitral han decidido que sus controversias serán resueltas en única instancia y de forma exclusiva por los árbitros, situación que contradice una de las principales ventajas de este medio alternativo frente al Poder Judicial: el resolver las controversias con celeridad mediante un solo pronunciamiento.

Este punto es apenas una muestra de la controvertida actuación del Tribunal, reflejo del desconocimiento de la normatividad arbitral que perjudica gravemente a un medio alterno de solución de controversias como el arbitraje, ya que producto de ello en algunos casos se está declarando la nulidad de laudos arbitrales y afecta a la parte vencedora en el arbitraje, la cual ha optado por esta vía al considerarlo un medio más atractivo que el Poder Judicial. En esa línea, el propio Tribunal Constitucional está difundiendo la mala utilización del amparo, incentivando indirectamente a que la parte que no fue favorecida por el laudo busque la nulidad del laudo y hasta tal vez obtener un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, el cual deberá ser emitido por los árbitros en concordancia con lo resuelto por el Tribunal. Esto de ninguna manera ha sido solucionado por la resolución emitida en el caso Minera María Julia, tal como se puede observar del análisis que se efectúa en el capítulo IV de esta investigación.

#### **4. LAUDO ARBITRAL**

##### **4.1. CONCEPTO**

El laudo arbitral es la decisión final de los árbitros. Contra este solo procede el recurso de anulación. Asimismo, de ser desestimada hoy esta acción se podrá ir al proceso constitucional de amparo (tesis que esta investigación no comparte según los fundamentos expuestos en el Capítulo IV), si es que se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva.

Se debe reiterar que solo habrá un solo pronunciamiento sobre el fondo que se materializará a través del laudo arbitral.

La decisión final de los árbitros podrá ser de acuerdo a derecho o a conciencia, pues -dentro de la libertad con que gozan las partes- pueden elegir entre ir a un *arbitraje de derecho* o un *arbitraje de conciencia*. En el primer caso, provoca que el laudo emitido sea conforme a conocimientos especializados en Derecho. En el segundo caso, se hará un análisis reflexivo de las cosas, pero sin aplicar normas jurídicas<sup>79</sup>. Por último, con el DLA, si las partes omiten indicar a qué tipo de arbitraje se someten, se presume que el arbitraje es de derecho<sup>80</sup>.

La decisión final pone fin al arbitraje, ya que los árbitros cumplen con la obligación de emitir un laudo arbitral. En esa línea, como regla general, se puede afirmar que la labor de los árbitros culmina con el laudo; sin embargo, el artículo 67° del DLA regula la posibilidad de que las partes puedan someter la ejecución a los árbitros, siempre que esta no necesite del uso de la fuerza pública (*ius imperium*). Por ello, tras lo indicado por el DLA, debe preguntarse -si se pacta la ejecución del laudo a los árbitros- *cuándo* culminarán ellos con su labor.

Como ya se ha expresado, esta investigación considera que como regla general los árbitros terminan su labor con la emisión del laudo arbitral, ya que se obligan a la emisión de un laudo y no a la ejecución de este. No obstante ello, si las partes pactan que la ejecución se efectuará por los mismos árbitros, entonces la labor de estos culminará con la ejecución del laudo arbitral. La "ejecución arbitral" es un acuerdo distinto del convenio arbitral y del contrato entre las partes y los árbitros analizados en este capítulo. En tal sentido, este nuevo acuerdo está destinado a que los árbitros se obliguen a ejecutar un laudo, siempre que este no requiera de fuerza pública, ya que de ser necesaria su utilización los árbitros cesarán en sus funciones porque no gozan del poder de ejecución

---

79 Respecto de la supuesta distinción entre *arbitraje de derecho* y *arbitraje de conciencia*, se debe decir que es muy difícil no aplicar algún referente jurídico para llegar a resolver las controversias, tal como una norma jurídica o jurisprudencia o doctrina.

80 La abrogada Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) en su artículo 3° decía "... Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia...".

(*executio*), sin posibilidad de incurrir en responsabilidad alguna según el artículo 67° del DLA. Asimismo, el pago para ejecutar el laudo es distinto a los honorarios percibidos para emitirlo.

En adición a ello, el DLA<sup>81</sup> ha regulado un nuevo tipo de laudo que denomina "laudo parcial"<sup>82</sup>. Entonces, hoy se acogen dos clases de laudos en el ordenamiento jurídico peruano: laudo final y laudo parcial, este último se reconoce porque en algunos casos<sup>83</sup> es indispensable primero pronunciarse sobre una materia para luego emitir el laudo final, justificado solo en la reducción de tiempo y dinero en el proceso arbitral o en la voluntad de las partes.

Por último, la emisión de un laudo parcial tiene las mismas consecuencias que el de un laudo final. En esa línea, emitido el laudo parcial empezará a correr el plazo para plantear los pedidos de rectificación, interpretación, integración y exclusión. Asimismo, luego del pronunciamiento sobre estos, se iniciará el plazo para interponer el recurso de anulación, a partir del cual -en concordancia con Villa-García Noriega- se debe suspender "la tramitación de dicho Recurso de Anulación (interpuesto contra el Laudo Parcial) hasta que se interponga el Recurso de Anulación contra el Laudo Final, para lo cual se deberán acumular

---

81 "Artículo 54°.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios".

82 Respecto del laudo parcial, Redfern et. al. dicen que "configura como un mecanismo medio efectivo de decidir cuestiones que tendrían que decidirse en el transcurso de las actuaciones y, que una vez resueltas, permiten ahorrar tiempo y dinero en beneficio de todas las partes involucradas". (REDFERN, Alan; et. al. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Ob. Cit., p. 521).

83 Según Cantuarias Salaverry y Caivano, es necesaria la emisión del laudo parcial en el caso de "un arbitraje en el que se discute la responsabilidad contractual de una de las partes y en el que la prueba acerca del daño causado es costosa en dinero y tiempo ¿No es acaso conveniente, por no decir lógico que los árbitros se pronuncien en primer lugar acerca de si existe responsabilidad y determinen el ámbito de esa responsabilidad y solo si efectivamente se encuentra responsable a una de las partes y se conoce el ámbito de esa responsabilidad, se advierta tiempo y dinero en probar con precisión el daño causado?" (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. *La nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un salto a la modernidad*. Ob. Cit., p. 74).

todos los Recursos de Anulación interpuestos a efectos de ser resueltos de manera conjunta”<sup>84</sup>.

#### 4.2. FORMA

El DLA en su artículo 55º, inciso 1<sup>85</sup>, señala de forma textual que “*todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros...*” (*Énfasis de la investigación*). Con relación a que el laudo deba constar por “escrito”, al igual que cuando se desarrolló la forma escrita del convenio arbitral, en el artículo 55º, inciso 1, no se indica el término “bajo sanción de nulidad”, por lo que no será necesario que el laudo deba estar *stricto sensu* por escrito, siendo este un simple medio de prueba con que se acredite que los árbitros cumplieron con su obligación de laudar, ya que según el inciso 2 del artículo analizado “... *se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o ‘de otro tipo’*”.

Asimismo, resulta de gran importancia citar lo expresado por la “Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje española”, la cual al ser una norma que influenció a la legislación del DLA es de suma utilidad poder usarla como referente en el tema. Así pues, en su punto VII dice “la ley permite no solo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo la ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan solo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente”. En consecuencia, el uso de la escritura no es indispensable para la validez de un laudo ar-

---

84 VILLA-GARCIA NORIEGA, Manuel. “El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación”. *Revista Peruana de Arbitraje* 9. 2009. pp. 105-106.

85 En concordancia con el artículo 31º, inciso 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL.

bitral, siempre y cuando quede constancia de su contenido y pueda ser revisado de manera *ex post*. Por ello, resulta válido el laudo arbitral que haya sido grabado en formato de audio y/o video.

Con relación a la necesidad de que el laudo deba ser "firmado por los árbitros", debe ser interpretado conjuntamente con lo que dice en el mismo inciso 1 "...cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o solo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas...". También con el inciso 3 del artículo analizado, donde indica que "el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda". Por consiguiente, resulta claro que en el laudo no es necesaria la firma de todos los árbitros, diferenciándose así de una sentencia judicial en donde si es obligatoria la firma de toda la sala para que dicha resolución sea conforme a Derecho.

En ese sentido, el DLA -al regular la no necesidad de que todos los árbitros firmen el laudo- ha logrado superar el problema de los "tribunales arbitrales truncos". Así, existía una *mala praxis* de árbitros deshonestos cuya única búsqueda era proteger del fallo adverso a la parte que los había elegido y se negaban a firmar el laudo emitido por la mayoría o por el presidente, siendo esta una concurrente práctica arbitral frente al Poder Judicial donde los jueces están obligados a firmar, pues de no hacerlo podrían verse perjudicados en su calidad de magistrados. Sobre ello, ha de recordarse que los árbitros no son funcionarios públicos dependientes del órgano estatal de justicia, por lo que evadían firmar los laudos, sobre todo en los arbitrajes *ad hoc*, pues no se contaba con una entidad que controle su conducta.

#### 4.3. CONTENIDO: MOTIVACIÓN Y COSTOS DEL ARBITRAJE

El artículo 56° del DLA regula el contenido que debe tener todo laudo arbitral, pues señala lo siguiente: "1. *Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.* 2. *El tribunal arbitral se pro-*

*nunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73”.*

#### 4.3.1. MOTIVACIÓN

El laudo debe ser motivado, ya que es una garantía fundamental de todo debido proceso. La decisión final deberá contar con este primer requisito, pues de no hacerlo se podría llegar a declarar la nulidad del laudo mediante el recurso de anulación en sede judicial. Asimismo, debe indicar la fecha en que se emita y el lugar donde se llevó a cabo el arbitraje. No obstante ello, el DLA establece dos casos excepcionales en que puede obviarse la motivación, sin llegar a vulnerar el debido proceso. El primer supuesto es que *“las partes hayan convenido algo distinto”*, es decir, el acuerdo de que los árbitros no motivarán lo resuelto; el segundo supuesto es que las partes actúen *“conforme al artículo 50”*, en otras palabras, que estas lleguen a una transacción.

Con relación a que las partes pacten que el laudo no deba ser motivado, este supuesto tiene pleno reconocimiento en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, cuando en su artículo 31°, inciso 2) afirma que *“el laudo del tribunal deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa...”*. En ese sentido, se otorga plena libertad a las partes para que estas puedan pactar la no necesidad de motivación de la decisión final. Por ello, se puede sostener que es posible tener un laudo sin motivación por mutua decisión de las partes.

Esta investigación estima que este tema es controvertido, ya que -a pesar del reconocimiento en el DLA en concordancia con la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL- se sigue considerando con frecuencia a la motivación como una garantía fundamental del debido proceso aplicable a todo tipo de procesos, sean estos de índole administrativo, judicial y arbitral. Por ende, esta *“facultad”* de las partes para decidir si el laudo deba motivarse o no, podría llevar a anulaciones de laudos arbitrales ante el Poder Judicial y, de ser el caso, a la declaratoria de nulidad a través del proceso constitucional de amparo.

Existe doctrina que busca legitimar esta facultad de las partes de poder tener un laudo no motivado sobre la base de que los árbitros

tardarían menos tiempo en resolver las controversias y disminuirían, de esta manera, el costo que tienen los arbitrajes. En esa línea, Gómez-Palacio sostiene que “la reducción de costo y tiempo es perfectamente factible si se considera que en la práctica nacional e internacional en materia de arbitraje, los árbitros se toman más tiempo en motivar un laudo que en revisar los hechos relacionados con el conflicto... Se considera que los honorarios de los árbitros deberían ser menores, en tanto que las cuotas de las instituciones administrativas pertenecerían iguales, ya que el uso del laudo no motivado no le reduce a la institución el trabajo. La consecuencia sería que las instituciones administradoras de arbitraje fijarían una tarifa reducida para honorarios de árbitros en casos de laudo no motivado”<sup>86</sup>.

El pactar un laudo no motivado es posible en conformidad con el DLA y en plena concordancia con la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL. La decisión de las partes de acordar la no motivación es producto de la libre voluntad de estas de decidir cómo se resolverán sus controversias; sin embargo, en la práctica, la decisión de tener esta clase de laudos lleva a que se incremente las probabilidades de declararse la nulidad por parte del Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, a pesar de considerar que es viable un laudo no motivado en el ordenamiento jurídico nacional, este sería prácticamente destinado a una inminente declaratoria de nulidad. En virtud de ello, a fin de no correr riesgo alguno, se recomienda motivar los laudos.

