

LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ: UNA BREVE REFLEXIÓN BASADA EN LA TEORÍA DEL JUEGO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Daniel Chancafé Rosas

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Hugo Forno Odría

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Paul Nina Nina

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Alumnos

El presente artículo analiza el rol de la conciliación como un mecanismo alternativo eficiente para la resolución de conflictos, así como el papel de la regulación peruana actual respecto de dicha finalidad. El trabajo se ha realizado desde la teoría de juegos, cuyo enfoque analítico se ha aplicado a nuestro objeto de estudio, y a partir de la cual se ha concluido que la regulación vigente en el Perú es deficiente y, de hecho, evita que la institución de la conciliación pueda ser eficaz.

Las causas de esto último responden, principalmente, a que se impone su obligatoriedad para conflictos en los cuales la conciliación es ineficaz a priori, elevando los costos del litigio en general y disminuyendo la calidad de los servicios de conciliación; entre otras razones. Frente a esto se hace evidente la necesidad de que, en el Perú, la conciliación sea facultativa.

I. Introducción

Una de las principales funciones de un Estado es solucionar los conflictos que se originen entre sus ciudadanos. Sin embargo, en nuestra sociedad dicha función no se cumple apropiadamente, debido a que es un hecho conocido por todos que los despachos judiciales se encuentran excesivamente congestionados, que existe escasa capacidad técnica en gran parte de los operadores jurídicos y que muchos de estos participan en actos de corrupción. Todo ello ha ocasionado un debilitamiento de la confianza por parte del público usuario hacia el sistema judicial peruano, lo cual imposibilita conseguir que los usuarios encuentren la buscada paz social con justicia.

Dicha situación se ha presentado también en otros países de América Latina. Por ello, en la década de 1990, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Unidad Ejecutora del

Poder Judicial para el proyecto del Banco Mundial sobre administración de justicia, el Fondo Multilateral de Inversiones, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, siguiendo el modelo de los países de habla inglesa, promovieron la creación de centros de solución de conflictos a través de medios autocompositivos en Latinoamérica. A dicha iniciativa se sumaron posteriormente universidades e instituciones empresariales y profesionales.

El Perú no fue ajeno a este fenómeno. Con la finalidad de promover los mecanismos autocompositivos de conflictos en el Perú, en 1997 se promulgó la Ley No. 26872, Ley de Conciliación (en adelante, la Ley), la cual sentó las bases de la conciliación extrajudicial en nuestro país.

No obstante, lejos de preservar la naturaleza flexible del mecanismo de la conciliación, nuestro legislador constituyó este mecanismo como un medio obligatorio de solución de conflictos al establecerlo como un requisito de procedencia del proceso judicial. Dicha política tuvo como consecuencia que un sinnúmero de litigantes se vean obligados a agotar el procedimiento de la conciliación para acceder a un proceso judicial, sin importar que haya o no interés en la partes para conciliar o que existan las condiciones óptimas para alcanzar un acuerdo conciliatorio.

El presente artículo demostrará que la conciliación es un mecanismo eficiente para solucionar controversias. Sin embargo, demostraremos también que la manera en la que dicho mecanismo fue instaurado en el Perú impide que dicho mecanismo funcione eficientemente. Así, finalmente identificaremos algunas medidas que deberían adoptarse a fin de que la conciliación en el Perú no agrave los costos de transacción del proceso judicial y que solucione eficientemente los conflictos.

2. El ciclo de surgimiento y solución de conflictos

Los seres humanos no somos entes autosuficientes. Necesitamos distintos bienes para satisfacer nuestras necesidades y aunque nuestras necesidades son ilimitadas, los bienes idóneos para satisfacerlas son escasos. Por ello, no todos podemos satisfacer nuestras necesidades con el mismo bien o en el mismo tiempo, por lo que buscamos excluir al otro del aprovechamiento de aquel bien, lo cual sin duda generará una resistencia por parte de este último. Es así como se germina un conflicto de intereses. De hecho, el conflicto, al que Carnelutti (1944: 44) llamó litigio, es definido por él como «conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro».

Históricamente, los conflictos han sido dirimidos a través de los siguientes mecanismos (Ovalle 1996: 5):

- a) La autotutela: mecanismo excepcional en el que se impone la pretensión propia sobre el interés ajeno y se ejerce legalmente la coacción. Por ejemplo, la legítima defensa o la defensa posesoria, entre otros.
- b) La autocomposición: mecanismo parcial en el que la solución proviene de las partes, sin la intervención de un tercero. Por ejemplo, el allanamiento, el desistimiento o la transacción, entre otros.

- c) La heterocomposición: mecanismo en el que la solución proviene de un tercero imparcial. Por ejemplo, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el proceso.

Si bien en todos los mecanismos heterocompositivos interviene un tercero, estos difieren en cuanto a las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para propiciar la comunicación entre las partes a fin de que lleguen a un acuerdo, el conciliador puede proponer también fórmulas concretas de solución, cuya adopción estará en manos de las partes.

Por su parte, en el arbitraje se requiere un convenio previo entre las partes para que el árbitro emita un pronunciamiento definitivo y obligatorio para las partes, a diferencia del juez, quien puede resolver sin un convenio así. Asimismo, el árbitro requiere la asistencia del juez para poder ejecutar su decisión, quien a su vez no depende del árbitro para ejecutar el suyo (González de Cossío 2007: 204-205).

Pese a que, como hemos visto, existen distintos modos de solucionar nuestros conflictos, durante el período comprendido entre octubre del 2012 y marzo del 2014, en nuestro país, se iniciaron 1 886 320 procesos; aproximadamente, uno cada treinta segundos.¹ Ante ello, y después de haber advertido la existencia de otros mecanismos de solución de conflictos, conviene preguntarnos si iniciar un proceso judicial es la decisión más eficiente. Por ello, a continuación, identificaremos y valoraremos los principales costos en los que incurren los litigantes al iniciar un proceso judicial.

3. Los costos del proceso judicial

El proceso judicial como mecanismo de solución de conflictos requiere una inversión de recursos para que sus soluciones sean lo más cercanas a la solución justa del conflicto. En un Estado de derecho, las soluciones justas de los conflictos privados están predeterminadas por el derecho; sin embargo, la aplicación correcta del derecho está condicionada a que los operadores jurídicos subsuman adecuadamente las situaciones de la realidad en los presupuestos de hecho de las normas jurídicas, que vinculen satisfactoriamente dichos presupuestos con las consecuencias jurídicas de las normas y que las consecuencias jurídicas sean aplicadas eficazmente en la realidad.

Para que la aplicación del derecho en la resolución del conflicto sea adecuada es necesario que se invierta gran cantidad de recursos (mientras más recursos se inviertan, más justas serán las soluciones a los conflictos). Así, para que las situaciones de la realidad sean probadas convenientemente, será necesario invertir en instrumentos cada vez más sofisticados y costosos, mientras que una apropiada subsunción y una vinculación adecuada de las consecuencias jurídicas de una norma con sus presupuestos de hecho significarán costos de especialización de los operadores jurídicos y de los controles jerárquicos del Poder Judicial, que uniformizan la aplicación del derecho. Asimismo, para que las consecuencias jurídicas encuentren una efectiva realización en la realidad será necesario un soporte logístico que permita un proceso rápido. Por el contrario, si los recursos invertidos no son suficientes, las soluciones serán erróneas y perjudicarán injustamente los intereses que debían ser tutelados.

¹ La información puede ser consultada en el portal web del Poder Judicial:
http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/10051/PLAN_10051_2014_Expedientes_ingresados_y_resueltos_en_tr%C3%A1mite_por_distrito_judicial_2014_-_I_Trimestre_.pdf

A continuación, detallamos cómo los costos de la solución de conflictos en el Poder Judicial superan en gran medida los costos en los que incurren quienes optan por conciliar, verificando así que el último de estos mecanismos de solución de conflictos es más económico.

3.1. Costos del proceso

El artículo 411 del Código Procesal Civil² define los costos del proceso como aquellos correspondientes a los honorarios del abogado de la parte vencedora más un cinco por ciento de tales honorarios, destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo, así como para cubrir los honorarios de los abogados de casos de auxilio judicial. Si bien es cierto que los costos por el abogado son en sí un costo considerable para solucionar un conflicto, nos parece más interesante analizar si la regla de asignación de costos procesales adoptada en el Perú incrementa los gastos en patrocinio legal de las partes.

La razón principal por la que las partes gastan en abogados es porque estos incrementan sus probabilidades de ganar el litigio. Así, invertir más en peritos, instrumentos paralegales, especialistas legales, procuradores, entre otros (Posner 2007: 881), será atractivo mientras el incremento en la probabilidad de victoria reporte un beneficio mayor que el costo en el que se incurre. No obstante, la regla inglesa dispone que el vencedor no paga sus costos procesales; motivo por el cual, los litigantes tendrían muchos incentivos para incurrir en gastos mayores en abogados con la expectativa de que quien los pague sea la futura parte vencida. Nos vemos así en un clima propicio para especular con los gastos. Imagínese un litigio por \$1000, en el que los costos iniciales de cada parte son \$100, mientras que cada uno tiene una probabilidad de ganar de 50%. A cualquiera de las partes le convendría invertir una unidad adicional en costos, pues haría más probable que esa unidad adicional (e incluso 100 unidades adicionales) haga más posible que los costos iniciales y adicionales sean pagados por la parte vencida. Sin embargo, una vez que el costo de una parte se incrementa, la contraparte tiene el mismo incentivo que el otro para invertir en abogados, lo que nos lleva a la situación inicial con el mismo nivel de probabilidades, pero con mayores costos en ambas partes.

