

LA CONCILIACION EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PERUANO

Elvito A. Rodríguez Domínguez (*)

I. INTRODUCCION

Este trabajo pretende demostrar las bondades y defectos del Código Procesal Civil en materia de conciliación. Para este fin se analiza su concepto y naturaleza jurídica en la doctrina nacional y extranjera, sin ánimo de entrar a un análisis de Derecho Comparado. Se expone también la evolución o trayectoria legislativa que ha tenido esta valiosa institución en nuestro ordenamiento positivo.

II. CONCEPTO

Desde el punto de vista gramatical, la conciliación es la acción de conciliar y algunas de sus acepciones son "componer y ajustar los ánimos discordes", "conformar proposiciones o doctrinas diversas", "armonizar", etc.

Siguiendo este concepto, CABANELLAS ⁽¹⁾ da algunos conceptos sobre lo que significa este sustantivo: "Avenencia entre partes discordes que resuelven desistir de su actitud enemistosa, por renunciaciones recíprocas o unilaterales. Concurso o reunión de cualidades diversas, y a veces opuestas incluso". En su aspecto jurídico, el mismo autor la considera como la "avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito"; y agrega: "El *acto de conciliación*, que también se denomina *juicio de conciliación*, procura la transigencia de las partes, con objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. El resultado puede ser *positivo* o *negativo*. En el primer caso, las partes se avienen; en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus

(*) Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(1) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1989, t. II, pp. 255-256.

efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia; y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido".

Como se advierte, la conciliación, desde el punto de vista jurídico es una forma de solucionar el litigio. Existiendo diversas formas de solución de litigio, es preciso referirnos a cada una de ellas, a efecto de determinar a cuál de las mismas pertenece la conciliación.

La doctrina de manera uniforme y general enseña que hay tres formas de solucionar el litigio o conflicto intersubjetivo de intereses:

1. La *autotela* o *autodefensa*, que en buena cuenta significa el triunfo del más fuerte, por lo que está proscrito por ley, a excepción de la legítima defensa en el campo penal y la defensa posesoria inmediata y sin violencia en el ámbito civil.

2. La *autocomposición*, es decir, la solución del litigio por obra de las partes sin la intervención de terceros. Dentro de este género tenemos el *allanamiento* del demandado a la pretensión del demandante, llamado también *reconocimiento*; el *desistimiento* de la pretensión por parte del demandante, a la cual también se denomina *renuncia*; y, la *transacción* que significa el acuerdo logrado entre las partes contendientes mediante concesiones y reconocimiento de derechos recíprocos.

3. La *heterocomposición* es la solución del litigio mediante la intervención de terceros, la cual a su vez puede ser *extrajudicial* o *judicial*. En la *extrajudicial* se considera al *arbitraje*; la *judicial* se realiza mediante la decisión del órgano jurisdiccional del Estado a través del proceso.

No hay acuerdo en la doctrina acerca de si la conciliación pertenece al campo de la autocomposición o al de la heterocomposición, aunque es mayoritaria la corriente que la ubica dentro de la autocomposición. GUASP ⁽²⁾ considera que la heterocomposición se caracteriza por la intervención de un tercero para la solución del litigio y que esta intervención puede producirse de dos maneras: si interviene el tercero espontáneamente nos encontramos ante la mediación o buenos oficios; si interviene de manera provocada al ser llamado por las partes estamos ante la conciliación y el arbitraje. Estos dos últimos se diferencian en que, en la primera (la conciliación) las partes no se pueden comprometer a aceptar la solución que el tercero proponga y conservan su ulterior libertad de acción; en el segundo (el

⁽²⁾ Cit. por MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1979, pp. 90-93.

arbitraje), las partes se comprometen a aceptar la solución que el tercero imponga. MONTERO AROCA refuta esta argumentación manifestando que la autocomposición no implica por sí la intervención de un tercero, que los terceros pueden intervenir pero que lo determinante es que la solución se logra por obra de las partes y no por obra del tercero, "los cuales, en el mejor de los casos, no están suprapartes sino interpartes". En consecuencia, agrega, la conciliación y la mediación son formas autocompositivas que se resuelven en la transacción, la renuncia o el allanamiento ⁽³⁾.

CARNELUTTI ⁽⁴⁾, incluye a la autocomposición dentro de lo que él califica de *equivalentes* del proceso, es decir, aquellos otros medios, además del proceso, por las que consigue componer la litis. Esto, afirma, en razón a la "aplicación de la ley del mínimo esfuerzo" ⁽⁵⁾. Del mismo modo, la conciliación, según este mismo autor, puede ser *privada y libre*, o *pública y disciplinada por la ley*. Esta última se distingue según se la ejerce *antes del proceso o durante el curso de él* ⁽⁶⁾.

Igualmente la ubican dentro de la autocomposición, los españoles NOSETE, GIMENO SENDRA, CORTES DOMINGUEZ y MORENO CATENA ⁽⁷⁾. Por las claras razones expuestas por los autores citados, estimo que la conciliación pertenece al ámbito de la autocomposición.

El hacer esta distinción entre autocomposición y heterocomposición para ubicar a la conciliación, no solamente es un problema teórico o doctrinario sino que tiene implicancias prácticas como trataremos en este trabajo.

