

NO A LA CONCILIACIÓN OBLIGATORIA

GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA*
Abogado. Profesor de Arbitraje
Universidad de Lima

Quiero iniciar este artículo con un acto de fe, indicando que creo en la conciliación como un instrumento de solución de controversias que cada interesado deberá, conjuntamente con otros instrumentos (llámese arbitraje, negociación, jurisdicción ordinaria), evaluar de acuerdo a su necesidad o conflicto, pero también creo que la conciliación debe ser facultativa y no obligatoria, tal como es facultativa la negociación o el arbitraje.

La Ley No. 27398¹ señala la obligatoriedad de llevar a cabo la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para interponer una demanda ante el Poder Judicial.

La llamada ley de conciliación obligatoria o extrajudicial tiene su primera incongruencia en la imposibilidad de la norma de alcanzar su objeto ya que la obligatoriedad está referida sólo a la presentación de la solicitud ante un Centro de Conciliación o Juzgado de Paz y que se expidan copia certificada del acta de conciliación, basando la asistencia de uno de las partes para que se dé por concluida esta etapa, por lo que en realidad las partes no están obligadas a asistir a la audiencia de conciliación, toda vez que la ley no sanciona ni penaliza la no asistencia, razón por la cual no existe tal carácter obligatorio.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La conciliación al igual que el arbitraje debe ser consensual, "operando como un medio y no como un resultado, pues el alcance y límite conciliatorio está dado sólo por la aceptación de la intervención del tercero ajeno al conflicto"².

La propia ley No. 26872 señala en su artículo tercero que "La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes". Como vemos, la ley considera la consensualidad en su finalidad, es decir, en los resultados, olvidándose del origen de la conciliación, el cual también debe ser consensual, equivocando así su naturaleza jurídica.

* El autor es socio del Estudio García Calderón, Ghersi & Vidal, Abogados. Máster en Derecho Económico Internacional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Ley No. 27398, Ley que modifica diversos artículos de la Ley de Conciliación. Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 13 de enero de 2001.

² Alvarado Velloso, Azello, La Conciliación: Medio idóneo para solucionar conflicto de intereses, en El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, Cultural Cuzco S.A. Lima 1989, pág. 40.

Dice Eduardo Mayora³ que, "Las normas de derecho privado no pueden rendir sus mejores frutos, cualesquiera sean las circunstancias. Imponer una determinada forma de contratación, por ejemplo, impide que las personas puedan adecuar su conducta a las normas que regirán el mercado, en ausencia de la imposición legislativa. Otra forma de expresar la misma idea es que, siempre se incurren en costos importantes cuando se obstaculiza a las personas adecuar sus conductas a las normas que rigen los diversos órdenes espontáneos".

Todas las ventajas de la conciliación están circunscritas a la voluntad. En efecto, para que se dé inicio a una negociación se requiere la presencia de ambas partes, que exista diálogo entre éstas, ¿Cuál es el objeto de una conciliación llamada obligatoria, en donde una de las partes no acude? Evidentemente carece de objeto, se quiere privilegiar un medio alternativo haciéndolo obligatorio cuando su naturaleza jurídica es eminentemente consensual.

El usuario no debe verse sorprendido, debe saber que el mecanismo de la conciliación funciona en la medida que haya intención, para lo cual se requiere voluntad.

DESCONGESTIONAMIENTO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Sin duda, habrán resultados positivos con la conciliación obligatoria pero también, y qué duda cabe, se generarán conflictos como consecuencia de este medio obligatorio instituido por ley. En lugar de descongestionar el Poder Judicial se generarán nuevos conflictos ya que no faltarán algunos usuarios que considerarán que el acuerdo arribado adolece de alguna formalidad o fue logrado con un vicio de la voluntad y plantearán una nulidad y como consecuencia de ello, dicho acto jurídico deberá ser revisado por el Poder Judicial. Se crearán conflictos como consecuencia de terceros que señalarán que tenían derecho a estar presentes en el acto de conciliación y que no se les tomó en cuenta en la relación jurídica. Surgirán conflictos como consecuencia del abuso de terceros no legitimados como también conflictos sobre temas conciliados que atentan contra normas imperativas o de orden público. El acto de conciliar no tiene el carácter inmutable e inatacable de la cosa juzgada, por lo que el acuerdo adoptado podrá ser discutido en el Poder Judicial, por citar sólo algunos, de los múltiples problemas que se generarán, como consecuencia de la aplicación de esta norma.

