

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PRIVADO



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

“CONSIDERACIONES SOBRE LA VIABILIDAD DEL CON / ARB EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”

Dr. Christian Stein

Setiembre 2012

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN

**Cuestión previa informativa*

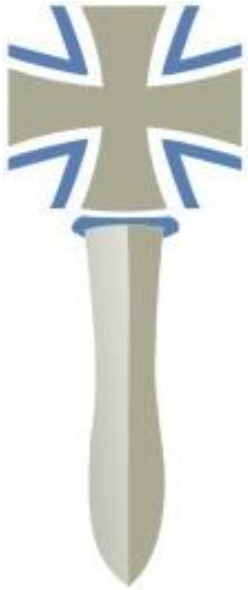
➤ *Tipos de jurisdicción:*

**Ordinaria*

**Militar*

**Arbitral*

**Especial*



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

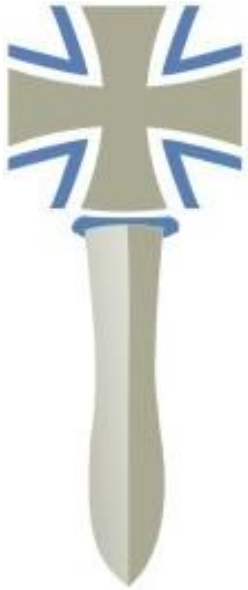
www.iuscont.pe

jurisdicción.

(Del lat. *iurisdictio*, -ōnis).

1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar.
2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
3. f. Término de un lugar o provincia.
4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.
5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro.
6. f. Territorio al que se extiende.

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

~ **contenciosa.**

1. f. **Der. jurisdicción** que se ejerce en forma de juicio sobre pretensiones o derechos contrapuestos de las partes litigantes.

~ **delegada.**

1. f. La que, aun ejercida en nombre del rey, correspondía a los jueces o tribunales, sin que pudiera decidir en último término ni aquel ni el Gobierno.

~ **ordinaria.**

1. f. **Der. jurisdicción** que procedía del fuero común, en contraposición a la privilegiada.

~ **retenida.**

1. f. **jurisdicción** que, aunque confiada a tribunales o consejos, dependía en último grado y término del rey o del Gobierno.

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

~ voluntaria.

1. f. *Der.* **jurisdicción** en que, sin juicio contradictorio, el juez o tribunal da solemnidad a actos jurídicos o dicta ciertas resoluciones rectificables en materia civil o mercantil.

caer debajo de la ~ de alguien.

1. loc. verb. coloq. **caer bajo el poder de alguien.**

declinar la ~.

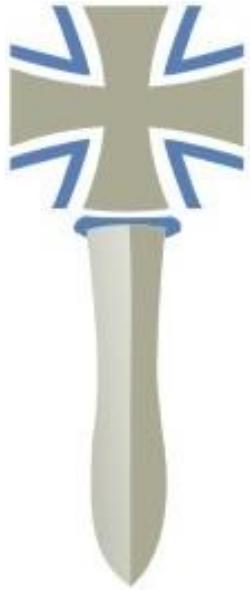
1. loc. verb. *Der.* Pedir al juez que conoce de un pleito o causa que se reconozca incompetente y se inhiba de su seguimiento.

prorrogar la ~.

1. loc. verb. *Der.* Extenderla a casos y personas que antes no comprendía.

Real Academia Española © Todos los derechos reservados

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Base constitucional

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso
La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el **Poder Judicial** a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

(...)

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

(...)

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

“Jurisdicción Administrativa”

El Estado ha flexibilizado su función jurisdiccional.

Se ha roto el “monopolio” del Poder Judicial.

La complejidad del desarrollo motivó instancias resolutivas especializadas.

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Se han habilitado tribunales
administrativos “cuasi”
jurisdiccionales

Sin embargo la “cosa decidida” se
somete a la “cosa juzgada”

Proceso Contencioso Administrativo

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN

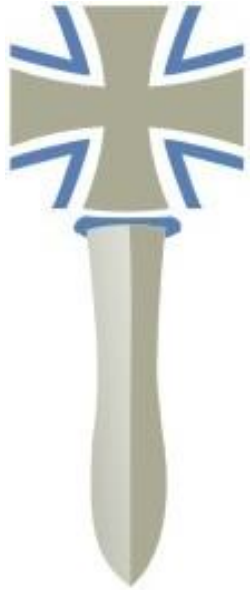
Base Constitucional

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía **arbitral** o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...)