A pesar de que la figura de honorarios contingentes —que consiste en que el honorario se fija en función de la cuantía conseguida con el litigio— solucionaría la especulación con los gastos en abogados, esta modalidad de honorarios no es usual debido a que los procesos judiciales tardan años en resolverse, por lo que la liquidez del monto queda en suspenso durante mucho tiempo.

No olvidemos, además, que el artículo 411 del Código Procesal Civil indica que la parte vencida tiene que pagar los costos de abogados que no intervinieron en su proceso (por ejemplo, los de los abogados de auxilio judicial); y que además se le impone un impuesto parafiscal para subvencionar el fondo mutual de los Colegios de Abogados.

En cambio, estos costos no están necesariamente presentes en el procedimiento conciliatorio. Si bien las partes pueden tener la asesoría de un abogado,³ la intervención de este no es indispensable, puesto que en la conciliación la discusión principal no gira en torno a

2 Artículo 411.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

3 Artículo 21, inciso 1 del Reglamento.

la aplicación del derecho, sino en la evaluación de la información que tienen ambas partes sobre el conflicto y en las concesiones recíprocas de ambas partes. Además, incluso si el patrocinio del abogado estuviera presente, los costos de este serían menores, debido a que la conciliación tarda en promedio treinta y dos días hábiles,⁴ mientras que un proceso judicial tarda varios años, como podemos constatar en la práctica.

3.2. Costas del proceso

Las costas del proceso son, como lo define el artículo 410 del Código Procesal Civil, las constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Las tasas judiciales se exponen en el cuadro de aranceles judiciales del Perú, en el cual el Poder Judicial determina una tasa para cada acto procesal. Por ejemplo, en el supuesto de que la cuantía del conflicto sea de S/.100 000 (278 URP) las tasas serían las siguientes: a) por ofrecimiento de pruebas S/. 72; b) por apelación de autos S/. 72; c) por recurso de apelación de sentencia S/. 288; d) por recurso de queja S/.180; e) por recurso de casación S/. 720; f) por actuaciones a realizarse fuera del local judicial S/. 360; g) por solicitud de medidas cautelares S/. 720; etc.

De la anterior aproximación podemos concluir que aproximadamente las costas de un proceso respecto de una cuantía de S/. 100 000 es de aproximadamente S/. 2412, lo que representa aproximadamente el 2.4% y estas deberán ser asumidas por quien determine el juez; generalmente, las asume la parte vencida en la disputa legal.

En el procedimiento conciliatorio, estas costas también existen; sin embargo, son muy inferiores a los del proceso judicial. En primer lugar, los honorarios del conciliador, en principio, son menores pues el tiempo en el cual brindan sus servicios, como dijimos anteriormente, toma en promedio 32 días hábiles, mientras que un proceso judicial puede tomar varios años.

Por otro lado, las costas administrativas en la conciliación, aunque involucren una infraestructura y logística sofisticada, también serán inferiores a los del proceso judicial por una razón principal: en el proceso judicial (específicamente en el proceso civil), la información sobre los hechos relevantes para configurar la pretensión de una parte deberá ser investigada por ella misma, tal como lo dispone el artículo 196 del Código Procesal Civil. Dicha actividad de investigación no será sencilla, debido a que las partes no contarán con la colaboración de la contraparte para el descubrimiento de los hechos favorables que configuren su pretensión, ya que dicha contraparte no revelará la información que le sea desfavorable. Sin embargo, en la conciliación dichos costos desaparecen debido a que las partes cuentan con los incentivos necesarios para revelar dicha información voluntariamente, tal como se detalla más adelante en la sección 5.

3.3. Costos de agencia en la representación legal

Otro costo en el que se incurre cuando se busca solucionar un conflicto es el de poner en manos del representante legal la gestión del valor de la reclamación, puesto que el representante podría maximizar el beneficio para el cliente o podría anteponer sus intereses personales en

4 Véanse los artículos 550° y siguientes del Código Procesal Civil y el último párrafo del acápite D de la sección 3.

perjuicio de aquel. Así, ya se ha dicho que «en una disputa legal [cuando] el demandante pone una reclamación legal bajo el control de un abogado, el abogado puede servir al cliente o explotarlo» (Cooter 2008. 490).

Una maximización completa del valor de la reclamación puesta en manos del abogado implica que este desarrolle todos los esfuerzos posibles; lo cual incidirá finalmente en aumentar la probabilidad de éxito del encargo. Sin embargo, podrían no existir incentivos para que el abogado cumpla este fin. Si un cliente paga un monto fijo por los honorarios de un abogado, cualquier esfuerzo adicional que el abogado esté en posibilidades de realizar se vería truncado, pues no le reportaría ningún beneficio adicional al honorario fijo. Mientras que el interés del abogado es el de realizar el menor esfuerzo posible, el del cliente es que el abogado realice el mayor esfuerzo.

La dirección de ambos intereses podrían reorientarse si se pactan honorarios contingentes, pues cualquier esfuerzo adicional del abogado redundaría en su propio beneficio adicional. No obstante, en nuestra legislación se limitan los honorarios contingentes hasta un 50%,⁵ motivo por el cual, en el mejor de los casos, cada unidad de beneficio adicional (por encima de un punto de referencia) requiere de dos unidades de esfuerzo adicional del abogado. He aquí la inevitabilidad de los costos de agencia de los patrocinios legales.

También surgen otros costos derivados del patrocinio legal. Entre abogado y cliente existe asimetría informativa, pues el cliente conoce los hechos mejor que el abogado, mientras que el abogado conoce mejor el derecho. Tal problema es trascendente, pues para que el cliente pueda tomar una decisión requiere conocer detalladamente todas las alternativas legales, mientras que el abogado, para efectuar el reclamo, necesita conocer los hechos del encargo. Sin embargo, eliminar la asimetría no es sencillo, por lo que es inevitablemente necesario invertir tiempo y esfuerzo.

Entonces, los costos de agencia son inevitables en el proceso judicial debido a que se impone a las partes que cuenten con un abogado que los patrocine, ya que la solución que se discute será una en donde se aplique el derecho. Sin embargo, en la conciliación, estos costos desaparecen, pues las partes no requieren de abogado alguno, ya que la solución a la que arribarán –en principio– no estará basada en el derecho, sino en cualquier regla que las partes apliquen libremente.

4. Costos de la demora en el proceso judicial

Para un individuo, no es lo mismo recibir S/. 100 000 hoy que esos mismos S/. 100 000 mañana y mucho menos varios años después, que es lo que tarda un proceso judicial. En nuestra sociedad, creemos que el dinero es productivo si es invertido razonablemente, por lo que no hacerlo significaría no ganar los frutos de la inversión (costo de oportunidad). En el caso del proceso judicial, las partes pretenden obtener dinero o equivalentes; sin embargo, no obtener tal pretensión instantáneamente les ocasiona perder los frutos de la inversión que habrían

5 Inciso I del artículo 35 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

realizado. Mientras más tiempo pase para que se haga efectiva la pretensión, más dinero pierde el titular de la reclamación.

Para compensar esos costos es posible que el demandante pida los intereses por el tiempo que tarde el proceso judicial. Sin embargo, la tasa de interés con la cual se compensarán será una legal, la cual no individualiza el costo real de oportunidad del sujeto que tome en cuenta sus destrezas superiores o inferiores para invertir, sino una tasa generalizada a todos los sujetos.⁶ En ese sentido, la parte vencedora, en la mayoría de las veces, nunca ve compensado satisfactoriamente el costo del tiempo del proceso y lo termina asumiendo.

En cambio, en la conciliación estos costos disminuyen porque las partes ponderan individualmente el costo de su tiempo al momento de solucionar el problema. Así, no reciben una compensación deducida con una tasa de interés legal, sino negocian un acuerdo que internaliza los costos de demora deduciéndolos con una tasa de interés valorada individualmente.

También, debemos atender a que la duración de un procedimiento conciliatorio es menor que la de un proceso judicial. Según el Código Procesal Civil, la duración estimada de un proceso de conocimiento es de 230 días,⁷ 106 días para un proceso abreviado⁸ y 15 días para un proceso sumarísimo.⁹ En la práctica, los diferentes procesos tienen una duración prolongada y no es extraño conocer de procesos que tienen una duración mayor de 3 años.

Por el contrario, el procedimiento conciliatorio tiene una duración estimada de 32 días hábiles. Divididos en dos partes: 10 días hábiles desde la petición de un procedimiento conciliatorio hasta la realización de la audiencia única.¹⁰ Así, desde la realización de la audiencia única (que puede realizarse en una o más sesiones)¹¹ hasta la expedición de un acta, el procedimiento conciliatorio no puede superar los 30 días calendarios a menos que sea pactado por las partes.¹²

5. Costos administrativos o de operación del sistema procesal

Hasta ahora, hemos visto los costos internos en los que incurre cada parte que litiga, pero no los costos en los que incurre el Estado para administrar justicia. El 2 de noviembre de 2011,

6 La existencia de una tasa de interés para cada sujeto particular ya ha sido advertida por Andrew Abel y Ben Bernanke (2004: 136) cuando indican que «*aunque en nuestros análisis teóricos hablamos "del" tipo de interés como si hubiera uno, en realidad hay muchos y cada uno de ellos depende de la identidad del prestatario y de las condiciones del préstamo*».

7 Artículos 478° y siguientes del Código Procesal Civil.

8 Artículo 491° del Código Procesal Civil.

9 Artículos 550° y siguientes del Código Procesal Civil.

10 Según los artículos 12° de la Ley y 15° del Reglamento, el procedimiento conciliatorio tiene los siguientes plazos: Un día hábil después de recibida la petición, el centro de conciliación designa al conciliador. Dicho conciliador tiene como máximo dos días hábiles para cursar las invitaciones a las partes para realizar la audiencia de conciliación. Asimismo, la audiencia de conciliación se realizará al menos 7 días hábiles después de cursadas las invitaciones. Vale la pena señalar que deben transcurrir al menos 3 días hábiles entre la recepción de la notificación y la fecha de la audiencia.

