



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

**Material Auto Instructivo**  
**CURSO “MECANISMOS ALTERNATIVOS DE  
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**

**Elaborado por la  
Dra. María Augusta Camacho Zegarra**

**2016**

## Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

---

### CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana  
**Presidente del Consejo Directivo**

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos  
**Vice- Presidente del Consejo Directivo**

---

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chávarry Vallejos – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

---

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

---

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Rocío Robles Valenzuela

**El presente material del Curso “Mecanismos Alternativos de Resoluciones de Conflictos”, ha sido elaborado por la Dra. María Augusta Camacho Zegarra para la Academia de la Magistratura, en setiembre de 2016.**

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION  
LIMA – PERÚ**

## SILABO

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

#### I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Formación de Aspirantes.
Horas Lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	01
Especialista que elaboró el material	:	Dra. María Augusta Camacho Zegarra

#### II. PRESENTACIÓN

Este curso presenta una asignatura básica en la formación del aspirante a la magistratura, que complementa su formación profesional de Abogado, dotándolo de los conocimientos básicos en materia de prevención de resolución de conflictos.

El presente curso está estructurado en cuatro unidades: Negociación, Arbitraje-Justificación Teórica, Arbitraje-Laudos arbitrales y Conciliación.

La Academia de la Magistratura, con el dictado de este curso, pretende que el discente pueda conocer y reflexionar sobre aspectos importantes en relación al tema de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.

#### III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Conoce y comprende los distintos mecanismos alternativos de resolución de Conflictos, empleando técnicas que conlleven a planteamientos, posiciones y roles para enfrentar con éxito la solución de conflictos.

### Capacidades Terminales:

- Comprende los conceptos básicos en torno a un efectivo y correcto empleo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- Desarrolla pensamiento estratégico para asumir posiciones correctas frente al conflicto y su gestión.
- Aplica las estrategias de negociación, conciliación y arbitraje para la solución eficaz de conflictos.
- Valora la prevención y solución de conflicto.

## IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

### UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Elementos básicos para una negociación exitosa. <ul style="list-style-type: none"> <li>1.1. El Arte de negociar.</li> <li>1.2. El conflicto como oportunidad.</li> <li>1.3. Gestión del conflicto.</li> <li>1.4. La Negociación.</li> <li>1.5. Resultados.</li> <li>1.6. Tipos de Negociación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conoce e Identifica los elementos básicos de una negociación exitosa.</li> <li>• Reconoce y aplica las estrategias de negociación.</li> <li>• Conoce las características de la mediación, sus fases y sus técnicas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Valora los componentes de una negociación exitosa.</li> <li>• Reconoce el valor de las estrategias de negociación.</li> <li>• Estima el valor de las técnicas de la mediación.</li> </ul>
2. Estrategias de negociación. <ul style="list-style-type: none"> <li>2.1. Estrategias Distributivas.</li> <li>2.2. Estrategias Integrativas.</li> <li>2.2. Características personales de los negociadores.</li> </ul>		
3. La Mediación. <ul style="list-style-type: none"> <li>3.1. Caracterización del proceso de Mediación.</li> <li>3.2. Fases de la Mediación.</li> <li>3.3. Técnicas y Habilidades de Mediación.</li> </ul>		

**Lecturas Obligatorias:**

- Medina, F. y otros (2013). Gestión del Conflicto. Editorial Pirámide, p.46-52.
- Lebel, P. El Arte de la Negociación. Barcelona: Ediciones Ceac, p.71-84.

**Lecturas Complementarias:**

- Merlano Alcocer, A. (2006). El perfil del buen negociador, en Negociación Nacional e Internacional. Bogotá: Biblioteca Milenio, p. 185-193.
- Garaña Corces (2015). J.M. Negociación Efectiva. Madrid: Esid Editorial, Madrid, p.179-189.

**Casos sugeridos:**

1. Caso Tecnoquímicas y Merck.
2. Proyecto Tía María.
3. Caso Empresa Manila.

**UNIDAD II: ARBITRAJE – JUSTIFICACIÓN TEÓRICA**

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Justificaciones del Arbitraje. 1.1. Naturaleza jurídica del arbitraje. 1.2. Teoría Contractualista y Jurisdiccionalista. 2. Los Árbitros. 2.1. Derechos de los árbitros. 2.2. Designación de los árbitros. 3. Recusación de Árbitros.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conoce la naturaleza jurídica del arbitraje.</li> <li>• Reconoce los mecanismos de designación y recusación de los árbitros.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconoce el valor del arbitraje y de los árbitros en la solución de conflictos.</li> </ul>

**Lecturas Obligatorias:**

- Ledesma Narváez, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.31 y s.s.
- Avendaño Valdéz, J. Independencia, Imparcialidad y Recusación, Arbitraje. Lima: Editora Palestra, p. 39-45.

**Lectura Complementaria:**

- Ledesma Narváez, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.78-ss.

**Casos sugeridos:**

- El proceso arbitral como instrumento jurisdiccional.
- Incompatibilidad de Recusación de Árbitros.

**UNIDAD III : ARBITRAJE - LAUDOS ARBITRALES**

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. Arbitraje y jurisdicción.</p> <p>1.1. La prueba anticipada.</p> <p>1.2. Medidas Cautelares en el arbitraje.</p> <p>2. Actividad impugnativa y laudos arbitrales.</p> <p>2.1. Nulidad de Laudos Arbitrales.</p> <p>2.2. Causales de anulación de laudos arbitrales.</p> <p>3. Ejecución de laudo.</p> <p>3.1. Aspectos principales en la ejecución de laudos.</p> <p>3.2. Procedimiento de ejecución de laudos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conoce la relación entre arbitraje y laudos arbitrales.</li> <li>• Identifica las causales de la nulidad de los laudos arbitrales.</li> <li>• Reconoce los principales aspectos y procedimientos de los laudos arbitrales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Valora y estima la importancia de los laudos arbitrales en la solución de conflictos.</li> </ul>

**Lectura Obligatoria:**

- Wong Abad, J.M. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Lima: Jurista Editores, p.79-96.

**Lecturas Complementarias:**

- García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Lima: Editorial Adrus, p.45 -55.
- Arrarte Arisnabarreta, A.M. (2009). Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje, en Arbitraje. Lima: Palestra Editores, p. 209-234.

**Casos sugeridos:**

- Contenido de Laudo Arbitral.
- El Arbitraje en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje.
- Impugnación de Laudos arbitrales.

**UNIDAD IV : CONCILIACION**

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. La conciliación en las distintas áreas del derecho.</p> <p>1.1. La conciliación en las distintas áreas del Derecho.</p> <p>1.2. La audiencia de conciliación.</p> <p>1.3. Materias conciliaciones en la Conciliación La prueba anticipada</p> <p>2. Análisis del DL 1070 y las modificaciones a la ley de conciliación extrajudicial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conoce las distintas áreas del derecho en las que interviene la conciliación.</li> <li>• Analiza casos de conciliación extrajudicial.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Valora y estima la conciliación como mecanismo jurídico para la solución de conflictos.</li> </ul>

**Lectura Obligatoria:**

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

## V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

## VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales, lecturas obligatorias y lecturas sugeridas.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

## VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador

quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

## VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Torres, J.D. (2010). La Conciliación Extrajudicial y la Conciliación Judicial. Lima: Grijley.
- Arrarte Arisnabrreta, A.M. (2009). Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje, Lima: Palestra Editores.
- Barrera, A. (2013). "Estado y pobreza: La mediación de las organizaciones de la sociedad civil." *Kairos: Revista de temas sociales* 32.
- Briz, M.J. (2016). "El principio de buena fe en el proceso de mediación." *Revista de Derecho* 11.
- Bullard Gonzáles, A. "Art. 14° Extensión del Convenio Arbitral". Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Camus, P. C. (2014). "la experiencia de mediación familiar en Chile." *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 5, no. 2.
- Cantuarias Salaverry, F (2008). El Arbitraje ante el CIADI. El Arbitraje Comercial.
- Cantuarias Salaverry, F. (2009). "El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras". Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Convención de Nueva York de 1958. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Carbajal Valenzuela, Ch. y Paitan Contreras C. (2013). "Protección de Inversiones Extranjeras en América Latina y Arbitraje Internacional: La

Experiencia del Perú. Editorial Adrus.

- Cárdenas Mejía, J.P. (2008). “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. Universidad del Rosario. Legis.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2013). Contenido y forma del Convenio Arbitral. En: Derecho Arbitral. Frank García Ascencios (Director). Editorial Adrus.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2008). Nueva Ley de Arbitraje. Colaboracion y Control Judicial. Revista Oficial del Poder Judicial.
- Clay, T. (2012). “El Estatuto del Árbitro”. El árbitro. Colección Cátedra Bancolombia. Serie Arbitraje Internacional. Grupo Editorial Ibañez.
- Fariña, G. (2015). "El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial." *Revista de Mediación* 8, no. 2.
- Garaña Corces, J.M. (2015). Negociación Efectiva. Madrid: Esid Editorial, Madrid.
- Giannini, L.J. (2014). "Experiencia Argentina en la mediación obligatoria.(Argentinian Experience on Mandatory Mediation)." *La Ley* 5.
- Goziani, O.A. (2015). "La mediación y el arbitraje en Argentina: situación actual." *THĒMIS-Revista de Derecho* 43.
- Hakansson Nieto, C. “La Constitucionalización de la jurisdicción arbitral”. Arbitraje y Constitución. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 21. Palestra.
- Kundmuller Caminiti, F. y Rubio Guerrero, R. (2006). “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”. En Lima Arbitration N° 1, pág. 69-112 en <http://www.limaarbitration.net>
- Lebell, P. El Arte de la Negociación. Barcelona: Ediciones Ceac.
- Ledesma Narváez, M. “Ejecución de Laudos: Entre la Ley Especial y la Ordinaria”. Arbitraje y Constitución. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 21. Palestra.
- Ley Peruana de Arbitraje. Decreto Legislativo 1071.

- Mantilla Espinosa, F. (2008). “Los límites al consentimiento en el pacto arbitral”, Universidad del Rosario. Legis.
- Moreno Rodriguez, J.A. (2008). Orden Público en el Arbitraje: Alguno llamativos pronunciamientos en Europa y en el Mercosur. Artículo basado en la Ponencia presentada en el Congreso Peruano Internacional de Arbitraje.
- Reggirado, M. Una revision funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú. Revista Forsetti N° 1. Facultad de Derecho de la Universidad de Pacifico.
- Rubio Guerrero, R. “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley de Arbitraje Peruana”. Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 4 2010- 2011. Pág. 101-118. <http://www.limaarbitration.net>
- Santiestevan de Noriega, J. (2008). “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana. (D.L. N° 1071). Revista Peruana de Arbitraje. Agosto. Separata Especial.
- Santiestevan de Noriega, J. El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado. Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Separata Especial.
- Sequeira, B. (2016). "La mediación penal en Nicaragua." *Cuaderno Jurídico y Político* 1, no. 2.
- Soto Coaguila, C. Art. 13° Convenio Arbitral”. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Testa, G.M. (2014). "El Rol Social del Abogado Mediador." *Mediatio: mediación* 6.
- Wong Abad, J. M., La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo, Jurista Editores, Lima.

## **PRESENTACIÓN**

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecutará el Curso “Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos” en el marco de actividades del Programa de Formación de Aspirantes, que tiene por finalidad la formación de aspirantes a jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en cuatro unidades con los siguientes ejes temáticos: La negociación, El Arbitraje – Justificación Teórica, El Arbitraje-Laudos arbitrales y La Conciliación.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente curso el discente esté en mejores condiciones para conocer, comprender, desarrollar, aplicar y valorar los mecanismos para la resolución de conflictos aplicadas adecuadamente y de acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

## INTRODUCCIÓN

El curso Mecanismo Alternativos de Resolución de Conflictos tiene como objetivo fundamental presentar temas novedosos que permitirán a los discentes profundizar sobre algunos aspectos relativos al tema.

Así, la Negociación es más que el uso de una técnica, para prevenir o gestionar conflictos, una herramienta y una competencia que todo Magistrado debe desarrollar. En este sentido, para la aplicación de modelos o estrategias, es necesario conocerlos en su aplicación en casos concretos asumiendo un pensamiento estratégico para salir airoso en la resolución del conflicto.

La Negociación pareciera ser el mecanismo ideal para resolución de un conflicto. Sin embargo, hay algunos aspectos que la limitan, como por ejemplo la alta emotividad o componente afectivo en una situación conflictiva.

Por otro lado, se revisarán en este curso algunos temas interesantes en torno al Arbitraje, también mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que a partir del Decreto Legislativo 1071 nos muestra una serie de aspectos que deben revisarse y conocerse, como los motivos de abstención, recusación y remoción de Árbitros, entre otros. También se revisará el proceso arbitral como instrumento jurisdiccional, en el que además se tomará en cuenta el control arbitral de los actos administrativos, así como el proceso de nulidad de los laudos arbitrales, frente a una posible impugnación de éstos. Posteriormente se revisarán aspectos generales de los contenidos de laudos arbitrales, como la forma y la motivación que es un elemento formal esencial de los laudos.

Finaliza el curso revisando materias de la conciliación extrajudicial y también revisaremos la Conciliación en las Demunas, como una modalidad más a considerar en la generación de una cultura de paz. Como veremos, el curso en manera conjunta comprende aspectos conceptuales con determinados objetivos de aprendizaje y competencias que se adquirirán, así como también las lecturas recomendadas y la resolución de casos.

Setiembre, 2016.

## INDICE

Presentación.....	12
Introducción.....	13
<b>UNIDAD I: NEGOCIACIÓN.....</b>	<b>18</b>
Presentación y Preguntas Guía.....	19
1. Elementos básicos para una negociación exitosa.....	21
1.1. El Arte de negociar.....	21
1.2. El conflicto como oportunidad.....	24
1.3. Gestión del conflicto.....	26
1.4. La Negociación.....	26
1.5. Resultados.....	29
1.6. Tipos de Negociación.....	29
2. Estrategias de negociación.....	31
2.1. Estrategias distributivas.....	31
2.2. Estrategias integrativas.....	33
2.3. Características personales de la negociación.....	35
3. La Mediación.....	42
3.1. Caracterización del proceso de mediación.....	47
3.2. Fases de la mediación.....	49
3.3. Técnicas y habilidades de mediación.....	50

Resumen.....	53
Autoevaluación.....	55
Lecturas Propuestas .....	56
Casos Sugeridos .....	57
<b>UNIDAD II: ARBITRAJE – JUSTIFICACIÓN TEÓRICA.....</b>	<b>58</b>
Presentación y Preguntas Guía.....	59
1. Justificaciones del arbitraje.....	61
1.1. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	61
1.2. Teoría constructualista.....	62
1.3. Teoría jurisdiccionalista.....	62
2. Los árbitros.....	65
2.1. Derechos de los árbitros.....	65
2.2. Designación de los árbitros.....	69
3. Recusación de Árbitros.....	71
3.1. Recusación de árbitros en el DL 1071 .....	73
Resumen.....	78
Autoevaluación.....	79
Lecturas Propuestas.....	80

Casos sugeridos.....	81
<b>UNIDAD III: ARBITRAJES- LAUDOS ARBITRALES.....</b>	<b>82</b>
Presentación y Preguntas Guía.....	83
1. Arbitraje y Jurisdicción.....	85
1.1. La Prueba anticipada.....	85
1.2. Medidas cautelares en el arbitraje.....	92
2. Actividad impugnativa y laudos arbitrales.....	99
2.1. Nulidad de laudos arbitrales.....	99
2.2. Causales de anulación de laudos arbitrales.....	99
3. Ejecución del laudo.....	109
3.1. Aspectos principales en la ejecución de laudos.....	111
3.2. Procedimiento de ejecución de laudos.....	119
Resumen.....	129
Autoevaluación.....	131
Lecturas Propuestas.....	132
Casos Sugeridos.....	133
<b>UNIDAD IV. CONCILIACIÓN.....</b>	<b>134</b>
Presentación y Preguntas Guía.....	135
1. La Conciliación en las distintas áreas del derecho.....	137

1.1. La conciliación en las distintas áreas del derecho.....	137
1.2. La Audiencia de conciliación.....	142
1.3. Materia conciliaciones en la conciliación.....	143
2. Análisis de DL. 1070 y las modificaciones a la ley de conciliación.....	144
Resumen.....	150
Autoevaluación.....	151
Lecturas Propuestas.....	152

## UNIDAD I



## NEGOCIACIÓN

## PRESENTACIÓN

El conflicto está presente en toda relación humana y por lo tanto es una oportunidad para reorientar políticas, conductas, decisiones y en general todo aquello que permite superar obstáculos o retos y continuar con una convivencia pacífica en todo ámbito del ser humano.

El conflicto, requiere ser gestionado acertadamente con el fin de lograr objetivos a partir de criterios o herramientas, que se convierten en técnicas para enfrentar los conflictos. La integración, la distribución y la coerción, son técnicas eficientes para lograr fijar posiciones y resolver conflictos de manera eficiente y eficaz.

El proceso negociador, señala Garaña, se compone de determinadas variables, lo que sucede es que a veces se argumenta más que se negocia, debido a que es una lógica tradicional al abordar el conflicto. Lo ideal es usar la lógica profesional para gestionar el conflicto. En el ámbito empresarial, y en general en cualquier escenario, existen posiciones entre las partes en conflicto que, como dice el autor mencionado, generan los mismos efectos, que si se tratara de una negociación entre trabajador y empleador, por ejemplo. Buscar el beneficio mutuo es fundamental, es el secreto para que el proceso negociador sea un éxito. Por encima de los objetivos, deben estar los intereses, las necesidades y hasta la historia de vida relacional de los que se confrontan. Por eso no será posible negociar un aumento de sueldo, si el trabajador se siente constantemente presionado por un jefe que exige más de lo que puede dar, puesto que primero deberán plantearse objetivos comunes, definir roles, marcar territorios. Luego podrá negociarse.

Un proceso de negociación es necesariamente un proceso de intercambios, principalmente de información, razón por la cual, la comunicación es muy importante. Saber comunicar, poder expresar ideas con claridad, incluso expresar sentimientos si es necesario, con la finalidad de centrarse luego en aquellos objetivos en común.

La negociación es un arte, requiere de un constante aprendizaje de técnicas, estrategias, y de poner éstas en práctica.



## PREGUNTAS GUIA

1. ¿Cuál es la diferencia entre resolver un conflicto y gestionar un conflicto?
2. ¿Cuál es la relación entre la tensión y la gestión de un conflicto?. Explique los tres tipos.
3. ¿Cuáles son las características del método integrador o negociación integrativa, para aplicar en una Negociación?
4. ¿Cuáles son los otros métodos de negociación y cuáles un par de características de éstos?
5. Haga una descripción de las variables que intervienen en un proceso de Negociación de acuerdo a la propuesta de Garaña Corcés, José.
6. ¿Cuáles son las cualidades que debe tener un buen negociador?
7. Prepare el esquema con las seis etapas de un proceso de negociación, como lo propone Pierre Lebel en su obra el Arte de la Negociación.
8. ¿Cuáles serían las condiciones previas para una adecuada negociación?. Tome en cuenta la lectura de Pierre Lebel.

## I. NEGOCIACIÓN

### 1. Elementos básicos para una Negociación exitosa.

#### 1.1. El Arte de Negociar.

Constantemente negociamos, en todo ámbito o escenario, es necesario negociar. Se considera que se negocia especialmente cuando existe una diferencia o conflicto entre dos posiciones o partes distintas, sea porque tienen opiniones divergentes o simplemente porque no se ponen de acuerdo. Las partes en ciertas ocasiones discuten sobre la base de estos desacuerdos o simplemente prefieren procurar un acuerdo, antes de continuar con la confrontación. Una negociación es una decisión a ser tomada en un contexto de alto riesgo, por lo que negociar exige reunir información y generar credibilidad. Se apoya en la razonabilidad, en el pensamiento estratégico y en la búsqueda de resultados, lo que potencialmente permitiría ganar sin perjudicar al otro.<sup>1</sup>

La negociación es una actividad compleja y a la vez competitiva, se combinan los elementos interpersonales y racionales en medio de las cuales se deben elegir alternativas bajo tensión. Algunos escenarios, en los que se comparte con personas más cercanas como los amigos o la familia, es un poco más sencillo poder negociar, ya que de manera natural uno cede o busca puntos de encuentro con más facilidad.

Negociar implica un proceso a través del cual, se detectan las tensiones propias de un conflicto y a la vez se exploran oportunidades, se amplían los recursos y se resuelven diferencias de situaciones concretas, obteniéndose beneficios que no es posible lograr por sí solo. Cuando se habla de negociar, la reacción por lo general genera temor, si se obtiene un acuerdo se asocia a una flaqueza o incluso al abandono de posiciones o principios.

Es sabido que la discrepancia dentro de un grupo no es necesariamente obstáculo para la ejecución o el desempeño en la tarea que se esté realizando.<sup>2</sup> Los conflictos interpersonales o intergrupales pueden mejorar más que obstaculizar un logro individual, o las decisiones del grupo.

---

<sup>1</sup> ALTSCHUL, Carlos, Dinámica de la Negociación estratégica, Ediciones Granica, México, p.15

<sup>2</sup> MUNDUATE JACA, Lourdes, Gestión del conflicto, Negociación y Mediación, Ediciones Pirámide, Madrid, 2013. p.31

Por tanto, en situaciones en las que se reprime la discusión, a veces es recomendable intensificar el conflicto.<sup>3</sup>

Las relaciones entre las partes se presentan de distintos modos y la negociación es solo una de tantas formas de relacionarse entre individuos, es probablemente la más civilizada. Walton y McKersie<sup>4</sup> distinguen cinco modalidades de este tipo de relaciones:



**Colusión**, cuando las partes se ponen de acuerdo para perjudicar a un tercero, es decir de componendas en las que se pacta algo que beneficie a las partes pero que serán nefastas para quienes no estén advertidos de esto. La relación es colaborativa y tiene un alto potencial destructor, especialmente si actúan sobre las leyes y se saben potencialmente peligrosos. Aquí las partes manipulan y delinearán tácticas y estrategias con el objeto de defraudar o debilitar la posición de terceros. La colusión es sancionable comercialmente y hasta judicialmente.

Otra alternativa es la **relación conflictiva** en la que las partes defienden intereses con vehemencia y logran sus objetivos, mientras que evitan que la otra parte logre algún beneficio. Se distinguen por las actitudes prepotentes

<sup>3</sup> VAN DE VLIERT, Evert, DE DREU, Carsten, El conflicto en las Organizaciones, La Optimización del rendimiento mediante la estimulación del conflicto, Ediciones Pirámide, Madrid, p. 31

<sup>4</sup> Citados por ALTSCHUL, Carlos, op.cit.p.17

o agresivas. La motivación es competitiva e impera la desconfianza, además del uso de dilaciones, artilugios y prevalece el antagonismo. En este proceso se asumen posiciones irracionales e incluye actitudes e intromisiones en la actividad del otro. En una empresa, se da este tipo de relaciones en conflicto cuando existe una disputa constante para obtener el control de poder o de un área o incluso de un negocio. En estas situaciones, podría apelarse a una instancia superior, con mayor autoridad para que invite a una conciliación de intereses.

También está la **aceptación a medias**, cuando prevalece el antagonismo y las partes recurren a exhibiciones de fuerza y cada acto es analizado como ejemplo de intencionalidad manifiesta. Las partes se tratan con suspicacia. Se asemeja a la relación de funcionario en una empresa, que se siente exigido en sus resultados, sin embargo, aguanta pero si pudiera o tuviera la libertad de hacerlo, elegiría otro trabajo, pero debe permanecer en esa relación, a regañadientes.

También existe la **relación acomodación** cuando las partes aceptan la existencia de otro u otros, que se reconocen con un fin común y maniobran de tal manera que maximizan sus beneficios sabiendo que el otro mantendrá los suyos. Ocurre entre quienes comparten un terreno colindante, en el que aceptan que cuentan con el otro y deben tenerlo en cuenta para sus proyectos futuros, sin desprenderse de lo propio. Existe cierto respeto entre las partes, sin inmiscuirse en el universo del otro, el nivel de confianza se sustenta en la observación atenta y por lo general se llevan bien.