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

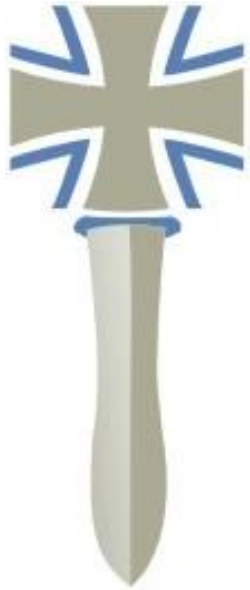
www.iuscont.pe

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

(...)

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Espectro Resolutivo

Jurisdicción:

- **Sede judicial**
- **Sede arbitral**
- Sede militar
- Sede especial
- *Sede administrativa

Autonomía de la voluntad:

- **Sede conciliatoria**
- Fuentes de las obligaciones
(transacción, etc.)

Puntos de encuentro

Eficacia:

Juicio---**Sentencia**

Arbitraje---**Lauda**

Conciliación---**Acta con acuerdo**

TODOS son títulos ejecutivos
Vía procedimental: PROCESO
ÚNICO DE EJCUCIÓN



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Puntos de encuentro

Ejecución:

Art. 339 Código Procesal Civil

Acto jurídico posterior a la sentencia.-

Artículo 339.- Aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe



iuscont

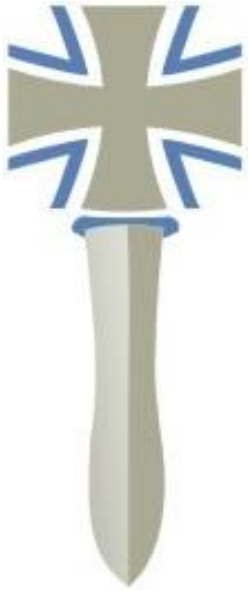
consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Entonces, se puede usar a la
CONCILIACIÓN para regular la
ejecución de una SENTENCIA...

...y también de un LAUDO?

Marco regulatorio



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Arbitraje:

Dleg 1071

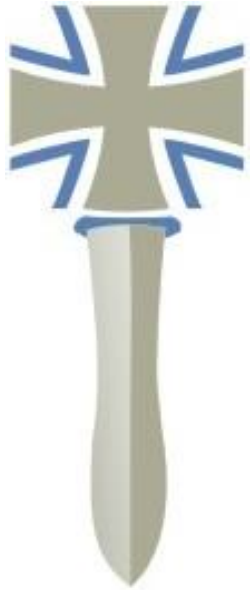
Conciliación:

Ley 26872

DS 014-2008-JUS

Dleg 1070

MARC tradicionales



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Arbitraje: Heterocompositivo

3ro decisorio (árbitro)

_____|_____
Control y responsabilidad

|
Proceso y resultado

|
Gestión del conflicto

_____|_____
Partes

Conciliación: Autocompositivo

3ro facilitador (conciliador)

MARC no tradicionales

Anexos a los tribunales



iuscont

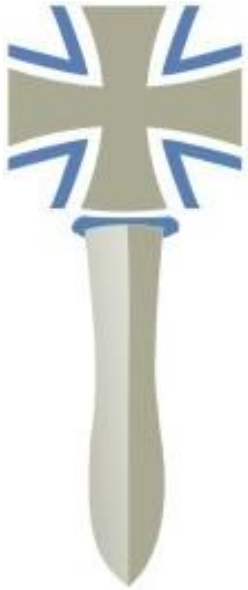
consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Minijuicio (*minitral*)

- Partes intercambian privadamente información sobre la prueba.
- Abogados exponen el caso y sus argumentos ante personas con poder decisión.
- Negociación directa.
- *Partes deciden por acuerdo, mediación (conciliación), arbitraje o juicio.*

MARC no tradicionales



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Evaluación temprana neutral (*Early neutral evaluation*)

- *Pleito con demanda contestada.*
- *Audiencia ante 3ro neutral especialista.*
- *Partes plantean pretensiones, hechos y pruebas.*
- *3ro formula pronóstico no vinculante.*
- *Partes deciden por acuerdo, mediación (conciliación), arbitraje o juicio.*

MARC no tradicionales

Juicio por jurados abreviado (*summary jury trial*)

- *Convocatoria regular a jurado, que ignora que no es un juicio verdadero.*
- *Partes presentan pruebas.*
- *Jurado emite veredicto no vinculante.*
- *Partes indagan la percepción del jurado.*
- *Partes deciden por acuerdo, mediación (conciliación), arbitraje o juicio.*



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

MARC no tradicionales

Justicia privada (rent a judge)

- Partes eligen a 3ero neutral AD HOC con atribuciones de juez de 1era instancia.
- Decisión apelable a la segunda instancia judicial.
- El juez de apelación nombra al *general referee* para recibir la prueba y preparar informe.
- Puede haber *special referee* o *master* para recepción y revisión de pruebas especializadas.



