

Jaime David ABANTO TORRES^(*)

Un paralelo entre la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial en tiempos de cambios^(**)

**SUMARIO:**

1. Introducción. 2. Fundamento constitucional. 3. Confidencialidad y publicidad. Valor probatorio. 4. Carácter personal y conciliación por apoderados. 5. El lugar de la audiencia. 6. La fórmula conciliatoria. 7. El tiempo de preparación de la audiencia y la reunión privada. 8. Las versiones de las partes y la oportunidad de la audiencia. 9. Materias conciliables. 10. Limitación y flexibilidad de los acuerdos. 11. Las suspensiones de las audiencias. 12. Interés del Poder Judicial por la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. 13. A modo de conclusión.

RESUMEN:

En el presente artículo el autor efectúa un exhaustivo análisis de la conciliación judicial y de la extrajudicial. Para tal efecto, examina profundamente la normativa pertinente, de tal manera que resalta sus defectos y virtudes. Finalmente, sienta su posición respecto al tema analizado, concluyendo que la coexistencia de la conciliación extrajudicial y la conciliación judicial es la mejor forma de solución de conflictos de intereses.

(*) Juez titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Ex miembro de la Comisión Revisora de la Legislación sobre Conciliación Extrajudicial. Ex director de la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial. Ex conciliador extrajudicial del Centro de Conciliación Runa Tupay. Editor de las revistas digitales *Hechos de la Justicia* (www.hechosdelajusticia.org) y *Derecho y Cambio Social* (www.derechoycambiosocial.com).

(**) A todos los jueces conciliadores. “Con razón dice Voltaire: ‘la mejor ley, el uso más excelente, el más útil que yo he visto, es el practicado en Holanda. Cuando quieren litigar dos personas, tienen que acudir primeramente al tribunal de los jueces conciliadores [...]’. Los conciliadores dicen a las partes: ‘sois unos locos en gastar vuestro dinero en haceros mutuamente desgraciados: vamos a conciliaros sin que os cueste nada’. Si el furor de litigar es demasiado fuerte en los litigantes, se les cita para otro día, a fin de que mitigue el tiempo los síntomas de su enfermedad: después les envían los jueces a pensar por segunda y tercera vez, y si es incurable su locura, se les permite litigar, como se abandona a la amputación de un cirujano los miembros gangrenados, y entonces hace su oficio la justicia” (DE LA LAMA, Miguel Antonio, *Código de enjuiciamientos en materia civil anotado y concordado e índice alfabético. Artículos y apéndice*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905-6, Apéndice 32, Conciliación, pp. 447-448).

1. Introducción

Gracias a una investigación que realizó el Centro de Investigaciones Judiciales⁽¹⁾, hace algunos años, pudimos tomar conocimiento de varios proyectos de ley presentados en el Congreso. Uno de ellos proponía eliminar la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial⁽²⁾; otro, la audiencia conciliatoria en el proceso judicial⁽³⁾.

Periódicamente se presentan proyectos de ley al con tales fines, que buscan que la conciliación extrajudicial y la judicial desaparezcan en la práctica.

La conciliación es la ciencia de la experiencia. Quien pretenda conocer algo sobre conciliación tendrá antes que experimentarla. Creo que nuestra corta experiencia en conciliación extrajudicial y en la judicatura nos permite compartir con ustedes estos breves apuntes.

2. Fundamento constitucional

Muchos piensan equivocadamente que solo se puede resolver conflictos acudiendo al Poder Judicial. Y quizá esa percepción equivocada explica la gran cantidad de causas que tramita el órgano jurisdiccional. Muchos de esos conflictos pueden ser resueltos de manera más célere y eficaz recurriendo a los medios alternativos de resolución de conflictos.

Al debatirse en el Congreso de la República la Ley de Conciliación Extrajudicial, uno

de los puntos centrales de la discusión fue su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Se decía que la conciliación atentaba contra la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. Por ello, en el texto del artículo 4° de la Ley N° 26872⁽⁴⁾ se hizo una norma expresa que precisa el carácter no jurisdiccional de la conciliación.

El fundamento constitucional de la conciliación extrajudicial lo encontramos en el artículo 2°, incisos 14, 22 y 24, literal a, de la Constitución que señalan que toda persona tiene derecho a:

- contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público;
- a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; y,
- a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

La génesis de la conciliación se encuentra en los derechos de la persona. En la libertad que le permite solucionar sus conflictos con otras personas adoptando acuerdos sin intervención de terceros que decidan por ella. Se puede contratar libremente sin más limitaciones que el orden público. Toda persona tiene derecho a

(1) El fruto de dicha investigación fue un interesante trabajo empírico. MARTÍNEZ MARAVÍ, Carmen Yleana, *La conciliación, vida, pasión, muerte y resurrección*, en www.pj.gob.pe/cij/INDICE%20CUADERNO%205.htm.

(2) Proyecto N° 5896, presentado por el congresista Natale Amprimo Plá. Proyecto N° 8033, presentado por el congresista Xavier Barrón Cebrenos.

(3) Proyecto N° 8661, presentado por la congresista Susana Higuchi Miyagawa.

(4) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*
Artículo 4°.- Función no jurisdiccional
La conciliación no constituye acto jurisdiccional.

la paz, a la tranquilidad. Nadie puede obligar a una persona a someter su conflicto al Poder Judicial y sufrir situaciones de estrés, cuando existen otras alternativas que no le quitan ni su tiempo ni su dinero y le permiten dedicarse normalmente a sus actividades cotidianas. Las personas no están impedidas de resolver consensualmente sus conflictos con su contraparte. Esto es lo que en Derecho procesal se denomina *autocomposición*.

Como el poder de decisión de las partes es mayor en una negociación directa, existen mayores probabilidades de lograr soluciones de mutuo beneficio en la que ambas partes salgan ganando.

Teniendo en cuenta la filosofía personalista que inspira a nuestra Constitución, la pretensión de atribuir el monopolio de la solución de los conflictos al órgano jurisdiccional resulta un reduccionismo inexcusable.

Imaginemos que ocurre un accidente de tránsito entre dos vehículos conducidos por sus propietarios. En esta situación muchos transigen. Celebran una transacción extrajudicial en documento privado y hasta legalizan las firmas ante un notario.

La transacción es un contrato. Así lo reconoce la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Entonces lo que las partes hicieron fue ejercitar su libertad de contratar, negociar directamente y poner fin a un conflicto de manera autocompositiva, sin intervención de terceros. Este conflicto (indemnización por daños y perjuicios) jamás llegará al Poder Judicial.

Si se demandara dicha pretensión el emplazado podría alegar exitosamente la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar del demandante.

Siendo la transacción un modo de extinción de las obligaciones, con esta se extinguió la obligación indemnizatoria y surgió una nueva. Lo que sí podría llegar al Poder Judicial es la pretensión de ejecución de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo transaccional.

Imaginemos que estas mismas partes no logran ponerse de acuerdo y llevan el caso a un mediador o a un centro de conciliación extrajudicial. Imaginemos que llegan a un acuerdo total. En tal caso, el conflicto habrá sido solucionado de manera autocompositiva pero *con la asistencia de un tercero* llamado mediador o conciliador, respectivamente.

En la conciliación extrajudicial o la mediación, es posible obtener una solución de mutuo beneficio. La diferencia entre ambas es muy sutil. Consiste en que el conciliador puede –si lo tiene a bien– proponer a las partes una fórmula conciliatoria. El mediador no puede hacerlo, pues solo es un facilitador.

Hasta aquí, ¿se necesitó tocar la puerta del Poder Judicial para resolver el conflicto? No. ¿Qué hace la norma sobre *jurisdicción arbitral* en el Capítulo VIII de la Constitución relativo al Poder Judicial⁽⁵⁾? No tenemos la menor idea. La jurisdicción es propia de los jueces, no de los árbitros ni de los conciliadores. Y es que al hablar de arbitraje pensamos inmediatamente en el arbitraje de derecho, pero dejamos de lado

(5) *Constitución Política del Perú*

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

el arbitraje de conciencia, que es el arbitraje por antonomasia.

Las partes pueden recurrir a los medios *heterocompositivos*, en los que un tercero resuelve el conflicto. Si ambas partes eligen el arbitraje, el tercero llamado árbitro emitirá un laudo resolviendo el conflicto. Si ambas partes eligen el camino del proceso judicial, el tercero que resolverá el conflicto será el Poder Judicial. El juez, resolverá teniendo en cuenta la ley, al igual que el árbitro en el arbitraje de derecho. En el proceso judicial y en el arbitraje normalmente uno gana y otro pierde. En el proceso judicial a veces pierden ambos, cuando se declaran infundadas la demanda y la reconvencción. Son muchas las demandas que son desestimadas por los tribunales, debido a la falta de profesionalismo de muchos abogados al redactarlas.

Nos complace saber que en el proyecto de Constitución exista un artículo sobre medios alternativos de resolución de conflictos⁽⁶⁾. A nuestro parecer se debería ubicar en el capítulo de los derechos del individuo. La libertad que tienen las personas de solucionar sus conflictos es un derecho fundamental que se relaciona con su dignidad. Solo se debe recurrir al Poder Judicial cuando no quede otra alternativa, siendo esta la última puerta que se debe tocar, aunque para muchos es la única. Es una situación,

que los procesalistas como Juan Monroy Gálvez llaman interés para obrar, en la cual persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material, no teniendo otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

El fundamento constitucional del Poder Judicial lo encontramos en los artículos 138° y siguientes de la Constitución⁽⁷⁾.

Aunque parezca ocioso decirlo, la Conciliación Judicial está regulada por el Código Procesal Civil y la conciliación extrajudicial, por la Ley N° 26872. Esto que es tan evidente, algunos operadores jurídicos no lo tienen claro en la práctica, como veremos más adelante.

3. Confidencialidad y publicidad. Valor probatorio

Pensamos que los legisladores del Código Procesal Civil no tuvieron claro el tema de la conciliación como etapa del proceso. De allí las falencias de su regulación. La conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos es privada; el proceso, en cambio, es público.

La conciliación extrajudicial está cubierta por el manto de la confidencialidad⁽⁸⁾. La judicial lamentablemente no. Lo dicho por las partes podría ser tomado como una declaración asimilada⁽⁹⁾, aunque para quienes tenemos al-

⁽⁶⁾ Artículo 200°.- Se reconocen las formas no jurisdiccionales de solución de conflictos e incertidumbres jurídicas como la conciliación y el arbitraje, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en las leyes sobre la materia.

