

**¿...Y Eso Es CONCILIABLE?:  
(LA VIGENTE -Y COMPLICADA- REGULACIÓN DE LAS MATERIAS  
CONCILIABLES EN LA LEY DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL <sup>1 2</sup>**

**F. MARTÍN PINEDO AUBIÁN<sup>3 4</sup>**

**I. INTRODUCCIÓN.**

El presente trabajo pretende analizar la Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley N° 26872, a la luz de la nueva modificatoria integral del marco normativo que regula el *Sistema Conciliatorio Extrajudicial* introducida por el Decreto Legislativo N° 1070 y el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, en lo que se refiere al tratamiento normativo de las materias conciliables.

Este tema ya había sido desarrollado en un trabajo anterior<sup>5</sup>, pero estimamos pertinente volverlo a tratar de manera actualizada adecuando su análisis a la regulación legal vigente, toda vez que se constituye en un tema que siempre será de vital importancia en tanto que es la esencia misma de la institución conciliadora, porque a través del establecimiento de normas claras debe quedar meridianamente claro –por lo menos al Conciliador Extrajudicial- cuál es el tema que puede ser admitido como materia conciliable y, en consecuencia, susceptible de plantearse al interior de un procedimiento conciliatorio con la finalidad de que se intente su

---

<sup>1</sup> Con entrañable afecto a mis queridos amigos conciliadores del Cusco, la *Ciudad Imperial*, que desde el 1 de Julio de 2010 tienen implementado el régimen de obligatoriedad de la conciliación extrajudicial. De ustedes depende impulsar las bases de mejoramiento del sistema conciliatorio en el Perú, y estoy seguro que no van a defraudar.

<sup>2</sup> “*El intentar es arriesgarse a fallar. La persona que no arriesga nada, no hace nada, no tiene nada y es nada. Podrá evadir penurias y sufrimientos, pero no puede aprender, sentir, crecer, vivir, y querer*”. Leo Buscaglia.

<sup>3</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experto en Mediación y Conciliación. Conciliador Extrajudicial y Capacitador Principal en temas de Conciliación Extrajudicial y Conciliación Familiar reconocido por el Ministerio de Justicia. Director del Centro de Arbitraje Empresarial de la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco.

<sup>4</sup> El presente trabajo ha sido elaborado con la colaboración de la Srta. Diana Marilyn Guia Abarca, abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco y Conciliadora Extrajudicial.

<sup>5</sup> El presente trabajo es una adecuación al nuevo marco normativo de un artículo anterior que versaba sobre el mismo tema de las materias conciliables y elaborado a la luz de las modificatorias introducidas en su oportunidad por la Ley N° 27398 publicada el 13 de Enero del 2001. El trabajo original en mención es: “Regulación de las materias conciliables en la ley de conciliación extrajudicial”, publicado en: *Actualidad Jurídica. Publicación mensual de Gaceta Jurídica*. Tomo 119, pp. 41-60. Lima, Octubre de 2003.

resolución, en tanto existe un marco normativo que exige transitar por aquel antes de judicializar la controversia.

Otro aspecto a considerar es que, a diferencia de un proceso judicial o un procedimiento administrativo en donde se recepciona el pedido y luego se califica a fin de determinar su admisibilidad o su procedencia, en el procedimiento conciliatorio existe mandato legal de calificar de manera previa la recepción y procedencia de una solicitud de conciliación no solamente en cuanto al cumplimiento de sus requisitos formales sino también en cuanto al extremo de verificar que nos encontramos frente a una materia conciliable<sup>6</sup>, bajo pena de sanción<sup>7</sup>; en este sentido, la experiencia nos ha demostrado que la regulación legal vigente contiene algunas zonas grises y nebulosas que inducen a errores de calificación de las materias conciliables contenidas en las solicitudes de conciliación y buena cantidad de operadores jurídicos no llegan a entender la trascendencia y complejidad que el tema de las materias conciliables llega a tener dentro del sistema conciliatorio.

Al variarse el marco normativo compuesto por la Ley de Conciliación y su Reglamento se ha modificado nuevamente el régimen de las materias conciliables; en consecuencia, existe una variación sustancial en cuanto al tratamiento originario de las materias conciliables obligatorias y facultativas establecidos de manera previa en el texto original de la Ley de Conciliación, al igual que el régimen de las materias que no pueden someterse a un procedimiento conciliatorio por estar expresamente prohibidas por mandato legal. Esta situación nos obliga a replantear –una vez más- algunas ideas en torno al tema de las materias susceptibles de ser sometidas al régimen de conciliación a la luz de estas nuevas disposiciones legales.

## II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES: Pretensión Determinada, Pretensión Determinable y Derechos Disponibles.

Establece el artículo 7º de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación (en adelante la ley), modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, que son materia de conciliación “**...las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes...**”. En esta breve definición legal respecto de lo que puede ser conciliable encontramos una trilogía de conceptos que merecen ser detallados, a saber: pretensiones determinadas, pretensiones determinables y derechos disponibles.

<sup>6</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:  
“Artículo 56.- De las obligaciones del Centro de Conciliación. Sin perjuicio de lo previsto en el presente Reglamento, los Centros de Conciliación se encontrarán obligados a: (...)  
28. Tramitar solicitudes de conciliación sólo sobre materias conciliables.  
(...)”.

<sup>7</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:  
“Artículo 115.- De las infracciones sancionadas con multa. Se sanciona con multa: (...)  
a) A los Conciliadores por:  
1. Realizar procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.  
(...)  
c) A los Centros de Conciliación por:  
1. Admitir a trámite procedimiento conciliatorio sobre materia no conciliable.  
(...)”.

## 1. PRETENSIÓN DETERMINADA.

El Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo N° 014-2008-JUS (en adelante el Reglamento) señala en su artículo 7° que **“...es materia de conciliación aquella pretensión fijada en la solicitud de conciliación...”**.

En realidad no existe una definición legal de **pretensión determinada** pero debemos asumir que ésta se halla implícita en el texto del Reglamento, esto si tomamos en consideración la definición que de ella hacía expresamente el artículo 9° del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS), que establecía que **“...se entiende como pretensión determinada aquella por la cual se desea satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación...”**.

En este orden de ideas, podríamos afirmar que, de manera similar a como se señala el petitorio en la demanda que se efectúa en sede judicial, en el procedimiento conciliatorio el solicitante debe señalar su pretensión de manera clara en la solicitud de conciliación; esto es, la parte solicitante plantea en su escrito de solicitud no solo los hechos que dieron lugar al conflicto sino también su pretensión determinada, entendida como lo que desea obtener mediante acuerdo al que aspira llegar al interior del procedimiento conciliatorio respectivo, para lo cual se tendrá que emplazar -o invitar a conciliar- a la otra parte denominada invitada. Pero también se puede presentar una situación distinta al existir la posibilidad que la solicitud de conciliación sea planteada de manera conjunta por las partes involucradas en el conflicto, con lo cual existiría confluencia de una pluralidad de partes solicitantes que desean resolver su controversia.

En cualquiera de ambos casos, existe mandato legal para que la pretensión determinada sea señalada expresamente en la solicitud de conciliación<sup>8</sup> (que también puede formularse directamente de manera verbal ante el Centro de Conciliación) y nos ofrecerá una certeza relativa acerca de las materias controvertidas a intentar solucionarse en el procedimiento de conciliación, ya que, en principio, estas son susceptibles de ser variadas, como veremos a continuación.

## 2. PRETENSIÓN DETERMINABLE.

El artículo 7° del Reglamento no define lo que es una **pretensión determinable**; únicamente señala que **“...no existe inconveniente para que en el desarrollo de la conciliación, las partes fijen distintas pretensiones a las inicialmente previstas en la solicitud...”**.

Debemos entender que esta disposición legal subsume el concepto de pretensión determinable, mas aun si tomamos en cuenta que el artículo 9° del derogado primer Reglamento de la Ley de Conciliación (aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS) nos señalaba que **“...la pretensión determinable se presenta cuando esta es**

<sup>8</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:

*“Artículo 12.- Requisitos de la Solicitud de Conciliación. La Solicitud de Conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá: (...)*

*8. La pretensión, indicada con orden y claridad, precisando la materia a conciliar. (...).”*

susceptible de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación...”. En este sentido es preciso señalar que, si bien la norma no lo dice de manera expresa, debe entenderse que se habilita a las partes (solicitante e invitada) la posibilidad de ampliar o también de variar la pretensión original contenida en la solicitud, y que puede darse tanto por parte del solicitante como por el invitado a conciliar durante cualquier momento del desarrollo de la audiencia de conciliación.

En este sentido, una lectura de los artículos 15<sup>9</sup> y 16<sup>o</sup> literal g)<sup>10</sup> de la Ley nos lleva a afirmar que el marco normativo sí contempla la posibilidad que no sólo el solicitante sino también el invitado puedan plantear al interior de un procedimiento conciliatorio nuevas pretensiones –determinables- en el momento de desarrollarse la audiencia de conciliación, como requisito que lo habilite después a formular reconvencción en el posterior proceso judicial que se instaure en caso de no llegar a un acuerdo conciliatorio. Para ello, el acta debe contener necesariamente los planteamientos del invitado que sustenten su probable reconvencción, los mismos que deben ser considerados como pretensiones determinables<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Ley N° 26872. Ley de Conciliación:

“Artículo 15.-Conclusión del procedimiento conciliatorio

Se da por concluido el procedimiento conciliatorio por:

- a) Acuerdo total de las partes.
- b) Acuerdo parcial de las partes.
- c) Falta de acuerdo entre las partes.
- d) Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
- e) Inasistencia de ambas partes a una (1) sesión.
- f) Decisión debidamente motivada del Conciliador en Audiencia Efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación.

(...)

**La formulación de reconvencción en el proceso judicial, sólo se admitirá si la parte que la propone, no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) contenidos en el presente artículo.**

La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure la presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda. **La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvencción, en el supuesto que el solicitante no asista.** En tales casos, el Juez impondrá en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal a la parte que no haya asistido a la Audiencia.” (el subrayado es nuestro)

<sup>10</sup> Ley N° 26872. Ley de Conciliación:

“Artículo 16.-Acta.

(...)

El Acta deberá contener lo siguiente:

(...)

- g. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, **los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvencción, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos.** Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante de Acta, en el modo que establezca el Reglamento.

(...).” (el subrayado es nuestro).

<sup>11</sup> Creemos que resulta cuestionable la exigencia al invitado no solamente de concurrir a la audiencia de conciliación sino de plasmar en el acta de conciliación los fundamentos de su probable reconvencción bajo sanción de no poder formular la misma en el eventual proceso judicial que se pueda iniciar posteriormente. La intención debería ser, dentro del régimen de

El hecho de no existir inconveniente para que, en el desarrollo del procedimiento de conciliación, las partes fijen distintas pretensiones a las inicialmente previstas en la solicitud, es una característica muy particular de la conciliación extrajudicial que se presenta como una ventaja pero también como un problema.

Afirmamos que es una ventaja para las partes porque mediante un único procedimiento conciliatorio se puede intentar resolver no solo el problema que justifica la presentación de la solicitud de conciliación, sino los posibles temas conexos que eventualmente sean propuestos por las partes involucradas (solicitante y/o invitado) que pueden tener (o no) relación de conexidad con dicho tema originario y en tanto sean materias conciliables.

Por el contrario, es una desventaja para el conciliador puesto que de la sola lectura de la solicitud de conciliación no estará en capacidad de poder delimitar perfectamente los temas que componen el conflicto o controversia teniendo como única guía provisional la pretensión determinada contenida en la solicitud de conciliación, razón por la cual al momento de identificar los problemas que se intentarán ayudar a resolver existirá la posibilidad de incorporarse otras controversias existentes y que podrían configurarse en condiciones antecedentes del conflicto que determinarán su solución. En este caso, el conciliador deberá elaborar la *agenda*, que no es otra cosa que enumerar el listado de los puntos identificados como problemas<sup>12</sup>, sobre la base de las pretensiones determinadas –contenidas en la solicitud- y eventuales pretensiones determinables –propuestas por las partes en la audiencia-, las mismas que deben consignarse obligatoriamente en el acta de conciliación<sup>13</sup>.