Respecto del **segundo supuesto**, por el cual se podría contar con un laudo no motivado, es decir, cuando ocurre una “transacción” (regulada en el artículo 50° del DLA), se puede afirmar que sí es correcto que no haya motivación, pues existen concesiones recíprocas, las cuales provocan llegar a un acuerdo al no existir ya controversias que deba resolverse. Entonces, resulta adecuado que no haya motivación, pues ya no existe controversia alguna. En consecuencia, es recomendable que se emita un laudo no motivado solo en el supuesto de que ocurra una transacción, mas no en cualquier otro, ya que se podría llegar a una de-

---

86 GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. *El laudo arbitral no motivado. Vía de solución poco explorada en México.* < <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2552/16.pdf> > [Consulta: 01 de noviembre de 2011.]

claratoria de nulidad a través del recurso de anulación o en un proceso constitucional de amparo.

#### 4.3.2. COSTOS DEL ARBITRAJE

El laudo deberá indicar los costos del arbitraje, asumido en su totalidad por la parte vencida o en un prorrateo entre las partes, conforme a las circunstancias del caso. Sobre ello, el artículo 70º señala que los costos del arbitraje comprenden "*a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral. b. Los honorarios y gastos del secretario. c. Los gastos administrativos de la institución arbitral. d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral. e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales*".

Este segundo requisito que debe tener el laudo es recogido de la Ley de Arbitraje española 60/2003, la cual en su artículo 37º, inciso 6 indica que "*con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral*". En consecuencia, el laudo arbitral debe tener por contenido la motivación y los costos que se han arraigado en el proceso arbitral.

#### 4.4. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

El laudo es emitido por los árbitros<sup>87</sup>, los cuales deben gozar de imparcialidad e independencia, pues -para contar con una decisión final

---

87 El DLA en su artículo 20º señala que "*pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros*". Además, si en la voluntad de las partes está nombrar a una persona jurídica como árbitro, la Quinta Disposición Complementaria del DLA es clara al sostener que "*cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que dicha designación está referida a su actuación para nombrar árbitros*". En ese sentido, resulta evidente que solo podrán ser árbitros las personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Respecto del número de árbitros, el DLA en su artículo 19º señala que "*las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta*

acorde a derecho- los árbitros no deberán actuar maliciosamente a favor de alguna de las partes, ya que la *independencia* e *imparcialidad* son garantías fundamentales de un arbitraje conforme a la tutela procesal efectiva, y con ello al debido proceso. Si el árbitro no goza de independencia e imparcialidad podrá ser recusado<sup>88</sup>. Por tal motivo, el DLA en el artículo 28° inciso 1<sup>89</sup> regula que “*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 independencia e imparcialidad*”.

La independencia e imparcialidad se presume en los árbitros. Por ello, las dudas sobre la parcialidad deben ser justificadas. En esa línea, la parte que plantea la recusación de los árbitros por alegar parcialidad deberá probar el tipo de relación que tiene el juez privado con la otra parte, pues de no hacerlo no procederá dicha recusación y será considerada como una acción que busca dilatar el arbitraje<sup>90</sup>.

Entonces, para recusar a los árbitros en el proceso arbitral, se cuenta con una causal amplia (*numerus apertus*), ya que se podrá recusar todo tipo de conducta que ponga en duda la imparcialidad e independencia de los árbitros. Todo lo contrario de lo que sucede en el proceso civil, en donde las causales son taxativas (*numerus clausus*), por lo que

---

*de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros*”. El artículo citado sigue la línea del artículo 10° de Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL. Sin embargo, esta investigación considera que hubiera sido mejor seguir en parte la Ley de Arbitraje española, la cual en el artículo 12° indica que “*las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar...*”.

88 Así como el DLA permite recusar a los árbitros, también opta por reconocer la figura de la *remoción*, la cual según el artículo 30° se puede plantear “1. *Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no la ejerza dentro del plazo razonable...* 2. *Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral...*”.

89 En concordancia con el artículo 12°, inciso 1 de Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL.

90 En concordancia con el artículo 29°, inciso 3 del DLA: “*Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia*”.

solo podrá recusarse por las causas indicadas en el artículo 307º del Código Procesal Civil<sup>91</sup>.

Con relación a los términos "independencia" e "imparcialidad", la doctrina ha llegado a afirmar que "tradicionalmente, se considera que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales mientras que la imparcialidad es, en esencia, subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales... por lo cual cabe afirmar, que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto de una parte. En tanto que la imparcialidad, como noción subjetiva, afecta no ser parcial; esto es, en no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso"<sup>92</sup>.

A pesar de la división que se hace entre independencia e imparcialidad, la doctrina moderna tiende a unificar estos términos, pues se indica que esta distinción "no posee eficacia alguna pues el laudo debe ser solo imparcial, no pudiendo imaginarse un laudo que no sea independiente"<sup>93</sup>. En ese sentido, se acoge el término genérico *imparcialidad*, ya que la decisión final no puede ser maliciosamente a beneficio de alguna de las partes. Por ello, la independencia e imparcialidad indicadas en el DLA deban ser tomadas como sinónimos, pues lo único que se busca es que no haya parcialización a favor de alguna de las partes. En consecuencia, los árbitros desempeñan su función como terceros impar-

---

91 "Artículo 307º.- Causales de recusación.- Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando: 1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos; 2. Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público; 3. Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleados o presuntos herederos de alguna de las partes; 4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor; 5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y, 6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso".

92 MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Ob. Cit., p. 175.

93 *Ibíd.*, p. 178.

ciales y no es posible confundir su cargo con la de un abogado de parte, el cual debe defender los intereses de una de estas.

#### 4.5. PEDIDOS DE RECTIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN

Como ya se ha expresado con anterioridad, el arbitraje termina con la emisión del laudo, siendo una excepción que las partes pacten la ejecución del mismo por los árbitros. No obstante ello, la rectificación, interpretación, integración y exclusión podría llevar a pensar que el proceso arbitral no concluye con la emisión de la decisión final, sino con el pronunciamiento sobre estos pedidos, situación técnicamente acertada porque el DLA en su artículo 58º, inciso 2, señala que *“la rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo”*. En tal sentido, estos pedidos no son ajenos al laudo, pues forman parte de este.

Sobre ello, se estima de buena técnica legislativa que estos pedidos formen parte del laudo, ya que solo existe un pronunciamiento sobre el fondo, pues la rectificación, interpretación, integración y exclusión buscan algún tipo de corrección formal de la decisión final, no debiéndoseles utilizar como medios impugnatorios con la intención de cambiar lo resuelto en el laudo<sup>94</sup>.

Aunque la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL solo regula la corrección (*“rectificación”*), interpretación y las reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo (*“integración”*). De igual modo, la Ley de Arbitraje española legisla la corrección (*“rectificación”*), aclaración (*“interpretación”*) y complemento (*“integración”*). El DLA introduce el pedido de *“exclusión”*, siendo esta nueva figura un gran aporte, ya que como indican Cantuarias Salaverry y Cايانو *“consiste, básicamente, en exigir a la parte que considera que ha*

---

94 Frente a la decisión acogida por el legislador del DLA de considerar a la rectificación, interpretación, integración y exclusión como parte del laudo, la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL en su artículo 33º sobre *“las reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo”* (en el DLA *“integración”*), señala necesaria la emisión de un *“laudo adicional”*. En otras palabras, se considera que el pronunciamiento sobre el pedido de integración lleva a la emisión de otro laudo.

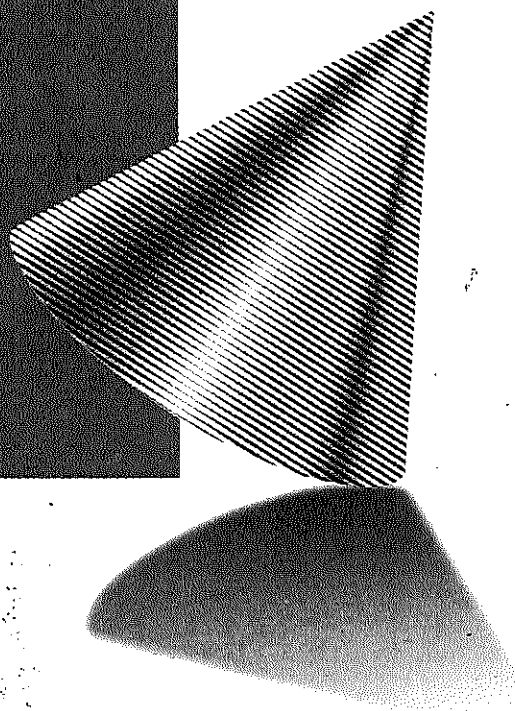
### **UNIDAD III: ARBITRAJE**

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje, en Arbitraje, Palestra Editores, Lima, 2009. P.209 a 234.

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

# APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071, NUEVA LEY DE ARBITRAJE

*Ana María Arrarte Arisnabarreta\**

El arbitraje no debe ser, pues, un modelo que opere a medias ni que ha de estar expuesto a la ortopedia que le suministran los magistrados. En lo suyo son jueces plenos, se les reconoce mayor libertad y espontaneidad aunque siempre subordinados a las exigencias —constitucionales— del proceso justo.

Augusto M. Morello.

Sumario: 1. Cuestiones previas.— 2. Análisis de los aspectos principales de la ejecución de laudos arbitrales.— 2.1. La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos.— 2.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros.— 2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales.— 2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo.— 2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales.— 3. Conclusiones

## 1. CUESTIONES PREVIAS

El arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, cuyo eje central es la voluntad de las partes, de no recurrir al Estado y de someterse a este mecanismo privado, en el que tienen la libertad de elegir a la persona que resolverá su controversia, establecer el procedimiento que consideren más adecuado, respetando preceptos mínimos que evi-

---

\* Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socia del Estudio Echeopar Abogados.

ten situaciones de indefensión,<sup>1</sup> y limitando al máximo la intervención estatal.

Sin embargo, esta finalidad sólo se logrará en la medida que se cumplan tres objetivos: i) que el tiempo que dure el arbitraje sea corto, al punto que la solución a la que se arribe, sea eficiente; ii) que el costo del mismo sea accesible; y iii) que se satisfagan las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo.<sup>2</sup>

Para ello debemos tener en cuenta que si bien por un lado la sumisión al arbitraje implica contar con un procedimiento esencialmente dispositivo, en el que la flexibilidad y voluntad de las partes, prima; por otro, una vez emitida la decisión (o laudo), será necesario que se cuente con mecanismos que permitan su ejecución, cuando la parte obligada no esté de acuerdo con lo resuelto, y en consecuencia, no esté dispuesta a cumplirla espontáneamente. Es aquí cuando se vuelve necesaria la interacción con la actividad judicial.

---

<sup>1</sup> Fazzalari indica, refiriéndose a la naturaleza del arbitraje: «La disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales.

En efecto. Tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral [...] y desarrollan su papel en el plano privatístico [...]. En particular, el árbitro no está por encima de los litigantes, como sucede en cambio, con el juez, en razón de la soberanía del Estado, de la cual él es un órgano: el árbitro ostenta, en el curso del arbitraje y al finalizarlo, unos deberes, pero se trata de deberes que se derivan no de una investidura del Estado, sino del contrato de *locatio operis* que lo vincula a las partes.

Correlativamente, la actividad procesal de las partes envuelve facultades, poderes y deberes, cuyo contenido puede incluso reproducir las posiciones de las partes en el proceso jurisdiccional, pero también se distinguen porque no están insertas en un proceso estatal y por no estar sujetas a los poderes coercitivos del juez».

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 323. (Traducción libre).

<sup>2</sup> Como enseña Fazzalari, «el arbitraje como proceso de naturaleza privatística, procura obviamente menos control y revisión judicial». FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: Utet, 1997, p. 15.

En efecto, si bien nuestra Constitución Política, en su artículo 139, ha optado por recoger la tesis del carácter jurisdiccional del arbitraje,<sup>3</sup> contradictoriamente le ha privado de uno de sus atributos esenciales: su carácter coercitivo —potestad de hacer cumplir sus decisiones, aun haciendo uso de la fuerza—, determinando que para la ejecución forzada del mandato arbitral, se deberá recurrir al Poder Judicial.<sup>4 5</sup>

Advertida la necesidad de interacción entre la función arbitral y la judicial, podemos sostener —siguiendo a Chocrón Giráldez—<sup>6</sup> que, en la gama de formas de intervención jurisdiccional (entiéndase, Judicial), resulta trascendente aquélla de naturaleza complementaria, en la que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial.

---

<sup>3</sup> Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...]». (Subrayado agregado).

<sup>4</sup> Prieto, señala: «¿qué conviene más a aquéllos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje «contractual/civil» o un arbitraje «jurisdiccional/procesal»? [...] un arbitraje lo más contractual civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible) por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional/procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste, propio de una sentencia judicial».

PRIETO, J. *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: La Ley, 1989, tomo I, p. 131.

