

MILUSHKA FELICITAS ROJAS ULLOA

UNIVERSIDAD DE LIMA, PERÚ
mrojasu@ulima.edu.pe

LA NEGOCIACIÓN COMO SOLUCIÓN ALTERNATIVA FRENTE AL CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS TIEMPOS DE DISTANCIAMIENTO SOCIAL

NEGOTIATION AS AN ALTERNATIVE SOLUTION TO CONTRACT BREACH IN TIMES OF SOCIAL DISTANCING

Cómo citar el artículo:

Rojas M, (2022). La Negociación como solución alternativa frente al cumplimiento contractual en los tiempos de distanciamiento social. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, VII (20) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v7i20.472> pp. 181-205

Recibido: 23/06/21 Aceptado: 18/12/21

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal proponer la negociación como solución alternativa frente al incumplimiento contractual en tiempos de distanciamiento social, toda vez que actualmente existe una sobrecarga en el sistema judicial peruano debido a la coyuntura provocada por la COVID-19. En un inicio, se aborda el tratamiento del ordenamiento civil peruano ante el incumplimiento contractual, para después desarrollar los métodos alternativos de resolución de controversias. Se finaliza con el desarrollo de la negociación y su idoneidad para resolver la presente problemática, tomando como base los cuatro principios y los siete elementos del método de negociación de Harvard.

PALABRAS CLAVE

Negociación, método Harvard, incumplimiento contractual, distanciamiento social.

ABSTRACT

The main objective of this research is to propose negotiation as an alternative solution to contractual breach in times of social distancing since there is currently an overload in the Peruvian judicial system due to the situation caused by COVID-19. In the beginning, the treatment of the Peruvian civil order in the face of the contractual breach is addressed; to later, develop alternative dispute resolution methods, ending in the development of negotiation and its suitability to resolve the present problem, based on the four principles and seven elements of the Harvard negotiation method.

KEYWORDS

Negotiation, Harvard negotiation model, breach of contract, social distancing.

Sumario: I. Introducción. II. Tratamiento del incumplimiento contractual en el código civil peruano. 1. Los contratos como fuentes de obligaciones. 2. No imputabilidad por la inejecución del contrato. 2.1 Diligencia ordinaria requerida. 2.1.1 Distinción entre cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. 2.2 Caso fortuito o fuerza mayor. 3. Dolo, culpa inexcusable y culpa leve. 3.1 Dolo. 3.2 Culpa inexcusable. 3.3 Culpa leve. 4. Consecuencias Jurídicas del Incumplimiento Contractual. 4.1 Constitución en mora. 4.2 Obligaciones con cláusula penal. 4.3 Resolución del contrato. III. La problemática actual de la covid-19, el distanciamiento social y la carga procesal del poder Judicial en temas de incumplimiento contractual. IV. Los métodos alternativos de solución de conflictos y la idoneidad de la negociación en los tiempos de distanciamiento social. 1. Métodos alternativos de resolución de conflictos. 2. La negociación: estrategias, tácticas y el método Harvard. 2.1 La negociación. 2.2 Estrategias y tácticas. 2.3 El método Harvard de negociación. 3. La idoneidad de la negociación frente al incumplimiento contractual en los tiempos de distanciamiento social. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos anteriores a la pandemia del coronavirus, se escuchaban las declaraciones de diversas personalidades que hacían sentir su preocupación por el problema que atravesaba el Poder Judicial, esto es, la falta de accesibilidad, eficiencia e independencia, y que ofrecían diversas alternativas para reformar la administración de justicia. De esta manera, se buscaba que fuese accesible para todos por igual, así como eficiente e independiente. Sin embargo, durante la coyuntura sanitaria, el problema se agudizó, de manera que se percibió una crisis aún más profunda, con miles de expedientes por resolver en las diversas especialidades e instancias, pese al trabajo remoto y a la digitalización del proceso judicial. Esto constituyó un reto para los operadores de justicia, así como su familiarización con el nuevo sistema.

Dentro del Plan Estratégico Nacional con miras al Bicentenario, se estableció la necesidad de promover y facilitar el acceso a los medios alternativos de solución

de conflictos, así como difundir su existencia, a fin de reducir su judicialización. Por ello, consideramos que la negociación, como medio alternativo de solución de conflictos, sería una herramienta de gran utilidad que permita a los particulares resolver sus controversias de manera directa e inmediata, sin intervención de terceros, y arribar a soluciones satisfactorias frente a un incumplimiento en sus obligaciones contractuales.

Este sistema de naturaleza autocompositiva se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad, puesto que los involucrados, aplicando estrategias de negociación apropiadas, deciden poner fin a sus conflictos llegando a acuerdos en los que ambas partes resulten ganadoras, pero teniendo como límites el orden público y las buenas costumbres. Dentro de nuestra propuesta, se hace necesario investigar qué estrategia de negociación sería la más adecuada de aplicar frente al incumplimiento contractual que viene afectando a miles de peruanos que se han visto imposibilitados de cumplir con las obligaciones asumidas, debido a la aparición de la COVID-19.