Un ejemplo puede sernos de mucha ayuda. Iván ha celebrado un contrato de mutuo dinerario con Víctor, y ante el incumplimiento del pago del préstamo en la fecha de vencimiento acordada invita a conciliar a Víctor para que cumpla con pagar el íntegro del monto adeudado; mas en la audiencia –y a pesar de no estar consignado en la solicitud- Iván requiere a Víctor para que, adicionalmente a lo solicitado, cumpla con pagarle los respectivos intereses generados por la mora en el cumplimiento de la obligación; asimismo, aprovecha la concurrencia de Víctor a la audiencia para solicitarle una indemnización por el daño que se le ha causado por el incumplimiento. En este caso la pretensión determinada es el pago de la deuda, y las pretensiones determinables son el pago de intereses y una indemnización, todas éstas -pretensiones determinadas y determinables- planteadas por Iván en su calidad de solicitante.

---

obligatoriedad de concurrencia adoptado, promover la concurrencia del invitado a la audiencia de conciliación, siendo que, de verificarse su concurrencia debería quedar automáticamente habilitado para formular su reconvencción e imponer la respectiva multa. No permitirle reconvenir, a pesar de haber concurrido, podría ser considerado –con justa razón- como una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

<sup>12</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:  
*“Artículo 43.- Funciones específicas del Conciliador. Son funciones específicas del Conciliador: (...)*  
 4. b) *Identificar el o los problemas centrales y concretos sobre los que versará la Conciliación.(...)”.*

<sup>13</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:  
*“Artículo 7.- (...) El acta de conciliación debe contener obligatoriamente las pretensiones materia de controversia, que son finalmente aceptadas por las partes.(...)”.*

<b>Partes</b>	<b>Pretensión Determinada</b>	<b>Pretensión Determinable</b>
Iván (solicitante)	Pago de deuda	Pago de intereses e indemnización
Víctor (invitado)	Ninguna	Ninguna

Otro ejemplo. Julio, propietario de un departamento alquilado a Oswaldo, lo invita a conciliar debido a la falta de pago de tres meses de alquiler, con la finalidad que éste cumpla con desocupar el inmueble arrendado y que proceda a cancelar el monto correspondiente a la deuda. En este caso la pretensión determinada presentada por el solicitante es desalojo por falta de pago y pago de arriendos. Sin embargo, no debería sorprendernos que a su vez Oswaldo solicite en la audiencia de conciliación el reconocimiento y pago de las mejoras necesarias que ha efectuado en el inmueble, teniendo esta última pretensión el carácter de ser determinable y además planteada por el invitado.

<b>Partes</b>	<b>Pretensión Determinada</b>	<b>Pretensión Determinable</b>
Julio (solicitante)	Desalojo por falta de pago. Pago de arriendos.	Ninguna
Oswaldo (invitado)	Ninguna	Reconocimiento y pago de mejoras.

Otro caso. Supongamos que en un procedimiento de conciliación en familia solicitado por la señora Juana, ésta invita a conciliar al señor Pedro, su pareja, para conciliar el establecimiento de un régimen de visitas para que él pueda ver a su hijo Junior. Hasta aquí es fácil advertir e identificar la pretensión determinada (régimen de visitas), la cual consta en la solicitud de conciliación y ha sido planteada por la parte solicitante (Juana). Pero imaginemos que, durante el desarrollo de la audiencia, Juana solicita además que de manera previa se establezca una pensión de alimentos a favor de su menor hijo; acá nos encontramos ante una pretensión determinable planteada por la parte solicitante. Por su parte, Pedro considera que el momento es más que propicio para definir primero la tenencia del menor a su favor, y por otro lado, también desea la liquidación de la sociedad de gananciales a fin de formalizar el estado de separación que tiene con su ex cónyuge; estas serían pretensiones determinables planteadas por la parte invitada que, al margen de que sean resueltas en su totalidad o no (dando origen a los acuerdos totales o parciales, respectivamente), deben consignarse en el acta de conciliación.

<b>Partes</b>	<b>Pretensión Determinada</b>	<b>Pretensión Determinable</b>
Juana (solicitante)	Régimen de visitas.	Pensión de alimentos.
Pedro (invitado)	Ninguna	Tenencia. Liquidación de sociedad de gananciales.

En la práctica cotidiana podremos apreciar que estas figuras –y otras más- se pueden dar sin ningún problema en las audiencias de conciliación extrajudicial en la medida que los puntos controvertidos serán identificados al final de la fase conocida como

*Comunicación, o escuchar los relatos iniciales de las partes, pero va a romper el esquema procesal al que estamos acostumbrados y que se presenta al interior de un proceso judicial, en donde el Juez únicamente debe atenerse de manera forzosa al petitorio contenido en la demanda, esto en cumplimiento del principio de congruencia judicial que, inspirado en el aforismo “ne eat iudex ultra petita partium” o que “el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide”, tiene vigencia plena en el proceso civil, siendo que, si bien es cierto las normas que regulan el proceso son de carácter público, el derecho que declara el juez en cuanto a contenido es de naturaleza privada, por lo tanto el juez no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del demandante y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda, o como dice Monroy, se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve<sup>14</sup>. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez otorga menos de lo demandado, cuando estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión.*

### 3. DERECHOS DISPONIBLES.

La esencia misma de las materias conciliables, entendidas como lo que sí se puede conciliar, la tenemos en el concepto de **derechos disponibles**. El actual marco normativo no define lo que debe entenderse por derechos disponibles. Tal vez deberíamos remitirnos a la definición legal contenida en el artículo 7º del anterior reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS, la misma que establecía que podrá entenderse como 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...”. Es necesario entonces entender de manera más precisa esta doble característica de los derechos disponibles:

#### 3.1. Contenido Patrimonial

En primer lugar, se afirma que los derechos disponibles tienen un contenido patrimonial, lo que se percibe como susceptible de valoración económica, esto es, que puede ser valorado monetariamente ya sea fijándole un precio o mediante el pedido de una indemnización; pero existirá siempre la pregunta acerca de qué cosas pueden valorarse de esta forma, ya que el derecho privado, tradicionalmente, está integrado por dos tipos de derechos, a saber: patrimoniales y no patrimoniales. Derechos patrimoniales son los que pueden ser valuados en dinero; los no patrimoniales, los no valuables en dinero, como los referentes a la familia, la patria potestad, el estado civil, etc. Aunque debemos advertir que esta clasificación clásica se encuentra en crisis - como bien apuntaba Ennecerus<sup>15</sup>- ya que no siempre es exacta, porque el derecho de

<sup>14</sup> Juan MONROY GÁLVEZ. *Temas de Proceso Civil*. Librería Studium, Lima, 1987. p. 222. Adicionalmente, el autor hace el distinguo de las incongruencias que pueden presentarse, como son: la incongruencia *citra petita*, que es la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones; la incongruencia *extra petita*, que ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a persona ajena al proceso; y la incongruencia *ultra petita*, que es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido.

<sup>15</sup> Citado por Eleodoro ROMERO ROMAÑA. *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Editorial P.T.C.M., Lima, 1947. p. 10 y ss.

propiedad puede recaer sobre cosas que no tienen valor, o que pueden tenerlo sólo para la parte interesada, como sucede, por ejemplo, con el caso de un recuerdo familiar, una carta o el rizo de la amada; en cambio tenemos derechos clasificados como no patrimoniales, como el de la patria potestad que, sin embargo, tiene frecuentemente un interés económico apreciable, porque el padre hace suyos los rendimientos de los bienes de los hijos.

De igual forma, y parafraseando a Bullard<sup>16</sup>, podríamos sostener de manera simplista que poseerá esta característica de patrimonial todo aquello que se refiera a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas materiales y que pueden ser cuantificados en dinero, argumento que él mismo se encarga de desbaratar al entender que esta *patrimonialidad* se puede llegar a confundir con elementos no patrimoniales, toda vez que existirán derechos que en principio no serían susceptibles de valorarse económicamente -como por ejemplo el derecho al honor o a la integridad física- pero que mediante el pedido de una indemnización podrían patrimonializarse, aunque tampoco sean objeto de libre disposición; y de manera contraria, derechos susceptibles de valorarse económicamente podrían verse impedidos de cuantificarse económicamente al primar un aspecto subjetivo compuesto por los afectos del propietario por sobre cualquier posible valoración económica que pueda realizarse de manera objetiva, -como sucede con una reliquia familiar, que para el titular no tiene precio- encontrándonos ante aspectos altamente subjetivos de apreciación del derecho. Continúa Bullard señalando que podrá ser considerado como patrimonial aquel aspecto de la relación jurídica que persiga la satisfacción de un interés patrimonial en la prestación, es decir aquel interés que enfrente a dos individuos en su posibilidad mutua de maximizar beneficios.

Vemos pues que nos encontramos con que esta característica de valoración económica no se podrá dar siempre puesto que no es exclusiva de los derechos disponibles sino que también pueden llegar a patrimonializarse otro tipo de derechos que no son disponibles pero que pueden patrimonializarse en caso de una afectación negativa que requiera un resarcimiento económico, lo cual no implica que sean necesariamente disponibles; por el contrario, también existe la posibilidad de que siendo el derecho objetivamente susceptible de valorarse económicamente, el titular de ese derecho no podrá asignarle un valor monetario por un elemento subjetivo que prima sobre el criterio objetivo. Estos supuestos deberían volverse a recoger en la Ley de Conciliación.

### **3.2. Libre Disposición**

En segundo lugar, y atendiendo a la eventual imposibilidad de valorarse económicamente, se habla de la que podría considerarse la principal característica de los derechos disponibles, como es el hecho de que puedan ser objeto de libre disposición, esto es, que el titular de aquellos derechos ejercite facultades que demuestren su capacidad de dominio, enajenación o de gravar dichos derechos, sin ningún tipo de prohibición legal que limite o restrinja esas facultades. El ejemplo clásico de derecho disponible lo encontramos al interior del derecho de propiedad, por el cual una persona tiene el derecho de usar, disfrutar, disponer y recuperar los bienes a los que tiene derecho, y debe entenderse que la facultad de disponer implica la

---

<sup>16</sup> Ver: Alfredo BULLARD G. *La Relación Jurídico Patrimonial: Reales vs. Obligaciones*. Lluvia Editores, Lima, 1990, pp. 131-136.



posibilidad de preservar el derecho que posee, o apartarlo de su esfera de acción jurídica sin impedimento de ninguna clase. En este sentido, la Comisión de Justicia del Congreso, en su dictamen sobre el Proyecto de Ley de Conciliación definió como derechos disponibles “...*aquellos derechos de contenido patrimonial y por tanto pueden ser objeto de negociación (transacción), se regulan desde normas creadas interpartes con límite a las normas de carácter imperativo, son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación, son transmisibles por herencia, son susceptibles de caducidad y prescripción...*”.

Finalmente, el hecho de que las partes puedan disponer de sus derechos se encuentra limitado ya que esos actos de libre disposición serán válidos siempre y cuando el Acuerdo Conciliatorio al que se haya arribado no sea contrario a las leyes que interesan al orden público ni a las buenas costumbres, según lo establece el artículo 4º del Reglamento.

Un ejemplo podría graficar mejor la situación: Suponiendo que una persona en su condición de propietaria de un inmueble decidiera darlo como parte de pago de una deuda contraída con un tercero, no tendría ningún inconveniente -en principio- para poder formalizar dicho cumplimiento mediante la celebración de un acuerdo conciliatorio con su acreedor en el cual le transfiere la titularidad del predio; pero la posibilidad que esa situación pueda ocurrir en la realidad variará sustancialmente si es que de los hechos se llegará a verificar que el deudor posee el estado civil de casado, y que ese inmueble hubiera sido adquirido con posterioridad a la celebración de su matrimonio, con lo que se constituiría en bien común de la sociedad de gananciales, o que el inmueble con el que pretende cancelar la deuda estuviera sujeto a algún tipo de carga o gravamen, hechos que dificultarían o imposibilitarían el acto de disposición por mandato legal y que deberían estar perfectamente señalados en la normatividad y ser de cumplimiento obligatorio.

Comentario aparte merece el hecho de distinguir los derechos disponibles, con su característica de libre disposición, de los demás derechos que posee toda persona y que se encuentran amparados por la normatividad vigente. Así, nuestra Constitución reconoce derechos inherentes a todo ser humano que no pueden ser otorgados o negados ya que se nace con ellos y poseen la característica de ser fundamentales como sucede con los derechos a la vida, la integridad moral, psíquica y física, etc. y que fueron reconocidos como consecuencia de la revolución liberal iniciada en Francia en 1789 que pregonaba el reconocimiento de ciertas libertades básicas inherentes a todo individuo por el solo hecho de serlo. Esta situación se llegó a complementar con la incorporación de los llamados *derechos sociales*, con una clara mención de los derechos laborales -que en nuestra Constitución Política tienen el carácter de *irrenunciables*- exigiendo una más activa participación del Estado a fin de que cumpla con su rol de proporcionar seguridades a sus miembros. Tan importantes son estos derechos que no se permite cualquier acto de disposición, cesión o renuncia a pesar que sus titulares deseen hacerlo, ya que por encima de su voluntad prima el interés social.