⁽⁷⁾ *Constitución Política del Perú*

Artículo 138°.- 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.

[...].

⁽⁸⁾ *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Artículo 8°.- Confidencialidad

Los que participan en la conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Nada de lo que se diga o proponga tendrá valor probatorio.

⁽⁹⁾ *Código Procesal Civil*

Artículo 221°.- Declaración asimilada

guna formación en conciliación extrajudicial esto resulte aberrante.

En una conciliación es importante que el conciliador se gane la confianza de las partes. Ello no se logrará si una de ellas trata de tomar ventaja de lo dicho o propuesto por la contraria. Por ello, coincidimos con Ledesma Narváez⁽¹⁰⁾ cuando señala que la etapa conciliatoria del proceso no es pública, sino privada. De lo contrario, se desalentaría la conciliación.

Dicha autora propone que las audiencias conciliatorias (en los procesos judiciales) no sean expresión del principio de publicidad en el proceso judicial, estando premunidas de la confidencialidad en su contenido, a fin de que: a) no sean materia de argumentación su desarrollo en las decisiones jurisdiccionales y; b) sea elemento motivador para el éxito de la conciliación en sede judicial; culminando su estudio con las siguientes conclusiones:

1. El principio de publicidad constituye garantía del individuo respecto de la obra de la jurisdicción.
2. La audiencia de conciliación en sede judicial debe realizarse –a manera excepcional– como un acto judicial en privado, porque no constituye acto jurisdiccional.
3. Las declaraciones vertidas en la audiencia conciliatoria no deben ser argumento para las decisiones finales de los magistrados, pues, están realizadas bajo el principio conciliatorio de la confidencialidad”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en sede administrativa, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad del Indecopi, mediante Resolución N° 085-96-TDC recaída en el Expediente N° 005-96 CPC⁽¹¹⁾, señala como precedente de observancia obligatoria que *la voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula.*

Con relación al valor probatorio de los ofrecimientos conciliatorios, la sala advirtió que:

“Sin perjuicio de lo establecido en el punto anterior, la comisión concluye en su resolución que el ofrecimiento hecho por Kouros al señor Tori durante la audiencia de conciliación constituye una aceptación tácita de la calidad defectuosa de, por lo menos uno de los zapatos, sin tener en cuenta que puede responder a la voluntad de llegar a un arreglo o resolver el conflicto de intereses de la manera menos costosa, o a políticas empresariales de atención a los clientes. Atendiendo a que el criterio adoptado por la comisión contiene una apreciación subjetiva sobre el origen o la motivación de los agentes del mercado para efectuar ofertas conciliatorias, esto

Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

(10) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, “El principio de publicidad en la audiencia conciliatoria”, en *El procedimiento conciliatorio*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 339-346.

(11) En www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/cpc/ResolucionN0085-1996TDC.pdf.

podría desincentivar al uso de los mecanismos de conciliación como medio alternativo de solución de conflictos. La audiencia de conciliación o las ofertas de conciliación hechas fuera de ella, no tienen la naturaleza de pruebas ni implican una 'confesión' de responsabilidad. Bajo tal supuesto las empresas que tienen políticas de total satisfacción al cliente y que aceptan cambios sin expresión de causa podrían ser hechas siempre responsables por aceptar los cambios. La conciliación es un mecanismo que ha permitido solucionar la inmensa mayoría de los casos que en el área de protección al consumidor ha recibido el Indecopi. Se debe, por lo tanto, reforzar dicho mecanismo⁽¹²⁾. El criterio de usar el ofrecimiento conciliatorio en sí como prueba, por el contrario, debilita la institucionalización de la conciliación. Así, salvo que en el acta de conciliación exista un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien

los formula, los ofrecimientos que se hagan no pueden ser considerados como prueba de la existencia o aceptación de responsabilidad. Incluso, a fin de fomentar la vocación de conciliación de las partes, esta sala considera que los ofrecimientos de conciliar hechos de buena fe sí podrían ser considerados como elementos que deben ser meritados al momento de graduar y atenuar la sanción aplicable a quienes resulten responsables de los hechos materia de denuncia en un procedimiento".

Esperemos que la judicatura asuma la posición de la confidencialidad de la audiencia de conciliación a efectos de que no se desincentive la conciliación judicial.

4. Carácter personal y conciliación por apoderados

Por decisión del legislador de la Ley N° 26872 y su reglamento, la conciliación extrajudicial⁽¹³⁾ es personalísima tratándose

(12) Comentando las bondades del nuevo Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de la Represión de la Competencia Desleal, en la Exposición de Motivos Oficial del Decreto Legislativo N° 807, publicada el 18 de abril de 1996, se señala que "el segundo objetivo de la norma es fomentar los mecanismos alternativos de resolución de disputas, pues constituyen formas menos onerosas y más rápidas de solucionar las controversias, en las que las propias partes, a través de un proceso de negociación, ponen fin al conflicto. Esto ha quedado demostrado por el hecho que en la Comisión de Protección al Consumidor el 57% y en la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal el 64% de los casos se han resuelto por esta vía [...]. En tal sentido, se ha establecido la facultad de citar a las partes a audiencias de conciliación en cualquier estado del procedimiento e incluso antes de admitir a trámite la denuncia. Asimismo, se prevé la posibilidad de que las partes decidan voluntariamente someter sus conflictos a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros".

(13) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Artículo 14°.- Concurrencia

La concurrencia a la audiencia de conciliación es personal; salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales.

En el caso de personas domiciliadas en el extranjero se admitirá el apersonamiento a la audiencia de conciliación a través de apoderado o tratándose de personas jurídicas, sus representantes legales en el país.

Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS

de las personas naturales, salvo determinadas excepciones. La comparecencia a la audiencia de conciliación extrajudicial puede graficarse de la siguiente manera:

	Domiciliada en el Perú	Domiciliada en el extranjero
Persona natural capaz	Personal	Apoderado
Persona natural incapaz	Representante legal	Representante legal
Persona jurídica	Representante legal o apoderado	Representante legal o apoderado

Por el contrario, en el proceso judicial no existe restricción alguna siendo las personas naturales capaces de comparecer personalmente o por intermedio del apoderado, los incapaces representados por su representante legal y las personas jurídicas por su representante legal o apoderado⁽¹⁴⁾. La comparecencia a la audiencia de conciliación judicial puede graficarse de la siguiente manera:

	Domiciliada en el Perú	Domiciliada en el extranjero
Persona natural capaz	Personal o apoderado	Apoderado o apoderado
Persona natural incapaz	Representante legal	Representante legal
Persona jurídica	Representante legal o apoderado	Representante legal o apoderado

Artículo 17°.- Del acto conciliatorio

El acto conciliatorio entendido como la audiencia de conciliación, es eminentemente personal. Las partes, sean el solicitante(s) y/o el invitado(s), deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación, sin que puedan valerse de representantes, con excepción de las personas jurídicas, y de los solicitantes domiciliados en el extranjero. Solo ellos, podrán hacerlo por intervención de sus representantes, siempre y cuando estos cuenten con facultades expresas para conciliar, en los términos de la legislación correspondiente.

Con excepción a los casos señalados en el primer párrafo de este artículo, a fin de preservar el carácter personal de la conciliación, no se admite la presencia en la audiencia de conciliación del representante de la parte.

Artículo 18°.- De la representación

Tanto para las personas naturales, como para las jurídicas, debe entenderse que los poderes en los que se hubiera otorgado facultades especiales de representación procesal para conciliar, llevan implícita la facultad de conciliar, salvo que se exprese lo contrario. Lo mismo se aplica a los contratos de mandato con representación.

Artículo 19°.- De los representantes legales de personas jurídicas

El gerente general o los administradores de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades, así como el administrador, representante legal, presidente del Consejo Directivo o Consejo de Administración de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, tienen, por el solo mérito de su nombramiento, la facultad de conciliar. La representación se acredita con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.

(14) *Código Procesal Civil*

Artículo 58°.- Capacidad para comparecer en un proceso

Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculta. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

Pese a diversas interpretaciones que sostienen lo contrario y que no compartimos⁽¹⁵⁾, por decisión del legislador la conciliación extrajudicial, tratándose de personas naturales, es personalísima.

4.1. *Carácter personal del acto conciliatorio*

Ledesma Narváez señala que no debe confundirse la petición conciliatoria con la audiencia conciliatoria. En el primer caso, esta petición no es estrictamente personal, sino que puede operar a través de un apoderado o representante legal⁽¹⁶⁾. Vale decir, que el apoderado de una persona natural puede presentar la solicitud de conciliación. En la práctica, cualquier persona puede presentar la solicitud firmada por el solicitante, ya sea redactada por esta o su asesor, en papel simple o en los formatos de solicitud que proporcionan los centros de conciliación.

Revisando el articulado de la Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872, y su Reglamento vigente, encontramos que tratándose de personas naturales, la concurrencia a la audiencia de conciliación es eminentemente personal, salvo el caso de aquellos que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales y de los que domicilian en el extranjero que pueden comparecer en la audiencia repre-

sentadas por un apoderado, tratándose de personas naturales, y por sus representantes legales en el país, tratándose de personas jurídicas.

Ormachea Choque⁽¹⁷⁾ refiere que “*La Ley y el reglamento⁽¹⁸⁾ exigen, muy acertadamente, la presencia personalísima de las partes en conflicto [...], señalando que ‘esta decisión obedece a que la conciliación busca entender el conflicto desde la perspectiva de aquellos directamente involucrados en el fenómeno conflictivo. La experiencia judicial y extrajudicial demuestra que los apoderados, en tanto no son los directamente implicados en la controversia, no tienen la misma capacidad de toma de decisiones que las partes directamente involucradas en el conflicto. Por otro lado, es evidente que los representantes o apoderados se apersonan con un libreto preestablecido, con instrucciones muy precisas y poca información afectando el desarrollo y resultado de la audiencia de conciliación’.*”

La conciliación requiere para un mejor manejo del conflicto que ambas partes se encuentren y discutan abiertamente sus problemas, compartiendo su información y versión de los hechos con el fin de explorar alternativas de solución que satisfagan sus necesidades (Moore 1995). Complementariamente, la presencia de terceros ajenos al conflicto afectaría al princi-

Código Procesal Civil

Artículo 75°.- Facultades especiales

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

- (15) Entre ellos PEÑA GONZÁLES, Óscar, “Propuestas para mejorar la Ley de Conciliación Extrajudicial”, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2001, p. 28.
- (16) LEDESMA NARVÁEZ, “El principio de publicidad en la audiencia conciliatoria”, cit., p. 235.
- (17) ORMACHEA CHOQUE, Iván, *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 82-83.
- (18) Se refiere al reglamento derogado, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-98-JUS.

pio de confidencialidad que asegura un clima de privacidad y reserva que invita a las partes a expresarse libremente”.