<sup>5</sup> Amaral Santos indica: «La jurisdicción comprende tres poderes: el de decisión, el de coerción y el de documentación [...]

El poder de coerción se manifiesta flagrantemente en el proceso de ejecución, cuando se trata de compilar al vencido al cumplimiento de la decisión. Asimismo la ejerce el juez en los procesos de conocimiento y cautelares, como cuando ordena a las partes prestar testimonio, determina la exhibición de documentos, conmina o aplica sanciones».

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Directo Processual Civil*. Sao Paulo: Saraiva, 1999, 2.ª Ed., vol. I, p. 71. (Traducción libre).

<sup>6</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 197.

Así, en tales casos, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Poder Judicial; evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra legislación, tenemos que desde setiembre de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), cuyo rasgo esencial es deslindar la actividad arbitral, evitando en la mayor medida posible, la intervención judicial, bajo la lógica de evitar situaciones de interferencia que lamentablemente se dieron con frecuencia mientras estuvo vigente la legislación anterior.

En materia de ejecución de laudos arbitrales, por ejemplo, son dos los rasgos principales que van a marcar la pauta de cómo deben interpretarse las normas contenidas en la LA:

- A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, actualmente derogada (en adelante, LGA), la nueva legislación establece claramente que los árbitros pueden estar facultados para ejecutar sus laudos, en la medida que medie un acuerdo de las partes en ese sentido, y evidentemente, en tanto no sea necesario el uso de la fuerza pública.<sup>7</sup>
- La regla respecto de la intervención válida del Poder Judicial en materia arbitral —como es el caso de la ejecución de laudos— es el

---

<sup>7</sup> Artículo 67.- «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

carácter residual, esto es, el Poder Judicial sólo podrá realizar aquellos actos que expresamente autorice la Ley de Arbitraje.<sup>8</sup>

A continuación desarrollaremos los aspectos que estimamos más relevantes en materia de ejecución de laudos arbitrales.

## 2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

### 2.1. *La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos*

Acerca del momento en que cesa la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la LGA —que no regulaba este tema—, la LA es clara al señalar en el artículo 60<sup>9</sup> que las funciones del tribunal arbitral cesan al resolver definitivamente la controversia, esto es, al emitirse el laudo, así como las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran o excluyen, de ser necesarias.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Artículo 3.- «Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo, no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga. [...].».

<sup>9</sup> Artículo 60.- «Terminación de las actuaciones.

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67».

<sup>10</sup> Nuestra legislación recoge una posición clara de la doctrina, en este sentido. Así, refiriéndose a la conclusión de la función arbitral, Fazzalari indica: «A su vez, el árbitro ritual (refiriéndose a lo que en nuestro sistema sería el equivalente a un árbitro de derecho), agota su propia labor mediante el acto de disposición plasmado en su propio juicio, pero emitido gracias al poder que las partes le han conferido». (Traducción libre).

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1989, p. 324. De igual manera, Caivano —comentando el artículo 53 de la Ley General de Arbitraje peruana, actualmente derogada— señala: «Si bien en principio con el

Por lo indicado, podemos afirmar que, en principio, los árbitros no tendrían potestad para ejecutar el laudo que total o parcialmente pone fin a la controversia.

El sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad que el Estado se ha reservado en el ejercicio de las facultades de *imperium*, inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

Al respecto, Lohmann sostiene: «[...] Tanto por la naturaleza del arbitraje como por el alcance de la misión que las partes encomiendan a los árbitros, éstos no gozan ni del poder real ni del poder jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia. La misión de ellos termina al pronunciar y notificar el laudo, salvo las aclaraciones que las partes puedan pedirles».<sup>11</sup>

En esta misma línea, Cremades refiriéndose a la potestad de ejecución de los árbitros afirma que es «una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia».<sup>12</sup>

Sin embargo, y a propósito de la cita de Cremades, estimamos importante rescatar lo siguiente: «los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia». En consecuencia, nada obsta a que las partes atribuyan a los árbitros fa-

---

dictado del laudo se agota la jurisdicción de los árbitros, existen ciertas actuaciones seguidas por éstos con posterioridad. Por lo pronto, deberán notificarlo a las partes, para lo cual se establece un plazo de 5 días de haber sido emitido». Caivano, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: Apenac, 1998, p. 298.

<sup>11</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Biblioteca Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, 4.ª Ed., vol. V, p. 167.

<sup>12</sup> CREMADES, Bernardo. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Pons, 1977, p. 196.

cultades de ejecución, siempre que éstas no sean contrarias a la ley, es decir, no impliquen el uso de la fuerza pública.

Ésta es precisamente la posición adoptada tanto por nuestro ordenamiento arbitral derogado, concretamente en el artículo 83 de la LGA,<sup>13</sup> como por la nueva legislación, en el artículo 67 de la LA,<sup>14</sup> que han reconocido que si bien los árbitros carecen de soberanía para realizar actos de *imperium*, ello no obsta a que puedan realizar actos destinados a lograr el cumplimiento de los mandatos contenidos en su laudo, siempre que esta potestad de ejecución haya sido conferida por las partes, y se encuentre dentro de los márgenes que autoriza la ley.

Así, atendiendo a que la competencia arbitral proviene de la voluntad de las partes, las potestades del tribunal arbitral serán precisamente aquéllas atribuidas por las primeras en el respectivo convenio arbitral o en el procedimiento al que se sometieron para la tramitación del arbitraje, el cual puede estar contenido en el Convenio Arbitral, en el Acta de Instalación, o en el Reglamento de la institución que administra el proceso, si así las partes lo han acordado.

---

<sup>13</sup> Artículo 84.- «El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio».

<sup>14</sup> Artículo 67.- «Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

Ahora bien, una posición con la cual discrepamos, es lo dispuesto en el artículo 67 de la LA, al exceptuar de la potestad de los árbitros, incluso el «dictar» mandatos que impliquen el uso de la fuerza pública, y haber establecido que en el supuesto que ésta sea necesaria, el tribunal arbitral «cesará en sus funciones sin responsabilidad».<sup>15</sup>

En efecto, estimamos que el hecho de que los árbitros no puedan realizar directamente actos que impliquen el uso de la fuerza para el cumplimiento del laudo, no obsta a que puedan ordenar las medidas de ejecución que correspondan, oficiando al Poder Judicial para que las haga efectivas, precisamente en el ejercicio del *imperium* que le está reservado con carácter exclusivo. Es más, no encontramos ninguna razón válida que impida que la ejecución pueda llevarse a cabo de acuerdo a estos términos.

Por lo indicado, compartimos la opinión Caivano, quien refiriéndose a los actos que requieren el ejercicio de la fuerza para lograr su cumplimiento debido a la reticencia de las partes, señala: «Entendemos que debe tener igual tratamiento al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción. [...] Si bien las razones por las cuales ambos carecen de *imperium* son diferentes (el juez porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esta carencia».<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Artículo 67.- «Ejecución arbitral

[...]

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

<sup>16</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*. 2000, p. 231.

En estricto, no estimamos que exista una razón que justifique que en nuestro sistema arbitral los árbitros puedan dictar mandatos que impliquen el uso de la fuerza para dar cumplimiento a las decisiones que emitan durante el proceso arbitral —como es el caso de la asistencia judicial para la actuación de medios de prueba<sup>17</sup> o la ejecución de medidas cautelares—<sup>18</sup> y no respecto del laudo mismo.

Más aún, en nuestra opinión, si las partes han atribuido al tribunal arbitral la potestad de ejecución, lo que corresponde es que continúe teniendo el control respecto del cumplimiento de una decisión que él mismo dictó y que obedece a hechos que conoce perfectamente, estando además en aptitud de disponer las medidas que sean necesarias para lograr su ejecución, sin que para ello se requiera del inicio de un proceso judicial.

No parece razonable ni jurídicamente sustentable que, pese a que expresamente las partes atribuyeron al tribunal arbitral la potestad de ejecución, éste, «a su sola discreción» pueda dejar de ser competente si considera necesario dictar una medida que implique un pedido de asistencia judicial para el uso de la fuerza pública.

---

<sup>17</sup> Artículo 45.- «Colaboración judicial.

[...]

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguna contra la resolución que a dichos efectos dicte».

<sup>18</sup> Artículo 48.- «Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

[...]

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

## 2.2. *Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros*

Los actos de ejecución que puede realizar el tribunal arbitral, en la medida de que no implican el uso de la fuerza, pueden ser clasificados en dos (2) grandes rubros:

- Mandatos cuya ejecución alcanza únicamente a las partes que celebraron el convenio arbitral y otorgaron esta potestad al tribunal, bastando para ello la notificación a la parte obligada.
- Mandatos cuya ejecución involucra a terceros que no se sometieron a la autoridad arbitral.

En el primer supuesto (mandatos cuya ejecución se limita a la notificación a la parte obligada), queda claro que no existiría impedimento alguno para que estas decisiones puedan ser ejecutadas por los árbitros.

Por ejemplo, la orden de no ejecución o de constitución de una carta fianza destinada a garantizar la ejecución de un contrato.

En el segundo supuesto (mandatos cuya ejecución involucra la actividad de terceros), la conclusión es menos obvia, pues estamos frente a sujetos que no se sometieron a la jurisdicción arbitral, pese a lo cual reciben un mandato del tribunal arbitral.

En nuestra opinión, los árbitros sí están en aptitud de dirigir mandatos hacia terceros, los mismos que deben proceder a su cumplimiento.

Así, por ejemplo, la inscripción de una transferencia de propiedad en Registros Públicos, no debe requerir de la expedición de partes judiciales, siendo suficiente que éstos sean expedidos por el propio tribunal arbitral que dictó el laudo, pues el mandato dirigido a la autoridad registral, proviene de un órgano con competencia legalmente establecida para ello, más aún si la propia Constitución ha atribuido al arbitraje la calidad de «jurisdicción».

Lo mismo ocurriría con la ejecución de mandatos de retención por las instituciones bancarias y financieras, quienes deben retener y, posteriormente, entregar los fondos del obligado a dar cumplimiento al laudo arbitral que lo condena.

Ahora bien, lo que sí es evidente es que si estos terceros se niegan a dar cumplimiento al mandato arbitral, los árbitros no están en aptitud de aplicarles medidas coercitivas. En este supuesto, será necesario recurrir a la vía judicial, para que actuando en su rol complementario, haga uso del *imperium* y determine la ejecución forzada del mandato arbitral.

Precisamente para evitar situaciones como la descrita, en las que la inejecución de un mandato arbitral podría no tener ninguna consecuencia, lo que determina su total ineficacia —salvo que se recurra al Poder Judicial, claro está— la LA ha previsto en su Segunda Disposición Complementaria, la existencia de «Convenios de Ejecución», que son aquéllos que «las instituciones arbitrales podrán celebrar [...] con instituciones públicas o privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o laudos a cargo de tribunales arbitrales».

Hasta la fecha no tenemos conocimiento de la celebración de algún «Convenio de Ejecución»; sin embargo, es evidente que el éxito de la ejecución arbitral de los laudos, y con ello de la institución del arbitraje en sí misma, depende en gran medida de que instituciones no vinculadas directamente por un acuerdo entre las partes, como es el caso de los bancos y financieras, Registros Públicos, CONASEV, etc., ejecuten como obligatorias las decisiones arbitrales, sin necesidad de recibir para ello un mandato judicial que las obligue.

### 2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales

Inicialmente, es de señalar que nuestra legislación arbitral vigente, si bien no equipara el laudo con una sentencia judicial, denominándole

título ejecutivo —a diferencia de lo que establecía la LGA—,<sup>19</sup> le atribuye la misma eficacia jurídica y práctica, al establecer en el artículo 59 de la LA que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, atribuyéndole el carácter inmutable y coercitivo propio de la autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, una modificación realmente importante incorporada por la LA, es que para la ejecución del laudo, no requiere que éste tenga la calidad de firme, esto es, que haya transcurrido al plazo para su impugnación —arbitral o judicial—,<sup>20</sup> sin que la parte perjudicada haya interpuesto contra él, recurso de anulación, o cuando habiéndolo hecho, el Poder Judicial haya desestimado la pretensión impugnatoria, confirmando la validez del laudo.<sup>21</sup>

Así, la calidad de «definitivo» y ejecutable que la LA atribuye al laudo una vez notificado, no implica que esta decisión sea también

---

<sup>19</sup> En efecto, la LGA establecía en su artículo 83 que el laudo arbitral «tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento [...]».

<sup>20</sup> Recordemos que la LGA derogada, preveía la posibilidad de que un laudo sea impugnado vía recurso de apelación, que podía tramitarse ante una segunda instancia arbitral o judicial, o vía recurso de anulación, que sólo cabía interponerse ante el Poder Judicial.

