

# EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

F. MARTÍN PINEDO AUBIÁN<sup>1</sup>

*“La única libertad que merece ese nombre es la de buscar nuestro bien por nuestro propio camino en tanto no privemos a los demás del suyo”.*  
JOHN STUART MILL

## 1. INTRODUCCIÓN

La libertad es una característica fundamental del ser humano en cuanto se configura como derecho esencial y natural de todo hombre y más aun si este es considerado como sujeto de derecho. Así, de ordinario, observamos relaciones jurídicas de diversa naturaleza, relaciones que al ser expresiones de voluntad de los sujetos se constituyen como ejercicios plenos de esa libertad dentro de las cuales destaca principalmente el contrato, que como relación jurídica eminentemente patrimonial, se configura como acuerdo esencial de voluntades que crea, regula, modifica y extingue relaciones jurídicas, permitiendo el libre intercambio de bienes y servicios entre los individuos de toda sociedad civil.

Algunas de esas relaciones jurídicas han sido previstas directamente por el ordenamiento jurídico, entendido como una serie de reglas básicas expedidas por el Estado y que deben ser de estricto cumplimiento para los individuos dentro de una sociedad, constituyendo principios valorativos contenidos en normas jurídicas; o sea directamente la ley interviene regulando las relaciones de los particulares, siendo que las partes no pueden alcanzar su propósito mas que de la forma prescrita por la ley, no pudiendo invocarse ignorancia al respecto. Pero no todas las relaciones jurídicas tienen como causa fuente la ley, la que no pretende ni alcanzaría a ser la causa fuente de todas las relaciones jurídicas que se puedan dar en la realidad, así como tampoco pretende regularlas todas.

Así, existe un espacio en el cual la causa fuente de las relaciones jurídicas no es la ley, no es el ordenamiento jurídico, ya que hay un espacio dentro del cual las personas, ejerciendo de manera libre su voluntad, pueden crear, regular sus propias relaciones jurídicas, esto es, un espacio de autorregulación de relaciones jurídicas. Ese es el espacio de la Autonomía de la Voluntad o también denominada Autonomía Privada.

A decir de Max Arias-Schreiber, el principio de la autonomía de la voluntad constituye el postulado básico de lo que se conoce actualmente como *Teoría Clásica*

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Conciliador Extrajudicial. Experto en Mediación y Conciliación. Capacitador Principal en temas de Conciliación Extrajudicial y Conciliación Familiar.

*del Contrato*, que parte del criterio de que la ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar<sup>2</sup>.

Pero debemos tener presente que ese espacio de autorregulación no es un espacio que esté fuera del ordenamiento jurídico, sino que es un espacio tutelado por él; sólo que allí no es directamente la ley la que crea, ni la que regula las relaciones jurídicas; son los sujetos los que crean y regulan su relación jurídica sirviendo el ordenamiento jurídico como una especie de límite para ejercer la libertad, por eso se habla de un espacio de autorregulación y en vista de ello pueden orientar sus relaciones jurídicas porque estos sujetos gozan de la Autonomía Privada.

Vemos que el principio de la autonomía de la voluntad constituye la esencia del denominado derecho civil patrimonial y se le define como el libre arbitrio que posee todos los individuos que gozan de capacidad para regular sus derechos y contraer obligaciones, a las que las partes se deben someter en base a lo manifestado en el acto de declaración de voluntad, aunque vale la pena mencionar que si bien este principio se aplica fundamentalmente en el régimen de contratos, no es el único campo donde se utiliza, como ya veremos más adelante.

## 2. CONCEPTO

Buscando algunas definiciones de lo que es la autonomía de la voluntad, encontramos que, para algunos autores es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes<sup>3</sup>.

Siguiendo a León Duguit se puede manifestar que la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general<sup>4</sup>; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho,

---

<sup>2</sup> Max ARIAS-SCHREIBER PEZET. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2da. Edición actualizada, 1995, Pp. 26 y 27. Continúa el citado autor enumerando los principios básicos de la Teoría Clásica del contrato: el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen; y la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como al Juez, consagrando la regla "*Pacta sunt servanda*" al dar fuerza de ley entre las partes a las convenciones legalmente formadas.

<sup>3</sup> Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA. *Los Contratos*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1ra. ed. 1986. p. 165.