Consideramos necesaria una investigación sobre la negociación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y sus estrategias que permita su aplicabilidad por toda persona frente a un conflicto contractual, y que a su vez sirva como filtro antes de acudir al órgano jurisdiccional, de modo que se aligere la carga procesal y permita al individuo alcanzar la justicia solicitada, así como propiciar en la sociedad peruana el desarrollo de una cultura de paz.

II. TRATAMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. Los contratos como fuentes de obligaciones

Los contratos están regulados en la normativa jurídica civil peruana, y esta permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales. El problema de los contratos que buscamos visibilizar no radica en su perfeccionamiento o

celebración, sino en que una de las partes no cumple con ejecutar la prestación de su obligación porque se genera un desbalance en la sociedad que necesita ser remediado.

Y es que son las propias personas las que, en el ejercicio de su libertad contractual, van diseñando su entorno social mediante actos del ejercicio de su libertad personal, actos que llamamos “contratos”, y que determinan a qué obligaciones quieren verse sujetos (Trazegnies Granda, 2004, p. 25); y, por lo tanto, deben responder por estos ante un incumplimiento.

De esta manera, el libro VII del actual Código Civil peruano, que rige desde 1984, señala que los contratos son fuentes de obligaciones. En este sentido, debemos tener presente que, si bien no son la única fuente de estas, sí les son competentes los riesgos que están dispuestos a asumir que son compatibles con ellos. A propósito de este punto, la presente investigación coincide con aquella postura que señala que las obligaciones solamente pueden emanar de la voluntad o de la ley, por lo que no existe un verdadero sustento jurídico cada vez que se mencionan los cuasicontratos o cuasidelitos (Castillo Freyre, 2014, p. 211).

Respecto al tratamiento que brinda el Código Civil peruano ante el incumplimiento contractual, primero se debe tomar en cuenta cuándo la persona no deberá responder por la inejecución o el incumplimiento de las obligaciones sobrevinientes del contrato, todo esto con el fin de conocer cuáles son los posibles escenarios que se desencadenan ante el incumplimiento.

2. No imputabilidad por la inejecución del contrato

2.1 Diligencia ordinaria requerida

El Código Civil peruano inicia su título IX con el apartado sobre la inejecución de obligaciones. En su artículo 1314, se señala que la parte que actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación, ni tampoco

en los casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Para esto, se debe tener presente que cuando hablamos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso también estaríamos refiriéndonos a formas de incumplimiento de las obligaciones, y para el tema que nos concierne, incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato.

Para comprender el caso mencionado y saber cuándo no existirá una repercusión pese a existir incumplimiento, es importante entender primero cuál es la utilidad de la “diligencia ordinaria requerida”, así como también a qué nos referimos cuando hablamos de ella. Como bien mencionan Castillo Freyre y Rivas Caso, sin la existencia de la diligencia ordinaria requerida, se tendría una visión objetiva y exclusivamente enfocada en saber si se cumplió o no con la obligación pactada. No obstante, el legislador no busca dar un tratamiento igualitario para sujetos que merecen un tratamiento diferente por haber actuado de forma maliciosa o de buena fe, siendo estos notablemente casos diferentes (2014, p. 131).

De esta manera, la diligencia ordinaria requerida se entendería como aquella institución que nos permite determinar la ausencia de culpa, lo cual deriva en la no imputabilidad por la inejecución de la obligación; entiéndase por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o por el incumplimiento del contrato (Castillo Freyre y Rivas Caso, 2014, p. 137).

De esta manera, se tiene que, en aquellos casos en los que se demuestre la diligencia ordinaria requerida—es decir, que la persona cumplió con la obligación, siguiendo el estándar o cuidado que debía seguir en el proceder normal del día a día—, quedará absuelto de responsabilidad.

A pesar de ello, para poder probar esto, se deberá iniciar un proceso, en el cual se requerirá una etapa probatoria y demás, que es lo que se busca evitar con la propuesta del presente artículo.

2.1.1 *Distinción entre cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*

Cabe destacar, como se mencionó con anterioridad, que cuando hablamos de este tipo de cumplimientos, nos referimos al incumplimiento, pero en diferentes modalidades. En primer lugar, el cumplimiento parcial equivale al incumplimiento parcial. En este tipo de incumplimiento o cumplimiento, lo relevante se reduce a si, para la parte interesada, le es útil la porción cumplida o no; porque, en el caso de serlo, los efectos de la responsabilidad recaerían solamente sobre la parte no cumplida (Osterling y Castillo, 2003, pp. 588-589).

Por otro lado, cuando hablamos de cumplimiento tardío, nos referimos al retardo que puede existir en la ejecución de una obligación que debía haberse cumplido en determinado tiempo (Busso, como se citó en Osterling y Castillo, 2003, p. 597).

Y el último de estos tres términos hace referencia al cumplimiento defectuoso, lo cual significa que la ejecución es defectuosa, lo que a su vez implica la existencia de una disconformidad entre lo ejecutado y lo debido.

La disconformidad de la que se habla puede ser de carácter absoluto o relativo: será absoluto cuando la conducta de la parte deudora es contraria, en lo esencial, a lo comprometido; mientras que se tratará de una disconformidad de carácter relativo cuando sea defectuoso en cuanto al modo, tiempo o lugar de ejecución de la prestación (Osterling y Castillo, 2003, p. 601).