<sup>21</sup> Al respecto estimamos pertinente citar la opinión de Álvarez Rodríguez recogida por Cantuarias Salaverry, en los siguientes términos: «[...] la eficacia del laudo está subordinada a que éste pueda considerarse como firme. La firmeza del mismo se produce bien porque contra el mismo no se ha interpuesto el recurso de anulación, o bien porque interpuesto el mencionado recurso este haya sido desestimado. El efecto que produce, como hemos apuntado, es de cosa juzgada, la cual debe ser contemplada en una doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no se es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el arbitral/s con tal que exista identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida».

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española de Arbitraje». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid: CIVITAS. 1998-1989, vol. V, citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 410.

firme, pues la misma norma —aun cuando de manera excepcional— permite su impugnación paralela a través del recurso de anulación ante el Poder Judicial.<sup>22</sup>

En efecto, como sabemos, si bien la decisión arbitral sobre el fondo de la controversia, no podrá ser materia de revisión por el Poder Judicial, sí podrá serlo la validez misma del laudo, para lo cual se verificarán aspectos formales pero esenciales como: i) Si existe un convenio arbitral por el cual las partes atribuyeron a los árbitros «jurisdicción» para resolver su caso concreto; ii) si el ordenamiento jurídico permite someter a arbitraje la materia objeto del convenio; iii) si el tribunal arbitral ha sido conformado de la forma acordada por las partes; iv) si las partes han podido hacer valer sus derechos en el arbitraje; y v) si los árbitros han resuelto dentro del plazo acordado por las partes, esto es, dentro del plazo en el que éstas les atribuyeron «jurisdicción» para decidir su controversia.

En consecuencia, podría ocurrir perfectamente que un laudo se ejecute, pese a no ser firme, pero que luego sea anulado como consecuencia de la decisión judicial recaída en el recurso de anulación interpuesto por la parte desfavorecida, lo cual sería sumamente grave, y en muchos casos, generaría situaciones de muy difícil reversión.

Entendemos que ésta es una opción legislativa riesgosa, pero conscientemente adoptada, en base a una evaluación de «costo-beneficio». En efecto, si bien el peligro antes mencionado existe, los casos de laudos anulados judicialmente son excepcionales, por lo que esta posibili-

---

<sup>22</sup> Artículo 62.- «Recurso de anulación.

1. 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 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral».

dad real, se reduce al mínimo, frente a la ventaja que tiene la ejecución inmediata, ante la posibilidad de que la interposición del recurso de anulación, sólo tenga como propósito evitar que el laudo pueda ser ejecutado.

Ahora bien, la única manera de suspender la ejecución, es que ello sea ordenado por el Poder Judicial, para lo cual será imprescindible que quien lo solicita otorgue una «garantía de cumplimiento»<sup>23</sup> equivalente al monto ordenado en el laudo —de contener un mandato de condena— o a aquél determinado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior, para estos efectos.

Cabe citar aquí la parte pertinente de la Exposición de Motivos del Proyecto Modificadorio de la LGA, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, que en gran parte dio lugar a la LA vigente.

Así, entre una de las reformas urgentes propuestas por la Comisión se señala:

- f. Establecer una mejor regulación de la ejecución de laudo y, en particular, de la posibilidad de suspender los efectos, para lo cual deberá por regla general garantizarse el cumplimiento de lo ordenado como requisito previo para solicitar su anulación.

Por otro lado, refiriéndose a esta propuesta, precisa:

Se pretende de esta manera desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación. El laudo es vinculante y ejecutable aun cuando se encuentre pendiente el recurso de anulación. Sólo podrá suspenderse su ejecución ofreciendo la garantía de cumplimiento respectiva.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> La garantía de cumplimiento se encuentra regulada en el artículo 66 de la LA, como único mecanismo contemplado para suspender la obligación de cumplimiento del laudo y su ejecución arbitral o judicial.

<sup>24</sup> Sin duda, la Comisión Técnica recogió la posición ya expresada con anterioridad por Cantuarias Salaverry, quien refiriéndose a este tema señaló:

Habiendo definido que el laudo arbitral es ejecutable, aun cuando esté siendo materia de impugnación en la vía judicial —salvo que los efectos de la decisión cuestionada hayan sido suspendidos—, es de precisar cuál es el rol que debe cumplir el juez encargado de la ejecución.

Al respecto, debemos señalar que la función del Poder Judicial en este caso, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto, como hemos señalado reiteradamente, ésta ha sido reservada al Estado.<sup>25</sup>

El propósito de la intervención judicial será contribuir a que el mandato arbitral logre su eficacia a través de la satisfacción práctica de los derechos en discusión, ante la resistencia de la parte obligada a cumplirlo, mas no generar certeza alguna respecto de lo decidido, pues ésta ya fue conferida por el laudo.

---

«Nos enfrentamos pues a una situación en la que el vencedor en un arbitraje tiene que esperar no menos de seis meses para que, recién después de que el Poder Judicial confirme la validez del laudo arbitral, pueda proceder a su ejecución.

Al mismo tiempo, todos sabemos que la gran mayoría de veces los recursos de anulación son planteados sin que exista una causal de anulación válida y con el único objetivo de demorar, indebidamente, la ejecución de los laudos arbitral. En efecto, si bien no existen estadísticas oficiales, se conoce que el Poder Judicial peruano solo en contadas oportunidades ha anulado laudos arbitrales. Esto se debe, entre otros, a la correcta actitud que viene mostrando la gran mayoría de magistrados frente al arbitraje y, además, al limitado número de las causas de anulación.

Ante esta situación, consideramos que de manera urgente debe reformarse la LGA, con la finalidad de que la interposición y pendencia del recurso de anulación, no suspenda la ejecución de un laudo arbitral, salvo que la Corte que conoce de esa causa dicte una medida cautelar expresa de suspensión de la ejecución, en cuyo caso se deberá ordenar, necesariamente el otorgamiento de las garantías respectivas».

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Ob. cit.*, p. 418.

<sup>25</sup> Ver CAIVANO, Roque. *El Arbitraje [...]*, p. 241.

Así, el juez no se encuentra en aptitud de realizar un análisis respecto de la decisión materia de ejecución, por lo que carece de competencia para pronunciarse sobre su justicia, razonabilidad o legalidad, y con mayor razón está impedido de modificarla, aclararla o analizar los hechos o los medios de prueba ofrecidos para demostrar la certeza de las afirmaciones que sirvieron de sustento para la emisión del laudo.<sup>26</sup>

Los únicos aspectos que el Órgano Jurisdiccional (entiéndase, el Poder Judicial) podrá verificar una vez presentada la solicitud de ejecución del laudo arbitral, será: i) Que se adjunte copia completa del laudo arbitral y de las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran y/o excluyen, de ser el caso, en tanto constituyen el título ejecutivo; ii) que, en los casos en que las partes hayan conferido a los árbitros potestad de ejecución, el tribunal arbitral haya emitido la resolución por la cual determine que es necesaria la asistencia de la fuerza pública; iii) que la obligación sea exigible de acuerdo a los términos del propio laudo; iv) que el ejecutado no haya cumplido con el pago; y v) que los efectos del laudo no se encuentren suspendidos. Cabe indicar que, si bien la norma no lo indica de manera expresa, es claro que la ejecución de laudo debe ser suspendida en cualquier momento, si se acredita la declaración de suspensión de los efectos del laudo, emitida por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Ahora bien, un aspecto que genera discusión —ciertamente en doctrina, pues en la práctica hasta el momento no se conoce de ningún caso al respecto— es si el juez se encuentra en aptitud de rechazar la ejecución debido a que lo resuelto no era arbitrable de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, o lo decidido es contrario al orden público.

---

<sup>26</sup> «Aquél que voluntariamente aceptó ser juzgado por éstos no puede luego desconocer la fuerza vinculante del pronunciamiento dictado por las personas a quienes encomendó esa función, ni volver a proponerlas ante ningún otro tribunal judicial ni arbitral. Pero, tal limitación también alcanza a los jueces ya que más allá de la competencia que pueda surgir a favor de ellos a través de los recursos que el convenio arbitral o la ley de arbitraje autoricen, carecen de potestad para revisar el contenido del laudo consentido». CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje* [...], pp. 298-299.

Al respecto Caivano, refiriéndose a la necesidad de limitar al máximo la intervención judicial en lo que respecta a la ejecución del laudo arbitral, señala: «Esta premisa debe ser comprendida por el tribunal judicial a fin de evitar que se desvirtúe el sentido y la razón de su intervención. La única excepción admisible a esta regla deberá ser el supuesto en que el juez advierta que la medida decretada por los árbitros atenta de manera ostensible contra una norma de orden público». <sup>27</sup>

Por otro lado, Chocrón Giráldez, comentando el artículo 55 de la Ley de Arbitraje española, sostiene: «En consecuencia, puede concluirse que el control de oficio por el juez respecto del fondo, se reduce al caso en que no se hubiera interpuesto recurso de anulación contra el laudo y, en ese caso, sólo se ciñe a los casos de haber resuelto en el arbitraje un objeto que no podía serlo y a los casos en que el laudo fuera contrario al orden público». <sup>28</sup>

Sobre el particular, es de indicar que la LA no ha previsto este tema, sin embargo, consideramos que la posición del legislador nacional puede desprenderse de una interpretación de los principios que fija la ley respecto de la intervención judicial.

Así, el inciso 1 del artículo 3 establece: «1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga». En consecuencia, del texto de la norma se desprende que, en lo que respecta a la actividad judicial vinculada a un proceso arbitral, nuestros jueces sólo podrán realizar aquello que se encuentre autorizado por la LA.

En esta línea tenemos que la LA ha autorizado el control judicial de oficio de la validez del laudo, cuando la materia no es arbitrable o afecta el orden público, pero únicamente en un caso concreto: en la

---

<sup>27</sup> CAIVANO, Roque. *El Arbitraje*. [...], p. 241.

<sup>28</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Ob. cit.*, p. 207.

revisión posterior que puede realizar el Poder Judicial al resolver el recurso de anulación.

Específicamente, los incisos 3 y 6 del artículo 63 de la LA, determinan que estos aspectos pueden ser invocados por el juez —en este caso, por la Corte Superior— para declarar inválido el laudo, aun cuando la parte impugnante no los haya propuesto como causal de anulación.

En consecuencia, el juez sólo podrá actuar de oficio en el supuesto mencionado, mas no está autorizado a rechazar la ejecución del laudo invocando la afectación al orden público o el carácter no arbitrable de la materia resuelta.

#### *2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo*

Veamos ahora aspectos puntuales del procedimiento aplicable a la ejecución del laudo arbitral por parte del órgano jurisdiccional.

Un primer punto, es dejar claro que nuestros jueces deberán aplicar la LA, en todos los casos en los que las disposiciones previstas en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC) para el proceso de ejecución (nos referimos al Proceso Único de Ejecución), sean incompatibles con lo regulado en el ordenamiento arbitral.

Así, la Décima Disposición Complementaria de la LA ha previsto expresamente que, en caso de conflictos normativos —esto es, cuando la misma materia está regulada de manera distinta e incompatible en dos ordenamientos—, sus disposiciones priman sobre aquéllas contenidas en el CPC.

Por lo indicado, los jueces deberán aplicar el procedimiento previsto para la ejecución de laudos en el artículo 68 de la LA,<sup>29</sup> y sólo en aquello

---

<sup>29</sup> Artículo 68.- «Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, inter-

no regulado, podrán aplicar los aspectos del procedimiento de ejecución contemplados en el CPC; sin embargo, si alguna disposición de este cuerpo legal, contraría la normatividad arbitral, no podrá ser aplicada.

Veamos entonces, cómo se encuentra regulado el procedimiento de ejecución judicial de los laudos en la LA, advirtiendo las modificaciones incorporadas, así como las particularidades propias, en relación a lo previsto en el Proceso Único de Ejecución regulado en el CPC.

Título ejecutivo: La LA establece que una vez notificado el laudo, y de ser el caso, las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen, es ejecutable, con lo cual prevé la ejecución del laudo arbitral, aun cuando no sea firme, pues —como sabemos— existe la posibilidad de solicitar su revisión en la vía judicial, a través del recurso de anulación.

Como mencionamos previamente, en este tema, se presenta una diferencia importante en relación a lo que se encontraba previsto en la LGA. Dicha norma disponía que la sola interposición del recurso de anulación, suspendía la ejecución del laudo, por lo que éste solo tenía la calidad de título ejecutivo, cuando había adquirido la calidad de firme, sea por consentido o ejecutoriado.