11 Artículo 21° del Reglamento.

12 Artículo 11° de la Ley.

a través de la Dirección de Prensa e Imagen Institucional del Poder Judicial, el doctor César San Martín¹³ anunció que en el año 2012 se tenía programado resolver aproximadamente un total de 1 481 000 expedientes y que el presupuesto requerido para atender esas labores ascendía a S/. 1 444 000 000 (1,51% del presupuesto general de la república correspondiente al año 2012).¹⁴ Este presupuesto comprendía todos los gastos del Poder Judicial, como los costos administrativos, sueldos de los trabajadores y magistrados, costos de capacitación y de implementación de la legislación, entre otros.

Si dividimos el presupuesto entre la cantidad de expedientes obtenemos que en promedio podría decirse que el Estado gasta alrededor de S/. 975 anuales para resolver un conflicto (este valor es meramente referencial para fines ilustrativos, pues omite otras variables que podrían alterar el resultado). Por lo tanto, se podría decir que un conflicto judicializado promedio tiene un costo administrativo o de operación del sistema procesal de S/. 975 anuales.

6. Costos de errores en los fallos

Por otro lado, como se había adelantado, existen costos derivados de los errores de los fallos judiciales. Estos errores se calculan multiplicando la cuantía de la reclamación por la probabilidad de error en el fallo, lo cual añadido a los costos administrativos son los denominados costos sociales por Robert Cooter (2008: 531):

$$C_s = C_A + P_E (C_U)$$

Donde:

- C_s : Costo social
- C_A : Costos administrativos
- P_E : Probabilidad de error en el fallo
- C_U : Cuantía del objeto del litigio

Suponiendo que la cuantía sea S/. 100 000, la probabilidad de error 20% y los costos administrativos S/. 1000, el costo social sería S/. 21 000.

Para disminuir los costos de errores en los fallos, la mayoría de países ha incorporado un sistema de apelaciones, el cual permite que los jueces superiores vigilen el desempeño de los inferiores. Sin embargo, aun cuando se disminuye el costo del error del fallo, no lo desaparece, debido principalmente a que la apelación tiene costos administrativos propios y que existe una probabilidad de error en la misma resolución de apelación. La determinación de los costos sociales con un sistema de apelación se hace de la siguiente manera:

$$C_{s'} = C_A + P_A [C_{A'} + P_{E'} (C_U)]$$

13 La información puede ser consultada en el portal virtual del Poder Judicial del Perú: <<http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=19210&opcion=detalle>>

14 En ocasión de la ceremonia de inicio del año judicial 2014, el doctor Enrique Mendoza comunicó que, durante el año 2013, el Poder Judicial ejecutó el 98.3% del presupuesto asignado para tal año (S/. 1.678.000.000) y que para el presente año, el mismo se reduciría a S/. 1.549.000.000).

Donde:

$C_{S'}$:	Costo social con sistema de apelaciones
C_A :	Costo administrativo de la primera instancia
$C_{A'}$:	Costo administrativo de la segunda instancia
P_A :	La probabilidad de apelar
$P_{E'}$:	La probabilidad de error en la apelación
C_U :	Cuantía

Así, tomando los mismos datos del ejemplo anterior, en el que la cuantía era S/. 100 000 y los costos administrativos de primera instancia S/. 1000, y suponiendo además que los costos de segunda instancia sean S/. 500, la probabilidad de error en la apelación 5% y la probabilidad de apelar 30%, entonces, el costo social con el sistema de apelaciones sería S/. 2 650. Lo principal que debemos notar a partir de este ejemplo numérico es que los costos de errores no desaparecen ni siquiera con un sistema de apelaciones, incluso si las apelaciones tuvieran menos probabilidad de error que las resoluciones de primera instancia.

Como habíamos visto, las sentencias en un proceso judicial pueden ocasionar costos para la parte perjudicada. En la conciliación, la solución propuesta y que finalmente, se plasma en el acta de conciliación tiene costos de error casi nulos pues siendo el acuerdo voluntario, las partes convalidan o rechazan ex ante cualquier error de fondo. La única posibilidad de error sería aquella derivada de los errores en las formalidades del acta.

7. La Barrera que impide conciliar: la asimetría informativa

Después de ver cuán costoso es solucionar conflictos aplicando el derecho, cabe preguntarnos por qué optamos por este mecanismo y no por otros mecanismos como la conciliación. La respuesta a esta interrogante se explica con la asimetría informativa.

Las partes de un conflicto no comparten la misma información sobre los hechos, sus intereses ni sobre sus probabilidades de éxito en un hipotético y ulterior proceso judicial. Esta disparidad de información se denomina asimetría de información e impide la transacción de la siguiente manera.

Para negociar una transacción los sujetos valorizan su reclamación a un valor actual y lo fijan como el monto mínimo o máximo que estarán dispuestos a recibir o a pagar según su lugar respecto del conflicto –demandante o demandado. Esta valoración de la reclamación se hace de acuerdo con la información que disponen las partes; por lo que, si compartieran la misma información, la valoración de ambas partes coincidiría y la transacción se realizaría. Sin embargo, la asimetría de la información hace que la valoración diverja. Si la información diverge, pueden ocurrir dos situaciones. La primera es que el demandante infravalore su reclamación y que el demandado la sobrevalore (situación pesimista). Mientras que en la segunda, el demandante podría sobrevalorar la reclamación y el demandado infravalorarla (situación optimista). En la primera situación, la transacción se realiza mientras que en la segunda, no.

No obstante, la situación más probable es la optimista, debido al fenómeno denominado *adverse selection* (Ayres 1994: 328) consistente en que el demandante no comunicará la

información que le sea desfavorable¹⁵ y cuando transmita la información que le sea favorable sin sustento probatorio contundente, la contraparte no le creerá. Esta es la razón principal que impide que las personas realicen transacciones. Sin embargo, ¿existe alguna manera de eliminar la barrera de la asimetría informativa?

8. Ventajas de la conciliación según la teoría de juegos

Hasta ahora hemos visto que el costo de la conciliación es mucho menor que el proceso judicial; sin embargo, tenemos que demostrar que la conciliación es tan efectiva o más efectiva que el proceso judicial en la solución de conflictos.

En esta sección, verificaremos de acuerdo con la teoría de juegos que la conciliación puede componer conflictos de forma más efectiva que el proceso judicial, debido a que consigue generar y repartir excedentes cooperativos y supera la barrera de la asimetría informativa.

8.1. Breve introducción a la teoría de juegos

En la vida en sociedad existen situaciones en las que los sujetos (individuos o empresas) toman decisiones previendo las decisiones que tomarán otros sujetos distintos de él con la finalidad de obtener un resultado de la situación más favorable. A estas situaciones se les denominan juegos,¹⁶ mientras que al estudio de estas, teoría de juegos.¹⁷

Para que una situación sea un juego es indispensable que cumpla con tener jugadores, estrategias, pagos e información; estos elementos harán posible arribar al equilibrio del juego. Los jugadores son sujetos racionales que toman las decisiones con la finalidad de maximizar sus pagos, no son buenos ni malos, solo buscan el resultado más favorable. Las estrategias son los cursos de acción en uno o varios turnos más favorables que pueden seguir los jugadores a lo largo del juego, dado su nivel de información. Los pagos son la utilidad que recibe el jugador después de que todos los jugadores ejecutaron sus estrategias dando por finalizado el juego. Se supone que los pagos son clasificados ordinalmente por los jugadores, quienes prefieren aquellos que brinden mayor utilidad. La información es el conocimiento que tiene el jugador sobre la situación en un momento en particular, principalmente de los pagos de los demás jugadores. Y, finalmente, el equilibrio será la combinación de las estrategias elegidas por los jugadores. Estas son las reglas de los juegos (Rasmusen: 2008: 12).

Si trasladamos este esquema del juego a la conciliación, descubrimos que los jugadores son las partes del conflicto, las estrategias son las prestaciones que cada parte puede conceder para lograr la transacción y los pagos son los beneficios para cada parte que resulta de la transacción. Veamos cómo la conciliación hace que los jugadores elijan la estrategia más beneficiosa para ambas partes.

15 Como información desfavorable entendemos a toda aquello que eleve las expectativas en la contraparte y que pueda perjudicarle en un eventual proceso legal.

16 Walter Nicholson (2007: 440) define a un juego como «una situación cualquiera en la cual los individuos o las empresas deben elegir estrategias, y el resultado final dependerá de la estrategia que elija cada persona».

17 La teoría de juegos es el estudio de la toma de decisiones de forma interactiva; aquellos que están involucrados en las decisiones están condicionados por sus propias elecciones y por las elecciones de otros (Samuelson 1998: 1).

8.2. Valoración del monto de la reclamación

En el juego de la conciliación, cada jugador valoriza la reclamación objeto de la conciliación como precio límite de su oferta. En el caso del demandante, el precio de reserva será el precio mínimo que estará dispuesto a recibir para transar, mientras que para el demandado su precio de reserva será el precio máximo que estará dispuesto a pagar para efectuar la transacción.

Las partes calculan el valor de la reclamación a partir de tres factores: a) la valoración del daño, en los casos de reclamaciones de daños y perjuicios; b) los costos del proceso judicial y del procedimiento de conciliación; y c) la probabilidad de éxito de la reclamación en sede judicial.