### **III. LAS MATERIAS CONCILIABLES EN LA LEY.**

De una lectura de la nueva regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación y su Reglamento, encontramos una triple clasificación de las mismas pudiéndolas disgregar en materias conciliables obligatorias, materias conciliables facultativas y las que podríamos denominar materias improcedentes de ser conciliables.

## 1. MATERIAS CONCILIABLES OBLIGATORIAS.

El texto del artículo 7º de la Ley, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 señala:

*“Artículo 7º Ley.- Materias conciliables.*

*Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.*

*En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.*

*La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.*

*La materia laboral será atendida por los Centros de Conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los Centros de Conciliación Privados para lo cual deberán contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia. En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.*

*En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia.”*

Este artículo debe ser entendido como el marco que regula la exigencia del cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, la misma que resulta aplicable, en principio, a los temas allí señalados. Claro está que, no se debe realizar una interpretación literal de este artículo, toda vez que debemos tratar de interpretarlo de manera sistemática.

### 1.1. Derechos Disponibles.

En la práctica, el término derechos disponibles subsume toda una serie de posibilidades de materias de derecho civil patrimonial en las que la exigencia de la conciliación resultaría exigible de manera obligatoria: así, por ejemplo, en los folletos informativos de la mayoría de Centros de Conciliación Extrajudicial se afirma que se constituyen como materias susceptibles de conciliarse los desalojos, otorgamiento de escritura pública, interdictos, pago de deudas, obligación de dar, hacer o no hacer, indemnizaciones, división y partición de bienes, incumplimiento, resolución y rescisión de contrato, rectificación de áreas y linderos, reivindicación, retracto, mejor derecho de propiedad, ofrecimiento de pago, pago de alquileres, problemas vecinales y otros sobre derechos disponibles. Todos estos temas y otros más que se podrían suscitar, presentan una serie de características comunes que conviene precisar:

En primer lugar, *existe la posibilidad que los derechos sean valorados económicamente.*

En segundo lugar, al margen de la ya aludida posibilidad o no de ser valorados económicamente, *nos encontramos ante derechos de libre disposición por parte de sus titulares*, lo que implica que no existe ningún tipo de impedimento legal para que los titulares de esos derechos los puedan apartar de su esfera de actuación jurídica a

través de una renuncia -sea esta unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito- o una transacción.

Finalmente, en tercer lugar, *existirá la exigencia de su cumplimiento* a aquel que está obligado a hacerlo por parte de la persona afectada por el incumplimiento de determinada obligación y que, desde un punto de vista legal -como parte de una relación obligacional en la que encontramos a un deudor y a un acreedor- constituirá la raíz del conflicto o controversia.

Se mantiene la posibilidad de conciliar pretensiones determinadas (planteadas en la solicitud de conciliación) y determinables (planteadas por cualquiera de las partes durante el desarrollo de la audiencia de conciliación), que versen sobre derechos disponibles de las partes, es decir, sobre aquellos derechos que pueden ser objeto de valorización económica pero que siempre pueden ser objeto de libre disposición.

## 1.2. Derecho de Familia<sup>17</sup>.

Resulta interesante la posición del legislador en lo que respecta al tema de familia. Así, el segundo párrafo modificado del artículo 7º de la Ley de Conciliación adoptó expresamente el principio del *Númerus Apertus* al señalar los temas de familia que son objeto de conciliación extrajudicial, al ser considerados como materias conciliables aspectos referentes a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y *otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición*, debiendo el conciliador aplicar el Principio del Interés Superior del Niño, lo que implica en principio la posibilidad de incorporar como materia conciliable a cualquier otro tema de familia distinto a los enumerados taxativamente (como ocurre con la liquidación de sociedad de gananciales, que se dejó de mencionar como materia conciliable expresa) y que podría quedar incluido en la obligatoriedad de ser sometido a conciliación, aunque en estos casos el Reglamento de la ley es claro al mencionar que solo son conciliables los derechos de libre disposición. Vale la pena mencionar, además, que en estos casos lo que se concilia no es el reconocimiento de esos derechos -los cuales ya existen- sino por el contrario se conciliará acerca de la forma en que van a hacerse efectivos o ejecutados.

Como vemos, las materias conciliables en temas de familia siguen siendo la pensión de alimentos (que, al amparo del artículo 46º del Código Civil que regula la capacidad adquirida, puede ser solicitada también por menores de edad que sean padres de menores de edad), régimen de visitas y tenencia, siendo que se ha excluido a la liquidación de sociedad de gananciales como materia conciliable taxativamente señalada en la norma.

Pero tenemos excepciones a este sistema ya que existe impedimento legal expreso de someter a conciliación temas como la violencia familiar (*artículo 7-A, inciso h*) de la

---

<sup>17</sup> Casi paralelamente a la promulgación de la Ley de Conciliación y su Reglamento, por Resolución Ministerial N° 241-99-PROMUDEH se aprobó la Guía de Procedimientos para la Atención de Casos en las Defensorías del Niño y el Adolescente, que contempla la realización de conciliación sobre alimentos, colocación familiar provisional, normas de comportamiento, tenencia, régimen de visitas, violencia familiar siempre que verse sobre derechos disponibles, maltrato y reconocimiento voluntario de filiaciones, que constituye un sistema de conciliación administrativo distinto al regulado por la Ley de Conciliación.

Ley) o los casos en que se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos y relativos (*artículo 7-A, inciso c) de la Ley*).

Otro tema a considerar es la posibilidad de conciliar si la pensión alimenticia ya se encuentra fijada en una sentencia judicial. Creemos, sobre la base del principio de *revisión de derechos*, que si las partes que se encuentran mencionadas en la sentencia lo desean pueden conciliar el establecimiento de nuevas condiciones para el cumplimiento de la pensión de alimentos en los casos de aumento, reducción y hasta exoneración de alimentos, para lo cual deberá mencionarse en el acta de conciliación que existe una sentencia previa y las partes de común acuerdo deciden modificarla. El tema discutible se presenta en los casos de prorrateo, cuando un tercero decide solicitar una pensión de alimentos, y el obligado ya se encuentra cumpliendo con el pago de una pensión de alimentos por mandato judicial a otro acreedor alimentario; en este caso particular, consideramos que no se debe exigir la conciliación, toda vez que habría que invitar a conciliar no solo al deudor alimentario sino también al acreedor alimentario, lo que disminuye las posibilidades de éxito de la conciliación.

De igual manera, podríamos asumir la excepción de transitar por el procedimiento de conciliación en lo que respecta al tema de la separación convencional y divorcio ulterior en sede judicial, al ser necesario el pronunciamiento de la separación y posterior disolución de la unión matrimonial por parte del Poder Judicial. Pensamos, sin embargo, que nada obsta para llegar a un acuerdo mediante acta conciliatoria y presentarla al Juez como propuesta, para homologación dentro de un procedimiento judicial, con la consiguiente intervención del Ministerio Público como parte del procedimiento establecido en el Código Civil. En este mismo sentido, nada impide a que los acuerdos sobre asuntos de alimentos, tenencia y régimen de visitas puedan integrarse a la propuesta de convenio que se presente con la demanda de separación convencional, debiendo anexarse una copia certificada del Acta de Conciliación a la demanda. Así, son las partes las que van a establecer su propuesta de convenio de separación, y siempre que ésta no exceda el marco legal, el convenio será aprobado por el Juzgado de Familia, entonces se podría tratar temas derivados de la separación en un Centro de Conciliación.

También recordemos que la separación convencional puede tramitarse ante una municipalidad o ante una notaría al amparo de lo regulado en la Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior ante municipalidades y notarias, conocida comúnmente como *Ley de Divorcio Rápido*. En este caso la norma exige que, en caso de existir hijos menores de edad o mayores con discapacidad, se debe acreditar haber resuelto los temas referentes al ejercicio de la *patria potestad* en lo que respecta a pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia, mediante una sentencia firme y consentida o mediante un acta de conciliación regulada por la ley de la materia. Si tomamos en cuenta lo señalado por el artículo 4° de la Ley N° 29227, para solicitar la separación convencional, en el caso de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o con incapacidad, deben presentar una sentencia judicial o un acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de aquellos. Aquí surge una discrepancia respecto de las materias conciliables, pero debemos hacer la precisión que según la Ley de Conciliación la *patria potestad* no resultaría una materia conciliable, pero sí los atributos que derivan de ella, específicamente en lo que respecta a alimentos, régimen de visitas y tenencia.

Asimismo, debemos señalar que la liquidación de sociedad de gananciales es un derecho de libre disposición que deriva de la relación familiar, por lo que debemos

entender que sigue siendo una materia conciliable, pudiendo presentarse como propuesta de convenio ante el Poder Judicial, mas no tendría validez como requisito del trámite de divorcio rápido ante Notarías y Municipios regulado por la Ley N° 29227, el mismo que exige respecto del régimen patrimonial la presentación de una Escritura Pública debidamente inscrita. En este sentido, podría presentarse un Proyecto de Ley en el que se establezca una cuantía mínima para exigir el requisito de la escritura pública de cambio o liquidación de régimen patrimonial, a fin de que en algunos casos de poca cuantía se pueda acceder al divorcio rápido con un acta de conciliación que regule la liquidación de sociedad de gananciales y no resulte en un trámite adicional y oneroso para las partes.

Finalmente, resulta evidente que los temas referidos al reconocimiento de la filiación, o al reconocimiento de la condición de heredero no son materias conciliables.

### 1.3. Derecho Laboral.

La ley en su artículo 7º, tercer párrafo, cita expresamente como conciliables los asuntos laborales al establecer que la conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución<sup>18</sup> y la Ley. Así, la conciliación laboral supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que sólo opera en el ámbito de disponibilidad que éste disfruta.

Ahora bien, si la ley prevé que los temas laborales pueden conciliarse ante un Centro de Conciliación Extrajudicial, debe considerarse que la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No. 1070 señala que la conciliación extrajudicial no resultará exigible a efectos de calificar la demanda laboral<sup>19</sup>, con lo que tenemos que se suspende la obligatoriedad de su exigencia como requisito de procedibilidad de manera expresa por mandato legal. Esto supone que deberá resolverse de manera previa algunos temas pendientes que impiden su implementación como el perfil que debe exigirse en la formación y capacitación de los conciliadores en la especialidad laboral puesto que la norma exige que los conciliadores a cargo de las conciliaciones laborales deben contar con esta especialidad. Lo que sí incorpora es una función adicional del abogado del Centro de Conciliación, quien deberá estar presente al momento del inicio de la audiencia en caso de que alguna de las partes concurra sin abogado, entendemos para verificar la legalidad de los acuerdos y el respeto a los derechos irrenunciables del trabajador.

Es preciso mencionar que el régimen de la conciliación laboral también se encuentra regulado fuera del marco de la Ley de conciliación. Así, según el artículo 103º de la aun vigente Ley Procesal del Trabajo N° 26636, la conciliación puede ser de dos clases: conciliación privada, que es voluntaria y puede realizarse ante una entidad -concepto que perfectamente subsume a un Centro de Conciliación- o ante un conciliador individual,

<sup>18</sup> Constitución Política del Perú.

*“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios (...)*

*2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. (...)”*

<sup>19</sup> Decreto Legislativo N° 1070.

*“Disposiciones Finales.*

*Tercera.- La Conciliación establecida en el tercer y cuarto párrafo del artículo 7 de la Ley N° 26872 modificada por el presente Decreto Legislativo, no resulta exigible a efectos de calificar la demanda en materia laboral ”*

debiendo para su validez, ser homologada por una Sala Laboral ante solicitud de cualquiera de las partes, caso en el cual adquiere autoridad de cosa juzgada. La conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador y se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, el cual proporciona los medios técnicos y profesionales para hacerla factible.

En este sentido, asumiendo que pueda llegarse a un acuerdo mediante la Conciliación Extrajudicial en materia laboral podríamos asumir que el Acta que lo contiene constituye título de ejecución, en virtud de lo señalado por el artículo 18° de la ley<sup>20</sup> (aunque lo correcto es hablar de título ejecutivo, acorde a las modificatorias introducidas al Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo N° 1069); pero por interpretación de la norma laboral se puede llegar a sostener –atendiendo al *principio de especialidad de la norma*- que existe contradicción entre ésta y la de Conciliación Extrajudicial, y que cualquier acuerdo al que se llegue en una Audiencia de Conciliación convocada en virtud de la ley N° 26872 deberá ser homologado a nivel judicial<sup>21</sup>. Por esta homologación el Juez de la Sala Laboral confirma lo convenido entre las partes en la conciliación privada y le da fuerza obligatoria, obligando a los jueces a revisar los acuerdos antes de aprobarlos, en el sentido de que no se produzca renuncia de derechos.