<sup>4</sup> Un ejemplo de definición de lo que se entiende por "libertad" es el que ofrece Lord Acton cuando señala: "*por libertad significo la seguridad de que todo hombre habrá de tener protección en cuanto a hacer lo que crea su deber, contra la influencia de autoridad, o de mayorías, costumbre y opinión*"; aunque debemos entender esta definición dentro del concepto de lo que podríamos denominar "*libertad de religión*"; aunque intentar una definición que abarque una noción más completa de lo que significa "libertad" no es tarea fácil, ya que cómo sostuvo Abraham Lincoln en un discurso pronunciado en Baltimore en 1864 al intentar explicar el hecho de que la guerra civil se originó en un equívoco relativo a la palabra "libertad" dijo: "*El mundo nunca ha tenido una buena definición de la palabra libertad...al utilizar la misma palabra, no nos referimos a la misma cosa*". Ver Bruno LEONI. *La Libertad y La Ley*. Centro de Estudios Sobre la Libertad, Buenos Aires, 1961. p. 48 y ss.

cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido<sup>5</sup>.

Colin y Capitant, por su parte, afirman que la autonomía de la voluntad consiste en que los particulares pueden ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y hacerles producir las consecuencias jurídicas que les convengan, con ciertas limitaciones<sup>6</sup>. Diez Picazo y Gullón, refiriéndose a la autonomía privada, señalan que ésta *"es el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo(...) puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual"*<sup>7</sup>.

Hasta aquí podemos afirmar que la autonomía de la voluntad es un poder de autorregulación que tienen los sujetos privados que les permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La autonomía de la voluntad es causa fuente de relaciones jurídicas. Este espacio de autorregulación existe en toda sociedad, y varía según el poder que cada sociedad le reconoce a los sujetos para auto regular sus relaciones jurídicas<sup>8</sup>. En otras palabras, la autonomía de la voluntad es el poder que crea relaciones jurídicas y se expresa a través del acto jurídico; el acto jurídico es el instrumento usado por la autonomía de la voluntad para crear relaciones jurídicas y hacer uso de la esfera de auto regulación, y que se materializa principalmente en los contratos.

La autonomía de la voluntad es poder que se expresa principalmente a través del contrato, entendiéndolo como el instrumento jurídico de la autonomía privada, porque él le permite a ella crear relaciones jurídicas, autorregular la vida privada de los sujetos. Aunque actualmente nadie discute el carácter de principio de derecho privado que tiene la autonomía de la voluntad, algunos autores advierten que no

---

<sup>5</sup> León DUGUIT. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2da. Edición. Madrid. p.69.

<sup>6</sup> Ambroise COLIN y Henri CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducción española de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid. 1924. T. I. P 152.

<sup>7</sup> Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial TECNOS, Vol. I y II. pp. 389. Adicionalmente, precisan que la autonomía privada es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

<sup>8</sup> En cuanto a la naturaleza de la autonomía de la voluntad, históricamente se han presentado dos posiciones perfectamente identificables. La primera posición, que se inicia con el derecho moderno y es denominada *Voluntarista*, sostiene que el poder es originario, innato, que radica en el hombre, es una expresión de su ser, afirmándose que se tiene autonomía privada porque se es hombre. La segunda, que surge con posterioridad es llamada *Normativista* y sostiene que ese poder es conferido al hombre, no le nace, le viene de afuera y es el ordenamiento jurídico el que otorga a cada sujeto ese poder, más o menos extenso, según la naturaleza de cada ordenamiento jurídico, según el espacio de acción privada que el ordenamiento jurídico quiera reconocer. De esta manera, se puede entender como autonomía de la voluntad, considerando al sujeto de la relación, por ser tal, el generador de las normas jurídicas *ab initio*, por sí es fuente originaria del derecho; pero también puede entenderse que la voluntad del sujeto es una fuente derivada que puede crear reglas sólo y en cuanto una ley primera lo faculta de manera previa o lo habilita para tal creación. Cfr. Aníbal SIERRALTA. *Op. Cit.* p.131.

debe confundirse a la autonomía de la voluntad con la libertad general, concepto que lo comprende, pero que pertenece al plano filosófico. Además, tampoco podemos reducir la doctrina de la autonomía de la voluntad al mero ámbito contractual, es decir, reducirlo a la facultad que tiene la voluntad para convertirse en ley para los contratantes, o con el sub principio de libertad contractual, ya que ambos derivan del primero. Sin embargo, añaden que efectivamente la parte del derecho en donde más se aplica el principio de la autonomía de la voluntad es en los contratos, pero no es el único.<sup>9</sup> Es más, con fundamentos basados en el liberalismo económico, se sostiene que si son las partes las que ponen en riesgo sus recursos e inversiones, son ellas las que libremente pueden pactar sin más límite que el orden público, el respeto a los valores y la moral pública.<sup>10</sup>