Estos criterios son abstraídos en el siguiente método de cálculo de valorización de la reclamación, propuesto por Robert Cooter (2008: 478-482). Esta fórmula calcula el valor esperado de la reclamación en el momento en que la reclamación está a punto de ser presentada ante un órgano jurisdiccional. Veamos el valor esperado de la reclamación calculado por el demandante si es que considera ir a un juicio:

$$VE1 = [MPI \times PI] + [MD \times (1-PI)] - CL$$

Donde:

- VE1: Valor esperado de la reclamación del demandante
- PI: Probabilidad de éxito estimada por el demandante
- MPI: Monto de los daños estimados por el demandante
- MD: Monto otorgado en caso de desestimación de la demanda
- CL: Costos del litigio

Por ejemplo, si el demandante estima los daños en \$ 250 y el demandado en \$ 200, y la probabilidad de éxito de la reclamación en sede judicial es 80% y 60%, respectivamente, el valor de reclamación del demandante y del demandado sería:

$$VE1 = (\$250 \times 80\%) + (\$0 \times 20\%) - \$40 = 160$$

$$VE2 = (\$200 \times 60\%) + (\$0 \times 40\%) - \$40 = 80$$

Este valor esperado de la reclamación, también llamado precio de reserva (Posner 2007: 856) para cada jugador es el punto límite de su oferta para transigir. Así, en este caso, el demandante, quien maximiza el monto de la reclamación, transigirá por no menos de 160 mientras que el demandado, que minimiza el monto de la reclamación, no aceptará dar más de 80. En consecuencia, en este caso el arreglo es imposible y las partes optarán por ir a un juicio. Entonces, ¿cuándo es posible un arreglo?

8.3. ¿Cuándo será posible que se consiga un arreglo?

Al existir precios de reserva a partir de los cuales se determina el rango de posibilidades de transigir para cada jugador, podemos decir que un arreglo es más satisfactorio que ir a un juicio

si se satisface la siguiente condición (Posner 2007: 858):

$$(P1 \times MPI) - CL + CT < (P2 \times MP2) + CL - CT$$

Donde:

- P1: Probabilidad de éxito estimada por el demandante
- P2: Probabilidad de éxito estimada por el demandado
- MPI: Monto de los daños estimados por el demandante
- MP2: Monto de los daños estimados por el demandado
- CL: Costos del proceso para ambas partes
- CT: Costos de transigir para ambas partes

Esta desigualdad muestra en el primer término el precio de reserva del demandante para transigir, mientras que el segundo término muestra el precio de reserva del demandado, quien no estará dispuesto a incrementar en una transacción antes de ir a un juicio. En conclusión, habrá posibilidad de transigir únicamente si el precio de reserva del demandado es mayor que el del demandante. A esta condición la denominaremos condición de cooperación.

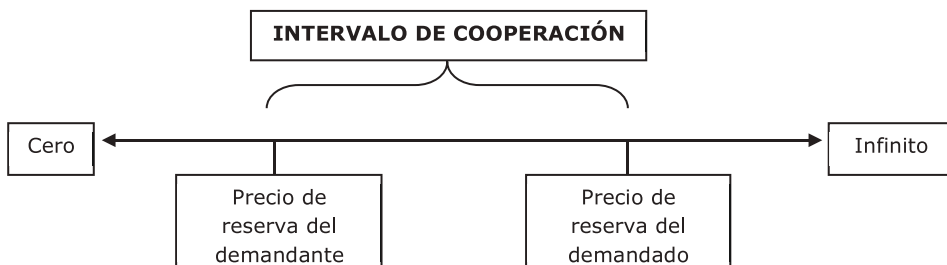
8.4. Excedente cooperativo

Dejando de lado los casos en los que la condición de cooperación no se cumple, la distancia entre los precios de reserva de los jugadores forma un intervalo de cooperación. Dentro de este intervalo hay un conjunto denso de posibles soluciones para transigir, en donde el beneficio de ambos jugadores será mayor que si fueran a juicio.

Este excedente cooperativo se explica, debido a que ir a juicio significa incurrir en gastos mucho más grandes que los referidos a la transacción. Como se vio en la tercera sección de este artículo, el proceso judicial tiene costos y costas del proceso, costos de agencia, de demora, de operatividad del sistema y de errores de sentencias, de lejos superiores que los del procedimiento de conciliación.

Así, podemos concluir que el intervalo cooperativo brinda mayores pagos a los jugadores debido a que los costos de la solución del conflicto son mucho menores. Veamos un gráfico de este intervalo:

Gráfico N°. I



Cualquier solución dentro del intervalo delimitado por los precios de reserva de ambos jugadores brinda mejores pagos; sin embargo, existe una razón muy fuerte para que los jugadores no cooperen para lograr una transacción. A esta la denominamos la barrera de la asimetría informativa.

8.5. La asimetría de información y la cooperación

La asimetría de información consiste en que las partes no tienen un conocimiento común de la información relevante para valorizar su reclamación y, en consecuencia, no conocen la valorización de la reclamación que hace el otro jugador. Así, con asimetría de información, las partes poseen información que no comparten, poseen información privada.

En ese sentido, la asimetría de información hace que las valorizaciones de la reclamación diverjan. Así, una infravaloración de los daños por parte del demandado desplaza el precio de reserva a la izquierda, mientras que una exacerbación del éxito de la reclamación en una instancia judicial por parte del demandante desplaza su precio de reserva a la derecha.

Frente a esta asimetría de información, los jugadores pueden optar por cooperar para eliminar tal asimetría y revelar información privada de forma voluntaria para conseguir mayores pagos; sin embargo, su comportamiento racional les impide hacerlo por el fenómeno de *adverse selection*, consistente en guardar información privada desfavorable y revelar la favorable para aumentar o disminuir, según sea el caso, la valorización de la reclamación de la otra parte.

Este comportamiento tiene dos explicaciones prácticas: *a)* las partes guardan la información desfavorable con la finalidad de alterar la valorización de la reclamación de la contraparte; y *b)* para evitar que la información desfavorable revelada sea usada posteriormente por la contraparte en un futuro proceso judicial.

Por ejemplo, un titular de la reclamación de daños y perjuicios tiene incentivos para no revelar un radiografía que demuestre que los daños son ínfimos, pues así podría lograr que la valorización de la reclamación del demandado sea alta y además se aseguraría de que tal radiografía no sea usada contra él mismo en un proceso judicial posterior.

8.6. La solución del conciliador

Como se ha visto, la principal razón por la que no se solucionan los conflictos de forma cooperativa con transacción es que las partes tienen información privada que impide generar excedentes cooperativos. Asimismo, vimos que la revelación de la información privada tiene un impedimento denominado *adverse selection*. Frente a ello, surge la figura del conciliador como un canal de comunicación de la información privada que no origine *adverse selection*. Veamos cómo.

El conciliador elimina *adverse selection* de la siguiente manera (Ayres 1994: 328):

- a)* Primero, hace las veces de depositario de información privada, por lo que las partes tendrán menos temor de que la información revelada al conciliador sea usada por la contraparte en un proceso judicial posterior. Para que ello sea efectivo es necesario que el conciliador se obligue a no difundir la información revelada a la contraparte.

- b) Una vez que tiene la información suficiente, podrá evaluar si los precios de reserva permiten que exista o no un intervalo de cooperación. Si este no existe, debe dar por terminada la conciliación.
- c) Si determina que el intervalo de cooperación existe, dividirá el excedente cooperativo de forma equitativa o como lo hayan preestablecido las partes.

La idea central que está detrás es que el conciliador puede estar más cercano a la simetría de información sin riesgos para las partes. Asimismo, el conciliador puede hacer que las partes incluyan en la valoración de la reclamación datos más exactos sobre los costos de un proceso judicial.

En ese sentido, las partes arribarían a una solución del conflicto menos costosa para ambas que acudiendo a un proceso judicial.

9. La conciliación en el Perú

Como hemos visto, en Perú, el proceso judicial no es necesariamente el mecanismo más eficiente para resolver nuestros conflictos debido a que las barreras identificadas lo convierten costoso para los litigantes. Por el contrario, la teoría de juegos nos permite sostener que es posible alcanzar un resultado óptimo cuando las partes realicen concesiones recíprocas más no sacrificios, en mutuo beneficio, lo cual nos permite obtener un resultado ganador-ganador.

En tenor del anterior párrafo, la vigésima octava política de Estado contenida en el Acuerdo Nacional señala que es obligación del Estado difundir la conciliación y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como una forma de mejorar el sistema de administración de justicia.

Ahora bien, es válido preguntarnos si la regulación vigente de la conciliación en el Perú nos permite arribar a esos resultados.

9.1. Elementos de la conciliación

Para responder eso, resulta necesario definir lo que entendemos por conciliación. Al respecto, el artículo 5 de la Ley define a la conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un centro de conciliación extrajudicial para que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Por otro lado, la conciliación extrajudicial ha sido definida por algunos como un mecanismo democrático de resolución de conflictos, debido a que asegura una adecuada interacción entre las partes, en la que estas «[...] se conocen, comprenden sus alternativas e intercambian información sobre sus intereses; luego pasan a una etapa creativa en la que no pueden crearse barreras, sino por el contrario debe permitirse que las ideas fluyan libremente; finalmente, se pasa a una etapa de discusión, de confrontación de ideas, no de posiciones, para determinar cuál de todas las opciones será la que ponga fin al conflicto» (García Montúfar 1995).

Así, de acuerdo con lo señalado por nuestra legislación y la doctrina nacional, la conciliación consiste en un mecanismo que tiene la finalidad de solucionar conflictos en un centro de conciliación, para lo cual se ejecutan los siguientes pasos: a) las partes evalúan sus alternativas,

b) intercambian información, c) discuten soluciones y, finalmente, d) deciden la solución que pondrá fin al conflicto.