---

pretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días siguientes, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial esta prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

Ahora bien, el CPC (artículo 688) ha regulado el denominado Proceso Único de Ejecución, el cual se inicia en mérito de determinados instrumentos a los que les ha atribuido la calidad de título ejecutivo, entre ellos tenemos los «laudos judiciales firmes».<sup>30</sup>

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la LA entró en vigencia con posterioridad al Decreto Legislativo n.º 1069, norma que modificó el CPC en materia comercial, ello implicaría —en nuestra opinión— que esta disposición, en el extremo que establece que los laudos que constituyen títulos ejecutivos son aquellos que tienen la calidad de «firmes», habría sido modificada por la norma posterior y especial en materia arbitral, en tanto contiene una regulación incompatible, y en ese supuesto, las disposiciones procesales de la LA, priman sobre cualquier otro ordenamiento.

Competencia: El inciso 3 del artículo 8 de la LA ha dispuesto que la competencia por la materia corresponderá al juez especializado en lo comercial o en su defecto —de no haberlo— al juez civil, y en función al territorio, será competente el juez del lugar del arbitraje (sede del Tribunal) o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

Cabe señalar que con la legislación anterior, la competencia para conocer este tipo de procesos era la del juez comercial, pero solo del lugar de la sede del arbitraje.

El CPC (artículo 690-B)<sup>31</sup> señala, en cambio, que son los jueces especializados en lo civil, o los jueces de paz letrados —dependiendo

<sup>30</sup> Artículo 688.- «Títulos ejecutivos.

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, según sea el caso. Son título ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
  2. Los laudos arbitrales firmes;
  3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;
- [...]».

<sup>31</sup> Artículo 690-B.- «Competencia

Es competente para conocer los proceso con título ejecutivo de naturaleza

de la cuantía de lo pretendido— los competentes para conocer del Proceso Único de Ejecución, por lo que nos encontramos frente a una disposición procesal que resulta inaplicable para efectos de la ejecución judicial de un laudo arbitral.

Contradictorio: La LA ha establecido en su artículo 68 que el derecho de contradicción al mandato de ejecución (al que denomina oposición) sólo podrá ejercerse en la medida que se invoque: i) El cumplimiento de lo ordenado en el Laudo; o ii) haberse interpuesto recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, otorgándose la «garantía de cumplimiento» que permite suspender sus efectos, hasta que el laudo quede firme.

En definitiva, esta regulación es bastante más precisa que aquélla contenida en la LGA, que establecía que se podían admitir oposiciones basadas en la interposición de los recursos de apelación o de anulación ante el Poder Judicial —en cuyo caso se suspendía la ejecución—, o en «razones de cumplimiento», con lo cual el margen de las oposiciones era sumamente amplio,<sup>32</sup> entorpeciendo con ello el sentido de este proceso.

Por otro lado, el CPC (artículo 690-D)<sup>33</sup> dispone que, la contradicción para títulos ejecutivos distintos a los judiciales, podrá fundarse

---

extrajudicial el Juez Civil y el de Paz Letrado. El Juez de Paz Letrado se competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.

[...]».

<sup>32</sup> Artículo 84.- «El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución. El juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier oposición, basada en razones distintas al cumplimiento».

<sup>33</sup> Artículo 690-D.- «Contradicción.

Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.

en: i) Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; ii) nulidad formal o falsead del título; y iii) extinción de la obligación exigida.

Como podemos advertir, la segunda causal de contradicción no es aplicable a los procesos de ejecución de laudo, pues para ello se ha previsto la revisión judicial a través del recurso de anulación.

Impugnación: El inciso 3 del artículo 86 de la LA, establece que la decisión que declara infundada una oposición al mandato de ejecución de laudo, y que, en consecuencia, manda continuar con su ejecución forzada, no es impugnabile, habiéndose prohibido al juez toda posibilidad de conceder algún tipo de recurso que pueda dilatar o entorpecer la ejecución.

Sólo cabe impugnación —vía apelación— cuando se declare fundada la oposición, esto es, cuando la decisión judicial es por no continuar con la ejecución, sea porque la obligación contenida en el laudo ha sido cumplida, o porque se ha demostrado la interposición de recurso de anulación contra el laudo, habiéndose además suspendido su eficacia con la garantía de cumplimiento correspondiente.

En este punto, la LA ha incorporado cambios trascendentes respecto de lo que contemplaba la LGA. En efecto, la norma derogada, en

---

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; [...]
3. La extinción de la obligación exigida.

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental,

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo».

el ánimo de garantizar la eficacia y celeridad en la ejecución, disponía en su artículo 86<sup>34</sup> que todos los autos expedidos en el proceso de ejecución, no era susceptibles de impugnación alguna.

De este modo, la norma era tan clara como absurda, pues en los casos en los que no se amparaba la contradicción, con lo cual no había lugar a la ejecución del laudo, tampoco se podía impugnar, lo que nos llevaba al despropósito de encontrarnos frente a un mandato arbitral que, si bien era firme, obligatorio e inmutable, también era perfectamente inútil, en tanto no tenía posibilidad alguna de hacerse efectivo, lo que afectaba el derecho a la tutela jurisdiccional y determinaba la inconstitucionalidad de la norma.

En nuestra opinión, esta limitación a la capacidad impugnatoria, al extremo en el que se encontraba prevista en la LGA, vulneraba el debido proceso, lo que determinaba que algunos jueces —haciendo uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes— optaran por no aplicarla y conceder impugnaciones contra las decisiones emitidas en ejecución, invocando para ello la garantía de la doble instancia prevista en nuestra Constitución.

Sin embargo, la falta de criterios jurisdiccionales uniformes respecto de la aplicación o no de la norma, determinó la ausencia de previsibilidad sobre este tema, por lo que la duración de los procesos de ejecución de laudo era tan incierta como el trámite que tendría.

Con la LA, la capacidad impugnatoria, ha sido restringida (a los casos en los que se declare fundada la oposición) más no eliminada, sin embargo, existen problemas en la aplicación práctica de la norma, que requieren algún tipo de solución normativa, o de pleno jurisdiccional que determine su correcta aplicación:

---

<sup>34</sup> Artículo 86.- «Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

Así tenemos, los siguientes:

- La ejecución de laudos en el extremo referido al pago de costas y costos.

Suele ocurrir que los laudos arbitrales ordenan el pago de costas y costos, sin embargo éstos no son liquidados en la vía arbitral, de este modo, la decisión arbitral recae sobre el concepto («costas y costos») más no sobre un monto específico.

Ello determina que sea el Órgano Jurisdiccional que tiene a su cargo la ejecución del laudo, quien deba aprobar la liquidación correspondiente, para luego disponer su pago. Ahora bien, es frecuente que las partes no estén conformes con el monto fijado judicialmente por este concepto, por lo que surge la pregunta de si el auto que aprueba la liquidación de costas y costos puede ser o no impugnado, más aún si tenemos en cuenta que la impugnación también podría entorpecer la ejecución laudo, con lo cual la autoridad judicial se encuentra prohibida de concederla.

En nuestra opinión, es claro que existe un vacío en este extremo de la LA, por lo indicado consideramos que una opción legalmente válida, sería que nuestros jueces concedan la apelación que puede ser interpuesta tanto por el ejecutante como por el ejecutado, sin efecto suspensivo,<sup>35</sup> de modo que sin perjuicio de que este recurso sea resuelto por el superior jerárquico, la resolución tiene eficacia y se ejecuta. De este modo, se protege el derecho de las partes a

---

<sup>35</sup> El CPC regula los efectos del recurso de apelación en estos términos:

Artículo 368.- «Efectos

El recurso de apelación se concede:

1. Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que orden se cumpla lo dispuesto por el superior. [...]
2. Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta. [...]

una doble instancia sobre un tema que no fue objeto de decisión arbitral, y por otro lado, no se dilata ni entorpece la ejecución de laudo, que es lo que prohíbe la LA.

Otra alternativa para solucionar este tema, sería que cuando se remita el laudo al Poder Judicial para ser ejecutado, se adjunte además la resolución arbitral que liquida el monto a ser pagado por concepto de costas y costos, y que será materia de ejecución forzada; sin embargo, siendo esta decisión arbitral un acto de ejecución, requerirá de un tribunal arbitral facultado por las partes para ello.

- La necesidad de que se dicten decisiones complementarias para ejecutar el laudo arbitral.

No cabe duda de que los supuestos que se presentan en la realidad, trascienden a la capacidad de previsión del legislador, por ello, puede ocurrir que la decisión arbitral tenga un contenido que, si bien no puede ser materia de modificación por el Poder Judicial, requiera de la adopción de medidas complementarias para una adecuada ejecución.

Así por ejemplo, puede haberse ordenado la demolición de un bien, sin embargo, para la ejecución del mandato arbitral será necesario que se tomen una serie de medidas que garanticen no sólo una ejecución eficaz sino además segura, en la medida de que no cause otro tipo de daños. Por ejemplo, podría ser necesario que previamente un perito verifique cómo corresponde llevar adelante la ejecución forzada.

Otro caso se podría presentar si el mandato arbitral ordena la desocupación de un inmueble cuya identificación obra en una memoria descriptiva que señala: «Inmueble con un área total de 250 hectáreas, ubicado en el Sector xxx, distrito de xxx, Provincia y departamento de Lima, avanzando por la carretera Panamericana Sur, al lado izquierdo de la vía, dejando una separación de 50 metros, del kilómetro 40-42.50».

Evidentemente, el conocimiento del derecho que se presume en el juez no le permite conocer con exactitud el área sobre la que recae el mandato arbitral, y respecto de la cual debe ordenar medidas de ejecución forzada, por lo indicado, es claro que requiere dictar medias previas para la ejecución del laudo.

En nuestra opinión, en ningún caso podría entenderse que estas medidas se encuentran prohibidas por la LA, pues no se trata de actos que entorpecen la ejecución, sino todo lo contrario, son imprescindibles para llevarla adelante, más aún si tenemos en cuenta que la responsabilidad por los daños que pudieran irrogarse a terceros, recaerá sobre el juez y no sobre el tribunal arbitral.

Finalmente, y para concluir con el análisis, debemos señalar que la regulación prevista en materia de impugnación en el CPC (artículo 691), no resulta aplicable a los procesos de ejecución de laudos, en tanto difiere sustancialmente de la legislación arbitral. Así, por ejemplo, el CPC dispone que el auto que resuelve la contradicción al mandato de ejecución, es apelable y este recurso será concedido con efecto suspensivo, lo que implica que la decisión impugnada no se ejecutará hasta que sea revisada por el superior jerárquico.<sup>36</sup>

### *2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales*

Nuestra LA ha previsto en el artículo 6 que cuando dicho Decreto Legislativo «(s)e refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo par-

---

<sup>36</sup> Artículo 691.- «Auto y apelación.

El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve las contradicciones de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo.

En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite».

cial como el que resuelve de manera definitiva la controversia», asimismo el artículo 54 dispone que: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios». Así el legislador nacional, ha contemplando la posibilidad de emitir laudos parciales, en el ánimo de dotar al procedimiento arbitral de una flexibilidad que estimamos saludable.<sup>37</sup>

Ahora bien, pese a lo mencionado en el punto precedente, la LA no contiene disposiciones específicas respecto de la oportunidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, limitándose a precisar el plazo para la interposición del recurso de anulación contra «el laudo» y a establecer que en los casos en los que el tribunal arbitral no cuente con potestad de ejecución, la parte interesada podrá solicitar al Poder Judicial la ejecución de «el laudo»,<sup>38</sup> sin hacer alusión a la posibilidad de que se impugnen o ejecuten laudos parciales.

---

<sup>37</sup> La posibilidad de emitir laudos parciales, ha sido recogida en diversas legislaciones arbitrales, como es el caso de la Ley de Arbitraje española que establece que, salvo acuerdo de las partes, los árbitros pueden resolver la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. La legislación brasileña también contempla la posibilidad de que se emitan laudos parciales, pero, a diferencia de lo regulado en España, establece que esta opción está sujeta a la previa autorización de las partes.

<sup>38</sup> Artículo 59.- «Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.  
[...]
2. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días renotificada con el laudo, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones, y exclusiones del laudo, cuando corresponda, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

Artículo 62.- «Recurso de anulación.

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. [...]».

### UNIDAD III: ARBITRAJE

WONG ABAD, Julio M, La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo, Jurista Editores, Lima, p.44 a 66.

# LA MOTIVACIÓN DEFECTUOSA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO

Una revisión de la Jurisprudencia de la  
Subespecialidad Comercial



Estos actores, plenamente autónomos y responsables, han sopesado los riesgos de la velocidad y del informalismo y, hecha su evaluación, han decidido resolver sus conflictos mediante el único instrumento de tutela que satisface sus necesidades profesionales: el arbitraje.