Podemos sostener que la autonomía de la voluntad es el alma del contrato, entendida como el poder que se expresa a través de éste. Ahora bien, si no entendemos de manera clara el concepto de acto jurídico o de contrato no podremos adentrarnos en el tema de la autonomía de la voluntad. Así, lo que distingue a un acto jurídico de un acto administrativo, procesal o legislativo, es que en estos tres actos está ausente el poder de los sujetos para autoregularse y por lo tanto hay ausencia de autonomía privada. *Contrario sensu*, en el acto jurídico los efectos son el resultado de la declaración de voluntad ya que es un hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos por el agente; Este último elemento pone de manifiesto la idea de autonomía privada, ya que el agente puede producir los efectos queridos mediante ese poder.

En este orden de ideas podemos sostener que es mediante un acto jurídico - entendido como manifestación de voluntad- que los individuos ejercen la soberanía que poseen para regular sus derechos mediante acuerdos de voluntades que tienen fuerza de ley entre las partes. Debe entenderse que la expresión de la autonomía de la voluntad es la garantía misma de la libertad del individuo, por ello el acto jurídico es instrumento de la autonomía de la voluntad justamente en el sentido de que es puesto por la ley a disposición de los particulares, a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar en cada propia, es decir, para imponer un ajuste a sus intereses en las relaciones recíprocas.

### 3. CONTENIDO

En el régimen de los contratos, la autonomía privada se expresa a través de dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual.

---

<sup>9</sup> Ver: Antonio BOGGIANO. *Contratos Internacionales*. Editorial Depalma. Bs.As. 1990. p.43; Artemio LLANOS MEDINA. *El Principio de la Autonomía de la Voluntad y sus limitaciones. Memoria*. Santiago. 1944. p. 58 y ss.

<sup>10</sup> Anibal SIERRALTA RÍOS. *Contratos de Comercio Internacional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, Tercera edición. p.131.

### 3.1 La Libertad de Contratar

Esta libertad se presenta en el momento previo a la celebración del contrato, porque gracias a ella las partes contratantes son libres de decidir si celebran o no un contrato y además son libres de elegir con quien lo celebran; en otras palabras, es el derecho que tienen las partes, en la medida de que así lo deseen, de vincularse contractualmente. Los sujetos son libres de contratar y a su vez nadie está obligado a celebrar contratos; incluso por una interpretación *contrariu sensu* se puede llegar a admitir que la potestad consistente en no contratar con alguien porque no se desea es una exteriorización de esta libertad.

Quienes hacen de esta libertad una religión sostienen que nadie puede ser obligado a contratar, nadie puede ser obligado a vender, nadie puede ser obligado a dar en arrendamiento, o a decir de Max Arias-Scheriber, se contrata porque se quiere y se contrata con tal o cual persona porque así se desea<sup>11</sup>. Con esas afirmaciones se está haciendo referencia a esa libertad de contratar que es expresión del poder de la autonomía privada. Al afirmarse que la voluntad del individuo basada en su libertad es el fundamento mismo del Derecho, se postula además que el individuo es libre por esencia y solo puede obligarse por propia voluntad, que es lo que lo lleva precisamente a contratar.

### 3.2. La Libertad Contractual

Una vez definido el ánimo de contratar con determinada persona, surge la libertad contractual. Esta libertad les permite a las partes contratantes definir términos y condiciones del contrato que celebran, así como definir el contenido del contrato. Este contenido viene a ser la plasmación del ejercicio de la libertad contractual, es el resultado de la declaración de voluntad de las partes, las cuales son absolutamente libres para crear, regular, limitar o extinguir obligaciones mediante el empleo de los términos y condiciones que consideren más favorables a sus intereses. Este principio hace referencia al ejercicio que tienen las partes para dotar de contenido al contrato, al amparo de las reglas de la autonomía a las que se someten libremente.

Las partes al hacer uso de la libertad de contratar tienen implícitamente una libertad contractual, sometida a tipos previstos por el legislador y regulada por las normas jurídicas imperativas que se deben tomar en cuenta al momento de llevarse a cabo el acto jurídico.

Así, vemos que no solo se considera al consensualismo como fundamento de la relación contractual sino que esta declaración de voluntad debe ser verificada por las partes para interpretar si atenta contra normas imperativas como veremos más adelante.