9.2. Fines de la conciliación

El mecanismo de solución de conflictos estudiado tiene como finalidad la satisfacción de intereses particulares a través de la obtención de un acuerdo consensuado. Sin embargo, dicho fin principal está interrelacionado con otros fines complementarios: a) descongestionar el aparato jurisdiccional del Estado; b) acelerar la solución de conflictos; c) promover la fluidez de las transacciones comerciales; d) reducir la onerosidad de los litigios judiciales; e) fomentar un mayor acceso de la población a la justicia; y (e) empoderar a los ciudadanos.

Con esto, podemos observar que el objetivo de la conciliación no radica en desplazar al proceso judicial como medio de solución de conflictos por excelencia, debido a que muchos de sus fines accesorios buscan complementar y facilitar la tarea de los jueces en los tribunales judiciales. Lo interesante de la conciliación, en este caso, es que soluciona los conflictos sin deteriorar la relación que mantienen las partes afectadas. Una consecuencia de ello es que en la conciliación el conciliador «no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente, pacífica» (Gozaíni 2007: 46).

Vale la pena resaltar que nuestro ordenamiento jurídico dispone que determinadas materias¹⁸ no se puedan conciliar, dejándose estas en manos de las autoridades jurisdiccionales competentes.

9.3. Problemas de la regulación de la conciliación en el Perú

Aunque la regulación de la conciliación en nuestro país recoge la noción e identificación de fines de la conciliación que acabamos de mencionar, ésta no ha tenido la acogida ni el éxito esperado al ser instaurada.¹⁹ Sobre este punto, se ha pronunciado De Belaunde (2006: 153):

[...] deberíamos estar en capacidad de evaluar si la conciliación prejudicial obligatoria, implementada con muchos costos para los litigantes, ha sido o no eficaz, ha satisfecho o no las expectativas de procurar una alternativa para acceder a la justicia, fomentar una cultura de paz en los litigantes y descongestionar a los tribunales ordinarios. Sin perjuicio de corregir impresiones con cargo a un informe de evaluación, podemos adelantar, coincidiendo con la mayoría, que *la obligatoriedad de la conciliación, junto con la falta de un adecuado sistema de control de los centros de formación de conciliadores y de los mismos centros de conciliación, así como la baja calidad del promedio de los conciliadores, son las causas más directas del actual desprestigio de esta institución*. Lo que ha hecho de la conciliación una barrera de acceso a la justicia, en lugar de una alternativa. (Las cursivas son nuestras)

En ese sentido, podemos recoger dos aspectos centrales que explicarían por qué la conciliación ha fracasado en nuestro país. Estos son los siguientes: a) la obligatoriedad del procedimiento conciliatorio como barrera de acceso a la justicia y contradictoria al principio de

¹⁸ Artículo 7-A de la Ley y el artículo 8 su Reglamento, Decreto Supremo 014-2008-JUS.

¹⁹ Según datos del Ministerio de Justicia, el alarmante nivel de inasistencias es del 70% de las conciliaciones solicitadas durante el año 2010. Véase: Miranda 2011: 49).

autonomía de la voluntad; b) la prohibición de que personas jurídicas con fines de lucro actúen como conciliadores; y c) la baja capacitación y especialización de los conciliadores.

a) La obligatoriedad del procedimiento conciliatorio

Existen varios motivos por los cuales un procedimiento conciliatorio obligatorio es de por sí más ineficiente que un procedimiento conciliatorio voluntario. En efecto, como reconocen Buscaglia y Ratliff (2000: 81), cuando se impone la conciliación no se provee un incentivo adecuado para que las partes sean sinceras sobre el caso. Así, las ventajas de los mecanismos de solución de conflictos alternativos como la flexibilidad procedimental, bajo costo, mayor acceso para sectores marginados y un foro predecible para la solución de conflictos, suelen desaparecer. Si bien en esta ocasión los autores se refieren a la conciliación impuesta por orden judicial, consideramos que esta situación es análoga a que la conciliación sea impuesta por mandato legal.

En efecto, la obligatoriedad del procedimiento conciliatorio dificulta la flexibilidad del mismo, aumenta los costos en que incurrirá un ciudadano si quiere solucionar sus problemas, disminuye la posibilidad de que los sectores marginales accedan a un procedimiento conciliatorio de calidad debido al excesivo costo y no garantiza que los obligados al acudir a la conciliación cambien de opinión con respecto a la manera de solucionar su conflicto. Asimismo, permite que aquellas partes que tienen la intención de extender el proceso cuenten con una etapa adicional que les ayude a conseguirlo.

A pesar de lo dicho, el legislador consideró que imponer el agotamiento de la conciliación como requisito para acceder a la jurisdicción podría desincentivar el que se acuda al proceso. Ello se sustenta en el costo adicional²⁰ al proceso. En efecto, incluso cuando el demandante no tiene intención en conciliar, este debe incurrir en el costo adicional de asistir a un centro de conciliación y simular un intento de conciliación. Sin embargo, el costo adicional de acudir a un centro de conciliación es marginal respecto al costo total del proceso judicial, como para que sirva para desincentivar de manera efectiva que el demandante inicie un proceso judicial.

Además, consideramos que no es razonable que se intente desincentivar acudir al proceso judicial con una norma que impone la obligatoriedad de un mecanismo de solución de conflictos. En efecto, si el 70% de los casos de conciliación durante el año 2010 concluyen por inasistencia de las partes —lo que demuestra que un gran porcentaje de demandantes inician el procedimiento conciliatorio solo porque es un requisito para que proceda su demanda—, ¿es razonable que se imponga a las partes el costo de pasar por un procedimiento conciliatorio inútil? Recordemos que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental y una garantía constitucional, lo que impone un deber en el Estado de garantizar y facilitar su ejercicio, lejos de poner trabas a su acceso.

Finalmente, la obligatoriedad de la conciliación asegura un grado de demanda que desnaturaliza las características de la oferta de los centros de conciliación, lo que explicamos a continuación.

20 El procedimiento conciliatorio con una audiencia tiene una duración (en promedio) de 51 días calendario. Siendo que 15 días útiles (a veces, 20 días) antes de la audiencia de conciliación y 30 días correspondientes a la audiencia. Además, los montos son variables, siendo S/. 500 el promedio.

Al igual que los servicios de carpintería, los de mecánica o los de abogacía, la conciliación también es un servicio que se oferta al público. Así, existe un mercado de los servicios de conciliación en el que distintos sujetos que brindan el servicio compiten entre sí para captar la mayor demanda posible. Al establecerse que el procedimiento conciliatorio es un requisito de procedibilidad para el proceso judicial,²¹ se obligó a que las partes tengan que acudir necesariamente a él, aun cuando estas no tengan la intención de conciliar o que no cumplan con la condición de conciliación explicada anteriormente. Esto originó un incremento artificial de la demanda lo que, a su vez, generó la proliferación de centros de conciliación.

Así, hay una cantidad de usuarios que no desean conciliar, pero acuden a un centro de conciliación con la única finalidad de cumplir con el requisito de procedibilidad del proceso judicial. Frente a este tipo de demanda, los centros de conciliación se han concentrado en ofrecer la expedición de un acta de conciliación lo más rápido posible y al menor precio.

Descubrir información privada, evaluar el intervalo de cooperación y dividir excedentes cooperativos ha pasado a segundo plano. Este fenómeno no ocurre solo en nuestro país, puesto que ya ha ocurrido en Francia y España, lo cual ha motivado que estos países retornen a la conciliación facultativa (Gozaíni 2007: 62).

b) La prohibición de que personas jurídicas con fines de lucro presten servicios de conciliación

En segundo lugar, la regulación actual ha excluido a las personas jurídicas con fines de lucro de la posibilidad de brindar el servicio de conciliación.²² Esta exclusión ha dejado fuera del mercado cualquier posibilidad de inversión privada.

No sabemos cuál fue la motivación de esta norma; sin embargo, creemos que no existe ninguna incompatibilidad a priori entre el servicio de la conciliación y la actividad privada, puesto que el acuerdo conciliatorio es un acuerdo voluntario de los interesados.

Por el contrario, creemos que impedir que personas jurídicas con fines de lucro brinden el servicio de conciliación, lejos de ser beneficioso para la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es perjudicial, puesto que para que este servicio sea prestado de manera más eficiente se requerirá de una gran inversión en recursos, infraestructura, capacitación del personal, capacidad económica para afrontar cualquier responsabilidad, entre otros.

c) Baja calidad y especialización de los conciliadores

En el Perú, muchos abogados desempleados vieron a la conciliación como una fuente de trabajo. Así, el número de conciliadores y centros de conciliación aumentaron exorbitantemente en los últimos años.²³ Sin embargo, el Ministerio de Justicia no recibió una cantidad de fondos

21 Artículo 6° de la Ley.

22 Artículo 24° de la Ley.

23 Inicialmente, se dudó de que el número de conciliadores y centros de conciliación no fuesen suficientes para satisfacer la alta demanda de futuros litigantes. Entre 1998 y 1999 existían en Lima solo 23 centros de conciliación privados autorizados por el Ministerio de Justicia en Lima y 41 a nivel nacional se (Vigo 1998: 181). En esa

públicos adecuado para regularlos.²⁴ En consecuencia, era muy recurrente observar el cobro de tasas diferentes entre los diferentes conciliadores a pesar de que el artículo 50 del Reglamento estableciera que dichos centros solo podían cobrar las tarifas que el MINJUS aprobara previamente. Por otra parte, también se pudieron observar tasas sumamente bajas cobradas por conciliadores desesperados por conseguir trabajo (Opie 2003: 617).

