

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**



**LA PROHIBICION DE LA CONCILIACION CUANDO EL ESTADO ES
PARTE EN UN PROCESO DECLARATIVO COMUN.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADAS EN CIENCIAS JURIDICAS
PRESENTADO POR:**

**JOSELYN JASMIN ORELLANA COLINDRES
CLAUDIA BEATRIZ PARDO ESCOBAR
KARLA LIZETH RAMIREZ CASTRO**

**DOCENTE ASESOR:
DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2017

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA
(PRESIDENTE)**

**LIC. NAPOLEON ARMANDO DOMINGUEZ RUANO
(SECRETARIO)**

**DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**Lic. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Lic. Miguel Ángel Paredes B.
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Lic. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO: Por ser el Instrumento de mi vida y permitirme llegar hasta esta formación académica y profesional, quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en las dificultades que se me presentaban, enseñándome a enfrentar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento

A MIS PADRES: MARIA MERCEDES COLINDRES Y CARLOS ORLANDO AGUILAR Gracias por su cariño, apoyo, confianza y consejos que cada día recibía de ustedes, para hacer de mí una persona de buenos principios y valores, y por el trabajo duro que realizaban para que nunca me faltara nada; con el cual me ayudaron a realizar dos de mis más grandes metas la culminación de mi carrera profesional y hacerlos sentir una vez más orgullosos de mí.

A NUESTRO ASESOR DR. GILBERTO RAMIREZ MELARA:

Gracias por toda su dedicación, por el compromiso que adquirió con usted mismo para guiarnos cada día en nuestra investigación para que los resultados fueran de éxito.

A MIS COMPAÑERAS DEL GRUPO DE TESIS: KARLA LIZETH RAMIREZ CASTRO y PARDO ESCOBAR CLAUDIA BEATRIZ por haber hecho que lo pesado y difícil de todo este proceso no lo pareciera, y este es el resultado de muchas horas de estudio y el constante esfuerzo por el deseo de superación, por tener muy claro que el trabajo de cada día obtendríamos una recompensa mejor.

JOSELYN JASMIN ORELLANA COLINDRES

AGRADECIMIENTOS

AGRADEZCO A MI PADRE DIOS, por su infinita misericordia y permitirme llegar a cumplir un peldaño más para lograr mis metas y sueños profesionales.

A MI MADRE, por ser quien me motivo e instruyo en el camino del bien y los valores, para culminar mi carrera gracias a su esfuerzo y entrega.

A MI HERMANA STEPHANY por ser quien corrigió en mis primeros años mis tareas y quien me alentó para seguir siempre adelante dándome un ejemplo de dedicación.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS por su paciencia y apoyo al realizar nuestro trabajo.

A NUESTRO ASESOR por haber compartido un poco de sus conocimientos y haber realizado una gran labor con nosotros, en este trabajo.

A NUESTRA ALMA MATER por haber permitido que esto se hiciera posible dando maestros que pusieron de su conocimiento a lo largo de mi carrera dando lugar a conocer maravillosas personas amistades.

CLAUDIA BEATRIZ PARDO ESCOBAR

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO quien con su infinita voluntad y misericordia me ha permite culminar cada meta que me propongo, a él sea la honra y la gloria.

A MI MADRE YANIRA M. quien con su incondicional amor me ha brindado su apoyo, confianza y dedicación guiando mi camino en cada uno de mis días de vida ayudándome a subir cada peldaño, agradecida eternamente por ser conmigo finísima persona.

DEDICATORIA. A mi deseo de superación y convicción de que la educación permanente significa que no hay una etapa para estudiar y otra para actuar, sino que estudiar y actuar forman parte de un proceso existencial desde el nacimiento hasta la muerte misma del individuo.

KARLA LIZETH RAMIREZ CASTRO

INDICE

RESUMEN.....	I
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	I
INTRODUCCIÓN.....	III
CAPITULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCILIACION EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL	5
1.1. Evolución Histórica de la Conciliación	15
1.1.1. La Conciliación en Grecia	20
1.1.2. La Conciliación en el Derecho Romano.....	21
1.1.2.1. Sistemas Procesales Romanos	23
1.1.2.2. Clases de Jueces Romanos.....	25
1.1.3. La Conciliación en el Derecho Canónico.....	27
1.1.4. La Conciliación en España.....	28
1.1.4.1. El fuero juzgo y las siete partidas	31
1.1.5. La Conciliación en Francia.....	36
1.1.6. La Conciliación en América Latina (México)	37
1.2. La evolución de la Conciliación en el tiempo.....	42
1.3. Antecedentes históricos de la Conciliación en El Salvador	43
1.3.1. La conciliación durante en la época pre institucional	43

1.3.2. La conciliación en la época institucional.....	44
1.4. Historia de la Conciliación en los Códigos de Procedimiento Civiles	47
1.4.1. La Conciliación en el Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales de 1857.	47
1.4.2. La Conciliación en el Código de Procedimientos Civiles de 1863.	48
1.4.3. La Conciliación en el Código de Procedimientos Civiles de 1881.	48
CAPITULO II MARCO TEORICO SOBRE EL PROCESO DECLARATIVO COMÚN, LA CONCILIACION Y EL ESTADO.....	49
2.1 Consideraciones generales del Proceso Declarativo o Común; concepto.....	49
2.1.1. Proceso Declarativo o de Conocimiento	49
2.1.2. Procesos Declarativos puros o meros Declarativos	50
2.1.3. Procesos Declarativos de Condena	50
2.1.4. Procesos Declarativos Constitutivos.....	50
2.2. Naturaleza.....	51
2.3. El Proceso Declarativo	52
2.3.1 El Proceso Común y su desarrollo; competencia Judicial en Proceso Declarativo	54
2.3.2. Ámbito del Proceso Común	56
2.3.3. Contenido de pretensiones sobre materias específicas.	57
2.3.4. Otros ámbitos del Proceso Común	59