4.2. *Algunos casos por los que se debería flexibilizar la regla*

a. Imposibilidad física de concurrir a la audiencia

Juan fue atropellado por un vehículo conducido por un chofer. El propietario del vehículo quiere llegar a un acuerdo con él. El problema es que Juan ha sufrido una serie de traumatismos que le impiden movilizarse, habiendo perdido hasta el control de sus esfínteres.

Al tener conocimiento de la campaña publicitaria del Ministerio de Justicia promoviendo la conciliación extrajudicial, Juan, que al momento del accidente no tenía dinero ni trabajo, se entusiasmó.

Juan, que no tiene padre ni madre, ni perro que le ladre, logró que la asistente social del hospital en que se encuentra internado se acercara a un centro de conciliación. Allí le informaron que podía redactar ella misma la solicitud o llenar un formulario proporcionado por el centro haciéndolo firmar por el solicitante. Cuando consultó si podría asistir algún representante, le manifestaron que ello no era posi-

ble porque la concurrencia a la audiencia era estrictamente personal, y que Juan tenía que asistir el día y hora fijados para la misma. Cuando la asistente les explicó el estado lamentable en que Juan se encontraba y les planteó la posibilidad de realizar la audiencia en el hospital, le manifestaron que ello no era posible y que la audiencia tenía que realizarse necesariamente en el local del centro de conciliación.

A Pedro, la impericia de su médico le costó muy cara. Una prótesis recién implantada fue manipulada inadecuadamente, a tal punto que se le salió. Pedro también está inmovilizado y físicamente incapacitado. Al igual que Juan, requiere de una urgente intervención quirúrgica que podría salvarlo de la silla de ruedas.

Juan y Pedro están imposibilitados de conciliar extrajudicialmente. El único camino que les queda es el de la transacción extrajudicial⁽¹⁹⁾. Ni siquiera tienen dinero para pagar a un asesor que los oriente, así que lo más probable es que acepten lo que su contraparte “buenamente” desee ofrecerles, aunque no sea ni justo, ni equitativo.

Este es un pequeño desajuste de la legislación en materia de conciliación extrajudicial. Siendo la intención de la norma que se llegue a la solución del conflicto ubicando los intereses de las partes conforme lo señala el artículo 32° inciso 7 del Reglamento⁽²⁰⁾, resultaría evidente

(19) *Código Civil*

Artículo 1302°.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.

(20) Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS

Artículo 32°.- Funciones del conciliador

Para el cumplimiento de sus funciones, el conciliador deberá:

[...].

7. Tratar de identificar y ubicar el interés de cada una de las partes.

[...].

que la conciliación mediante apoderados impida este fin. Más aún si el apoderado es un asesor letrado o no, que podría mantener el conflicto en un estéril enfrentamiento de posiciones.

Sin embargo, casos como los de Juan y Pedro hacen dudar de la rigidez del sistema.

Impedir que, en casos como los de Juan y Pedro, y otros en que las partes se encuentren físicamente incapacitadas de concurrir al centro de conciliación como consecuencia de accidentes de tránsito, o por negligencia médica, etc., y se encuentre en riesgo su salud o su vida, puedan hacerse representar y por ende participar en una audiencia de conciliación extrajudicial, resulta atentatorio contra los fines de la conciliación extrajudicial. A menos que se limite su alcance al de un mero requisito de admisibilidad para una futura demanda, cuando la conciliación extrajudicial tiene fines mucho más trascendentes.

Revisando los proyectos de ley que dieron origen a la Ley N° 26872, advertimos que mientras el artículo 10° del Proyecto N° 2565⁽²¹⁾ tenía un texto idéntico al del artículo 14° de la Ley⁽²²⁾, el artículo 7° del Proyecto N° 2581⁽²³⁾ tenía un texto interesante:

“Artículo 7°.- Concurrencia personal de los convocados

Las partes deben concurrir personalmente y no podrán hacerlo mediante representante, salvo que se trate de personas jurídicas, incapaces o personas que prueben un hecho grave o injustificado” (sic).

El referido proyecto establecía la concurrencia personal de los convocados, prohibiendo la concurrencia mediante representante, salvo que se tratara de personas jurídicas, incapaces o personas que prueben un hecho grave o injustificado. Su propuesta está claramente inspirada en el artículo 203° del Código Procesal Civil⁽²⁴⁾.

Aunque con redacción defectuosa, el autor del proyecto ya advertía la problemática que podría suscitar la irrestricta exigencia de la concurrencia personal de los convocados, puesto que en casos como los de Juan y Pedro estamos frente a hechos graves o justificados que impedirían su presencia en la audiencia conciliatoria. Si en el proceso judicial es procedente la conciliación mediante apoderados, conforme a los artículos 75° y 326° del Código Procesal

(21) Presentado por los congresistas Jorge Muñoz Ziches, Jorge Avendaño Valdez, Lourdes Flores Nano y Harold Forsyth Mejía.

(22) Artículo 10°.- Concurrencia

La concurrencia a la audiencia de conciliación es personal; salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales.

(23) Presentado por el congresista Óscar Medelius Rodríguez.

(24) *Código Procesal Civil*

Artículo 203°.- Citación y concurrencia personal de los convocados

La fecha fijada para la audiencia es inaplazable, y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.

Salvo disposición distinta de este Código, *solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.*

Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso.

Civil⁽²⁵⁾, lo coherente hubiese sido proponer lo mismo para la conciliación extrajudicial.

b. El caso de los ciegos, sordos y mudos

Imaginemos que Juan y Pedro son ciegos, o sordos o mudos. En tal estado, no se encuentran bajo los alcances de los artículos 43° y 44° del Código Civil⁽²⁶⁾, que constituyen un supuesto de improcedencia de la conciliación según el texto vigente del inciso h del artículo 6° de la Ley de Conciliación Extrajudicial⁽²⁷⁾. Ni siquiera sus representantes legales podrían conciliar, por impedimento legal expreso.

¿Qué sentido tiene la comparecencia personal de la parte a la audiencia, frente a las dificultades para comunicarse con su contraparte o el conciliador? Sería necesaria la presencia adicional de una persona de su confianza en calidad de asesor o de un intérprete en el lenguaje braille en el caso de los ciegos o en el lenguaje convencional por señas de los sordos y mudos, pero esto en la práctica sería muy oneroso y crearía muchos inconvenientes.

¿Por qué no se les permite la designación de un apoderado? Estos casos abonan a favor de quienes pretenden que se establezca la conciliación mediante apoderados.

(25) *Código Procesal Civil*

Artículo 326°.- [Audiencia de conciliación]

Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

[...].

(26) *Código Civil*

Artículo 43°.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44°.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurrir en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

(27) *Ley del Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Artículo 6°.- Carácter obligatorio

El procedimiento conciliatorio es un requisito de admisibilidad para los procesos a que se refiere el artículo 9°.

[...].

No procede la conciliación extrajudicial cuando:

[...].

h. Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43° y 44° del Código Civil.

c. El caso de los testaferros

Por otro lado, las partes y sus abogados siempre han sido hábiles y se han dado maña para “sacarle la vuelta” a la ley. Hecha la ley, hecha la trampa, dicen muchos.

Supongamos que a una audiencia de conciliación sobre desalojo concurre la solicitante acompañada de una persona de su confianza en calidad de asesor y la invitada.

Concluido el monólogo del conciliador, la solicitante señala que si bien es cierto el inmueble se encuentra inscrito a su nombre en el registro respectivo, en realidad este pertenece a su eventual asesor (su padre) y que ella está dispuesta a suscribir y asumir cualquier acuerdo al que este arribe con la invitada.

Antes que el conciliador termine de sorprenderse, la invitada refiere que lo dicho por su contraparte es cierto, y le consta porque todo lo relativo a la negociación del contrato y su ejecución (pagos de la renta mensual) se han entendido siempre con el asesor, porque la solicitante domicilia en otra localidad.

Imaginemos otro caso. La solicitante refiere que su vecina ha construido de mala fe sobre parte de su terreno. Presentes las partes y sus asesores, la vecina declara que sus asesores son los verdaderos propietarios del terreno contiguo al de la solicitante, quienes señalan que a fin de mantener las buenas relaciones están dispuestos a suscribir un acuerdo en calidad de fiadores solidarios de la vecina. La solicitante asiente, manifestando que los asesores son quie-

nes en realidad ocupan el terreno y son sus verdaderos dueños, y que no tendría ningún reparo en llegar a un acuerdo con estos, siempre que sea suscrito por la solicitante.

La realidad supera a la fantasía. Los ejemplos serían innumerables. Muchos podrían pensar que las audiencias conciliatorias desarrolladas entre la verdadera propietaria (asesora) y el arrendatario (invitado) o la realizada entre la solicitante y los asesores de su vecina (verdaderos propietarios) contravienen los principios éticos de la conciliación.

A nosotros nos parece que no. Hay buena fe desde el momento en que en la mesa de conciliación se está reconociendo la verdad de los hechos. Se cumple con el principio de legalidad porque el acuerdo conciliatorio no contraviene el ordenamiento jurídico.

Algunos dirán que existe una simulación, indudablemente, pero se trata de una simulación relativa⁽²⁸⁾, que es totalmente lícita, porque en los casos comentados, no se están vulnerando los derechos de terceros.

Si se vulneraran los derechos de terceros estaríamos frente a una violación de una norma de orden público, y en tal caso el conciliador no podría dar luz verde a la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que el artículo 5° del reglamento establece que la autonomía de la voluntad no se ejerce irrestrictamente y que las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres.

(28) *Código Civil*

Artículo 191°.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

Código Civil

Artículo 192°.- La norma del artículo 191° es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

Si las partes no lo desean, no se mencionará el hecho de la simulación en la descripción de las controversias. Si el conciliador la mencionara la simulación, sin el consentimiento de las partes, estaría violando el principio de la confidencialidad.

Si se hubiese permitido la representación irrestricta de las personas naturales para las audiencias de conciliación, es más que seguro que el verdadero titular del derecho hubiese concurrido en calidad de apoderado. Ante la imposibilidad de hacerlo, las ingeniosas partes y sus abogados recurrieron a la alternativa del asesor.

Ejemplos como los citados ponen en tela de juicio el carácter personal de la conciliación como regla inflexible. Estamos convencidos de que se trata más bien de una decisión legislativa, y de que es el momento que el legislador evalúe la posibilidad de permitir la conciliación mediante apoderados.