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, EJE, 1973, vol. I, p. 109.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, vol. I, p. 110.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, vol. I, pp. 113 y ss.

⁽⁷⁾ NOSETE, José Almagro; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1991, T. I.

III. NATURALEZA JURIDICA

En cierta medida se ha aludido a este asunto al tratar de la ubicación de la conciliación dentro de la auto o heterocomposición. No obstante existen otros aspectos que deben examinarse a efecto de precisar su esencia o naturaleza jurídica.

Lo primero que debe tenerse en cuenta, es la oportunidad en la que se realiza la conciliación y las personas que en ella intervienen: Si la conciliación se produce antes del proceso con la sola intervención de las partes, nos encontramos ante un contrato o convenio. si la conciliación se produce antes del proceso con intervención de mediadores, igualmente se trasuntará en un contrato. Esta forma es la conciliación a la que CARNELUTTI denomina privada o libre.

Asimismo la conciliación se realiza ante el órgano jurisdiccional: Según la legislación de los distintos países y de algunos países en distintas épocas, la conciliación debe realizarse antes de iniciar el proceso y constituye un requisito de procedibilidad, es decir, un requisito indispensable para que pueda iniciarse un proceso, como lo fue en el Perú durante la vigencia del Código del Estado Nor-Peruano y del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852; como lo fue en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España hasta su modificación en 1984 y como lo es actualmente en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Ley N° 15982, art. 293.

La conciliación puede ser antes de iniciarse el proceso o durante el curso del proceso con carácter facultativo para las partes y para el juez como lo es en el actual Código Procesal Civil Peruano, en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española a partir de la modificación de 1984.

Finalmente, además de ser facultativa, puede ser una etapa obligatoria del proceso, como en el caso del Código de Procedimiento Civil de Colombia de 1970 y el Código Procesal Civil Peruano.

Tratándose de la conciliación que se lleva a cabo ante el órgano jurisdiccional, en cualquiera de las formas y etapas antes mencionadas, la doctrina no es uniforme en cuanto a su naturaleza y se proponen distintas soluciones:

1. CARNELUTTI *le da una ubicación intermedia entre la mediación y la jurisdicción*, cuando sostiene que la conciliación tiene la estructura de la mediación por cuanto se traduce en la intervención de un tercero entre las partes con la finalidad de inducirlos a un acuerdo, pero que se distingue de la mediación porque ésta busca una solución contractual cualquiera,

mientras que la conciliación aspira a una composición justa; concluyendo que "en este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda" ⁽⁸⁾;

- 2.- Otros autores, como PIERO CALAMANDREI ⁽⁹⁾; LEONARDO PRIETO CASTRO Y FERNANDEZ ⁽¹⁰⁾; GIAN ANTONIO MICHELI ⁽¹¹⁾; JOSE ALMAGRO NOSETE ⁽¹²⁾ consideran que es un acto de jurisdicción voluntaria o un acto no jurisdiccional por cuanto la solución se consigue por obra de las partes y no por imposición del juez, por tanto se trata de un acto judicial mas no jurisdiccional. Todos los autores que ubican a la conciliación dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria, aclaran que sin embargo, entre ésta y la conciliación hay una diferencia fundamental de causa; mientras que en la jurisdicción voluntaria propiamente dicha no existe litis, para la conciliación la litis es un presupuesto necesario; identificándolas en cuanto a la forma de intervención del juez en ambos casos, que no se manifiesta en el ejercicio de la jurisdicción, porque no impone su decisión;
- 3.- SALVATORE SATTA ⁽¹³⁾, estima que la conciliación es un acto jurisdiccional, porque a través de la misma se concreta el ordenamiento jurídico como también se concreta a través del juicio;
- 4.- UGO ROCCO ⁽¹⁴⁾; LINO ENRIQUE PALACIO ⁽¹⁵⁾ la califican como

⁽⁸⁾ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Uteha, 1944, p. 203.

⁽⁹⁾ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1973, § 24, pp. 196-197.

⁽¹⁰⁾ PIETRO CASTRO Y FERNANDEZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1983, Vol. 2, p. 134.

⁽¹¹⁾ MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, Vol. I, § 24, pp. 98-102.

⁽¹²⁾ En NOSETE y otros, *op. cit.*, T. I, pp. 365-367.

⁽¹³⁾ SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, Vol. I, pp. 202-203.

⁽¹⁴⁾ ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá y Buenos Aires, Temis y Depalma, 1976, Vol. II, pp. 154-155.

una facultad que la ley concede a los jueces, sin entrar a analizar el carácter jurisdiccional o no de la misma;

- 5.- DEVIS ECHANDIA ⁽¹⁶⁾ *equipara la conciliación con la transacción*;
- 6.- Para ENRICO LIEBMAN ⁽¹⁷⁾ *la conciliación es un acto procesal en el que se trasfunde una convención similar pero no idéntica a la transacción, porque una de las partes puede aceptar o reconocer el derecho de la otra.*

La determinación de la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional de la conciliación, al igual que su ubicación en la auto o heterocomposición, no solamente tiene importancia teórica sino básicamente práctica, porque de ello dependerá el rol que le corresponde al juez en esta forma de solucionar el litigio.