---

<sup>11</sup> *Op. Cit.* pp. 27

### 3 LÍMITES

El Código Civil peruano de 1984 se rige por la idea que considera que la autonomía de la voluntad es un poder conferido por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, es un poder limitable por parte de un acto de decisión del Estado. En este sentido, los artículos 1354<sup>o</sup>, 1355<sup>o</sup> y 1356<sup>o</sup> prueban que la autonomía de la voluntad es un poder limitado<sup>12</sup>.

En este orden de ideas, la autonomía privada se expresa en la libertad de contratar y en la libertad contractual, pero para nuestro Código Civil solamente encontramos limitada a la libertad contractual, mas no a la libertad de contratar. La limitación es al contenido de los contratos, los cuales pueden ser establecidos de manera libre por las partes, siempre que no rebasen determinados límites, como las normas de carácter imperativo<sup>13</sup>, ya que todo contrato que vaya en contra de ellas es nulo y por lo tanto no producirá ningún efecto. De manera similar podemos hablar también de los contratos que colisionen con las buenas costumbres o el orden público.

El derecho tiene como finalidad establecer reglas de organización dentro de la sociedad que permitan regular de manera eficiente las relaciones entre las personas, dentro del marco general del orden jurídico impuesto por el Estado. En toda sociedad civil existe un orden público dentro del cual se enmarcan las libertades de los individuos que actúan en ella, por lo que en, última instancia, en la creación de las relaciones que se generan entre los particulares no sólo se debe tener en cuenta el interés individual de las partes sino también el interés general de la sociedad.

Ahora bien, intentar definir adecuadamente lo que entendemos por *Orden Público* (cuyo fundamento radica en que las leyes traducen concepciones morales y exigencias técnicas cuya vigencia se estima indispensable para la realización del bien común en una sociedad estatal, considerándose en este contexto a toda solución contrapuesta que provenga de la voluntad de las partes como radicalmente antijurídica) será siempre motivo de álgidas e interesantes discusiones respecto a su conceptualización, ámbito de aplicación así como su utilización al ser una noción enigmática, cambiante en cada ordenamiento jurídico y aun dentro de un mismo Estado, en relación con la disciplina jurídica que se ocupa de él y con la época en que se aprecia. Normalmente se le puede considerar como la situación jurídica en un

---

<sup>12</sup> Código Civil peruano:

*Artículo 1354<sup>o</sup>.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.*

*Artículo 1355<sup>o</sup>.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.*

*Artículo 1356<sup>o</sup>.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.*

<sup>13</sup> Constitución Política del Perú:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)*

*14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...)”*

Estado determinado, la cual hace que sus habitantes deban respetar principios y normas superiores de carácter político, económico, moral y algunas veces de carácter religioso, sobre los que éste asienta su individualidad y que no pueden ser dejados sin efecto por simples convenciones particulares, siendo rígidamente obligatorias o imperativas. Dichas normas se sustentan casi siempre en la protección del interés general respecto del interés particular, no pudiendo, además, ser derogadas por las partes a diferencia de las normas dispositivas que sí son susceptibles de ser dejadas de lado median estipulaciones diferentes a ellas en aplicación de la autonomía de la voluntad.

De esta manera se supera el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que se deja de considerar que lo estipulado por las partes no tiene limitaciones, ya que si bien las partes pueden contratar dentro de los límites de la ley que lo permite, no pueden generar por sí un contrato que sea asimismo una ley, entre los sujetos, con prescindencia de cualquier condición, aún cuando estas por sí voluntariamente se impongan restricciones, obligaciones o se den derechos, pues aun quedan determinados elementos como las normas de tipo imperativo, el orden público y las buenas costumbres, sobre las cuales no se pueden pactar al operar como límites a ese poder que denominamos autonomía de la voluntad, siendo la ley la que permite a las partes configurar un contrato y a la vez fija los límites a esa conducta, quedando cualquier aclaración o interpretación dentro de los marcos proporcionados por dicha norma. A decir de Manuel Miranda Canales, se consagra el principio del *intervencionismo* o *dirigismo contractual*, por cuanto la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido superada, ya que la igualdad legal, no es equivalente a la igualdad real, debido a las grandes desigualdades económicas<sup>14</sup>.