Se habla de una **relación de acuerdo cooperativo**<sup>5</sup> cuando se acepta la legitimidad del otro y se reconoce que coexistirán elementos competitivos y colaborativos en el vínculo: las partes se preocupan tanto de lo mediato como de lo inmediato y se proponen avances a partir de intereses comunes. Se instituyen códigos de convivencia y se sabe que siempre hay un retorno. Los actores toman tiempo para informarse, e incrementar el valor asociativo. Hay un interés en sacar adelante proyectos comunes, se respetan y surgen relaciones de consideración, se establecen mecanismos de intercambio y se generan condiciones para desarrollar pautas orientados al logro de objetivos. Se aprende de la experiencia. En estas condiciones por fin se

---

<sup>5</sup> ALTSCHUL, Carlos, op.cit. p.20

instala una *negociación*.

## 1.2. El conflicto como oportunidad

Las partes en conflicto o terceras partes implicadas pueden estimular el conflicto para conseguir un rendimiento óptimo a corto plazo o como parte de un largo plazo. El impacto de la estimulación del conflicto puede ser positivo o negativo en función de las circunstancias específicas del mismo, es decir las circunstancias en las que se desarrolle el conflicto pueden potenciar las consecuencias de la estimulación de éste. Analizamos tres variables moderadoras: tipo de conflicto, nivel de tensión y la interdependencia de las metas.<sup>6</sup>

Distinguimos entre los conflictos orientados a la tarea de los orientados a la emoción y es debatible que no exista conexión entre uno y otro. Raramente existen conflictos puramente de tarea o puramente relacionales. Un conflicto puede definirse como la experiencia tanto de desacuerdo cognitivo como de tensión afectiva y la intensificación de éste puede convertir los conflictos de tarea en uno de identidad o de emoción. Por ejemplo colegas de trabajo que aspiran a la misma posición directiva se pueden implicar tanto personalmente en un conflicto que comiencen a obstruirse también entre ellos en otros aspectos.

Con respecto a la tensión, se afirma que puede haber demasiada o muy poca tensión cognitivo-emocional en vez de la necesaria para obtener un buen rendimiento. Esta idea tiene su origen en la ley de Yerkes y Dodson, quienes plantean una relación en forma de U invertida entre la intensidad de las necesidades y el éxito en las tareas, independientemente de las complejidades de las mismas. La capacidad de un individuo para el pensamiento complejo y efectivo se altera de forma curvilínea a medida que el nivel de tensión se incrementa. Consecuentemente, la habilidad máxima de un grupo para adquirir un compromiso o solucionar un conflicto está presente con un moderado nivel de tensión.<sup>7</sup>

Walton distinguía tres niveles de tensión en un conflicto: bajo, moderado y alto, con efectos diferentes en la utilización de información y en los resultados del proceso de gestión del conflicto. Conflictos con un bajo nivel

---

<sup>6</sup> MUNDUATE JACA, Lourdes, Op. Cit. P.35

<sup>7</sup> MUNDUATE JACA, Lourdes, Op. Cit. P.35

de tensión conducen a las partes a la inactividad y la evitación, a descuidar la información, y a la consecución de una baja ejecución, ya que no se percibe la sensación de urgencia ni la necesidad de actuar con determinación. En el caso de un moderado nivel de tensión, las partes buscarán e integrarán una mayor información, considerarán un mayor número de alternativas y experimentarán un impulso más fuerte por mejorar la situación. Los conflictos en los cuales existe un alto nivel de tensión reducen la capacidad para percibir, procesar y evaluar la información. Esto produce interacciones agresivas y defensivas que tienen como resultado consecuencias menos eficaces o totalmente destructivas.

En conjunto, los conflictos de muy alta o muy baja intensidad tienen tendencia a dañar más que a beneficiar a las partes, mientras que los conflictos moderadamente escalados benefician a las partes. En definitiva, si existe un bajo nivel de tensión, se requerirá de una limitada estimulación del conflicto para mejorar la ejecución. En conflictos moderadamente escalados es mejor iniciar la negociación o la mediación si se quieren asegurar resultados de calidad. Finalmente, si el nivel de tensión es muy elevado, puede optarse por no actuar temporalmente o realizar alguna concesión para mitigar a intensidad del conflicto.

Con relación a la interdependencia de las metas, podemos mencionar que si se contrastan la oposición entre amigos y la oposición entre enemigos, los primeros manejan sus conflictos constructivamente porque se encuentran unidos, y porque tienen interés en no romper vínculos; mientras que los enemigos manejan sus conflictos destructivamente porque tienen intereses opuestos y porque no tienen ningún estímulo para mantenerse unidos.

Un conflicto puede tener consecuencias constructivas o destructivas dependiendo de si las partes perciben interdependencia positiva entre el logro de sus respectivos objetivos. La gente persigue sus metas mediante el despliegue de actividades, de forma que un conflicto surge tan pronto como las partes perciben que sus actividades son mutuamente incompatibles, y los resultados se mostrarán constructivos o destructivos dependiendo de la relación existente entre sus respectivas metas. En caso de interdependencia, las partes implicadas subsisten o fracasan juntas. Ejemplos típicos de interdependencia positiva son ciertas crisis que únicamente pueden resolverse con esfuerzo mutuo, como una catástrofe natural, otro ejemplo son los desacuerdos laborales dentro de un clima general de trabajo en equipo.

### 1.3. Gestión del Conflicto.

En general, el conflicto puede tener consecuencias positivas y negativas para la dinámica de las organizaciones. Hay que distinguir lo que significa resolver un conflicto y gestionar un conflicto. Resolver un conflicto implica la reducción, eliminación o finalización del mismo, sin embargo, gestionar un conflicto implica diseñar estrategias para minimizar las disfunciones del conflicto y maximizar sus aspectos positivos, con el fin de incrementar la efectividad organizacional.

Hay determinados conflictos que deben ser evitados tan pronto como aparezcan, mientras que, en otras circunstancias, es necesario incentivar el conflicto para que el resultado del equipo de trabajo tenga una calidad aceptable.



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

### 1.4. La Negociación.

Cuando dos personas tienen diferentes percepciones acerca de un determinado tema, aspecto o problema y se necesitan mutuamente para solucionarlo, hablamos de la existencia de un conflicto. Existen diferentes medios de gestionar o resolver un conflicto, cuando las partes desean mantener o continuar la relación. De este modo, éstas pueden intentar gestionar el conflicto de forma individualizada, conjuntamente o recurriendo a un tercero. Una de las partes puede optar por gestionar el conflicto individualmente a) sea atacando al adversario, b) bien aceptando las propuestas o demandas del adversario o c) negociando tácitamente, es

decir, tomando posiciones ante el adversario sin mediar ningún tipo de enfrentamiento.

Las partes pueden también intentar gestionar sus conflictos de forma conjunta, sin recurrir a una tercera parte que facilite dicho proceso, y en este caso estamos frente a la negociación. Así la negociación puede ser definida como una discusión entre dos o más partes que desean resolver intereses incompatibles. La negociación no difiere en función de la participación de terceras personas, no obstante, sí difieren las características del proceso negociador. Con mediador o sin él, las partes que negocian son las mismas, la única diferencia es que hay una tercera parte neutral interviniendo en la situación.

La conciliación y la mediación parecieran dos situaciones similares, sin embargo, ideológicamente son distintas. La conciliación hace referencia a la reunión de las partes en unas circunstancias y un ambiente propicio para llegar a un acuerdo. El conciliador es un facilitador de la comunicación entre las partes en conflicto. El papel del mediador es más activo, ya que tiene el poder de plantear propuestas, intervenir en las discusiones y realizar sugerencias con la finalidad de llegar a un acuerdo. Ambos procesos tienen el común el hecho de que son los negociadores los que toman la decisión última y llegan al acuerdo. Conciliador y mediador son únicamente agentes facilitadores de procesos, y no intervienen directamente en la negociación, aunque el mediador pueda ejecutar un papel más activo que el conciliador.

La Negociación es una actividad habitual en el ser humano, la cual es utilizada con cierta frecuencia en las relaciones laborales, en las transacciones comerciales, en las relaciones internacionales y en general en las actividades cotidianas.

El conflicto, tiene costos altos, sino se requiere de abogados, implica tiempo, energía, relaciones o vínculos personales y emocionales, presupone desgaste de salud y otros riesgos, pero sobretodo hay un consumo de oportunidades, se pierde mucho por dedicarse a resolver un conflicto. Los aspectos positivos son los bienes, principios y posiciones que defendemos, relaciones que se mejoran, los cambios positivos en tareas, objetivos, y algunas metas que se cumplen a partir de acuerdos.

Todas las situaciones de negociación poseen una serie de características comunes:

1. Hay dos o más partes implicadas
2. Aparece un conflicto de intereses subyacente
3. Existe una cierta relación de poder entre las partes.
4. Existe voluntad de llegar a un acuerdo.
5. Se produce un proceso sistemático de ofertas y contraofertas.
6. En las negociaciones existes aspectos tangibles e intangibles

Las negociaciones internacionales, laborales y cotidianas son diferentes en su complejidad, en el número de partes implicadas y en los temas sobre los que se discute, sin embargo todas ellas siguen un curso de acción semejante, y en todas ellas las partes desean, satisfacer sus necesidades e incrementar su satisfacción y su bienestar.

El establecimiento de fases o etapas en el proceso de negociación es una tarea compleja: hay una fase de preparación en la que las partes deben planificar algunos aspectos como metas y objetivos, un plan estratégico, y preparar una posible alternativa si hay ruptura en las negociaciones. Luego viene una fase de antagonismo, en la que las partes ponen sobre la mesa su nivel máximo de aspiraciones, con el objetivo de confirmar al oponente la firmeza de sus posiciones. Luego viene la fase de aceptación del marco común, en el que las partes deben decidir si adoptan una postura competitiva, de colaboración o de cesión unilateral. Dado que la meta de ambas partes es lograr un acuerdo, se pueden acercar posiciones siempre que se perciban señales de reciprocidad por parte de los elementos en conflicto.

Posteriormente hay una fase de presentación de alternativas, en la que se materializan las ofertas y contraofertas a la otra parte, hasta que se acercan posiciones que permiten el acuerdo definitivo.

Finalmente hay una fase de cierre, en la que una vez cercanas las posiciones y expuestos los acuerdos alcanzados, se da por concluida la negociación.

### **1.5. Los resultados.**

Un conflicto o una negociación pueden finalizar de diversas formas: a) en una victoria para una de las partes, b) en un punto muerto, c) en un acuerdo integrativo, d) en un acuerdo de compromiso donde cada una de las partes cedan un poco en sus intereses o demandas iniciales.

Las soluciones integrativas son las más deseadas por los negociadores porque son más estables y duraderas en el tiempo y permiten que las partes en conflicto estén más satisfechas. Dichas soluciones surgen cuando la negociación se desarrolla en un contexto integrador. Una buena solución permite satisfacer los intereses colaterales de las partes en conflicto. No obstante, en la mayor parte de las circunstancias, la optimización de los recursos disponibles no permite conjugar los intereses de ambas partes.

La negociación que finaliza en un estancamiento tiene efectos muy negativos en los negociadores, disminuyen su confianza y deterioran las relaciones con el adversario, disminuyendo por consiguiente la posibilidad de que tengan éxito futuros encuentros negociadores.

La negociación también deja otros resultados menos tangibles que los anteriores, las relaciones existentes entre las partes, la posibilidad de que deseen seguir manteniendo relaciones en un futuro, la satisfacción con el proceso desarrollado, con el comportamiento del adversario o con los resultados conseguidos, son aspectos que es necesario considerar en una negociación.

### **1.6. Tipos de Negociación.**

Existen dos tipos básicos de negociación, que dependen del método que se tome en cuenta: la negociación distributiva y la negociación integrativa. La distinción tiene su origen en el trabajo de Walton y McKersie sobre la negociación colectiva. En la negociación distributiva los resultados de las partes se hallan inversamente relacionados, de forma que si una de las partes gana, la otra pierde. Este tipo de negociación suele aparecer cuando se tratan aspectos cuantificables como deudas, remuneraciones, etc. o cuando se negocia un solo elemento. Si se debe 10 y se acepta pagar 7,

alguien pierde 7.

En la negociación integrativa los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados, de forma que es posible que todas las partes puedan salir beneficiadas del proceso negociador. El objetivo de la negociación es la distribución óptima de los recursos. Se suele dar este tipo de negociación en aspectos no cuantificables, como la calidad, el clima laboral, o cuando se negocian diferentes elementos, donde cada una de las partes tiene distintos intereses.

Muchas negociaciones no son claramente integrativas ni distributivas, sino una combinación de ambas. En estas situaciones mixtas, donde los negociadores deben decidir en cada momento si competir o colaborar con la otra parte, es muy complicado para los negociadores comportarse de forma sistemática o estratégica. Así, revelar abiertamente los intereses al adversario puede facilitar la consecución de un acuerdo integrativo, pero puede ser peligroso si la otra parte actúa de forma competitiva. Por este motivo, las relaciones previas, positivas o negativas, entre los negociadores, la dinámica que se establece durante el proceso negociador, y el deseo de continuar manteniendo las relaciones una vez finalizada la negociación, pueden facilitar o perjudicar los acuerdos integrativos.

Algunas negociaciones se caracterizan por ser transacciones entre recursos que controlan las partes. Por ejemplo, entre una vendedora y un comprador, las partes se intercambian un producto o un servicio a cambio de una suma de dinero, y la negociación consiste en establecer las condiciones del intercambio, es decir, la cantidad de dinero a cambio de una cantidad de producto o de servicio. Otras negociaciones se caracterizan porque una de las partes realiza una petición que no es aceptada por la otra parte.

La diferencia esencial entre una transacción y una disputa reside, en primer lugar, en que en una disputa se encuentran más implicadas las emociones de las partes, y a los aspectos en disputa se añaden las emociones de las partes. En las disputas las personas se encuentran dolidas, molestas, humilladas, enfadadas, etc. y esta situación añade una tensión adicional relevante a la negociación, que es preciso atender antes de entrar a tratar los aspectos en disputa.

## 2. Estrategias de Negociación.

Las principales estrategias de Negociación pueden ser básicamente distributivas o integrativas, a continuación un breve espacio para ambas.

### 2.1. Estrategias distributivas.

La dimensión distributiva o de ganar-perder es aquella en la que las partes tratan de obtener lo más ventajoso posible para sus respectivos intereses. Para esta parte de la negociación frente a frente, las partes utilizarán los recursos disponibles y sobre los que han estado trabajando en la preparación de la negociación. Toda esta fase de negociación, desde que se realiza la oferta de apertura hasta que se logra un acuerdo mutuamente aceptable, se parece a lo se denomina el baile de la negociación, porque cada movimiento de oferta-contraoferencia tendrá que ir adaptándose a los movimientos de la otra partes, para lograr un buen acuerdo.

La primera estrategia que propone el autor para maximizar los resultados en la negociación, consiste en planificar la oferta de apertura. Los aspectos esenciales de ésta, se refieren a que tendrá que ser elevada –notoriamente alejada del punto de resistencia. Tácticamente, todos los movimientos hacia un posible punto de acuerdo se realizan a partir de dicho referente y no desde el punto medio o de resistencia. El punto de resistencia se considerará como referente sólo en dos ocasiones durante el proceso de negociación: primero, en la preparación, antes de comenzar la negociación, y segundo, sólo antes de un posible abandono de la mesa de negociación, para consultar la última carta a jugar en dicha negociación.

En muchos casos, el acuerdo de negociación se encuentra a medio camino entre las dos ofertas iniciales de las partes. Por esto, resulta relevante no realizar la primera oferta, ni los movimientos posteriores, considerando como referencia el límite, ni siquiera considerando la denominada zona de negociación, ya que se habrá concedido un precioso terreno de negociación.

Otra estrategia sería respetar el ritual de la negociación, es decir, significa regatear, por lo tanto la apertura ha de ser elevada, más elevada de lo que se espera conseguir, como lo confirma lo que se ha definido como el efecto psicológico. Nadie al que le aceptan la primera oferta, piensa: “Qué

suerte he tenido” “Qué rápido lo he conseguido”, sino todo lo contrario: “Me he equivocado” ¡Seguro que podría haber sacado mucho más!”.

La base de este proceso de tender a aceptar con más agrado el resultado de un acuerdo logrado mediante concesiones de todas las partes involucradas, reside en la norma de la reciprocidad. Un acuerdo es el resultado de la generosidad de todas las partes implicadas en un conflicto de intereses.

Realizar la primera oferta, si se tiene buena información, es otra estrategia interesante. Se tiende a proponer que es mejor dejar que la otra parte haga la primera oferta, porque es un medio de conseguir información sobre la situación y las aspiraciones de la otra parte. Dicha propuesta tiene sus ventajas e inconvenientes. La ventaja reside, en que si nuestra información es pobre, dicha estrategia permite información relevante, por el contrario, la desventaja estriba en que la primera oferta tiende a anclar la negociación con un importante punto de referencia.

Deslegitimar una oferta inicial desmesurada, también puede ser una estrategia importante. La apertura con una oferta desorbitada genera la alternativa de tratar de desbancarla. Con dicha discusión, las partes entran a legitimar la oferta, a pesar de que el deseo inicial de una de las partes fuese precisamente la contraria.

Desarrollar la reciprocidad, es decir la tendencia a compensar a los demás por lo que hemos recibido de ellos, es un valor que se puede generalizar a muy diversas situaciones y culturas. En el marco de la negociación es casi universalmente aceptada la concepción de que la negociación es movimiento y que las partes han de ir dispuestas a abandonar sus peticiones iniciales, en aras de un acuerdo.

Las partes intentarán de que dicho acuerdo maximice sus intereses, y por lo tanto se centrará en la zona de negociación. Una estrategia fundamental para maximizar los propios resultados en este proceso de ajuste y avance hacia el acuerdo, consiste en que los movimientos se realicen bilateralmente, es decir, una parte se mueve si la otra también lo hace. Técnicamente se llama a esto desarrollar la reciprocidad como estrategia distributiva.

También centrarse en los intereses y alejarse de las posiciones, resulta muy útil. Ha sido analizada por Fisher, Ury y Patton, consiste en centrarse en los términos de lo que se desea conseguir en la negociación y no aceptar explorar las posibles dimensiones de dichos términos. Esta estrategia, permite a las partes poner sobre la mesa sus necesidades reales, que son las que se tratan de satisfacer, precisamente, mediante las posiciones adoptadas. La diferencia entre una posición y un interés radica, en que distintas posiciones pueden satisfacer un mismo interés.

Por otro lado, separar a las personas de los problemas, es una estrategia también desarrollada por los mismos autores de la anterior, consiste en centrarse en los problemas y alejarse de la mención directa de las personas implicadas. Se orienta a evitar la dificultad de tomar aspectos personales de las partes. Se propone la práctica de ser “duros” con los problemas y “suaves” con las personas. Si las partes se sienten personalmente heridas, tratarán de responder con la misma arma, con lo que se puede activar la espiral de agresiones personales y enconarse gratuitamente la negociación, esto a pesar de su posible potencial para el acuerdo. Son útiles herramientas para el desarrollo de esta estrategia: salvar la imagen, ganar tiempo para recapacitar y no abusar de la victoria y finalizar amistosamente.

## **2.2. Estrategias Integrativas.**

La negociación de ganar-ganar es una bonita idea que a veces es mal entendida, en muchas ocasiones muy poco empleadas. La negociación integrativa o de ganar-ganar, es aquella en la que se han explotado todas las oportunidades creativas y no se han dejado recursos sobre la mesa. La existencia de un potencial integrativo no significa un fácil descubrimiento y empleo del mismo, sino todo lo contrario. Se requiere de un duro trabajo para crear oportunidades integrativas.

A continuación las estrategias desarrolladas a partir de éstas:

- Crear confianza y compartir información, especialmente para crear un acuerdo integrativo, para esto se atenderán aspectos relacionados al propio proceso, como procurar crear un buen clima y realizar preguntas de diagnóstico a la otra parte.

- Crear un clima distendido, y tratar de mantenerlo a lo largo del proceso es un objetivo básico para crear valor en la negociación. Un modo de facilitar el buen clima para comenzar la negociación consiste, por ejemplo, en empezar por un tema ajeno al de la negociación en curso, que relaje la situación, bien preguntando por el tema de interés para la otra parte, o bien utilizando el humor.
- Realizar preguntas a la otra parte, una táctica ventajosa para lograr compartir información consiste en hacer preguntas a la otra parte sobre sus preferencias y prioridades: preguntar, preguntar, preguntar. Por muy elemental que parezca, un error habitual en la negociación consiste en no emplear una técnica tan simple y sencilla. Una parte negociadora que pregunta a las otras sobre sus preferencias, tiene muchas más posibilidades de lograr acuerdos integrativos que otra que no hace lo mismo.
- Detectar diferencias en las prioridades de las partes, es el medio fundamental para conseguir crear valor constante, así como detectar diferencias en las prioridades de las partes, sobre los distintos aspectos a negociar, y en intercambiar recursos siguiendo dichas preferencias.
- Identificar todos los puntos a tratar y añadir nuevas cuestiones, identificar las posibles alternativas para cada uno de los puntos, identificar paquetes de ofertas, realizar varios paquetes de ofertas simultáneamente, analizar la importancia relativa de las diversas cuestiones, son todas estrategias que permiten detectar diferencias en las prioridades de las partes.
- Negociar el paquete de ofertas en su conjunto, es pertinente, muchos negociadores tienen el error de negociar cada punto por separado y esto no permite realizar intercambios entre diversos asuntos. Invertir en las diferencias significa que cada parte analiza y contrasta las preferencias sobre los diversos asuntos sobre la mesa, y el intercambio se realiza consecuentemente en base a dichas preferencias.
- Acordar preacuerdos se aleja en parte de la propuesta con anterioridad de negociar el paquete de ofertas en su totalidad. Dicha estrategia, propuesta especialmente para negociaciones muy complejas, consiste en establecer previamente algunos acuerdos que

puedan favorecer la negociación posterior. En realidad se trata de abordar los asuntos menos difíciles, de todos los pendientes por resolver.

- Buscar acuerdos posteriores al acuerdo, como estrategia final, es muy positiva para ampliar los recursos disponibles una vez logrado el acuerdo final, así las partes aceptan dedicar un tiempo adicional a explorar posibles mejoras al mismo. Entre las razones que permiten mejorar la calidad de un primer acuerdo se encuentra la ventaja de no estar presionados por lograr un acuerdo, el humor, la amistad que se aconsejan para finalizar la negociación pueden resultar de ayuda para explicar la eficacia de esta estrategia.

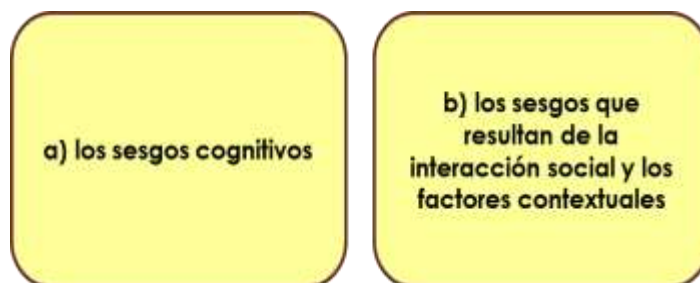
### **2.3. Características personales de los negociadores.**

Partimos de la premisa que el negociador es alguien que analiza la situación, procesa información y comete errores también, estos errores por lo general generan ciertas tendencias al analizar la información, que le impiden analizar todas las posibilidades que la situación presenta. Estas tendencias se denominan sesgos. Un sesgo es una fuente de error que ocurre cuando el sujeto realiza una tarea cognitiva, bien por sí solo o en interacción con otros sujetos. Algunos ejemplos de estos sesgos son:

- Comprometerse con una decisión tomada inicialmente, aunque ya no sea la opción más ventajosa.
- Hacer juicios basándose en información inadecuada, como por ejemplo la información inicial de la otra parte.
- Confiar de manera excesiva en las posibilidades que tiene de obtener resultados muy favorables.
- Confiar excesivamente en la información más accesible y superficial, ignorando datos más precisos y pertinentes.
- Suponer que lo que se gana se obtiene a expensas de la otra parte.
- Verse influido por el modo como se presenta la información.

Estos errores limitan a los negociadores a obtener acuerdos beneficiosos o que incluso la situación sea peor tras la negociación que antes de la misma.