Así como considero que la conciliación pertenece al campo de la autocomposición, asimismo, creo que la conciliación que se realiza ante el juez antes de iniciarse el proceso o dentro del proceso en forma facultativa o como etapa procesal, *es un acto judicial no jurisdiccional*, por cuanto *interviene el juez tratando de que las partes concilien sus intereses en conflicto, pero no imponiendo su punto de vista ni resolviendo el conflicto*, carácter no jurisdiccional que es nítido tratándose de la conciliación previa al proceso.

IV. QUIENES PUEDEN CONCILIAR

Solamente pueden conciliar las partes que tienen la libre disposición de sus bienes y derechos sustantivos.

V. OBJETO DE LA CONCILIACION

La doctrina y la legislación comparada y nacional es uniforme en el sentido de que solamente pueden ser objeto de conciliación los derechos disponibles.

⁽¹⁵⁾ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. I, pp. 262-266.

⁽¹⁶⁾ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universo, 1985, T. II, p. 651.

⁽¹⁷⁾ LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, pp. 254-255.

VI. INTERVENCION DEL JUEZ EN LA CONCILIACION

Respecto a la intervención del juez en la conciliación existen dos posturas doctrinarias y legislativas: la que sostiene que el juez debe intervenir activamente proponiendo las fórmulas de conciliación, y la que postula que el juez debe tener una intervención limitada tratando de acercar los puntos de vista de las partes.

Expresión de la primera tesis puede ser la expuesta por LINO E. PALACIO quien al respecto señala que con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Nacional de la Argentina, se consideraba que la intervención del juez, en la audiencia de conciliación, debía limitarse a invitar a las partes para que ellas mismas solucionen sus diferencias y que no le era permitido proponer fórmulas de avenimiento ya que tal actitud sería forma de comprometer su imparcialidad. Que al darse el nuevo Código Procesal, en su artículo 36, inciso 4 se dispone que la mera proposición de las fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento; considerando que tal fórmula normativa es acertada porque siendo el juez debe tomar la iniciativa de convocar a las partes, es razonable que sin emitir opiniones definitivas sobre el fondo de las cuestiones controvertidas, interiorice a las partes acerca de las bases sobre las cuales es posible concretar el avenimiento.

Expresión de la segunda postura es la adoptada por otro autor argentino, JORGE A. CLARIÁ OLMEDO⁽¹⁸⁾, quien sostiene que en su proyecto de Código, al normar la audiencia de conciliación, establece que después de abierta la audiencia, el juez debe entrar en diálogo con las partes, sin que en el acta se deje constancia alguna de todo cuanto se converse; que el juez debe persuadir a las partes para que ellas encuentren la solución más justa posible, agrega "persuasión, y no imposición; ni siquiera ofrecimiento de fórmulas conciliatorias que pudieran conducir a un prejuzgamiento".

Una posición ecléctica adopta FRANCISCO CARNELUTTI⁽¹⁹⁾, cuando expresa *"bueno sería repetir que la tentativa de conciliación es función muy delicada del juez, a la cual sirve sobre todo su sentido de equidad y de mesura; desgraciadamente, la experiencia ha demostrado, sin embargo, que no pocas veces degenera en insistencias excesivas e inoportunas de jueces preocupados más bien por eliminar el proceso que por conseguir una paz justa entre las partes"*.

(18) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 367-368.

(19) CARNELUTTI, *Instituciones*, Vol. II, § 419, p. 50.

A mi criterio, la intervención del juez no debe ser pasiva, pero el juez no debe tratar de imponer su criterio, porque repito una vez más, la conciliación debe ser obra de las partes y no del juez. Estimo que puede proponer fórmulas de avenimiento y escuchar las que se propongan recíprocamente las partes, intervenir en la deliberación sobre las fórmulas, sin prejuzgar, pero que es de vital importancia lo propuesto por CLARÍA OLMEDO, *en el sentido de que no debe constar en el acta de las propuestas de las partes ni del juez, en el caso de no conseguirse la conciliación, a efecto de que cuando tenga que resolverse la controversia, el juez no se sienta presionado psicológicamente por sus propias fórmulas de solución.*

VII. FORMA Y CONTENIDO DE LA CONCILIACION

Tratándose de la conciliación privada, libre o extrajudicial, el contenido de la conciliación es contractual y su forma escrita, de acuerdo a los actos jurídicos que son objeto de la misma.

CARNELUTTI llama a esta conciliación privada o libre, porque no está regulada, por consiguiente el acuerdo a que lleguen las partes habrá de constar por escrito.

La conciliación que se realiza ante el Juez, o conciliación judicial, tanto la que se efectúa antes del proceso, en forma obligatoria o facultativa, como la que se lleva a cabo dentro del proceso como etapa del mismo, o en cualquier estado, debe constar en acta suscrita por las partes, el juez y el secretario.

Cuando se produce la conciliación, el acta debe contener todos los acuerdos a que hayan llegado las partes. Si es total y versa sobre derechos disponibles, el juez la aprobará y dará por terminado el proceso. Si es parcial y versa sobre derechos disponibles, el juez la aprueba y continúa el proceso respecto a los puntos no conciliados.

Como ya se ha señalado, los actos que puede contener el acuerdo conciliatorio, puede ser el allanamiento, el desistimiento o la transacción.