A través de este dirigismo contractual el Estado interviene en la etapa de formación del contrato mediante regulaciones que se basan en gran medida en conceptos difusos y genéricos tales como el interés social y el bien común. Y, según la teoría de la revisión de los contratos, esta intervención se puede dar en el curso de la ejecución contractual inclusive en sede judicial. El dirigismo contractual se presenta en forma de intervencionismo legislativo cuando el Estado actúa mediante leyes y decretos, acentuándose en los períodos de crisis más agudas, como por ejemplo ocurrió en las guerras mundiales. El contrato celebrado por adhesión y las cláusulas generales de contratación incorporados al ordenamiento jurídico peruano de 1984 constituyen una expresión de la manera en que el Derecho Civil ha debido admitir nuevas formas jurídicas acordes con la transformación operada en las sociedades modernas. El intervencionismo contractual puede tener la forma de intervencionismo judicial cuando se faculta al juez para modificar las obligaciones de las partes en los casos concretos sometidos a su decisión<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Manuel MIRANDA CANALES, *Teoría General de los Contratos*, Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, p. 285.

<sup>15</sup> Max ARIAS-SCHREIBER P., *Op. Cit.*, p. 29 y 30.

El derecho positivo peruano establece de manera clara la libertad contractual, permitiendo el libre y voluntario acuerdo de las partes, pero regulando el uso legítimo de ella; así, el principio de la autonomía de la voluntad es trasvasado por una concepción más justa, acorde con los nuevos tiempos<sup>16</sup>. La fundamentación radica en que el contenido del contrato no puede circunscribirse a ser el marco dentro del cual la libertad de los contratantes predomina absolutamente, sino que tal libertad debe permitir la justicia entre los propios contratantes, así como para todos los terceros que, en una u otra forma, pueden verse afectados<sup>17</sup>.

Existe pues un límite legal a la autonomía privada en materia contractual que está constituido por las normas imperativas que tienen un rango preferente al cual los particulares se deben subordinar de manera obligatoria en contraposición a las normas dispositivas que sí pueden ser adoptadas de manera libre y voluntaria. Estas normas, que son consideraciones de orden público, constituyen el límite de la libertad contractual entre los particulares, por lo que la coexistencia de las normas imperativas con el principio de la autonomía de la voluntad se dará por razones de interés general para la sociedad y en consecuencia el contrato dejará de ser un acto que sólo interesa a las partes que lo celebran para dar paso a la intervención del Estado para ordenar las condiciones humanizadoras dentro de un marco general de solidaridad, debiendo ser entendidas no como limitaciones o exclusiones del ejercicio pleno de la libertad contractual, sino mas bien como un complemento de ella que permitirá su correcto ejercicio en armonía con el derecho de los demás como sucede en el caso del Artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil que prohíbe la omisión o el ejercicio abusivo de un derecho.

#### **4 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.**

Vemos que la autonomía de la voluntad, como una faceta de la libertad general de la que goza todo individuo, se presenta generalmente en el ámbito de los contratos, pero no es el único espacio en donde opera; así, podemos hablar de elementos del principio de la autonomía de la voluntad que son aplicables a diversas situaciones que forman parte de la relación de los individuos dentro de la sociedad, y que perfectamente pueden utilizarse específicamente dentro del tema de los medios alternativos de resolución de conflictos (que implican una resolución de las controversias por mecanismos distintos al Poder Judicial) y específicamente en el tema de la Conciliación Extrajudicial.

El artículo 3º de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, señala que la Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad a que hace referencia el ya citado Artículo 3º de la ley no se ejerce

---

<sup>16</sup> Aníbal SIERRALTA. *Op. Cit.* p.144

<sup>17</sup> Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *Estudios del Contrato Privado*, t. 1, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 64.

irrestringidamente, ya que las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres, que se constituyen en límites establecidos al ejercicio de los derechos de las partes, de conformidad con lo señalado en el artículo 5º del reglamento de la ley, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS.

En este sentido estamos en condiciones de afirmar que éste principio se aprecia de manera concreta en tres situaciones, la primera en cuanto a la libertad de las partes para optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado según sus necesidades, la segunda en cuanto a la libertad de concurrir al procedimiento conciliatorio, y la tercera, respecto de la exigencia de que todo acuerdo que tenga como fin la culminación del conflicto debe ser expresión fiel de la propia voluntad de las partes; además, otros aspectos relevantes tienen que ver con los límites que se imponen a la solución de conflictos como son las normas de tipo imperativo, el orden público y las buenas costumbres, además del cumplimiento de las formalidades del documento que contiene la manifestación de voluntad de las partes.

#### **4.1. Libertad para optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado.**

Con respecto a esta primera situación, en principio, podríamos afirmar que, amparados en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes involucradas en un conflicto de manera libre y haciendo uso de su libertad de elección estarían en libertad de optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado según sus necesidades y expectativas de resolución. Así, y si lo consideran pertinente, podrían optar por una diversidad de alternativas de solución que van desde la negociación directa, o recurrir a procedimientos de negociación asistida con la participación secundaria de un tercero, como sucede en los casos de mediación y conciliación, o dejar que este tercero participe de manera que imponga una solución definitiva a la controversia, como sucede en los casos de recurrir al arbitraje o el proceso judicial.