Sin embargo, en cada uno de los casos anteriores que hablamos de incumplimiento, debemos tener en cuenta que necesariamente tendrá que haber una probanza de esta ejecución parcial, tardía o defectuosa mediante un proceso; acción que se busca evitar mediante la negociación que proponemos más adelante.

2.2 *Caso fortuito o fuerza mayor*

Siguiendo la línea de causas que permiten la no imputabilidad de responsabilidad por la inejecución de las obligaciones derivadas de un contrato, el artículo 1315 del Código Civil peruano regula el caso fortuito o la fuerza mayor haciendo mención de que se trata de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que evidentemente impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Para poder entender el alcance de estos términos, es pertinente recurrir a la Casación N.º 823-2002-Loreto, del año 2003, la cual resalta que nuestra legislación brinda un mismo tratamiento al caso fortuito y a la fuerza mayor. No obstante, la doctrina y jurisprudencia han establecido que, si bien es cierto que sus hechos constitutivos son comunes, su origen es distinto. En ese sentido, cuando hablamos de caso fortuito, nos referimos a los hechos producidos por la naturaleza; mientras que al referirnos a la fuerza mayor, esta se aplica a los hechos del hombre (considerando quinto).

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, cuando se demuestre que el incumplimiento contractual se da a causa de un suceso de caso fortuito o fuerza mayor, siguiendo los parámetros de que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible, no existirá imputabilidad de por medio. No obstante, para que esto suceda, también se tendrá que verificar la existencia de este evento mediante un proceso, lo cual buscamos evitar con la propuesta del presente artículo.

3. **Dolo, culpa inexcusable y culpa leve**

Contrarios a los casos de no imputabilidad por la inejecución del contrato, tenemos a aquellos regulados por los artículos 1318, 1319 y 1320, relativos al dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve. Estos permiten inclusive la indemnización de daños y perjuicios, en el caso de que existan como consecuencia

del incumplimiento de las obligaciones. Para entender en qué se diferencia cada uno, las desarrollamos a continuación.

3.1. *Dolo*

El artículo 1318 del Código Civil peruano señala que actuar con dolo es no ejecutar deliberadamente la obligación; en pocas palabras, haría referencia a que implica la voluntad de la persona de no querer realizar la acción o la no acción, dependiendo de la obligación comprometida. Es decir, que hay intención de por medio.

De esta manera, podemos resaltar la opinión de diversos autores que buscan diferenciar este término de el de culpa leve y culpa inexcusable, puesto que la graduación de la responsabilidad no sería la misma. Es así como Juan Espinoza (como se citó en Córdova Velasco, 2018, p. 49) resalta que el dolo está vinculado con la voluntad de causar daño.

Siguiendo la misma línea, el argentino Guillermo Cabanellas de Torres (2006), en su *Diccionario jurídico elemental*, hace una distinción del dolo, dependiendo de la rama del derecho a la que se haga referencia. En el caso de estudio del presente artículo, evidentemente nos referimos al derecho civil; de esta manera, siguiendo a dicho autor, el dolo sería aquella “voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena” (p. 164).

Como vimos en el concepto anterior, se hace mención también en esta definición a la voluntad o intención de causar daño, naturalmente sin ejercer amenazas o la fuerza, porque en ese caso estaríamos probablemente fuera de la esfera civil y próximos a la esfera penal, de modo que podrían configurarse otro tipo de conductas, dependiendo de si se llegan a encontrar los elementos necesarios para ello o no.

Entonces, una vez que hemos logrado definir lo que es el dolo, pasaremos a detallar la culpa inexcusable y la culpa leve que el Código Civil peruano regula en esta materia.

3.2 *Culpa inexcusable*

El artículo 1319, que regula la culpa inexcusable, señala que incurrirá en esta causal aquel que no ejecute la obligación por negligencia grave. A propósito, entendemos por negligencia grave a aquella que limita con el dolo, debido a la gravedad que esta posee. Con relación a esto, no existe una separación bien diferenciada entre el dolo y la culpa inexcusable, por lo que se atribuyen iguales consecuencias jurídicas al sujeto que actúe de cualquiera de estas dos maneras (Osterling Parodi, como se citó en Ojeda Guillén, 2011, p. 152).

Es evidente resaltar que, en materia de dolo y culpa inexcusable, estos nunca se presumen, por lo que será necesario que sean probados por el perjudicado del incumplimiento del contrato, toda vez que aquello que se presume es la culpa leve. Respecto a esto, el artículo 1329 del Código Civil peruano (1984) señala que “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. No obstante, todo lo anterior nos llevaría a un proceso, que es lo que buscamos evitar mediante la propuesta del presente artículo: la negociación. Reforzando esta idea, tenemos que, a fin de atribuir esta conducta dolosa, es necesario que se demuestre la misma; sin embargo, deberá correr a cargo de la víctima del daño, es decir, del perjudicado del incumplimiento (Ojeda Guillén, 2011, p. 43).