Si no se logra el avenimiento, también se sienta acta. En este caso, la legislación y la doctrina generalmente no indican los extremos que deben hacerse constar en el acta, salvo casos excepcionales, como el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú de 1852, cuyo artículo 293 disponía: "Si no convienen las partes, el Juez redactará el acta, sin poner en ella más que la constancia de haberlas oído sobre el objeto del juicio, que se indicará sin alegación alguna; y de no haber resultado conciliación, á pesar de los medios que propuso en la discusión verbal

(sic)". Similar al criterio expuesto por el autor argentino JORGE A. CLARIA OLMEDO, que ya he citado anteriormente.

Solución distinta ofrecen los Códigos General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, vigente desde el 20 de Noviembre de 1989, cuyo artículo 295.2, ordena que el acta contendrá entre otros datos: las soluciones propuestas por las partes y el Tribunal; el resultado final, la conciliación acordada o la persistencia de las diferencias, indicándose con precisión, los aspectos en que existió concordancia y aquellos en que existió disidencia; y, Procesal Civil del Perú vigente desde el 28 de Julio de 1993, cuyo artículo 326 segundo párrafo dispone: "Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma".

VIII. EFECTOS DE LA CONCILIACION

La conciliación libre, privada o extrajudicial tiene forma contractual, cualquiera sea su contenido (concesiones recíprocas, reconocimiento o renuncia), tiene los efectos que acuerda el Código Civil a la transacción; en nuestro caso, el de cosa juzgada (Art. 1302 del Código Civil).

La conciliación judicial previa al proceso evita que éste se promueva, o la que se realiza dentro del proceso como etapa del mismo o en cualquier estado da por concluido el proceso y surte los efectos de la sentencia, con autoridad de cosa juzgada (Arts. 327 y 328 del Código Procesal Civil).

Sobre estos efectos de la conciliación hay uniformidad doctrinaria y legislativa, estableciéndose que el acuerdo de las partes sea aprobada por el juez (Art. 325 del Código Procesal Civil).

IX. CONCILIACION EN EL DERECHO PERUANO

1. Código de procedimientos judiciales del Estado nor-peruano

En el Código de Procedimientos Judiciales del Estado-Nor Peruano, conocido también como Código de Santa Cruz, la conciliación se legisló como acto previo a la demanda, disponiéndose que ésta debe preceder a toda demanda ante un

Juez de Letras, salvo las excepciones que el mismo establecía en sus Arts. 109 al 110 (en incidentes que se derivan de un juicio pendiente, en los interdictos, retracto, partición de herencia, etc.).

La conciliación debía solicitarse verbalmente ante el Juez de Paz, y la persona citada para conciliación estaba obligada a comparecer ante él. Presentes ambas partes, el Juez de Paz debía procurar conciliarlos; si se producía la conciliación terminaba el procedimiento. Si la parte citada no comparecía, se le citaba por segunda vez, y si en esta segunda oportunidad tampoco comparecía, el Juez daba por terminado el acto, entregando certificación de haberse intentado el juicio conciliatorio y que no tuvo efecto por culpa del demandado. Igual resultado ocurría si no comparecía el demandante (Art. 103). Cuando ambas partes no concurrían, se tenía por no intentada la conciliación y la parte interesada podía volver a repetir su demanda de conciliación.

2. La Conciliación en el Código de Enjuiciamientos en materia civil de 1852

En este Código, la conciliación estaba considerada dentro de las diligencias que se practican antes de los juicios o independientemente de ellos y debía preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito, salvo las excepciones que dicho Código señala (Art. 287) y son:

- 1) En las causas criminales que deben seguirse de oficio.
- 2) En los juicios verbales.
- 3) En las demandas en que tienen interés los menores y demás personas incapaces, el Estado, Iglesias, Monasterios, hospitales, universidades, colegios, escuelas de instrucción primaria y demás establecimientos públicos que no tengan libre administración de sus bienes.
- 4) En los juicios sumarios de posición.
- 5) En las ruinas de obra nueva o sobre edificio que amenaza ruina.
- 6) En las demandas sobre bienes de los pueblos.
- 7) En las demandas contra ausentes, mientras la ausencia no esté declarada judicialmente.
- 8) En los juicios de concurso de acreedores.
- 9) En el reconocimiento de vale o pagarés.
- 10) En la interposición de demandas de retracto; sin perjuicio de verificarse la conciliación después de interpuesta la demanda.
- 11) En los casos urgentes; pero si después hubiera que interponerse demanda que motive contención en juicio ordinario, la conciliación es indispensable.

Por regla general, la conciliación debía solicitarse ante el Juez de Paz del domicilio del demandado.

Correspondía conocer de la conciliación al Juez de Primera Instancia, cuando el domicilio del Juez de Paz no fuera en el mismo lugar del domicilio del Juez de Primera Instancia que debía conocer de la causa, en cuyo caso correspondía a este Juez conocer de la conciliación (Art. 298). Igualmente, era de competencia del Juez de Primera Instancia, las conciliaciones por demandas entre padres e hijos, marido y mujer o parientes en segundo grado (Art. 299).

a) *Conciliación ante el juez de paz*

Las partes podían comparecer solas o hacerse acompañar con mediadores. Compareciendo las partes, el Juez disponía que el actor exponga de palabra su demanda y luego escuchaba al demandado, y si concurría con mediadores, escuchaba las propuestas que éstos formulaban. Oída la exposición de las partes y las indicaciones de los mediadores, en su caso, el Juez debía proponer cuantos medios de avenimiento estén a su alcance para que las partes terminen amistosamente sus diferencias. Si convenían los interesados se procedía a redactar el convenio en términos claros en el libro correspondiente, quedando concluida la demanda y transigido el pleito.