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

MARC no tradicionales



iuscont

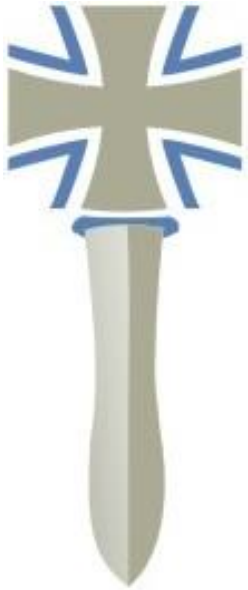
consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Court annexed arbitration o mediation

- El juez remite la disputa a la decisión de un árbitro o a un MED/ARB.

MARC no tradicionales



iuscont

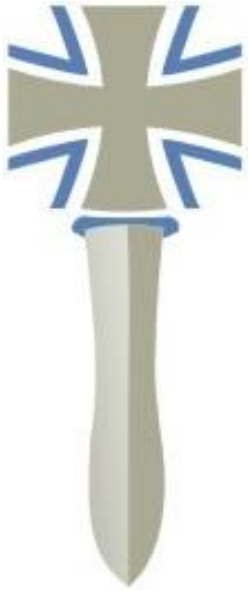
consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

MED/ARB

- El tercero neutral funciona primero como mediador (conciliador).
- Si la mediación fracasa.
automáticamente actúa como un árbitro
y decide la disputa.

MARC no tradicionales



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

High-Low arbitration

- Arbitraje en el que las partes fijan a los árbitros límites máximo y mínimo, lo cual delimita su campo de acción.

MARC no tradicionales



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Baseball arbitration

- Las partes plantean sus posiciones al árbitro, quien sólo puede decidir entre una u otra.

MARC no tradicionales



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Tribunales multipuertas (multidoors courthouses)

- La reclamación ingresa al tribunal y un funcionario asesora y ofrece a las partes diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: Evaluación neutral, juicio sumario, mediación (conciliación), arbitraje o juicio.

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

*Cuestión previa terminológica:
Entiéndase la referencia a **mediación**
como a **conciliación**

Como bien nos señalan Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, puede combinarse la Mediación y el Arbitraje de modo secuencial, con el empleo de la Cláusula

“Med / Arb” .

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Consiste en que las partes se comprometen a intentar la resolución de su conflicto en forma escalonada, haciendo uso de la Mediación, y en caso de fracasar ésta, continuar con el Arbitraje...

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...encontrándonos frente a una opción por la que los contrincantes consienten el empleo de la Mediación, pero con la cláusula adicional que si la Mediación no produce un acuerdo, será seguida del Arbitraje automático, dando la seguridad de que quien entra a la Mediación, de un modo u otro, saldrá con su conflicto resuelto.

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

En realidad nos encontramos frente a una forma híbrida de Cláusula Compromisoria a la que podríamos denominar “Cláusula Compromisoria de Mediación / Arbitraje”, que se conoce de manera común como “Cláusula Med / Arb”...

MED / ARB



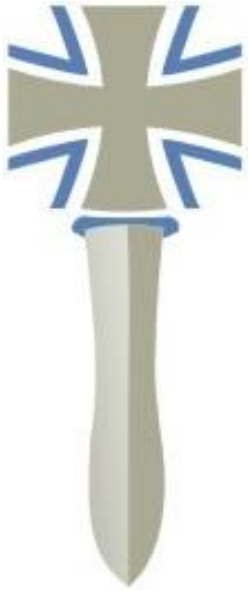
iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...se trata pues de una cláusula por la cual las partes de un contrato se comprometen a recurrir, en caso de conflicto, en primer término a una Mediación y, fracasada ésta total o parcialmente, a un Arbitraje.

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

La práctica sugiere que esta cláusula contenga la obligación de recurrir a ambos procedimientos según determinadas reglas, el modo de designación del mediador y del árbitro, la naturaleza del arbitraje y el régimen sobre costas.

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Si bien ésta figura supone que quien actúe como Mediador podría actuar como Árbitro en caso de no llegar a un acuerdo, es preferible que el Arbitraje sea conducido por una persona distinta de aquella que actuó como Mediador...