Citando a Duffy podemos distinguir dos tipos de sesgos que resultan de la interacción social y los factores contextuales:



Los primeros son una consecuencia de la imposibilidad de cualquier persona para manejar toda la información disponible acerca de un tema. Un negociador no puede la capacidad cognitiva suficiente para manejar toda la información, verbal y no verbal, disponible sobre el adversario, sus intereses, su margen de maniobra. Dado que nuestra mente no es capaz de abarcar todo, se hace necesaria la utilización de estrategias mentales que simplifiquen su manejo.

#### **a). Sesgos cognitivos.**

Autores como Kahneman, premio nobel de economía del 2002, reveló que cuando procesamos la información relevante para la toma de decisiones en nuestras vidas diarias, no nos regimos por reglas matemáticas, racionales o estadísticas. Por el contrario, aplicamos una serie de reglas intuitivas muy simples que suelen producir resultados similares a los que producen los modelos formales, basados en la estadística o la probabilidad. Sin embargo, en otras ocasiones la utilización de estas reglas intuitivas ocasiona sesgos sistemáticos, que pueden conducir a errores.

La representatividad se basa en que la persona establece la probabilidad de un evento en función del grado en que se aparece, en sus propiedades esenciales, a la categoría a la que pertenece, es decir a su representatividad. Como ejemplo podemos considerar: ostentar un cargo de representante estudiantil, de gobierno, alcalde, jefe. La persona basa su juicio en un estereotipo del grupo, éstos por lo general son erróneos.

Al evaluar la información disponible prestamos más atención a unos elementos de la misma que a otros. A esto se refiere la accesibilidad de la

información, es decir a la posibilidad de que un determinado conocimiento esté disponible en la memoria. Algunos acontecimientos nos resultan fácil activarlos, otros nos resultan más difíciles, y algunos es simplemente imposible recordarlos. Es preciso que para la negociación, la información no influya negativamente en la capacidad de analizar la situación de negociación. Los negociadores deben recurrir tanto a las experiencias pasadas como a la información existente para evaluar las diferentes opciones disponibles, teniendo en cuenta que es necesario utilizar una información confiable, y no sólo la más accesible.

Por otro lado, el anclaje, es decir detenerse a partir de una información o hecho, no permite continuar con la negociación, es necesario gestionar éste y también considerar el del oponente e identificarlos durante las primeras fases de la negociación.

Por otro lado, la tendencia a percibir correlaciones entre eventos que no están asociados entre sí, puede ser un sesgo que no facilita una correcta negociación, ocurre porque las personas nos inclinamos a relacionar informaciones diferentes que han sido presentadas simultáneamente. Se trata de una visión estereotipada de nuestro interlocutor que se ha establecido entre hechos concretos, como la nacionalidad, hábitos, etc.

Otro sesgo cognitivo es la confianza excesiva, tanto en nuestras capacidades como habilidades para hacer determinadas cosas o para que ocurran determinados eventos, principalmente positivos. La tendencia a la confianza excesiva es habitual en diferentes facetas de la vida. Estimamos con demasiado optimismo la agenda de trabajo diario o el tiempo que tardaremos en realizar un determinado proyecto. En la negociación existe también esa tendencia.

#### **b). Sesgos derivados de la interacción social.**

Algunas personas tendemos a sobrestimar el grado de nuestras posiciones o conductas y la de los demás, teniendo como consecuencia juicios o decisiones sesgadas. A esto se denomina falso consenso, sugiere que los casos de similitud o acuerdo entre las personas y los demás se recuperan o recuerdan con mayor facilidad que los disímiles o en los que no existe acuerdo. El mecanismo motivacional destaca que la percepción de similitud entre uno mismo y los demás puede estar motivada por necesidades personales. Algunos estudios demuestran que esta postura

produce múltiples beneficios, tales como aumentar la percepción de apoyo social, mantener la autoestima y el equilibrio cognitivo y reducir la posible tensión asociada a las interacciones sociales. Es imprescindible el estudio y análisis de cada una de las partes a fin de conocer y comprender la interacción entre las mismas. Normalmente tendemos a ver a los negociadores de la otra parte de forma negativa, aspecto que no ayuda en absoluto y que tiende a generar más conflicto.

El pensamiento grupal es un fenómeno utilizado como una de las posibles explicaciones de grandes fracasos históricos, como la explosión del Challenger. Este fenómeno según Janis, ocurre en grupos altamente cohesionados formados para tomar una decisión muy importante y muy compleja.

Por otro lado, la polarización grupal es el fenómeno que ocurre cuando la posición que mantiene la mayoría de los miembros de un grupo sobre un tema determinado se intensifica como resultado del debate o discusión. Es decir, si inicialmente, los miembros de un grupo están a favor de cierta preferencia, la discusión grupal aumentará la favorabilidad de esa preferencia a nivel individual. Las decisiones de los grupos tienden a ser más extremas. Este sesgo es contrario a la creencia popular, que considera que los grupos son relativamente conservadores y poco inclinados al riesgo y las posiciones extremas.

Hay dos casos de polarización grupal:



El primero tiene lugar cuando la posterior decisión de un grupo es más arriesgada que el promedio inicial de las decisiones individuales de los miembros. El cambio hacia la precaución ocurre cuando la decisión del grupo evidencia una mayor aversión al riesgo que los promedios de las anteriores decisiones individuales de los miembros. En ambos casos, la

respuesta global del grupo es más extrema que la que tenían los miembros del grupo antes de comenzar la discusión.

Por último tenemos el sesgo de escalada del compromiso. Generalmente las personas nos comportamos de forma muy poco coherente con nuestros intereses. El negociador en estos casos se ve inmerso y puede llegar a invertir una gran cantidad de tiempo o de recursos, comienzan la interacción intentando obtener muchos beneficios y suelen finalizar deseando no perder lo ya invertido. Este fenómeno ha sido explicado por la teoría de la disonancia cognitiva y de la teoría de la perspectiva. La escalada del compromiso es un intento de hacer aparecer racional una decisión previa. Esto puede interpretarse como un intento de demostrar a los demás que la decisión no era errónea.

### **c). Rasgos de personalidad.**

Uno de los temas que ha interesado a lo largo de la historia de la investigación acerca de las conductas de los negociadores ha sido tratar de encontrar variables que sean estables y que permitan diferenciar a los individuos en función de que las posean o no. Es decir, se trata de descubrir variables o rasgos de personalidad que permitan diferenciar la ejecución de los individuos en situaciones de negociación, tanto en cómo llevan a cabo el proceso negociador como en los resultados que obtienen los negociadores que poseen determinadas características de personalidad.

Como señalan Barry y Friedman, en la investigación realizada sobre las conductas de los negociadores, se ha asumido ampliamente que las características personales de los negociadores están relacionadas, tanto con el proceso de negociación como con los resultados a los que los negociadores llegan. Actualmente están proliferando los estudios que tratan de poner en relación los factores de personalidad contemplados en el modelo de los cinco factores con las conductas puestas de manifiesto por los negociadores (Goldberg).

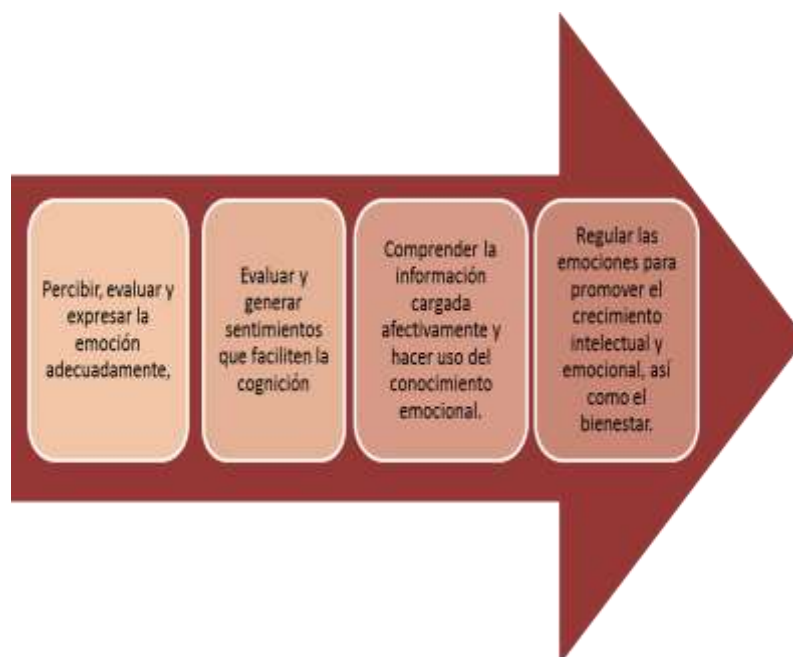
Estos cinco factores son:



Barry y Friedman diferenciaron el papel de los cinco factores en el marco de negociaciones integrativas y distributivas. Cuando la negociación es distributiva, los sujetos que son altamente afables obtienen peores resultados. Por otra parte, cuando la negociación es integrativa, las características de personalidad no predicen la eficacia del negociador, que estuvo explicada únicamente por la capacidad cognitiva.

Un tema aparte es el de la Inteligencia Emocional, los negociadores pueden utilizar el conocimiento de la emoción propia y ajena para satisfacer los intereses que les hayan llevado al encuentro negociador. No cabe duda de que, además del conocimiento básico del rol de la emoción en la negociación, la aplicación práctica de estos conocimientos debe consistir en proporcionar a los negociadores algunas pautas o sugerencias para que puedan hacer un uso inteligente de sus emociones.

El concepto de inteligencia emocional surge a raíz de un artículo que los autores Salovey y John Mayer publican en 1990 y la definen como la capacidad para monitorear las emociones propias y de otros, discriminar entre ellas, y utilizar esa información para guiar el pensamiento y la acción del sujeto. Es decir el uso inteligente de las emociones consiste en utilizar la información que nos proporciona el conocimiento de las emociones propias y ajenas, de modo que dicho uso sea ventajoso para nosotros. De acuerdo al modelo, definen este concepto, la habilidad de:



Estas cuatro dimensiones están ordenadas en función de su complejidad de modo que las habilidades más complejas tienen que ver con la regulación emocional.

Otros aspectos motivacionales en el conflicto y la negociación se pueden agrupar en tres grandes aspectos. En primer lugar, los motivos que tienen que ver con los resultados y la distribución de los mismos entre las partes en conflicto, denominados motivos sociales, en segundo lugar, con la motivación derivada de las necesidades, y en tercer lugar, el estudio de las expectativas de eficacia en la negociación.

Finalmente, si los negociadores se tratan de personas, ambas están en las mismas condiciones, por lo tanto habrá que considerar lo siguiente:

- Identificar valores para la negociación,
- Identificar las limitaciones para la negociación,
- Complementar aquellos atributos que se considera deseables,
- Comprender el proceso negociador, y adquirir experiencia.

### 3. La Mediación.

La mediación es un procedimiento no adversarial, donde un tercero neutral -el mediador- conoce un proceso de negociación, asistiendo a las partes para que arriben un acuerdo.

Para Álvarez y Higton, doctrinariamente la conciliación y la mediación son instituciones distintas. Así pues, mientras que el conciliador colabora con las partes en conflicto a encontrar una solución consensual, proponiendo incluso fórmulas de solución, el mediador, en cambio, ayuda a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto: dirige el proceso pero no sugiere propuestas de solución .

La mediación en nuestro país es un mecanismo de resolución de conflicto que presenta como base un aporte o ayuda de un tercero imparcial, el conciliador, para tratar de resolver la controversia. Es el tercero imparcial quien trabaja para ayudar a que los evacuantes contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

Es decir, el mediador quien tiene la consigna de resolver el conflicto, al igual que el conciliador, no puede imponer a las partes ni siquiera de manera sutil una solución al problema que los lleva a buscar al mediador teniendo así una participación pasiva pues su rol se basa únicamente en facilitar la comunicación, a diferencia de la conciliación en donde el mayor “protagonismo” lo tiene el conciliador pues éste brinda aunque no impone, soluciones que en su mayoría suelen ser tomadas por las partes para la resolución de su conflicto.

Los términos conciliación y mediación designan formas pacíficas y no formales de solución de controversias con intervención de un tercero neutral e imparcial, sin poder de decisión. La distinción significativa entre ambas instituciones se va acentuando en relación directa con la profesionalización de la mediación, la sistematización de las técnicas y estrategias que se emplean y los desarrollos teóricos que los expertos producen en este campo.

Por tanto, la mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modo de reparación.

Entre las principales características de una mediación es, básicamente, la voluntariedad de las partes para comenzar a participar y, entre ellas, mantener un acuerdo de confidencialidad en el procedimiento. Es importante la confidencialidad entre las partes al inicio de una mediación, puesto que esto muestra una comunicación y acercamiento más eficaz entre ellas, además, el hecho de encontrarse los involucrados cara a cara, con la siguiente oportunidad de hablar y escucharse, humaniza y personaliza la relación, produciendo un impacto positivo en la actitud de los participantes.

Sin embargo, si es que las partes no acceden a poder reunirse para obtener una comunicación más directa, el mediador realiza una reunión independiente, logrando una comunicación necesaria. Por tanto, al finalizar un proceso de mediación, el acuerdo se podrá ser total o parcialmente; de este acuerdo se dejará constancia escrita para luego ser firmado por las partes.

Como se puede observar, el objetivo de este mecanismo de solución de conflicto es promover el protagonismo de las partes o involucrados a resolver sus propios conflictos, a través de un tercero neutral que ayuda y promueve la comunicación entre ambas partes; esto con el propósito de que pueda ser ellas mismas quienes se pongan de acuerdo total o parcialmente. Además, al contar con este mecanismo de resolución de conflicto; es decir la mediación, se presenta un medio menos formal y más ágil, en contraste con los procesos judiciales.

Por otra parte, si analizamos de manera específica el rol del mediador, veremos que la función o tarea básica del mediador es inquirir las necesidades e intereses de ambas partes para que puedan, por medio de

una comunicación, mediar y llegar a comprenderse; es decir, tener una comunicación clara y precisa resolviendo al tema en conflicto. Se puede decir, entonces que la función del mediador, implica: Facilitar la comunicación, de manera de que ambas partes puedan escucharse, ordenar los reclamos sobre la base de las necesidades e intereses, para que puedan ser comprendidos por la otra parte, consolidar las coincidencias y asegurarse de que ambas partes tengan conocimiento de sus derechos .



La mediación puede ser resuelta por medio de varias materias del derecho, a continuación veremos algunas, por ejemplo:

- **En el ámbito Familiar:** La mediación es un proceso de carácter voluntario que, más que una alternativa al proceso judicial de resolución de conflictos familiares, se configura como un complemento de éste , y que puede llevarse a cabo antes, durante y después del proceso judicial. Se convierte en una poderosa herramienta para solucionar conflictos familiares que ha de ser utilizada como una metodología concreta y específica distinta a la del proceso judicial.

Además para el caso de la mediación familiar se debe tener presente que: “la mediación parte de un presupuesto esencial: los miembros de la familia disponen de capacidad y recursos personales para tomar sus propias decisiones. Se pretende devolver a los padres la responsabilidad y el poder decisorio y conseguir acuerdos válidos sobre la forma en que continuaran sus vidas tras la ruptura”

- **En el ámbito Penal:** Un interés particular revisten los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presenta el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo.
- **En el ámbito laboral:** los conceptos mediación y conciliación se confunden, sobre todo en Latinoamérica, donde se viene fortaleciendo ambas instituciones, y en el caso peruano se presenta una situación particular, ya que para el caso del derecho laboral la definición de mediador laboral se sujeta más bien a la definición de lo que es un conciliador porque propone soluciones, ello debido a la existencia de una desigualdad económica y social existente entre el empleador y su empleado.

Siendo ello así, para el caso laboral lo que ocurriría según la definición de Álvarez y Higton es más bien una conciliación y no una mediación, ya que el tercero imparcial brinda soluciones al conflicto, y de hecho las leyes laborales peruanas hablan de una conciliación laboral.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades de mediación se puede mencionar que a través de un estudio llevado a cabo por Becker – Haven a principio de los años ochenta y citado por Taylor (1977) se agruparon los roles y modelos seguidos por los mediadores en cuatro modalidades:

- 1. Modalidad Educativa.** El objetivo de la mediación de los seguidores de este modelo de intervención es el de facilitar a los clientes información objetiva sobre temas legales, educativos, psicológicos, de negociación, etc., para que las partes que acuden a la mediación, con el bagaje que les aporta una información que los dos quieren simultáneamente, negocien sus propios acuerdos.
- 2. Modalidad racional-analítica.** En este modelo, el proceso mediador, muy pautado y basado en protocolos de negociación asistida, va

conduciendo a los clientes desde el primer punto en que se encuentra su negociación hasta el punto final de plasmación de un acuerdo satisfactorio. El mismo modelo es aplicado tanto a temas de custodia de hijos como a negociaciones sobre la distribución de bienes o la utilización de la vivienda conyugal.

**3. Modalidad terapéutica.** El tema emocional no es pasado por alto a lo largo de las sesiones de mediación, sino que se abordan las emociones y los sentimientos (positivos, negativos, complejos...) como parte de la intervención mediadora, con el objetivo de que no sean un obstáculo para llegar a acuerdos o, simplemente, como parte integrante del proceso mediador.

**4. Modalidad normativo-evaluativa.** El rol del mediador en este modelo es claramente directivo. El mediador es consciente de que su control del proceso está influyendo claramente en el contenido de la mediación. Los mediadores que utilizan este modelo se sienten legitimados para seguirlo, porque creen que sólo con este rol pueden ayudar a que se logre el «mejor beneficio» de sus clientes. Siguen este modelo porque, en su opinión, les ayuda a cumplir el requisito ético de intentar un equilibrio de poder entre las partes o porque simplemente, les permite responder a las demandas de los clientes.

De estas cuatro modalidades de mediación, podemos desprender la idea de que la idea de la existencia de la mediación en el derecho consiste en que el rol del mediador es ser guía para que quienes se encuentran en un conflicto determinado logren encontrar a través de su propio juicio y con la información que poseen el mecanismo adecuado para resolver dicho conflicto, y ello se aplica a cualquier persona y a cualquier conflicto del tipo que sea.

Por otro lado, si bien la mediación es un mecanismo de resolución de conflicto, que es diferente al proceso judicial, el sistema de mediación no puede ser visto como un instrumento valioso sólo por brindar alternativas frente a un servicio de justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente. La preocupación principal del Estado no debería ser la de dotar al ciudadano de un mecanismo de "fuga" frente a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda acudir libre e

informadamente a una negociación bilateral que ponga fin a la contienda.

### **3.1. Caracterización del proceso de Mediación.**

La Mediación es la intervención de un tercero neutral en un conflicto, con el propósito de ayudar a las partes a resolver sus problemas en un ambiente seguro. El mediador mejora el proceso de comunicación ayudando a las partes a definir claramente su problema, a comprender los intereses de cada parte, y a generar opciones para solucionar la disputa.

El Mediador no impone una solución al problema, y son las partes quienes mantienen siempre la responsabilidad de tomar su propia decisión. Por tanto, podemos definir que el rol de la mediación consiste en facilitar una discusión centrada en los intereses, mediante técnicas relativas al proceso y la comunicación entre las partes, que permita desvelar las preocupaciones y problemas de las partes, implicándolos en la búsqueda de soluciones.

La Mediación es una negociación dirigida por una persona experta en facilitar el entendimiento entre las partes. Esta negociación se lleva a cabo dentro de la estructura del proceso de mediación. La estructura del proceso sirve para fomentar que la conversación entre las partes se dirija hacia un posible acuerdo, o por lo menos hacia un mayor entendimiento entre éstas.

Durante el proceso de la mediación, las partes tienen la oportunidad de contar su punto de vista, sus preocupaciones, sus necesidades y sus intereses. En los mejores casos tienen oportunidad de desahogar sus sentimientos y sentirse escuchados. Aparte de coordinar correctamente el proceso de la mediación, una mediación eficaz implica conocer las técnicas relacionadas con la gestión del conflicto, la negociación y la psicología de los procesos de interacción social o la dinámica de grupos. La Mediación persigue conocer y controlar el proceso, lo que coloquialmente se conoce como controlar la agenda. El Mediador es responsable de lograr un proceso seguro, garantizando las mismas oportunidades para todas las partes implicadas, mientras que éstas son las responsables del contenido de los acuerdos logrados.

La Mediación eficaz se basa en los principios de la negociación, son los mismos. Por esto, la Mediación, a pesar de ser un proceso aparte y

distintivo, no deja de ser una negociación asistida. La preparación para la negociación y las estrategias de negociación suelen ser similares, por lo que es muy probable que las técnicas empleadas en las negociaciones que concluyen en la mediación no hayan sido idóneas. Posiblemente por esta razón les resultó difícil a las partes solucionar su propio problema. El mediador eficaz conoce la teoría de la negociación y orienta a las partes en el uso de las técnicas negociadoras más propicias. Elimina las barreras para una negociación eficaz y apoya a las partes mientras buscan llegar a un acuerdo.

Un mediador tiene la oportunidad de trabajar con mucha más información que un juez o un árbitro. El juez se basa en la ley u otras normas públicas para darle una solución a la disputa. Un árbitro puede usar la ley y también otros criterios objetivos tales como ciertos precedentes de la industria o de las costumbres, o prácticas empresariales, por ejemplo. El mediador eficaz explora más allá de la ley y las normas públicas, buscando siempre los intereses subyacentes a las posiciones que presentan las partes. Las emociones, las necesidades psicológicas y las preferencias personales pueden intervenir para que fracasen negociaciones frágiles e impedir la solución a una disputa. Todos estos temas no tienen lugar en un juzgado, pero sí en una mediación. Por ejemplo, una jueza no tiene poder para exigirle a una parte que le pida disculpas a la otra, ni que ésta perdona a la primera. Una mediadora eficaz tampoco haría esto, pero facilita que en la mediación se puedan atender este tipo de temas, precisamente porque la mediadora crea un ambiente que propicia el diálogo sobre temas delicados, e interviene para que todos los asuntos que las partes quieran tratar sean discutidos y resueltos de ser posible, sean o no de importancia legal.

El mediador controla el proceso de la mediación, pero no el contenido de la solución. Es responsable de la calidad del acuerdo, pero no de que las partes lleguen a un acuerdo. El mediador es neutral, no favorece a una de las partes sobre otra, ni tiene un interés propio en el resultado del acuerdo.

Además de la negociación directa, la mediación es el proceso en el que es más posible centrarse en los intereses de las partes, en vez de centrarse en el poder o el derecho, para resolver un problema. El término “interés” se define como las necesidades básicas, las preocupaciones, y los deseos verdaderos de las partes, es la razón subyacente a la posición que declara

una parte en la negociación. El poder, es la habilidad de hacer que la otra parte haga algo que de lo contrario no haría. El Derecho se refiere a las leyes,, normas o pautas independientes a la disputa y de reconocida legitimidad que determina quién tiene la razón. Algunos derechos son formalizados en leyes o contratos, pero otros son socialmente aceptados como pautas de conducta, como por ejemplo, los precedentes existentes sobre el tema, la igualdad entre las partes en el acuerdo o la mayoría de edad.

Es más eficaz resolver las disputas centrándose en los intereses, en lugar de hacerlo recurriendo al poder o a los derechos. A decir de Ury, cuando las disputas se resuelven atendiendo los intereses de las partes, se consiguen reducir los costos, las partes en conflicto están más satisfechas con los resultados, se preservan las relaciones entre ellas, y se dan menos posibilidades de reincidencia del conflicto. Cuando no se resuelven los intereses subyacentes a las peticiones y posiciones de las partes, generalmente el conflicto vuelve a aflorar.

### **3.2. Fases de la Mediación.**

- Introducción y contrato de mediación. Esta fase se compone a veces de etapas preliminares que se conocen como “premediación”. Las partes se informan sobre el proceso y se comprometen a participar.
- Recojo de información. Las partes comparten información y relatan el modo en que están viviendo la situación.
- Identificación de temas y creación de un esquema a seguir. El mediador o mediadora crea un plan para dividir el problema en sus partes factibles y establece el orden para abordar los temas.
- Generación de ideas y opciones sin compromiso en cada tema. El mediador facilita la discusión para buscar posibles alternativas y crear flexibilidad en la negociación.
- Negociación para crear una solución óptima. Las partes evalúan las alternativas y formulan acuerdos sobre los diversos temas en disputa.
- Repaso, acuerdo final y clausura. El mediador o la mediadora agrupan los acuerdos parciales y redactan el acuerdo global.