2.4. Etapas esenciales del Proceso Declarativo.....	60
2.4.1. Alegaciones iniciales de las partes	60
2.4.2. Audiencia Preparatoria.....	60
2.4.3. Audiencia Probatoria	61
2.4.4. Concluyendo el Proceso Común con la Sentencia.....	61
2.5. Concepto de Conciliación	62
2.5.1. Concepto Doctrinario	64
2.6. Naturaleza de la Conciliación	65
2.7. Finalidad de la conciliación	70
2.8. Principios procesales de la Conciliación.....	71
2.8.1. Principios Éticos	74
2.9. La voluntad.....	79
2.9.1. El Consentimiento.....	80
2.9.2. El objeto.....	82
2.10. Clasificación de la conciliación	83
2.10.1. Por el número de partes	83
2.10.2. Por el resultado	83
2.10.3. Por el momento de la celebración	84
2.10.5. Por su aprobación.....	85

2.11. El Estado.....	86
2.11.1. Definición.....	86
2.12. Elementos materiales	87
2.13. El Estado moderno	88
CAPITULO III CRITERIOS DEL LEGISLADOR PARA LA NO CONCILIACION DEL ESTADO.....	89
3.1. Audiencia preparatoria: aspectos generales.....	89
3.1.1. Convocatoria de la audiencia preparatoria, causas de suspensión e interrupción	92
3.1.2. Partes procesales	94
3.1.2.1. El Juez como sujeto Procesal y Conciliador	95
3.1.2.2. Poder creador del Juez.....	96
3.1.2.3. Deberes del Juez.....	99
3.1.3. La presencia de las partes en conflicto	102
3.1.3.1. Presencia del Juez y de las partes	103
3.2.1. Intento de conciliación	106
3.3. Criterios del legislador para la no conciliación del Estado.....	107
3.3.1. En cuanto a su función de administración publica.....	108
3.3.2. En cuanto al dominio publico del Estado	111
3.3.2.1. Elemento subjetivo la titularidad del dominio público	114

3.3.2.2. Elemento objetivo del dominio público; las cosas susceptibles de dominio público	114
3.4. Bienes destinados al uso público	117
3.4.1. Bienes de uso público por naturaleza.....	117
3.5. El Estado y la administración pública.....	121
3.5.1. Límites de la administración, en el ejercicio de su actividad	123
CAPITULO IV MARCO LEGAL Y DERECHO COMPARADO SOBRE LA CONCILIACION.....	125
4.1. Ley primaria que regula la figura de la conciliación	125
4.1.1. Convenios y Tratados Internacionales que regulan la figura de la conciliación	126
4.1.2. La conciliación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en New York 1,976.	127
4.1.3. La conciliación en el código procesal civil y mercantil.....	127
4.1.4. Según nuestra legislación.....	129
4.2. Viabilidad de la conciliación entre el estado y un particular	130
4.3. Ventajas al permitirse la conciliación del Estado entre los particulares.....	131
4.4. Desventajas de no poder conciliar cuando el Estado es parte.....	132
4.5. Principales obstáculos para la implementación de la conciliación entre el Estado y un particular.....	133
4.6. Derecho comparado	135

4.6.1. La figura de la conciliación en Colombia.....	135
4.6.1.1. Fundamentos de la conciliación en Colombia	135
4.6.1.2. Requisitos de procedibilidad	139
4.6.1.3. La Conciliación como administración de justicia	141
4.6.1.4. La Corte Constitucional señaló como indiscutibles características:.....	143
4.6.1.5. La Conciliación Extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo.....	144
4.6.1.6. Tramite de la conciliación extrajudicial	145
4.6.1.7. Requisitos de la solicitud de conciliación extrajudicial	146
4.6.1.8. Asuntos susceptibles de conciliación	147
4.6.1.9. Las ventajas de conciliar antes de demandar	147
4.6.1.10. Desarrollo de la audiencia de conciliación.....	148
4.7. Fundamentos de la figura de la conciliación en España.....	150
4.7.1. Tipos de conciliación.....	150
4.7.2. Ventajas de conciliar	151
4.8. Fundamentos de la figura de la conciliacion en Argentina.....	157
4.8.1. Requisitos subjetivos y objetivos	158
4.8.2. Requisitos de lugar tiempo y forma	158
4.8.3. Efectos.....	160

4.9. Fundamentos de la figura de la conciliación en Perú.....	161
4.9.1. Requisito prejudicial.....	161
4.9.2. Procedimiento de la conciliación	162
4.9.3. Exposición de hechos controvertidos	163
4.9.4. La audiencia conciliatoria y su desenvolvimiento	165
4.9.5. Acuerdo final y redacción del acta de conciliación	165
4. 10. Fundamentos de la conciliación en el Perú.....	166
4.10.1. Materias conciliables	167
4.10.2. Reparación civil	168
4.10.3. La exclusion legislativa de determinadas materias	168
4.10.4. Exclusión del proceso contencioso administrativo.....	168
4.10.5. La conciliación en los casos que el Estado sea parte.....	169
4.10.6. Base legal de la conciliación extrajudicial en Perú	169
CONCLUSIÓN.....	171
RECOMENDACIONES.....	174
BIBLIOGRAFIA	176

RESUMEN

La conciliación es una institución mediante la cual dos partes en conflicto llegan a un acuerdo, por voluntad, el Principio de Oralidad es de los principios fundamentales para la construcción de un sistema adversativo, el cual, hace posible la vigencia efectiva de principios como: contradicción, inmediatez, defensa, publicidad, entre otros.

El proceso declarativo, es un procedimiento general en el que se conocerá de pretensiones constitutivas, declarativas y de condena, pertenecen a la clase de los procesos declarativos, el proceso común y el proceso abreviado.

Pero cuando el Estado de El Salvador es parte de un proceso Declarativo, común, el intento de conciliación se ve limitado, por no poder realizarse la conciliación, la conciliación desde su inicio ha tenido como fin primordial el servir como satisfacción a situaciones en conflicto, sin embargo no es posible llegar a un acuerdo cuando un tercero quiere conciliar con El Estado.