La tendencia actual radica en que la solución de los conflictos deja de ser centralizada por el Poder Judicial, el cual adolece entre otras cosas de una sobrecarga procesal que le dificulta cumplir con eficiencia su propósito, razón por la cual el Estado propicia y ofrece a través del sistema jurídico otras opciones, además de la judicial, por medio de las cuales las partes en conflicto puedan solucionar sus controversias mediante una variedad de medios de resolución de conflictos que pueden ser escogidos libremente por ellas de tal manera que ambas se sientan satisfechas tanto con el medio elegido así como con el probable resultado.

Pero en este extremo resulta un poco contradictorio el hecho de hablar de libertad para elegir el mecanismo de resolución de conflictos más adecuado, cuando la Ley de Conciliación nos obliga a transitar por un procedimiento de conciliación extrajudicial antes de acceder a la administración de justicia como forma de

solucionar conflictos<sup>18</sup>, ya que si optamos por acudir al Poder Judicial para resolver nuestra controversia siempre se nos exigirá pasar por el requisito previo de la conciliación<sup>19</sup> para aquellas materias en los que se constituya en requisito de admisibilidad<sup>20</sup>; por el contrario, si uno pacta la resolución de una controversia a través de las reglas del Arbitraje mediante la suscripción de un convenio arbitral, verdaderamente puede ejercer esa facultad para elegir si es que soluciona su controversia o por proceso judicial o finalmente la sustrae del conocimiento de los tribunales para que sea resuelta de manera imperativa por un árbitro, con lo cual se encuentra en capacidad real de decidir cual de las dos alternativas (solución judicial o arbitral) se configura en la opción más viable para la resolución de su controversia.

#### **4.2. Libertad de concurrir al procedimiento conciliatorio.**

De igual manera, aunque una de las partes haya optado por iniciar un procedimiento conciliatorio mediante la presentación de la respectiva solicitud de conciliación -ya sea porque lo consideran una alternativa de solución o simplemente un requisito previo a la interposición de su posterior demanda- no es obligatorio que las partes (solicitante e invitado) concurren a la realización de la audiencia de conciliación ya que tanto el solicitante como el invitado a conciliar son libres de participar del procedimiento conciliatorio, al que acudirán si es su deseo, y estas formas de inasistencia son válidamente admitidas por la legislación sobre conciliación y se configuran en formas normales de conclusión del procedimiento conciliatorio, ya sea por inasistencia de una o todas las partes a las sesiones que conforman la audiencia de conciliación, según lo regula el artículo 15º de la ley<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Ley de conciliación:

*Artículo 6.- Carácter Obligatorio.- La Conciliación es un requisito de admisibilidad para los procesos a que se refiere el Artículo 9 (...).*

<sup>19</sup> Es necesario precisar que mediante la promulgación del Decreto Supremo N° 007-2000-JUS se implementó desde el 02 de noviembre del 2000 un Plan Piloto de obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial para los distritos conciliatorios de 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 las materias sobre derechos de familia y laborales. De igual manera, el ámbito de aplicación espacial de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial quedó ampliado por Ley N° 27398 de fecha 13 de enero del 2001, mediante la cual se implementa la obligatoriedad de la conciliación en el 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 en los distritos conciliatorios antes mencionados. En el resto del territorio nacional el procedimiento de conciliación extrajudicial ha quedado suspendido en su obligatoriedad.

<sup>20</sup> Ley de Conciliación:

**Artículo 9.- Materias Conciliables.-** *Son materia de Conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. También los son las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. El conciliador tendrá en cuenta el interés superior del niño.*

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

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

<sup>21</sup> Ley de Conciliación:

**Artículo 15.- Conclusión de la Conciliación.-** *Se da por concluida la Conciliación por:*

*1. Acuerdo total de las partes.*

En este punto es común encontrarnos frente a una confusión respecto a la posibilidad de iniciar el procedimiento conciliatorio sin que se exija la concurrencia de las partes. Reiteramos que la única exigencia se da en la esfera de acción del solicitante –futuro demandante- y que se traduce en el hecho de obligarlo a iniciar el procedimiento conciliatorio a través de la presentación de la respectiva solicitud, mas no se extiende esta exigencia a la concurrencia a la audiencia de conciliación ni para el solicitante ni para el invitado. De no ser así, no se podría extender actas de conciliación por inasistencia de una de las partes a dos sesiones (sin indicar su calidad de solicitante o invitado) o por inasistencia de todas las partes a una sesión y que tienen el valor de ser requisitos de admisibilidad que permiten iniciar la acción legal correspondiente como sinónimo de haber agotado la instancia conciliatoria.