Por consiguiente, estimamos que el arbitraje existe porque existen situaciones que solo pueden ser tuteladas mediante el instrumento procesal que el arbitraje proporciona. Esto quiere decir que el arbitraje es un efectivo remedio para ciertas patologías sociales y jurídicas pero que, por supuesto, no es un agua de los remedios que pueda utilizarse para solucionar cualquier conflicto sin tomar en cuenta la concreta situación de los participantes<sup>[40]</sup>.

### 3. EL PROCESO ARBITRAL COMO INSTRUMENTO JURISDICCIONAL

#### 3.1. Esencias y funcionalidades

Pareciera que desde los trabajos de NINO y CARRIÓ no es posible hablar, si no es metafóricamente, de la naturaleza de las instituciones jurídicas.

NINO, desde una posición analítica, sostiene que:

“Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos”<sup>[41]</sup>.

---

[40] Concordamos con CAIVANO cuando señala:

“...es necesario tener presente que el arbitraje no es una propuesta válida para cualquier clase de litigio o bajo cualquier circunstancia. Hay situaciones en las que puede resultar inoperante, o peor aún, directamente inconveniente y desaconsejable. Ante la alternativa de someterse a arbitraje, no puede obviarse un profundo examen de sus características para corroborar su adaptabilidad al caso, y para determinar de entre todas las clases posibles de arbitraje, cuál es la que mejor atiende las necesidades concretas” (CAIVANO, Roque J. *NEGOCIACIÓN CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos*, Apenac, Lima, 1998; p. 230.

[41] NINO, Carlos Santiago. *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO*, Primera Edición en la colección Ariel Derecho, Editorial Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1983; p. 12.

Crear que podemos arribar a una definición o a una clasificación del arbitraje que “refleje su esencia” sin referirnos a las concretas características y funciones que el ordenamiento le confiere sería, en nuestra opinión, perdernos en un conceptualismo que olvida que los conceptos en las ciencias sociales se refieren a relaciones construidas por el hombre para resolver sus problemas cotidianos.

Como expresa CARRIÓ:

“Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida. Decidirse por una clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas”<sup>[42]</sup>.

Nosotros nos adscribimos a esta perspectiva metodológica para examinar el problema de clasificar al arbitraje como jurisdiccional o no.

### **3.2. La construcción del arbitraje como jurisdicción**

El arbitraje privado es una institución compleja que engarza un acuerdo de voluntades, el convenio arbitral con un medio racional de solución de los conflictos, el proceso.

En razón de su origen privado nada obstaría para que el laudo arbitral, producto del convenio y del proceso que este sustenta, solo tuviera, además de la autoridad de cosa juzgada, el valor de un título de ejecución privado como, por ejemplo, el contrato de transacción.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico al arbitraje o, más propiamente, al laudo arbitral, se le confiere además de la autoridad de la cosa

---

[42] CARRIÓ, Genaro. *NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE*, Cuarta edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; p. 99.

juzgada, es decir, de fijar el derecho de manera definitiva a una concreta situación jurídica, la posibilidad de ser ejecutado como una sentencia.

Para nosotros, esto demuestra que el ordenamiento está otorgando al proceso arbitral algo que el señorío de las partes sobre su patrimonio no alcanza a justificar.

Como enseña ROCCO:

“Esta consecuencia jurídica [‘el conferimiento de los poderes jurisdiccionales a los terceros árbitros’] no se sigue, pues, de la voluntad de las partes compromitentes, sino de la ley; la voluntad de las partes no podría producir por sí misma aquel efecto jurídico, ya que las partes no les compete el poder de jurisdicción”<sup>[43]</sup>.

Por tanto, la pregunta para nosotros sería ¿es posible que el Sistema Jurídico otorgue la potestad jurisdiccional a los árbitros?, y si esto fuera así ¿qué características del proceso arbitral harían patente esta atribución?

La primera pregunta se resuelve por un dato positivo: nuestra Constitución ha establecido expresamente que el arbitraje es una jurisdicción especial.

Sin embargo, según algunos, nuestra Constitución se ha equivocado, ha definido una institución de un modo contrario a su naturaleza.

Nosotros no creemos que la Constitución se haya equivocado, muy por el contrario, consideramos que ella ha tomado una decisión política reconociendo la importancia y utilidad que el arbitraje puede alcanzar para la vida económica de nuestro país.

Esta decisión ha sido llevada a sus consecuencias por nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha señalado:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad,

---

[43] ROCCO, op. cit., pp. 141-142.

administrativa o judicial ordinaria. 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 ese 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”<sup>[44]</sup>.

Es decir, el TC ha atribuido al arbitraje, como no podía ser de otra forma estando a lo dispuesto por la Constitución, el poder de rechazar las interferencias que pudieran producirse durante el desarrollo del proceso arbitral.

En pocas palabras, el ejercicio de la jurisdicción arbitral en tanto jurisdicción es exclusiva, incluso frente a la justicia constitucional.

En nuestra opinión, no es posible propugnar la exclusividad de la jurisdicción arbitral, sin considerarla ejercicio válido de la función jurisdiccional prevista en nuestra Constitución.

¿Qué otra justificación teórico-jurídica puede sustentar tamaño poder?  
¿Qué otras consideraciones pueden justificar que un árbitro rechace, por ejemplo, la medida cautelar de un juez constitucional dictada dentro de un proceso de amparo?

Por consiguiente, no es solo que la Constitución haya decidido conferir al arbitraje carácter jurisdiccional, sino que esta decisión resulta además conveniente en sus consecuencias teóricas y prácticas.

---

[44] STC Exp. 06167-2005-PHC/TC. Fundamento N° 14.

En sus consecuencias teóricas porque nos permite enriquecer y modernizar el concepto de jurisdicción, comprometiéndolo con la función económica que le toca cumplir como institución jurídica.

En este sentido, el TC señala sobre el arbitraje:

“El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional ad hoc a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica”<sup>[45]</sup>.

En cuanto a sus consecuencias prácticas porque, como lo han demostrado distintas sentencias del Tribunal Constitucional, la decisión del constituyente ha permitido proteger al arbitraje de interferencias interesadas promoviendo y protegiendo su utilización.

Dicho esto, podemos concluir que incluso el tratamiento del arbitraje privado bastaba para justificar la calificación de jurisdicción especial que la Constitución ha otorgado al fuero arbitral. Sin embargo, la mayor utilidad que puede obtenerse de esta calificación constitucional se desarrolla fuera de los límites de lo meramente dispositivo.

### **3.3 La Jurisdicción Arbitral más allá del arbitraje privado**

Resulta común referirse al arbitraje privado para justificar o discutir sobre la función jurisdiccional que puede o no cumplir el Arbitraje (así, con mayúscula), en el marco de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que el Estado debe a los ciudadanos. Sin embargo, nos parece que concebir al Arbitraje como una jurisdicción especial permite explicar muchas otras situaciones, en las que puede ser válidamente utilizado sin que se encuentren presentes solo intereses privado-empresariales.

---

[45] STC Exp. N° 6167-PHC-TC. Fundamento N° 4.

Debido a que no pueden ser objeto de nuestro trabajo todas las posibilidades de tutela que pueden desprenderse del reconocimiento del Arbitraje como una verdadera jurisdicción, solo nos ocuparemos brevemente de dos casos en los cuales, a nuestro juicio, se hace patente la utilidad de esta calificación constitucional.

### ***3.3.1 El control arbitral de los actos administrativos***

El primero de estos escenarios es el arbitraje administrativo, en el cual no podemos hablar propiamente, al menos por parte del Estado, de derechos disponibles que puedan ajustarse a la definición clásica del arbitraje.

Asimismo, este tipo de arbitraje no nace de la libre decisión de las partes involucradas en el contrato administrativo sino que viene, como lo establece el artículo 40 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, impuesto por la ley.

Entonces, si una parte no tiene derechos disponibles y, además, el arbitraje es obligatorio ¿cómo explicar su utilización en este caso?

En nuestro criterio, el arbitraje se convierte aquí en la única forma de brindar la tutela que exigen los intereses públicos y privados involucrados en el conflicto. La rapidez, la especialización y el informalismo arbitral permiten brindar una mayor protección a los intereses de las partes y, por ser una herramienta más de la función jurisdiccional del Estado, no podemos tachar su utilización de inconstitucional.

No obstante, establecidas muy rápidamente las premisas anteriores cabe preguntarnos por una situación mucho más particular. ¿Pueden los árbitros controlar la actuación de la administración? Si la respuesta es positiva ¿cuáles son las formas en las que pueden hacerlo? Y, por supuesto, ¿cuáles son los límites de esta potestad?

En primer lugar, debemos constatar que los árbitros en la práctica<sup>[46]</sup> están controlando la actuación de la Administración, declarando nulas, por ejemplo, Resoluciones Administrativas que deniegan solicitudes de

---

[46] Véase por ejemplo el caso tratado por la STC 3385-2009-PA/TC del 17 de septiembre de 2009.

ampliación de plazo, que dan por aprobadas liquidaciones de contrato o que resuelven contratos administrativos.

Dicho esto, es necesario presentar los fundamentos normativos que parecerían darnos una respuesta negativa a la pregunta planteada.

Así, por ejemplo, el artículo 148 de la Constitución señala que:

“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

Igualmente, en forma aún más rotunda, el artículo 3° de la Ley del Proceso del Proceso Contencioso Administrativo establece:

“Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”.

Sin embargo, a pesar de lo establecido por estas normas, el artículo 4° de la misma Ley, al identificar las actuaciones impugnables en el proceso contencioso administrativo, señala lo siguiente:

“Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia”

Es decir, la ley establece, si bien no de forma expresa, lo que sin duda hubiera sido más conveniente, que las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos en los cuales participa pueden ser controladas por los árbitros.

El sustento constitucional de esta norma lo encontramos en lo dispuesto por el párrafo final del artículo 63 de nuestra Constitución:

“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también so-

meterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

Podemos afirmar entonces que, en efecto, existe un sólido, aunque no expreso, fundamento normativo para aceptar que los árbitros pueden controlar las actuaciones de la administración cuando estas están ligadas a los llamados contratos administrativos.

Establecido que los árbitros pueden controlar las actuaciones administrativas surge de inmediato otra interrogante: ¿ostentan los árbitros plena jurisdicción?

En otras palabras, pueden los árbitros, sustituirse al órgano administrativo y, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, “declarar cuáles son los concretos derechos del particular que en relación a dicho acto de la Administración, deba ésta respetar”<sup>[47]</sup>.

---

[47] Más extensamente el maestro español afirma:

“En concreto, interesa precisar ahora un tema importante, el de la alternativa entre anulación del acto más reenvío del asunto a la Administración a quien correspondería sustituir dicho acto anulado, frente a anulación del acto más sustitución efectuada directamente por el propio Tribunal. Los viejos mitos siguen desempeñando un papel importante en este punto. Concretamente, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuya estricta y simplísima funcionalidad nunca se insistirá bastante, proyecta también su sombra en este aspecto, contribuyendo a recortar las virtualidades que institucionalmente son inherentes al proceso como instrumento que es de satisfacción de pretensiones. En base a una interpretación mitificada del carácter revisor de la jurisdicción se tiende, en efecto, a afirmar que los Tribunales contencioso-administrativos no pueden sustituir a la Administración reformando los actos o disposiciones impugnadas y, de hecho, son muchas las sentencias que por esa razón se quedan a mitad de camino: anulan el acto sancionador, por ejemplo, por considerar excesiva la multa impuesta y remiten expresamente a la Administración la tarea de adecuar la sanción a la nueva calificación de la falta que la sentencia contiene. Esta actitud no está justificada técnicamente, como ya notamos, y es, además, gravemente equívoca. Es cierto, en efecto, que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa no están para decidir cómo y de qué forma han de trazarse las carreteras, pero no lo es menos que a ellos sólo corresponde resolver si la decisión administrativa, pero no lo es menos que a ellos sólo corresponde resolver si la decisión administrativa previa es o no conforme a Derecho y, en el supuesto de que no lo sea, declarar cuáles son los concretos derechos del particular que en relación a dicho acto de la Administración, debe ésta respetar”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Editorial Civitas, S.A., Reimpresión de la Segunda edición de 1981, Madrid; p. 561.

Para nosotros la respuesta también debe ser afirmativa pues, en efecto, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

“Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje **para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente**”.

Parece claro que la única forma de hacer eficiente el trabajo de los árbitros en los contratos administrativos es otorgarles la potestad de establecer “los concretos derechos del particular”, para resolver la controversia de modo definitivo.

Igualmente, recordemos que el inciso 5° del artículo 4 de la LPCA establece la posibilidad de controlar las omisiones de la Administración respecto a su falta de actuación dentro del desarrollo de un contrato administrativo, es decir, la ley otorga también a los árbitros la potestad de suplir dichas omisiones.

Finalmente, debe relevarse que en tanto la actuación de los árbitros está justificada por la existencia del contrato administrativo el control que ejerzan sobre la actuación administrativa deberá ser el absolutamente indispensable para la solución de los conflictos que de él se deriven<sup>[48]</sup>.