Si no convenían las partes, el Juez redata el acta sin poner en ella más que la constancia de haberlas oído sobre el objeto del juicio que se debe iniciar sin alegación alguna y de no haber resultado conciliación a pesar de los medios que propuso. Luego, el Juez expedía certificación de haberse intentado la conciliación.

Si las partes no comparecían el día y hora señalado, el Juez debía expedir al día siguiente el certificado de no concurrencia y de que se intentó la conciliación (Arts. 290, 291, 292, 293, 295 y 296).

b) *Conciliación ante el juez de primera instancia*

Cuando la conciliación era de competencia del Juez de Primera Instancia, ésta se decretaba al proveer el escrito de demanda, disponiendo que concurren las partes al acto conciliatorio, señalándose día y hora. Si concurrían las partes y se lograba aveniencia, se extendía el acta a continuación del escrito, archivándose lo actuado y extendiéndose a las partes las copias que soliciten. Si las partes concurrían y no convenían, el escribano debía sentar diligencia de no haberse obtenido avenimiento, y el Juez debía expedir la resolución que corresponda a la naturaleza de la demanda (Art. 595). El Art. 81 del Reglamento de los Tribunales, ampliando la disposición del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, dispuso que el Juez al proveer la demanda debe citar a las partes para la conciliación.

Si los interesados comparecen y no se avienen, el Juez sobrecartará la providencia principal y lo hará saber a las partes antes de que se retiren del Juzgado. Mas si no comparecen o se retiran antes de haberse intentado la conciliación, correrá el término sobre el principal sin necesidad de otra diligencia desde el día siguiente al señalado para la conciliación.

El modo de actuar la diligencia es el mismo que el indicado en la conciliación ante el Juez de Paz.

Los medios de avenimiento que proponga el Juez de Primera Instancia en los actos de conciliación no pueden dar motivo para recusarlo en el juicio principal (Art. 300 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil).

No obstante que la conciliación está legislada como diligencia previa a todo proceso ante el Juez de Primera Instancia, el Art. 301 del mencionado Código disponía que la falta de conciliación puede subsanarse en cualquier estado de la causa sin que se anule lo actuado.

3. Código de procedimientos civiles de 1912

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 suprime la conciliación como diligencia preparatoria, justificando la supresión porque "la experiencia ha comprobado la ineficacia de la conciliación como diligencia anterior a toda demanda. El Comité no la suprime absolutamente: en el proyecto de Ley Orgánica la establece con el carácter de facultativa, para que los Jueces la intenten, cuando por la naturaleza de la causa y las circunstancias del proceso, crean factible un avenimiento entre los interesados"; agregando, "difícilmente apreciará el Juez la conveniencia de una tentativa de conciliación antes de que la demanda haya sido contestada y de que el desarrollo del pleito le haya dado a conocer la calidad de los litigantes, los antecedentes de la causa y las probabilidades de obtener un arreglo. Por esto, el derecho de provocar la conciliación, que debe ser atribución exclusiva del Juez de la causa, no de los Jueces de Paz, puede ejercitarse en cualquier estado del juicio y no precisamente antes de proveer la demanda, y en tal concepto, la conciliación deja de pertenecer al número de diligencias preparatorias".

El Doctor JULIAN GUILLERMO ROMERO LEGUIA, comentarista del Código de Procedimientos Civiles ⁽²⁰⁾ critica la supresión de la conciliación en el

⁽²⁰⁾ ROMERO, LEGUIA, Julián G., *Estudios de Legislación Peruana*, Lima, Tipografía El Lucero, 1914, T. I, pp. 310-316.

Código de Procedimientos Civiles y su establecimiento con el carácter de facultativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando: "Convenimos en que sea difícil conciliar en general los intereses en pugna; pero más difícil es llegar a una conciliación, cuando la controversia está empeñada, y cuando el amor propio está comprometido; cuando las probanzas o los vaivenes del litigio puedan crear expectativas que alucinen, que cuando aun esa controversia no existe y sólo media incertidumbre de uno y otro lado, e incógnitas por resolver en ambas partes. Los antecedentes de la causa, en su mayor parte se conocen cuando se interpone la demanda; la calidad de los litigantes por su condición personal o las relaciones que entre ellos existan, tampoco pueden ser ignoradas por completo, y las probabilidades de un arreglo son mayores antes que la controversia exalte los espíritus y ofrezca esperanza más o menos fundadas de lograr las pretensiones que con el litigio se persiguen".

4. Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912

En su Art. 163 señalaba que los jueces de primera instancia están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por este medio la conciliación de las partes.

5. Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963

El 25 de julio de 1963 se dictó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, derogando la de 1912. Esta Ley Orgánica trata de la conciliación en su artículo 183 del modo siguiente: "Los Jueces de Primera Instancia en lo Civil están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por este medio la conciliación de las partes sobre todo el litigio o, de no ser posible, sobre algunos puntos concretos del mismo. Si la conciliación se realiza en forma total se sentará acta indicando con precisión el acuerdo a que lleguen las partes. Si es sólo parcial, se indicarán en el acta los puntos en que las partes están de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y se dejan para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo abogado, procederán a firmarla y entonces los acuerdos que se hayan concertado serán exigibles en vía de ejecución de sentencia, formándose cuaderno separado cuando la conciliación es sólo parcial".