El artículo 22 de la Ley establece como requisito para ser acreditado conciliador, entre otros, el haber aprobado el curso de formación y capacitación de conciliadores, dictado por una entidad autorizada por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, consideramos que el cumplimiento de este requisito es insuficiente para garantizar que dicho conciliador pueda proponer alternativas creativas a sus clientes.

Entonces, es imprescindible que el conciliador tenga cualidades personales que ayuden a que las partes decidan conciliar y esto no se conseguirá automáticamente con la aprobación de un curso. En ese sentido, los potenciales litigantes perderían una gran oportunidad de encontrar una solución menos costosa y más satisfactoria que el proceso judicial, debido a la falta de vocación de los conciliadores que recurren a esta institución con la sola finalidad de aliviar sus necesidades, producto del desempleo.

Por otra parte, con el transcurso de los años y la globalización, las materias conciliables se van volviendo cada vez más complejas. Por lo que es necesario que los conciliadores tengan los conocimientos técnicos y las aptitudes personales necesarias para atender estas nuevas demandas del mercado. Sin embargo, la Ley no atiende estas necesidades actuales y, en consecuencia, desincentiva a que más gente capacitada sirva de conciliadora.

Una de las funciones del conciliador, como hemos referido, es la de proveer alternativas a las partes con el fin de que estas puedan transar con mayor facilidad. Esto, sin embargo, solo podrá hacerlo un especialista en la materia. Así, si el conflicto a conciliar involucra temas de ingeniería en un contrato de obra, un conciliador no especializado difícilmente podrá ofrecer alternativas atractivas para las partes.

Pues bien, si las partes tienen que elegir entre los conciliadores acreditados, difícilmente podrán encontrar algún técnico especializado que sea idóneo para ayudarlos a conciliar. En realidad, siendo que el conflicto es eminentemente de interés privado, las partes deberían tener el derecho de solicitar el servicio de conciliación a quien ellos prefieran. De esta forma, los conciliadores procurarán mejorar sus servicios, formarse una reputación y aumentar su demanda.

9.4. Desregulación de la conciliación

En resumen, para que una conciliación pueda funcionar eficientemente como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, consideramos que es esencial que sea facultativa y que el servicio pueda ser prestado por personas jurídicas con fines de lucro.

misma línea, en el año 2003, existían once mil conciliadores acreditados y 471 centros de conciliación (Opie 2003: 617). No obstante, en el año 2011, el número de centros de conciliación privados ascendió a 635 y el número de centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia a 74. Es decir, el número de centros de conciliación aumento 17 veces entre 1998 y 2011. La información puede ser consultada en <http://www.minjus.gov.pe/noticias/01-09-2011/se-inicia-obligatoriedad-de-la-conciliacion-extrajudicial>.

24 El artículo 19-B de la Ley autoriza al MINJUS a imponer sanciones a los centros de conciliación. En el artículo 26 de la misma Ley se le reconoce como el encargado de autorizar, registrar y supervisar dichos centros de conciliación.

La actual regulación en el mercado del servicio de conciliación impone costos a las partes y desincentiva su uso. Ha creado demanda artificial, una oferta mediocre y ha excluido de esta última a las personas jurídicas con fines de lucro. El resultado de ello ha sido que la conciliación se ha desnaturalizado a un requisito de procedibilidad poco útil y formalista, que impone una barrera al acceso a la justicia.

Es necesario recordar que la regulación de un mercado es un camino que se debe tomar únicamente cuando «existen razones para creer que no es posible que se desarrolle competencia en un determinado mercado» o «cuando el costo de imponer un cierto tipo de regulación —cualquiera que este sea— fuera menor que el costo de no imponerlo» (Haro 2005: 157).

Por el contrario, considerando que la disminución de la carga procesal es de interés nacional,²⁵ la función deseable del ordenamiento es propiciar un marco legal que permita a la población acceder libremente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación. En efecto, mientras más atractivos sean estos mecanismos en comparación con el proceso judicial, más van a ser utilizados como alternativas.

10. A Modo de Conclusión

Sin duda alguna, es evidente que incentivamos el uso de la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos. De encontrarse el excedente contributivo, lo recomendable es conciliar debido a que dicho remedio brinda una respuesta satisfactoria a nivel individual y social, como hemos visto.

La incorporación de la conciliación en nuestro ordenamiento jurídico nos exige difundir sus ventajas, facultades y demás características a la población. En ese sentido, la experiencia reciente nos ha demostrado que a medida que las personas tengan mayor información sobre la eficacia y ventajas que le podría proporcionar la conciliación, aquellas recurrirán a esta para solucionar sus conflictos. No obstante, podemos constatar que la mayoría de las personas en nuestro país no conocen dichos aspectos de la conciliación, es decir, no son conscientes de que pueden solucionar sus controversias de una forma diferente.

Lamentablemente, muchas veces, desconfiando de la eficacia de la conciliación, las partes prefieren —en algunas ocasiones, inconscientemente— judicializar sus conflictos y son apoyados por sus abogados, quienes incentivan el optimismo de sus patrocinados y anulan el *animus negotiandi*. Ello trae como consecuencia que en las audiencias no se llegue a ningún acuerdo, que se obstaculice la tarea y el desempeño del conciliador o que simplemente dicha audiencia se dé por concluida debido a inasistencia de alguna de las partes.

Es preciso que tanto el Ministerio de Justicia como los centros de conciliación corrijan y fortalezcan las falencias que hemos presentado e inicien campañas para cultivar una cultura proconciliadora entre los ciudadanos y difundan exhaustivamente los beneficios de la conciliación.

²⁵ Artículo 1° de la Ley.

11. Bibliografía

- ABEL, Andrew y Ben BERNANKE
2004 *Macroeconomía*. Cuarta edición. Madrid: Pearson Addison Wesley.
- ARIANO, Eugenia
2003 «¿Empresa-justicia? (Reflexiones sobre los denominados mecanismos alternativos de resolución de los conflictos)». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- 2001a «Notas sobre la conciliación 'educativa'». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- 2001b «Conciliación obligatoria». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- AYRES, Ian y Jennifer BROWN
1994 «Economic rationales for mediation». *Virginia Law Review*. Charlottesville, 1994, volumen 80, número 2. Consulta: 14 de octubre 2014.
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2528&context=fss_papers
- BARBOSA, José Carlos
2008 «La significación social de las reformas procesales». *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número 10.
- BULLARD, Alfredo
2003 «Contrato e intercambio económico». En: *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, pp.267-285.
- BUSCAGLIA, Edgardo y William RATLIFF
2000 *Law and economics in developing countries*. California: Hoover Institution Press.
- CÁRDENAS, José Miguel
2005 «¿El nuevo reglamento de la ley de conciliación extrajudicial resuelve los problemas de esa institución? Conciliación y arbitraje. Doctrina y jurisprudencia». *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Número 45.
- CARNELUTTI, Francesco
1944 *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTHEA. Tomo I, número 14.
- CHIARLONI, Sergio
2004 «Estado actual y perspectiva de la conciliación extrajudicial». *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número 7.

COOTER, Robert.

2008 *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

DE BELAUNDE, Javier

2006 *La reforma del sistema de justicia: ¿En el camino correcto?* Lima: IPSM-KAS.

GARCÍA, Juan

1995 «La conciliación al interior del mercado». *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, año 3, número 5, pp. 167-182.

GIMENO, Vicente

1990. «Pasado, presente y futuro de la justicia civil». *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 91-100.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2007 «La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico». *Lima Arbitration*. Número 2, pp. 204-205.

GONZÁLES, Atilio

1994 «Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú». *Ius et praxis*. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, número 24.

GOZAÍNI, Osvaldo

2007 «Métodos diferentes al proceso para resolver conflictos entre personas: ¿son un tema procesal?». *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*. Lima, número 1, pp. 31-50.

1998

«La conciliación en el Código Procesal Civil de Perú: teoría y técnica». En *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

HARO, José Juan

2005 «Contra los excesos de la regulación económica: sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 50, pp. 151-167.

MINISTERIO DE JUSTICIA

2011 «Se inicia obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en Ica». Portal del Ministerio de Justicia. Consulta: 20 de setiembre de 2014.
<http://www.minjus.gob.pe/noticias/01-09-2011/se-inicia-obligatoriedad-de-la-conciliacion-extrajudicial>

MIRANDA, Guillermo

2011 «La importancia de la conciliación extrajudicial. A propósito de los tres años de vigencia de la reforma de la conciliación en el Perú». *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 124.

NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

2004 Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional con su guía para su incorporación al derecho interno y utilización. Nueva York: CNUDMI.

NICHOLSON, Walter

2007 *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*. Novena edición. México D.F.: Thomson.

OPIE, Joss

2003 «Calidad, ideología y paz: un estudio cualitativo sobre el centro de conciliación: IPRECON y la conciliación extrajudicial en el Perú». *Derecho PUCP*. Lima, número 56, pp. 615-658.

ORMACHEA, Iván

1997 «La conciliación privada como mecanismo de acceso a la justicia». En *Acceso a la Justicia*. Lima: Poder Judicial.

OVALLE, José

1996 *Teoría general del proceso*. Sexta edición. México D.F.: Harla.

PODER JUDICIAL. DIRECCIÓN DE IMAGEN Y PRENSA

2011 «Poder Judicial incrementará resolución de expedientes en 26 por ciento en el 2012». Portal del Poder Judicial. Consulta: 20 de setiembre de 2014
<http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=19210&opcion=detalle>

POSNER; Richard

2007 *Análisis económico del derecho*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.

PRIORI, Giovanni

2008 «Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 58, pp. 123-143.