Soy testigo del enorme esfuerzo que realizó la Comisión Reformadora y Revisora del Código Procesal Civil en lo que respecta a la protección tanto del proceso como de las partes involucradas en él. Seguridad jurídica que no se da en esta ley de conciliación obligatoria.

En efecto, el saneamiento del proceso es fundamental para establecer una relación jurídica -sea sustantiva o procesal- válida. La incertidumbre sobre la validez o procedencia del reclamo, la acumulación o no de pretensiones entre otros temas, lleva a pensar que así como está diseñada actualmente la conciliación generará problemas innecesarios, que en lugar de favorecer a la justicia la desprestigiará.

El proceso judicial tiene entre sus fundamentos, principios jurídicos que determinan la razón e inspiración del Código Procesal Civil, en tal sentido, el descongestionar el Poder Judicial no constituye un valor superior a los definidos como procesos inspiradores en el Código (veracidad, paz social, justicia, eficiencia), es por ello que de la propia ley de conciliación se desprende una serie de incoherencias que colisionan con el proceso que

3. Mayora Alvarado, Eduardo. Teoría Constitucional para una Sociedad Libre. Buenos Aires 1997. Pág. 18.

consagra el Código.

Se pretende privilegiar la intención de descongestionar el Poder Judicial (aspecto meramente administrativo) sobre la idea de tener un proceso judicial eficiente y eficaz.

Nadie discute la necesidad de crear medios alternativos al Poder Judicial, tal como viene sucediendo con el arbitraje, el cual se desarrolla en forma eficiente, independiente al Poder Judicial, considerándose hoy en día como un medio idóneo en la solución de conflictos no sólo de particulares sino también entre empresas estatales y privadas. Sin embargo, la llamada conciliación obligatoria se constituye como obstáculo a una mejora en la administración de justicia retardándola y encareciéndola.

CONCILIACIÓN INTRA PROCESO

Ya anteriormente sostuve la necesidad que en todo caso, si el legislador consideraba necesario incorporar la conciliación⁴ (en el entendido doctrinario de que debe ser un tercero ajeno a las partes que a diferencia del juez no esté por encima de ellos sino en el mismo nivel procesal es decir, juntar a las partes y no imponer una decisión como lo hace el juez) podría incorporarse la conciliación obligatoria dentro de la etapa de la audiencia de conciliación consagrada en el Código Procesal Civil y luego de haber saneado el proceso, elemento principalísimo del juzgador hoy en día, se debería entregar esa etapa a conciliadores particulares que faciliten la negociación entre las partes para que éstas traten de llegar a un arreglo que ponga fin -de común acuerdo- a su litigio y en caso de no lograrlo, continuar el proceso judicial.

Creemos que nuestro Código Procesal Civil se equivoca al darle directamente la facultad conciliadora al Juez ya que esta facultad corresponde a un conciliador, propiamente dicho, que no juzgue ni resuelva, es por ello que, entendemos que la conciliación debe darse al interior del proceso civil con un tercero ajeno a las partes y al juez, y no fuera de éste.

El objetivo de la conciliación es no sólo descongestionar al Poder Judicial sino también cambiar la mentalidad del litigio por la mentalidad de las soluciones privadas pero dentro de un marco racional en donde todas y cada una de las partes intervinientes lleguen a un acuerdo que pueda ser eficaz.

La cultura de paz y el cambio de mentalidad no se consiguen con imposiciones, sino tiene que haber un convencimiento de las partes que ese convenio es el idóneo para la solución del caso, de lo contrario el trámite conciliatorio se convierte únicamente en un papel que se requiere para poder acceder al Poder Judicial.

Una de las críticas más duras a la Ley General de Arbitraje derogada [Ley No. 25935]⁵ fue el pretender obligar a las partes acudir a un arbitraje obligatorio frente a un silencio en la contestación de una carta notarial.