Esta estructura del proceso de mediación puede variar según el estilo o el perfil del mediador.

### 3.3. Técnicas y Habilidades de la Mediación.

Según estudios de Carnevale y Pruitt, la mediación eficaz depende de factores muy diversos como el grado de hostilidad entre las partes, la cantidad de recursos disponibles para distribuirse entre las partes, la existencia de “principios” que impliquen a las partes, la relación de poder entre estas partes implicadas, etc. Sin embargo y a pesar de estos aspectos contingentes a la eficacia de las conductas de mediación, se aprecia la relevancia de determinadas técnicas que tienden a favorecer la creación de un buen clima que permita a las partes dirimir sus diferencias. Entre estas técnicas destacan la escucha activa, empática y la re enmarcación de las frases negativas. Las dinámicas relacionadas con el control del proceso también requieren que el mediador desarrolle su habilidad de hacer preguntas, gestionar la ira y las emociones implicadas en la disputa, equilibrar el poder y resolver posibles estancamientos con sus intervenciones. Las próximas secciones introducen estas técnicas y habilidades de mediación:

- **Escucha activa empática**, el mediador establece el tono de la mediación y trata de crear un buen clima desde sus primeras intervenciones. Cuando en estas intervenciones se utiliza la escucha activa empática, se crea un ambiente que favorece que las partes se sientan atendidas y que participen en el diálogo. El mediador no busca soluciones ni información adicional, más allá de la que ofreció las partes en su intervención. El mediador utiliza la paráfrasis de lo que expuso la parte en su comentario, indicando con ello que ha entendido lo que se ha expuesto, y posteriormente puede intervenir con el objetivo de reunir más información o dirigir la conversación hacia otros temas.
- **Realizar preguntas**, las preguntas son la base de las intervenciones para una mediación eficaz. Hasta la paráfrasis emplea preguntas sensibles para pedir que las partes confirmen las observaciones del mediador. El mediador pregunta para obtener más información para clarificar detalles importantes, y sobre todo para facilitar la

expresión de deseos, necesidades e intereses subyacentes a las posiciones declaradas. Las mejores preguntas que puede hacer el mediador son las preguntas abiertas, es decir, aquellas que no pueden contestarse mediante un sí o un no. Son buenas para invitar a las partes a compartir más información.

- **Equilibrar el poder**, la función del mediador no sólo radica en guiar el proceso, sino también en crear un espacio seguro para la comunicación. En ese sentido, algunas situaciones no son las más apropiadas para emplear el proceso de mediación, porque el desequilibrio de poder entre las partes es tan elevado que puede afectar a la integridad de la mediación y a la seguridad de la parte más débil. Las intervenciones del mediador, en situaciones de desequilibrio de poder entre las partes, van orientadas a que dicha situación no interfiera con la necesidad de las mismas de exponer sus puntos de vista, intereses y prioridades entre las cuestiones de disputa, fortaleciendo mediante dichas intervenciones la seguridad y la participación del elemento más débil. Algunas sesiones como las privadas entre las partes, hacer descansos, solicitar que se asesore también a la parte más débil, emplear la co-mediación para reflejar a las partes, y modelar respeto en sus intervenciones, por ejemplo, puede resultar de ayuda.
- **Gestionar la ira y las emociones fuertes**, en una negociación resulta difícil seguir adelante de un modo constructivo cuando hay mucha tensión, como por ejemplo ira o angustia. La creatividad tiende a bloquearse, la posición del cuerpo y las expresiones faciales se alteran, y los deseos de colaboración desaparecen. En la mediación, las intervenciones del mediador adoptan un matiz preventivo, usando la paráfrasis y reenmarcando comentarios negativos para mantener el control sobre el proceso y la tensión entre las partes. La técnica de gestionar dichas emociones consiste en reconocer y nombrar, las emociones manifiestas, y tratar de buscar la causa subyacente. En este caso se sugiere centrarse en el futuro, concentrarse en el bien, usar sesiones privadas, hacer descansos, normalizar los sentimientos de ira u otra emoción, y tender a emplear conductas y estilos para sosegar y tranquilizar la situación.

- **Resolver el estancamiento con intervenciones**, en cuyo caso se debe manifestar una actitud positiva, animando a las partes a seguir colaborando. Si el mediador ofrece soluciones demasiado temprano, corre varios riesgos y se puede robar a las partes la oportunidad de construir su propia solución. Nadie conoce mejor que las partes, la propia realidad que están viviendo y sus posibilidades, por lo que existe el riesgo de equivocarse. También podría interpretarse que la propuesta del mediador favorece más a una de las partes, lo cual puede complicar el desarrollo de la mediación. Por otro lado, las partes podrían aceptar una propuesta de solución del mediador, sin que exista un compromiso con la ejecución de la misma, por lo que la mejor sugerencia es dejar que las partes generen “su” solución.
- **Velar por la eficacia de los resultados del proceso**. Estos resultados pueden ser muy diversos. En algunos casos se llega a un acuerdo, pero otras no se logra. Para la evaluación de los resultados se pueden considerar los criterios siguientes: a) la calidad del acuerdo, b) las relaciones entre las partes, c) las actitudes hacia el proceso en el que han participado.



## RESUMEN

- A través de la Negociación se exploran oportunidades y se resuelven diferencias de situaciones concretas. Que la negociación permite una interrelación entre individuos.
- El impacto de la estimulación del conflicto puede ser positivo o negativo en función de las circunstancias específicas del mismo, es decir las circunstancias en las que se desarrolle el conflicto pueden potenciar las consecuencias de éste.
- Un conflicto puede tener consecuencias constructivas o destructivas dependiendo de si las partes perciben interdependencia positiva entre el logro de sus respectivos objetivos.
- En general, el conflicto puede tener consecuencias positivas y negativas para la dinámica de las organizaciones. Hay que distinguir lo que significa resolver un conflicto y gestionar un conflicto.
- Resolver un conflicto implica la reducción, eliminación o finalización del mismo, sin embargo, gestionar un conflicto implica diseñar estrategias para minimizar las disfunciones del conflicto y maximizar sus aspectos positivos, con el fin de incrementar la efectividad organizacional.

- Existen dos tipos básicos de negociación, que dependen del método que se tome en cuenta: la negociación *distributiva* y la negociación *integrativa*.
- En la negociación integrativa los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados, de forma que es posible que todas las partes puedan salir beneficiadas del proceso negociador. La dimensión distributiva o de ganar-perder es aquella en la que las partes tratan de obtener lo más ventajoso posible para sus respectivos intereses.
- Los términos conciliación y mediación designan formas pacíficas y no formales de solución de controversias con intervención de un tercero neutral e imparcial, sin poder de decisión.



## AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles serían las situaciones comunes de todo proceso de Negociación?

---

---

---

---

2. ¿Cuáles son el tipo de soluciones más deseadas por los negociadores? ¿Por qué?

---

---

---

---

3. ¿Cuáles son las diferencias entre las negociaciones distributivas y las negociaciones integrativas?

---

---

---

---

- 4) ¿Cuál es la base de una Mediación eficaz?

---

---

---

---



## LECTURAS PROPUESTAS

### Lecturas Obligatorias:

- Medina, F. y otros (2013). Gestión del Conflicto. Editorial Pirámide, p.46-52.
- Lebel, P. El Arte de la Negociación. Barcelona: Ediciones Ceac, p.71- 84.

### Lecturas Complementarias:

- Merlano Alcocer, A. (2006). El perfil del buen negociador, en Negociación Nacional e Internacional. Bogotá: Biblioteca Milenio, p. 185-193.
- Garaña Corces (2015). J.M. Negociación Efectiva. Madrid: Esid Editorial, Madrid, p.179-189.

(Disponible en el anexo de lecturas).

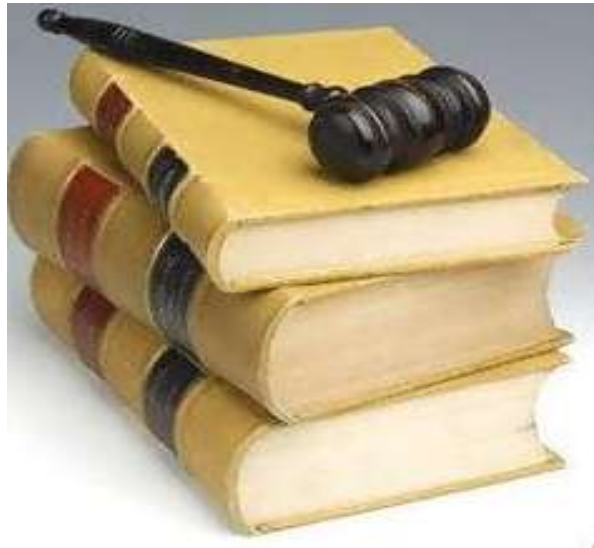


## CASOS SUGERIDOS

- Caso Tecnoquímicas y Merck.
- Proyecto Tía María.
- Caso Empresa Manila.

(Disponible en el anexo de casos)

## UNIDAD II



### ARBITRAJE – JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

## PRESENTACIÓN

El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos suscita mucho interés, pues su origen y composición, además del ámbito en el que se desarrolla, ha sido tratado por muchas teorías y autores, de los cuales hacemos un análisis. El arbitraje es el ejercicio de la autonomía privada de voluntad, bajo un modo heterocompositivo, en un escenario privado.

Una vez estudiada la naturaleza del arbitraje, genera gran interés el tema de la imparcialidad, independencia y recusación de los árbitros, especialmente a partir de su inclusión en el Decreto Legislativo 1071. Los funcionarios y servidores públicos, por ejemplo, se encuentran en incompatibilidad de actuar como árbitros, dentro de los márgenes contemplados en dicha norma. De ahí la importancia de la revisión de esta norma y sus alcances.

En esta unidad se hará un análisis crítico, a partir de las reflexiones del Dr. Avendaño Valdez, y otros autores como Marianella Ledesma, en torno a la libertad, independencia y otras consideraciones éticas para la recusación de los árbitros.

Por otro lado, revisaremos la construcción del arbitraje como jurisdicción, así como la jurisdicción arbitral más allá del arbitraje privado. Por último se reflexionará sobre la motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo arbitral.

Para Julio Wong, el arbitraje es una institución compleja que comprende acuerdo de voluntades y el convenio arbitral es un medio racional de solución de conflictos. Como su origen es privado, nada obstaculizaría para que el laudo arbitral, producto del convenio y del proceso que éste contempla, solo tuviera además de autoridad de cosa juzgada, el valor de un título de ejecución privado, como por ejemplo, el contrato de transacción. También señala el autor que revisaremos en esta unidad, que en nuestro sistema jurídico, al laudo arbitral, se le confiere además de la autoridad de cosa juzgada, la posibilidad de ser ejecutado como una sentencia.

La reflexión que hace el autor, sobre la naturaleza y alcances del arbitraje nos aproximan a un conocimiento más profundo de aspectos novedosos sobre el tema.



## PREGUNTAS GUIA

1. ¿Quiénes son incompatibles para actuar como árbitros?
2. Señale cuáles son los motivos de abstención o recusación de los árbitros.
3. Explique el control arbitral de los actos administrativos.
4. ¿La impugnación de un laudo arbitral se hace mediante un proceso o recurso?. Justifique su respuesta.
5. ¿Qué situación puede generar la motivación defectuosa de un laudo arbitral?
6. ¿Cómo sería el proceso de Nulidad de un laudo arbitral?

## II. ARBITRAJE

### 1. Justificación del Arbitraje.

#### 1.1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Partimos de la premisa de que la solución de conflictos puede viabilizarse a partir de dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, ubicamos como instrumento de solución de conflictos al proceso judicial, y en el segundo al arbitraje.<sup>8</sup>

No existe un solo modo de solucionar los conflictos en una interrelación subjetiva. Se puede considerar bajo las reglas de la autojusticia, la autocomposición y la heterocomposición. En ese sentido, si vinculamos los modos con las fuentes de regulación del conflicto y el ámbito de actuación, tendríamos el ámbito privado, bajo el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a través de un modo heterocompositivo, se ubica el arbitraje.

Fuente	Modo	Ámbito
Autonomía privada	Autojusticia	Público
	Autocomposición	
Estado	Heterocomposición	Privado

El arbitraje es el ejercicio de la autonomía privada de voluntad, bajo un modo heterocompositivo, en un escenario privado.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje se puede analizar tres teorías que explican la misma: En primer lugar, está la teoría *contractualista*.

<sup>8</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Editorial PUCP, 3a. Edición, 2014, pag. 27

## 1.2. Teoría contractualista.

Ésta considera que el arbitraje es un contrato; puesto que el convenio arbitral se origina de la voluntad de las partes, ya que ello permite el surgimiento de la institución y el desarrollo del mismo. Además, su origen contractual reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato.<sup>9</sup> De igual manera, Ladesma, citando a Feldestein y Leonardo 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 por nacer de 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.<sup>10</sup> Por tanto, según esta teoría, en el arbitraje no cabe el ejercicio de una función jurisdiccional; puesto que los árbitros no presentan dicha potestad; solo los jueces estatales cuentan exclusivamente dicho atributo.

Además, como se sabe la jurisdicción consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado, en tanto que los árbitros juzgan el laudo pero, en absoluto pueden ejecutar lo juzgado puesto que el laudo puede ser controlado posteriormente por otros jueces estatales, en el aspecto formal, para validarlo. Así, pues, en esta teoría contractualista se puede apreciar diferencias entre el árbitro y el juez estatal. Otra diferencia es que 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.<sup>11</sup>

## 1.3. Teoría jurisdiccionalista.

En segundo lugar, 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>12</sup> Además, también

---

<sup>9</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Editorial PUCP, 2da. Edición, 2010, pág. 30.

<sup>10</sup> Ibid,31

<sup>11</sup> Ibid,32

<sup>12</sup> Ibid,32

se dice que el arbitraje es jurisdiccional debido a que la eficacia de este 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 la de una sentencia dictada en un tribunal ordinario.<sup>13</sup>

En consecuencia, el carácter jurisdiccional del arbitraje se equipara en su función decisoria al juez; ello subraya la equivalencia entre la sentencia del arbitraje y el laudo. Sostienen esta tesis Feldestein y Leonardi, para quienes la esencia del arbitraje se encuentra en la misma identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales ordinarios; esta postura se señala en cuatro aspectos, estos son, la existencia de una controversia o conflicto, el recurso a un tercero para que lo resuelva, se constituya un proceso y la kompetenz-kompetenze<sup>14</sup>

**En tercer lugar, la teoría ecléctica.** Esta teoría se considera una teoría mixta, en la cual tanto la teoría contractualista y la teoría jurisdiccionalista son consideradas ante el arbitraje; definida como una institución de naturaleza contractual, en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos.

Entonces 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 el poder de ejecución y están sujetos al control de la jurisdicción.

Ubicado el tema, se debe mencionar que una de las fortalezas que presenta la justicia arbitral, es la especialización de los árbitros. A diferencia de un juez designado por el estado, las materias que son sometidas a arbitraje son dilucidadas por árbitros con un particular conocimiento en la materia que se intenta resolver, lo que no necesariamente sucede en un caso judicial estatal. Esto permite que el resultado que se obtenga a través de *árbitros privados*, sea más confiable debido a su especialización en la materia sometida a arbitraje. Sin embargo, el juez estatal puede recurrir al auxilio de las pericias, de técnicos o especialistas, así como del sistema policial que de alguna manera coadyuvan a una administración óptima de justicia.

---

<sup>13</sup> Ibid,32

<sup>14</sup> Ibid, 36

Una fortaleza significativa del arbitraje es la celeridad en los resultados. Esto se justifica en atención a que los árbitros no son más que *jueces privados*<sup>15</sup> que asumen la labor sin las cargas y limitaciones que brinda el sistema judicial estatal, como la sobrecarga de procesos.

La privacidad constituye otra de las características del arbitraje. Ésta justifica la confidencialidad que debe primar en el arbitraje, lo que implica que la información vertida en el procedimiento arbitral no debe ser revelada sin el consentimiento de quien proporcionó dicha información. En ese sentido, la norma vigente señala expresamente tal responsabilidad.<sup>16</sup>

Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. Es decir, la confidencialidad involucra a toda persona vinculada al procedimiento, inclusive si es ajena a las partes, como son los testigos, los peritos y asesores legales. Sin embargo, es importante mencionar como excepción, al arbitraje estatal. La ley de Transparencia y Acceso a la información pública señala que los laudos emitidos en los procedimientos arbitrales en los que interviene el estado por medio del Órgano Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, antes Consucode- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del estado, se publican en la página de dicha institución. En la norma se señala que todos los arbitrajes en los que interviene el estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán a confidencialidad y el laudo será público una vez terminadas las actuaciones.

Estos aspectos de especialidad y de privacidad, transmiten un clima de confiabilidad en el arbitraje, pero en realidad este se construye a partir de la posibilidad que tienen las partes para designar a los jueces que van a resolver la controversia. A diferencia de la justicia estatal, son las propias partes quienes delegan el poder de definición de su conflicto a terceros, elegidos para tal fin.

---

<sup>15</sup> LEDESMA, Marianella, Op.cit.p. 29

<sup>16</sup> Art.51, inc.1) Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que contravenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad....

Si se trata de revisar las fortalezas, por otro lado también se pueden analizar las debilidades que presenta la justicia alterna. Los altos costos que encierra el arbitraje hacen que este mecanismo solo esté al alcance de los sectores que tengan la posibilidad de satisfacer dichos costos, incluso algunos arbitrajes tienen costos en relación al monto de la inversión. Otra debilidad del arbitraje es la ausencia de la *vis compulsiva*, es decir, el uso de la fuerza en la ejecución forzada por los propios árbitros. Los árbitros tienen limitantes en cuanto al uso de la fuerza como “poder de ejecución”, lo que es visto como una debilidad en esta justicia alterna.

## 2. Los Árbitros.

### 2.1. Derechos de los Árbitros

En principio los árbitros presentan, en síntesis, cinco derechos de los cuales, los cuales le permiten realizar su labor de una manera más eficaz.

#### ***A controlar temporalmente su propia competencia***

Se tiene que partir, primero, y aceptar que la competencia de los árbitros es válida con el convenio arbitral. Frente a ello la autora Ledesma cita a Martínez Cárdenas, quien sostiene que hay tres posturas. “La primera considera que el árbitro es el único facultado para hacerlo, la segunda, que el árbitro es el primer facultado para hacerlo y tercero, define que todo convenio arbitral cuya validez sea cuestionada deberá ser materia de decisión exclusiva por parte del juez”<sup>17</sup>. Cuando se menciona que en el árbitro es el primer facultado para hacerlo, quiere decir que exactamente es el primero quien lo hace pero luego el juez podrá controlar ex post la validez del convenio arbitral, solo si las partes deciden interponer un recurso de anulación del laudo vía judicial.

En cuanto a esto, nace un principio de prioridad temporal de la justicia privada ante la justicia estatal; con el propósito de resolver cualquier controversia referente a la competencia arbitral. Entonces esto conllevaría a que los árbitros no son los únicos autorizados en resolver una controversia arbitral, sino que la justicia estatal, a través de los jueces, podrán revisar la decisión arbitral sobre la competencia en un momento posterior; quiere decir en un momento en el que unas de las partes presente una anulación

---

<sup>17</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Tercera Edición, En: Editorial PUCP, 2010, pág. 70,

contra el laudo arbitral resuelto o se oponga al exequátur de un laudo arbitral extranjero. Por tanto, como se puede observar, se presenta una regla de prioridad en el tiempo y no una regla de competencia.

En la actualidad la tendencia es otorgar a los árbitros la posibilidad de examinar su propia competencia, según el principio del Kompetenz-Kompetenz, el mismo que ha sido acogido por el TC como precedente vinculante a pesar de contar con una regulación expresa en la derogada LGA<sup>18</sup>.

### ***A verificar la arbitrariedad del litigio***

Se sabe que para que un acuerdo sea válido no basta simplemente probar la existencia de un consentimiento, pues es necesario verificar que la materia en litigio sea resuelta por medio del arbitraje; debido a que posiblemente de encuentre excluida de acceder a una solución arbitral.

En tanto, la arbitrariedad del litigio está relacionada con el objeto del arbitraje; es decir esta solo alcanza a la libertad de la persona, quedando fuera aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Bajo esta explicación el D. Legislativo 1071 considera que puedan someterse a arbitraje materias de libre disposición para la solución de una controversia. Como se puede apreciar, el acceso para recurrir a un arbitraje no es limitado, pues solo presenta un acceso de un terminado ámbito del ordenamiento jurídico. “Este aspecto es también muy importante, puesto de comprobarse su inarbitrariedad, debe declararse su nulidad”<sup>19</sup>

Hay que tener presente que no es posible confundir materia inarbitrable con materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros; ya que por este último se entiende que se inhibe la actuación de la justicia estatal respecto de cuestiones sometidas al arbitraje pero las materias que eran perfectamente arbitrales; es decir hay un desprendimiento de competencias de los jueces ordinarios sobre materias perfectamente arbitrales.

---

<sup>18</sup> Ley General de Arbitraje – Decreto Legislativo No.1071

<sup>19</sup> Ibid. 72

La facultad de control no se reconoce exclusivamente a las partes, sino también a los propios árbitros, e incluso al juez ordinario.<sup>20</sup>

### **La autonomía del convenio arbitral**

Comúnmente el convenio arbitral se inserta dentro del contrato principal del que forma parte; sin embargo, la situación llevó erradamente a que el convenio arbitral sea visto como un accesorio del contrato, de tal manera que si se cuestiona la inexistencia o la ineficacia de este, su efecto se extenderá hasta el convenio arbitral. Esto quiere decir que en cuanto se cuestionaba la validez del acuerdo de competencia a los árbitros, ellos debían abstenerse hasta que un juez ordinario pueda resolverlo; puesto que aquellos árbitros que su competencia estaba cuestionada no podían resolver su propia competencia.

Felizmente dicho criterio ha sido superado. El convenio no es una cláusula más dentro del contrato, sino que está destinado a brindar jurisdicción para resolver los diferendos que se originen en el contrato.<sup>21</sup>

Por otro lado, al momento de cuestionarse la validez del contrato, este no afectará el convenio arbitral, por lo que la competencia de los árbitros se mantiene. Esto es visible en el inciso 2 del artículo 41 del D. Leg. 1071, que literalmente menciona:

[...] el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir, sobre la controversia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.<sup>22</sup>

Pues bien, ante este artículo se puede apreciar que en la actividad arbitral se pueden apreciar dos derechos unidos: el derecho de los a juzgar sobre su propia competencia y a examinar la validez de acuerdo de arbitraje.

---

<sup>20</sup> Ibid,73

<sup>21</sup> Ibid 73

<sup>22</sup> Decreto Legislativo que norma el Arbitraje N° 1071, Artículo 41 inc. 2

Ellos están comprendidos literalmente bajo los incisos 1 y 2 del artículo 4<sup>o</sup> del Decreto Legislativo 1071, respectivamente.

Por tanto estos principios son distintos y complementarios. Se explica que es distinto porque el principio de autonomía permite a los árbitros resolver los conflictos relacionados a la existencia y a la validez del convenio arbitral. En cambio a diferencia del principio Kompetenz-Kompetenz, que permite a los árbitros resolver, en primer orden, su propia competencia. También se dice que es complementario; puesto que ambos logran que cualquier argumento esgrimido por alguna de las partes, en cuanto a la existencia o la validez del contrato principal y del convenio, pueda ser resuelto por los árbitros, en un primer momento. Por consiguiente, “estos principios buscan preservar la autonomía y la eficacia de la justicia arbitral, así como combatir las tácticas dilatorias que se puedan utilizar en un procedimiento arbitral.”<sup>23</sup>

### ***A percibir remuneración***

Viéndolo desde una óptica contractualista se puede señalar que el efecto primordial del contrato de arbitraje es la producción de tres obligaciones esenciales: la obligación de hacer, de no hacer y de dar. Si nos centramos en esta última, se dirá que consiste en financiar y sufragar los costos del procedimiento arbitral, por medio de las partes; puesto que es el árbitro quien presta servicios de carácter continuado, emanado de un contrato bilateral, con obligaciones y derechos para ambas partes contratantes.