En el transcurso del tiempo la Definición de Conciliación se ha visto descrita en diferentes maneras y por diferentes autores ha sido concebida desde muchos puntos de vista.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

p:	Página
a. de C.	Antes de Cristo
Iter.	Itinerario o camino del proceso
Ibídem.	En mismo lugar
Arts.	Artículos
Etc.	Etcétera
Dr.	Doctor
Lit.	Literal
CC.	Código Civil
C Pr C.	Código Procesal Civil
Vol.	Volumen
N°	Numero
Cn.	Constitución
Dc.	Decreto
Do.	Diario Oficial
Ct.	Código de Trabajo
Ord.	Ordinal
JUS:	Justicia y Jurisprudencia
CPCM.	Código Procesal Civil y Mercantil

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación contiene un análisis sobre la Institución de la Conciliación en materia procesal civil y mercantil, partiendo desde los Antecedentes, y generalidades de la conciliación, siendo el objetivo fundamental el demostrar los motivos que impulsaron al legislador a prohibir la conciliación cuando el Estado es parte en un proceso declarativo; común, estableciendo cuales son las instancias jurídicas que conocen de dichos procesos donde el Estado ocupa un papel como demandante o demandado.

La aplicación de la conciliación tuvo su origen en los diferentes sistemas jurídicos de los pueblos primitivos y las civilizaciones orientales, largo de los años teniendo como cuna Roma y Grecia las cuales fueron bases para convertirse en figura independiente como tal, ello ya que en Roma un sector de la doctrina encuentra antecedentes de la conciliación en la ley de las Doce Tablas, en concreto, en la Tabla I; sin embargo, esta opinión no es general. Y se suele citar como antecedente en Roma el siguiente texto de Suetonio, que se ocupa de una columna de mármol dedicada a Julio Cesar; mientras que en Grecia la conciliación estaba regulada por la ley, tenían los Tesmotetes el mandato de examinar los hechos objeto de litigio y procurara convencer a las partes a efectos de transigir equitativamente sus desavenencias; lo que dio lugar que esta figura se desarrollara al pasar de los siglos y años en el derecho, hasta ser vista en nuestro país en su sistema jurídico aplicado primero por la ley de arbitraje y conciliación y posteriormente en el código procesal civil y mercantil vigente a la fecha el cual lo tomo como institución propia e independiente, esta figura ha tenido grandes evoluciones a través del tiempo y por razones de conveniencia se considera que es la mejor forma para terminar un conflicto, ya que las partes

en desacuerdo, así como el Estado mismo podría obtener buenos resultados al hacer uso de la Conciliación.

Hoy en día, se considera que los conflictos cuales quiera que sea su naturaleza no deben concluir necesariamente con una sentencia al final de un proceso, sino que las partes deben procurar un acuerdo donde se ponga fin a la contienda, facilitando así muchos aspectos del proceso mismo.

Por la naturaleza del tema en estudio se eligió, el tipo de investigación dogmática jurídica, la cual ha permitido lograr los resultados obtenidos en la misma.

Se explican las generalidades del Estado y dominio público, para abordar los motivos que impulsaron al legislador plasmar en nuestra ley Procesal Civil y Mercantil que no podrá intentarse la conciliación en los procesos cuando El Estado tenga algún interés, buscando así demostrar al lector que al no permitir la conciliación se están limitando varios principios, como por ejemplo el principio de economía procesal, como también se toma al Estado como ente superior que el particular, además se habla que la competencia de conocer dichos procesos será de las cámaras de lo civil en la cuales se evidencia que no es posible que concilie El Estado con un ciudadano, y no se da una solución rápida al litigio sino que se prosigue con el mismo.

Se hizo una comparación de los fundamentos de la conciliación y la manera de cómo lo abordan en los países de Colombia, España y Perú, en los cuales se aplica la conciliación como medio alternativo de solucionar un conflicto entre El Estado y un ciudadano.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCILIACION EN EL DERECHO PROCESAL CIVILY MERCANTIL

El propósito del primer capítulo es describir la forma y evolución que ha tenido la conciliación desde el nacimiento de la humanidad, hasta de la manera como se ha formado como una institución.

Desde el apareamiento del hombre en la tierra, independientemente de la teoría utilizada para explicar el mismo, llámese teoría creacionista, evolucionista o ecléptica, su evolución ha pasado por diversas etapas o estados; tales como: el salvaje, la barbarie y la civilización.

Según Engels¹, el salvajismo es inicio del género humano; dentro del cual el hombre hace descubrimientos importantes constituyen acontecimientos en su devenir histórico; como por ejemplo el uso del fuego y las primeras armas, así como también los primeros indicios de residencias fijas en aldeas².

Con el advenimiento de la barbarie, el estado superior en el cual se denota la domesticación del ganado y el cultivo de hortalizas para el consumo, lo que implica la transición de un nomadismo extremo a un sedentarismo incipiente; comienza la fundición del hierro para posteriormente pasar hacia el estado de la civilización, el cual se inicia principalmente con la invención de la escritura alfabética y su empleo para la notación literaria.

¹ Federico Engels, *El Origen de la Familia. La Propiedad Privada y el Estado*, (Mexico: Editores Mexicanos Unidos, S. A., 1980), 25.

² Engels Federico filósofo y revolucionario Alemán, nació el 28 de noviembre de 1820, amigo y colaborador de Karl Marx, fue coautor con él de obras fundamentales para el nacimiento de los movimientos socialista, comunista y sindical, y dirigente político de la Primera Internacional y de la Segunda Internacional.

A dicho estado pertenecen los Griegos de la época heroica, las tribus itálicas poco antes de la fundación de Roma, los Germanos de Tácito y los normandas del tiempo de los vikingos.

En tal sentido, por el proceso normal evolutivo porque ha pasado y el desarrollo de su instinto gregario, el hombre empieza a convivir con los demás hombres con el aparecimiento del sedentarismo. Esto incidió en el surgimiento de grandes asentamientos humanos en espacios relativamente pequeños, con los consecuentes problemas o conflictos de toda índole; ya sea por la posesión misma de la tierra (propiedad privada), los bienes o utensilios varios, e incluso en cuanto a la posesión de sus mujeres, con las subsecuentes relaciones familiares.

Según el autor español Carlos Maynez³, en sus inicios el hombre tenía plena libertad de sus actos, pero por la convivencia con otros seres humanos y el aparecimiento de la propiedad privada, dicha libertad se restringe por el respeto al derecho de los demás; por tal motivo surge la “Sociedad” y el “Estado” y con ellos el derecho, cuya existencia inmediata resulta necesariamente de la naturaleza libre del hombre. Según el referido autor, todo derecho nacional no es más que una creación posterior, una aplicación de esta idea a las varias relaciones que se presentan la vida social.