6. Decreto Ley N° 20177 (de 16 de Octubre de 1973 - Juicio de Alimentos)

"Art. 9°.- De las excepciones y tachas se correrá traslado al demandante

RDCP

por tres días; y, con absolución del trámite o en rebeldía, se señalará día y hora para la audiencia de conciliación y prueba, la que deberá realizarse dentro del tercer día. Se correrá también traslado de la reconvencción, bajo apercibimiento de seguirse el juicio en rebeldía.

La notificación para la audiencia se hará en su caso, bajo apercibimiento de tenerse por confesa, conforme al interrogatorio presentado, a la parte o partes obligadas a prestar confesión".

"Art. 10º.- Iniciada la audiencia, el Juez procurará conciliar a las partes. En caso de lograrse la conciliación, se dejará en autos constancia precisa de ella, estableciendo el monto de la pensión que pueda satisfacer las necesidades del alimentista, el juez procederá a aprobarla y dispondrá su obligatorio cumplimiento y dará por terminado el juicio. Si la conciliación no se consigue, el juicio continuará por los trámites que se indica a continuación".

7. Decreto Legislativo N° 128, de 12 de junio de 1981. Juicio Sumario de Alimentos

"Art. 9º.- De la reconvencción, excepciones y tachas se correrá al demandante por tres días; y, con la absolución del trámite o en rebeldía, se señalará día y hora para la audiencia de conciliación y pruebas, la que deberá realizarse en fecha fija, no antes del tercero ni después del décimo día.

La notificación para la audiencia se hará en su caso, bajo apercibimiento de tenerse por confesa, conforme al interrogatorio presentado, a la parte o partes obligadas a prestar confesión".

"Art. 10º.- Iniciada la audiencia el Juez procurará conciliar a las partes. En caso de lograrse, se dejará en autos constancia, estableciéndose el monto de la pensión para cada alimentista que el Juez, sin más trámite, aprobará y dispondrá su cumplimiento dando por terminado el juicio".

8. Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992

"Art. 185.- Son facultades de los Magistrados:

- 1.- Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio. Si la conciliación se realiza en forma

total se sienta acta indicando con precisión el acuerdo a que lleguen las partes. Si es sólo parcial, se indica en el acta los puntos en los que las partes de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y que queden pendientes para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo Abogado, proceden a firmarla, en cuyo caso los acuerdos que se hayan concertado son exigibles en vía de ejecución de sentencia, formando cuaderno separado cuando la conciliación es sólo parcial. No es de aplicación esta facultad, cuando la naturaleza del proceso no lo permita;"

9. Código Procesal Civil (Vigente desde el 28 de julio de 1993)

El Código Procesal Civil legisla sobre la conciliación en la Sección Tercera, Título XI, Capítulo I como una de las formas especiales de conclusión del proceso, y en la Sección Cuarta, Título VI como una etapa de la postulación en el proceso, bajo la denominación de audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio.

En el primer caso, es decir como forma especial de conclusión del proceso, la conciliación puede ocurrir ante el Juez del proceso en la audiencia respectiva o en la que este convoque de oficio o a petición de parte (Art. 324), debiendo llevarse de la siguiente manera: "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. Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma. 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". (Art. 326). Se establece como requisito de la conciliación que ésta versa sobre derechos disponibles y que se adecúe a la naturaleza del derecho en litigio (Art. 325).

Como parte de la etapa postulatoria del proceso, el Juez cita a las partes para audiencia de conciliación luego de haberse dictado el auto que declare saneado

el proceso (Art. 468) con la finalidad de propiciar la conciliación entre las partes.

En esta fase del proceso, la audiencia debe realizarse conforme al artículo 326 anteriormente citado, tal como lo dispone el artículo 469. Si se produce la conciliación, el Juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta debidamente firmada por los intervinientes y el Juez equivale a una sentencia con la autoridad de cosa juzgada. Los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el solo mérito de la copia certificada del acta. De no haber conciliación, el Juez con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas. Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.

10. Apreciación de la Evolución Legislativa en el Perú.

a. *Carácter obligatorio y facultativo*

Hasta 1912, la conciliación fue un requisito de procedibilidad, aunque podía subsanarse la omisión en el curso del proceso.

La Comisión que elaboró el proyecto que luego se convirtió en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, como se ha expuesto, suprime la conciliación como diligencia preparatoria previa al proceso *"porque la experiencia ha demostrado la ineficacia de la conciliación como diligencia anterior a toda demanda"*, y la establece, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con carácter de facultativa, es decir, como una facultad que el juez puede ejercitar en cualquier estado del proceso.

Debemos recordar que del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, surgen tres cuerpos normativos que estaban contenidos en el mismo:

- a) El Código de Procedimientos Civiles;
- b) La Ley Orgánica del Poder Judicial; y,
- c) La Ley del Notariado; siendo promulgados con la misma Ley N° 1510.