3.3 *Culpa leve*

Finalmente, terminando con el análisis de estos tres términos, el artículo 1320 nos habla de la culpa leve. Señala que incurrirá en ella aquel que omita la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación, y no solamente esto, sino que además corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

De esta manera, tenemos que la culpa leve consiste en “la conducta antijurídica producida por la ausencia de previsión de dicha conducta en el estándar de una

persona prudente y que produzca un daño” (Martínez Arce, 2018, p. 53). Es importante resaltar no solamente a qué nos referimos exactamente con culpa leve, sino también sus distinciones con los dos términos anteriores.

En primer lugar, hablamos de culpa leve cuando no hay una diligencia ordinaria; es decir, cuando el resultado dañoso no es querido por el deudor, sino que obedece a su imprudencia, torpeza o falta de diligencia. Entonces, encontraríamos su primera diferencia con el dolo: en que hay ausencia de intención de no cumplir. Además, dista de la culpa inexcusable, toda vez que no hay negligencia grave, sino falta de diligencia ordinaria (Osterling Parodi, 2007, p. 241).

Los lineamientos que se precisan en el Código Civil peruano deben entenderse como generales, tanto para dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Siendo así, dependerá del juez decidir, conforme a dichas pautas, si se trata de la inicial presumible culpa leve o si las pruebas presentadas por la parte perjudicada son suficientes para calificar la acción como una negligencia grave, para hablarse de culpa inexcusable, o si existió intención de no incumplir, para llegar al dolo. Se debe tener en cuenta si se incurrió en negligencia grave o solamente se omitió la diligencia ordinaria debida, según cada caso en concreto (Osterling Parodi, 2007, pp. 241-242).

4. Consecuencias Jurídicas del Incumplimiento Contractual

4.1 Constitución en mora

El Código Civil peruano hace referencia a dos tipos de mora: la mora del acreedor y la mora del deudor. Desde el artículo 1333 hasta el 1337 se regula la mora del deudor; y desde el artículo 1338 hasta el 1340, hablamos de la mora del acreedor. Sin embargo, ¿para qué es útil referirnos a la mora en el presente artículo?

La constitución en mora del deudor, que puede ser judicial o extrajudicial, iniciará cuando el acreedor lo exija, lo cual significa que procederá desde el incumplimiento

de las obligaciones que deriven del contrato. Para esto, será necesario el retardo en el cumplimiento de la obligación y que este retardo le sea imputable a la persona a la que se le pedirá el pago de la mora. Además, se exigirá el requerimiento o la intimación judicial o extrajudicial, salvo en los casos específicos que se mencionan en el artículo 1333 del Código Civil (Osterling Parodi, 2007, p. 256).

Es importante resaltar que si, una vez culminado el plazo, el acreedor no exige el requerimiento, se demuestra que el retraso no le afecta y, por consiguiente, se evidencia que se está prorrogando el plazo (Osterling Parodi, 2007, p. 257).

Por otro lado, hacemos referencia a la mora del acreedor cuando, sin motivo legítimo, se niegue a aceptar la prestación ofrecida o no cumpla con practicar los actos necesarios para que el deudor pueda ejecutar la obligación. En ese sentido, la consecuencia sería que el acreedor quedaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados del retraso; asimismo, deberá asumir los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación (Código Civil, arts. 1338-1340).

De esta manera, podemos llegar a la conclusión de que, para que se constituya la mora, estamos hablando de la inexecución de obligaciones. Esto quiere decir que tendrá que existir un proceso de por medio para poder evidenciar el requerimiento, salvo que se acuda a una vía extrajudicial; y, en el caso de la mora del acreedor, deberá acreditarse que no hubo un motivo legítimo para negar la prestación. Buscamos que este proceso no exista, con la negociación que busca proponer este artículo.

4.2 Obligaciones con cláusula penal

La legislación peruana regula dos tipos de cláusulas penales: la moratoria y la compensatoria. Ambas son aplicables para el caso de incumplimiento contractual si es que se pactan durante las estipulaciones del contrato (Código Civil, 1984, arts.

1341-1342). Sin embargo, se debe tener presente que las dos cláusulas penales corresponden a supuestos distintos, por lo que se debe elegir una para un caso y no pueden pedirse las dos a la vez; es decir, se trata de cláusulas excluyentes.

En primer lugar, hablamos de la cláusula penal compensatoria cuando queremos resarcir los daños causados por el incumplimiento definitivo de una obligación. Es un sustituto de la prestación incumplida; es decir, se cobrarán ante el incumplimiento definitivo de las obligaciones del deudor. Por otro lado, la cláusula penal moratoria busca resarcir los daños causados por la mora en el cumplimiento de una obligación debido a una causa imputable al deudor. De esta manera, la cláusula penal moratoria sería el sustituto de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la prestación (Talavera Cano, 2016, p. 198).

Como vemos, la finalidad de las cláusulas penales es similar a lo que buscamos con nuestra propuesta de negociación. No obstante, nuestra propuesta plantea una mejora: no es necesario pactarla previamente para poder realizarla, porque se puede llegar al acuerdo de tener una negociación, en pleno conflicto, aunque parezca tedioso concretarlo.