Dichos honorarios tienen que estar establecidos de manera razonable, teniendo siempre en cuenta el monto en disputa, la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

“A pesar de lo señalado anteriormente se sostiene que dicho contrato tiene una naturaleza mixta: es contractual por su fuente y jurisdiccional por su objeto; por tanto, los sujetos litigantes asumen la obligación de abonarle al tribunal arbitral los honorarios debidos por el cumplimiento de su función

---

<sup>23</sup> Ibid 74

y también la de reembolsarse los gastos que han incurrido por dicho motivo'<sup>24</sup>

### ***A la independencia en su labor***

Este derecho quiere decir que los miembros del Tribunal Arbitral deben gozar de garantías para poder juzgar el litigio con firmeza. Por ello debe darse una protección, es decir se debe blindar de aquellos ataques infundados, orientados a provocar intimidación o presión. En consecuencia, no podrán ser revocados en sus cargos a la ligera, ni por las partes ni por los árbitros.

Por otro lado, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1071 menciona que los principios y derechos de la función arbitral en los siguientes términos. ‘‘el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones’’<sup>25</sup>

La independencia de la labor de los árbitros tiene una incidencia plenamente directa y central sobre la imparcialidad; puesta que al tener ellos dicha independencia no están sometidas ninguna orden, disposición o autoridad que perjudique sus atribuciones. También, dicha independencia debe asegurarse y reafirmarse para hallar decisiones imparciales.

## **2.2. Designación de los Árbitros - Modos de designación.**

Para comenzar a estudiar el tema de la designación de los árbitros es necesario empezar mencionando que el procedimiento de un proceso arbitral empieza con la petición del arbitraje por una de las partes, independientemente de quien se sienta más o menos afectado.

Luego, el procedimiento arbitral se materializa por medio de una carta notarial en la que solicita el inicio del procedimiento arbitral y la designación del árbitro. Es así que en la redacción del Decreto Legislativo N°1071 que regula el arbitraje menciona que: ‘‘salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia de iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para

---

<sup>24</sup> Ibid 75

<sup>25</sup> Decreto Legislativo que norma el Arbitraje N°1071, artículo 3 inc. 2

someter un controversia a arbitraje<sup>1</sup>26

Se menciona que esta designación no puede ser dejada al criterio de una de las partes ni tampoco se le puede otorgar a esta una situación de privilegio en este aspecto, puesto que se afectaría el principio de igualdad en el proceso.

Por otro lado, si las partes no respetan este principio en el momento de la designación de los árbitros, entonces, es posible que uno de los litigantes puedan volverse contra la parte más débil e inexperta para perjudicarla, sin embargo esta situación no debe tolerarse por la validez del procedimiento arbitral, tal como lo señala el Decreto Legislativo 1071 en el artículo 26: “ si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula”.<sup>27</sup>

Esto implica que la referida nulidad supera los alcances del principio Kompetenz-Kompetenz, puesto que se considera que el tribunal arbitral presenta exclusiva potestad de decidir las cuestiones relativas a su propia competencia; además, el autor señala Catillo Freyre “mal podría resolver el propio Tribunal compuesto ilegalmente, acerca de su propia competencia, ello debido a que en esencia, nos encontraríamos frente a un tribunal parcializado, pues el mismo tendría que renegar de sus orígenes”

El mismo autor menciona que la ley no acepta que exista una cláusula arbitral que establezca que los tres miembros del tribunal arbitral sean nombrados por una sola de las partes. “ Con ello sostiene que la ley no está prejuzgando que los tres árbitros eventualmente designados por una sola parte estén coludidos con ella; tampoco está cuestionado su idoneidad moral o profesional; simplemente está estableciendo una garantía básica y absolutamente fundamental para el respeto al debido proceso”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, artículo 33.

<sup>27</sup> Decreto Legislativo N°1071 que regula el Arbitraje, artículo 26

<sup>28</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Editorial: PUCP, pág.77, 2010

En consecuencia, la designación del árbitro estará en función del tipo de arbitraje pactado. También, en atención al referente que guiará la decisión puede calificarse el arbitraje de derecho o de equidad. Además, según la cantidad de árbitros para la composición del tribunal, este puede ser árbitro se bien único o colegiado. Sin embargo, hay casos en donde el propio convenio contiene ya la designación, por ejemplo como los árbitros ad hoc.

En el modo de designación de los árbitros primará el principio de la libertad en el procedimiento; esto quiere decir que las partes pueden determinar el nombramiento de los árbitros, quienes serán los que resolverán su controversia. En consecuencia, quien designa a los árbitros puede ser las partes o un tercero, este último puede ser una persona natural, jurídica o una institución arbitral; ante ello, quien realice la designación, esta puede ser directa o delegada:

#### **a. Directa**

Será directa cuando las partes determinan libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. Así, entre ellas, pueden pactar la designación directa de un árbitro único o de un tribunal arbitral.

Por ello, en el artículo 25 del Decreto Legislativo N°1071 se explica la libertad de procedimiento de nombramiento.

Por otra parte, otra alternativa de designación es permitir que las propias partes acuerden libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.<sup>29</sup>

Por tanto se dice que es directa porque cada parte designará a un árbitro. La institución no lo hace, sino que solo toman de ella el reglamento que tenga establecido para la designación<sup>30</sup>, por lo que si se procede en sentido contrario esto generaría una confusión en el alcance del convenio, puesto que en ningún momento se delegó a la institución la facultad de designar árbitros.

---

<sup>29</sup> Decreto Legislativo que norma el Arbitraje N°1071, artículo 23.

<sup>30</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, En: Editorial PUCP, Lima, 2010, pag.79

## b. Delegada

Se explica que la designación es delegada; <sup>31</sup>puesto que las partes prevén que dicha designación sea realizada por algún organismo dedicado o especializado en el arbitraje. En consecuencia, si las partes deciden escoger esta vía, quedarán examinadas de pactar todos los aspectos del arbitraje; puesto que las partes entregarán la regulación minuciosa del procedimiento a los reglamentos de las instituciones arbitrales.

Los organismos especializados en la administración de justicia privada son eficaces, puesto que son dotados de una estructura volcada al cumplimiento de esta función<sup>32</sup>

## 3. Recusación de Árbitros.

En cuanto a la recusación de los árbitros se tiene que tener presente que, en primer lugar, las condiciones que debe asegurar un árbitro hacia las partes son básicamente su independencia e imparcialidad. Esto con el fin de que no se puedan involucrar con el conflicto en cuestión.

Pues bien, los árbitros ‘‘ no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están

<sup>31</sup> Artículo 23 LA - Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar de arbitraje.

<sup>32</sup> Ibid, 80.

sometidos a orden, disposición o autoridad que me menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional”<sup>33</sup>

Por otro lado, se explica que la recusación es abstención por el impedimento o excusación. Los impedimentos están establecidos por ley; esto con el propósito de asegurar la imparcialidad del árbitro y ofrecer así, una garantía a los administrados y litigantes. Con ellos, aquel arbitro que este sujeto a causal de impedimento está obligado a declararse impedido de manera inmediata cuando se advierta la existencia de ella.

La recusación es la facultad de conocida a las partes durante el desarrollo e un proceso para cuestionar la idoneidad de quien o quienes tengan a su cargo la resolución de un específico conflicto jurídico.<sup>34</sup>

Además, la recusación puede ser planteada por las parte, por un tercero, por una institución arbitral o por la jurisdicción ordinaria.

La recusación también vendría a ser el camino acordado por la ley para aislar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situación con algunas de las partes, o con la materia controvertida en aquel, sean susceptibles de perjudicar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial.

### **3.1. La recusación de árbitros a partir del Decreto Legislativo N°1071.**

La recusación vendría a ser una excepción por la cual una de las partes rechaza tener por juez a uno o varios de los miembros que conforman el tribunal arbitral. Esto presenta su origen en una circunstancia plenamente personal que conlleva a una de las partes a solicitar que el árbitro sea separado de sus funciones en el diferendo.

De igual forma, la recusación puede ser ubicada bajo los siguientes supuestos: en primer lugar, que se trate de un cuestionamiento al árbitro único; es decir, *ad hoc*, en segundo lugar, a uno de los miembros del colegiado, luego, al presidente del colegiado y, finalmente, a todos los miembros del colegiado.

---

<sup>33</sup> Ley General de Arbitraje N° 26572, Artículo 18.

<sup>34</sup> LADESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, En: Ediciones PUCP, Lima, 2010, pag.86

Además, la recusación en sí misma trae como consecuencia un disenso entre la parte recusante y el jugador recusado, ya sea juez o árbitro. Al surgir este hecho es evidente que este último deja de ser imparcial para resolver la recusación; ante ello la derogada Ley General de Arbitraje (LGA) establecía el procedimiento a seguir frente a la incidencia. Se establecía que dicho procedimiento estaba en función de la composición del tribunal y de la aceptación de la recusación del árbitro cuestionado.

El procedimiento consistía en que si el recusado negaba la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el juez resolvía sobre la procedencia o no de la recusación después de oír a las partes y al árbitro cuestionado. Todo esto conforme al trámite indicado en el artículo 23 de la Ley General de Arbitraje.

También, si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje o el tribunal arbitral, resolvía la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. Y, en caso de empate, el presidente resolvía, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso dirimía el de mayor edad.

Pues bien, como se pueda apreciar del procedimiento, la recusación tenía un destinatario final: el juez ordinario, en los casos de arbitraje único y ad hoc; dejando al arbitraje institucional o colegiado la posibilidad que en dicha sede se aclare la recusación.

Se puede analizar, también, que preservando el ámbito privado y sin ingresar en sede judicial, se puede resolver la recusación por intervención de un tercero imparcial o por la intervención de los propios árbitros. Esto quiere decir que sea de una u otra forma, debe reafirmarse dos ideas sumamente centrales. La primera es que la actividad que se realiza en sede arbitral debe trabajarse y mantenerse en el ámbito privado y, segundo, dicho resultado está sujeto al control posterior de la jurisdicción a través del recurso de anulación.

Por otro lado, cuando se trata de un tribunal arbitral colegiado conformado por varios árbitros, será este quien podrá resolver la recusación sin la intervención del árbitro recusado. Por consiguiente esta fórmula garantizaba que los otros miembros del tribunal podían actuar con imparcialidad respecto de la parte recusante y recusada. Sin

embargo, ¿Qué pasa cuando dos miembros del tribunal o el tribunal arbitral en conjunto son acusados?

Pues se considera que si la recusación cae a los tres árbitros, pues ninguno puede actuar con imparcialidad puesto que todos están implicados en la misma causal de recusación.

Existía un vacío legal en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, pues debió operar la integración normativa para aplicar a la recusación de todos los miembros del tribunal arbitral. García Calderón señala que si la norma indica que el árbitro recusado no puede participar en la resolución de la misma, es evidente que de encontrarse todos los miembros recusados por una misma causal ninguno de estos está facultado para intervenir en la resolución de esta. En consecuencia, todos los miembros recusados carecerían de competencia.

En consecuencia, se plantea que para no recargar con la labor judicial debería considerarse enviar el incidente de recusación a la institución organizadora del arbitraje, con el objeto de definir la recusación planteada; según García Calderón.

Sin duda, dicha opinión es clara a fin de que la institución permanente dedicada al arbitraje sea la que resuelva la recusación del árbitro único, ya sea en los arbitrajes ad hoc o cuando se recuse a todos los miembros del tribunal. Pues para que se pueda resolver, podría ser posible recurrir a la institución más antigua de la sede del arbitraje o derivarla a la institución del domicilio del recusado, entre otros posibles mecanismos de elección.

Sin embargo, la propuesta planteada, es decir el mecanismo que se propone para dirimir este impase debe operar en la medida que las causales sean modificadas con el propósito de que se pueda contemplar la posibilidad del control post laudo de la recusación resuelta en sede arbitral por los propios particulares.

Ahora bien, después de lo estudiado y haber señalado en párrafos anteriores sobre los antecedentes de la recusación-sobre la Ley General de Arbitraje-, se puede analizar que el Decreto Legislativo N°1071 que regula el arbitraje, diseña que el Estado en la actividad de los privados, diseña un procedimiento donde los organismos especializados, ajenos al Poder Judicial, sean los que definan la recusación de los árbitros; por ello las partes podrán acordar el procedimiento de recusación de árbitros o

someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. Sin embargo, a falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se tendrá que aplicar las reglas que fija el artículo 29 del Decreto Legislativo. N°1071:

“.. a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que motiva, justificando las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes. Hubiera sido interesante que se contemple la posibilidad de prestar los medios de prueba que acredite la recusación que se alegue pero no particularizar los medios de prueba a la documental”<sup>35</sup>

Entonces, árbitro y la parte podrán manifestar lo que crean conveniente en un plazo de diez días siguientes de notificados con la recusación; de ello aparecen cuatro posibilidades de respuesta para el árbitro y la parte, en relación al pedido de apartarse del proceso. Quiere decir que: la parte que aquella parte que no propone la recusación convenga con ella; que el árbitro renuncie; que la parte que no convenga e la recusación; o que el árbitro no renuncie.

Por tanto, si se analiza, en los dos primeros casos, si la otra parte conviene en la recusación o, por el contrario, el árbitro acepta la recusación, se procederá al, rápidamente, al nombramiento del árbitro sustituto de igual manera en que se nombró al árbitro recusado, salvo que se haya nombrado un árbitro suplente antes. En consecuencia, “se reafirma aquí el principio de autonomía privada de partes, pues cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante de las partes”<sup>36</sup>

En cambio, los dos últimos supuestos, si suponemos que la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia; entonces, se procederá según el artículo 29 del Decreto Legislativo N°107:

1. La oportunidad de la recusación tiene un punto límite: hasta antes que se inicie el plazo para la emisión de un laudo; sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia”

---

<sup>35</sup> Decreto Legislativo N°1071 que norma el Arbitraje. Artículo 29.

<sup>36</sup> LEDESMA, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, En: Editorial PUCP, pág. 92, 2010

2. El trámite de la recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
3. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados.
4. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
5. Cuando la Cámara de Comercio resuelva la recusación, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la instrucción.
6. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable.
7. Si no prosperase la recusación formulada, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Finalmente, como se puede observar, solo se puede sujetar a la revisión del recurso de anulación la recusación de árbitros que se hubiese desestimado. En consecuencia, el control post laudo solo opera en dicho casos, puesto que, si la recusación se amparó o el árbitro fue removido por la voluntad concordada de ambas partes no se justificarán una posterior revisión.



## RESUMEN

- Partimos de la premisa de que la solución de conflictos puede viabilizarse a partir de dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, ubicamos como instrumento de solución de conflictos al proceso judicial, y en el segundo al arbitraje.
- La teoría contractualista considera que el arbitraje es un contrato; puesto que el convenio arbitral se origina de la voluntad de las partes, ya que ello permite el surgimiento de la institución y el desarrollo del mismo.
- 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.
- El convenio arbitral no es una cláusula más dentro del contrato, sino que está destinado a brindar jurisdicción para resolver los diferendos que se originen en el contrato.
- La designación del árbitro estará en función del tipo de arbitraje pactado. También, en atención al referente que guiará la decisión puede calificarse el arbitraje de derecho o de equidad.
- La recusación vendría a ser una excepción por la cual una de las partes rechaza tener por juez a uno o varios de los miembros que conforman un tribunal arbitral. Esto presenta su origen en una circunstancia plenamente personal que conlleva a una de las partes a solicitar que el árbitro sea separado de sus funciones en el diferendo.



## AUTOEVALUACIÓN

1) ¿En qué estás basada la teoría contractualista del Arbitraje?

---

---

---

---

---

---

---

---

2) ¿En qué supuestos se puede recusar a un árbitro?

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

3) ¿Se puede afirmar la autonomía del convenio arbitral? ¿Por qué?

---

---

---

---

---

---

---

---



## LECTURAS PROPUESTAS

### Lectura Obligatoria

- Ledesma Narváez, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.31 y s.s.
- Avendaño Valdéz, J. Independencia, Imparcialidad y Recusación, Arbitraje. Lima: Editora Palestra, p. 39-45.

### Lectura Complementaria

- Ledesma Narváez, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP, p.78-ss.

(Disponible en el anexo de lecturas).



## CASOS SUGERIDOS

- El proceso arbitral como instrumento jurisdiccional.
- Incompatibilidad de Recusación de Árbitros.

(Disponible en el anexo de casos)

## UNIDAD III



## ARBITRAJE – LAUDOS ARBITRALES

## PRESENTACIÓN

La motivación es uno de los aspectos formales que todo laudo arbitral debe respetar, sin embargo, más que el cumplimiento de un requerimiento, se trata además del aseguramiento de la garantía fundamental del debido proceso.

Al respecto cabe precisar que existe la posibilidad de que las partes pacten la no motivación de un laudo en concordancia con la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL y es producto de la libre voluntad de las partes.

Adicionalmente a la motivación, si bien el laudo concluye con la emisión del laudo, es posible que las partes soliciten su rectificación e interpretación. Todos estos aspectos se revisarán en esta unidad, a partir de lecturas interesantes de García Ascensos.

En esta unidad podremos apreciar que el Laudo arbitral contiene la decisión de los árbitros, y contra éste solo procede el recurso de anulación y actualmente, de ser desestimada esta acción, cabe interponer un recurso constitucional de amparo, sin embargo, el autor que revisamos y leemos en la lectura sobre Amparo versus Arbitraje tiene una opinión en otro sentido. Será interesante analizar esta perspectiva.

Por otro lado, resulta importante analizar que el Arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, tiene como punto principal la voluntad de las partes, y de someterse a él, no requiere acudir al estado o en todo caso limita al mínimo su participación. Sin embargo hay un riesgo de indefensión. Al respecto la lectura de Arrarte, nos lleva a la reflexión de Fazzalari que indica que tanto las partes como el árbitro, están relacionados por un vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral y desarrollan su papel en el ámbito privado.

En fin, será interesante en esta unidad analizar las opiniones de los autores con respecto a estos temas.



## PREGUNTAS GUIA

1. Haga una síntesis de los aspectos que debe contener la motivación de un laudo arbitral.
2. ¿Es posible que las partes pacten un laudo arbitral no motivado?. Justifique su respuesta.
3. Señale qué sucede si las partes solicitan la rectificación e interpretación del laudo arbitral. Justifique su respuesta.
4. Indique cómo se procede a la ejecución del laudo arbitral y su base legal.
5. Señale en qué momento cesa la jurisdicción de los árbitros.

### III. ARBITRAJE – LAUDO ARBITRAL

#### 1. Arbitraje y Jurisdicción.

El arbitraje si bien tiene un rígen contractual, requiere de la asistencia o colaboración de la jurisdicción para que a través de ella se pueda contribuir a consolidar respuestas eficaces a la función arbitral. La norma vigente, no solo fija la competencia de los estamentos judiciales para dicha colaboración sino que establece para esa vinculación arbitraje-jurisdicción algunas reglas, de orden formal, como por ejemplo que todo escrito que se dirija a la autoridad judicial debe ser redactado en español. Cuando se presente a una autoridad judicial otorgado fuera del país, se requiere que éstos sean autenticados según las reglas del país de procedencia y además certificados por un agente diplomático peruano. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse con una traducción simple a este idioma.

#### 1.1. La prueba anticipada.

El arbitraje es una expresión de la justicia privada, alterna a la estatal. La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros, todo ello sustentado en el principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual. Bajo ese contexto, señalamos que el punto de partida para el inicio del procedimiento arbitral es la designación de árbitros.

La legislación especial permite que en casos de urgencia se mire hacia la jurisdicción en busca de tutela cautelar para garantizar la eficacia del laudo. El inciso 2 del artículo 47 del D. Legislativo 1071 define a la medida cautelar como una medida temporal contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que en cualquier momento, el tribunal arbitral ordene a una de las partes:

- a) Mantener o restablecer el statu quo en espera de que se resuelva la controversia,

- b) Adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o abstenerse de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral y
- c) Proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente (...)

A pesar que la ley arbitral califique como medida cautelar el aseguramiento de la prueba, podemos ubicar ese supuesto bajo la calificación de la “facilitación procesal” un concepto doctrinal y no legal. Comprende al conjunto de procesos orientados a facilitar otro proceso principal con el que aparecen relacionados y tiene por objeto asegurar a las partes idoneidad y precisión en sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a los elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores.

En el caso de la prueba anticipada, ella tiene por objeto la producción o actuación antelada de ciertos medios probatorios frente al riesgo de que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante la etapa procesa correspondiente.

La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista, debido a que busca evitar que determinados medios probatorios sean afectados al no actuarse oportunamente y se frustre la posibilidad de ser utilizados en un proceso posterior. La legislación especial sobre arbitraje no regula expresamente el aseguramiento por la jurisdicción bajo la nomenclatura de “prueba anticipada”. Solo desarrolla la posibilidad de la tutela cautelar, incluso con antelación al inicio del arbitraje. Sin embargo, frente a ese vacío normativo es necesario construir alguna respuesta.

La finalidad de asegurar y conservar las fuentes de prueba para un futuro proceso lleva a confundirlas con la medida cautelar, aunque hay dos grandes argumentos para diferenciarlas:

a). La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron,

b). La medida cautelar decreta inaudita parte, en cambio la prueba anticipada se practica con citación de la futura parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia.

Las pruebas producidas con anterioridad a la interposición de la demanda arbitral pueden incorporarse al proceso con carácter definitivo y ser valoradas en un pie de igualdad con aquellas cuyo cumplimiento se verifique durante dicho periodo, razón por la cual carecen de la provisionalidad y la modificabilidad propias de las medidas cautelares.

Otro aspecto que debe precisarse es que el pedido ante una autoridad judicial para la actuación probatoria previo al procedimiento arbitral no es incompatible con el arbitraje ni debe ser considerado como una renuncia a él. A pesar que no se encuentre una referencia textual en ese sentido, como sí aparece para la medida cautelar fuera del procedimiento arbitral, en el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071.

El arbitraje ha tenido un desarrollo impresionante, producto de la gran acogida que el Perú le ha dispensado en las últimas dos décadas. Hoy podríamos afirmar que ya no estamos ante una mera alternativa, sino más bien, y en muchos casos, resulta la vía idónea y principal a través de la cual se busca obtener justicia. En este estudio queremos esbozar algunas ideas relacionando dos temas que nos parecen cruciales en todo el engranaje arbitral, a saber: la constitución del tribunal arbitral y su relación con la emisión de medidas cautelares.

Para lograr tal cometido, vamos a realizar un estudio de, principalmente, tres artículos de la Ley de Arbitraje: el artículo 27 (referido a la aceptación de los árbitros), el artículo 47 (relativo a las medidas cautelares) y el artículo 48 (que regula el tema de la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral). La importancia del tema que vamos a analizar radica, entre otras cosas, en el hecho de que un componente muy importante dentro de un sistema de administración

de justicia es el relativo a la garantía que debería existir de que el fallo que se emita pueda realmente ser acatado y los intereses que de él dependen lleguen a ser satisfechos. Es decir, asegurar que el pronunciamiento que el tribunal arbitral vaya a emitir a través de un laudo, y que se traduce en la declaración de un derecho, pueda ser cumplido por la parte que perdió el litigio y ejercido por aquella que lo ganó.

Lograr dicho objetivo se relaciona directamente con un tema trascendental: la constitución del tribunal arbitral. Ello, debido a que de ese ente depende que una medida cautelar cumpla su función y no sirva como un mecanismo al servicio de la mala fe que algunas personas utilizan para satisfacer intereses que no se relacionan con la correcta administración de justicia.

### **a) Aceptación de los Árbitros.**

El tema de la aceptación de los árbitros se encuentra regulado por el artículo 27 de la Ley de Arbitraje peruana, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 27.- Aceptación de los árbitros 1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento. 2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido».

En principio, debemos señalar que ésta es una norma de carácter dispositivo, ya que la misma empieza su redacción con la frase «salvo acuerdo distinto de las partes», de manera que se reafirma la postura adoptada por la ley, en sentido de que son los actores de un proceso arbitral quienes tienen toda la libertad posible para regular el proceso.

Asimismo, realizaremos comentarios sobre algunos extremos de la norma que creemos deberían ser modificados, razón por la cual el lector deberá tomar tales comentarios y ponerlos en contexto cuando nos refiramos a la adopción y ejecución de medidas cautelares.

Así, pues, pensamos que el plazo concedido en el inciso 1 de este numeral

resulta excesivo, y es que la mayoría de centros de arbitraje señala para tal efecto plazos mucho menores, como por ejemplo la Cámara de Comercio de Lima, la cual establece en su reglamento un plazo de cinco días.