En este sentido, recordemos que existe una nueva Ley Procesal del Trabajo, la Ley No. 29497, la misma que se viene implementando progresivamente según lo dispuesto por la Resolución Administrativa No. 232-2010-CE-PJ. Según esta nueva regulación, en los lugares donde ya ha entrado en vigencia la nueva ley procesal, ya no es necesaria la homologación del acta de conciliación privada, con lo que se mantiene el valor de título ejecutivo del acta de conciliación privada a nivel laboral.

Finalmente, y teniendo en consideración el carácter tutelar del derecho laboral así como esa característica de *irrenunciabilidad* de los derechos laborales, será obligatoria la conciliación únicamente para los casos de derechos disponibles, es decir aquellos que tengan contenido patrimonial o que sea de libre disposición de las partes. Al respecto dos comentarios son necesarios:

Si comprendemos el verdadero significado de la regulación, debemos entender que sí es posible conciliar los derechos irrenunciables en materia laboral, pero no se concilia acerca del reconocimiento de ese derecho pues ya existe, sino que se va a conciliar acerca de la forma en que se va a materializar su cumplimiento, por ejemplo, nada impide que conciliemos acerca de un derecho irrenunciable como es la Compensación

---

<sup>20</sup> Ley de Conciliación N° 26872

“Artículo 18°.- El acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución (...)”

<sup>21</sup> Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo N° 25593

“Art. 59°.- La función conciliadora estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado del Ministerio de Trabajo Y Promoción Social, pudiendo las partes, sin embargo, si así lo acuerdan, encomendársela a personas privadas, caso en el cual deberán remitir a la Autoridad de Trabajo copia de las Actas que se levanten.(...)”

Ley Procesal del Trabajo N° 26636

“Artículo 4.- Competencia por razón de la materia.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas:

1. Las Salas Laborales de la Corte Superior conocen de las pretensiones en materia de: (...)

g. La homologación de conciliaciones privadas.(...)”

por Tiempo de Servicios (C.T.S.), pero la conciliación no versará sobre la existencia o no de este derecho sino en la forma en que se va a ejercitar su cumplimiento. Se podrían someter a conciliación asuntos de libre disposición del trabajador, como por ejemplo, mejoras en las condiciones de trabajo, horas de entrada y salida, y cualquier acto que pueda ser considerado como una liberalidad por parte del empleador.

#### **1.4. Conciliación con el Estado.**

Se establece de manera amplia que la conciliación se puede dar en aquellos casos de controversias relativas a contrataciones estatales en que el Estado sea parte, ya sea como solicitante de la conciliación o como invitado a conciliar, remitiendo a la ley de la materia. La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se refieren en conjunto a la Conciliación y Arbitraje como formas de resolución de conflictos en etapa de ejecución contractual, no siendo la primera la vía previa de la segunda, sino uno de los mecanismos de solución de controversias que se pueden utilizar antes de acudir al arbitraje. El artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que se someterán a esta vía de solución de controversias (conciliación o arbitraje) las que surjan entre las partes sobre la ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

En nuestra opinión, las partes deberían agotar la conciliación antes de llegar al Arbitraje, por cuanto significaría un menor costo para él en relación con los gastos que demandan la instalación y honorarios propios del arbitraje, pero la gran limitación de la conciliación es la falta de mandato de los representantes de las entidades públicas para poder llegar a acuerdos conciliatorios, situación que no sucede en el arbitraje, donde es el árbitro el que decide. Otro aspecto en contra de la conciliación con el Estado lo tenemos en el temor a conciliar que está latente en buena cantidad de servidores públicos, debido a que pueden ser objeto de denuncia por parte de órgano de control interno al pensar que existiría colusión con la contraparte.

De conformidad con el artículo 47° de la Constitución política de 1993, los Procuradores son los encargados de asumir la defensa de los intereses del Estado<sup>22</sup>, actuando como una especie de abogados del estado, nombrados para tal efecto por los organismos públicos con las formalidades del caso, como es, mediante la expedición de Resolución Ministerial. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el procurador, en su calidad de funcionario público que representa los intereses del Estado, al momento de realizarse una conciliación deberá poseer facultades expresas para conciliar, las que deberán constar expresamente en la norma que regula el funcionamiento de la entidad estatal que representa.

El Estado es representado y defendido por el Procurador Público. Con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1068 (publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008) se creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Hay Procuradores Públicos de los Poderes del Estado, de los organismos autónomos, especializados, de los gobiernos regionales, municipales. En el artículo. 22.1 del Decreto Legislativo 1068 se señala que el Procurador Público representa y defiende jurídicamente al Estado en los temas que conciernen a la entidad (materia procesal, arbitral y de carácter

<sup>22</sup> Constitución Política del Perú de 1993:

*“Artículo 47°.- La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley (...).”*

sustantivo) siendo sus facultades demandar denunciar, participar de cualquier diligencia por el solo acto de su designación, facultades generales y especiales contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil. La excepción es la de allanarse. Pueden transigir, conciliar y desistirse previa autorización por resolución administrativa. El Procurador Público debe ser abogado con experiencia no menor a cinco años.

Un dato interesante respecto a la posibilidad de conciliar con el Estado lo tenemos en Argentina, país en el cual por la Ley de Consolidación de Deuda, dictada en el año 1991, se estableció la prohibición de que el Estado participe en mediaciones en la medida que la mediación –como la conciliación- implica la eventual renuncia de derechos por parte del representante del Estado, y que fue consagrado en el artículo 2º inciso 4 de la Ley 24.573 de Mediación, que prohíbe el procedimiento de mediación obligatoria en las causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.

## **2. MATERIAS CONCILIABLES FACULTATIVAS.**

El artículo 9º de la Ley establece los casos de inexigibilidad de la conciliación extrajudicial según el siguiente tenor:

*“Artículo 9º.- Inexigibilidad de la Conciliación Extrajudicial.- Para efectos de la calificación de la demanda judicial, no es exigible la conciliación extrajudicial en los siguientes casos:*

- a) En los procesos de ejecución.*
- b) En los procesos de tercería.*
- c) En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio.*
- d) En el retracto.*
- e) Cuando se trate de convocatoria a asamblea general de socios o asociados.*
- f) En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de Junta General de Accionista señalados en el artículo 139º de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150º de la misma ley.*
- g) En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.*
- h) En los procesos contencioso administrativos,*

*En estos casos, la conciliación es facultativa.”*

### **2.1. Procesos de ejecución.**

Resulta un gran avance considerar algunos temas como materias conciliables facultativas, puesto que ahora se admite la posibilidad de conciliar títulos ejecutivos (situación que ya aceptaba la Ley de Mediación en Argentina), lo que puede significar para las partes un procedimiento más cercano y flexible que el consabido proceso de ejecución.

Los procesos de ejecución se caracterizan porque ordenan ejecuciones hechas en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial conforme lo establece el



artículo 688° del Código Procesal Civil<sup>23</sup>. Esta clasificación así como la unificación de criterios que dieron origen al Proceso Único de Ejecución se incorporaron al Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo N° 1069. En estos casos, no habrá exigencia de interponer la conciliación de manera previa, quedando expedito el derecho para solicitar el cumplimiento de manera directa ante el Poder Judicial en vía de ejecución.

Resultaba discutible el hecho de prohibir la conciliación en los casos en que estuvieren de por medio instrumentos tales como cheques o letras de cambio, ya que en algunos casos el proceso judicial respectivo en el cual se solicita su ejecución no da posibilidad de acordar una posible forma de pago sino que el mandato ejecutivo ordena el pago del íntegro de la obligación, siendo que a veces esto es imposible de realizarse, teniendo un buen proceso pero un mal resultado con una obligación, en la práctica, inejecutable. Sobre este particular resulta interesante la posición del legislador argentino el cual en el artículo 3° de la ley N° 24.573, de Mediación, y que se aplica a la Provincia de Buenos Aires, señala que el procedimiento de mediación será facultativo para el reclamante en el caso de los procesos de ejecución, obteniéndose buenos resultados en relación a la ejecución de cheques. No nos olvidemos que el conflicto se crea por una "*percibida*" divergencia de intereses, y a veces los malos entendidos se pueden aclarar en una mesa de conciliación, evitando así un largo juicio (por más ejecutivo que éste fuera).

## 2.2. En los procesos de tercería.

La tercería es un proceso por el cual un tercero, ajeno al proceso, interviene en él reclamando el reconocimiento del derecho de propiedad que le corresponde respecto de algún bien materia del juicio que esté afectado por una medida cautelar o que esté para ejecución, a fin de que dicho bien sea desafectado. También procede la tercería, a favor del referido tercero, a fin de reclamar el derecho de preferencia que le corresponde para que sea pagado con el precio de tales bienes. Por definición contenida en el artículo 533° del Código Procesal Civil, la tercería se entiende con el

<sup>23</sup> Código Procesal Civil.

*"Artículo 688°.- Títulos ejecutivos.*

*Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:*

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
2. *Los laudos arbitrales firmes;*
3. *Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;*
4. *Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;*
5. *La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;*
6. *La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;*
7. *La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;*
8. *El documento privado que contenga transacción extrajudicial;*
9. *El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;*
10. *El testimonio de escritura pública;*
11. *Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo."*

demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Es fácil advertir que en estos casos existirá peligro en la demora por lo que se ha preferido también no exigir la conciliación de manera previa a la solicitud que busca la suspensión de la ejecución del remate del bien o del pago al acreedor. Adicionalmente, estamos ante un proceso que no es autónomo, sino que se interpone dentro de un proceso en trámite en el cual ya se ha cumplido -cuando el caso lo amerite- con la formalidad de la conciliación extrajudicial, y debe ser dirigido ante ambas partes del proceso, esto es, ante el demandante y el demandado, pudiéndose hacer en cualquier momento o etapa del proceso, antes que se inicie el remate del bien, y para el caso de la tercería de derecho preferente, se interpone antes que se realice el pago al acreedor.

### **2.3. En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio.**

Recordemos que, de conformidad con doctrina uniforme, ratificada por el artículo 950° del Código Civil, la posesión que se consuma con la usucapión debe contar forzosamente con la confluencia de los siguientes requisitos: posesión continua, pacífica y pública, con *ánimus domini*, es decir, como propietario, por el plazo mínimo exigido por ley.

Lo que sí resultaría cuestionable es considerar a la prescripción adquisitiva de dominio como materia conciliable –aunque sea de manera facultativa- toda vez que será el Órgano Jurisdiccional el único encargado de declarar si el demandante ha adquirido la propiedad por el transcurso del tiempo, no siendo esta una facultad de las partes. Además, el hecho que el poseedor no propietario invite a conciliar al propietario registral de manera previa a la interposición de la demanda de prescripción significaría, en la práctica, ponerlo sobre aviso para que éste interponga la respectiva demanda de reivindicación, con lo que no importaría que haya transcurrido el plazo de prescripción<sup>24</sup>.

### **2.4. En el retracto.**

Por definición contenida en el artículo 1592° del Código Civil, el derecho de retracto es el que la ley le otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Así, se le reconoce el derecho de retracto al arrendatario, al copropietario, al litigante en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente, el propietario en la venta del usufructo y otros regulados en el artículo 1599° del Código Civil. Lo que

---

<sup>24</sup> En lo que concierne al carácter estrictamente declarativo de la sentencia de prescripción adquisitiva, debemos recordar que según la **CASACIÓN Nº1166-2006-LIMA** (publicada en el diario oficial del 01 de febrero de 2007), la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular; más aun si en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario, conforme lo establece el artículo novecientos veintisiete del Código civil; en consecuencia, cuando las instancias de mérito establecen que la demandada no puede atribuirse la calidad de propietaria del bien sub litis por el sólo hecho de haber ejercido la posesión por más de diez años, mientras no exista sentencia firme que así lo declare, interpretan correctamente la norma material denunciada.

menciona la norma es que en estos casos se puede acudir a una conciliación previa de manera facultativa o se puede demandar directamente.

**2.5. Cuando se trate de convocatoria a asamblea general de socios o asociados.**

Resulta un derecho fundamental de todo socio o asociado el solicitar se convoque a una asamblea general. En estos casos, cuando existe renuencia del máximo órgano de la persona jurídica en convocarla, cualquiera de los asociados puede solicitarla ante el órgano jurisdiccional, siendo que puede convocarse vía conciliación extrajudicial.