En dichas relaciones se incluyen diversos aspectos ya sean patrimoniales, familiares etc.; pero en la medida en que un pueblo y el “derecho” se extienden, ese desarrollo natural resulta insuficiente. Es decir que cuando las relaciones se complican y el número de personas crece, la idea general del derecho no puede aplicarse instantánea e incesantemente a todos los

³ Carlos Maynez , *Curso de Derecho Romano*, (Barcelona: Editores Valencia 1892), 2 y 3.

hechos que se presenten; es en ese momento que se llega a la necesidad de hacer constar ese asentimiento general y formularlo en ley.

En ese sentido, siendo la cultura romana la cuna de lo que conocemos actualmente por derecho, es que tenemos que remitirnos a dicha civilización de forma obligada.

Durante los primeros siglos de dicha civilización, el derecho está íntimamente unido y, por así decirlo, subordinado a la religión; pero no por eso pierde su carácter propio y de ahí que surge la palabra JUS⁴, la cual no es más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, y a las cuales los ciudadanos están obligados a obedecer. De la palabra JUS se derivan Justicia y Jurisprudencia.

En esa época había dos tipos de derecho, uno para los patricios y otro para los plebeyos; el derecho privado como tal tenía como fuente única los usos que estaban en vigor entre los fundadores de Roma, los que habían pasado por tradición de las poblaciones primitivas a la nueva nación, esto es lo que se conoce como costumbre de los antepasados o MARES MOJORUM, en el Derecho Romano.

El derecho privado tiene como única fuente en este período a la costumbre y su falta de precisión provocó que el arbitrio de los magistrados patricios, quienes eran los encargados de administrar justicia no sólo en cuestiones de derecho privado sino también en cuanto a represión de delitos penales o crímenes, tomará una relevancia única en esta época.

⁴ Héctor Emmanuel Mena Silva et.al., “Análisis del grado de eficacia de los medios alternativos para dirimir conflictos en materia civil y la necesidad de legislarlos”, (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador 1997). 16

Los Tribunos fueron en dicha época los intérpretes de las reclamaciones de la plebe, por lo que pidieron que se redactara una ley que rigiera para todas las ciudades. Después de una década los patricios cedieron, el senado y los tribunos se pusieron de acuerdo y se convino en la creación de una ley aplicable a todos, denominada LEY DE LAS XII TABLAS⁵.

Dicha ley que reguló el derecho público y el privado, la cual terminaría siendo insuficiente para las aspiraciones de igualdad de los plebeyos; era considerada la ley por excelencia y todo lo que emanaba de ella se consideraba legitimum, es decir legítimo y/o legal.

En ese momento la influencia legislativa se hizo sentir, pero los que más contribuyeron al desarrollo del derecho existente fueron los magistrados encargados de administrar justicia; en cambio los pretores⁶, siguiendo paso a paso el movimiento de las ideas y de la opinión pública, fueron modificando paulatinamente el jus civile reduciéndolo a ideas exclusivistas, es decir al jus gentium.

En tal sentido, a los romanos se debe la clasificación, hasta hace poco invariable, de las normas Jurídicas en derecho público y derecho privado; siendo el primero, es decir el JUS PUBLICUM, el que regula la estructura, organización y gobierno del Estado, de las magistraturas y también lo relativo al culto y sacerdocio en el JUS SACRUM y las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos; mientras que el segundo, el JUS PRIVATUM, tiene como objetivo primordial regular las relaciones entre los particulares.

⁵ Ibíd. 17

⁶ Un pretor (en latín, praetor) era un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de cónsul. Su función principal era la de administrar justicia en la fase in iure, conceder interdictos, restituciones in integrum y otras funciones judiciales, además estaba dotado del ius edicendi.

El JUS PRIVATUM se subdividía en DERECHO NATURAL, DERECHO DE GENTES y DERECHO CIVIL; es decir JUS NATURALE, JUS GENTIUM y JUS CIVILE, respectivamente.

La definición de JUS NATURALE, la plantea por primera vez el jurisconsulto CICERÓN; la cual es retomada y desarrollada por estudiosos del derecho posterior, incluso contemporáneo.

Según éstos, el Derecho Natural es “un conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre e inmutables; por lo que son perfectamente conformes con la idea de lo justo”.⁷

No obstante, según el jurisconsulto ULPIANO el referido derecho consiste en las leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animados; de donde resultan la unión de sexos, la procreación y la educación de los hijos; más los animales obedecen al instinto y no al derecho, ya que solo el hombre tiene derechos y deberes, porque solo él está dotado de razón y conciencia de la realidad de sus actos.⁸

Desde el principio, los romanos consideraron al jus gentium como lo contrario al jus civile; ya que, según ellos, aquel derecho comprendía las instituciones del derecho romano de las que podían participar los extranjeros lo mismo que los ciudadanos, lo anterior en sentido estricto o restringido; por lo que en su acepción extensa. Se define como el conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos, sin distinción de nacionalidad. En este sentido el derecho de gentium se aproxima al naturale, pero sería un error confundir ambas instituciones absolutamente.

⁷ Ibíd. 21.

⁸ Mena, *Análisis del grado de eficacia*. 19

Contrariamente el jus civile, por oposición a los dos anteriores, comprende las reglas de derecho especiales a cada pueblo o cada estado; por lo que se separa del derecho común o de gentes y forma la singularidad de cada legislación. Esencialmente los Jurisconsultos entendían por derecho civil, las instituciones propias de los ciudadanos romanos; de los cuales no participaban los extranjeros (JUS PROPIUM CIVIUM RENOVARUN).

En este sentido, el jurisconsulto Gayo⁹ define al derecho civil como “el derecho de los ciudadanos que procede del pueblo y su voluntad, y que ha sido establecido especialmente para sus individuos”; de ahí nace la denominación del derecho civil, ya que la ciudad se conocía como civita y el ciudadano como el civil.¹⁰

Las leyes posteriores no hicieron más que desarrollar lo dispuesto en las referidas tablas, y hasta la época de JUSTINIANO, no hicieron más que confirmar su contenido; pero al final, la ley original se alejó de la realidad en virtud del mismo desarrollo de la civilización romana.

La complejidad de otorgar igualdad a todas las personas a su entera satisfacción. No obstante los defectos que pudiera tener dicha ley, en su oportunidad fue un gran progreso; ya que la ley de las doce tablas fue la que marcó realmente la fundación de Roma.