### ***3.3.2. El arbitraje potestativo laboral colectivo***

Otro caso de utilización del arbitraje, que de acuerdo a lo que sostenemos, solo puede encontrar justificación en su entronización como jurisdicción, es el que cumple como medio de resolución de los conflictos laborales de naturaleza colectiva.

---

[48] Los temas tratados en este apartado han sido desarrollados en la Sentencia de fecha diecisiete de agosto de dos mil cinco recaída en el expediente número 49-2005. Esta sentencia puede ser consultada en WONG ABAD, Julio Martín, YAYA ZUMAETA, Ulises, RUIZ TORRES, Gustavo y otros, *LA JUSTICIA ESPECIALIZADA COMERCIAL Selección de Autos y Sentencias de la Sala y Juzgados comerciales de Lima*, Palestra Editores, Lima, 2007; pp. 313-326.

En efecto, como establece el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR (que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo):

“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.

Es decir, ante el fracaso de la negociación directa o de la conciliación los trabajadores pueden bien solicitar el arbitraje o, alternativamente, declararse en huelga<sup>[49]</sup>.

Sobre estas normas, según nos informa LENGUA APOLAYA existían fundadas dudas interpretativas:

“...la normativa nacional nunca fue lo suficientemente clara en torno al tipo de arbitraje que propugnaba en materia colectiva, lo que ciertamente motivó dos tendencias interpretativas a nivel de la Autoridad de Trabajo, como se ha señalado inicialmente. Así, el texto del artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) puede ser fácilmente interpretado en el sentido de establecer un arbitraje voluntario en el extremo que se afirma que son ‘las partes’ (entiéndase ambas, conjuntamente) las que ‘pueden’ recurrir al arbitraje cuando lo ‘soliciten’ los trabajadores (dicha solicitud vendría a ser un mero requerimiento no vinculante). No obstante, también es posible sustentar que la LRCT postula un arbitraje potestativo, concordando este artículo 61 con el 63<sup>[50]</sup> de la misma norma. Este artículo 63 establece que los trabajadores, cuando han ejercido su derecho de huelga, *requieren* de la aceptación del empleador para someter el conflicto a arbitraje, de lo que podría inferirse *contrario sensu* que en el caso del artículo 61 dicho asentimiento no es necesario”<sup>[51]</sup>.

---

[49] Artículo 62.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador”.

[50] Artículo 63.- Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador.

[51] LENGUA APOLAYA, César. *El arbitraje potestativo en materia colectiva según el Tribunal Constitucional. Tentativo enfoque como medida de fomento* en Gaceta Constitucional N° 32, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto de 2010; p. 249.

Si consideramos que el arbitraje se fundamenta únicamente en la voluntad de las partes, la interpretación que debería imponerse es la que exige el acuerdo de ellas para que pueda iniciarse el arbitraje.

Contrariando ello nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“...por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva puede ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Ello se justifica plenamente en el caso se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales”<sup>[52]</sup>.

Esto lleva al mismo Tribunal a resolver que ante la falta:

“...de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”<sup>[53]</sup>.

Es decir, la posibilidad de recurrir al arbitraje se convierte en un derecho potestativo de las partes, pues cualquiera de ellas puede obligar a la otra, sin que exista convenio arbitral previo, a someter el conflicto a un proceso arbitral.

Esta solución, impensable si consideramos que el único fundamento del arbitraje es la voluntad de las partes involucradas, se encuentra respaldada por autorizada doctrina nacional:

DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, por ejemplo, sostiene:

“El entender del arbitraje laboral como una solución potestativa de las partes o incluso ejercida conjuntamente por ambas, resuelve, a nuestro juicio, de mejor manera el sentido constitucional de fomentar soluciones pacíficas al conflicto colectivo. Hay que tener presente que lo que la Constitución y las leyes persiguen en

---

[52] STC N° 03561-2009-AA, Fundamento N° 15.

[53] STC N° 03561-2009-AA, parte resolutive.

el caso de la negociación colectiva es la solución del conflicto por medios pacíficos utilizando las distintas alternativas que plantea la normatividad vigente”<sup>[54]</sup>.

Debe advertirse que una interpretación contraria a la que asumimos obligaría a los trabajadores a recurrir a la huelga, situación que a la luz de lo ordenado por el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución<sup>[55]</sup> no puede ser admitida.

Todo esto demuestra, desde nuestro punto de vista, que el Arbitraje como jurisdicción independiente constitucionalmente reconocida puede ser potestativo o incluso obligatorio siempre que las concretas situaciones que pretenda tutelar justifiquen su utilización.

Luego de esta rapidísima revisión podemos concluir, en primer lugar, que el arbitraje, en tanto verdadera jurisdicción de carácter especial, es un instrumento procesal que puede ser utilizado por el Estado cuando así lo exijan las concretas situaciones necesitadas de tutela efectiva.

En segundo lugar, consideramos que también puede inferirse de lo expuesto que el proceso arbitral debe ajustarse a los derechos sustantivos cuya tutela se le confían y, por tal motivo, si bien las reglas del arbitraje privado son las más desarrolladas hasta ahora, no deben ser aplicadas mecánicamente a los nuevos escenarios en los cuales está siendo utilizado este instrumento jurisdiccional.

---

[54] DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. *El Arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de Trabajo* en CASTILLO FREYRE, Mario (Comp.). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*, Editorial Palestra, Lima, 2009; p. 124. En el mismo sentido véase LENGUA APOLAYA, César. *El arbitraje potestativo en materia colectiva según el Tribunal Constitucional. Tentativo enfoque como medida de fomento* en Gaceta Constitucional N° 32, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto de 2010; pp. 239-254.

[55] Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga  
El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. **Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.**  
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

En efecto, como también sostiene PERLINGIERI:

“Los fundamentos del arbitraje no pueden justificarse solamente en base al derecho de acción sino principal y esencialmente en base a los intereses que son sometidos a la función decisoria del árbitro, se tendrán por tanto, fundamentos diversos, objetos diversos, materias diversas y también funciones y confines diversos”<sup>[56]</sup>.

Esto significa, por ejemplo, que no puede exigirse confidencialidad absoluta en el caso de arbitrajes administrativos en los cuales están involucrados fondos públicos o, para el caso del arbitraje laboral, que no puede imponerse a rajatabla un arbitraje oneroso para los trabajadores de forma que puedan afectarse los derechos que la Constitución y la ley les reconocen.

#### **4. EL ARBITRAJE PRIVADO**

El arbitraje sobre el cual se desenvuelve nuestra investigación es el arbitraje privado; el cual se asienta sobre dos pilares: la autonomía de la voluntad y la posibilidad jurídica, concedida y reglamentada por el ordenamiento, de disponer de nuestros derechos.

Muchos de los razonamientos y conclusiones a las que arribaremos pueden ser utilizados, por ejemplo, para el arbitraje administrativo, sin embargo, es necesario, repetir nuestra advertencia contra la trasposición mecánica a los arbitrajes especiales de los modos y formas del arbitraje privado.

Dicho esto, detengámonos ahora en los fundamentos de este tipo de arbitraje.

##### **4.1. La autonomía privada**

El arbitraje encuentra uno de sus fundamentos en la autonomía privada la cual, a su vez se sustenta:

---

[56] Ob. Cit., p. 12.

“...en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas...”<sup>[57]</sup>.

Este poder de autogobierno no es un poder originario sino que es conferido por el ordenamiento, el cual puede imponerle cargas y limitaciones de naturaleza formal y sustancial<sup>[58]</sup>.

Es el respeto a esta expresión de libertad personal lo que permite que los agentes en forma autónoma, y asumiendo las consecuencias que el ejercicio de su libertad pueda acarrearles, se encuentran habilitados para limitar válidamente algunos de los derechos subjetivos constitucionales que les son reconocidos.

Como afirma VENEGAS:

“Dado que la autonomía de la voluntad (garantizada constitucionalmente) implica la posibilidad de contraer obligaciones irracionales y desproporcionadas (*stat pro razione voluntas*), difícilmente se puede justificar la intervención sistemática del poder público para proteger al individuo que pretende desvincularse de una obligación libremente asumida y que invoca como argumento que, al consentirla, estaba vulnerando un derecho fundamental propio. Ello es así porque la autonomía, cuyo ejercicio pasa a menudo por la renuncia al ejercicio de determinados derechos fundamentales, no es concebible sin la autorresponsabilidad. Como bien recuerda C. HILLGRUBER, la función de la autonomía privada no es garantizar la ruina de los contratantes, pero esa ruina puede ser consecuencia del ejercicio de la libertad contractual. En ese caso,

---

<sup>[57]</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL Volumen Primero Introducción Teoría del Contrato*, Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996; p. 127.

En el mismo sentido TRIMARCHI sostiene que:

“Autonomía privada significa posibilidad, para los particulares, de regular por sí, en el modo deseado, las relaciones jurídicas con otras personas” TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Décimo segunda edición, Giuffrè Editore, 1998; p. 171.

<sup>[58]</sup> FERRI, Luigi *Lecciones sobre el Contrato Curso de Derecho Civil*, Traducción de Nelver Carreteros Torres, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2004, p.liii

no corresponde a los derechos fundamentales proteger al sujeto frente a una situación que es fruto de su autonomía”<sup>[59]</sup>.

Si, en opinión que compartimos plenamente, los sujetos de derecho pueden, en ejercicio de su autonomía, realizar decisiones irrazonables que deberán ser respetadas en virtud del respeto a su dignidad y libertad personales; parece claro, también, que si estas limitaciones y, aún, renunciadas, se fundan en otros valores también de jerarquía constitucional menos aún será posible desconocer su eficacia jurídica.

La libertad, que reconoce y protege el ordenamiento, implica la responsabilidad por las decisiones y elecciones en las cuales su ejercicio se ha realizado.

Debemos rechazar, por tanto, sobre todo en las áreas que encuentran su directo y primer fundamento en la autonomía privada como el ámbito contractual, una actitud paternalista o intervencionista.

Si los sujetos actúan en un plano de igualdad, no solo jurídica sino también material, o si las desigualdades materiales existentes entre ellos no han afectado de forma ilegítima el perfeccionamiento de sus acuerdos, no parece existir razón para intentar desconocerlos.

La intervención estatal solo encontrará justificación si la renuncia a estos derechos fundamentales no ha sido libre, es decir, si la propia libertad que justifica el respeto a la voluntad de los agentes es puesta en entredicho por su falta de constatación en la realidad o, además, si la expresión de dicha autonomía colisiona con el respeto a la dignidad humana.

Como sostiene NIPPERDEY la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental:

“...sólo es admisible cuando existe entre las partes una situación de igualdad de hecho y de derecho, de tal modo que la acción [del individuo] sobre su propia esfera de derechos fundamentales también es realmente libre”<sup>[60]</sup>.

---

[59] VENEGAS GRAU, María. *DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PRIVADO Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Barcelona, 2004; p. 207

[60] Citado por VENEGAS GRAU, op. cit, p. 208. Las palabras entre corchetes han sido agregadas en la cita por VENEGAS.

Ampliando lo dicho podemos citar también a la Corte Constitucional colombiana:

“Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad”<sup>[61]</sup>.

Asimismo, el otro principio que podría proscribir limitaciones voluntarias a derechos fundamentales es el de dignidad de la persona, pues:

“...el respeto de la dignidad humana no es invocable únicamente frente a los poderes públicos, sino que también vincula a los particulares, pues, de otro modo, no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, ‘la protección estatal de la dignidad humana supone el reconocimiento, en el tráfico jurídico-privado, de un derecho subjetivo absoluto irrenunciable a la dignidad humana, ejercitable frente a las demás personas jurídicas’. Si este derecho sólo se pudiera defender frente a los poderes públicos, el individuo se encontraría desarmado ante las vulneraciones procedentes de otros particulares”<sup>[62]</sup>.

---

[61] Citada por CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998; p. 22

[62] VENEGAS GRAU, op. cit., p. 211.

Si estas condiciones son cumplidas, si nos encontramos frente a agentes económicos cuya forma natural de resolución de conflictos es (o puede serlo por su particular situación social o económica) el arbitraje, entonces no apreciamos razón alguna para limitar o dificultar su utilización.

Todo lo anterior, sin embargo, no debe impedirnos revisar las relaciones que puedan someterse a la autoridad arbitral, para comprobar materialmente que la libertad se ejerce válidamente.

En nuestro sistema jurídico los ciudadanos son formalmente iguales pero no puede desconocerse, sin perjudicar en algunos casos gravemente a sectores vulnerables de nuestra sociedad, que las diferencias legítimas de poder económico se expresan en desigualdades informativas, de asesoría y de oportunidades que pueden ser utilizadas para menoscabar la posición jurídica de los menos favorecidos.