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...a fin de evitar que el Mediador — convertido ahora en Árbitro- se vea inadecuadamente influenciado por las expresiones vertidas en confianza por las partes durante las reuniones y que puedan significar pérdida de su objetividad, imparcialidad y neutralidad...



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...y que en sentido contrario podría significar el riesgo que –sabiendo que el Mediador puede luego convertirse en Árbitro con el poder de decidir el caso– las partes no hablen libremente, manteniéndose duramente en su posición, lo que podría frustrar la posibilidad del acuerdo propio de los contendientes.



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

La propia necesidad de los usuarios que desean soluciones rápidas y económicas es lo que los motiva a ser creativos y combinar de manera ilimitada las diversas posibilidades de resolución de conflictos que tienen a la mano a fin de lograr sus objetivos .

MED / ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Una variante es aquella en la que se puede pactar que el Árbitro ya haya decidido y tenga su Laudo guardado antes de comenzar una Mediación ordinaria. El facilitador toma su decisión con anterioridad y la reserva hasta el fin de la Mediación. Si no hay acuerdo, abre el sobre con el Laudo y lo da a conocer. El Laudo tiene carácter vinculante por pacto previo.

Modelo de cláusula MED/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

En Argentina tenemos como modelo de cláusula compromisoria de Mediación / Arbitraje:

Parte A:

“En caso que surgiera cualquier conflicto originado en la interpretación o el cumplimiento de este contrato, las partes acuerdan lo siguiente:

Modelo de cláusula MED/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

- 1) En primer término deberán someter el conflicto al procedimiento de mediación, que se llevará a cabo según las Normas de (nombre de la entidad prestadora de servicios de mediación).

Modelo de cláusula MED/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

2) En segundo término, y sólo en el caso que la mediación fracasare parcial o totalmente, deberán someter el conflicto a la decisión irrecurrible de un tribunal de arbitraje que se constituirá y actuará según las Normas de (nombre de la entidad prestadora de servicios de arbitraje), con exclusión de cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera resultar competente.

Modelo de cláusula MED/ARB



iuscont

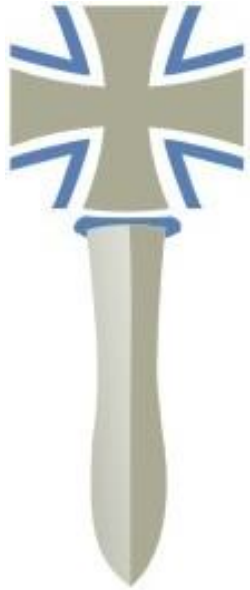
consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Parte B:

(A continuación deberá disponerse en esta cláusula el modo de designación del mediador, el número y modo de designación de los árbitros, el carácter del arbitraje –sea de derecho o de conciencia y si es vinculante o no- el régimen de costas).”

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

*Cuestión previa terminológica:
La denominación sería CON /ARB

A pesar de la relevancia del principio de autonomía de la voluntad que se aplica a los MARC, en nuestra actual legislación se imposibilita la aplicación análoga de esta modalidad resolutive...

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...-la que podría plasmarse en un “Convenio Arbitral con fase previa Conciliatoria”-, implementándose como una conciliación pre arbitral, debido a una serie de prohibiciones contenidas en el Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por el DS 014-2008-JUS.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

En el artículo 26º del referido Reglamento se señala que con posterioridad al procedimiento de conciliación, quien actuó como conciliador y los que brindan servicio de conciliación en el Centro de Conciliación que tramitó el caso respectivo, quedan impedidos de ser juez, árbitro, testigo, abogado o perito en el proceso que se promueva como consecuencia de la Audiencia de Conciliación que haya culminado con o sin participación de las partes.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Como puede apreciarse, la prohibición de actuar como árbitro abarca no solamente al conciliador designado para el caso concreto sino a todo el personal que labora en el Centro de Conciliación, sin importar el tipo de conclusión del procedimiento, incluyendo la inasistencia de una o ambas partes.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Existe una gran diferencia con la redacción original de este artículo contemplada en el anterior Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por DS 001-98-JUS, que era más feliz e imponía esta prohibición exclusivamente al conciliador designado...