**2.6. En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de Junta General de Accionista, así como en los procesos de acción de nulidad regulados por la Ley General de Sociedades.**

Se cuestiona la inclusión de la impugnación judicial de acuerdos o las acciones de nulidad en asuntos regulados por la Ley General de Sociedades toda vez que son acciones que se tramitan exclusivamente ante el órgano jurisdiccional para que sean resueltas no por acuerdo de las partes sino por decisión del magistrado, no resultando ser derechos de libre disposición de las partes. Además, según el artículo 8º del Reglamento, se le considera como materias no conciliables.

**2.7. En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.**

Debe quedar claro que no se concilian los delitos ni las faltas, por aplicación del principio de persecución pública del delito a cargo del Ministerio Público, pero una vez declarada la responsabilidad penal del imputado, la parte agraviada puede solicitar en la vía civil el pago de una indemnización, para lo cual el requisito de la conciliación como requisito de procedibilidad queda sin efecto, quedando en facultad del demandante su inicio de manera previa a la interposición de la demanda.

Por su parte, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, publicada el 15 de octubre de 2005, contempla en su artículo 151º el deber del Estado en fomentar y emplear el arbitraje, la conciliación, mediación, concertación, mesas de concertación, facilitación, entre otras como medios de resolución y gestión de conflictos ambientales. En estos temas consideramos de aplicación el artículo 82º del Código Procesal Civil referente al patrocinio de intereses difusos, puesto que su titularidad corresponde a un número indeterminado de personas.

**2.8. En los procesos contencioso administrativos**

Este proceso se encuentra regulado por Ley N° 27584. En virtud del proceso contencioso-administrativo, los afectados por una actuación administrativa violatoria de sus derechos e intereses están constitucionalmente facultados para demandar ante el Poder Judicial la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración Pública, garantizándose una de las conquistas básicas del Estado de Derecho, cual es la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad. La doctrina de Derecho Administrativo caracteriza al proceso contencioso-administrativo como una de las diferentes técnicas o instrumentos de control de la Administración Pública, constituyendo un mecanismo de control externo de la actuación administrativa por órganos jurisdiccionales, mientras que los recursos administrativos que pueden

interponer los particulares para impugnar un acto administrativo constituyen medios de control interno, también denominados de autocontrol de la Administración. La contradicción la encontramos en lo señalado por el artículo 8º del Reglamento, que la considera materia no conciliable.

## 2.9. Conciliación previa al arbitraje.

Una omisión a subsanar en el marco legal es indicar la posibilidad de iniciar un procedimiento conciliatorio antes del inicio de un procedimiento de arbitraje, cosa que sí señalaba la anterior regulación, siendo partidarios de su incorporación en el texto legal como materia facultativa, toda vez que según el artículo 50º del Decreto Legislativo N° 1071, que regula el Arbitraje, al interior del procedimiento arbitral se habla sólo de la posibilidad de realizar una transacción, cuya naturaleza jurídica reposa en la obligatoriedad de realizar concesiones recíprocas, mientras que en la conciliación se habla de concesiones unilaterales o bilaterales. Al respecto, recordemos que en otros países se aplica la conocida Cláusula *Med-Arb*, por medio de la cual se puede iniciar de manera facultativa un procedimiento de mediación antes de iniciar el arbitraje, con la finalidad de explorar la posibilidad de concluir de manera negociada y rápida la controversia, y si esto no era posible entonces se procedía a iniciar el procedimiento arbitral<sup>25</sup>.

## 3. MATERIAS CONCILIABLES IMPROCEDENTES.

Por su parte se ha incorporado el artículo 7º-A a la Ley, que señala casos de improcedencia de la conciliación, según el siguiente tenor:

- “Art. 7º-A.- Supuestos y materias no conciliables de la conciliación.  
No procede la conciliación en los siguientes casos:*
- a) Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.*
  - b) Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un Centro de Conciliación.*
  - c) Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43º y 44º del Código Civil.*
  - d) En los procesos cautelares.*
  - e) En los procesos de garantías constitucionales.*
  - f) En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, éste último en los supuestos establecidos en los incisos 1,3 y 4 del artículo 221º del Código Civil.*
  - g) En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.*
  - h) En los casos de violencia familiar, salvo en la forma regulada por la Ley N° 28494, Ley de Conciliación Fiscal en Asuntos de Derecho de Familia.*
  - i) En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.”*

<sup>25</sup> Cfr. F. Martín PINEDO AUBIÁN. “Sugerencias para la adecuación e implementación del sistema med/arb en la legislación arbitral”, en: *Revista Jurídica del Perú*. Publicación mensual de Normas Legales. N° 99. Lima, mayo, 2009, pp.281-288.

Este tema es regulado de una manera muy deficiente en el texto del Artículo 8º del Reglamento, que señala que son materias no conciliables: la nulidad del acto jurídico (omitiendo mencionar a la ineficacia y a la anulabilidad), la declaración judicial de heredero, la violencia familiar, las materias que se ventilan ante el proceso contencioso administrativo (considerada facultativa según el artículo 9º de la Ley), los procesos de impugnación judicial de acuerdos a que se refiere el artículo 139º de la Ley General de Sociedades y las pretensiones de nulidad a que se refiere el artículo 150º de la misma norma por ser materias indisponibles (que también son consideradas materias conciliables facultativas según el precitado artículo 9º de la Ley) y todas aquellas pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes; y decimos deficiente puesto que el texto del reglamento contiene menos materias que las señaladas de manera más extensa en el texto de la Ley y su redacción integral presta a confusión.

### **3.1. Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.**

En estos casos, estimamos que resulta acertada la opción del legislador por no exigir la conciliación en aquellos casos en los que se desconoce el domicilio de la parte invitada, puesto que allí podemos afirmar que no se va a producir el procedimiento conciliatorio. En estos casos, el demandante tendrá que indicar que no adjunta el acta de conciliación como requisito de procedibilidad al desconocer el domicilio del demandado, debiendo solicitar la designación de un curador procesal, de conformidad a lo prescrito en el artículo 61º del código adjetivo.

### **3.2. Si la parte emplazada domicilia en el extranjero.**

El criterio predominante para decidir su exclusión como materia conciliable podría estribar en la exigencia de la concurrencia personal de las partes al procedimiento de conciliación, supuesto de difícil cumplimiento en los casos en que el invitado a conciliar domicilia en el extranjero, por lo que la conciliación podría asumirse como un requisito innecesario, ya que en la demanda posterior que se interponga habría que diligenciar la notificación mediante exhortos, supuesto que no ha previsto la ley de conciliación. La única excepción a esta prohibición es cuando el invitado que domicilia en el extranjero cuenta con un apoderado que cuente con poder expreso para ser invitado a un centro de conciliación, aunque en realidad el poder debe cumplir con los demás requisitos previstos en el artículo 14º de la ley<sup>26</sup>. Distinto será el caso en que la parte invitada domicilie en el país, supuesto en el cual se deberá tener en cuenta el distrito conciliatorio en el cual domicilia a efectos de proceder a solicitar el inicio del respectivo procedimiento conciliatorio.

### **3.3. Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces.**

Para el caso en que se trate de derechos y bienes de incapaces absolutos y relativos a los que se refieren los artículos 43º y 44º del Código Civil<sup>27</sup>, personas que se hallan en

---

<sup>26</sup> Cfr. F. Martín PINEDO AUBIÁN. "Ya tengo el poder, pero en la conciliación no voy a poder", en: *Revista Jurídica del Perú*. Publicación mensual de Normas Legales. Nº 102, Lima, agosto, 2009, pp. 271-278.

<sup>27</sup> Código Civil peruano:

estado de incapacidad, cuyo patrimonio es administrado por terceros, es decir por los padres, los tutores o los curadores, a quienes también corresponde su representación en juicio y que están sometidas a precisas regulaciones de control judicial, cuando se trata de disposición de los bienes de sus representados, tampoco procede la conciliación extrajudicial, en la medida que la participación del Poder Judicial es importante para autorizar cualquier tipo de disposición de estas personas como una garantía para su correcta administración y una acción del Estado destinada a evitar el perjuicio que podría ocasionarles la falta de control en las decisiones relativas a sus derechos o bienes, motivo por el que no es conveniente obligar a la Conciliación extrajudicial para definir, sin la vigilancia del órgano jurisdiccional, la suerte de su patrimonio; además, no se puede obligar a los representantes de incapaces, procurar una conciliación previa al juicio, cuando por el contrario, lo que el Estado procura es que intervenga el aparato judicial con el fin de evitar perjuicio a quien no puede conducirse en sus actos civiles por sí mismo por lo que resultaría contraproducente en ese sentido, obligar al representante de un incapaz que recurra a la conciliación previa al juicio, cuando la ley le ordena también que previa y obligatoriamente demande la autorización del Juez para la ejecución lícita y legítima de un acto relativo a los bienes de la persona que representa, lo cual originaría un círculo vicioso innecesario, razón por la cual, de manera acertada el legislador optó por excluir de la exigencia de la conciliación previa estos casos.

La única situación de cese de la incapacidad la tenemos en el artículo 46º del Código Civil que regula los casos de capacidad adquirida. Este artículo precisa que cesa la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio. Asimismo, cesa la incapacidad del mayor de catorce años a partir del nacimiento del hijo solo para realizar los actos de reconocimiento del hijo, demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos y demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos. Si concordamos esto con lo dispuesto en el artículo 12º inciso 3 del Reglamento<sup>28</sup>,

---

*“Artículo 43º.- 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 44º.- Son relativamente incapaces:*

- 1.- *Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.*
- 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.”*

<sup>28</sup> Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Reglamento de la Ley de Conciliación:

*“Artículo 12.- Requisitos de la Solicitud de Conciliación. La Solicitud de Conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá: (...)*

3. *El nombre y domicilio del apoderado o representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso. En los casos de padres menores de edad que sean representantes de sus hijos en materias de alimentos y régimen de visitas, podrán identificarse con la partida de nacimiento o su Documento Nacional de Identidad. (...).”*

tenemos que las materias conciliables para los menores de edad que sean padres de hijos menores de edad serían alimentos, régimen de visita y tenencia.

### 3.4. Procesos Cautelares.

En lo que se refiere a los procesos cautelares, se entiende por proceso cautelar aquel que se inicia a fin de proteger un derecho (puede ser un embargo), evitando que el deudor disponga de su patrimonio con la finalidad de evitar el pago. En este caso se sigue un proceso autónomo y expeditivo por el cual es interpuesta la medida cautelar antes de la presentación de la demanda principal. Se llega a afirmar que este tipo de procedimientos se caracterizan por su celeridad, por lo que la conciliación podría asumirse como un procedimiento que significaría peligro en la demora al poner sobre aviso al deudor e intentar este disponer de su patrimonio teniendo utilizando el procedimiento de conciliación como una forma de ganar tiempo. En definitiva, no se dificulta la interposición de la demanda solicitando la medida cautelar, pero por regulación expresa del artículo 11º del Reglamento<sup>29</sup>, una vez otorgada la medida cautelar iniciada antes del proceso principal, el solicitante de la medida tendrá un plazo de 5 días calendario para solicitar la conciliación, empezándose a contar este plazo desde el momento en que se ejecute la medida cautelar. Asimismo, si se diera el caso de una conciliación total, el solicitante de aquella deberá solicitar de inmediato que se deje sin efecto la medida cautelar. Por el contrario, si no hubiera acuerdo, o este es parcial, el plazo de diez días previsto para interponer la demanda, señalado en el artículo 636º del Código Procesal Civil<sup>30</sup>, empezará a correr desde la fecha en que se suscribe el Acta de Conciliación.