En aplicación del inciso 2) del artículo 13 y del inciso 4) del artículo 15 de la Ley General de

4. Gerardo Calderón Moreyra, Gorosito, La audiencia de conciliación en el Código Procesal Civil, Diario oficial "El Peruano" 8 de agosto de 1994, págs. B-9.

5. Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje, Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10 de diciembre de 1992. Nota: Esta Ley derogó los artículos 1906 a 1922 del Código Civil y la Ley 25695 fue derogada por la Ley de Arbitraje Vigente (Ley 26572).

Arbitraje anterior⁶, una de las partes de un contrato de "naturaleza comercial" podía proponer a la otra la "formalización" de un arbitraje y, si ésta "no contestaba", tenía las puertas abiertas para solicitar al Juez que "resuelva si hay o no lugar a la formalización demandada..."

Autores nacionales consideraban que era "inaceptable la posibilidad de arbitrar controversias sin que exista sumisión voluntaria de las partes, toda vez que no hay peor manera de "incentivar" la utilización de una institución, que imponerla por la fuerza de la norma y no por la fuerza de la razón".

Terminaban diciendo que, esperaban que "El legislador derogue prontamente esta peligrosa disposición legal que más que beneficiar la práctica arbitral, generará incertidumbre, corrupción e injusticias"⁷.

Similar situación se da con la actual Ley de Conciliación al obligar a toda persona que tenga una pretensión de contenido patrimonial y que verse sobre derechos disponibles (salvo las excepciones dispuestas por la propia ley) para que se tenga que acudir a esta formalidad obligatoria, impuesta por la ley en desmedro de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.

¿MEDIO ALTERNATIVO?

Esta es otra incongruencia de la Ley de Conciliación al hablar de medio alternativo ya que no hay alternativa, ya que sino voy a conciliación no puedo demandar ante el Poder Judicial. Esta exigencia, por lo demás, no ha sido incluido en caso exista un convenio arbitral. En efecto, no se exige conciliación previa en caso exista pacto o acuerdo arbitral. Esto significa que, si las partes han pactado un convenio de arbitraje y surge la controversia, no se requerirá acudir a la conciliación salvo que las partes así lo deseen, pero no como cuestión previa. ¿Esa diferencia entre medios autocompositivos y heterocompositivos tiene alguna explicación doctrinaria o jurídica, o es sólo un capricho o error del legislador?

La distinción que realiza la doctrina entre medios autocompositivos (como la mediación, conciliación, amigable composición) y medios heterocompositivos (arbitraje y Poder Judicial) es que en el primero debe existir acuerdo de las partes para la aceptación en la solución a la que se arde, en cambio en el segundo, la decisión del tercero es de obligatorio cumplimiento sin importar la voluntad de las partes, sin embargo el origen debe ser voluntario y no impuesto por el legislador⁸.

Esta imposición planificadora y centralizada es lo contrario a la cultura de paz y a la libertad. Cuando surge una controversia es porque se ha roto esa voluntad común, ese intercambio pacífico, ese acuerdo inicial y se genera un conflicto que muchas veces las partes pueden y quieren culminarlo directamente [negociación] o a través de un mediador o facilitador

6. Artículo 13.- Decreto Ley 25935. El interesado puede proponer respetivamente a la otra o otras partes un formulario de sumisión que deberá contener los requisitos del artículo 10, precisando la controversia sujeta a arbitraje en los casos que:
A) que no hubiera convenio arbitral y la controversia verse sobre un contrato de naturaleza comercial.
Si la parte a quien se hiciera el ofrecimiento no contestara dentro del plazo de 10 días naturales, la otra parte puede solicitar judicialmente, según correspondiera, la integración del convenio o la formalización del arbitraje.

7. Camuzano-Salovey, Fernando; Aramburú Uaga, Manuel Diego. El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual. Fundación Bustamante de la Fuente Lima 1993, pág. 174.

8. Leer Enciclopedia Jurídica OMEBA sobre el tema.

(conciliación), pero otros no quieren negociar o habiendo negociado, no han arribado a acuerdos y acuden a un tercero para que árbitra y decida en forma definitiva la litis. La conciliación está dentro del ámbito del derecho privado, no del derecho público.