4.3. Improcedencia de la conciliación mediante apoderados en la legislación vigente

No compartimos la opinión de Peña González cuando dice que le “queda claro que las personas pueden conciliar mediante sus apoderados, más aún si tenemos en cuenta que este procedimiento es de carácter muy flexible y se adecúa al interés de las partes”⁽²⁹⁾.

Dicho autor señala equivocadamente, que el Código Procesal Civil es una norma de aplica-

ción supletoria a la Ley de Conciliación Extrajudicial. Esto es falso. No existe norma alguna en dicha ley que señale como norma supletoria al Código Procesal Civil. Y ello, por la sencilla razón de que la conciliación no constituye acto jurisdiccional y el procedimiento de conciliación extrajudicial se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil, conforme al artículo 4º y la Séptima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley⁽³⁰⁾. Esto, por la naturaleza consensual de la conciliación⁽³¹⁾.

Cuando el artículo 14º de la Ley de Conciliación Extrajudicial alude a las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales, se está refiriendo a los incapaces y a las personas jurídicas, conforme a las normas del Código Civil. No alude en ningún momento al Código Procesal Civil, cuyo ámbito de aplicación es distinto.

Si bien es cierto que en los casos aislados de los artículos 13º y 23º de la ley y 10º, 16º, 23, 28º y 29º del reglamento se remite expresamente a normas específicas del Código Procesal Civil, ello no implica que dicho código sea la norma supletoria de la Ley de Conciliación Extrajudicial.

Aplicando el método de interpretación sistemática, cuando el artículo 18º del reglamento alude a los poderes para conciliar, se está refiriendo a los casos excepcionales en que se ad-

(29) PEÑA GONZÁLES, “Propuestas para mejorar la Ley de Conciliación Extrajudicial. Aporte de los operadores”, cit., p. 28.

(30) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final.- Conciliación Extrajudicial

El procedimiento de conciliación creado en la presente ley se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil.

(31) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Artículo 3º.- Autonomía de la voluntad

La conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

mite la actuación mediante apoderado, lo que no quiere decir de ningún modo que dicha norma reglamentaria acredite la supletoriedad del Código Procesal Civil.

Tampoco es el fundamento legal para sostener que existe incompatibilidad entre la ley y el reglamento, cuyo artículo 18° permite la representación por apoderados en las audiencias de conciliación. Reiteramos que la interpretación sistemática presupone una interpretación armónica de las normas, descartando cualquier presunta incompatibilidad. Realizando una interpretación teleológica del artículo 18° del reglamento, el fin de la norma fue evitar el gasto que ocasionaría el otorgamiento de nuevos poderes especiales para conciliar extrajudicialmente a las personas que, encontrándose bajo los supuestos excepcionales, ya habían otorgado poderes para litigar. De ningún modo fue ampliar los supuestos de excepción, ni ser la llave maestra para establecer la conciliación mediante apoderados.

Entendemos que Óscar Peña quiso lanzar la propuesta de permitir la conciliación extrajudicial mediante apoderados, pero queda totalmente claro que el ordenamiento actual no lo permite, salvo en los casos excepcionales anotados líneas arriba.

Hemos tomado conocimiento de un informe práctico que responde a la pregunta: ¿es posible que el apoderado concurra a la audiencia de conciliación extrajudicial en sustitución de una persona natural? En dicho informe se afirma que el Reglamento de la Ley de Conciliación, con un criterio un tanto más permisivo (pues ya no establece que la conciliación sea personal), ha señalado en su artículo 18; que en los casos en los cuales se otorgue facultades especiales de representación procesal para con-

ciliar, se entendería de manera implícita que esta facultad se extiende también a la conciliación extrajudicial, salvo que se señale lo contrario⁽³²⁾.

No compartimos dicha opinión, puesto que ningún reglamento puede ser interpretado contra la ley.

Incluso, la tendencia del legislador es mantener el carácter personal del acto conciliatorio tratándose de personas naturales.

Con fecha 9 de marzo de 2005 la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República emitió un Dictamen de los Proyectos de Ley N°s 4219/2002-CR; 4381/2002-CR; 4884/2002-CR; 5201/2002-CR; 5687/2003-CR; 5764/2002-CR; 6884/2002-CR; 7570/2002-CR; 8215/2002-CR; 9350/2002-CR; 9741/2002-CR; 10141/2003-CR; 10918/2003-CR; 11405/2003-CR; 12330/2004-CR; 11578/2004-CR; y 12405/2004-CR que proponen modificar diversos artículos de la Ley de Conciliación N° 26872, aprobando *por unanimidad los proyectos de ley con un texto sustitutorio*.

En cuanto al carácter personal de la conciliación, la comisión señala:

“La conciliación se basa, de conformidad con el artículo 2° de la Ley de Conciliación y 2° de su reglamento, en los principios de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, legalidad, celeridad y economía; y es un acto jurídico por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses con la ayuda de un tercero llamado conciliador. Se funda en la autonomía de voluntad ya que esta no

(32) En *Jus-Doctrina & Práctica*, N° 6, Lima, 2007, p. 241.

se ejerce irrestrictamente, sino que las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres. *Es por eso importante que sean las partes y no sus representantes los que acudan a la audiencia.* Por ello, la ley solo contempla la representación cuando las partes domicilian en el extranjero o cuando se trata de personas jurídicas”.

Para nosotros, la conciliación mediante apoderado es un tema de opción legislativa. Por ello, es importante que el legislador opte por el carácter personal del acto conciliatorio tratándose de las personas naturales. Empero, no permite posibilidad alguna de flexibilizar la regla.

4.4. Una ejecutoria singular

Obviando todo lo expuesto hasta aquí, y siguiendo la línea de Óscar Peña, la ejecutoria expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema con fecha 10 de julio de 2002, recaída en la Casación N° 632-2002-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre de 2002, señala:

“CAS. N° 632-2002-LIMA
Lima, 10 de julio de 2002.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa seiscientos treintidós-dos mil dos; en audiencia pública el día de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Inversiones Desophia Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista de fojas ciento veintitrés, su fecha dieciocho de enero de dos mil dos, que confirmando la apelada de fojas noventa y tres, fechada

el dieciocho de octubre de dos mil uno, declara Fundada la demanda; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha veintitrés de abril de dos mil dos ha estimado procedente el recurso solo por la causal relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, aduciendo la recurrente que el acta de conciliación aparejada a la demanda en el supuesto cumplimiento de la Ley N° 26872, resulta nula porque el demandante actuó representado por Luis Alejandro Penny Donayre, cuando de acuerdo a los artículos 14° y 16° de la Ley de Conciliación la actuación es estrictamente personal; que entonces, al ser nula la referida acta de conciliación, la parte actora no ha cumplido con el requisito de admisibilidad para la interposición de la presente demanda previsto en el inciso 7 del artículo 425° del Código Procesal Civil; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, del análisis de los artículos 14° y 16° de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872 así como de los artículos 19° y 21° del Reglamento de la Ley de Conciliación aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS, puede inferirse, prima facie, que la concurrencia a la audiencia de conciliación extrajudicial, en caso de personas naturales, debe ser en forma personal; y que la actuación mediante representante es procedente en dos casos; el primero cuando se trate de personas que por mandato legal deben actuar a través de representantes legales, tales como los incapaces; y, segundo, cuando se trate de personas domiciliadas en el extranjero; **Segundo.-** Que, sin embargo, dicha consideración preliminar responde a una interpretación literal de la norma que es la primera de las técnicas interpretativas a ser usada por los juzgadores; debiendo recurrirse para una mejor interpretación y aplicación del derecho a la interpretación sistemática, en virtud de la cual, de acuerdo al artículo 75° del código adjetivo, concordado con el artículo 326° primer párrafo del mismo código, las personas naturales que actúan como partes en un proceso judicial pueden conciliar sobre derechos disponibles a través de apoderado con facultades especiales para

ello; **Tercero.-** Que, siendo ello así, se estaría ante una situación contradictoria dado que, por un lado, la conciliación arribada dentro de un proceso judicial en la que actuaron las partes a través de apoderados, debidamente aprobada por el juez, tiene el efecto de sentencia con autoridad de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 328° del Código Procesal Civil; mas la conciliación previa a todo proceso judicial conforme a la Ley N° 26872, en la que las personas naturales intervinientes actuaron también mediante apoderados, y que igualmente tiene la calidad de cosa juzgada, conforme al artículo 18° de la citada ley, no tendría empero validez porque las personas naturales, gozando del pleno ejercicio de sus derechos civiles y domiciliando en el territorio nacional, no actuaron de modo personal; **Cuarto.-** Que, en tal virtud, no existiendo norma en la Ley especial N° 26872 que expresamente prohíba la actuación de las personas naturales domiciliadas en el país y con pleno ejercicio de sus derechos, mediante apoderados en la audiencia de conciliación, debe interpretarse que sí están facultados para ello; máxime si conforme a la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, las disposiciones de dicho código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales; **Quinto.-** Que, en el presente caso, el demandante Luis Alejandro Penny Arenas actuó en la audiencia de conciliación extrajudicial del 28 de marzo de 2000, cuya acta obra a fojas treinta y uno, representado por su progenitor, Luis Penny Donayre, en virtud a la Escritura Pública de Poder de fecha primero de febrero de mil novecientos ochenta, con facultad para conciliar, conforme lo indica el conciliador en la referida acta y no lo cuestiona la parte demandada; por tanto, plenamente válida la audiencia de conciliación, la que finalizó sin acuerdo alguno y ha permitido, lógicamente, la interposición de la presente demanda de desalojo por ocupación precaria; a lo que debe agregarse que la recurrente no recurrió, para plantear mejor el analizado cuestionamiento, a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, previsto en el ar-

tículo 446°, inciso 5 del código adjetivo, como correspondía, si consideraba que el trámite de la conciliación extrajudicial no se había agotado válidamente; **Sexto.-** Que en tal sentido, no se ha incurrido en la causal alegada y de conformidad con el artículo 397°, primer párrafo del Código Procesal Civil; además estando a los considerandos que preceden: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento veintiocho; en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas ciento veintitrés su fecha diecisiete de enero de dos mil dos; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del recurso así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Luis Alejandro Penny Arenas (representado por Luis Penny Donayre) con Inversiones Desophia Sociedad Anónima, sobre desalojo, y los devolvieron. SS. ECHEVARRÍA A.; MENDOZA R.; LAZARTE H.; INFANTES V.; SANTOS P.”.