### 3.5. Procesos de Garantías Constitucionales.

En general, las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales reconocidos para cualquier persona, con la

<sup>29</sup> Reglamento de la Ley de Conciliación. Decreto Supremo N° 014-2008-JUS:

*“Artículo 11º.- De la Conciliación en los Procesos Cautelares.*

*Cuando el intento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la calificación judicial de procedencia de la demanda, éste deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles a la ejecución de la medida cautelar.*

*En caso de concurrencia de medidas cautelares, el plazo se computará a partir de la ejecución de la última medida, salvo pronunciamiento del juez, como lo señala el artículo 637º del Código Procesal Civil.*

*Si no se acude al Centro de Conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho, de conformidad con el artículo 636º del Código Procesal Civil.*

*El plazo para interponer la demanda se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, conforme al artículo 15º de la Ley.”*

<sup>30</sup> Código Procesal Civil de 1993 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1070:

*“Artículo 636º.- Medida cautelar fuera de proceso.*

*Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.*

*Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.”*

finalidad de reponer las cosas al estado anterior a esta violación o amenaza, pero queda claro que no procederán las acciones de garantía cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria. Para el caso específico de las acciones de amparo, podrá ser interpuesta por el afectado, su representante o el representante de la entidad afectada, siempre y cuando se hayan agotado las vías previas. Estos procesos se caracterizan por su celeridad, y la conciliación podría dilatar innecesariamente el tiempo necesario para cumplir con su finalidad. Las garantías constitucionales se encuentran reguladas en el artículo 200º de la actual Constitución de 1993 y desarrolladas en el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 28237, que señala que procede la acción de Hábeas Corpus ante la violación de la libertad individual o los derechos individuales conexos; la Acción de Amparo, protege los demás derechos reconocidos por la Constitución que no sean la libertad; la Acción de Hábeas Data, que tiene por finalidad dar a las personas el derecho de recurrir a los tribunales para que se obligue a actuar de acuerdo a derecho a toda autoridad o funcionario que vulnera los derechos de recibir información de cualquier entidad pública, el de que los servicios de cualquier clase no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar y que no se afecte los derechos al honor y la buena reputación y los derechos a la voz y la imagen propias; la Acción de Inconstitucionalidad, que se interpone contra las normas con rango de ley, recurriendo ante el Tribunal constitucional; la Acción Popular, para que los tribunales ordinarios declaren la inconstitucionalidad de las normas de rango inferior a la ley; y la Acción de Cumplimiento, que da derecho a las personas de recurrir ante el Poder Judicial para que, rápidamente, ordene a cualquier autoridad o funcionario público renuente a acatar una norma legal o acto administrativo, que lo haga y sometido además a las responsabilidades de ley.

### **3.6. En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico.**

Las categorías jurídicas de la nulidad y la ineficacia se asemejan, en tanto el acto jurídico afectado por ellas no surte efectos en la realidad, puesto que se le considera como un acto que nació muerto. Queda claro que la nulidad y la ineficacia de un acto jurídico sólo pueden ser declaradas por el juez, ya que las partes no pueden hacerlo al ser derechos indisponibles. Caso contrario es el concepto de la anulabilidad, que habla de un acto jurídico herido de muerte al faltarle algún requisito, pero que puede ser objeto de subsanación por parte de los partícipes en la construcción del acto. En este sentido, se señala que no procedería la conciliación en los supuestos establecidos en el artículo 221º del Código Civil, incisos 1 (incapacidad relativa del agente),<sup>3</sup> (por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero) y 4 (cuando la ley lo declara anulable); pero omite mencionar el inciso 2 del mismo artículo referido al acto jurídico anulable por vicio resultante por error, dolo, violencia o intimidación, debiendo entenderse que en este supuesto sí se podría conciliar la convalidación del acto jurídico anulable.

### **3.7. En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.**

Petición de herencia significa pedir derecho a suceder, con independencia de los bienes mismos o de quién los posea, y la condición de heredero es esencial y se constituye en un paso previo para actuar sobre la herencia. En este sentido, conforme a lo señalado en el artículo 664º del Código Civil, el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. Es decir, estamos frente a la pretensión de quien considerándose llamado a la herencia reclama su posición hereditaria y como correlato de ello, si los



hubiera, sobre el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia y que otro los tiene invocando asimismo título sucesorio. Hasta aquí, podríamos considerar que el requisito para iniciar el proceso de petición de herencia es el de haber sido declarado previamente heredero del causante, y lo que estaría en discusión es la distribución de los bienes que conforman la masa hereditaria; así, este tema se asemeja más a una división y partición de bienes que perfectamente resulta una materia conciliable, ya que como afirma Lohmann, cuando el derecho sucesorio no está en discusión, la pretensión ya no es estrictamente petición de herencia -o sea, al todo integral o a una cuota de la misma-, sino petición de elementos singulares y específicos que componen la herencia.

La prohibición de iniciar la conciliación previa a la demanda de petición de herencia la tenemos de una lectura del segundo párrafo del mismo artículo 664º del Código Civil, ya que en él se establece que a la pretensión de petición de herencia puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. En otras palabras, se persigue obtener un título de heredero que no se tiene, para lo cual previamente es preciso retirar en todo o parte el título de otro. Así, el demandante carece de la condición de heredero y se le faculta de accionar acumulativamente a la petición de herencia a que el juez también lo declare heredero dentro del mismo proceso, resultando un acto que no puede darse por voluntad de las partes y en consecuencia no resultaría materia conciliable.

### **3.8. Violencia Familiar.**

La violencia familiar, según el artículo 2º de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, es definida como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzca entre cónyuges, convivientes y, en general, entre quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

La violencia familiar dejó de ser materia conciliable a partir del 13 de enero del 2001, según la prohibición contenida en el inciso g) del artículo 2º de la Ley N° 27398 -que modificó la redacción original del artículo 6º de la ley de conciliación-, a la que debemos añadir una lectura de su artículo 3º que deroga expresamente los artículos 10º y 23º del Reglamento de la Ley de Conciliación. Debemos mencionar además que su exclusión como materia conciliable no afecta para nada el marco legal establecido por la Ley N° 26260, *Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar*, adoptada en diciembre de 1993, modificada posteriormente por la Ley N° 26763 de marzo de 1997, y cuyo Texto Único Ordenado fue adoptado mediante el Decreto Supremo N° 006-97-JUS, que entró en vigor el 28 de junio de 1997, donde intervienen tanto el fiscal Provincial de Familia (con la posibilidad de realizarse una audiencia de conciliación) como el Juez Especializado en Materia de Familia o en Materia Penal.

La justificación de su exclusión definitiva como materia conciliable debemos enfocarla en un doble aspecto: el primero referido a la participación del conciliador en los casos que implicaban violencia familiar; el segundo, dado por la real eficacia o no del marco legal proporcionado por el Estado peruano en lo que respecta a la eficacia de la aplicación de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar.

En el primer caso, podemos apreciar una grave distorsión de la función del conciliador, ya que los mencionados artículos 10º y 23º del primer Reglamento<sup>31</sup> establecían un procedimiento especial a seguirse en estos casos por el cual sólo era posible conciliar sobre los motivos o factores que generaban la violencia familiar, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma. Agregaba además que debía tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación era el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que devenía en nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia. Por otro lado, se afectaba la imagen de imparcialidad que debe tener todo conciliador, al señalar una serie de funciones a cumplir, señaladas en el artículo 23º del reglamento, como que el conciliador evaluaba la conveniencia de la realización de la Audiencia de Conciliación, debiendo asesorar a la víctima acerca de sus derechos y de otras opciones de solución, debiendo velar por su seguridad y disponiendo que se dicten las medidas necesarias para su protección, funciones todas que más parecieran las de un *protector* de una de las partes que las de un conciliador que se dice es imparcial y neutral.

Es fácil advertir, además, que ambos artículos del reglamento poseían una redacción deficiente al calificar a las partes como "*Víctima*" y "*Agresor*", lo cual denotaba ya un acto de calificación de las personas por parte del conciliador el cual no estaría libre de caer en subjetividades, lo cual a su vez, podría interferir en su neutralidad e imparcialidad, sobre todo al momento de velar por la seguridad de una de las partes - en este caso, de la denominada víctima-.

En segundo lugar, debemos entender que el marco legal proporcionado el Estado peruano con la dación de la Ley de Violencia Familiar contiene una serie de deficiencias que imposibilitan una adecuada lucha contra la denominada violencia familiar, siendo que se presentan problemas legales y estructurales que siguen negando a las víctimas el acceso a protección, remedio y recurso verdaderos. Estas deficiencias, a criterio de la División de Derechos de la Mujer de *Human Right Watch*, se traducen en problemas tanto legales como prácticos, así, por ejemplo, su definición de violencia familiar sigue siendo incompleta y excluye efectivamente a categorías

<sup>31</sup> Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo N°001-98-JUS (*derogado*):

*"Artículo 10º.- Cuando la Ley señala en su artículo 9º que son conciliables las pretensiones que versen sobre violencia familiar, debe entenderse que es posible sólo conciliar sobre los motivos o factores que generen la violencia, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma.*

*Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación es el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que es nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia."*

*(...)*

*"Artículo 23º.- En la conciliación sobre asuntos de violencia familiar, el conciliador debe observar las siguientes pautas:*

- 1. Entrevistarse antes de la Audiencia de Conciliación con la víctima y el agresor, por separado, para evaluar la situación de ambos y determinar así la conveniencia de la realización o no de la Audiencia.*
- 2. Informar a la víctima sobre sus derechos, los fines y alcances de la Conciliación, así como otras alternativas de solución al conflicto.*
- 3. Velar antes, durante y finalizada la Audiencia, por la seguridad de la víctima, minimizando los riesgos que pudieran producirse a raíz de su intervención.*
- 4. Promover, cuando sea necesario, que se dicten las medidas de protección o cautelares que salvaguarden la seguridad de la víctima.*
- 5. Cuidar que la víctima participe libremente en la Audiencia de Conciliación, sin coacción de ninguna clase. En caso contrario, el conciliador deberá suspender el procedimiento hasta que existan las condiciones que garanticen la libre decisión de la víctima."*

enteras de mujeres, así como formas particulares de violencia familiar, además de que le otorga prioridad a la conciliación por encima del procesamiento, lo que transmite la inquietante idea de que las agresiones dentro de las relaciones interpersonales deben resolverse mediante negociaciones en lugar de sanciones<sup>32</sup>.

### 3.9. Delitos o faltas.

El actual marco normativo no se pronuncia de manera expresa respecto de la improcedencia de la conciliación en los casos de delitos y faltas, cosa que sí hacía la legislación anterior. Solamente se señala en el artículo 8º de la ley que constituyen excepciones al principio de confidencialidad el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o una falta, lo que supondría poner el hecho delictivo en conocimiento de las autoridades, mandato que llevará implícita la conclusión del procedimiento conciliatorio. La redacción original del artículo 9º, tercer párrafo, de la Ley de Conciliación, contemplaba que no se sometían a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, siendo su justificación la existencia de un principio jurídico por medio del cual la persecución pública del delito está a cargo del Estado.

En sentido estricto, el Código de Procedimientos Penales y la parte en actual vigencia del Código Procesal Penal, señalan cuatro casos en los cuales puede haber una cierta forma de conciliación en materia penal, al interior del procedimiento judicial respectivo, estos son:

- Cuando se trate de delitos insignificantes o poco frecuentes, salvo que la pena mínima sea de más de dos años.
- Cuando la culpabilidad del agente o su contribución sean mínimas.
- Cuando, en el juicio por faltas, haya desistimiento de la acción; y,
- En los procedimientos especiales por calumnia, difamación e injuria, habiéndose excluido de este tipo de conciliación a los delitos contra el honor sexual mediante la llamada *Ley Merino*.

Por otro lado, se crearon con el carácter de proyecto piloto dos Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, en las cuales, mediante Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público No. 200-2001-CT-MP que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, se contempla la realización de una audiencia única de conciliación, a cargo del Fiscal Provincial, en la etapa previa al ejercicio de la acción penal, a efectos de cumplir con el supuesto regulado en el artículo 2º del Código Procesal Penal, que consagra el principio de oportunidad en virtud del cual el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos previstos en la norma.

### 3.10. Procesos No Contenciosos.

Los procesos no contenciosos se caracterizan por la ausencia de litis, esto es por no importar un conflicto entre dos partes con intereses contrarios, siendo además que la

<sup>32</sup> HUMAN RIGHT WATCH. *Memorandum Sobre la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar del Perú*. Lima, marzo, 2000. p. 2 y ss.

legislación peruana actual ha considerado pertinente establecer la posibilidad de que algunos de estos procesos se tramiten también a elección del interesado, ante notario público de acuerdo a las normas de la Ley N° 26662, Ley de Competencia notarial en Asuntos no Contenciosos, como una medida saludable para descongestionar la carga procesal del Poder Judicial. En consecuencia, existen dos regímenes para la tramitación de los procesos no contenciosos; uno constituido por la vía judicial y otro por la vía notarial.

En la vía judicial, y de acuerdo al artículo 749° del Código Procesal civil, se pueden tramitar los siguientes asuntos no contenciosos:

1. Inventario.
2. Administración judicial de bienes.
3. Adopción de personas mayores de edad.
4. Autorización para disponer derechos de incapaces.
5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta.
6. Patrimonio familiar.
7. Ofrecimiento de pago y consignación.
8. Comprobación de testamento.
9. Inscripción y rectificación de partida.
10. Sucesión intestada.
11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.
12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención.
13. Los que la ley señale.