Posteriormente, se logró mayor desarrollo en cuanto a aplicación del principio de la ley para todas las personas; en tal desarrollo, los “comicios por centurias”, los cuales en su oportunidad ratificaron la Ley de las XII tablas, avanzaron solos investidos del poder legislativo. En este período apareció

⁹ Gayo (Gaius), Jurisconsulto romano

¹⁰ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, (México: Editorial Porrúa, 1993), 38.

con rapidez una fuente importante del derecho escrito, los llamados plebiscitos¹¹; pero, sobre todo, es el derecho no escrito el que se desarrolla de mejor manera, debido a la interpretación de los jurisconsultos y el edicto de los magistrados. Posteriormente, los comicios por centurias, alcanzan el "COMILIATUS¹² MAXIMUS¹³" y así las leyes centurias no tienen necesidad de ser ratificadas por el senado.

Respecto del Derecho privado, la actividad legislativa se resume en la concilia plebis presidida por los tribunos¹⁴, y el interés se concentra más que todo en los plebiscitos; los cuales eran las decisiones tomadas por la plebe en la concilia plebis, sobre la proposición de un tribuno y que se aplicaba solamente a ella.

Entre los más importantes plebiscitos en este período encontramos la ley Cinció, sobre donaciones; la ley Aquilia; sobre el daño causado injustamente; y la ley Falcidia, sobre los legados.

Contrario al derecho escrito como fuente del derecho privado, también se desarrolló a través de la costumbre el derecho no escrito. La autoridad de la costumbre deriva del "consentimiento tácito del pueblo".¹⁵

LA COSTUMBRE toma relevancia por la influencia que ejercían los jurisconsultos, cuya autoridad y crédito aparecen en este período y se confirma.

¹¹ Del latín *plebiscitum*, un plebiscito es una resolución tomada por un pueblo a partir de la pluralidad de votos. Se trata de que la ciudadanía se exprese mediante el voto popular directo respecto a una determinada propuesta

¹² Congregación o asamblea.

¹³ Cargo de autoridad romana.

¹⁴ En la antigua Roma, una persona era elegida como cabeza de cada una de las tribus, y poseía atribuciones de diverso carácter, tales como administrativas, económicas y militares.

¹⁵ *Ibíd.* 7

Entre las fuentes de esta figura tenemos la interpretación de los pontífices y jurisconsultos, los cuales tenían la misión de interpretar las disposiciones de la ley de las XII tablas; por los vacíos que hubo en tales disposiciones. En este sentido era sumamente necesario fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento que la referida ley no había determinado.

Este era el procedimiento de las legislaciones, que consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes; en ese sentido, al estar todo minuciosamente regulado, la menor omisión traía como consecuencia, tal como la pérdida del proceso, esto se denominaba *interpretatio*.

Posteriormente, el patricio APIO CZAUDIO CAECO divulga una publicación con el nombre de *JUS FLARIANUM*; la cual fue posteriormente completada por una colección llamada *JUS AELIANUM O TRIPARTITA*. Esta última, como su nombre lo indica, comprende tres partes: el texto de la ley de las XII TABLAS, su interpretación y los ritos de la acción de ley¹⁶.

De lo anterior se conformó la llamada *JUS CIVILE*, la cual fue obra de los jurisconsultos de la época. Como otra fuente del derecho privado encontramos los edictos de los magistrados o cónsules, los cuales consistían en declaraciones o disposiciones que tenían conexión con el ejercicio de sus funciones; pero de todos ellos, los más importantes son los que emanaban de los magistrados que ejercían la función civil.

El conjunto de reglas contenidas en estos edictos se llamaba, algunas veces *jus honorarium*, porque emana de los que ocupaban funciones públicas; en oposición al *Jus civile* que emanaba de los jurisconsultos.

¹⁶ Mena, *Análisis del grado de eficacia*. 20.

Es así como identificamos los inicios de lo que se conoce actualmente como derecho civil, de donde comienzan a surgir fórmulas o procedimientos relativos a la aplicación de la ley; lo cual constituye el antecedente del derecho procesal civil¹⁷.

Otro gran momento del derecho civil y su respectiva parte procesal lo encontramos en el derecho francés del siglo XVIII de nuestra era. En esta sociedad es que se da el punto de partida para la sistematización de las legislaciones atinentes a dichas materias, en especial al derecho civil; el cual era indistintamente relacionado con el derecho romano que se había extendido e influenciado en el ordenamiento jurídico de cada región, especialmente en Europa.¹⁸

Ante tal situación, el tratadista JOSÉ CASTÁN hace relación a la codificación de las leyes de orden civil, aceptándose como definitivo tal criterio; que fue tomado como ejemplo por los demás países.

A este respecto, el autor francés EUGENE PETIT indica que después de la redacción del actual código civil alemán, el derecho romano desapareció como legislación vigente, aunque no es con todo un derecho muerto; sencillamente se transformó en derecho histórico, consagrado por los tiempos, de tal manera que permanece firme como fuente del derecho actual; por tratarse de un derecho histórico, antes que dogmático.¹⁹

En síntesis, la obra de los tratadistas franceses en este sentido se resume en la promulgación del Código de Napoleón; el cual reflejaba el pensamiento liberal de la etapa histórica en que fue concebido, encausando su regulación

¹⁷ *Ibíd.* 23.

¹⁸ *Ibíd.* 25-28.

¹⁹ Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 50.

afianzando como premisa principal el Derecho de la propiedad privada, como su máxima expresión. No obstante, es importante en materias fundamentales hasta nuestros días, en aspectos tales como las obligaciones, los bienes, los contratos y las sucesiones; las cuales fueron retomadas del derecho Romano, pero perfeccionadas en este Código.

Es conocida e innegable la influencia del Código Civil Francés, el cual es llamado indistintamente código Napoleónico o "CODE NAPOLEON" debido a que fue este estadista galo su principal creador e impulsador, en casi todos los países europeos; incluidos los países anglosajones y los de Europa del Este.

Es de suma importancia hacer relación al derecho civil francés, por haber influenciado de manera directa al derecho civil Español y al chileno; los cuales constituyen la fuente inmediata para el ordenamiento de nuestra legislación civil y procesal civil. El primero por transferir, a través de su dominio colonial, gran número de leyes e instituciones jurídicas a América; y el segundo, en vista que dicho Código Civil, que fue una traducción de Andrés Bello, el cual retomamos en El Salvador.