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



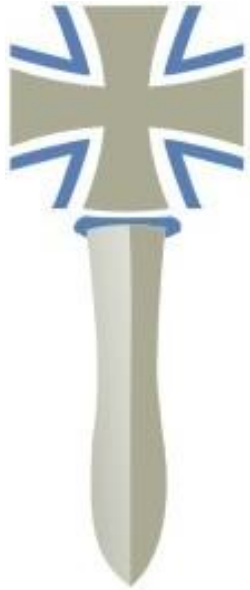
iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...y para los casos de conclusión del procedimiento con falta de acuerdo o acuerdo parcial, lo que suponía que la prohibición se aplicaba únicamente a aquellos casos con presencia de las partes.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Entonces, la norma contenida en el artículo 26° del actual Reglamento impide en la práctica que los Centros de Conciliación puedan constituirse a la vez como Centros de Arbitraje y por tanto se vean imposibilitados de ofrecer nuevas alternativas a sus potenciales usuarios tales como servicios de arbitrajes o la variante de iniciar un procedimiento de conciliación y, en caso de no llegar a un acuerdo, iniciar luego uno de arbitraje con la aplicación del Convenio Arbitral con fase previa conciliatoria.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Téngase en cuenta que en el artículo 7º del anterior Reglamento de la Ley de Conciliación se disponía que:

“la conciliación será facultativa cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral, quedando habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje”.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Si entendemos lo indicado, deducimos que se establecía la posibilidad de que los usuarios de un centro de conciliación pudieran pactar el inicio inmediato de un procedimiento de arbitraje ante el mismo centro...

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...a fin de que un árbitro especializado y proporcionado por el propio centro pudiera tramitar la resolución obligatoria de la controversia al haberse agotado la instancia conciliatoria y sin tener que verse obligadas las partes a cambiar de sede...

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...ya que perfectamente un centro de conciliación podría constituirse como un centro integral de resolución de disputas al ofrecer servicios de negociación, conciliación y arbitraje.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

La prohibición contenida en el artículo 26º del Reglamento es válida cuando se aplica únicamente al Conciliador designado para el caso concreto y que podría perder la objetividad del tratamiento del tema cuando sea nombrado posteriormente Árbitro, como se advirtió al tratarse el MED/ARB...

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

... resultando incomprensible hacerla extensiva a todos los que brindan servicios de conciliación en el Centro de Conciliación y más aún cuando no haya habido concurrencia de las partes... lo cual es absurdo.

Adecuación del MED/ARB en el Perú: El CON/ARB



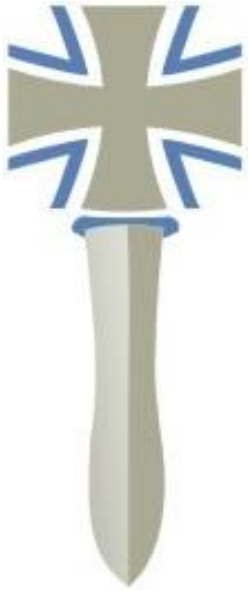
iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Esta imposición legal restringe la libertad de las partes conflictuales de optar por el empleo conjunto de la conciliación y el arbitraje en una sola institución especializada en servicios de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, limitándose así la posibilidad de implementar este eficiente método en el Perú .

Postulado final



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

En concordancia con la tendencia actual marcada por la necesidad del mercado de la resolución alternativa de conflictos, consideramos de imperiosa necesidad reformular el reglamento de la Ley de Conciliación para permitir la aplicación del CON/ARB...

Postulado final



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...dejando espacio así a la creación de centros integrales de resolución de disputas, formando especialistas en dicha materia, instruidos en diversos métodos y herramientas, para orientar mejor al usuario y constituir una red social de solución de controversias...

Postulado final

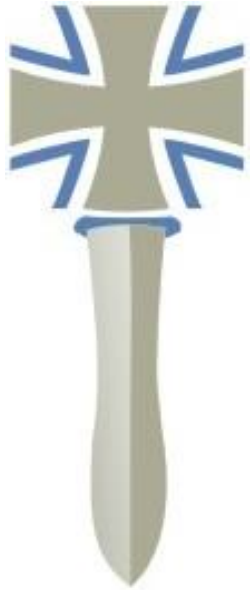


iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

...privilegiándose la decisión libre y voluntaria de las partes sobre la mejor forma de salvar sus diferencias, mediante procedimientos privados, especializados, flexibles, rápidos y con resultados jurídicamente relevantes, frente al ordinario proceso judicial, y todo lo que él implica.



iuscont

consultoría gubernamental y
corporativa

www.iuscont.pe

Muchas Gracias...!!!

Consultas:

Oficina

Av. Dos de Mayo 1260 – 4

San Isidro, Lima 27

+51-1- 2215261

christian.stein@iuscont.pe