Como señala SACCO:

“Más recientemente, el optimismo inspirado por la visión liberal ha sido duramente contestado. El contrato es concluido en un cuadro económico dominado por cien dificultades: aparte de las normas legales que inciden sobre los precios, la voluntad de productores monopolistas u oligopolistas, los cárteles, las prácticas restrictivas falsean el mercado y obligan al consumidor indefenso a sobrepagar los bienes y servicios de los cuales tiene necesidad. El productor encuentra cómodo limitar la entrada de bienes al mercado para mantener alta la demanda y escasa la oferta y producir elevaciones artificiosas de los precios. El contrayente profesional dispone de medios necesarios para abusar del consumidor no profesional”<sup>[63]</sup>.

En consecuencia, si la autonomía de la voluntad en un particular acuerdo se pone en duda se remecen, al mismo tiempo, las bases mismas del convenio arbitral y, por supuesto, sus formas de desarrollo procesal e, incluso, sus reglas de impugnación<sup>[64]</sup>.

---

[63] SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio; *Il Contratto*, Tomo Secondo, UTET, Torino, 1993; p. 4.

[64] A este respecto es necesario citar, para dar una idea de la complejidad de los temas que abordamos, la opinión del Abogado General del Tribunal de Justicia Europeo: “Sobre la base de este precedente y habida cuenta de la importancia que ha adquirido en

Los temas que hemos anotado superan largamente los límites de nuestro trabajo motivo por el cual sus complejidades no serán abordadas.

#### 4.1.1. Arbitraje y Disponibilidad

Solo pueden comprometerse en arbitraje privado, en principio<sup>[65]</sup>, los conflictos sobre materias disponibles.

Según la ley la disponibilidad es una de las facultades que nos concede el derecho de propiedad; más en general, sin embargo, podemos afirmar que esta facultad forma parte del contenido y se integra dentro de todos los derechos subjetivos de naturaleza patrimonial<sup>[66]</sup>.

Sucintamente el poder de disposición:

“(c)onsiste en la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transmitir a terceros su derecho, por vía negocial, de autolimitarlo, constituyendo otros derechos menores o, finalmente, de extinguirlo por medio de una renuncia”<sup>[67]</sup>.

---

el ordenamiento comunitario la protección de los consumidores, la Comisión estima que las disposiciones de la Directiva 93/13 también pueden considerarse normas de orden público. En efecto, a su juicio, se trata de disposiciones de armonización aprobadas con el fin de garantizar una protección más eficaz del consumidor en el ámbito del mercado interior. Por tanto, son disposiciones importantes que pueden incluirse en la tarea de «fortalecimiento de la protección de los consumidores», enumerada en el artículo 3 CE, letra t), entre los cometidos fundamentales de la Comunidad, con la consecuencia de que los jueces nacionales deben garantizar su respeto en los procedimientos de impugnación de laudos, aun cuando –como en el caso de autos– no se haya invocado su infracción en los procedimientos arbitrales”  
CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO presentadas el 27 de abril de 2006. Asunto C-168/05 Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.(Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid) en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0168:ES:HTML> (Consultado el día 14 de junio de 2011).

<sup>[65]</sup> Decimos en principio porque, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje:

“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”.

Es decir, materias *naturalmente* no disponibles pueden ser sometidas a arbitraje si la ley lo autoriza.

<sup>[66]</sup> DIEZ PICAZO, op. cit., p. LIX

<sup>[67]</sup> DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 818

Debe aclararse, sin embargo, que es posible ostentar la propiedad de un bien y no tener la posibilidad de disponer de él; es la situación que se produce, por ejemplo, en el caso del concursado<sup>[68]</sup>.

La disponibilidad está, entonces, indeliblemente unida a la patrimonialidad de la materia objeto de la controversia, pues es solo respecto a derechos de tal naturaleza que la ley reconoce la posibilidad de enajenarlos.

Lo disponible es, por consiguiente, lo que podemos separar de nosotros, lo que podemos convertir en extraño a nuestra esfera de acción y a nuestro patrimonio transfiriéndolo incluso a otro sujeto de derecho<sup>[69]</sup>.

En pocas palabras, es el poder de convertir lo propio en ajeno.

Están excluidos del poder de disposición y, por extensión, del arbitraje “los derechos de la personalidad, las relaciones familiares y en general los status, porque no tienen un objeto económico”<sup>[70]</sup>.

Es útil recordar que también respecto de la transacción la ley exige que esta recaiga sobre derechos de naturaleza patrimonial; en efecto el artículo 1305 del Código Civil establece:

“Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción”.

Por tal motivo, parece evidente que si esta exigencia se produce para el caso de un contrato que supone la existencia de concesiones recíprocas entre las partes, con mayor razón debe requerirse la misma condición en el caso de un medio de resolución de conflictos que puede causar la pérdida completa del derecho discutido.

---

[68] Artículo 19 de la Ley General del sistema Concursal

“Ineficacia de actos del deudor

19.1. El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación”.

[69] PUGLIATTI, Salvatore. *Alienazione*, en Enciclopedia del Diritto [DVD], Giuffrè Editore, 2003.

[70] FERRI, op. cit., p. LIX.



La definición del concepto de materia disponible parece sencillo en la teoría, sin embargo, en la práctica puede resultar muy arduo determinar con precisión cuando el arbitraje y, por consiguiente, el laudo están referidos a materia disponible.

Sin embargo, una:

“...regla general interpretativa, a nuestro juicio correcta, para delimitar lo arbitrable-disponible de lo no arbitrable, sería la de que las partes no podrán someter a arbitraje u obtener por arbitraje lo que no pueden obtener en el marco soberano, pero limitado, de la autonomía de su voluntad”<sup>[71]</sup>.

Todo lo anterior no obsta, sin embargo, para que en algunos casos la ley, por consideraciones políticas, otorgue a los árbitros la posibilidad de pronunciarse válidamente sobre materias que escapan a la disponibilidad de las partes. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del inciso 2) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje:

“En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral”.

Podemos, por consiguiente, concluir con FERRI que, en general:

“Materia disponible significa, por lo tanto, materia contratable o negociable”<sup>[72]</sup>.

#### 4.2. ¿Es el Arbitraje un contrato?

Después de lo dicho en el apartado anterior parecería lo más natural considerar que el arbitraje es un contrato; es decir, según la definición de nuestra ley civil:

[71] DÍAZ-BASTIEN, Ernesto Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje, Editorial Reus S.A., Madrid, 2007; p. 19.

[72] FERRI, op. cit., p. LXV.

“El acuerdo de voluntades destinado a la regulación de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial”.

Así lo sostiene, por ejemplo, FAZZALARI:

“El compromiso [arbitral] es un contrato, precisamente porque los celebrantes (*paciscenti*) disponen, in parte qua, de su patrimonio (objeto de la controversia), confiándose y vinculándose a la voluntad del tercero, también ella privada”<sup>[73]</sup>.

Nosotros, a pesar de la autoridad del maestro italiano, no consideramos que el acuerdo arbitral tenga por objeto la disposición de algún derecho patrimonial de las partes que lo celebran pues, si bien es cierto, una, consecuencia del acuerdo arbitral puede llegar a ser el la realización de un desplazamiento patrimonial de una parte a la otra, este resultado, totalmente eventual, no puede considerarse más importante que el manifiesto deseo de los involucrados de separarse de la jurisdicción judicial confiriendo a un tercero la potestad de definir el derecho aplicable a su conflicto<sup>[74]</sup>.

El objeto del acuerdo arbitral es, en nuestra opinión, un acuerdo político pues tiene como objetivo privar de un poder dimanante de la soberanía estatal a la jurisdicción ordinaria para conferírsele a un privado elegido por las partes.

El interés de las partes en el proceso arbitral en tanto interés procesal es:

“...no patrimonial, aunque puedan ser, y hasta normalmente sean, de carácter patrimonial los intereses primarios a que se refiere”

En efecto, el bien que constituye el objeto del juicio de utilidad o de valor (acción positiva del Estado) no es un bien económico

---

[73] FAZZALARI, Elio *L'ARBITRATO*, UTET, Torino, 1997; p. 34.

[74] Aunque lo dice para otros fines me parece útil citar a Faustino CORDÓN: “El convenio arbitral y el contrato principal emanan de dos declaraciones de voluntad diferentes o, por lo menos, dirigidas a fines diversos: el contrato, a regular las relaciones patrimoniales entre las partes, y el convenio arbitral a desplazar a la jurisdicción, encomendando a los árbitros la solución de los conflictos que puedan surgir entre ellas...” Citado por ROGEL VIDE en DÍAZ-BASTIEN, op. cit., p. 54.

material y patrimonial, sino que es una prestación de derecho público, a la cual no se le puede reconocer carácter patrimonial”<sup>[75]</sup>.

Nosotros consideramos, siguiendo también a UGO ROCCO que:

“El vínculo jurídico con que la norma enlaza la declaración bilateral de voluntad, es un vínculo entre las partes, y por tanto, un vínculo privado, ya que se produce fuera del proceso. El efecto jurídico público, en cambio (otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros), no se sigue de la voluntad de las partes, sino de la voluntad de la ley, condicionadamente a la verificación de un hecho jurídico complejo determinado, que en el caso específico es un acto jurídico bilateral”<sup>[76]</sup>.

En resumidas cuentas consideramos que el convenio arbitral es un acuerdo político y, en tal virtud, tiene tanto de contrato como el contrato social.

#### **4.3. El Arbitraje como derecho fundamental**

El arbitraje puede ser elevado a jurisdicción o no, puede o no otorgarsele a lo decidido en él el valor de un título de ejecución, pero lo que no puede concebirse es que sea excluido como forma de composición de los conflictos jurídicos que puedan surgir entre los particulares.

Como señalaba la Constitución de Cádiz:

“No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

Creemos entonces que sustentado en esos dos pilares: autonomía de la voluntad y disponibilidad del derecho discutido, el arbitraje se convierte en un derecho fundamental de los particulares; pues la ley no puede prohibir, sin atentar gravemente contra la autonomía de la voluntad que reconoce la Constitución, que se someta la solución de las controversias disponibles a la decisión de un tercero.

---

[75] ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo I Parte General*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1983; p. 341.

[76] ROCCO, op. cit., p. 142

Recuérdese que sobre las materias disponibles la soberanía de los particulares es total: pueden dar en comodato, condonar, donar, transigir y, en este último caso, como señala expresamente la ley, pueden confiar a la suerte<sup>[77]</sup>, por ejemplo al vuelo de una moneda, cuál de las soluciones propuestas será finalmente la que forme el contenido del acuerdo.

Por consiguiente, sería claramente lesivo a los derechos fundamentales de propiedad y autonomía de la voluntad un intento legislativo de proscribir el arbitraje privado.

---

[77] Según establece el artículo 1311 del Código Civil:  
"Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título"

## UNIDAD IV: CONCILIACIÓN

ABANTO TORRES, Jaime, La Conciliación Extrajudicial y la Conciliación Judicial, Edit. Grijley, Lima, 2010, p.73 a 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<sup>(41)</sup>.

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-

---

<sup>(41)</sup> 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<sup>(42)</sup>. 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<sup>(43)</sup>, el nombre<sup>(44)</sup> y la propia imagen<sup>(45)</sup> 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<sup>(46)</sup>, representación sucesoria<sup>(47)</sup>, exclusión por indignidad<sup>(48)</sup> y desheredación<sup>(49)</sup>.

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<sup>(50)</sup>.

En el Derecho de Familia tenemos los deberes conyugales de fidelidad, asistencia y vida común<sup>(51)</sup>, 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<sup>(52)</sup> y las pretensiones de separación de cuerpos<sup>(53)</sup> divorcio<sup>(54)</sup>, 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 7° 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<sup>(55)</sup>, así como otras que se deriven de la relación familiar.

En el Proyecto de Ley N° 3826/2009-PE se propone modificar el artículo 7° 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-

---

<sup>(55)</sup> 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<sup>(56)</sup>. Norma similar ya estaba prevista en las conciliaciones extrajudiciales por ante las Defensorías del Niño y el Adolescente (DNA)<sup>(57)</sup>. 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

---

<sup>(56)</sup> 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.

<sup>(57)</sup> 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<sup>(58)</sup>.

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.

---

<sup>(58)</sup> 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<sup>(59)</sup>.

#### *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 comento 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.

---

<sup>(59)</sup> 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<sup>(60)</sup> 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-

---

<sup>(60)</sup> 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<sup>(61)</sup>.

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<sup>(62)</sup>.

#### 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<sup>(63)</sup> 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<sup>(64)</sup>

---

(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<sup>(65)</sup>:

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<sup>(66)</sup>, 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](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>.