En el año de 1885 el presbítero y Doctor Isidro Menéndez²⁰, conocido como el padre de nuestra legislación, hace la primera recopilación de leyes agrupándolas según su aplicación e importancia, en diez libros; en el tercero de ellos específicamente en los artículos 235 y 236, donde encontramos la primera reseña histórica de los medios alternativos para dirimir conflictos

²⁰ Isidro Menéndez; Salvadoreño, Licenciado en Jurisprudencia, Eclesiástico y Doctor en Derecho Canónico; responsable de la primera codificación de Leyes Salvadoreñas, Nació 15 de mayo de 1795 y murió 4 de diciembre 1858. En 1855 publicó la recopilación de Leyes patrias.

entre particulares, haciendo mención en tales disposiciones a los juicios conciliatorios; en medio de los cuales se intercalaba la figura del arbitraje.

En esa época eran los alcaldes quienes, teniendo las mismas atribuciones que un juez de paz hacían ver a los litigantes que sus conflictos podían terminarse ante jueces árbitros, que serían nombrados por ellos mismos, quienes no podrían negarse a servir si no por causa legítima.

También hay vestigios históricos de estas figuras en el Código de Procedimientos Civiles elaborado por el mismo Doctor Isidro Menéndez²¹; el cual, en su libro I, Título III denominado de los juicios por arbitramento, contiene disposiciones respecto a esa institución, las cuales no presentan mayores diferencias en la actualidad; habiendo estado incluidas en todas las ediciones de nuestros códigos, con la única variación del orden en cuanto al articulado y con reformas casi imperceptibles; manteniendo desde luego la finalidad para la que fueron creadas, es decir resolver los conflictos suscitados entre las partes, sin acudir al órgano jurisdiccional, a través del nombramiento de árbitros.

1.1. Evolución Histórica de la Conciliación

Remotos antecedentes muestran que siempre estuvo presente en el espíritu de los hombres sacrificar sus posiciones extremas para lograr un acuerdo perdurable que permitiera la convivencia sin esfuerzos y en lógica armonía. Precisamente por ello, la conciliación toma cuerpo en las sociedades

²¹ En El Salvador en materia procesal dio inicio en 1843 cuando las cámaras Legislativas del país comisionaron al Presbítero y Doctor Don Isidro Menéndez, a efectos de que redactara el proyecto del Código de Procedimientos Judiciales ; es así como el Doctor Menéndez en pocos meses presenta su proyecto del Código ya terminado para su correspondiente revisión y aprobación, en dicho proyecto había resumido en orden todas las disposiciones dispersas, suprimiendo lo contradictorio, viejo e innecesario y llenando su vacíos.

reunidas bajo la autoridad de un patriarca o un jefe de familia que resolvía los problemas en equidad.

Precisamente por ello, la conciliación toma cuerpo en las sociedades reunidas bajo la autoridad de un patriarca o un jefe de familia que resolvía en equidad²².

En la historia en la antigua Grecia y Roma cunas de la civilización occidental donde la conciliación ante el Senado era obligatoria para que sus ciudadanos resolvieran sus dificultades.

Luego fue utilizada indiscriminadamente en varios países europeos y posteriores a la revolución francesa de 1789 se adoptó como una medida de los gobiernos y sirvió de base a las normas jurídicas modernas, por otro lado actúan los famosos concilios de la iglesia católica, como una forma de llegar acuerdos sobre aspectos que son contrarios. En materia religiosa, son asambleas regulares de obispos y teólogos que disponen sobre aspectos Doctrinarios o de disciplina eclesiástica.

En la historia de los siglos propios de la conquista y colonización de América su referencia en la conciliación, que fueron practicados por su población nativa y recogidas por los gobernantes españoles y aún hoy en día son conservadas por las comunidades indígenas y negras como son los consejos de ancianos, los cabildos, el respeto hacia los jefes o líderes religiosos, estas personas tenían y tienen el poder y la autoridad para favorecer la disminución de sus conflictos en sus barrios, caseríos aldeas o pueblos.

²² El mecanismo de la conciliación <http://elmecanismoodelaconciliacionblogspot.com//>

Luego se tiene la conciliación en Grecia, donde su conciliación estaba regulada por la ley teniendo los Tesmotetes²³, el encargo de examinar los derechos, motivos del litigio y procurar convencer a las partes de que debían transigir equitativamente sus diferencias²⁴.

La antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, a cuyo fin, encargaban a los Thesmotetas²⁵ que explicaremos más adelante, la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales²⁶.

Al determinar el origen de la Conciliación concebida como verdadera institución es por demás muy difícil, ya que la misma, con los principios y las regulaciones que la informan es relativamente moderna, ello si la comparamos con la época de origen de otras. Para el tratadista Manresa y Navarro²⁷, dicha institución surge en los siglos XVII y XIX, época en la cual alcanza su categoría de estable o permanente al ser incluida en las diversas legislaciones, hasta llegar a formar parte de las Normas de Derecho Internacional.

No se descarta la posibilidad de que antes de la época mencionada no hayan existido arreglos conciliatorios entre las partes respecto de sus derechos o reclamos, en los cuales hubo o no intervención de magistrados o jueces con la venia de la ley, lo que se quiere afirmar, es que la conciliación sin el carácter de institución es en extremo difícil ubicar su origen, pues éste habría

²³ Nacen en el siglo IV AC *TESMOTETES*: Eran una parte de los arcontes (arcontes *tesmotetes*) que actuaban como jueces interpretando la tradición de las leyes.

²⁴ Rosario Correa, *Unidad y Acción para el Siglo XXI*. (editorial latinoamericana), 1056.

²⁵ Roberto Bianchi, *La conciliación prejudicial*, (Argentina: Buenos Aires, 1996), 125

²⁶ El mecanismo de la conciliación <http://elmecanismo delaconciliacionblogspot.com//>

²⁷ José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, (Madrid: Editorial Reus, 1953), 532.

que buscarlo en los pueblos primitivos y en las civilizaciones orientales, concretamente en la hebrea²⁸, ya que en estos pueblos era común encontrar diferencias entre sus habitantes, por lo cual como es lógico.