BUROCRACIA Y COSTOS DE LA CONCILIACIÓN

Siendo obligatoria la conciliación, el legislador ha pensado también en que pueden darse problemas de nivel ético o de conducta y ha producido un profuso rosario de normas complementarias referidas a la supervisión por parte del Ministerio de Justicia de los centros de conciliación, creándose una Junta Nacional de Centros de Conciliación, capacitación para los conciliadores, supervisión de los cursos, establecimiento de tarifas o tasas, Comité de Código de Conducta y Ético, Consejo de Coordinación de los Centros de Conciliación, sanciones (amonestaciones, multa, suspensión, inhabilitación) mediante Resolución de la Dirección Nacional de Justicia y/o Resolución Ministerial dependiendo de la gravedad del caso, etc., etc. ¿No se crea mayor burocracia? ¿Con qué se pagan sus sueldos? ¿Con el pago de los litigantes o del erario nacional? ¿Eso es aceptable éticamente? Creemos que no lo es. Incluso se discute si el conciliador debe cobrar honorarios por resultado [Ver el diario oficial "El Peruano" pag. 11, del 1° de marzo del 2001], y eso es inaceptable "pues lo convertirá en parte interesada y atentaría contra los principios de imparcialidad y neutralidad", dice el mismo entrevistado.

Desde la Revolución Francesa donde se instaura la separación de poderes, el Poder Judicial ha sido y es el encargado de dilucidar en forma definitiva las controversias y sólo como excepción las partes pueden acudir a un tercero para que medie entre las partes (conciliador) o resuelva la controversia en forma definitiva y privada si éstos así lo pactan (arbitraje) pero el Estado no debe abdicar de su función para dársela a "centros de conciliación" sin que exista voluntad de las partes de sustraerse de la jurisdicción ordinaria.

Insisto en que si se quiere incorporar al sistema judicial la conciliación, la solución es incorporar al conciliador –como una figura distinta al Juez– dentro del proceso judicial para que el tercero, revestido de la solemnidad del proceso y del amparo del Poder Judicial, trate de reunir a las partes a fin de que éstos lleguen a un resultado armonioso y justo, según sus pareceres y de no lograrlo continuar con el proceso judicial.

La solución no es desarticular el proceso exigiendo un paso previo obligatorio y en muchos casos inútil o innecesario. He mencionado al inicio del artículo, que a través de este medio se retarda y encarece el acceso a la justicia, y sobre este último punto, es decir el encarecimiento al acceso a la justicia, los centros de conciliación han establecido escalas para el pago administrativo en base a la pretensión económica. Así, por ejemplo, por una pretensión menor a US \$100.00 dólares se paga US \$20.00 dólares; ascenderá a US \$700.00 si la pretensión económica oscila entre US \$ 30,001 a 50,000 dólares; US \$1,000 dólares si la pretensión económica oscila entre US \$75,001 a US \$100,000 dólares; US \$2,000 dólares si la pretensión económica es mayor a US \$100,000 dólares. ¿Acaso las tasas o costos administrativos de los centros varían por la cuantía del proceso? Esto es insostenible e inaceptable, la tarifa única es lo lógico, como exige la Ley para los servicios públicos y controla el INDECOPI, más aún si lo que se trata es de coadyuvar en la administración de justicia?

Adicionalmente, la Ley No. 27398 ha dejado en suspenso la conciliación ante los jueces de

9 Nota del Autor – Cada centro de conciliación cuenta con sus propios tarifarios, hemos tomado como base el tarifario de la Asociación Peruana de Resolución de Conflictos (APREDEC).

paz, es decir, que no existe posibilidad alguna que una persona de escasos recursos alcance justicia en forma gratuita.

INCONSTITUCIONALIDAD

No nos olvidemos que la vigente Constitución del Estado señala en su artículo 139, inciso 16 "El principio de la gratuidad de la administración de justicia", (el subrayado es nuestro), por lo que válidamente se puede sostener la inconstitucionalidad de la Ley de Conciliación Extrajudicial Obligatoria, al limitar este principio de la gratuidad y también al limitar el derecho de acción de todo ciudadano.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 8º que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes...". El acceso a la justicia es un derecho fundamental; el establecer un pago previo obligatorio a un ente privado es vulnerar derechos fundamentales de la persona a acceder a la justicia ordinaria dejándola sin protección efectiva.