4.3 Resolución del contrato

Dentro de la materia de incumplimiento de contratos, tenemos la posibilidad de resolver el contrato en el caso de incumplimiento de contratos con prestaciones recíprocas. Para esto, debemos recurrir al artículo 1428 del Código Civil peruano, el cual señala que la parte afectada tiene dos opciones: solicitar el cumplimiento del contrato o solicitar su resolución, con la posibilidad adicional de acudir a la indemnización de daños y perjuicios. Cabe notar que estas dos opciones son excluyentes, puesto que o bien se podrá requerir el cumplimiento de la obligación o bien requerir resolver el contrato, es decir, dar fin a este.

Vinculado a esto, el artículo 1429 del Código Civil señala que la parte que se perjudica con el incumplimiento puede requerir, mediante vía notarial, que se

satisfaga su prestación, y brindar un plazo no menor de quince días; y, en caso de que no se cumpla, el contrato quedaría resuelto de pleno derecho y la indemnización de daños y perjuicios quedaría a cargo del deudor.

Evidentemente, esto sería una notable prueba cuando se inicie el proceso de reclamación. No obstante, no es lo que buscamos con la propuesta de nuestra negociación.

Por otro lado, el artículo 1430 del Código Civil permite la existencia de una cláusula resolutoria dentro del contrato, lo cual puede convenirse expresamente durante la elaboración de este. Por tal cláusula, cuando una de las partes no cumpla con su prestación a cargo, este incumplimiento se resolverá de pleno derecho cuando la parte interesada le comunique a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. De esta manera, no es necesario acudir a la vía notarial ni tomar medidas alusivas al artículo 1429 de la normativa civil.

III. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA COVID-19, EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL Y LA CARGA PROCESAL DEL PODER JUDICIAL EN TEMAS DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El 31 de diciembre de 2019 en Wuhan, China, fue notificado por primera vez el brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)¹, que sin duda cambió nuestro mundo, y también nuestro país, en todos los sectores, incluyendo el de la administración de justicia. No tardó demasiado en llegar a la República del Perú porque, para el 5 de marzo de 2020, ya se contaba con un primer caso. Al 18 de junio de 2021, había un total de 2 026 729 casos confirmados de COVID-19, 11 703 623 casos negativos y 190 202 defunciones².

¹ Organización Mundial de la Salud. (s. f.). Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

² Organización Panamericana de la Salud. (s. f.). Respuesta a la emergencia por COVID-19 en Perú. Recuperado de <https://www.paho.org/es/respuesta-emergencia-por-covid-19-peru>

Estas alarmantes cifras han generado cuarentenas amplias que han inmovilizado al país en distintos meses. Si bien es cierto que poco a poco regresamos a la normalidad, actualmente aún existe una clasificación de niveles de alerta por provincias y departamentos, de acuerdo a si corresponden a un nivel de contagio moderado, alto, muy alto o extremo. Esto limita el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de la persona y, evidentemente, también significa una afectación justificada a las diferentes áreas de trabajo, por los horarios que eso trae consigo. El Decreto Supremo N.º 105-2021-PCM, del 27 de mayo de 2021, prorroga por el plazo de treinta días calendario, contando desde el 1 de junio de 2021, el Estado de Emergencia Nacional debido a las circunstancias de la COVID-19.

Además, debemos tener en cuenta que el Perú, desde antes de la pandemia, siempre ha tenido una carga procesal abundante; es decir, arrastra procesos de años anteriores³, por lo que la situación actual no hace más que empeorar los índices de la carga en los juzgados que administran justicia en el país.

IV. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA IDONEIDAD DE LA NEGOCIACIÓN EN LOS TIEMPOS DE DISTANCIAMIENTO SOCIAL

1. Métodos alternativos de resolución de conflictos

Uno de los puntos más estudiados dentro del derecho es el conocido como métodos alternativos de resolución de conflictos, que también responde a otros nombres, como medios de solución de controversias, medios alternativos de solución de conflictos, entre otros. Lo importante es conocer a qué nos referimos con ellos y si son mecanismos que se adaptan a las necesidades de las partes involucradas y a

³ Valdivia Rodríguez, C. M. (1 de abril de 2020). El covid-19, sus consecuencias en los procesos civiles y el panorama que se aproxima. Recuperado de <https://lpderecho.pe/covid-19-consecuencias-procesos-civiles-panorama-aproxima/>

la forma del conflicto, con lo que se busca garantizar mayores oportunidades para solucionarlo (La Rosa y Rivas, 2018, pp. 41-42).

Dentro de la clasificación de estos métodos, encontramos aquellos que se pueden adoptar mediante la autocomposición y la heterocomposición. Así, tendríamos a la mediación, la negociación y la conciliación dentro de la autocomposición; y dentro de la heterocomposición, al arbitraje y al proceso judicial. No obstante, a este último no lo contaremos, porque, para fines de este trabajo, consideramos los métodos alternativos al proceso judicial, que es la vía ordinaria o normal para resolver una controversia con la interposición de la demanda por la parte afectada. A continuación, definiremos muy brevemente los métodos para luego centrarnos en el que nos interesa: la negociación.