Surge la necesidad de encontrarles soluciones, considerando ellos que lo mejor era citar a las partes en discordia ante un tercero que no tenía nada que ver en el conflicto de intereses.

Era neutral, para que una vez concurriendo ante él le expusieran su problema y procuraba que llegaran a un acuerdo o arreglo que pusiera fin a sus diferencias.

Siempre en la misma situación, es decir, sin que la conciliación adquiriera su status de institución, en Atenas, Grecia, en el año 684 a. de c. se eligieron nueve Arcontes, que eran los magistrados principales de dicha ciudad estado, seis de los cuales eran llamados Thesmotetes y tenían a su cargo la función judicial, la cual comprendía la organización de los tribunales, la elaboración de las leyes y la administración de justicia. Estos magistrados examinaban los hechos generadores del pleito y procuraban que las partes transigieran de manera equitativa sus diferencias²⁹.

De lo anterior se colige, que la conciliación en Atenas, con estas ingentes regulaciones, estaba reconocida por la ley, la cual regulaba: "Que la primera solicitud de los atenienses era que sus ciudadanos dirimieran las controversias en forma breve y pacífica y sin necesidad de recurrir a los trámites en juicio solemne, de lo cual estaban encargados los Thesmotetes

²⁸José de Vicente Caravantes, *Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*, (Madrid 1856), 457.

²⁹ *Ibíd.* 458

de exponer primeramente el hecho objeto de la contienda, y de tratar de persuadir a las partes a que transigieran sus negocios".

Luego, en el Derecho Romano, donde se elaboraron los pilares de los principios jurídicos fundamentales o instituciones que aún en nuestros días tienen vigencia y son observados en el Derecho de las Civilizaciones modernas, no se regulaba expresamente sobre la conciliación.

sin embargo, en Las Doce Tablas, se manifiesta al respeto por la avenencia a que hubieran llegado las partes, es decir, que hay un reconocimiento tácito respecto de la institución objeto de estudio.

Siempre en la legislación romana, Cicerón³⁰ aconsejaba la adopción de la conciliación como medio idóneo para solucionar los problemas y fundaba su filosofía en el aborrecimiento que debía tenerse a los pleitos, refiriéndose a la conciliación, como un acto de liberalidad digno de elogio y provecho para quien lo realizaba, siendo de notar que los romanos en momentos de júbilo, se reunieron en memoria de Julio César para deponer sus diferencias y terminar amigablemente sus pleitos.

Con el surgimiento del Cristianismo, la conciliación experimenta un nuevo impulso, ello motivado por el espíritu de paz y caridad que la informa, quedando plasmado en el Evangelio de San Mateo, capítulo cinco: "Transige con tu adversario mientras estés con el mismo, no sea que te entregue al Juez³¹"

³⁰ Escritor político y orador romano, nació el 3 de enero de 106 a.C. en Italia; curso estudios de derecho oratorio, literatura y filosofía en Roma, fue miembro del senado en el 74 a.C.

³¹ Caravantes, *Tratado Histórico Crítico*, 458

1.1.1. La Conciliación en Grecia

En la antigua Grecia la conciliación estaba regulada por la ley, tenían los tesmotetes el mandato de examinar los hechos objeto de litigio y procurara convencer a las partes a efectos de transigir equitativamente sus desavenencias. Otro antecedente constituye la mediación rabínica, que a partir del siglo II, resuelve los conflictos entre las partes y cuya decisión es inapelable. Ello se da en asuntos civiles y mercantiles y en algunos casos penales. La fuente de donde proviene la decisión no es otra que el Antiguo Testamento, la interpretación exegética recopilada en el Talmud³², en particular en la Guemara³³, además de una especie de sana crítica ejercida por el religioso en la apreciación del conflicto que llega a sus manos³⁴.

En Grecia, las ciudades rivales gloriosas en el arte como en la guerra, en las letras como en la Filosofía, fueron los centros de máxima expresión del pensamiento heleno: Atenas y Esparta. Atenas, durante el gobierno de Solón, sabio de Grecia, como en el régimen democrático fundado en la Constitución Política de Clístenes y Esparta con la Constitución de Licurgo, fueron las épocas de oro de la administración de Justicia de centros.

La Asamblea del Pueblo formada por los espartanos de más de treinta años de edad, elegía los magistrados que administraban justicia. No se encuentran datos que indiquen que los magistrados espartanos hayan procedido con diligencias conciliadoras para resolver los litigios de los particulares.

³² El Talmud es una obra que recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, Costumbres, narraciones y dichos, parábolas, historias y leyendas.

³³ La Guemara y la mishna juntas forman el talmud. El Mishnah es el texto base y la guemara es el comentario y el análisis que lo completa. Proviene de (gamar) “completar” en hebreo o “estudiar” en arameo.

³⁴ Elías Neuman, *Mediación y conciliación penal*, (Argentina: Ediciones Depalma. 1997), 55-56.

Mientras en Atenas, en el año 684 A. de C., se eligieron 9 Arcontes³⁵ que eran los magistrados principales de dicha ciudad estado, de los cuales, seis, llamados Thesmotetes, tenían a su cargo la función judicial que comprendía: la organización de los tribunales, la preparación de leyes y la administración de justicia, los Thesmotetes examinaban los hechos, fuentes del pleito y procuraban que las partes transigieran equitativamente sus diferencias.

De tal manera que la Conciliación en Grecia mejor dicho en Atenas con estas regulaciones estaba reconocido por la ley. “Como la primera solicitud de los atenienses era que dirimieran las controversias breve y pacíficamente y sin necesidad de recurrir a los trámites en un juicio solemne”, se ha estimado que los Thesmotetas o Tesmotetes³⁶ de Atenas realizaban una labor disuasoria respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos, buscando a venir a las partes del posible proceso para que transaran el conflicto o, cuando menos, se comprometieran en árbitros³⁷

1.1.2. La Conciliación en el Derecho Romano

Un sector de la doctrina encuentra antecedentes de la conciliación en la ley de las Doce Tabas, en concreto, en la Tabla I; sin embargo, esta opinión no es general. Se suele citar como antecedente en Roma el siguiente texto de Suetonio, que se ocupa de una columna de mármol dedicada a Julio Cesar³⁸ “... y por largo tiempo fue costumbre ofrecer sacrificios al pie de ella, hacer votos y terminar ciertas diferencias jurando por el nombre de Cesar...”; sin

³⁵ Magistrado que desempeñaba funciones de gobierno en alguna de las ciudades griegas antiguas, especialmente en Atenas. En un principio los arcontes se elegían cada diez años, pero desde principios del siglo VII se eligieron anualmente.