RASMUSEN, Eric

2008 *Games and information: An introduction to game theory*. Oxford: Blackwell Publishing.

REGGIARDO, Mario y Fernando LIENDO

2012 «Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 62, pp. 223-234.

SAMUELSON, Larry

1998 *Evolutionary games and equilibrium selection*. Massachusetts: The MIT Press.

SIERRALTA, Aníbal

1999 «La negociación en el proceso conciliatorio». *Derecho PUCP*. Lima, número 52, pp. 131-158.

VESCOVI, Enrique

1997 «La conciliación, la mediación y otras alternativas de composición judicial». En *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Centro de Mediación de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

VIGO, Renzo

1999 «¿Estamos preparados para asumir el reto de la conciliación?» *Derecho PUCP*. Lima, número 52, pp. 181-188.

COMENTARIOS

Carlos Glave Mavila

Magíster por la Queen Mary University of London y profesor del Departamento Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo trata un tema de particular importancia en tanto que la conciliación extrajudicial es una herramienta que puede ser de mucha utilidad para el sistema de justicia peruano pero que, sin embargo, como correctamente se plantea en el trabajo, no se está implementando eficientemente. El trabajo es, además, novedoso en tanto que propone la aplicación de la teoría de juegos al procedimiento conciliatorio.

En este sentido, en primer lugar, estoy plenamente de acuerdo con la principal preocupación que propone el punto de partida del trabajo: la necesidad de encontrar escenarios dentro de un conflicto que hagan eficiente y viable un acuerdo conciliatorio. Para ello, resulta novedosa e interesante la aplicación de la teoría de juegos.

Ahora bien, como correctamente se menciona en el trabajo, para tener un sistema eficiente en el que se aplique la teoría de juegos, el rol del conciliador es esencial puesto que requiere de una capacitación adecuada para que se encuentre en condiciones de determinar cuándo las partes de un conflicto pueden efectivamente llegar a un acuerdo conciliatorio.

Como también lo indica el trabajo, es cierto que esto no sucede en la actualidad. Los procedimientos conciliatorios son, en la mayoría de casos, una formalidad a la que las partes están obligadas a seguir antes de presentar una demanda judicial. Las partes no ven en el procedimiento conciliatorio una verdadera posibilidad de solución al conflicto existente. Probablemente, no lo sientan así, porque el propio conciliador no ofrece un adecuado servicio que, más allá de cumplir con las formalidades de ley, haga viable la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto. Los conciliadores, como sugieren los autores, únicamente brindan un servicio que se centra en cumplir con las formalidades de la ley para que el procedimiento sea válido y luego se pueda iniciar un proceso judicial. Los conciliadores no van más allá y buscan efectivamente entender el conflicto y, con base en la información que puedan obtener, identificar la viabilidad de un posible acuerdo. Al no hacerlo, en estricto, no se realiza el procedimiento conciliatorio como un auténtico mecanismo de resolución de conflictos.

Para que esto cambie, como adecuadamente se indica en el texto, es indispensable la capacitación de los conciliadores. La capacitación de los conciliadores es parte de la necesidad de hacer atractivo el mercado. Es decir, que el servicio que ofrecen los conciliadores sea atractivo para quienes contraten sus servicios y no solamente exista el interés de cumplir con una formalidad previa a una demanda judicial.

En este sentido, haber aprobado un solo un curso de capacitación y formación no es suficiente. Se requeriría de una capacitación continua. Principalmente, es indispensable la especialización de los conciliadores, quienes deben estar en capacidad de conocer la

problemática del conflicto para manejar la información correspondiente y estar en capacidad de aplicar la teoría de juegos a efectos de identificar la posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto. Encuentro muy acertado que se proponga como parte de la capacitación de los conciliadores el hecho de que los mismos sean especialistas en las materias que son sometidas a un procedimiento de conciliación.

Es interesante también que, a efectos de profesionalizar el servicio de conciliación, se proponga que el mismo pueda también ser brindado por personas jurídicas con fines de lucro. Como se indica en el trabajo, no existe incompatibilidad lógica para que el servicio no pueda ser prestado por personas jurídicas con fines de lucro en tanto que se trata de un servicio que está dirigido a alcanzar un acuerdo voluntario entre las partes de un conflicto privado. Por ejemplo, no existe incompatibilidad para que un conflicto privado sea resuelto por medio de un arbitraje (que es un mecanismo privado de solución de conflictos), en el que las partes pagan los servicios de los árbitros y de entidades que administran el arbitraje. En esa misma línea, no existe incompatibilidad para que el servicio de conciliación sea prestado por personas jurídicas que tengan fines de lucro y que, por ello, al competir en el mercado, se preocupen por estar capacitados y ofrecer un servicio eficiente.

Finalmente, entiendo que la principal propuesta de los autores es adecuada en un escenario distinto del actual. El trabajo tiene como primera propuesta que la conciliación no debe ser obligatoria, que debe ser voluntaria y que, por ello, únicamente sería llevada a cabo por aquellas partes que estén interesadas en alcanzar un acuerdo. Entiendo que esto es cierto. Sin embargo, en la realidad, la conciliación extrajudicial que en la mayoría de casos termina siendo un procedimiento que únicamente se sigue para cumplir una formalidad, es también una oportunidad para tener un acercamiento con la otra parte del conflicto. De esta manera, los casos que no son complejos pueden terminar resolviéndose a través de una conciliación a la que una parte (que estaba decidida a demandar) se vio obligada a invitar a conciliar.

Por ello, una conciliación voluntaria es efectivamente el mejor escenario, pero para que se establezca deben presentarse antes otros supuestos, como garantizar la especialización y capacitación de los conciliadores. Pero más allá de la propia regulación de la conciliación, antes también deben presentarse supuestos que hagan que el sistema de justicia funcione adecuadamente. Por ejemplo, la implementación de un proceso civil esencialmente oral me parece un requisito indispensable para que una conciliación voluntaria cobre sentido. Con el actual proceso civil escrito, la conciliación extrajudicial (que, como está regulada, exige que la parte invitada asista a la conciliación, al menos, con la única intención que no opere una presunción relativa de verdad sobre los hechos en su contra en el futuro proceso judicial) es en algunos casos la única oportunidad que tienen las partes, sus representantes o sus abogados para sentarse a conversar sobre el conflicto existente. Una conciliación voluntaria haría también que algunos casos muy simples eviten el inicio de un proceso judicial.

En líneas generales, me parece acertada la propuesta de una conciliación voluntaria. Pero soy de la opinión que para que ello ocurra es necesario realizar ciertos cambios no únicamente en la regulación de la conciliación, sino también en el sistema procesal en general.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Deseamos iniciar este breve texto agradeciendo la valiosa apostilla que recibimos del profesor Carlos Glave Mavila. Sin duda, el intercambio de ideas durante el coloquio de presentación de nuestro trabajo, así como su comentario escrito enriquecieron nuestra perspectiva en torno a nuestro tema de investigación.

Del mismo modo, agradecemos al profesor Huáscar Ezcurra Rivero y al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), en la persona de Aarón Verona Badajoz y Amanda Mujica Coronado, por la atención prestada al presente trabajo, a pesar de nuestra juventud y falta de experiencia.

A continuación, procederemos a realizar una respetuosa réplica al comentario del profesor Carlos Glave Mavila a nuestro artículo *La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la Teoría de Juegos y el Análisis Económico del Derecho*.

Mediante esta breve réplica, pretendemos dar respuesta a los siguientes dos comentarios:

- a) En un contexto como el peruano, la conciliación extrajudicial obligatoria constituye una oportunidad para tener un acercamiento con la otra parte del conflicto.
- b) A fin de que la conciliación extrajudicial voluntaria surta los efectos deseados, se requiere que el sistema judicial peruano funcione adecuadamente, lo cual podría ser conseguido, entre otros, con la implementación de un proceso civil esencialmente oral.

Con respecto al primer comentario,¹ opinamos que es una verdad a medias el hecho de que la conciliación extrajudicial obligatoria constituya una oportunidad para que las partes tengan un acercamiento, lo que explicamos a continuación.

Como indicamos en el acápite 5.3 de nuestra investigación, las partes solo podrán transigir si es que se presenta una condición de cooperación, esto es, cuando el precio de reserva del demandado sea mayor que el del demandante. En dicho escenario, un procedimiento conciliatorio tendría altas probabilidades de tener éxito. Por el contrario, si la condición de cooperación no se presenta en el caso en concreto, esto es, si el demandado tiene un precio de reserva menor —el cual no está dispuesto a modificar— que el del demandante, la posibilidad de éxito de la conciliación es nula.

Entonces, si convenimos en que las partes son quienes mejor conocen sus propios intereses,² corresponde preguntarnos: ¿Cuáles serían los efectos de imponer un procedimiento

1 Como se puede observar en el Diario de Debates de la Primera Legislatura Ordinaria de 1997 (jueves 11 de setiembre de 1997), similar opinión —a la del profesor Carlos Glave Mavila— tuvo el congresista de la república e impulsor de la conciliación extrajudicial obligatoria Jorge Muñoz, para quien: «Aunque la conciliación fracasase totalmente, por lo menos se conseguirá que las partes tengan un acercamiento».

2 «Los individuos son racionales. Comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, y donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin. Ello exige que los individuos

conciliatorio obligatorio a los litigios que cumplen la condición de cooperación y a los que no lo cumplen?

En los conflictos en los que se cumple la condición de cooperación, la regla impuesta por nuestro legislador no tendrá ningún efecto. En dichos casos, las partes habrán realizado un procedimiento conciliatorio que tendría altas posibilidades de éxito. Por tanto, el hecho que fuera voluntario u obligatorio es irrelevante.