En primer lugar, buscaremos diferenciar estos mecanismos. Para esto, debemos tener en cuenta que en la negociación prima íntegramente la voluntad de las partes, mientras que en la mediación y la conciliación existe un tercero que coadyuva a que se llegue a un acuerdo. Sin embargo, el acuerdo sigue siendo tomado por las partes. La diferencia entre la conciliación y la mediación radica en que el conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria, mientras que el mediador no tiene esa obligación. Por otro lado, en el arbitraje tenemos la figura de un tercero que participa activamente, llamado árbitro o tribunal arbitral, y que debe emitir una decisión final, llamada laudo arbitral, la cual pone fin a la controversia (García Montufar, 2001, p. 141).

2. La negociación: Estrategias, tácticas y el método Harvard

2.1 La negociación

Para entender la negociación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que permita su aplicabilidad frente a un conflicto contractual y que, a su vez, facilite visualizarlo como un filtro para saber si es preciso acudir al órgano jurisdiccional o no, es necesario entender concretamente cuáles son los principales tipos de negociación.

En ese sentido, hay diferentes visiones para la negociación: 1) como intento para superar los conflictos entre las personas o grupos que negocian y buscar así beneficios para ambas partes, en este caso, un compromiso más satisfactorio que la confrontación; 2) como método para llegar al intercambio de bienes, servicios u otro tipo de actividades; 3) como un medio para cooperar en una actividad u objetivo común, y lograr más de lo que podrían trabajando de forma individual; y 4) que surge de situaciones con elementos de las visiones anteriores, donde podemos encontrar un conflicto que superar, pero también la necesidad de cooperación (Escuela Julián Besteiro, 2001, pp. 3-5).

Asimismo, esta no es la única visión que se tiene cuando se habla de negociación, porque también tenemos aquellas que hacen referencia a: 1) negociaciones ganar-perder o de suma 0, en las cuales, solamente una de las partes cumple con sus objetivos, y la otra no; 2) negociaciones ganar-ganar o de no suma 0, en las que se busca que las dos partes consigan sus objetivos; y, 3) negociaciones perder-perder, que sería el peor de los escenarios, cuando las partes no logran comunicarse y terminan sin llegar a ningún objetivo (Escuela Julián Besteiro, 2001, pp. 5-6).

No obstante, aunque exista una diversidad de formas de clasificar o analizar las negociaciones, aquellas que deben aplicarse en los casos de estudio son las que deben guiarnos para alcanzar la justicia y propiciar una cultura de paz dentro de la sociedad peruana. Por lo tanto, deberíamos hablar de una negociación en la que las partes involucradas deban ponerse de acuerdo y busquen ambas ganar y resolver el conflicto.

Es así como se busca la aplicación de estrategias y tácticas que puedan tomar en cuenta una negociación cooperativa; en específico, la aplicación del método Harvard, que si bien no brinda una serie de pasos concretos, sí brinda los elementos que debe contener una negociación para ser llevada con éxito.

2.2 Estrategias y tácticas

Cuando nos referimos a la negociación, es importante tener en cuenta cuáles son las principales estrategias para poder sacar el mejor provecho de este método alternativo de solución de controversias, y, sobre todo, saber por qué es mejor frente a un posible proceso o los demás métodos. Debemos tener en cuenta que no existe la presencia de un tercero, por lo que serán las partes quienes interactúen las unas con las otras. Esto no significa que no puedan estar representadas por sus abogados para una mejor aclaración de los puntos que propongan.

No obstante, esto no debe verse como un enfrentamiento entre las partes, sino como un trabajo en equipo, una “negociación cooperativa” (García Montufar, 2001, p. 142). De esta manera, las partes que realizarán la negociación deberían empezar a separar el problema de la persona con la que están negociando, lo cual sin duda necesita una dosis de madurez o profesionalismo. Asimismo, para que ambos puedan ganar con la negociación, tienen que pensar no solamente en sus propios intereses, sino también en lo que la otra persona necesita o busca ganar, para que ambos logren buenos resultados y puedan llegar a un acuerdo que los beneficie a ambos.

2.3 El método Harvard de negociación

En el año 1977, Roger Fisher reunió a un grupo de personas interesadas en la materia de negociación. Entre ellos estaban William Ury y Bruce Patton, quienes terminaron uniéndose y fundaron el Programa sobre Negociación en 1983.

Para entender el método de negociación de Harvard, se debe empezar por saber que se basa en negociar sin ceder, pero es necesario ser justo y proteger al negociador de las personas que intentan sacar ventaja sobre esto. El objetivo, además, es buscar un acuerdo que beneficie a las partes y que estas queden satisfechas. Asimismo, un punto trascendental es que no existe un método como tal; es decir, no hay un procedimiento que seguir. Por ello, se prefiere denominarlo *método* (Masache Rivera, 2016, p. 17).

Existen cuatro principios que deben ser tomados en cuenta: 1) separar a las personas del problema, 2) concentrarse en los intereses y no en las posiciones, 3) inventar opciones de beneficio mutuo, y 4) insistir en que el resultado se base en algún criterio objetivo. Sin duda, estos principios buscan que todo el proceso de negociación sea llevado con justicia y que se determine una solución sin tomar en cuenta subjetividades como el factor primordial de esta.