En el segundo caso, no es posible tramitar todos los asuntos no contenciosos, sino algunos de ellos en vía notarial, como la rectificación de partidas, la adopción de personas capaces, el patrimonio familiar, los inventarios, la comprobación de testamentos y la sucesión intestada.

Este supuesto de exclusión de los procesos no contenciosos como materia conciliable no está contemplado taxativamente en la Ley de Conciliación, pero si tenemos en cuenta la función del conciliador extrajudicial, la que apunta a restablecer el proceso de comunicación entre las partes a fin de que ellas resuelvan de manera dialogada su conflicto de intereses antes que delegar su solución de manera obligatoria a un tercero – sea un Juez o un árbitro -, vemos que el requisito fundamental es que exista un problema de por medio, una litis, esto es, una situación de naturaleza contenciosa, la cual se intenta solucionar. Por el contrario, en los procesos no contenciosos que se tramitan ante el órgano jurisdiccional la finalidad concreta del proceso es eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; en otras palabras, haciendo uso del poder conferido por la Constitución y las leyes, el Juez dilucida la incertidumbre pronunciando un derecho, requisito básico para que éste sea oponible *erga omnes*, atribución que no posee el conciliador en la medida que él carece de las facultades propias de un Juez en ejercicio de la función jurisdiccional para declarar un derecho.

Finalmente, tampoco procedería la conciliación como requisito previo a la interposición de procesos no contenciosos, toda vez que no hay conflicto y se busca la declaración de un derecho, atribución exclusiva del magistrado.

#### **IV. ÁMBITO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONCILIACIÓN.**

## 1. CONVENIENCIA DE LA OBLIGATORIEDAD.

Somos de la idea que el *régimen de obligatoriedad de la conciliación* adoptado por el legislador resulta muy ventajoso si consideramos que el esquema de *facultatividad* implementado de manera previa condenaba al fracaso de la institución conciliadora toda vez que no se fomentaba la concurrencia efectiva de las partes ni mucho menos propiciaba la realización de audiencias de conciliación efectivas, entendidas como las audiencias de conciliación en las que se cuenta con presencia de ambas partes, independientemente de llegar o no a un acuerdo conciliatorio. Aunque hay que señalar que este tema siempre será motivo de interesantes discusiones respecto de su conveniencia.

Por citar un ejemplo, *Justicia Viva* –proyecto ejecutado por el consorcio integrado por el Instituto de Defensa Legal, la Facultad y Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la Asociación de Jueces Para la Justicia y Democracia- en un documento elaborado en el año 2003, consideraba que existían motivos fundados para evaluar la derogatoria del carácter obligatorio de la conciliación extrajudicial, básicamente porque no se había reducido la carga procesal sino que se había creado un requisito burocrático para acceder al Poder Judicial, puesto que los litigantes habían percibido que la conciliación extrajudicial era un trámite previo que debe ser cumplido, aunque ellos no entiendan bien por qué<sup>33</sup>. Expone, además, que ni los abogados ni los conciliadores habían sido capaces de exponer las ventajas de un arreglo previo al inicio de un proceso judicial, con lo que el resultado natural de esta situación ha sido la escasa asistencia a las audiencias de conciliación, lo que se traduce a su vez en el incremento de los costos para el ciudadano que tiene necesidad de pasar por los tribunales de justicia, costos no solamente económicos sino que también se refieren al tiempo que se le debe dedicar a un trámite que resulta infructuoso.

En este mismo sentido, Ricardo Herrera Vásquez llega a señalar que algunos autores estiman que los medios alternativos de resolución de conflictos (uno de los cuales es la conciliación) constituyen una seria limitación al principio constitucional de la función jurisdiccional, deviniendo en inconstitucionales, puesto que si el Estado debe garantizar que todo ciudadano pueda acceder inmediatamente al servicio de administración de justicia, establecer *etapas intermedias* forzosas como un intento de conciliación pre-judicial, resultaría en principio enervante del *contenido esencial* del derecho a la tutela judicial efectiva, peor todavía si la parte contractualmente fuerte puede imponerse a la débil y enervar su derecho a la tutela judicial efectiva, considerándose que aun cuando se asuma que los medios alternativos de resolución de conflictos no lleguen a configurar un atentado directo contra la tutela judicial efectiva, ocasionan un retraso considerable en la emisión del futuro pronunciamiento judicial ante su eventual inoperancia para solucionar el conflicto, por lo que atentaría contra el debido proceso legal, plasmación de la tutela judicial efectiva, por lo que de todos modos habría un atentado indirecto<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> JUSTICIA VIVA. *Manual del Sistema Peruano de Justicia*. Lima, Octubre de 2003. pp. 131.

<sup>34</sup> ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Programa de Formación de Aspirantes. Tercer Curso, "Función Jurisdiccional", Segundo semestre de formación especializada*. Dr. Ricardo Herrera Vásquez. Lima, 2000. pp. 64-67.

Sin embargo, prosigue el Dr. Herrera Vásquez, desde otra perspectiva los medios alternativos de resolución de conflictos no contravendrían la tutela judicial efectiva. Si se plantea la optimización de las relaciones económicas en función a los postulados de la autocomposición del conflicto, donde las partes sean capaces de resolver individual o colectivamente las patologías del sistema, se podría llegar a dicha aseveración. Desde este punto de vista, la excesiva judicialización de los conflictos no contribuye al *saneamiento* del sistema económico. Así, es clara la posible confrontación entre dos postulados constitucionales: la tutela judicial efectiva (señalada en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución) y la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos y la autocomposición del conflicto (conforme lo entiende el artículo 28, numeral 2 de la Constitución). Si el derecho a la tutela judicial efectiva se materializa a través del debido proceso legal y, éste se inicia a pedido de parte (principio dispositivo), es necesaria una manifestación de voluntad del justiciable en el sentido de querer acudir a la vía judicial para que aquel derecho se ejercite. Como derecho, también puede no ser ejercido nunca. Precisamente, en esta potestad radica la posibilidad de recurrir opcional u obligatoriamente (por opción legislativa) a los medios alternativos de resolución de conflictos. Así, sólo estaríamos ante una aparente confrontación entre ambos postulados constitucionales, que realmente sólo constituirían dos vías alternativas de solución de conflictos, activadas alternativa o sucesivamente dependiendo de cada sistema legal<sup>35</sup>.

Así, la Ley N° 26872 potencia la recurrencia a los medios alternativos de resolución de conflictos y la autocomposición del conflicto por encima de la tutela judicial efectiva, pero sin atentar contra su *contenido esencial*, que consiste en garantizar el acceso del ciudadano al servicio de administración de justicia. Establecer un paso previo consistente en la recurrencia de la conciliación no niega tal derecho, pues una vez fracasado el intento de solucionar el conflicto por tal vía queda expedito el camino para acudir a los tribunales<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Respecto del tema de pago de mejoras, resulta interesante lo señalado por la Corte Suprema en la CASACIÓN No. 693-2009-LIMA (publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2010), en la cual inaplica la exigencia de presentar el acta de conciliación extrajudicial junto a la demanda de pago de mejoras. Si bien es cierto las instancias inferiores consideraban que se debió cumplir con la exigencia de adjuntar a la demanda de pago de mejoras la copia certificada del acta de conciliación al ser una materia conciliable y el demandante no cumplió con dicha exigencia y en virtud de ello se declaró improcedente la demanda, toda vez que según lo dispuesto por el artículo 595 del Código Procesal Civil, el poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo, y si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación, y al ser invitado a conciliar previamente por el desalojo debió tener en cuenta ello para interponer posteriormente su demanda de pago de mejoras. La Corte Suprema, en decisión cuestionable, sostiene que es imposible exigir al demandante el acta de conciliación extrajudicial debido a la premura del plazo para interponer la demanda de pago de mejoras, pues la audiencia de conciliación debe llevarse a cabo dentro de los treinta días calendario contados desde la primera citación, situación que no ha sido observada por el legislador, debiendo tenerse en cuenta que el derecho de acceso a la justicia no puede conculcarse.

<sup>36</sup> ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Op. cit.* Pp. 67. Se menciona además una sentencia emitida el 25 de enero de 1983 por el Tribunal Constitucional español en una acción de inconstitucionalidad interpuesta precisamente contra una ley que estableció también en España un sistema de conciliación pre-judicial obligatorio. La demanda fue declarada infundada en base a tres argumentos centrales: *i)* los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que pueden ser limitados; *ii)* por razones de interés público es necesario promover mecanismos alternativos de resolución de conflictos a la vía judicial para descongestionar los tribunales nacionales; y, *iii)* el establecimiento de un sistema de conciliación prejudicial obligatorio no

## 2. IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DE LA OBLIGATORIEDAD: El *Plan Piloto*.

Si bien es cierto que cuando se promulgó la Ley de conciliación se estableció un periodo de *vacatio legis* de 24 meses, posteriormente dicho plazo de entrada en vigencia sufrió diversas modificaciones, optándose por un régimen de implementación progresiva. Así, por Decreto Supremo N° 007-2000-JUS de fecha 21 de setiembre del 2000, se implementó desde el 02 de noviembre del 2000 un ***Plan Piloto de obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial*** para los distritos conciliatorios correspondientes a las provincias de ***Trujillo*** y ***Arequipa***, así como en el distrito judicial del ***Cono Norte de Lima***, con excepción de la provincia de Canta, mediante el cual se la implementa como ***requisito de admisibilidad únicamente en casos de derechos disponibles***, excluyendo temporalmente las materias sobre derechos de familia y laborales.

Posteriormente, el ámbito de aplicación espacial de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial que quedó ampliado por Ley N° 27398 de fecha 13 de enero del 2001, al distrito conciliatorio de ***Lima y Callao*** a partir del 01 de marzo del 2001, para las mismas materias conciliables señaladas para la implementación del Plan Piloto (esto es, únicamente derechos disponibles). Se señalaba, además, que en los demás distritos conciliatorios la obligatoriedad se implementaría progresivamente por parte del Ministerio de Justicia. Así, durante la vigencia de éste régimen legal, los temas sobre ***derechos de familia*** y ***laborales*** quedaron temporalmente excluidos de la obligatoriedad de pasar por el trámite previo de la conciliación extrajudicial, según lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 27398.

## 3. LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

El 28 de junio de 2008 se publica en el diario oficial “*El Peruano*” el Decreto Legislativo N° 1070 por el cual se modifican diferentes artículos de la Ley de Conciliación. Según su Primera Disposición Final<sup>37</sup>, la obligatoriedad de la conciliación –ahora como requisito de ***procedibilidad*** en virtud de una lectura del artículo 6° de la Ley<sup>38</sup> - entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos conciliatorios del país según calendario oficial que deberá ser aprobado mediante Decreto Supremo, excepto en los distritos conciliatorios de Lima, Trujillo y Arequipa así como el Distrito Judicial del Cono

---

enerva el *contenido esencial* de la tutela judicial efectiva, pues no se extingue el derecho del justiciable de acudir a los tribunales, aun cuando previamente deba intentar la conciliación.

<sup>37</sup> Decreto Legislativo N° 1070. Disposiciones Finales:

*Primera.- El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Conciliatorios, según el Calendario Oficial que será aprobado mediante Decreto Supremo. Se exceptúa de dicho Calendario a los distritos conciliatorios de Lima, Trujillo y Arequipa, así como el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima, salvo la provincia de Canta, en los cuales será aplicado a los sesenta (60) días calendario de su publicación.*

<sup>38</sup> Ley N° 26872. Ley de Conciliación:

*“Artículo 6.-Falta de intento Conciliatorio.*

*Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.”*

Norte de Lima (salvo la provincia de Canta), en los cuales ya se encuentran en plena aplicación puesto que se estableció un plazo de 60 días calendario desde la fecha de su publicación para su entrada en vigencia<sup>39</sup>.

Luego de ello, por Decreto Supremo N° 005-2010-JUS, se ha establecido un ***Cronograma de implementación progresiva de la obligatoriedad de la conciliación previa como requisito de procedibilidad*** para los distritos conciliatorios de Cusco (a partir del 1 de julio de 2010), Huancayo (a partir del 1 de agosto de 2010), Cañete y Huaura (a partir del 1 de setiembre de 2010), del Santa (a partir del 1 de octubre de 2010) y Piura (a partir del 1 de octubre de 2010).