Otro inconveniente es el relativo al proceso ya que no existe un proceso conciliatorio. "La idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialéctico", es por ello necesario una ordenación muy sencilla y clara, muy flexible pero firme, que permita una seguridad jurídica y una igualdad de las partes con intervención de un abogado defensor¹⁰.

¿El conciliador debe proponer fórmulas conciliatorias a las partes? ¿En su calidad de "tercero", puede influenciar a los litigantes con sugerencias, modelos, interpretaciones, etc.?

No puedo dejar de coincidir con algunos de los principios que inspiran a la ley de conciliación obligatoria en el sentido de privilegiar la colaboración de las partes, de permitir una cultura de acercamiento, de lograr lo que la escuela de derecho de Harvard denomina "Crear valor en la negociación"¹¹ para conseguir un acuerdo en donde ambas partes ganen, estando los abogados y las partes no una frente al otro, sino del mismo lado de la mesa.

Nadie puede discutir la búsqueda de celeridad en la consecución de resultados a través de principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, legalidad, en poner fin rápidamente a un litigio por medio de la neutralidad e imparcialidad, pero debe partir de un elemento valitivo y de decisión conjunta, no unilateral. Debe existir un ánimo conciliatorio, de lo contrario la norma es no sólo irrelevante sino que será "un pretexto para no asumir una responsabilidad seria en el deber del Estado de crear condiciones para un sistema judicial idóneo, esto es eficaz y socialmente comprometido con su comunidad"¹².

Algunos países latinoamericanos tienen muchos años trabajando el tema de la conciliación y no lo han resuelto imponiendo sino convenciendo. La experiencia de la Cámara de Comercio de Bogotá es sumamente ilustrativa. Llevan más de quince años de investigación y práctica¹³ e

10. Greif Bidart, Azofe, *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Cultural Quiso, Lima, 1985, pág. 513.

11. Waddock, Robert H. *Beyond Winning: How lawyers help clients create value in negotiation*, 1999.

12. Menoy Gálvez, Juan. ¿Encontrándose la conciliación extrajudicial? *Diario "El Comercio"*, 4 de marzo del 2001, pág. 30.

13. *El Arte de Conciliar: Modelos, Técnicas y Estrategia*, Nelaín Rojas, Cámara de Comercio de Bogotá.

indican preguntas relevantes, luego de realizar un trabajo interdisciplinario entre abogados, psicólogos, comunicadores sociales, pedagogos, sociólogos, entre otras las siguientes:

1. ¿Cuáles son las habilidades y disposiciones que de manera general debe poseer el tercero imparcial. El conciliador?
2. ¿Cómo acontece el proceso conciliador y cuáles son las exigencias personales y técnicas que éste hace a sus protagonistas?
3. ¿Cuál es el estilo personal, el repertorio emocional y conductual con el que las partes asumen el proceso?
4. ¿Cuáles son las pretensiones, más allá de la solución de un conflicto?

Tal vez este último punto es el más interesante, las tensiones, percepciones e ideas preconcebidas que se tiene sobre el tema, el grado de conocimiento tanto legal como jurisprudencial entre otras, deben reflejar la intención de ambos de buscar una solución, para lo cual el conciliador debe ser un facilitador, en la medida que exista una intención común.

El legislador peruano cree que siguiéndose un curso de 40 horas, los conciliadores están capacitados para lograr los objetivos de la ley, nada más errado.

Creemos que esta transformación cultural y jurídica no se logra desprestigiando una institución como la conciliación. En efecto, si la conciliación es vista como un mero trámite para acceder al Poder Judicial, me temo que el esfuerzo de lograr una transformación sea en vano y se desprestige la institución, pero si se logra convencer a los litigantes y abogados de sus bondades para que acudan en forma espontánea, se iniciará el cambio que los legisladores buscaban. Mientras tanto, será una etapa engañosa en el largo camino (aún más) de la administración de justicia.