Por otro lado, en los conflictos en los que no se cumple la condición de cooperación, la imposición de un procedimiento conciliatorio perjudica a las partes, ya que únicamente incrementa los costos que las mismas deben asumir antes de iniciar un proceso judicial, porque dicha regla las obliga a invertir tiempo y dinero en un procedimiento que, a pesar de las buenas intenciones de una de las partes así como de los intentos del conciliador, no arribará a un acuerdo que dé por concluidas sus diferencias; y, más grave aún, retrasaría de forma injustificada su derecho a interponer su reclamación ante un tribunal competente.

En dicho escenario, sucederán gravísimas anomalías que afectarán al menos a una de las partes del conflicto, como serían las siguientes:

- a) En primer lugar, pese a que podrían no tener ningún interés en conciliar ni ceder en sus respectivas posiciones, las partes acudirán a la audiencia de conciliación con la única finalidad de evitar que opere la presunción relativa de veracidad en el proceso judicial de los hechos alegados por la contraparte que sí asistió al procedimiento de conciliación; y evitar que el juez les imponga una multa no menor de dos ni mayor de diez URP por no haber asistido a la mencionada audiencia.³
- b) En segundo lugar, pese a que podría no tener ningún interés en conciliar ni ceder en sus respectivas posiciones, el demandado acudiría a la audiencia de conciliación con la única finalidad de que el juez no le impida plantear una reconvencción en el proceso judicial.⁴

Por lo expuesto, opinamos que la conciliación extrajudicial obligatoria no puede sustentarse en torno a que esta constituye una oportunidad para que las partes tengan un acercamiento, toda vez que, como hemos demostrado, dicha imposición obliga a las partes a incurrir en injustificados costos de tiempo y dinero, pese a que al menos uno de ellos ejerció su legítima opción de no negociar.

saben lo que quieren, saben lo que no quieren, saben cómo conseguir lo que quieren y evitar lo que no quieren, y se comportan de acuerdo a lo que saben. Los actos que el individuo desarrolla son, pues, consistentes con los fines y tales fines han sido establecidos de una manera racional, de manera que se maximice la utilidad individual». (Bullard Gonzales 2003: 195).

3 Artículo 15.- Conclusión del procedimiento conciliatorio [...]

La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure presunción 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.

4 Artículo 15.- Conclusión del procedimiento conciliatorio [...]

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. [...].

Con respecto al segundo comentario, el profesor Glave Mavila señala que para que la conciliación extrajudicial voluntaria sea exitosa, resulta necesario que el sistema judicial funcione adecuadamente.⁵ Al respecto, consideramos que dicha afirmación solo es aplicable en los conflictos en los que no se presente la condición de cooperación, como se explica a continuación.

En los conflictos en los que se presenta la condición de cooperación, el funcionamiento del sistema judicial le es indiferente a las partes, ya que estas poseen un auténtico interés en transigir y resolver sus diferencias con la asistencia de un conciliador.

Por el contrario, en los conflictos en los que no se presenta la condición de cooperación, el ineficiente funcionamiento del sistema judicial genera que las partes alteren sus precios de reserva. Al respecto, Cárdenas Mares (2005: 32) ha señalado lo siguiente: «Conciliaciones donde el acreedor, bajo la espada de Damocles de la sideral duración del proceso, se siente obligado a aceptar que su crédito venga enormemente reducido».

Como se puede observar, el funcionamiento ineficiente del sistema judicial obligaría a que, por ejemplo, el demandante reduzca su precio de reserva —aunque ello implique adoptar un «mal acuerdo»⁶ que perjudique sus legítimas expectativas— por temor a que el monto que obtenga al concluir el proceso judicial se vea excesivamente reducido —al punto de llegar a no existir inclusive— por la extensa duración del proceso y la incertidumbre en el modo en que el juez resolverá la causa.

Lamentablemente, nuestro legislador no optó por mejorar nuestro sistema judicial. Por el contrario, su actuación se ha limitado a lo siguiente:

- a) Establecer barreras que impiden el acceso al proceso judicial, como es el caso de la conciliación extrajudicial obligatoria.⁷
- b) Reducir los plazos con los que cuentan el juez y las partes para realizar actos procesales —como lo serían los de presentación de la demanda y el de emisión de la sentencia, entre otros— dentro del curso normal de un litigio, cuando el problema no es ese, sino la excesiva carga laboral de nuestros jueces.⁸

En este contexto, en los casos en los que no se presenta la condición de cooperación, es indispensable que nuestro sistema judicial así como el proceso civil sean perfeccionados a fin de que sus usuarios perciban que sus necesidades de tutela judicial serán debidamente atendidas.

5 Al respecto, conviene precisar que la posición del profesor Carlos Glave Mavila es compartida por Sergio Chiarloni (2004: 168), para quien «[...] las conciliaciones extrajudiciales, para ser buenas, exigen una administración de justicia eficiente, de modo que no haya una parte inducida a especular sobre la duración de los procesos para hacer aceptar a su adversario una mala conciliación».

6 «Pese a la “fiebre legiferante” de los poderes normativos del Estado y sin perjuicio de la promulgación de excelentes leyes materiales, lo cierto es que determinadas máximas populares, tales como la de “pleitos tengas y los ganas”, “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, responde desgraciadamente a nuestra práctica forense, porque no resulta exagerado afirmar que nuestra justicia civil es una justicia lenta, muy cara y, en ocasiones, ineficaz en la práctica» (Gimeno Sendra 1990: 93).

7 «Pero, nuestros legisladores optaron no por perfeccionar o mejorar el instrumento técnico de tutela de los derechos, sino poner una barrera para acceder a él, en búsqueda de una solución consensual “asistida”, mucho más “acceptable” que la “impuesta”, pues son las propias partes quienes resuelven su conflicto». (Ariano Deho 2003: 26)

8 «Una de las preocupaciones más constantes en este campo respecto al tiempo de duración de los procesos, que una convicción muy generalizada tacha de excesivo. Casi todas las reformas, antiguas y modernas, han incluido y continúan incluyendo providencias destinadas a abreviar el curso de los pleitos». (Barbosa Moreira 2008: 10).

Precisamente, tal como indica el profesor Glave Mavila, la oralidad en el proceso civil es una de esas medidas, ya que evitaría las demoras propias de un sistema procedimental escrito, como el nuestro, y los «malos arreglos» a los que están expuestos los ciudadanos, como consecuencia de un proceso judicial ineficiente.

En nuestro país, siguiendo a Peyrano y Asencio Mellado, Priori Posada (2008: 141-143) propuso que, en atención a esta necesidad de oralidad,⁹ se adopte un sistema mixto con predominio de la misma. En palabras de este autor, este proceso judicial debería presentar principalmente las siguientes características:

- a) Que exista una real y efectiva confrontación entre las partes, entre los testigos, entre estos y aquellas, entre los peritos, entre estos, los testigos y las partes. Sin esa confrontación la audiencia pierde vida, sentido y eficacia.
- b) Que haya una confrontación personal y directa entre los abogados, una auténtica discusión oral.
- c) Que la sentencia tenga que ser dictada por el juez en la audiencia.

Esta iniciativa ha sido adoptada, a mediados del año 2010, por nuestro legislador a través de la Ley No. 29497 - Ley Procesal del Trabajo y constituye hasta la fecha un modelo exitoso y leal con el sistema de la oralidad.

Por otro lado, consideramos que el continuo perfeccionamiento del proceso civil no debe limitarse a su oralidad, sino que debe tener un adecuado respaldo logístico. Al respecto, en diciembre del 2014, se promulgó la Ley No. 30293 – Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y celeridad procesal.

Entre sus principales novedades, a decir de Martín Sotero, dicha norma legal promueve lo siguiente:

En miras a tener un proceso civil más accesible y con menos formalismo, el CPC también ha sido modificado para allanar el camino a un proyecto judicial más grande: 'el expediente digital'. [...]

El expediente digital sería una plataforma administrada por el Poder Judicial, donde se almacenarán documentos electrónicos (escritos), audios y videos que registren las actuaciones en juicio. Si todo saliese bien, en el futuro inmediato tendremos un proceso en el cual todo quedaría registrado por un par de clicks [...] (Sotero 2015)

De esta forma, con la introducción de las nuevas tecnologías de la información al proceso civil, estaríamos diseñando un mecanismo de resolución de conflictos eficiente y accesible al ciudadano, en el cual los magistrados, abogados y las partes desarrollen su actividad con transparencia.¹⁰

Por último, y como se ha podido apreciar, queda aún mucho por mejorar en nuestro sistema judicial. Ojalá, la aciaga experiencia de la conciliación extrajudicial obligatoria oriente

9 «La búsqueda por la justicia, no solo hace conveniente, sino necesario, regular la oralidad. No existe otro método capaz de garantizamos que hemos hecho todo lo posible para lograrla. La escritura solo nos lleva a una aproximación muy lejana de la justicia. Sin embargo, a ella hemos vuelto». (Priori Posada 2008: 143).

10 Conforme con *Transparency International Corruption Perceptions* del 2014, elaborado por Transparency International, el Perú se encuentra ubicado en la posición 85 de 174 países con una calificación de 38 puntos –0 es altamente corrupto, mientras que 100 equivale a sin corrupción– en los niveles de percepción de corrupción en el sector público. Una situación alarmante.

a nuestro legislador a fin de que adopte varias reformas procesales que generen eficiencia en nuestro sistema judicial.

Bibliografía

SOTERO Martín.

2015 «Por la ley no se llora, uno la reemplaza – Capítulo 7: Proceso y Tecnologías de la Información y Comunicación». *Portal web de Enfoque Derecho*. Consulta: 10 de junio de 2015.
<http://enfoquederecho.com/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-7-proceso-y-tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion/>