La ejecutoria bajo comentario considera que al no existir norma en la Ley de Conciliación Extrajudicial que prohíba en forma expresa la actuación de personas naturales en las audiencias de conciliación extrajudicial mediante apoderados, debe interpretarse que sí están facultados para ello.

En el considerando primero, la Corte Suprema reconoce que una interpretación literal de los artículos 14° y 16° de la Ley N° 26872 y 19° y 21° de su reglamento derogado, la concurrencia a la audiencia de conciliación de las personas naturales es personal.

En el considerando segundo, se recusa la interpretación literal y obviando la interpretación histórica, se recurre a una curiosa interpretación sistemática aplicando el artículo 75° del Código Procesal Civil, como si la Ley de Conciliación Extrajudicial fuese un proceso judicial más, a pesar de que no existe en ella norma alguna que disponga la aplicación

supletoria del código acotado. Ya se ha dicho que la conciliación no constituye acto jurisdiccional. Lo supletorio es lo que se aplica a falta de norma expresa. Si el propio texto de la norma y los proyectos que le dieron origen, establecen el carácter personal, ¿cómo puede la Corte Suprema aplicar *supletoriamente* un ordenamiento para llegar a una conclusión opuesta a la de la norma interpretada?

Olvida la Corte Suprema que el artículo 145° del Código Civil señala que el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley y que la disposición contraria es precisamente el artículo 14° de la Ley de Conciliación Extrajudicial, que señala que la concurrencia a la audiencia de conciliación es personal, salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales. Las normas excepcionales no pueden interpretarse por analogía. Así lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

No existe contradicción alguna entre ambas conciliaciones como parece entender la Corte Suprema en el considerando tercero, por cuanto en una no se permite la conciliación mediante apoderados y en la otra sí. Lo que sucede es que la conciliación extrajudicial y la judicial se rigen por ordenamientos distintos, por voluntad del legislador.

La Ley de Conciliación Extrajudicial no es un ordenamiento procesal más, como parece entender la Corte Suprema en el considerando cuarto, desconociendo la naturaleza jurídica de la institución. De allí el error de remitirla a las reglas del Código Procesal Civil. Si el legislador de la Ley N° 26872 hubiese querido establecer tal supletoriedad, lo hubiera dispuesto expresamente, pero nunca lo hizo.

En el considerando quinto la Corte Suprema considera que el hecho de que el accionante haya actuado representado por un apoderado

en la audiencia conciliatoria, lo que no fue cuestionado por la demandada, quien no dedujo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. Consideramos que la conciliación extrajudicial no forma parte del supuesto de hecho de ninguna excepción, antes bien puede considerarse como una defensa previa, o en todo caso, como un simple requisito de admisibilidad de la demanda conforme al artículo 425°, inciso 7 del Código Procesal Civil.

Por estas razones consideramos que la Corte Suprema incurrió en error al declarar infundado el recurso de casación. Llama la atención que la Corte Suprema, insatisfecha por la interpretación literal, no haya considerado la interpretación histórica. Los proyectos de ley que dieron origen a la Ley de Conciliación Extrajudicial son claros en ese sentido al proponer como opción legislativa el carácter personal de la conciliación extrajudicial. Sin embargo, este método de interpretación fue soslayado por la Corte Suprema, para confusión de los operadores jurídicos.

Aceptar la tesis de la Corte Suprema implicaría la judicialización de la conciliación extrajudicial, con su consiguiente desnaturalización y la negación de su naturaleza jurídica consensual. No es posible entender la Ley de Conciliación Extrajudicial con el cristal del procesalista.

Consideramos que, en todo caso, el recurso de casación interpuesto debió ser declarado improcedente, porque de lo expuesto se advierte que el emplazado recurrente no cuestionó oportunamente el incumplimiento de dicho requisito de admisibilidad, habiendo precluido toda petición referida a la validez de la relación procesal al declararse saneado el proceso.

4.5. La conciliación extrajudicial mediante apoderados como propuesta

En el momento actual, surge la disyuntiva de seguir aceptando el carácter personal de la

conciliación extrajudicial como un dogma, o si es el momento de flexibilizar la regla. Los argumentos de Iván Ormachea no son indiscutibles, ni tampoco irrefutables.

Muchas veces el grado de aversión entre las partes es tal que realmente no tienen ganas ni de verse, y en este contexto es muy difícil hacerlas dialogar. Es más fácil y conveniente promover un acercamiento por intermedio de sus apoderados.

Los conflictos tienen mucho de falta de comunicación o de una comunicación inadecuada. Un apoderado puede tener una visión más objetiva del conflicto y quizás mejores dotes negociadoras que la parte a quien represente. ¿Perjudica ello al procedimiento conciliatorio? Pensamos que no.

Un apoderado responsable deberá estar preparado para la audiencia, al igual que las partes. Si las instrucciones son precisas en el sentido de no conciliar, idéntica falta de acuerdo resultará con la concurrencia personal de las partes. El juez o el conciliador deben hacer uso de todas sus habilidades conciliatorias, pero no puede imponer acuerdos. Las partes están en su derecho de no conciliar si así lo desean.

Por naturaleza, la conciliación responde a la autonomía de la voluntad de las partes. Si su voluntad es no concurrir personalmente a la audiencia y es su deseo ser representada por una persona de su confianza, ¿por qué negarles esa posibilidad? Las personas jurídicas siempre participarán mediante un representante legal o apoderado que no siempre será el que tuvo conocimiento directo de los hechos. ¿Por qué negar ese derecho a las partes en conflicto cuando se trata de personas naturales?

Si fuera totalmente cierto que la presencia de terceros afectaría al principio de confidencialidad, ¿por qué se permite la intervención de asesores?

La experiencia nos ha enseñado que, en muchos casos son los asesores o apoderados los que, con una visión más objetiva y desapasionada del conflicto, negocian y logran acuerdos beneficiosos para sus clientes o mandantes, muchas veces mejores que los que estos hubiesen logrado directamente.

Siendo así, no encontramos razón valedera para proscribir la conciliación mediante apoderados. El alto índice de incomparecencia a las audiencias de conciliación extrajudicial podría deberse, en parte, a la imposibilidad de enviar un representante a la audiencia.

Es posible que el día y hora señalados para la audiencia las partes tengan otros compromisos impostergables de diversa índole, contraídos con antelación, estar enfermos o de viaje. El simple hecho de querer enviar un representante es un indicio de que se está tomando con seriedad la invitación para conciliar.

De esta manera se evitarían las maniobras dilatorias de algunos invitados y las de sus abogados como las de solicitar una nueva fecha para la audiencia a la que después no concurrirán.

En nuestra opinión, la concurrencia personal a la audiencia de conciliación de las personas naturales es una decisión legislativa del legislador de la Ley N° 26872, que no es esencial para la conciliación extrajudicial, motivo por el cual podría ser flexibilizada e incluso suprimida, sin que por ello se altere la naturaleza ni las bondades de dicho medio alternativo de resolución de conflictos.

El juez tiene la ventaja de que en la conciliación judicial se permite la conciliación mediante apoderado, sin restricción alguna, lo que a veces es más conveniente, cuando las partes están muy enemistadas, y son muchas veces los apoderados los que logran un acuerdo conciliatorio. La desventaja es que con la concurrencia de las personas naturales puede obtenerse

información muy valiosa que un apoderado normalmente no estaría dispuesto a proporcionar, menos aún si se trata de un letrado.

Aunque no es bueno legislar para los supuestos de excepción, una propuesta para modificar el artículo 14° de la Ley N° 26872, flexibilizando la y permitiendo la excepcional representación por apoderados sería la siguiente:

“Artículo 14°.- Concurrencia

La concurrencia a la audiencia de conciliación es personal, salvo el caso de las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales.

En el caso de personas domiciliadas en el extranjero se admitirá el apersonamiento a la audiencia de conciliación a través de apoderado o tratándose de personas jurídicas, sus representantes legales en el país.

Las personas naturales domiciliadas en el país podrán actuar mediante apoderado, *si demuestran al conciliador un hecho o circunstancia grave o justificada que les impida concurrir a la audiencia o que pudiendo hacerlo estuvieran impedidos físicamente para comunicarse adecuadamente por sí mismos. A título enunciativo mas no limitativo, se consideran como tales la enfermedad, la ancianidad, la ceguera, sordera, mudez o cualquier otra causa análoga”.*

5. El lugar de la audiencia

Aunque en ninguna parte de la Ley de Conciliación Extrajudicial se dice que la audiencia solo puede realizarse en el local del centro de conciliación o del Juzgado de Paz⁽³³⁾, y no en ningún otro lugar, el inciso 2 del artículo 14° del reglamento⁽³⁴⁾ referido a las invita-

(33) La conciliación ante los jueces de paz se encuentra suspendida en virtud de la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27398, cuyo texto es el siguiente:

“Tercera.- Conciliación ante los jueces de paz letrado

El derecho de optar a que se refiere el artículo 7° de la Ley de Conciliación queda en suspenso; en consecuencia, el proceso de conciliación ante los jueces de paz letrado y de paz solo podrá ponerse en vigencia una vez que se implementen los medios necesarios”.

(34) *Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS*

Artículo 14°.- De las invitaciones.-

Las invitaciones deberán redactarse en forma clara, sin emplear abreviaturas, y contendrán:

1. El nombre, denominación o razón social de la persona o personas a invitar y el domicilio.
2. La denominación o razón social y dirección del centro de conciliación o del Juzgado de Paz Letrado.
3. El nombre, denominación o razón social del solicitante de la conciliación.
4. El asunto sobre el cual se pretende conciliar.
5. Copia simple de la solicitud de conciliación y sus anexos.
6. Información relacionada con la conciliación en general y sus ventajas en particular.
7. Día y hora para la audiencia de conciliación.
8. Fecha de la invitación.
9. Nombre y firma del conciliador.

En lo que concierne al día y hora de la audiencia de conciliación en las invitaciones, se fijará solo la fecha de la sesión que corresponda.

ciones a conciliar daría a entender que esta se realizará en el centro de conciliación, al igual que el formato tipo de Invitación aprobado por la Resolución Ministerial N° 032-98-JUS, publicado el 4 de marzo de 1998.

No existiendo prohibición legal alguna, y estando a la flexibilidad del proceso conciliatorio, no habría ningún impedimento para realizar la audiencia en el lugar que se encuentre la parte imposibilitada físicamente. Vale decir, en el hospital, o en su domicilio, dejando constancia del consentimiento de las partes en el acta correspondiente.