Así la conciliación sale del Código de Procedimientos Civiles e ingresa a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De inmediato recibió severa crítica por el estudioso y comentarista del Código, Dr. JULIAN G. ROMERO LEGUIA, ya citado anteriormente.

Al tratar esta institución—la conciliación— en mi Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en 1968: *La Celeridad en el Proceso Civil*, en el Capítulo Segundo desarrollé el tema: "El Código de Procedimientos Civiles como Instrumento de Celeridad", con la finalidad de demostrar que efectivamente fue instrumento de celeridad frente al Código que lo reemplazó, refiriéndome como principales instituciones de celeridad: la designación de domicilio, formación y entrega del proceso, la *conciliación* y los incidentes, porque establece por primera vez la obligación de señalar domicilio en el primer escrito mediante el cual comparecen las partes, abreviando al proceso el facilitar las notificaciones; la obligación de adjuntar copia de los escritos y documentos que se presenten para su entrega a la otra parte, ya que en estos casos, conforme al anterior Código, tenía que entregarse el expediente a las partes, de donde resulta el origen del término "traslado", porque se traslada el expediente; al ordenar que los incidentes se tramiten en cuerda "separada", pues antes se tramitaban en el principal; y al *suprimir la conciliación como diligencia obligatoria y previa a toda demanda*, porque como señalaba la Exposición de Motivos "la experiencia demostró su ineficacia". Al comparar las razones de la Comisión Reformadora que elaboró el Código de 1912 y las fundadas razones expuestas por el Dr. Julián Guillermo Romero Leguía, opté por la posición de la Comisión, *también basado en mi incipiente experiencia*, como relato en mi mencionada tesis: "Entre el carácter facultativo y el obligatorio, debo pronunciarme por el primero, por razones de carácter práctico, pues en los casos que nuestra ley lo establece con carácter obligatorio como son en las causas matrimoniales es un trámite que a nada conduce, pues el comparendo en primera instancia se lleva ante el Secretario y no ante el Juez, el que se limita a copiar las razones expuestas por los litigantes". De acuerdo a nuestra ley, en la separación por mutuo disenso, en segunda instancia antes de la vista de la causa debe llevarse a cabo un comparendo para intentar la reconciliación. Recuerdo que en mis prácticas, tuve uno de estos casos, al recibir la citación, el día señalado, llevé a los interesados a la Corte, y al hablar con uno de los empleados de la mesa de partes para informarme dónde se llevaban a efecto estas diligencias, respondió con una sonrisa de burla, manifestándome que se trataba de "un trámite de cajón", que no se llevaba a cabo, y después de la segunda citación que también "era de cajón", los autos pasan a tabla. "Vemos pues —agregaba—, que teniendo carácter obligatorio, en nuestro medio se convierte en una de las causas de morosidad judicial, razón que seguramente llevó al Comité de Reforma a suprimir el carácter previo y obligatorio. Y asimismo el carácter facultativo que le dá la Ley Orgánica del Poder Judicial *a esta útil institución*, jamás es utilizada por los jueces". *"De tal manera que —concluí— es preferible el carácter facultativo,*

por cuanto existe la posibilidad de que jueces honestos y competentes lo utilicen, o quizá sea utilizada por todos los jueces cuando la inmediación sea una realidad en nuestro país mediante el descongestionamiento de la recargada labor que soportan los jueces, gracias al aumento de su número, sin que su existencia signifique un factor de retardo en el desarrollo de los procesos".

La misma razón expuesta por los Codificadores del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se ha sostenido en España, *para suprimir* el carácter oblatorio de la conciliación, en 1984, como lo señala NOSETE ⁽²¹⁾: "En esta confianza, el acto de conciliación se estableció en España como verdadero presupuesto de admisibilidad de la demanda (cuyo cumplimiento había de examinar el juez antes de darle curso) durante cerca de dos siglos. Esta tradición se rompe en 1984, con la reforma de la ley procesal civil, que lo regula ahora con carácter facultativo. La verdad es que el acto de conciliación se había convertido en la mayoría de los casos en una mera formalidad, en una cortapisa más que era preciso salvar dentro de la carrera de obstáculos en que se ha convertido el proceso civil, pero en la inteligencia de su escasa o nula virtualidad; no en vano se ha dicho que la historia de la conciliación es la historia de una gran ilusión desvanecida" y agregan: "El acto de conciliación ha pasado a convertirse, pues, en facultativo; en una actividad judicial (que no jurisdiccional) a la que puede acudir un litigante antes de iniciar el proceso. Tal vez el giro sufrido por la institución permita obtener frutos mayores y en unos años podamos asistir a un auge de la conciliación, como se da en otros ordenamientos (U.S.A, Francia)".

En nuestro vigente Código, legislativamente se ha superado la aparente contradicción entre el carácter facultativo y obligatorio de la conciliación, al otorgar a las partes y al juez la facultad para que la ejerciten en cualquier estado del proceso (Art. 323) y al establecerla con carácter obligatorio como etapa del proceso, como lo han hecho con anterioridad, otros Códigos, como el colombiano.

Sin embargo, debe advertirse que el carácter previo y obligatorio se ha vuelto a implantar en Colombia, con la ley de 21 de marzo de 1991, *para las causas laborales*.