La evolución legal, doctrinal y jurisprudencial que se viene produciendo al adaptar la normativa y su interpretación a la realidad social, ha suprimido tales formalismos (se refiere al hecho de comunicar la aceptación por escrito y en papel), equiparando al documento escrito tradicional cualquier soporte óptico, electrónico o informático que permita su ulterior consulta.

La segunda posición que podría sostenerse señala lo contrario, por cuanto cuando la ley asimila las otras formalidades descritas para el caso del convenio arbitral, lo que está haciendo es, simplemente, establecer supuestos de excepción, es decir, en estos casos excepcionalmente se entenderá celebrado por escrito el convenio arbitral. Sin embargo, cabe recordar que de acuerdo a lo establecido por la Constitución y el Código Civil<sup>3</sup>, las normas que restringen derechos no pueden aplicarse por analogía; así, esta segunda interpretación no podría aplicarse al caso peruano, quedando vigente la primera interpretación.

Por otro lado, cabe señalar que cuando la Ley de Arbitraje hace referencia al deber de comunicar la aceptación por escrito, ello implica que dicha comunicación debe llegar a destino, es decir a la parte que designó al árbitro, dentro de quince días.

Así, se presume que la declaración es conocida por el destinatario cuando llega a destino.

No rigen para estos casos la teoría de la expedición, ni la teoría de la declaración. Es decir, no bastaría que la declaración de aceptación haya sido expedida o haya sido emitida dentro de los quince días, sino que llegue a destino dentro de esos quince días.

De otra parte, un punto que hubiese sido importante señalar en el inciso 1 del artículo 27 de la ley, es el relativo a quién hay que dirigir la aceptación de nombramiento del árbitro.

A diferencia de lo señalado por la ley española, la cual en su artículo 16

señala que la comunicación debe realizarse a la persona que hizo la designación, la normativa peruana no establece ante quién se debe realizar la aceptación.

Así, como la ley no dice algo sobre el tema, entendemos que debería comprenderse que la aceptación al nombramiento de árbitro, al menos, debe ser efectuada a la parte que nombra al árbitro.

Sin embargo, más allá de cumplir con el requisito mínimo, si el árbitro procediera de esta manera, debería seguirse una consideración adicional, y es que no basta con que el árbitro acepte y dirija la carta de aceptación solamente a la parte que lo nombra, sino que debería enviar copia de esa carta de aceptación a la contraparte y, en todo caso, si correspondiera, al árbitro ya nombrado por la otra parte, a efectos de que tome conocimiento de su aceptación.

En todo caso, si ello no ocurriera, la parte que designó al árbitro tiene el deber de poner en conocimiento de su contraparte, y del otro árbitro, la aceptación formulada por el árbitro designado (es obvio que si se tratase de un arbitraje institucional, el nombramiento y su aceptación seguirán las formalidades establecidas en el respectivo reglamento arbitral).

Finalmente, respecto al inciso 1 del artículo 27, es necesario señalar que si el árbitro no comunica la aceptación en el plazo establecido, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Esto no es novedad, pues lo allí señalado concuerda plenamente con las normas generales sobre acto jurídico y las declaraciones de voluntad en ellas contenidas; y es que el artículo 142 del Código Civil señala que: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado». En este caso, por adición, es la propia Ley de Arbitraje la que otorga a la no comunicación de la aceptación un efecto negativo, vale decir, de rechazo del nombramiento. Sobre este último punto, no compartimos la opinión de Roque Caivano, cuando sostiene que parece que una persona a quien se le comunica su designación como árbitro, aunque no exprese de manera formal su aceptación, si pone claramente en ejecución sus atribuciones, deberá ser considerado como tal, en virtud de haber expresado mediante signos inequívocos su consentimiento en ese sentido.

Consideramos que dicha afirmación resulta contradictoria en sí misma, pues una persona que no acepte la designación de árbitro y, pese a ello, actúe como tal, iría en contra de lo deseado por las partes y lo estipulado por la ley, al no tener en cuenta el requisito antes señalado.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 27 de la Ley de Arbitraje señala que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido. Este precepto tiene por finalidad habilitar al tribunal arbitral para poder tomar acciones en cuanto a la eventual solicitud de medidas cautelares.

La redacción del inciso 2 del artículo 27 se relaciona directamente con lo establecido por el artículo 47 de la misma ley, precepto que será analizado posteriormente. Ahora bien, es necesario establecer que la constitución del tribunal arbitral no coincidirá, necesariamente, con su instalación. La instalación del tribunal arbitral supone el hecho de que se haya llevado a cabo la audiencia en la cual se establezcan todas las reglas del proceso que se inicia, además de otras estipulaciones que configurarían un contrato celebrado entre las partes y los árbitros.

Es necesario, además, señalar que el hecho de que se complete la constitución del tribunal arbitral, en los términos establecidos por el artículo 27, inciso 2, no significa necesariamente que la composición del tribunal arbitral esté firme. Decimos ello, en la medida de que, independientemente de que recién se conozca la situación del árbitro, todos sabemos que contra esa aceptación cabría interponer recurso de recusación y, para tal efecto, sea que se trate de un arbitraje administrado, sea que se trate de un arbitraje ad-hoc, las partes tienen, generalmente (eso es lo que establece de manera supletoria la ley), cinco días para recusar al árbitro que haya aceptado desempeñar el cargo, desde la fecha en que haya comunicado esta aceptación a la parte que decide recusarlo.

En este sentido, podría presentarse cierto conflicto entre la consideración de estimar constituido el tribunal arbitral desde este momento y no desde el momento en el cual quede firme la designación de los árbitros. Creemos, por las razones que acabamos de mencionar, que lo correcto sería estimar constituido el tribunal arbitral una vez transcurrido el plazo

establecido por la ley o el reglamento arbitral respectivo, para poder recusar a los árbitros.

Lo ideal, además, es que si el tema de la constitución se toma en cuenta a efectos de dar competencia al tribunal para conocer las medidas cautelares que eventualmente se interpongan, será mejor que dichas medidas cautelares sean conocidas y resueltas por un tribunal que no se encuentre cuestionado en su conformación. Este es, pues, el principal problema que podría presentarse en la relación que existe entre la constitución de un tribunal arbitral y la emisión de una medida cautelar antes del inicio de arbitraje.

Si este fuese el caso, la ley permitiría que un tribunal cuestionado en su conformación, conozca, resuelva y disponga lo relativo a las medidas cautelares que eventualmente le soliciten. En ese sentido, pensamos que se debería haber preferido considerar no constituido aún el tribunal hasta el momento en que éste quede firme, y que dichas medidas cautelares sean conocidas por los tribunales ordinarios que, dicho sea de paso, eran quienes venían siendo competentes para conocer acerca de las mismas hasta el momento señalado en el artículo 27, inciso 2, de la Ley de Arbitraje.

## **1.2. Medidas Cautelares en el Arbitraje.**

El tema de la adopción de las medidas cautelares en un proceso arbitral, se encuentra regulado por el artículo 47 de la Ley de Arbitraje. Así, el inciso 1 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje señala que una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

Las medidas cautelares siempre deben tender a garantizar la eficacia del futuro laudo y, naturalmente, en caso los tribunales arbitrales las dicten, deben exigir las garantías respectivas.

En Derecho Procesal se conoce a este hecho como la contracautela para garantizar la eficacia, es decir para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran generarse para la parte que sufre o padece la medida cautelar, precisamente, si es que el laudo no termina dando la razón a aquella parte que solicita esa medida cautelar.

Madrid Horna señala que a través de todas las legislaciones que ha estudiado, los fines de la tutela cautelar concluyen en tres ideas básicas, pero muy importantes: (i) asegurar que el objeto del litigio no se frustre en tanto se dicte y ejecute el laudo; (ii) regular conductas y las relaciones entre las partes, cosa que ya es una innovación respecto de la teoría cautelar clásica; y, (iii) servir para conservar la evidencia y regular su administración, es decir, se trata de una facultad que finalmente va a ser concedida al Tribunal Arbitral para que éste pueda, de manera amplia y discrecional, en los casos que le corresponde decidir, emitir una decisión que constituya una tutela para que las partes puedan lograr lo que tanto esperan en un arbitraje, es decir, un laudo ejecutable y eficaz.

Monroy Gálvez sostiene que la medida cautelar tiene una finalidad concreta y una abstracta. La finalidad concreta se encuentra destinada a impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio. La finalidad abstracta está referida a la consagración del valor justicia, del prestigio de la labor judicial.

Siendo que el trámite de una medida cautelar se da sin oír a la otra parte hasta que la medida haya sido ejecutada, su naturaleza hace que se suspenda la bilateralidad y el contradictorio, ya que ello podría traer consigo un eventual perjuicio para el afectado con la ejecución de la medida. Por ello, quien solicita una medida cautelar debe ofrecer garantía a fin de resarcir los probables daños que ésta ocasione en caso la pretensión principal sea desamparada. A esa garantía se le denomina contracautela. Simons menciona que la doctrina ha desarrollado tres tipos de contra cautela:



Ahora bien, el inciso 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, señala que por medida cautelar se entenderá toda medida temporal contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a cada una de las partes lo siguiente:

- a) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.
- b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o en menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.

Por el contenido del literal a) puede comprender medidas cautelares de innovar o de no innovar. Debe entenderse que si ésta se mantiene, es de innovar; si se restablece, es de no innovar.

El literal b) señala que las cautelares pueden adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente, en menoscabo del proceso arbitral o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo en el proceso arbitral.

Aquí también puede tratarse de medidas de innovar o de no innovar, pero lo que se busca es evitar que el curso de los acontecimientos haga inútil el desarrollo del proceso.

De otra parte, el literal c) del inciso 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece que la medida cautelar también puede proporcionar algún medio para preservar bienes que permiten ejecutar el laudo subsiguiente, y, el literal d), que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. Entendemos que se busca evitar, de esta manera, que alguna de las partes pueda desaparecer esos.

## Justificaciones para la Cautela

Existe una ventaja para el arbitraje, el cual es oponer al proceso judicial en la celeridad en sus respuestas.

Hoy por hoy esto es muy saludable pues en cuanto a las relaciones económicas se desarrollan a un avance tan rápido que los instrumentos jurídicos no siempre terminan acertando a seguirle a la misma velocidad. Existe un informe en el cual se menciona que los procesos arbitrales duran en promedio de tres a nueve meses en promedio; mientras que en los procesos de justicia estatal los procesos judiciales superan los dos años de duración. En consecuencia, se puede afirmar que el proceso arbitral no se agota o termina en un instante, por el contrario requiere de tiempo y estudio para que se dirimen las controversias.

Por otro lado, cuando se declaran derechos que no han sido anteladamente asegurados, podría conducirnos a la posibilidad de encontrarnos ante pronunciamientos ineficaces, pues la situación de hecho sobre la que se ha definido el derecho se ha alterado. Por ejemplo el cobro de una acreencia en la que no se traba ninguna medida cautelar, situación que aprovecha el deudor para transferir sus bienes registrados, de tal manera que cuando se tiene que ejecutar la medida no hay bienes que afectar.

Ante ello, esto nos lleva a consultarnos por los mecanismos de aseguramiento que no invocaron a tiempo, puesto que ellos buscan facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, preservar cierto estado de las cosas hasta que se resuelva la controversia o evitar cierta pérdida o daño y facilitar la ejecución ulterior del laudo.

Además, puede suceder que antes de iniciarse un proceso arbitral se requiera asegurar pruebas o, posiblemente, intervenir bienes del futuro demandado que se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o, en general, de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia. Entonces la tutela de manera inmediata, hace posible obtener aquel resultado que normalmente se consigue al final del mismo. Con la urgencia del caso se permite anticipar la ejecución, a reserva de lo que luego se decida en el proceso principal. Y se hace primar el factor rapidez sobre el factor seguridad, sabiendo que en muchos casos una resolución tardía equivale a una denegación de justicia. Esto por el factor tiempo ante el proceso.

Entonces, como señala Ramos, “la medida cautelar es el instrumento creado para resolver el conflicto entre la existencia de rapidez y la tardanza en el proceso principal”.

Consecuentemente, la acción cautelar esta siempre vinculada por una relación de instrumentalidad respecto de la pretensión principal ya propuesta o por proponerse. Esto tiene como fin garantizar el resultado de la pretensión principal. Sin embargo, la acción cautelar es autónoma y puede aceptada o rechazada según su contenido y urgencia alegada.

Por lo tanto, con la cautela está dirigida a otro tipo de respuestas, ya no la solución de un conflicto, si no la que busque garantizar, conservar o anticipar los efectos del derecho en discusión. Se pide garantizar o asegurar con el fin de que genere otro tipo de respuestas, otras situaciones, que proporcionen una real efectividad del derecho.

Para el autor Ortells Ramos, el aseguramiento se caracteriza por mantener una situación adecuada para que, cuando jurídicamente pueda desarrollarse los efectos de la sentencia principal, pueda efectivamente hacerlo sin ningún obstáculo que pueda generar una difícil superación. Se sabe que el aseguramiento no produce un agrado de la pretensión deducida en el proceso principal; quiere decir que no significa que el actor perciba la cantidad reclamada, sino, por el contrario, que la afectación de determinados bienes para la futura ejecución forzada y una cierta preferencia a notar el producto como resultado de ser realización forzosa.

Existen, sin embargo otras opiniones que mencionan que traspasar los límites del aseguramiento es aceptar una ejecución sin título, pero se olvida que mantenerse esos límites supone, en algunos casos, algo mucho más grave, el cual es permitir que la controversia se dirima interinamente mediante un auto tutela de las partes.

Los árbitros no solo presentan la facultad de resolver un conflicto sino que también tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares orientadas a que se mantenga o establezca el statu quo mientras se dirime la controversia; se elige medidas para impedir algún daño actual o inminente del propio procedimiento arbitral o se abstenga de llevar a cabo ciertos bienes que permiten ejecutar todo laudo subsiguiente; o se preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia

para resolver el conflicto.

Hay dos posturas que concurren a la posibilidad de presentar medidas cautelares bajo la existencia de un convenio arbitral. Por un lado, una considera que las medidas cautelares son exclusividad de los jueces estatales, en consecuencia las medidas dictadas por los tribunales arbitrales no son admisibles. Por otro lado, la otra postura considera que el tribunal arbitral podrá ordenar medidas cautelares cuando lo considere necesario en relación a la materia de la controversia.

El Decreto Legislativo N°1071 que regula el Arbitraje, asume la última postura, con la advertencia que los jueces estatales también pueden dictarla, en la medida que no se haya constituido el tribunal arbitral.

### **Proceso de amparo contra Medidas Cautelares.**

Pues bien, en el procedimiento de amparo de una medida cautelar por un árbitro, este debe ponderar las garantías fundamentales en dicho procedimiento, en especial, el contradictorio.

El Decreto Legislativo N°1071, menciona que el tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud de la otra parte; sin embargo, se podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante pueda justificar la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia no se frustre.

En tanto, la decisión arbitral adopta la forma de un laudo interlocutorio legítimamente susceptible de ejecución. Además, cuando al mandato cautelar firme se pretendía interponer amparo constitucional, el argumento que se invocaba desde la jurisdicción ordinaria para desestimarlos era, sencillamente, el carácter provisorio y variable de la medida cautelar, en consecuencia, negando de esta manera el control constitucional sobre ellas. El argumento que solo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, resultaría inconstitucional que el juez constitucional se interponga en un proceso en trámite. Esto se pudo apreciar y fue trastocado a partir de la STC N° 1209-2006-AA, en la cual el Tribunal Constitucional analiza la falta de congruencia entre la medida cautelar y el proceso principal, así como también, la aplicación del principio de proporcionalidad para declarar fundada la demanda de amparo. No obstante, en dicha sentencia es

importante recalcar las ideas que contienen los votos singulares de los magistrados; en la cual se sostiene ‘‘ que una cosa es que un decisión expresada en una resolución judicial tenga carácter firme en tanto reviste la calidad de inatacable mediante los recursos procesales previstos, otra, que la medida cautelar pueda variar en el futuro’’

### **Ejecución poslaudo de la ‘Medida Cautelar’.**

Ahora bien, en cuanto a la ejecución de poslaudo se debe tomar en cuenta, es decir se debe apreciar que en la ejecución ‘‘cautelar’’ poslaudo es la participación de la parte interesada para solicitar esta medida ante la jurisdicción. En cambio, las medidas cautelares que dictan los árbitros y de la legitimidad de estos para recurrir a la jurisdicción a fin de solicitar al juez estatal el auxilio para la ejecución de sus mandatos, al emitirse el laudo ya no serán los propios árbitros los que recurran a la jurisdicción para solicitar las medidas conducentes al aseguramiento del laudo.

El otorgar la connotación de una medida cautelar al aseguramiento poslaudo, implica que se podría explicar por la influencia de la redacción del artículo 615 del Código Procesal Civil que expresamente menciona lo siguiente: Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada.

Si observamos bien el contexto en el que se dicta la medida no cabe referirse a una medida cautelar pues no hay nada que asegurar sino que preparase para la satisfacción de ese derecho ya declarado en la sentencia, la misma que su ejecución aparece suspendida a la espera del resultado de impugnación.

Por otro lado, la medida presenta un carácter instrumental, subordinado a la discusión del proceso principal y de la cuestión en él discutida, mientras que la medida ejecutoria es un acto autónomo del proceso de ejecución. Entonces, la medida cautelar se funda en la apreciación del periculum in mora y es facultativa para el juez, es decir es voluntario, según las circunstancias del caso, por el contrario, la medida ejecutoria se presenta en la necesidad de iniciar la ejecución forzosa de un título de ejecución y por lo mismo es un acto obligado de selección y elección de bienes para afectarlos a la ejecución.

## 2. Actividad impugnativa y Laudos Arbitrales.

### 2.1. Nulidad de Laudos Arbitrales.

Al igual que en el ámbito judicial, todo proceso arbitral implica la existencia de una relación jurídica compuesta por las partes del arbitraje que decidieron, por medio de un convenio arbitral, someter su conflicto de intereses a dicho proceso. Dentro de este esquema, la característica más significativa del arbitraje es, sin lugar a dudas, la importancia que posee la autonomía privada. En ese sentido, la autonomía privada de las partes, constituye el eje central de todo arbitraje, pues es a partir de esa autonomía que se desarrolla la «justicia privada». Sin embargo, frente a ese resultado final del proceso arbitral que se manifiesta en un laudo, existen figuras que se pueden invocar para intentar anularlo.

### 2.2. Causales de anulación del laudo.

La vigente Ley de Arbitraje del Perú regula en su artículo 63 una serie de causales por las que un laudo puede ser declarado nulo.

1. El inciso 1, literal a), del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. El literal a) señala de manera expresa una causal de anulación no prevista anteriormente. Dicha causal está referida a la posibilidad de interponer recurso de anulación contra un laudo cuando el convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido. La derogada Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572, sólo contemplaba el supuesto de nulidad del convenio arbitral, por lo que la nueva Ley de Arbitraje abre la puerta a la posibilidad de anular el laudo cuando el convenio arbitral también sea inexistente, anulable, ineficaz o inválido. Sobre el particular, Cantuarias Salaverry se pregunta cuándo un convenio arbitral es nulo y, citando a Lohmann, señala que lo es cuando se encuentra incurso en alguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil o en otra norma. Asimismo, Cantuarias señala que la opinión de Lohmann es lógica y obvia, ya que si se alega y prueba que el convenio arbitral se encuentra incurso en alguna causal de nulidad del acto jurídico, éste y el laudo arbitral deberían ser

declarados nulos por el Poder Judicial. Por otro lado, debemos tener presente que el literal a) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

El artículo 63 del Decreto Legislativo 1071 señala que el laudo arbitral sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
  - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
  - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
  - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
  - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
  - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
  - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
  3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d) y e) del apartado 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias

no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g) de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

En efecto, generado un conflicto, «A» inicia el arbitraje contra «B» y logra un laudo a su favor, ante lo cual «B» interpone recurso de anulación basado en la causal de nulidad del convenio arbitral, que es amparado por el Poder Judicial. ¿La controversia tendrá que someterse al Poder Judicial? La respuesta es que sí, porque la anulación del laudo arbitral se debió al hecho que no existía entre las partes un convenio arbitral, por lo

que no cabe la menor duda de que la competencia del Poder Judicial se restablecerá para resolver cualquier controversia existente entre las partes, salvo que suscriban válidamente un acuerdo de arbitraje. Finalmente, debemos precisar que esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado. En efecto, es lógico que los reparos sobre la existencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral sean expresados desde un inicio en el mismo proceso arbitral y desde el inicio también hayan sido desatendidos por los árbitros. Lo que el sentido común expresado en la Ley quiere es que el reclamo sobre algo tan grave sea oportuno dentro del mismo proceso y no interesado cuando se perdió el proceso.

Si los árbitros tuvieron razón o no en desatender el reclamo inicial de las partes, lo resolverá la jurisdicción ordinaria una vez terminado el proceso arbitral.<sup>5</sup> En segundo término, el literal b) del artículo bajo estudio estipula que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. En relación a la causal regulada por el literal b), Cantuarias Salaverry, señala que esta causal de anulación debe ser alegada y probada por quien la invoca y tiene por misión salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Comenzaremos por señalar que el concepto de debido proceso fue desarrollado a partir del Derecho estadounidense. Carocca sostiene que los orígenes históricos de la noción de debido proceso en el *Common Law*, nos revelan que se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada, que busca la justicia en la tramitación de un concreto proceso. Su importancia radica en que se asienta en el principio esencial de la tradición jurídica anglosajona conforme al cual *where there is no remedy there is no right*, en el sentido de que el derecho existe en cuanto se lo une en *judictio persequi* a través del ejercicio de un *form of action*. La garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. Por su parte, la Constitución peruana de 1993 tiene el mérito de invocar expresamente la observancia del debido proceso como un criterio de obligatorio cumplimiento.

Recordemos que el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que «el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales». Ello lo hace dentro de un artículo dedicado a los llamados «Principios y derechos de la función jurisdiccional», precepto en el cual —a su vez— se incluyen una serie de elementos habitualmente asumidos como componentes centrales de todo debido proceso que presuma de serlo.

Tal como señala De Bernardis, resulta en extremo importante que se haya otorgado al debido proceso rango constitucional, en la medida que permite establecer con carácter absoluto su aplicación en cualquier proceso que se pretenda llevar a cabo, ante cualquier persona o autoridad pues, por su carácter fundamental, requiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar el mayor grado de justicia. El debido proceso es el cumplimiento de todas las garantías del orden público, que deben aplicarse en todos los procesos. Dentro de tal orden de ideas, la violación del debido proceso —siempre y cuando se haya reclamado ésta en su oportunidad y haya perjudicado ostensiblemente los derechos procesales del reclamante—, es también una causal de anulación del laudo. Se entiende aquí también por violación del debido proceso la indebida notificación de la designación de un árbitro. Los efectos que la Ley quiere para esta anulación son los de preferir pese a todo el arbitraje, que el arbitraje no muera sino que despierte nuevamente a la vida desembarazado de la violación y sus consecuencias, preservando todo lo actuado en el proceso hasta antes de la violación, para, a partir de allí, continuar con el arbitraje y llegar a un laudo fruto del respeto al debido proceso. Aquí también debemos precisar que esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado. Finalmente, debemos tener presente que el literal b) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, establece que si el laudo se anula por esta causal, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación

manifiesta del derecho de defensa.

A su vez, el literal c) señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo. La Ley de Arbitraje peruana, como la mayoría de las leyes arbitrales que basan de manera correcta su articulado en el respeto a la autonomía de la voluntad, deja a las partes y, en su defecto, a los árbitros, un amplio margen para construir el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus intereses. Justamente, con la finalidad de salvaguardar esta libertad, la causal bajo comentario autoriza la anulación del laudo arbitral, cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo de las partes, siempre y cuando las disposiciones contractuales no se opongan a las normas imperativas de la propia Ley de Arbitraje.

El oportuno reclamo dentro del mismo proceso arbitral resulta aquí también condición para que esta causal prospere. El efecto de la anulación del laudo por esta causal es, obviamente, el que las partes procedan a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral deba reiniciar el arbitraje en el estado en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable, de conformidad con lo establecido por el literal c) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje. El literal d) regula el supuesto de que el tribunal se haya pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, es decir, haber laudado extra petita.