Consultamos a varios conciliadores y nos manifestaron que la audiencia tenía que realizarse necesariamente en el centro de conciliación. Solo en uno de ellos alguien dijo que podría ser en otro lugar siempre que la contraparte estuviera de acuerdo con ello. La justificación era que el ambiente de la conciliación debía ser neutral e incluso equidistante para ambas partes.

Pensamos que en el ejercicio de su libertad de acción, el conciliador podría realizar la audiencia en un lugar distinto al centro de conciliación.

Además de los casos de Juan y Pedro, se presentan los casos de división y partición entre muchos condóminos y los conflictos entre los cientos de miembros de una asociación.

En un caso de rectificación de áreas, un conciliador concurrió con las partes y un ingeniero al lugar de los hechos para definir el asunto.

Obviamente que el acuerdo fue total. El acto conciliatorio que tuvo como fruto un acuerdo de voluntades, se produjo fuera de las instalaciones del centro. ¿Se violaron las normas y principios de la conciliación? En absoluto.

Nuestra propuesta no es peregrina. En el Primer Congreso Internacional de Conciliación Extrajudicial, realizado en diciembre de 2001, el Dr. Aníbal Sierralta recomendó la realización de la audiencia fuera de las instalaciones del centro tratándose de pretensiones en materia de Derecho comercial.

Esto sería recomendable en los casos excepcionales de imposibilidad física de concurrir u otros motivos atendibles de acuerdo con el criterio del conciliador.

En los procesos judiciales es posible realizar actuaciones judiciales fuera del local del juzgado, conforme al artículo 205° del Código Procesal Civil⁽³⁵⁾. Obviamente con previa citación de las partes.

Lamentablemente, tras la ingrata experiencia de un ex magistrado en un caso muy sonado, que reconoció haber concurrido al domicilio de una de las partes, para propiciar una conciliación, consideramos que muy pocos jueces se atreverían a realizar la audiencia conciliatoria fuera del local del juzgado. Aunque nada obstaría para hacerlo con el consentimiento de las partes.

Aunque no es bueno legislar para los supuestos de excepción, una propuesta para mo-

⁽³⁵⁾ *Código Procesal Civil*

Artículo 205°.- [Actuación fuera del local del Juzgado]

Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus abogados si desearan concurrir.

Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o solo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

dificar el artículo 14° de la Ley N° 26872, flexibilizando la regla, y permitiendo la excepcional realización de la audiencia en un lugar distinto al centro de conciliación o Juzgado de Paz, sería la siguiente:

“Artículo 11°.- De la audiencia

[...].

Por excepción, *en los casos de enfermedad, ancianidad, imposibilidad física u otro motivo que el conciliador o Juez de Paz estimen atendible, que impida a uno de los intervinientes concurrir al local del centro de conciliación o Juzgado de Paz, la audiencia puede realizarse en lugar distinto, con previo consentimiento de las partes.* La invitación deberá precisar el lugar donde se llevará a cabo la audiencia”.

6. La fórmula conciliatoria

A pesar de que la conciliatoria es una etapa del proceso judicial, entendemos que en esta el juez deja por un momento su papel de magistrado para asumir el rol de mediador o facilitador. *Ergo*, imponerle la obligación de proponer una fórmula conciliatoria⁽³⁶⁾ constituye un despropósito, tanto más si en la práctica el juez

no cuenta con el tiempo suficiente para preparar la audiencia y menos para preparar la fórmula conciliatoria. En la conciliación extrajudicial, la propuesta de fórmula conciliatoria es solo una eventualidad⁽³⁷⁾.

En una audiencia de conciliación extrajudicial, el reunir información toma poco más de una hora. Tiempo aproximado del que el juez dispone no solo para realizar dicha etapa, sino los demás actos procesales, dependiendo del tipo de audiencia (conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos, de saneamiento y conciliación o audiencia única). Pero ello no implica que la fórmula conciliatoria tenga que ser necesariamente el proyecto de sentencia, ni que el probable perdedor deba ser persuadido para que concilie, bajo la amenaza sutil de que la sentencia de todos modos le va a ser desfavorable y que si no concilia será multado.

En la conciliación judicial, la propuesta de fórmula conciliatoria debería ser facultativa al igual que en la conciliación extrajudicial. El empleo de la fórmula conciliatoria puede ser útil cuando las partes, pese a existir avenimiento, no logran ponerse de acuerdo. En este caso, la fórmula resulta una herramienta que finalmente les ayuda a tomar un acuerdo. El prudente arbitrio de este juzgador les aconseja proponer la fórmula conciliatoria teniendo como referencia lo expuesto por las partes.

⁽³⁶⁾ *Código Procesal Civil*

Artículo 326°.- [Audiencia de conciliación]

[...]. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje [...].

⁽³⁷⁾ *Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS*

Artículo 20°.- Reglas para la audiencia de conciliación

Para la realización de la audiencia de conciliación deberán observarse las siguientes reglas:

[...].

4. Cuando las partes asisten a la primera sesión, el conciliador debe promover el diálogo y *eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias*. Si al final de dicha sesión, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos.

[...].

7. El tiempo de preparación de la audiencia y la reunión privada

Obviamente, un conciliador extrajudicial tiene más tiempo que un juez para preparar la audiencia de conciliación. Si lo aprovecha o no, dependerá de su profesionalismo. En teoría, el conciliador extrajudicial tiene más tiempo que el juez para realizar la audiencia de conciliación⁽³⁸⁾. Esta es una ventaja que tiene el conciliador extrajudicial frente al juez al momento de realizar la audiencia.

Otra ventaja es que el conciliador extrajudicial puede tener una reunión privada o caucus⁽³⁹⁾ con cada una de las partes a solicitud de estas o en el momento que el conciliador lo decida. Con la malicia que caracteriza a nuestros abogados y litigantes, sería muy mal visto que el juez en plena audiencia tenga una reunión privada con cualquiera de las partes. La otra parte iría inmediatamente al órgano de control alegando la parcialización del magistrado como mínimo, o la corrupción o cohecho del mismo como máximo. La única oportuni-

dad que tiene el juez de hacer un pequeño *caucus* es en los horarios de entrevistas con las partes y litigantes.

8. Las versiones de las partes y la oportunidad de la audiencia

Sin embargo, el juez también tiene sus ventajas frente al conciliador extrajudicial. Mientras este al iniciar la audiencia tiene solo la versión del solicitante, el juez podría tener la versión de ambas partes, si es que hubo contestación de la demanda. Ello le da un mejor panorama sobre el caso, que puede ser explotado por el magistrado, frente al del conciliador extrajudicial que podría estar influenciado por la única versión del solicitante.

El juez tiene otra ventaja: puede citar a las partes a una audiencia especial cuando lo considere necesario. No siempre el momento de la audiencia conciliatoria, como etapa procesal, es el mejor momento para conciliar. De pronto sería conveniente luego de actuadas las pruebas o antes de sentenciar⁽⁴⁰⁾.

(38) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 28672*

Artículo 10°.- Audiencia única

La audiencia de conciliación es una y comprende la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Artículo 11°.- Plazo

El plazo de la audiencia de conciliación es de treinta (30) días calendario contados a partir de la primera citación a las partes. El plazo previsto puede ser prorrogado por acuerdo de las partes.

(39) *Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS*

Artículo 32°.- Funciones del conciliador

Para el cumplimiento de sus funciones, el conciliador deberá:

[...].

10. Reunirse con cualquiera de las partes por separado cuando las circunstancias puedan afectar la libre expresión de las ideas de alguna de ellas.

[...].

(40) *Código Procesal Civil*

Artículo 323°.- [Oportunidad de la conciliación]

Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

Por lo demás, hay muchas demandas que están mal planteadas y lamentablemente condenadas a ser declaradas infundadas, o improcedentes al igual que muchas reconveniones, algunas de ellas tramitadas en cumplimiento de lo dispuesto por los superiores. ¿No sería mejor para la administración de justicia convocar a las partes a una audiencia conciliatoria para propiciar una conciliación, en lugar

de permitir que continúen un proceso estéril, condenado al fracaso, quizá llegando hasta la misma Corte Suprema?

9. Materias conciliables

En la conciliación judicial⁽⁴¹⁾ y extrajudicial⁽⁴²⁾ solo puede conciliarse materias que versen sobre derechos disponibles. Esta nos parece una

Código Procesal Civil

Artículo 324°.- [Formalidad de la conciliación]

La conciliación puede ocurrir ante el Juez del proceso *en la audiencia respectiva, o en la que éste convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto.*

El Juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia (las cursivas son nuestras).

(41) *Código Procesal Civil*

Artículo 325°.- [Requisito de fondo de la conciliación]

El Juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (las cursivas son nuestras).

(42) *Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872*

Artículo 9°.- Materias conciliables

Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. También lo son las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. El conciliador tendrá en cuenta el interés superior del niño.

La conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la ley.

No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS

Artículo 7°.- Clasificación de la conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial puede ser:

1. De acuerdo a la Ley:

a. Obligatoria:

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley, y para efectos de la conciliación, en los asuntos relativos a alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que deriven de la relación familiar, solo son conciliables los derechos de libre disposición.

La conciliación en asuntos laborales supone el respeto de los derechos irrenunciables del trabajador, por lo que solo opera en el ámbito de disponibilidad que este disfruta.

La obligatoriedad debe ser entendida como el intento conciliatorio, que se exige a las partes, antes de acudir a la vía judicial correspondiente, de ser el caso.

limitación absurda. Supongamos que A construye una vivienda en el terreno de B. Aconsejado por su abogado A inicia un proceso de prescripción adquisitiva sobre el terreno. A tiene interés en vender el terreno y B en comprarlo. Probablemente A y B ni se conocen y desconocen que tienen intereses concurrentes. De producirse el acuerdo de voluntades, estaríamos ante un caso típico de compraventa.

Sin embargo, ello no sería factible ni en una audiencia de conciliación judicial ni en una audiencia de conciliación extrajudicial, porque la pretensión de prescripción adquisitiva versa sobre un derecho indisponible. Con la hábil intervención de un conciliador extrajudicial o de un magistrado, A y B pudieron evitar o poner fin a un proceso judicial, mediante la celebración de un simple contrato de compraventa. Sin embargo, ello no es posible, porque el ordenamiento vigente no lo permite.

Imaginemos que existe un proceso de nulidad de acto jurídico entre G y H respecto a un contrato celebrado entre ellos. ¿Qué sucedería si las partes descubren que lo que en realidad pretenden es la modificación de los términos del contrato? Tampoco podrían llegar a semejante acuerdo ni en una audiencia de conciliación judicial o extrajudicial, porque la ley lo prohíbe.