Subsisten pues el carácter previo y facultativo (España), previo y obligatorio (asuntos laborales en Colombia), el carácter obligatorio como etapa del proceso (Colombia), y el carácter facultativo en cualquier etapa del proceso y obligatoria como etapa del proceso (Perú). Téngase en cuenta que los países citados son a guisa

⁽²¹⁾ En NOSETE y otros, *op. cit.*, T. I, pp. 365-367.

de ejemplo, puesto que este trabajo no pretende ser ni es de Derecho Comparado.

b. *El Código peruano va contra la naturaleza de la conciliación*

Quizá con la finalidad de superar los problemas que ha afrontado la conciliación en la historia del proceso civil peruano, *mero formulismo*, tanto cuando fue obligatoria y previa como cuando fué facultativa, ha llevado al Codificador del Código Procesal Civil de 1993 a tomar medidas para que la conciliación no siga el mismo destino; y, estas medidas consisten en que el acta de conciliación aunque ésta no se logre, se deje constancia de la fórmula conciliatoria y se mencione la parte que no prestó su conformidad a la misma; y *para forzar a las partes para que concilien*, agrega la norma: "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 orden pagar en sentencia" (Art. 326).

Esto desnaturaliza la conciliación, porque al quedar en acta, la fórmula conciliatoria propuesta por el juez, pone en manifiesto el prejuzgamiento efectuado por éste al proponer la fórmula y tan cierto es esto, que la parte final del artículo 324, dispone que el juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.

Desnaturaliza la conciliación, porque la doctrina acepta que es autocomposición y no heterocomposición, es decir obra de las partes y no del juez, y *por tanto debe ser acto enteramente voluntario, libre de coacción*. De otro lado, el juez queda condicionado a su fórmula para cuando dicte sentencia, por tanto está *prejuzgando*, sin haberse actuado las pruebas; por eso, los Códigos de orientación similar al peruano, sostienen que la fórmula conciliatoria propuesta no implía *prejuzgamiento* (Colombia, Argentina). *El prejuzgamiento no deja de serlo porque así lo declare la ley, el efecto de la ley es simplemente impedir la recusación por este motivo*.

Por estas razones, estoy de acuerdo con la fórmula que consagró el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, en el sentido que en el acta sólo debe constar que se ha oído a las partes, sin precisar las alegaciones ni los medios propuestos para lograr el avenimiento.

El Código vigente lleva la desnaturalización de la conciliación al extremo de hacerla desaparecer, cuando dispone que se sancione a la parte que no aceptó la conciliación. *No solamente el juez prejuzga sin haber actuado ni valorado los medios*

probatorios, sino que las partes deben actuar bajo intimidación legal. Así la conciliación deja de ser tal. Nuestro Código responde a la severa crítica de CARNELUTTI, que hemos señalado y que ahora repetimos: "...Bueno será repetir que la tentativa de conciliación es función muy delicada del juez, a la cual sirve sobre todo su sentido de equidad y de mesura; desgraciadamente, la experiencia ha demostrado, sin embargo, que no pocas veces degenera en insistencias excesivas e inoportunas de jueces preocupados más bien en eliminar el proceso que por conseguir una paz justa entre las partes".

En nuestro caso, no son los jueces sino la ley la que se preocupa de eliminar el proceso, antes de conseguir una paz justa entre las partes.

No existe pues, verdadera conciliación en nuestro ordenamiento procesal, existe un prejuzgamiento, es decir un acto jurisdiccional, que las partes pueden aceptar para evitar la sanción, llegándose a una solución bajo coacción.

Nótese que el autor que defiende el carácter jurisdiccional de la conciliación (SATTA), no lo hace por su carácter de juzgamiento o prejuzgamiento, sino porque considera que a través de la conciliación se concreta el ordenamiento jurídico al igual que con la sentencia, eliminando toda posibilidad de considerar a la conciliación como juzgamiento, cuando señala: "es sólo un ángulo visual restringido lo que lleva a identificar la jurisdicción con el juicio".

CONCLUSIONES

1. Considero acertado el Código en cuanto establece el carácter facultativo y obligatorio de la diligencia o audiencia de conciliación.
2. El Código desnaturaliza la conciliación hasta eliminarla, por lo que debe suprimirse la parte final del segundo párrafo y el último párrafo del artículo 326, adoptándose la fórmula del artículo 293 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852.
3. El presente artículo no juzga la utilidad práctica de la institución que el Código Procesal Civil denomina "conciliación", solamente examina la naturaleza jurídica de la conciliación; y, desde este punto de vista, si la fórmula propuesta por el Código Procesal Civil Peruano resulta buena en la práctica, habrá de cambiarse el nombre o denominación, porque como se ha demostrado, no es conciliación.
4. Conforme a nuestro ordenamiento procesal civil, la conciliación como tal solamente puede producirse cuando las partes espontáneamente solicitan al juez una audiencia de conciliación, cuando el juez de oficio en cualquier estado del proceso ordena una audiencia de conciliación o cuando en la

audiencia de conciliación como etapa del proceso las partes libre y voluntariamente, en forma espontánea deciden solucionar su conflicto intersubjetivo de intereses.

5. La conciliación como etapa obligatoria del proceso se establece en el Perú mediante el Decreto Ley N° 20177 de 17 de octubre de 1973, que regula el proceso de alimentos y se repite en el Decreto Legislativo N° 128 de 12 de junio de 1981, que sustituyó al Decreto Ley N° 20177.