#### **4. EL PLAN PILOTO SE DEJA SIN EFECTO (*totalmente*).**

Asimismo, la Quinta Disposición Final<sup>40</sup> del Decreto Legislativo N° 1070 declara culminado el *Plan Piloto de Obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial* dispuesto por Decreto Supremo N° 007-2000-JUS, por lo que debe entenderse que en aquellos distritos conciliatorios donde se ha implementado la obligatoriedad de la conciliación previa, esta resulta exigible no solamente en los temas de derechos disponibles (como lo señalaba el fenecido Plan Piloto) sino que también resultaría exigible en los procesos de familia referidos a materias conciliables (puesto que no existe disposición legal expresa que señale su suspensión como materia conciliable obligatoria). Pero, se mantiene la suspensión de la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos laborales por disposición expresa contenida en la Tercera Disposición Final<sup>41</sup> del Decreto Legislativo N° 1070.

La Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1070 deja sin efecto el *Plan Piloto* dispuesto por el Decreto Supremo N° 007-2000-JUS y prorrogado por la primera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N° 27398. desde nuestro punto de vista no solo ha operado una *derogación tácita* de las condiciones en las que se implementó dicho plan piloto sino también de las materias conciliables obligatorias que se encontraban *suspendidas en su obligatoriedad*, como son los temas de familia y laboral. En otras palabras, cesa el plan piloto, así como la totalidad de sus

<sup>39</sup> Respecto de la aplicación de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N° 1070, consideramos que existe confusión generada por la redacción de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1070, la que no es muy afortunada puesto que da a entender que nos encontramos frente a una aplicación progresiva del referido Decreto Legislativo, cuando lo correcto es que debe entenderse que se refiere a la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para la interposición de una demanda que verse sobre materias conciliables, toda vez que las modificatorias introducidas tanto a la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, y al Código Procesal Civil ya se encuentran plenamente vigentes. Al respecto se puede consultar nuestro artículo: “¡Ni a favor ni en contra... todo lo contrario!: problemas de interpretación en la correcta aplicación del Decreto Legislativo N° 1070 y su incidencia en el ámbito judicial y extrajudicial”, publicado en: *Revista Jurídica del Perú*. N° 108. *Gaceta Jurídica*. Lima, Febrero de 2010. pp. 301-315.

<sup>40</sup> Decreto Legislativo N° 1070. Disposiciones Finales:  
*Quinta.- Declárese culminado el Plan Piloto dispuesto por Decreto Supremo N° 007-2000-JUS prorrogado por la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27398.*

<sup>41</sup> Decreto Legislativo N° 1070. Disposiciones Finales:  
*Tercera.- La Conciliación establecida en el tercer y cuarto párrafo del artículo 7° de la Ley N° 26872 modificada por el presente Decreto Legislativo, no resulta exigible a efectos de calificar la demanda en materia laboral. (El subrayado es nuestro).*



disposiciones y sus efectos; en este sentido, entra en vigencia la regulación de las materias conciliables obligatorias contenidas en el artículo 7º de la Ley únicamente en las materias referentes a derechos disponibles y de derecho de familia, mas no la materia laboral en virtud de la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1070, al señalarse expresamente que la conciliación extrajudicial no resulta exigible como requisito de procedibilidad a efectos de calificar la demanda en materia laboral, a pesar de estar considerada como materia conciliable obligatoria en el referido artículo 7º de la Ley.

Este es un tema que también ha suscitado interpretaciones en un sentido contrario, puesto que existen autores que consideran que la conciliación extrajudicial en temas de familia se ha transformado, en la práctica, en una materia conciliable facultativa –o dicho con propiedad, suspendida en su obligatoriedad<sup>42</sup>-.

Inclusive esta interpretación en el sentido de una supuesta *facultatividad* de la conciliación en temas de familia ha sido expuesta tanto por el Ministerio de Justicia como por el Poder Judicial en diferentes documentos, los mismos que no tienen fuerza ni efectos legales si los contrastamos con lo señalado expresamente por el Decreto Legislativo N° 1070.

#### 4.1. Posición del Ministerio de Justicia.

Mediante Oficio N° 5321-2008-JUS/DNJ-DCMA de fecha 05 de noviembre de 2008, la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia remite un Informe a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el que señala que el Ministerio de Justicia se pronuncia señalando la facultatividad de la conciliación extrajudicial en materias de familia y laboral, incluso en aquellos distritos conciliatorios en los cuales la conciliación es un requisito de procedencia. El fundamento radica en que mediante Decreto Supremo N° 007-2000-JUS se estableció el *Plan Piloto de Obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial* como requisito para que los procesos judiciales que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 9º de la Ley N° 26872, sean materia de conciliación del presente plan piloto, quedando excluidas las materias sobre derecho de familia y laborales; posteriormente, mediante Ley N° 27398, Ley que modifica diversos artículos de la Ley de Conciliación, establece en su artículo 1º la implementación de la obligatoriedad de la conciliación a que se refiere el artículo 6º de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, en el distrito conciliatorio de Lima y Callao, a partir del 1 de marzo de 2001, quedando excluidas temporalmente de la obligatoriedad las materias sobre derechos de familia y laboral, reiterando además la vigencia del plan piloto en los distritos conciliatorios de Arequipa, Trujillo y Cono Norte de Lima. En este sentido señala que el artículo 1º de la Ley N° 27398 consta de dos partes claramente diferenciadas: la primera respecto a la implementación de un plan piloto y una segunda relacionada a la facultatividad de las materias de familia y laboral, concluyendo que la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1070 da únicamente por concluido el plan piloto establecido por Decreto Supremo N° 007-200-JUS prorrogado por la primera parte del artículo 1º de la Ley N° 27398, pero no deroga esta norma en su integridad quedando vigente la suspensión

<sup>42</sup> Cfr. Oscar PEÑA GONZALES. *Conciliación Extrajudicial, Teoría y Práctica*. 2da. Edición, APECC, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. Lima, 2009, pp. 299-300. también: Pedro DONAYRES SÁNCHEZ. *La no obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en temas de familia*, en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista017/conciliacion%20extrajudicial%20en%20materia%20de%20familia.htm>

de la obligatoriedad de la conciliación en materia de familia y laboral, es decir, solo se ha derogado el extremo referido al plan piloto mas no el extremo de la facultatividad en familia y laboral.

#### **4.2. Posición del Poder Judicial.**

Existe el *Acuerdo Plenario* de los señores Jueces de Familia de la Libertad de fecha 10 de junio de 2009, respecto de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1070, documento en el cual los señores magistrados acuerdan que en los procesos de familia no será exigible el acta de conciliación extrajudicial, pues tal exigencia atenta contra el Interés Superior del Niño, en procesos en los que se involucren a niños, además resulta incongruente su exigencia en procesos que contienen pretensiones indisponibles (Nulidad de matrimonio, divorcios, separación de cuerpos, declaración de convivencia, filiaciones, impugnaciones de paternidad, etc.), siendo exigible únicamente en procesos que contengan pretensiones de índole patrimonial (separación de patrimonios). Acuerdan, además, que según el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, los procesos de índole familiar y en donde estén involucrados niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos, existiendo la obligación de los jueces de familia de conferenciar en forma personal con las partes y menores de edad, para así solucionar el proceso de la manera más adecuada, debido a que la conciliación dirigida por el Juez es la mejor herramienta que vienen utilizando para la solución de los procesos judiciales.

#### **4.3. Nuestra posición.**

En este sentido consideramos que se ha dejado sin efecto ni vigencia la totalidad del *Plan Piloto*, y al no existir disposición legal expresa de suspensión de la obligatoriedad de la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en temas de familia –como sí ocurre en el tema laboral- ésta obligatoriedad en temas de familia se debe considerar plenamente vigente y exigible por parte del órgano jurisdiccional<sup>43</sup>.

Un tema distinto será el hecho de poder brindar una adecuada cobertura a los justiciables que necesiten acudir a la conciliación como requisito de procedibilidad antes de presentar sus demandas en temas de familia, principalmente alimentos. Si ese es el problema, entonces se puede suspender –nuevamente- la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación en estos temas específicos.

Además, se cae en una evidente contradicción, puesto que obligamos a las personas a conciliar de manera previa al inicio de un proceso judicial, diciéndoles que es lo mejor, que se puede resolver la controversia de manera mutuamente satisfactoria y mejorando la relación a futuro. Este tema, que se orienta a temas de derecho civil, no es apreciado en su aspecto beneficioso en temas de familia, a pesar de que la experiencia ha demostrado que la conciliación familiar ayuda a las familias a reorganizar sus relaciones y les proporciona un ámbito menos traumático que el proceso judicial mismo. Y, evidentemente, cuando se logra una solución rápida y

---

<sup>43</sup> En este sentido, es coincidente la opinión de César Mendoza Valdiviezo al señalar que “...a la luz de la primera disposición final del Decreto Legislativo N° 1070, se puede apreciar que la materia familiar es obligatoria a partir de los 60 días calendario de la publicación del mencionado Decreto Legislativo...”. Cfr. César MENDOZA VALDIVIEZO, “El procedimiento conciliatorio a partir de las recientes modificatorias a la Ley de Conciliación”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 179, Octubre de 2008, pp. 107.

económica en la que no se afecte a los menores, estamos verificando el cumplimiento del principio del interés superior del niño.

Así pues, tenemos pues que, en los distritos conciliatorios antes señalados el acta de conciliación se constituye en un requisito de **procedibilidad** para la interposición de la demanda en las materias conciliables obligatorias que versen sobre derechos disponibles de las partes y en temas de familia, señalados taxativamente en el artículo 7º de la Ley de Conciliación como materias conciliables obligatorias, y en el caso de que no se cumpla con ese requisito la sanción será la declaración de improcedencia de la demanda, no dejándose posibilidad de subsanación.

Situación distinta es lo que ocurre con la materia laboral, pues a pesar de estar considerada como materia conciliable obligatoria por el artículo 7º de la Ley, según la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1070, no resulta exigible a efectos de calificar la demanda en materia laboral, con lo que en la práctica deviene en facultativa, pero sin afectar el régimen de la conciliación administrativa laboral, el que es autónomo y mantiene su plena vigencia<sup>44</sup>.

Por otro lado, lo que sucede en el resto de los distritos conciliatorios del país es que, en la práctica, el futuro demandante puede optar por interponer de manera directa su demanda o, si lo desea, puede solicitar el inicio de un procedimiento conciliatorio de manera previa a la presentación de su demanda. Esto debido a que se está a la espera de la entrada en vigencia de la obligatoriedad a la que hace referencia la Primera Disposición Final del Decreto Supremo N° 1070 (entendida como la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda) mediante la expedición del respectivo Decreto Supremo conteniendo el Calendario Oficial de implementación de la obligatoriedad, ampliando los alcances del Decreto Supremo N° 005-2010-JUS.

## V. PROPUESTA.

En todo caso, proponemos mejorar la redacción de las materias conciliables sobre la base de los criterios de ser Obligatorias, Facultativas e Improcedentes clasificándolas según el siguiente detalle:

### Materias Conciliables Obligatorias:

- *Pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.*
- *En el caso de derecho de familia son conciliables los atributos derivados de la patria potestad referentes a los temas de pensión de alimentos (sin perjuicio de su ejercicio en vía de conciliación por parte de mayores de edad conforme a ley, excepto en el pedido de prorrateo de alimentos, situación en la que no se exigirá la conciliación extrajudicial), régimen de visitas y tenencia, debiendo tener presente en su actuación el principio del Interés Superior del Niño. Asimismo, se podrán conciliar que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición.*

<sup>44</sup> Decreto Legislativo N° 1070. Disposiciones Finales:

*Cuarta.- La Conciliación Administrativa a que se refiere el Capítulo III del Título III del Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, mantiene su plena vigencia.*

- *La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la Ley.*
- *En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cavo de acuerdo a la ley de la materia.*

*Materias Conciliables Facultativas:*

- *Procesos de Ejecución.*
- *Procesos de Tercería.*
- *Retracto.*
- *Convocatoria a Asamblea General de Socios o Asociados.*
- *Procesos de indemnización derivados de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.*
- *Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral, quedando habilitadas para iniciar el arbitraje.*

*Materias Improcedentes en la Conciliación:*

- *Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.*
- *Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero.*
- *Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43º y 44º del Código Civil.*
- *Delitos y Faltas*
- *Procesos No Contenciosos.*
- *Procesos de Garantías Constitucionales.*
- *Procesos Cautelares.*
- *Procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico.*
- *Procesos de Prescripción adquisitiva de dominio.*
- *En los procesos de petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.*
- *Procesos contencioso administrativos.*
- *Impugnación judicial de acuerdos de Junta General de Accionista señalados en el artículo 139º de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150º de la misma ley.*
- *En los casos de violencia familiar.*
- *Todas las pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.*