Sin embargo, ambos casos podrían celebrar el acto jurídico. Si es así, entonces, ¿por

qué no pueden hacer lo mismo en una conciliación judicial o extrajudicial?

10. Limitación y flexibilidad de los acuerdos

El conciliador extrajudicial tiene otra ventaja frente al juez. Las partes pueden llegar a un acuerdo conciliatorio lícito de cualquier clase. Ello porque es posible solucionar no solo las controversias que se presenten en la solicitud de conciliación, sino las que se presenten en el curso de la audiencia⁽⁴³⁾. Verbigracia, se presenta una solicitud de conciliación extrajudicial respecto a una pretensión de adquisición del derecho de propiedad por accesión y la audiencia podría terminar con un acuerdo que consista en una compraventa.

Un juez no podría hacer lo mismo porque existe una norma procesal que se lo impide⁽⁴⁴⁾. Si demandan un pago en soles, el acuerdo conciliatorio debe versar sobre ese pago. ¿Dónde está la autonomía de la voluntad? Acaso no podrían transigir extrajudicialmente en esos términos. Entonces ¿por qué no pueden conciliar judicialmente de la misma manera? La audiencia de conciliación se reguló con ojos de procesalista.

Por eso tenemos una Ley de Conciliación Extrajudicial y un reglamento que ya se están pareciendo a un Código Procesal Civil, y todos los intentos de reforma la tratan de regular de tal manera que desconocen su carácter consensual.

(43) *Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS*

Artículo 9°.- Pretensión determinada y pretensión determinable

[...].

No existe inconveniente para que, en el desarrollo de la conciliación, las partes fijen un contenido diferente a las pretensiones determinadas o determinables inicialmente previstas en la solicitud.

El acta de conciliación, debe contener obligatoriamente las pretensiones materia de controversia, sean las contenidas en la solicitud, o las que surgieron y se trataron dentro de la audiencia conciliatoria.

(44) *Código Procesal Civil*

Artículo 325°.- Requisito de fondo de la conciliación

El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, *siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio* (las cursivas son nuestras).

¿Por qué el Código Procesal Civil propone la imposición de una multa a quien obtenga igual o peor derecho del propuesto en la fórmula conciliatoria del juez⁽⁴⁵⁾? ¿Acaso no es la conciliación un acto voluntario? La conciliación se propone, no se impone. Los mecanismos coercitivos no funcionan. Por ello, nos sorprende ver quiénes proponen la imposición de multas a los que no acudan a las audiencias de conciliación extrajudicial.

11. Las suspensiones de las audiencias

Son muy útiles las suspensiones de las audiencias para propiciar la conciliación judicial o extrajudicial entre las partes⁽⁴⁶⁾. La reanudación de la audiencia dentro del plazo de diez días previsto en el Código Procesal Civil, a veces es imposible de cumplir debido a la recargada agenda de los juzgados, y porque a veces las propias partes proponen una fecha posterior, a fin de negociar con mayor amplitud.

Muchos acuerdos se tomarían si la gente dialogara de buena fe en busca de una solución equitativa. El juez y el conciliador han de propiciar el avenimiento de las partes. Y no lo decimos por un interés egoísta de procurar la descarga procesal de los órganos jurisdiccionales, sino convencidos de que es lo mejor para las partes.

A diario vemos gente estresada acudiendo a los juzgados y podemos apreciar en sus rostros como ponen todas sus esperanzas en el resultado de un proceso y deambulan por los corrillos de los juzgados, en lugar de dedicarse a actividades productivas. Y nos molesta ver personas que se aprovechan y viven de eso.

Hablando se entiende la gente. La última puerta en tocarse es la del Poder Judicial. La penúltima, la de la conciliación extrajudicial, que sigue siempre abierta. Se puede conciliar extrajudicialmente antes de

(45) *Código Procesal Civil*

Artículo 326°.- [Audiencia de conciliación]

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia.

(46) *Código Procesal Civil*

Artículo 326°.- [Audiencia de conciliación]

[...].

También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS

Artículo 20°.- Reglas para la audiencia de conciliación

Para la realización de la audiencia de conciliación deberán observarse las siguientes reglas:

[...].

2. Si la audiencia se lleva a cabo en más de una sesión, deberá dejarse expresa constancia de la interrupción en el acta que emita para estos efectos el centro de conciliación, señalándose el día y la fecha en que continuará la audiencia.

La sola firma de las partes en el acta emitida significa que han sido debidamente invitadas para la siguiente sesión.

[...].

iniciar el proceso, durante el proceso y aun en ejecución de sentencia⁽⁴⁷⁾.

No perdamos de vista que la conciliación extrajudicial es mucho más que un mero requisito. Es una institución consensual que implica la celebración de un acto jurídico. La Ley N° 26872 reconoce su carácter consensual igual que su Reglamento.

Igualmente, en un proceso es posible realizar una conciliación judicial, hasta antes que se resuelva el recurso de apelación⁽⁴⁸⁾.

Sintetizando lo expuesto vamos a emplear un cuadro comparativo entre la conciliación judicial y la extrajudicial:

	Conciliación judicial	Conciliación extrajudicial
Fundamento constitucional	Artículos 138° y ss.	Incisos 14, 22 y 24 literal a del artículo 2°
Normas	Código Procesal Civil	Ley N° 26872
Principios	Publicidad	Confidencialidad
Comparecencia de personas naturales	Personal o por apoderado	Personal salvo excepciones
Lugar de la audiencia	Local del juzgado, salvo determinadas excepciones	Local del centro de conciliación
Carácter	Procesal	Función no jurisdiccional
Fórmula conciliatoria	Es obligatoria su proposición para el juez	Es facultativa su proposición para el conciliador
Tiempo para preparar la audiencia	El juez dispone de poco tiempo	El conciliador dispone de mayor cantidad de tiempo
Reuniones privadas	El juez no puede realizarlas	El conciliador puede realizarlas
Versiones de las partes antes de la audiencia	El juez puede tener las versiones de ambas partes	El conciliador solo puede tener la versión del solicitante

(47) *Código Procesal Civil*

Artículo 339°.- [Acto jurídico posterior a la sentencia]

Aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta 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 esta.

(48) *Código Procesal Civil*

Artículo 323°.- [Oportunidad de la conciliación]

Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

Artículo 324°.- [Formalidad de la conciliación]

La conciliación puede ocurrir ante el juez del proceso en la audiencia respectiva, o en la que este convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto.

El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia (las cursivas son nuestras).

	Conciliación judicial	Conciliación extrajudicial
Materias conciliables	Las que versan sobre derechos disponibles	Las que versan sobre derechos disponibles
Límites del acuerdo	Las pretensiones materia de la demanda y la reconvencción	Las pretensiones de la solicitud y las que se formulen en la audiencia. Puede celebrarse cualquier acto jurídico lícito
Sanciones	El juez puede imponer una multa a la parte que no acepte la fórmula conciliatoria si la sentencia le otorga igual o menor derecho	El conciliador no puede imponer sanciones a los conciliantes que no acepten su fórmula conciliatoria no obligatoria
El acuerdo	Acto jurídico	Acto jurídico
Formalidad	Solemne	Solemne
Objeto del procedimiento	Propiciar un avenimiento entre las partes	Restablecer la comunicación entre las partes
Suspensión de la audiencia	Procedente	Procedente

12. Interés del Poder Judicial por la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial

12.1. Interés por la conciliación judicial

El Poder Judicial ha tomado interés por la conciliación judicial. No perdamos de vista que entre nuestros magistrados de hoy existen personas vinculadas a la conciliación extrajudicial. Por otro lado debemos resaltar algunas investigaciones realizadas por magistrados del Poder Judicial como las realizadas por la doctora Marianella Ledesma Narváez, Juez Supernumerario sobre conciliación, y la investigación empírica sobre la conciliación judicial de la doctora Carmen Yleana Martínez Maraví, Vocal

Superior; ambas magistradas de la Corte Superior de Justicia de Lima.

No perdamos de vista que nuestros jueces de paz (no letrados) son los magistrados más numerosos en el Poder Judicial, quienes son jueces de conciliación desde tiempos inmemoriales. Incluso el ex Presidente de la Corte Suprema, el doctor Walter Vásquez Vejarano, inició su carrera judicial como Juez de Paz.

Mucho se ha criticado la “coerciliación”⁽⁴⁹⁾ pero, ¿acaso alguien se ha preocupado de enseñarles técnicas de conciliación a los jueces? Solo con el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación se habla de la capacitación en técnicas de conciliación a los jueces de Paz Letrados⁽⁵⁰⁾. Sería interesante un trabajo conjunto de

(49) ORMACHEA CHOQUE, Iván, *El modelo conciliatorio en el Código Procesal Civil peruano. ¿Conciliación o coerciliación?*, en www.cejamericas.org/doc/documentos/mod_conciliatorio.pdf.

(50) *Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS*

Artículo 67°.- De la capacitación de los jueces

Los jueces en general deberán recibir cursos de capacitación para actuar como conciliadores fuera de proceso.

la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial y los Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores con la Academia de la Magistratura dirigido a capacitar no solo a los jueces de paz, sino a los de todas las instancias.

Mención aparte merece la obra del doctor Omar Abraham Ahomed Chávez⁽⁵¹⁾ como Juez de Paz Letrado. Con un estilo muy peculiar y ameno, enseña el empleo de las técnicas de la conciliación, de la presentación conocida como monólogo, el empleo de las preguntas a las partes, el manejo de una audiencia con abogados, y finalmente la cuidadosa redacción del acuerdo conciliatorio.