Asimismo, es necesario resaltar que, de acuerdo con el método de negociación basado en estos principios, existen otras dos clases de negociaciones: 1) la negociación basada en posiciones, y 2) la negociación basada en intereses. Sin embargo, existen problemas con estas dos. Respecto a la primera clase de negociación mencionada, esta suele desperdiciar recursos y beneficios para ambas partes, además de que pone en peligro la relación porque se pone más atención a las posiciones. Esto hace más complicado que se pueda llegar a un acuerdo. Por otro lado, la negociación basada en intereses luce más atractiva, toda vez que su objetivo es maximizar los beneficios de ambas partes, fijándose en los intereses comunes de forma objetiva, con el fin de tener un acuerdo justo y eficiente. Al igual que la negociación basada en principios, sería recomendable (Galdos Kajatt, 2000, pp. 22-23).

A pesar de lo anterior, el método Harvard nos parece el más apropiado no solo por el uso de los principios citados, sino porque también goza de otra característica fundamental, que son los 7 elementos de la negociación: 1) alternativas, 2) intereses, 3) comunicación, 4) relación, 5) opciones, 6) legitimidad, y 7) compromiso. Cada uno de estos tiene un rol importante dentro del proceso de negociación.

Una corta explicación de cada uno de los elementos mencionados: las alternativas son las posibilidades de una de las partes de hacer acuerdos distintos al acuerdo que buscaba inicialmente; por otro lado, los intereses son aquello que las partes están buscando y sobre lo que se debe negociar. La comunicación es la herramienta clave para llevar una negociación de forma exitosa, mientras que la relación es aquel lazo

sobre el que se debe trabajar. Uno de los objetivos es mejorar las relaciones entre las partes o mantenerlas, bajo ningún supuesto busca empeorarlas.

Las opciones hacen referencia a la variedad de soluciones que se van a plantear para resolver el problema, mientras que la legitimidad indica que las soluciones y los procedimientos que se utilizan debe ser siempre legítimos. Finalmente, el compromiso manifiesta que, una vez llegado a un acuerdo, existirá un compromiso entre las partes que se debe cumplir a cabalidad (Masache Rivera, 2016, pp. 25-28).

3. La idoneidad de la negociación frente al incumplimiento contractual en los tiempos de distanciamiento social

Teniendo en cuenta todo lo expresado anteriormente, si bien es cierto que el método de negociación de Harvard no indica pasos que seguir de forma precisa, sí brinda elementos y principios que nuestro proceso de negociación debe tener en cuenta para que sea óptimo y tenga resultados favorables para ambas partes. Esta es una manera provechosa de negociar con la contraparte, no solamente en los casos de incumplimiento contractual, sino en otras controversias de materia civil en las cuales ambas partes decidan someter la contienda.

Actualmente, el Estado peruano se encuentra aplicando las vacunas contra la COVID-19; sin embargo, esto no indica que la pandemia o la grave situación mundial han terminado. Por ello, la sobrecarga de expedientes civiles del Poder Judicial continuará durante este año y, probablemente, el próximo. No se conoce cuándo culminará el distanciamiento social ni mucho menos la problemática actual mundial. Por lo tanto, la propuesta de nuevos métodos de solución de conflictos es relevante para poder aligerar la carga de nuestro sistema y tener soluciones cada vez más rápidas y efectivas. Ello se corrobora, con la enorme carga procesal que

atraviesa el Poder Judicial del Perú, tanto es, que actualmente el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano está buscando adoptar medidas para equilibrar la carga procesal⁴ y si bien, versa sobre crimen organizado y de corrupción de funcionarios, no es menos cierto que la carga procesal es un común denominador en las diversas especialidades. Lo último, puede ser corroborado en los diversos medios de comunicación, siendo que para inicios del 2021, se sostuvo que el Poder

Judicial peruano tenía acumulado carga procesal de 3.3 millones de expedientes sin resolver⁵, pese a que la pandemia tenía varios meses en nuestro país.

En estos momentos, no es viable tener la tutela del Estado de forma inmediata. Por ello, resulta más óptimo, en cuestión de tiempo y dinero, poder optar por la negociación, sobre todo en casos en los que las partes no han acordado en el contrato una cláusula penal moratoria o compensatoria, ni mucho menos una cláusula resolutoria del contrato, como se explicó líneas arriba.

Finalmente, resulta pertinente resaltar la idoneidad de la negociación, especialmente el método de negociación de Harvard, para poder solucionar controversias en las que ambas partes puedan salir beneficiadas.

V. CONCLUSIONES

1. Los contratos están regulados en la normativa jurídica civil peruana. Estos permiten crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales. El problema de los contratos que buscamos visibilizar no radica en su perfeccionamiento o celebración, sino en que una de las partes no cumple con ejecutar la prestación de su obligación porque se genera un desbalance en la sociedad que necesita ser remediado.