#### **4.3. Solución del conflicto por propia voluntad de las partes.**

Por otro lado, y asumiendo que las partes han decidido participar de la realización de la audiencia de conciliación que se efectúa al interior de un procedimiento conciliatorio, el eventual acuerdo al que puedan arribar se constituye únicamente por expresión de la voluntad de las partes, y que se materializa en el acuerdo conciliatorio al que estas arriben y plasmen en un Acta, según lo señala el artículo 3° de la Ley N° 26872<sup>22</sup>. Así, las partes, de manera voluntaria, deciden la solución de un conflicto, aunque al hacerlo ellas apelen a la creación de opciones de solución elaboradas sobre la base de la imaginación y la creatividad, no necesariamente aplicando de manera estricta la ley, pero la respetan evitando transgredirla.

Lo que se pretende afirmar es que solamente podremos hablar de acuerdo o solución del conflicto cuando las partes hayan consentido su solución de manera mutua y verdaderamente lo hayan afirmado mediante la elaboración del documento respectivo. Por otro lado, la construcción de la solución se hará en los términos deseados por ambas partes, siendo que ellas construyen la forma en que se ha de solucionar la controversia. Pero también resulta pertinente mencionar que no existe obligación de llegar a un resultado, ya que las partes son libres se ponerle punto final en el momento que lo deseen, si es que perciben que no encuentran la solución adecuada a sus controversias.

En este orden de ideas, la conciliación entendida como acto jurídico, resulta de la manifestación de voluntad de las partes y que se ve plasmada en el acuerdo conciliatorio que forma parte del Acta de Conciliación. Es mediante este acuerdo que

---

2. *Acuerdo parcial de las partes.*

3. *Falta de acuerdo entre las partes*

4. *Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.*

5. *Inasistencia de las partes a una (1) sesión.*

6.

<sup>22</sup> Ley de Conciliación:

*“Artículo 3°.- Autonomía de la voluntad.- La conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes”.*

se pone fin a la controversia mediante un resultado favorable para las partes a través de la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Pero también debemos recordar que en los casos en que no se llegue a un acuerdo, no existirá manifestación de voluntad plasmada en un acuerdo sino más bien esta se dará en el sentido que las partes no desearon poner fin a su controversia mediante conciliación, optando por derivar su controversia a otra instancia de resolución.

Vale hacer la aclaración que esta premisa de solución de conflictos por voluntad de las partes no es aplicable ni para el arbitraje ni para el proceso judicial ya que en ambos la solución de la controversia no dependerá de las partes en conflicto sino que será impuesta por un tercero –árbitro o juez- que estará provisto de facultades para poner fin a la controversia de manera definitiva.

#### **4.4. Límites al poder de solucionar los conflictos.**

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, principio sobre el que reposan los actos jurídicos denominados acuerdos conciliatorios, no se ejerce irrestrictamente ya que, como se vio anteriormente, tiene como límites a las normas de carácter imperativo, así como el orden público y las buenas costumbres<sup>23</sup>, ambos conceptos metajurídicos.

Estos límites no pueden ser rebasados habida cuenta de que operaría automáticamente la nulidad del acuerdo conciliatorio, claro que a diferencia del orden público y las buenas costumbres los cuales son muy difíciles de considerar de manera precisa ya que el orden público se refiere –o puede hacerlo- a conceptos muy variados como la tranquilidad, la paz, el comportamiento, las buenas costumbres o el respeto del patrimonio, lo que manifiesta un carácter jurídico y sociológico que lo convierte en una norma de carácter especial, las normas de orden imperativo si pueden ser establecidas de manera objetiva y específica por lo que será más fácil observar su cumplimiento a través de la labor del abogado del Centro de Conciliación quien verificará de manera forzosa la legalidad de los acuerdos adoptados por las partes; pero ambas no podrán vulnerarse bajo pena de sanción drástica, como puede ser la nulidad del acto jurídico mismo contenido en el acta constituyéndose en límites forzosos por donde se encausa la voluntad misma de los sujetos participantes en el procedimiento conciliatorio.