Por resolución de fecha 22 de diciembre de 2005, la Sala Plena de la Corte Suprema acordó señalar a los jueces algunas recomendaciones para la realización de la audiencia de conciliación:

Lima, veintidós de diciembre de dos mil cinco

VISTO y CONSIDERANDO: Que, este supremo Tribunal ha tomado conocimiento de algunas omisiones en el acto procesal de la audiencia de conciliación que revisten trascendencia; Que, conforme a nuestra normativa, la audiencia de conciliación está orientada a la resolución del conflicto materia de litis, haciendo efectivos los principios de celeridad y economía procesales; razones por las que el juez de la causa debe procurar que tal audiencia sea eficaz, siempre en el marco del respecto al debido proceso, pues conforme al Código Procesal Civil, la audiencia de conciliación es de carácter obligatorio, sin que ello signifique su realización una etapa más dentro del proceso; toda vez

que de su naturaleza surge la necesidad que el juez tenga un cabal conocimiento de su finalidad e importancia. Por estas razones La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República en Sesión Extraordinaria de la fecha tomó el siguiente **ACUERDO:** Referente a señalar algunas recomendaciones las mismas que el juez de la causa deberá tomar en cuenta al momento de realizar la audiencia de conciliación: **Primero.-** Resulta fundamental que el juez de la causa revise con anticipación el expediente en trámite para su cabal conocimiento. **Segundo.-** Al iniciar la audiencia el juez debe informar a las partes los beneficios de la audiencia de conciliación así como de sus consecuencias en caso de producirse la misma. **Tercero.-** Debe escuchar a las partes procurando indagar sobre sus reales necesidades, intereses y motivaciones, de manera tal, que sin perder imparcialidad logre que cada una de ellas analice y consigne objetivamente las propuestas. **Cuarto.-** La fórmula conciliatoria del juez debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no puede entenderse como forma de «presión» a las partes, quienes pueden aceptarla o no en ejercicio de la autonomía de la voluntad. **Quinto.-** La fórmula conciliatoria propuesta deberá constar por escrito en el acta de Audiencia; siendo en el caso que de producirse deberá consignarse en sus propios términos. **Sexto.-** En el caso que la conciliación verse sobre términos económicos, el juez debe procurar que estos sean concretos. **Séptimo.-** El magistrado debe actuar con absoluta prudencia evitando generar suspicacias respecto a su actuación, estableciendo como regla a las partes que estas dialoguen entre sí, pero limitándose a los hechos materia de litis; y, a los abogados patrocinantes, se les sugerirá no explayarse sobre el

Los cursos de capacitación deberán comprender los temas señalados en el artículo 34° del Reglamento y serán desarrollados por la Academia de la Magistratura o el Ministerio de Justicia.

(51) AHOMED CHÁVEZ, Omar Abraham y MÉNDEZ MAÚRTUA, Miguel Ángel, *Anotaciones de un juez. Curiosas fábulas sobre diversos aspectos prácticos del proceso civil*, (recomendamos la lectura de la fábula VI: Conciliación, tratando que las propias partes solucionen sus controversias) Gráfica Ricaza, Lima, 2004, pp. 107-133.

mérito jurídico de sus argumentaciones. Se exhorta a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, a tomar las medidas del caso para el cabal cumplimiento de las recomendaciones antes mencionadas. **Octavo.-** Circular este Acuerdo a las Cortes Superior de Justicia de la República para su difusión en los órganos jurisdiccionales de su competencia. Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Walter Humberto Vásquez Vejarano

Tomando conciencia de la trascendencia de la etapa conciliatoria, la Corte Suprema recomienda: a) el estudio del expediente antes de la audiencia, b) que se inicie la audiencia informando sobre los beneficios y alcances del acuerdo conciliatorio, c) que se ubique los intereses, necesidades y motivaciones de las partes, discrepando en el hecho de que cada parte consigne su propuesta conciliatoria, d) resaltar que la fórmula conciliatoria del juez no es obligatoria para las partes, quienes pueden aceptarla libremente si así lo desean, y e) que se consigne la fórmula conciliatoria del juez, a fin de evitar nulidades posteriores.

Asimismo, la Corte Suprema recomienda que la fórmula conciliatoria que verse sobre términos económicos sea concreta y no genérica como la fórmula “que el demandado pague al demandante una suma de dinero” sin precisar cuánto ni cómo, como estilan algunos magistrados.

Aunque el juez no es recusable por lo expuesto en la audiencia conciliatoria, la Corte Suprema encomienda actuar con suma prudencia limitar los diálogos de las partes a los hechos del caso y no permitir que los abogados abunden en sus argumentos jurídicos,

que deben reservarse para el informe oral o los alegatos escritos.

12.2. Interés por la conciliación extrajudicial

Pero el interés del Poder Judicial no se ha detenido en la conciliación judicial. En el rubro “Acceso a la Jurisdicción y Democracia” del Plan de Trabajo de la Presidencia 2007-2008 del Poder Judicial se señala la necesidad de:

“2.8 Promover los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), a fin de crear una cultura que busque que los ciudadanos también puedan resolver sus conflictos de modo autónomo al Poder Judicial. La excesiva judicialización de los conflictos crea, sin duda, un ambiente de tensión social, y asimismo provoca sobrecarga procesal. En coordinación con el Ministerio de Justicia, se ha de relanzar la promoción de la conciliación extrajudicial, bajo parámetros que incentiven su mayor utilización por los ciudadanos”⁽⁵²⁾.

Somos conscientes de que la finalidad de los MARC rebasa la de aliviar la sobrecarga procesal, pero es notable que el Poder Judicial comience a tomar conciencia de su importancia.

En el mensaje del señor Presidente del Poder Judicial⁽⁵³⁾, en la ceremonia de apertura del año judicial 2007 se precisa que:

“Se impulsarán los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), buscando su plena integración a nuestra realidad social y

(52) TÁVARA CÓRDOVA, Francisco, *Hacia un poder judicial transparente, moderno, eficaz y sin corrupción*, en www.pj.gob.pe/CorteSuprema/Presidencia/documentos/PLAN_TRABAJO_FRANCISCO_TAVARA_051206.pdf.

(53) TÁVARA CÓRDOVA, Francisco, en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/enero/18/discurso_tavara.pdf.

cultural. Para conseguirlo se celebrarán convenios estratégicos con los Colegios de Abogados, las Cámaras de Comercio, el Ministerio de Justicia y otras entidades afines. Debemos crear una cultura que rehuya el litigio, en la que se practiquen las soluciones consensuadas, y no esté sujeto necesariamente a la intervención del Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales. Exhorto entonces, desde aquí, a los ciudadanos peruanos que sometan sus conflictos a medios de solución como la conciliación o el arbitraje, dado que ello permite una respuesta más cabal y menos costosa a sus litigios”.

Las propuestas a favor de la conciliación son alentadoras. Sin embargo, dudamos que el ilustre Colegio de Abogados de Lima, que en su momento propuso la conciliación facultativa a la vez que dictaba intensamente cursos de formación y capacitación de conciliadores extrajudiciales, comparta la visión del Presidente del Poder Judicial para impulsar los MARC. Ojalá las Cámaras de Comercio y el Ministerio de Justicia apoyen la difusión de la conciliación extrajudicial y propicien un arbitraje popular al alcance de todos. No perdamos de vista que una de las fallas del arbitraje es su elitización⁽⁵⁴⁾, y poco empleo por las grandes mayorías.

13. A modo de conclusión

Retomando la idea inicial acerca de los proyectos de ley sobre conciliación, a pesar de que somos partidarios de la coexistencia de la conciliación extrajudicial con la conciliación judicial, una propuesta de proyecto alternativo sería la que hizo Gonzalo García Calderón: si el legislador tiene a bien disponer que desaparezca la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial y considera que no es necesario capacitar a los magistrados de todas las instancias en técnicas de conciliación, la etapa conciliatoria del proceso podría realizarse ante un conciliador en un centro de conciliación extrajudicial.

Carlos Ruska Maguiña y César Arce Villar, antes de la dación de la Ley N° 26872, trabajaron la etapa conciliatoria del proceso con conciliadores distintos al magistrado. Es evidente que en esta propuesta sería el juez y no el abogado del centro de conciliación quien verifique la legalidad de los acuerdos, ya que él mismo expedirá la resolución aprobando la conciliación.

Sin embargo, nosotros somos partidarios de la coexistencia de la conciliación extrajudicial y la conciliación judicial.

El Poder Judicial y los medios alternativos de resolución de conflictos no son incompatibles sino complementarios. Nuestro ya

(54) Según el Informe final del Grupo de Trabajo Temático sobre acceso a la justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos del Ceriajus, los principales cuestionamientos del arbitraje son: 1. Sus costos son elevados, por lo que solamente puede ser usado por grandes empresas. Existe un cierto carácter elitista de la institución. 2. Su difusión sigue siendo limitada, por lo que la mayoría de personas desconocen sus ventajas. No existe una política del Estado para su divulgación. 3. El arbitraje, como rama autónoma del Derecho, tienen principios y reglas de juego propios. Sin embargo, la mayoría de operadores no conocen estas, generando confusiones y retrasos a la hora de su aplicación. 4. Principalmente en los arbitrajes adhoc, existe un escaso control de los árbitros y de la conducta procesal de las partes, situación que no se da en los arbitrajes administrativos. 5. Falta información estadística oficial sobre los avances del arbitraje en el país (sectores productivos, cuantía, de consumo). Esta información servirá para los planes de acción futuros. 6. No existe mayores niveles de coordinación entre los diferentes centros administradores de procesos arbitrales.

legendario Código de Enjuiciamientos en materia civil tenía un título dedicado a la conciliación y otro al arbitraje. Ojalá el Poder Judicial, el Congreso, el Ministerio de Justicia, y como operadores y parte de la sociedad civil, los centros de conciliación extrajudicial privados y los centros de formación y capacitación de conciliadores, tengan la madurez suficiente para concertar una política seria en materia de solución de conflictos.

Empero, ahora que se insiste en que las propuestas del Ceriajus sean la hoja de ruta de la reforma del Poder Judicial, debemos tener cuidado con la insuficiencia de sus propuestas, así como con los deficientes proyectos del Congreso para regular la conciliación extrajudicial⁽⁵⁵⁾.

Como dijo alguna vez De la Lama:

“[...] la conciliación tiene por objeto, precisamente inocular ese deseo (de evitar un pleito), en lo cual se esfuerza el juez avenidor; y es bien sabido que las diferencias entre los hombres terminan con frecuencia, cuando hay quien los ponga en contacto y haga que se entiendan; si la conciliación no precave muchos litigios, culpa es de los legisladores y de los conciliadores, y no un defecto de la institución: *lo que siendo bueno en sí adolece de imperfecciones, se reforma y no se destruye*”⁽⁵⁶⁾.

Reformemos entonces la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. Hagámoslo ahora, en tiempos de cambio. **JuS**

(55) Una crítica interesante la realiza CASTILLO RAFAEL, Carlos, *El triunfo de la cultura del litigio. Respuesta al proyecto de ley que propone el carácter facultativo de la conciliación extrajudicial*, en www.jusdem.org.pe/webhechos/sexta/CULTURA%20DEL%20LITIGIO.pdf.

(56) DE LA LAMA, Código de Enjuiciamientos en materia civil anotado y concordado e índice alfabético. Artículos y apéndice, cit., pp. 448-449.