Como bien sabemos, los árbitros sólo pueden resolver sobre cuestiones que hayan sido pactadas en el convenio arbitral o en acto posterior. Lete señala que no resultaría factible que los árbitros decidieran resolver cuestiones ajenas a la materia para la que fueron nombrados, pues ello se encontraría en flagrante contradicción con el propio fundamento de la institución arbitral. Tal como señala Barona, referido por Castillo Freyre, el fin de la anulación por esta causal es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad —por tanto— de discutir el mayor o menor fundamento de lo

resuelto, reduciéndose a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso.

Por otro lado, Cantuarias precisa que la anulación sólo afectará los puntos no sometidos a decisión, siempre y cuando tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. Además, debe tenerse en cuenta que la causal bajo comentario sólo afectará a los laudos arbitrales que contengan excesos en la materia (extra petita o ultra petita), pero no cuando los árbitros hayan fallado omitiendo resolver sobre alguna materia sometida a su conocimiento (infra petita). En la misma línea encontramos a Palacios, quien sostiene, en relación con la hipótesis de que el recurso de nulidad sea favorablemente acogido por el hecho de haberse dictado el laudo sobre puntos no controvertidos, que se autoriza a declarar la nulidad parcial del pronunciamiento, si éste es divisible.

A entender de Munné, referenciado también por Castillo Freyre, en este supuesto puede solicitarse y, en su caso, declararse tan sólo la anulación parcial del laudo, en la medida que la materia no sometida a decisión del árbitro sea escindible de las cuestiones sometidas a su conocimiento y sobre las que no se declara su anulación. En caso contrario, debería declararse la anulación de todas esas cuestiones, las cuales deberán plantearse de forma conjunta en un proceso ordinario posterior. El hecho que se haya laudado sobre algo que no se ha pedido es, obviamente, una causal de anulación del laudo. Aquí, quiere la Ley que la anulación afecte el laudo sólo en aquello que está de más por la razón que fuere, mientras se le pueda separar fácilmente de lo que sí se pidió que se laudara. Si no se puede separar, porque una cosa es indesligable de la otra, no procede la anulación.

Al igual que en los casos anteriores, esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado. Finalmente, debemos tener presente que el literal d) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes. El literal e) indica que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el tribunal arbitral ha resuelto

sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. En este caso se está haciendo alusión a las exclusiones señaladas en el artículo 2 de la Ley, que son las excepciones en lo que respecta a materias no arbitrables (las reguladas en el artículo 1).

El artículo 1 de la Ley establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, conforme a Derecho, así como aquéllas que la ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen. De otro lado, el literal f) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley, señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional. Esto también va de la mano con lo señalado en el artículo 2, especialmente, en el inciso 2.17 Y, por último, el laudo podrá ser anulado cuando, según lo dispuesto en el literal g) del inciso 1, la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. Los plazos para laudar — que siempre deben encontrarse pactados en el acta de instalación del tribunal arbitral o fijados supletoriamente por la ley o el reglamento que resultare aplicable al proceso— son muy importantes y su incumplimiento puede determinar, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales, la anulación del laudo. Aquí, anulado el laudo por esta causal, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido por el literal f) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

### **Supuestos de anulación no contemplados en la Ley de Arbitraje**

Es importante analizar que no se haya incluido como causal de anulación del laudo, la posibilidad de impugnarlo por haberse laudado sin las mayorías requeridas, como sí lo hacía la derogada Ley General de Arbitraje. En los supuestos en donde hemos señalado la no existencia de un laudo, es decir, aquéllos en los cuales sólo voten los dos árbitros de

parte en sentidos opuestos, aquél otro en el cual sólo vote un árbitro de parte (caso indudable de no existencia de un laudo) y el último supuesto —de solución discutible— en donde sólo votó el presidente, la Ley no establece una solución expresa al problema. Por un lado, podría entenderse que al no haber habido laudo, cualquiera de las partes estaría facultada para dar inicio a un nuevo proceso arbitral. Similar razonamiento podría esgrimirse para el caso en el cual ninguno de los tres árbitros hubiese laudado. ¿Pero qué ocurriría en aquel supuesto en el que una de las partes señale que a pesar de existir el solo voto del presidente y al no haber sido impugnada dicha decisión, la misma deba considerarse firme y, por tanto, deba estimarse que tal voto tiene la categoría jurídica de laudo?

Recordemos, el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572, que establecía como una de las causales de anulación, el haber laudado sin las mayorías requeridas. Y ¿cuál es el correlato de esta norma en la actual Ley de Arbitraje? Pues, simplemente, no existe correlato alguno, vale decir que no se ha contemplado entre las nuevas causales de anulación de Avendaño Valdez, Juan Luis. «Causales de anulación».

En efecto, el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje contemplaba dicha posibilidad. Los laudos arbitrales, el caso en el cual el tribunal hubiese laudado sin contar con las mayorías requeridas, dudamos mucho de que puedan hacerse extensivos los alcances del literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la nueva Ley, cuando señala como una de las causales de anulación de los laudos, el que las actuaciones arbitrales no se hubieren ajustado a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.º 1071. Decimos esto, en la medida que la decisión de aquel árbitro que en solitario emitió su voto —en principio—, no transgrediría ninguna disposición ni de la Ley de Arbitraje ni, eventualmente, del Reglamento arbitral que resultare aplicable o de la respectiva acta de instalación. Queremos subrayar que el voto en cuestión sería un voto emitido plenamente dentro de los cauces jurídicos, de modo tal que ese voto no se apartaría de ninguna disposición legal ni reglamentaria. Esto significa que nos encontraríamos ante un vacío de la Ley que no debió producirse, habida cuenta de que el artículo 52 de la Ley de Arbitraje no llega a cerrar un círculo en el que pueda decirse que siempre habrá una decisión arbitral, ya que es evidente que en algunos casos como los expuestos, simplemente no habrá laudo. Debemos admitir que si sólo hubiese votado

un árbitro de parte, se podría sostener que al no haberse laudado por mayoría, se estaría contraviniendo una disposición de la propia Ley (el artículo 52, inciso 1). Pero no ocurriría lo mismo en el supuesto en el cual el único que hubiese emitido su voto hubiera sido el presidente del tribunal arbitral, ya que aquí también se podría sostener la no existencia de mayorías; pero, por otra parte, se podría argumentar que el laudo sí fue emitido mayoritariamente, si se entendiera aplicable la ficción contemplada en el inciso 2 del referido artículo 52.

En todo caso, creemos que el artículo 63 hubiese hecho bien en mantener como una de las causales de anulación, la de haber laudado sin las mayorías requeridas; ello, con el propósito que no quede duda alguna de que ésta sigue siendo una causal de anulación de los laudos arbitrales, y de que no se pueda discutir —como lamentablemente sí puede ocurrir ahora— que dicho supuesto debe entenderse como una de las contravenciones previstas en el literal c) del referido artículo 63. En efecto, hubo reconocidos profesores que consideraron que el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje no tenía efectos prácticos. Creemos que si bien el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje reducía las posibilidades de que no existiera un laudo, consideramos que sí podía presentarse algún supuesto que conllevara la aplicación del inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley. En efecto, pensemos en el caso en el cual el laudo es emitido por un solo árbitro de parte. Aquí cabe preguntarnos ¿qué sucede con los otros dos árbitros (el otro árbitro de parte y el presidente) que no se pronunciaron? ¿Se entienden adheridos los otros dos árbitros a lo decidido por el primero? Cuando dos árbitros emiten el laudo, el tercero —que no se pronunció— se entiende adherido a lo decidido por la mayoría.

Sin embargo, si el laudo fue emitido por uno, que no es el presidente, dos no se pueden adherir al voto de uno, porque uno no hace mayoría. Creemos que éste es un supuesto en el cual se podía demandar la anulación del laudo, en virtud de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, ya que —sin lugar a dudas— se trataba de un laudo emitido sin las mayorías requeridas. Otro supuesto podría ser aquél en el cual los dos árbitros de parte no emiten voto alguno y el presidente sí lo hace. Si bien sabemos que los artículos 46 y 49 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572, contemplaban la posibilidad que los árbitros que no han emitido voto se adhieran al de la mayoría, aquí no estamos ante ese supuesto, ya que el solo voto del

presidente —lo reiteramos— no hace mayoría y no podría entenderse que los otros dos árbitros se adhirieron a dicho único voto. Finalmente, un tercer supuesto sería aquél en el cual los árbitros de parte emiten sus votos (uno declara fundada la pretensión y el otro la declara improcedente) y el presidente —que se supone es el que decide— no emite voto alguno y tampoco se designa al árbitro dirimente, tal como lo establecía el segundo párrafo del artículo 47 de la derogada Ley.

Aquí no se puede entender que el Presidente se adhiere a los votos de los otros árbitros, en la medida que no hay mayoría a la cual adherirse. En tal sentido, y no habiéndose designado al árbitro dirimente, ni siquiera se podría hablar de laudo, ya que sólo se tendrían dos votos distintos. Sin embargo, en el supuesto de que alguno o los dos árbitros notifiquen sus votos como laudo, ellos antes, bien podrían haberse anulado en virtud a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje. Dentro de tal orden de ideas, estos tres supuestos señalados también se pueden presentar hoy en día, con la vigente Ley de Arbitraje, por lo que —lo reiteramos— hubiese sido mejor mantener —como una de las causales de anulación— la de haber laudado sin las mayorías requeridas. A manera de conclusión y en base a lo expuesto por Mario Castillo Freyre y otros, en esta reflexión, no podemos sino enfatizar que nuestra legislación tiene una posición clara en torno a la autonomía del arbitraje, de allí que sus normas se orientan a reforzar tal autonomía estableciendo que el fondo de la controversia se resuelve de manera absoluta y definitiva por el tribunal arbitral. En este esquema, el contenido, los alcances y, más importante aún, la manera en que opera en los hechos el recurso de anulación, resulta extremadamente relevante, puesto que sólo su adecuada aplicación puede garantizar la autonomía, desarrollo y utilidad del arbitraje.

### 3. Ejecución de Laudo.

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.

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.

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

Advertida la necesidad de interacción entre la función arbitral y la judicial, podemos sostener –siguiendo a Chocrón Giráldez– que, en la gama de formas de intervención jurisdiccional (entiéndase, judicial), resulta trascendente aquella de naturaleza complementaria, en la que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial. 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° 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° 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. La regla respecto de la intervención válida del Poder Judicial en materia arbitral – como es el caso de la ejecución de laudos– es el carácter residual, esto es, el Poder Judicial sólo podrá realizar aquellos actos que expresamente autorice la Ley de Arbitraje.

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

### **3.1. Aspectos principales de la Ejecución de Laudos Arbitrales.**

#### **3.1.1. 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 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.

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».

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 solo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia».

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 facultades de ejecución, siempre que éstas no sean contrarias a la Ley, es decir, no impliquen el uso de la fuerza pública. Esta es precisamente la posición adoptada tanto por nuestro ordenamiento arbitral derogado, concretamente en el artículo 83 de la LGA, como por la nueva legislación, en el artículo 67 de la LA, 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 aquellas 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.

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».

En efecto, estimamos que el hecho 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 de Caivano, de 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».

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 o la ejecución de medidas cautelares– 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.

### 3.1.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros.

Los actos de ejecución que puede realizar el tribunal arbitral, en la medida que no implican el uso de la fuerza, pueden ser clasificados en dos 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».

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.

### **3.1.3. 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–, 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 el plazo para su impugnación –arbitral o judicial–, 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.

Así, la calidad de «definitivo» y ejecutable que la LA atribuye al laudo una vez notificado, no implica que esta decisión sea también firme, pues la misma norma –aun cuando de manera excepcional– permite su impugnación paralela a través del recurso de anulación ante el Poder Judicial. 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 esta 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 posibilidad 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» 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° 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» 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.

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, más no generar certeza alguna respecto de lo decidido, pues ésta ya fue conferida por el laudo.

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. Los únicos aspectos que el Órgano Jurisdiccional, es decir 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. 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».

Por otro lado, CHOCHRÓN 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(28)».

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 solo 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 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, más no está autorizado a rechazar la ejecución del laudo invocando la afectación al orden público o el carácter no arbitrable de la materia resuelta.

### **3.2. 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 aquellas 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, y sólo en aquello 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. 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 sólo tenía la calidad de título ejecutivo, cuando había adquirido la calidad de firme, sea por consentido o ejecutoriado. 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».

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la LA entró en vigencia con posterioridad al D. Leg. N° 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 sólo del lugar de la sede del arbitraje.

El CPC (artículo 690-B señala, en cambio, que son los jueces especializados en lo civil, o los jueces de paz letrados –dependiendo 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 aquella 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, entorpeciendo con ello el sentido de este proceso. Por otro lado, el CPC (artículo 690-D) dispone que, la contradicción para títulos ejecutivos distintos a los judiciales,

podrá fundarse 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 el ánimo de garantizar la eficacia y celeridad en la ejecución, disponía en su artículo 86 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– optarán 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. 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, 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 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, 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 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 mts, 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 medidas 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.

### 3.2.1 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 parcial 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 contemplado la posibilidad de emitir laudos parciales, en el ánimo de dotar al procedimiento arbitral de una flexibilidad que estimamos saludable.

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», sin hacer alusión a la posibilidad de que se impugnen o ejecuten laudos parciales. No obstante, conviene preguntarnos si ello significa que la posibilidad de impugnar o ejecutar un laudo, sólo puede darse una vez que se haya resuelto toda la controversia sometida a arbitraje, lo que ocurrirá con la conclusión del procedimiento arbitral, entendiéndose que «el laudo» puede estar conformado por la suma de laudos parciales. Al respecto, no existe una posición pacífica en la doctrina ni en la legislación arbitral comparada; no obstante, debemos admitir que de alguna manera la posición antes referida, es la que predomina en nuestro país.

Sin embargo, consideramos pertinente detenernos en el tema, y analizar en qué casos es posible emitir un laudo parcial. Un laudo parcial, en sentido amplio, es el que resuelve una parte de la materia controvertida sometida a decisión del tribunal, decidiendo sobre alguna de las pretensiones de la demanda, o sobre algún aspecto de forma que podría poner fin al proceso, como es el caso de la competencia arbitral, inexistencia del convenio arbitral o el carácter arbitrable de la materia propuesta.

Regularmente, se utiliza esta institución en la medida que el órgano arbitral aprecie que la definición de un tema previo podría evitar la continuación inútil del proceso, así como el gasto que significará la realización de actividad procesal –por ejemplo, probatoria– sobre aspectos que no llegarán a ser materia de análisis y pronunciamiento del tribunal arbitral. Este es el caso de los procesos en los que se plantean diferentes pretensiones, algunas con carácter de principal y otras accesorias o condicionadas a la primera, y que por ende requieren de un pronunciamiento previo respecto de aquella denominada principal.

Evidentemente, también resulta de suma utilidad, cuando la materia sometida a arbitraje plantea distintas controversias originadas en una misma relación jurídica, pero que tienen independencia entre sí (por ejemplo, el cumplimiento de diferentes obligaciones contractuales), de este modo se obliga a los árbitros y a las partes, a enfocar el debate en un tema específico, dejando para el momento oportuno –y sólo en la medida que sea necesario– la discusión y decisión sobre las consecuencias de lo que vengan a disponer.

Así, un supuesto típico en el que cabría un laudo parcial sobre el fondo sería el proceso en el que se ha solicitado como pretensión principal que se defina si un contrato estuvo bien o mal resuelto, y como pretensiones condicionales a la anterior, que se ordene una indemnización por los daños ocasionados por la indebida resolución. En este caso, la materia sometida a arbitraje encierra varios aspectos que pueden ser definidos de manera previa y a través de sendos laudos parciales, por ejemplo, podrá emitirse un laudo parcial sobre la validez de la resolución de contrato, de modo que sólo se continuará

con el proceso y con el pronunciamiento respecto de las demás pretensiones, si se establece que dicho acto no es válido.

De determinarse que el contrato estuvo mal resuelto, entonces el proceso continuará respecto de la pretensión indemnizatoria, pudiendo emitirse incluso un laudo parcial respecto de si existe o no responsabilidad, para luego –y de ser el caso– continuar el arbitraje respecto de la determinación del quantum de la indemnización. Ahora bien, habiendo precisado qué es un laudo parcial y cuál es su utilidad, veamos si éste es posible de ser ejecutado una vez emitido. Al respecto, el artículo 59 de la LA dispone claramente «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación»

El texto es claro, en consecuencia, los laudos parciales, aun cuando versan sobre aspectos específicos de la materia sometida a arbitraje, tienen la calidad de definitivos; sin embargo, debemos admitir que el artículo 6 de la LA, cuyo propósito es determinar las reglas para la interpretación de la Ley, no precisamente contribuye a reafirmar la claridad de la norma transcrita en el párrafo precedente.

En efecto, el artículo 6 señala que el término «laudo» significa tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia, con lo cual puede llevar a algún lector poco cuidadoso a entender que los laudos parciales no tiene la calidad de definitivos, lo que no es exacto. Para definir el sentido de la norma, debemos interpretar sus alcances –lo que resulta curioso si tenemos en cuenta que es el artículo 6 el que proporciona las «reglas de interpretación» de la Ley– recurriendo al método de la interpretación sistemática.

Así, el artículo 60 de la LA, que regula la terminación de las actuaciones arbitrales, dispone: «1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia».

En nuestra opinión, es claro que cuando el artículo 6 menciona el término «laudo definitivo», lo hace para referirse a aquél que concluye la actividad arbitral, de modo que la controversia queda íntegra o definitivamente resuelta, pues luego no habrá algún pronunciamiento adicional sobre el fondo, más no para hacer el distinguo en el sentido que existen laudos definitivos y otros que no lo son.

Habiendo llegado a esta conclusión, la pregunta que se suscita es ¿pueden los laudos parciales ser ejecutados, tan pronto son notificados, en el supuesto que contengan un mandato de condena?. Permitida la emisión de laudos parciales, y no existiendo una limitación al respecto en nuestra legislación, cabría la aplicación del principio jurídico «no cabe distinguir donde la ley no distingue», más aún si la norma que regula los efectos del laudo establece que todos los laudos son definitivos y de obligatorio cumplimiento desde su notificación, por lo que si hubiese querido diferir la posibilidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, tendría que haberlo señalado expresa y claramente.

Lo mencionado anteriormente se ratifica, en nuestra opinión, con lo dispuesto por la LA respecto a la ejecución arbitral, al señalar en el artículo 67 que: «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». En efecto, carecería de sentido la redacción en plural «sus laudos», si la posición del legislador hubiese sido que todos los laudos parciales integran una sola decisión final que es el laudo que será ejecutado al concluir el proceso arbitral.

En conclusión, consideramos que los laudos parciales, no sólo son eficaces y obligatorios desde su notificación a las partes, sino que son pasibles de ejecución judicial si el mandato arbitral lo amerita y la parte obligada a darle cumplimiento, no lo hace en el lapso de 15 días desde su notificación, previsto en el artículo 59 de la LA.



## RESUMEN

- El arbitraje es una expresión de la justicia privada, alterna a la estatal. La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros, todo ello sustentado en el principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual.
- La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista, debido a que busca evitar que determinados medios probatorios sean afectados al no actuarse oportunamente.
- Por medida cautelar se entiende toda medida temporal contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral puede ordenar a cada una de las partes: a) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia. O b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o en menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.
- En el procedimiento de amparo de una medida cautelar por un árbitro, este debe ponderar las garantías fundamentales en dicho procedimiento, en especial, el contradictorio.

- La autonomía privada de las partes, constituye el eje central de todo arbitraje, pues es a partir de esa autonomía que se desarrolla la «justicia privada». Sin embargo, frente a ese resultado final del proceso arbitral que se manifiesta en un laudo, existen figuras que se pueden invocar para intentar anularlo.
- Las causales de anulación de un laudo, entre otras son: la de haber laudado sin las mayorías requeridas, cuando la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, entre otras.



## AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Es posible adoptar medidas cautelares en el Arbitraje?.  
Explique

---

---

---

2) ¿Cuáles son las causales de anulación del laudo arbitral?

---

---

---

3) ¿Es posible que los árbitros resuelvan sobre cuestiones ajenas  
para las que fueron designados?

---

---

---

4) ¿Cuál es la consecuencia de haber laudado sin las mayorías  
requeridas?

---

---

---

5) ¿El laudo es apelable?

---

---

---



## LECTURAS PROPUESTAS

### Lecturas Obligatorias

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

### Lecturas Complementarias

- García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Lima: Editorial Adrus, p.45 -55.
- Arrarte Arisnabarreta. A.M. (2009). Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N°. 1071. Nueva Ley de Arbitraje, en Arbitraje. Lima: Palestra Editores, p. 209-234.

(Disponible en el anexo de lecturas).



## CASOS SUGERIDOS

- Contenido de Laudo Arbitral.
- El Arbitraje en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje.
- Impugnación de Laudos arbitrales.

Disponible en el anexo de casos)

## UNIDAD IV



## CONCILIACIÓN

## PRESENTACIÓN

Esta unidad permitirá a los discentes revisar cuáles son las materias conciliables, como son las pretensiones determinables o determinadas, sobre derechos disponibles de las partes.

En el Derecho de Familia, son conciliables las pretensiones que versen sobre pensión alimenticia, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición.

También en esta unidad se revisarán las materias conciliables en el área laboral, en el área civil y las que se realicen en las DEMUNAS, donde confluyen la mayoría de casos que se producen en la jurisdicción de las municipalidades y que en conjunto coadyuvan al mejoramiento de una cultura de paz, a partir de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Dentro de los aspectos interesantes a reflexionar sobre el tema de la Conciliación, es que Considerando que la Conciliación versa sobre derechos disponibles, y que además éstos son en buena cuenta de contenido patrimonial, sería susceptible de una conciliación cualquier bien que sea valorizable económicamente. Entendemos que la paz, el honor, la exposición a la intimidación, podrían no ser materias conciliables puesto que no son valorizables económicamente, sin embargo, es interesante que desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, se tomen en cuenta, aspectos que si bien no son valorizables en sí, pero que pueden ser motivo de una evaluación desde la perspectiva de las externalidades o de los costos de transacción, en los que se incluye, por ejemplo, el tiempo, la oportunidad, o incluso un lucro cesante o en general un daño.

La razón por la cual no se considera como materia conciliable la violencia familiar, es posiblemente porque el Derecho no asume una disminución cuantitativa de la violencia porque los derechos subjetivos son intransigibles, y en general porque se trata de cautelar el orden social, lo mismo que en el Derecho Penal, ya que se estima el interés público o mejor dicho el rol socializador del Derecho, por encima de todo acuerdo privado.

Interesante reflexión a partir de la lectura de Jaime Abanto, que de manera sencilla y clara muestra los aspectos más importantes de las materias conciliables, de acuerdo a nuestra legislación sobre esta materia.



## PREGUNTAS GUIA

1. Indique cuáles son los derechos disponibles o indisponible señalados en la Ley de Conciliación.
2. Señale cómo es el tratamiento de la conciliación en el ámbito del Derecho Penal.

## IV. CONCILIACION

### 1. La Conciliación en las distintas áreas del Derecho.

#### 1.1. La Conciliación en las distintas áreas del Derecho.

Adicionalmente a la negociación un segundo medio de solución de conflictos es la conciliación. La conciliación se distingue de la negociación por el hecho que interviene un tercero, designado por las partes, quien las ayudará a buscar una solución al conflicto.

Sin embargo, dicho tercero no tiene capacidad de decisión, ni sus propuestas son obligatorias para las partes, quienes finalmente son libres de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

A continuación comentaremos las diversas maneras en que la conciliación ha sido recogida en la legislación peruana.

#### • **Conciliación en Procedimientos Administrativos – INDECOPI**

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 807 en cualquier estado del procedimiento seguido ante el INDECOPI, incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, puede citarse a audiencia de conciliación. El acuerdo al que se arribe en la audiencia de conciliación tendrá efectos de transacción extrajudicial (título de ejecución), lo que facilita su exigibilidad en el caso de incumplimiento.

Sin embargo, es interesante notar que las partes también pueden someterse a cualquier otro mecanismo a fin de solucionar el conflicto (arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos), de tal manera que no se cierra ninguna alternativa para las partes por el hecho que se haya dado inicio al procedimiento administrativo.