#### **4.5. Cumplimiento de las formalidades del Acta.**

El acta de conciliación en la que conste el acuerdo o la falta de aquel, es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes al culminar el

---

<sup>23</sup> Reglamento de la Ley de conciliación:

*“Artículo 5º.- La autonomía de la voluntad a que hace referencia el Artículo 3º de la Ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contrarién el orden público ni las buenas costumbres”.*

procedimiento de conciliación extrajudicial, y su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la ley de conciliación, bajo sanción de nulidad. Recordemos que la manifestación de voluntad de las partes debe estar acompañada forzosamente de todos los elementos que se configuran en requisitos para verificar la existencia de un acto jurídico válido desde un punto de vista jurídico, y plasmado en un documento que posee una forma *ad solemnitatem*, esto significa que, en última instancia, no se atiende a lo querido por las partes sino que esto es superado largamente por el aspecto formal, cuya inobservancia determinará la nulidad del acto jurídico mismo, considerándose que dicho acto nunca existió ni ha desplegado sus efectos en la realidad.

Esto nos lleva a afirmar que el acta de conciliación se constituye en un documento estrictamente formal, ya que la ausencia de alguno de los requisitos señalados en el artículo 16º de la Ley acarrea necesariamente la nulidad misma del acta<sup>24</sup>. En estos casos, el reglamento de la ley ha previsto un procedimiento especial a seguir ya sea de oficio o a pedido de parte en caso que el acta de conciliación carezca de alguno de los requisitos formales. Este procedimiento previsto en el artículo 25º del Reglamento, señala la realización de una nueva audiencia de conciliación para que se redacte en ella una nueva acta que cumpla con los requisitos formales omitidos en la anterior<sup>25</sup>.

## 5 CONCLUSIÓN.

Las partes involucradas en un procedimiento conciliatorio van a generar actos jurídicos que se plasman en el acta de conciliación. Estos actos jurídicos se encuentran comprendidos dentro de los alcances del principio de la autonomía de la voluntad en diversas formas.

---

<sup>24</sup> Ley de Conciliación:

**Artículo 16.- Acta.-** *El acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la presente ley, bajo sanción de nulidad.*

*El Acta de Conciliación debe contener lo siguiente:*

1. Lugar y fecha en la que se suscribe el acta.
2. Nombres, identificación y domicilio de las partes.
3. Nombre e identificación del conciliador.
4. Descripción de las controversias.
5. El Acuerdo Conciliatorio, sea total o parcial, estableciendo de manera precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles; o en su caso la falta de acuerdo o la inasistencia de las partes a la audiencia.
6. Firma y huella digital del conciliador, de las partes o de sus representantes legales, cuando asistan a la audiencia. En caso de las personas que no saben firmar bastara la huella digital.
7. Nombre y firma del abogado del Centro de Conciliación, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados.

*El acta en ningún caso debe contener las propuestas o la posición de una de las partes respecto de éstas.*

<sup>25</sup> Reglamento de la Ley de Conciliación:

**Artículo 25.-** *Si el acta es nula por falta de cumplimiento de los requisitos señalados, el Centro de Conciliación de oficio o a pedido de parte, invitará a una nueva Audiencia, en la que se expedirá otra Acta que cumpla con todas las formalidades.*

A estas alturas nadie niega que el único aspecto en el que se podría hablar de cierta vulneración en la libertad de las partes se da en el hecho de obligarlas a transitar por un procedimiento conciliatorio antes de acceder al poder judicial, pero recordemos que si lo que se trata es de implementar en el país una cultura de paz, entendiéndola como un comportamiento socialmente aceptado y arraigado por su práctica constante al interior de la sociedad, que propugna el desplazamiento de formas adversariales de resolución de controversias para reemplazarlas por otras formas pacíficas y de diálogo, el hecho de otorgarle al procedimiento conciliatorio desde el inicio una característica de "*facultatividad*" estaría condenándolo a una falta de empleo por los potenciales usuarios del sistema conciliatorio que lo verían de manera externa como un requisito adicional y un encarecimiento al acceso de la administración de justicia y no de manera interna como una posibilidad de llegar a un acuerdo eliminando los gastos propios de un proceso judicial.

Pero independientemente de aquel aspecto, tampoco podemos negar el poder de la libertad que poseen las propias partes y que se plasma en la posibilidad de que ellas mismas sean las que decidan finalmente que medio emplearán para resolver la disputa y en que términos plantearán esa solución, claro que respetando los límites de esa libertad. La elección del medio de resolución de conflictos más adecuado dependerá, en cada caso concreto, de las aspiraciones de las partes, de la posibilidad de diálogo entre ellas, de las ventajas y desventajas que ofrecen los distintos medios, pero la característica primordial será que estas partes siempre ejercerán su libertad.