⁴ A mayor abundamiento véase en <https://elperuano.pe/noticia/129323-consejo-ejecutivo-del-poder-judicial-adopta-medidas-para-equilibrar-la-carga-procesal> (de fecha 18 de septiembre de 2021)

⁵ A mayor abundamiento véase en <https://www.peruweek.pe/poder-judicial-ha-acumulado-carga-procesal-de-3-3-millones-de-expedientes-sin-resolver/> (de fecha 26 de enero de 2021)

2. No tardó demasiado en llegar a la República del Perú porque, para el 5 de marzo de 2020, ya se contaba con un primer caso. Al 25 de mayo de 2021, había un total de 1 937 245 casos confirmados de COVID-19, 10 677 516 casos negativos y 68 634 defunciones.

3. Debemos tener en cuenta que el Perú, desde antes de la pandemia, siempre ha tenido una carga procesal abundante; es decir, arrastra procesos de años anteriores, por lo que la situación actual, no hace más que empeorar los índices de la carga en los juzgados que administran justicia en el país.

4. Cuando nos referimos a la negociación, es importante tener en cuenta cuáles son las principales estrategias para poder sacar el mejor provecho de este método alternativo de solución de controversias, y, sobre todo, saber por qué es mejor frente a un posible proceso o los demás métodos. Debemos tener en cuenta que no existe la presencia de un tercero, por lo que serán las partes quienes interactúen las unas con las otras. Esto no significa que no puedan estar representadas por sus abogados para una mejor aclaración de los puntos que propongan.

5. Si bien es cierto que el método de negociación de Harvard no indica pasos que seguir de forma precisa, sí brinda elementos y principios que nuestro proceso de negociación debe tener en cuenta para que sea óptimo y tenga resultados favorables para ambas partes.

6. Resulta pertinente resaltar la idoneidad de la negociación, especialmente el método de negociación de Harvard, para poder solucionar controversias en las que ambas partes puedan salir beneficiadas, precisándose que se utilizará a la negociación como una herramienta para que ponga fin al proceso. En ese sentido, se propone a la negociación como solución alternativa frente al incumplimiento contractual en tiempos de distanciamiento social, toda vez que actualmente existe una sobrecarga en el sistema judicial peruano debido a la coyuntura provocada por la COVID-19

BIBLIOGRAFÍA

Artículos en revista electrónica

- Castillo Freyre, M. (2014). “Sobre las obligaciones y su clasificación”. *Themis Revista de Derecho*, 66, 209-220. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12697>
- Castillo Freyre, M. y Rivas Caso, G. (2014). “La diligencia y la inejecución de las obligaciones”. *Ius et Veritas*, 24(48), 130-141. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11913>
- Galdos Kajatt, C. (2000). “Negociación”. *Derecho y Sociedad*, 14, 19-35. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16622>
- García Montufar, J. (2001). “Los medios alternativos de solución de conflictos”. *Derecho & Sociedad*, 16, 141-147. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17053>
- Talavera Cano, A. (2016). “Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales”. *Ius et Veritas*, 24(52), 194-201. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16379>
- Trazegnies Granda, F. D. (2004). “El código civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre”. *Themis Revista de Derecho*, 49, 23-35. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8566>.

Libros

- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta. Recuperado de <http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>

- Escuela Julián Besteiro. (2001). *Estrategias y técnicas de negociación*. Secretaría de Formación Confederal de Unión General de Trabajadores. Recuperado de <http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/edob/expeduca/pdf/0620504.pdf>
- La Rosa, J. y Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170690/33%20Teor%C3%ADa%20del%20conflicto%20y%20mecanismos%20de%20soluci%C3%B3n%20con%20sello.pdf>
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las obligaciones. Cuarta parte. Tomo XI*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Osterling Parodi, F. (2007). *Las obligaciones*. Lima: Editora Jurídica Grijley. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/libros/Las%20Obligaciones.pdf>

Normativa y jurisprudencia

- Casación N.º 823-2002-Loreto. (29 de setiembre de 2003). Sala Civil Permanente. República del Perú.
- Decreto Legislativo N.º 295. Código Civil. (1984). República del Perú.
- Decreto Supremo N.º 105-2021-PCM. (27 de mayo de 2021). República del Perú.

TESIS

- Córdova Velasco, F. (2018). *La culpa médica y la aplicación del art. 1762º del Código Civil en la jurisprudencia casatoria peruana en los años 2010 al 2015* (tesis de maestría en Derecho, con mención en Derecho Civil). Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.

Recuperada de <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7334/DEMcoveff2.pdf>

Martínez Arce, J. (2018). *Efectos de la clasificación de las obligaciones en función al contenido de la prestación en la responsabilidad civil médica* (tesis para optar por el título de abogado). Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín. Recuperado de <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7647/DEmaarjy.pdf>

Masache Riversa, J. (2016). *Planteamiento de un modelo de negociación aplicable al Ecuador utilizando las herramientas de la programación neurolingüística en el método de negociación de Harvard* (trabajo de titulación previa a la obtención del título en Ingeniería Comercial). Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/11625/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf>

Ojeda Guillén, L. (2011). *La culpa in contrahendo y la responsabilidad precontractual en el Código Civil* (tesis de maestría en derecho, con mención en Derecho Civil). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperada de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1139/OJEDA_GUILLEN_LUIS_FERNANDO_CULPA_PRECONTRACTUAL.pdf