#### • **Conciliación en Telecomunicaciones**

Conforme a la Resolución del Consejo Directivo de Osiptel N° 032-97-CD/OSIPTEL en los procedimientos relacionados con los reclamos de usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, el Tribunal de OSIPTEL puede, si lo considera oportuno, realizar una audiencia de conciliación.

El acuerdo conciliatorio equivale a una resolución final del Tribunal, para cuyo cumplimiento el Tribunal puede imponer medidas cautelares y sanciones, de forma tal que se busca evitar que las partes incumplan con los compromisos asumidos en la audiencia de conciliación.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 027-99-CD/OSIPTel, el procedimiento administrativo seguido ante OSIPTel incluye una Audiencia de Conciliación, la misma que se llevará a cabo salvo que alguna de las partes manifieste su deseo de no conciliar.

- **Conciliación en el Mercado de Valores**

De conformidad con el Decreto Legislativo N° 861 y la Resolución CONASEV N° 087-98-EF/94.10 todos los reclamos y denuncias que se presenten ante la Bolsa de Valores de Lima, deberán ser previamente sometidos a la gestión Conciliatoria del Área de Conciliación y Procuración.

El acuerdo conciliatorio tendrá la naturaleza de una transacción extrajudicial y su incumplimiento por parte del asociado será sancionado como falta grave por la Cámara Disciplinaria, sin perjuicio del derecho del inversionista a reclamar su ejecución en la vía judicial.

- **Conciliación en Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud EPS**

En el caso de las entidades prestadoras de salud la Resolución N° 006-99-SEPS crea un Centro de Conciliación que tiene como objetivo intervenir en la solución de controversias en materia de salud que las partes en conflicto le sometan, administrando los procesos de conciliación que se inicien.

Esta conciliación es voluntaria y puede ser solicitada por las partes en forma individual o conjunta.

En este caso el conciliador propone, de acuerdo a las circunstancias y cuando lo estime conveniente, diversas alternativas de solución de la

controversia planteada. En consecuencia, el conciliador no está obligado a formular una propuesta conciliatoria.

### • **Conciliación Extrajudicial**

La conciliación extrajudicial está regulada por la LEY 26872 y por su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS, normas que la definen como un acto jurídico que constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación, Juez de Paz Letrado o de un Conciliador en Equidad, a fin que les asista en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto de intereses.

El acta que contiene el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, de forma que se facilite el ejercicio de los derechos que puedan haberse otorgado en la conciliación.

En la conciliación extrajudicial los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes, razón por la cual el conciliador sólo propone eventualmente fórmulas conciliatorias no obligatorias.

### • **Conciliación Judicial**

La conciliación judicial se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y puede definirse como una forma especial de conclusión del proceso en virtud de la cual las partes en un proceso judicial arriban a un acuerdo con el que se pone fin al proceso, el mismo que tiene el efecto de cosa juzgada. En la conciliación judicial el Juez está obligado a formular una propuesta conciliatoria que las partes tienen el derecho de aceptar o rechazar.

En este sentido la conciliación judicial difiere de la practicada en el ámbito administrativo y de la extrajudicial, toda vez que en estas últimas el conciliador no está obligado a formular propuesta de solución alguna.

Es importante indicar que si en la sentencia se otorga a quien rechazó la propuesta conciliatoria igual o menor derecho que el propuesto en la conciliación se le impondrá una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La imposición de una multa a una de las partes por no conciliar afecta de alguna manera su libertad para aceptar o rechazar la propuesta conciliatoria, lo que ha afectado la efectividad de la conciliación en materia judicial.

Asimismo, el hecho que la conciliación se lleve a cabo ante el mismo Juez que resolverá la controversia tiene también un efecto negativo, pues las partes tienden a mostrarse reservadas y reticentes a compartir información o formular propuestas, lo que hace muy difícil que se genere un espacio de diálogo y creación conjunta de ideas que facilite la búsqueda de un acuerdo.

### • **Conciliación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo**

La conciliación en esta materia se regula por lo dispuesto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593) y en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (aprobado por Decreto Supremo N°011-92-TR).

En este ámbito la conciliación se define como una forma de solución de conflictos laborales que se debería caracterizar por ser flexible y simple en su desarrollo, en la cual un conciliador promueve el avenimiento de las partes. Durante el procedimiento las partes pueden llegar o no a un acuerdo conciliatorio y reunirse tantas veces como lo deseen.

Es interesante notar que para efectos laborales el conciliador que formule propuestas de solución, se entiende que actúa como mediador. En ese sentido la conciliación en el ámbito laboral se distingue claramente de la conciliación judicial, donde el conciliador está obligado a formular una propuesta conciliatoria.

### • **Conciliación entre empleadores y trabajadores**

La posibilidad de conciliar entre empleadores y trabajadores se encuentra recogida en el Decreto Supremo N° 002-96-TR, conforme al cual la conciliación puede definirse como un instituto destinado a promover el acuerdo entre empleadores y trabajadores, a fin de encontrar una solución autónoma a las controversias que surjan en la relación laboral, caracterizada por la flexibilidad y simplicidad en su desarrollo.

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 002-96-TR el acta que contiene la obligación de pago de una suma líquida tiene mérito ejecutivo para todo efecto legal y en los demás casos tendrá el carácter de instrumento público.

En lo que se refiere a la obligatoriedad de asistir a conciliar la norma establece que es obligatorio para el empleador asistir cuando así lo solicita el trabajador, de lo contrario estará sujeto al pago de una multa.

Sin embargo, las partes son libres de llegar o no a un acuerdo conciliatorio, sin que el conciliador tenga obligación de proponer una fórmula de solución.

### • **Conciliación en el ámbito procesal laboral**

La conciliación también ha sido recogida en la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636) como una forma especial de conclusión del proceso laboral que puede ser promovida o propuesta después de la audiencia única, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia.

Las partes son libres de conciliar o no, pero en el caso que arriben a un acuerdo conciliatorio éste tiene valor de cosa juzgada.

En el caso de la conciliación en el proceso laboral no hay obligación por parte del magistrado de formular una propuesta conciliatoria, lo cual es consecuente con la regulación de la conciliación en materia laboral donde el conciliador se limita a buscar el advenimiento de las partes.

### • **Conciliación en el ámbito de protección frente a la violencia familiar**

La conciliación también ha sido utilizada como un mecanismo alternativo orientado a la solución de problemas familiares, que tiene por objeto la solución del conflicto y la promoción del fortalecimiento de los lazos familiares entre cónyuges, padres y familiares.

En este caso la citación al agresor se efectúa bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, a fin de obligarlo a comparecer.

Sin embargo, en el proceso de conciliación las partes son libres de arribar o no a un acuerdo, pues finalmente de ellas depende el resultado de la

conciliación.

Si se llega a un acuerdo éste tendrá el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada y por ello el incumplimiento de la conciliación concede al Fiscal el derecho de recurrir al Juez de Familia, para exigir judicialmente su ejecución.

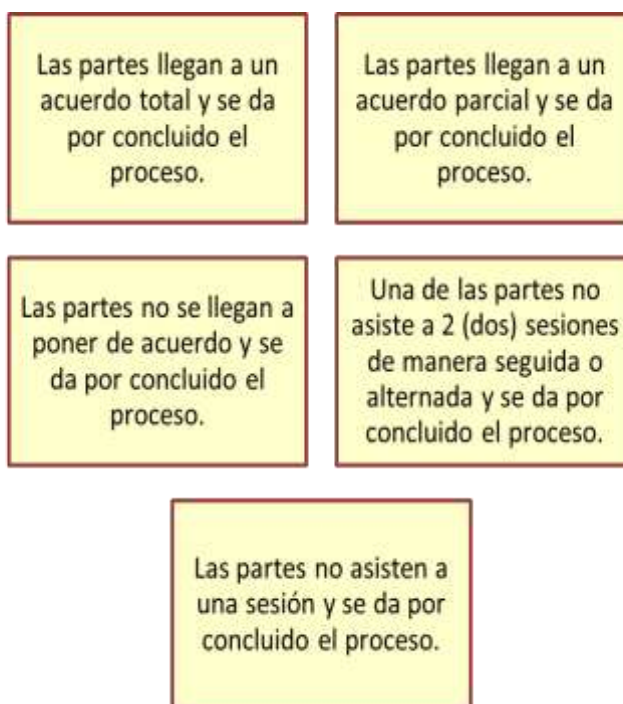
En lo que respecta a este tipo de conciliación no hay obligación por parte del fiscal de formular una propuesta conciliatoria, a diferencia de lo que sucede con la conciliación judicial donde formular la propuesta constituye una obligación del conciliador.

## 1.2. La Audiencia de Conciliación.

La audiencia de conciliación, continuando con nuestra exposición, pasamos a exponer sobre la etapa que, según nuestro punto de vista, es la más importante dentro del proceso conciliatorio: la audiencia.

A excepción de la conciliación en temas de violencia familiar, no existe ninguna clase de articulado que señale alguna actividad especial para el conciliador y las partes que intervienen en un proceso de conciliación. Dado que el tema de conciliación en violencia familiar es sumamente importante y extenso, nos reservamos el comentario del mismo para otra oportunidad.

De llegar a contarse o no con la presencia del conciliador y de las partes intervinientes en el conflicto, pueden darse los siguientes supuestos:



### 1.3. Materias Conciliables en la Conciliación Extrajudicial.

En el artículo 9 de la Ley de Conciliación Extrajudicial 26872 se señala cuáles son las materias conciliables que analizaremos:

#### a). Materias conciliables

Conjunto de controversias con aptitud válida para solucionarse ante un Centro de Conciliación Extrajudicial debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, cuya esencia fundamental radica en constituir derechos disponibles.

Son derechos disponibles aquellos cuya titularidad corresponde únicamente a los particulares, pudiendo disponerlos libremente, porque tienen un contenido estrictamente patrimonial, económico, es decir, lo que son susceptibles de ser valorados económicamente, quedando afuera aquellos regulados por normas de orden público.

#### • Civiles y Comerciales

- Pago de deudas en moneda nacional o extranjera (prestamos, pago de alquileres).
- Desalojo
- Indemnización de daños y perjuicios.
- Otorgamiento de Escritura Publica
- Convocatoria a Junta o Asamblea
- División y partición de bienes
- Ofrecimiento de Pago
- Interdictos
- Obligación de hacer
- Obligación de no hacer
- Resolución de contrato
- Rectificación de áreas
- Cobro de mejoras
- Otros derechos disponibles.

#### • Vecinales

- Ruidos Molestos

- Filtraciones de agua, humedad, humos.
- Rajaduras y fisuras
- Ubicación de Basureros
- Otros entre vecinos de libre disposición.

- **Familia**

- Alimentos (fijación, aumento, disminución).
- Régimen de visitas.
- Tenencia.
- Liquidación de sociedad de gananciales.
- Otros derechos de libre disposición.

## **2. Análisis Del Decreto Legislativo No. 1070 y las modificaciones de la Ley de Conciliación Extrajudicial.**

A través de las facultades que el Congreso de la República otorgó al Poder Ejecutivo (Ley N° 29157), para legislar sobre materias relacionadas con la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1070 (publicado en El Peruano el 28 de junio del 2008) que modifica una serie de aspectos de la Ley N° 26872, ley de conciliación extrajudicial (LCE). Frente a los cambios producidos, corresponde analizar en la presente nota si esta delegación de facultades comprendía esta clase de temas o no, así como cuál ha sido el sentido de las modificaciones producidas.

- **Desde el punto de vista constitucional**

El carácter excepcional de los decretos legislativos; en este caso específico, sobre conciliación extrajudicial nos lleva a la reflexión sobre si las modificaciones efectuadas correspondían efectivamente, a la materia delegada y si guardaba relación directa con los objetivos de la ley autoritativa.

Después de la aprobación de la LCE en noviembre de 1997, el Congreso de la República había aprobado diversas modificaciones a la misma, siempre por el pleno legislativo y nunca, hasta la fecha, por delegación de facultades. Al respecto, si bien no habría un impedimento formal para regular este tema a través de decretos legislativos, ya que no se refiere a una materia reservada por la Constitución Política para ser únicamente abordada por el Parlamento, ni se trataba de una ley orgánica (que

requeriría de votación calificada), lo menos que se esperaba era una suficiente y debida motivación del Decreto Legislativo N° 1070 (D.Leg. 1070). Lo exigido era una motivación que indicara por qué había la necesidad de expedir esta norma bajo este procedimiento delegado; ya que, de lo contrario, podría tratarse de una arbitrariedad del Poder Ejecutivo que no desea exponer este tema al debate político que sólo el Congreso, a pesar de sus imperfecciones conocidas, garantizaba.

Respecto al mandato temporal, todo indica que el mismo se ha ajustado a los plazos señalados por la ley autoritativa, por lo que este elemento del test de constitucionalidad estaría ajustado a Derecho. No podemos decir lo mismo en el caso del mandato material, ya que la breve motivación del D. Leg. 1070 no establece mayor justificación que evidencie las razones del Ejecutivo; cuál es la vinculación de la conciliación extrajudicial con la implementación del TLC con Estados Unidos de América. En todo caso, podríamos preguntarnos por qué este tema era relevante y por qué muchos otros temas de la reforma del Poder Judicial, temas que siguen paralizados por la desidia del propio gobierno. También cabe interrogarnos por qué el sentido de las modificaciones introducidas en la LCE, en qué se han sustentado para suponer que de esta manera funcionará mejor el mecanismo de la conciliación.

- **Desde el punto de vista material**

Es necesario tener en cuenta lo que desde el Estado se venía produciendo en los últimos años, en relación a este importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Consideremos que, desde la aprobación de la Ley N° 26872, había sido muy accidentada la implementación del sistema creado por dicha norma, el cual tenía como objetivos –según la exposición de motivos– generar una cultura de paz así como descongestionar el Poder Judicial.

Recordemos que en noviembre del año 2000, en el marco del plan piloto de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial (Decreto Supremo N° 007-2000- JUS), empezó a regir el requisito de la obligatoriedad del intento conciliatorio en las ciudades de Arequipa, Trujillo y el distrito judicial de Lima Norte. Posteriormente, desde el 1° de marzo del 2001, se amplió esta vigencia para Lima y Callao (Ley N° 27398) por lo que en determinadas materias, antes de ingresar una demanda al Poder Judicial, el demandante debía acreditar que había solicitado conciliar con su

contraparte (lo que se lograba con la presentación de la copia del acta expedida por un centro de conciliación que indicara que no hubo acuerdo). Obviamente, si se producía el acuerdo, ya no se requería demandar ante un juez.

Transcurridos poco más de siete años desde la implementación de la obligatoriedad, y más de diez años desde que se aprobó la Ley N° 26872, no se apreciaba desde el Poder Ejecutivo el debido interés para efectuar un balance del plan piloto, que evaluara objetivamente si se habían producido beneficios o no con el fomento de la conciliación extrajudicial. Muy por el contrario, los pocos estudios efectuados al respecto indicaban la necesidad de derogar este requisito de la obligatoriedad, porque de la manera en que se había llevado a cabo, dicho requisito había devenido en una barrera de acceso a la justicia.

En esa orientación se encontraba el Informe Final de la CERIAJUS (2004), documento suscrito por todas las instancias estatales vinculadas al sector justicia, incluyendo al ministerio correspondiente. Y más recientemente, el Informe N° 109 de la Defensoría del Pueblo señalaba la necesidad de “una investigación que revise los aspectos técnicos de la experiencia y que dé cuenta en qué medida ha contribuido a la construcción de una cultura de paz en nuestra sociedad y a la descongestión de procesos en el Poder Judicial”. Además, dicho Informe indicaba una serie de elementos a ser tomados en cuenta para evaluar la conciliación obligatoria y previa al proceso judicial.

También, reforzaba esta argumentación los pocos resultados que se conocían de la implementación de la conciliación obligatoria, en la que claramente se apreciaba que la misma había devenido en un trámite burocrático, ya que los procedimientos conciliatorios concluían en la mayoría de casos por inasistencia de una o ambas partes. Al respecto, según información del propio Ministerio de Justicia durante el 2007, de 31,048 conciliaciones concluidas, 14,287 terminaron con inasistencias, lo que significaba el 46% de los casos; mientras que en los procedimientos donde asistieron ambas partes el 89% de ellos habían concluido con acuerdo entre las partes, siendo este último dato merecedor de un análisis expreso.

Como puede verse, la manera como se estaba llevando este tema no había sido la más eficiente y, por el contrario, reflejaba un malestar

ciudadano que significó para el propio Estado la voluntad de volver a la conciliación facultativa. Prueba de esto había sido que el propio Poder Ejecutivo en el 2004 presentó un proyecto de ley en ese sentido, el mismo que llegó a ser dictaminado favorablemente por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República en marzo del 2005. Además, el actual Gobierno presentó en noviembre del 2007 un proyecto de ley con carácter de urgencia, por el que se intentaba modificar varios aspectos de la LCE ya que “no se concibe hablar de un crecimiento responsable del sistema de conciliación sin contar con el estudio técnico correspondiente”.

Incluso desde el propio Poder Judicial, en el marco de investigaciones realizadas, se reflejaba esta posición. Así puede apreciarse de uno de los pocos estudios publicados sobre el funcionamiento de los centros de conciliación del Ministerio de Justicia, elaborado por Virginia Montoya. En dichos estudios se señala (recomendaciones finales), que la obligatoriedad no es una condición determinante en el cumplimiento de los acuerdos, “es más no guardan relación directa, ya que en provincias donde (la conciliación) es facultativa, son menos los jueces los que ejecutan actas por incumplimiento”.

Lo cierto es que desde un análisis de conveniencia y oportunidad, uno podría estar a favor o en contra de mantener este requisito de la obligatoriedad de la conciliación, pero si en algo se coincidía, era en que debía efectuarse un balance completo que nos indicara por qué la mayoría de procedimientos conciliatorios terminaban con inasistencia de una o ambas partes, así como explicar qué estaba sucediendo con los acuerdos conciliados (en el sentido de si se estaban cumpliendo). De ahí, que cualquier reforma que se propusiera atiende realmente las necesidades ciudadanas y no responda a salidas improvisadas o a intereses de los centros de conciliación por incrementar su mercado.

Otra necesidad era, además, analizar cómo afrontar las dificultades del ente rector -es decir, el Ministerio de Justicia-, que durante estos años no había podido regular apropiadamente la función de los operadores del sistema conciliatorio, ni coordinar eficientemente con el Poder Judicial.

Debe tenerse en cuenta que más allá de las intenciones y buena voluntad de parte de los funcionarios que han podido pasar por la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos (ex Secretaría Técnica de Conciliación) del Ministerio de Justicia,

lo cierto es que dicha instancia ha carecido de los recursos y las capacidades apropiadas para cumplir su finalidad, es decir, regular el funcionamiento del subsistema conciliatorio y, por ende, la actuación de sus operadores. La consecuencia se ha observado en la casi ausencia de regulación estatal, o en que el ente regulador no haya podido llegar a los diversos operadores, quienes en no pocas ocasiones han aprovechado este vacío para desarrollar conductas contrarias a los fines de la conciliación.

Varios de tales aspectos, indebidamente desnaturalizados, han tenido que ver con la poca consistencia y el insuficiente nivel de formación de quienes aspiraban a convertirse en conciliadores, contando con operadores de deficiente entrenamiento y sin mayores habilidades para un desempeño apropiado. Otra debilidad ha sido la manera en que buena parte de los centros de conciliación han desvirtuado el procedimiento, llegando al extremo de sacrificar los fines de este mecanismo de consenso para cumplir con un requisito de admisibilidad de la demanda, produciendo un escenario no deseado: que se perciba a la conciliación extrajudicial como una formalidad adicional para la presentación de una demanda.

Estimamos que ninguno de estos factores habría gravitado en el Poder Ejecutivo para que, sin mayor justificación, se establezca que ya culminó el plan piloto creado por el DS. 007-2000 (Quinta Disposición Complementaria Final), y que por lo tanto están dadas las condiciones para expandir el procedimiento conciliatorio hacia nuevos temas, además de exigir que la obligatoriedad se entenderá ahora para ambas partes como la solicitud y concurrencia a la audiencia ya que, de no hacerlo, significará para el solicitante la improcedencia de su demanda (art. 6), y para el invitado, la influencia negativa en el proceso judicial -además de la multa que le será impuesta por el juez (art. 15)-.

Estos aspectos son delicados y requerirían un análisis mayor para evaluar si no se está afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al establecer una barrera para acceder a los tribunales. Después de todo, si bien se admite en doctrina que se pueden establecer límites para acceder a la jurisdicción, estos tienen que ser razonables y justificados porque persiguen una finalidad superior. Nos preguntamos si las restricciones que se plantean son adecuadas, sobre todo si se está acrecentado el margen de obligatoriedad de la conciliación al exigirse a las partes estar presente

durante toda la audiencia. Si admitimos que de lo que se trata es de una restricción de un derecho fundamental, la tutela jurisdiccional, tendríamos que considerar que en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido que estos recortes tienen que respetar el principio de legalidad, que significa que cualquier modificación que se haga debe realizarse a través de una ley ordinaria formal y no a través de cualquier norma con rango legal.

- **Otros temas para el debate**

Adicionalmente, existe una serie de cambios legislativos, algunos más pertinentes que otros, que tienen el propósito de introducir mejoras sustanciales en el procedimiento conciliatorio. Entre las modificaciones aprobadas destacamos los cambios ocurridos respecto a las reglas de concurrencia a la audiencia, que si bien exige como regla general que sea personal, se admite la excepción de las personas que no pueden trasladarse al centro de conciliación (art. 14). También se aclara los pasos a seguir cuando se debe rectificar el acta de conciliación y no asiste una o ambas partes, con lo cual el centro de conciliación expedirá una nueva acta por falta de acuerdo. De otro lado, se otorga rango legislativo a la facultad sancionadora del Ministerio de Justicia, aspecto que precisamente, había sido uno de los flancos débiles en la regulación de los operadores. También nos llama positivamente la atención el mandato por el que universidades, gobiernos regionales, gobiernos locales y colegios profesionales han de implementar y garantizar el funcionamiento de centros de conciliación dirigido a personas de escasos recursos (art. 25).

Tema que requiere mención aparte es el caso de la conciliación judicial, la misma que si bien se mantiene como parte del proceso civil, estará ahora a cargo de los centros de conciliación -aunque nada impide que en cualquier etapa del proceso, si las partes lo solicitan, pueda el juez convocarla (Art. 324 modificado del Código Procesal Civil)-. A nuestro modo de ver, se ha simplificado la oportunidad en que puede darse la conciliación; es decir, antes de la etapa judicial, dándole coherencia al proceso y a la vía previa conciliatoria.

A Consideración del autor el decreto legislativo analizado ha incrementado la intensidad de la obligatoriedad de la conciliación sin mayor base técnica que la sustente, y si bien esta medida está acompañada de una serie de modificaciones -muchas de ellas bastante pertinentes- ha dejado de lado la oportunidad de regular de modo integral a partir de una nueva ley de conciliación.



## RESUMEN

- La Conciliación Extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación, Juez de Paz Letrado o de un Conciliador en Equidad, a fin que les asista en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto de intereses.
- La conciliación judicial se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y puede definirse como una forma especial de conclusión del proceso.
- En ese sentido la conciliación en el ámbito laboral se distingue claramente de la conciliación judicial, porque el conciliador está obligado a formular una propuesta conciliatoria. En cuyo caso se entiende que actúa como mediador.
- En el proceso de conciliación las partes son libres de arribar o no a un acuerdo, pues finalmente de ellas depende el resultado de la conciliación. Si se llega a un acuerdo éste tendrá el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.
- Son materias conciliables el conjunto de controversias con aptitud válida para solucionarse ante un Centro de Conciliación Extrajudicial debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, cuya esencia fundamental radica en constituir derechos disponibles.
- Son derechos disponibles aquellos cuya titularidad corresponde únicamente a los particulares, pudiendo disponerlos libremente, porque tienen un contenido estrictamente patrimonial, económico, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente, quedando afuera aquellos regulados por normas de orden público.



## AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Cómo puede concluir una Audiencia de conciliación?

---

---

---

---

2) ¿ Es posible la Conciliación en caso de Violencia familiar?.  
Explique.

---

---

---

---

---

3) ¿Cuál es la crítica que se hace a la Conciliación  
extrajudicial a partir del D.Leg. 1070?

---

---

---

---

---



## LECTURA PROPUESTA

### Lectura Obligatoria

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

(Disponible en el anexo de lecturas).