³⁶ Bianchi, *La conciliación prejudicial*, 125

³⁷ El mecanismo de la conciliación <http://elmecanismo delaconciliacionblogspot.com//>

³⁸ Mario Cecilio Pizzoni, *Necesidad de la conciliación obligatoria en el proceso civil*, (Argentina, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot 1969), 12

embargo, no se habla de la intervención de un tercero. Por su parte, Cicerón recomendaba llegar a arreglos elogiando la actitud del que elude los pleitos, ejemplificándonos sin duda una opinión universal e intemporal.

En Roma, a pesar de la ausencia de una regulación explícita en la ley, se respetaba la avenencia a que hubieran arribado las partes. El gran jurista cicerón sugería la conciliación sobre la base del aborrecimiento de los pleitos, refiriéndose a ella como un acto de liberalidad digna de elogio y provecho para quien lo llevaba a cabo.

En términos generales, el concilium romano implicaba una asamblea, y en especial una asamblea de la plebe. En estas asambleas, las personas se reunían a realizar negocios, resolver disputas, entre otras cosas, porque el verbo conciliare, que en su acepción original significaba "asistir al concilio", adoptó los significados correspondientes a las actividades ya dichas. El Cristianismo dio nuevos brillos a la figura de la conciliación que se adecuaba a sus principios inspiradores.

Los romanos, juristas por natural excelencia, elaboraron los principios jurídicos fundamentales de las instituciones, que en su esencia, siguen vigentes en el Derecho de las civilizaciones modernas. El tiempo, máximo juez, ha consagrado el valor del Derecho Romano y ha vitalizado el estudio del mismo. Su influencia lo demuestra la consulta frecuente de Las Compilaciones de Justiniano; no obstante los efectos poderosos del Derecho Germano, como otra corriente del pensamiento jurídico.

El rey tuvo imperium sobre el poder de los magistrados; en los negocios civiles podía tomar decisiones arbitrarias, probablemente haya tratado de obtener el avenimiento de los interesados.

La dirección de la administración de justicia, en un principio, correspondía al rey. “En el consulado también se concentran los derechos del soberano en una sola persona” tenía el poder de los Magistrados.

“El cónsul primitivo era, lo mismo que el rey, el soberano en los tribunales y en la campaña”. En la función de administrar justicia, separada del mando militar: el Pretor y el Edil Curul; este conocía de los juicios sobre asuntos del comercio, aquel, el más importante, establecido en el año 387 (367 A. de C.), conocía de los juicios civiles y penales.

1.1.2.1. Sistemas Procesales Romanos

Tres sistemas procesales citan los tratadistas, a lo largo de la historia romana, desde sus inicios hasta el final de la época clásica:

- 1) Sistema Procesal de las Acciones de la Ley
- 2) Sistema Procesal Formulario u ordinario y
- 3) Sistema Procesal Extraordinario.

En ninguno de ellos había diligencias previas, para evitar el juicio. Con la demanda se iniciaba el juicio” cada procedimiento de esta clase (civil) era iniciado en todos por medio de la demanda, o sea por la petición de la parte que alega haber sufrido un perjuicio jurídico y reclama contra él”.

El primer sistema consistía en cumplir las formalidades rituales ante el magistrado (en sus inicios, luego ante el Juez o Jurado), inclusive aportar las pruebas, con el riesgo de perder el juicio por el más simple error. La función del Juez se reducía a condenar o absolver.

En el segundo sistema, que constituyó importantísimo avance procesal, el magistrado redactaba una fórmula que contenía el objeto del litigio, que se entregaba al juez o jurado, para que conociera y sentenciara.

El actor exponía su pretensión, sobre la cual se debatía con intervención del demandado y al final se le negaba o se le concedía la demanda “pudiendo el magistrado a quien correspondía la dirección del asunto, regular el derecho de ejercitar la demanda”.

Si el demandado confesaba la deuda, se le negaba la acción y el juicio terminaba (lo que podría implicar un arreglo de las partes), cuando terminaba la discusión, el Pretor, redactaba la fórmula que aceptaba el demandado, se designaba el Juez o Jurado que iba a conocer y terminaba la primera parte del juicio (in jure).

“Después de presentada la demanda y de ser oído el demandado, venía la regulación del procedimiento por el magistrado; regulación que consistía en nombrar el o los jurados y en formular unas instrucciones escritas (fórmula) a las que habían de atenerse el actor, el demandado y el o los jurados”,

“Los elementos de defensa del demandado que debían tener en cuenta, así como que en vista de todo ello, o habían de absolver al demandado o condenarlo”. “de manera indirecta se hallaba contenida en la fórmula la sentencia.”

Pasaba al juez o jurado nombrado y con ello se iniciaba la segunda parte del juicio (in iudicio), “el jurado había de atenerse claro es, a las instrucciones que el magistrado le daba; pero por lo demás, era competente así para las cuestiones de derecho como para las de hecho”

“El principio fundamental de la administración de justicia durante la época republicana³⁹, a saber, que el fallo de los negocios jurídicos los provocaba el magistrado, pero quien lo daba era el tribunal del jurado, prevaleció también durante los tiempos del principado”. La función del juez se limitaba a examinar el asunto formulado, la prueba de los hechos y finalmente sentenciar. Cuando la época clásica llega a su final, surge el sistema extraordinario, generalmente juzgaba el presidente de la provincia. Citaban al demandado por notificaciones hasta por tercera vez, se ofrecía la prueba y condenaba o absolvía” consistía en que el magistrado mismo fuese quien fallara los asuntos (cognitivo). Se usó en lugar del jurado, como juez que nombraban durante los dos primeros sistemas.

1.1.2.2. Clases de Jueces Romanos

Los jueces o jurados, como los llama Teodoro Mommsen, eran de dos clases:

1) Jueces temporales, funcionarios designados para conocer determinado caso. Eran jueces privados, su competencia terminaba al sentenciar “magistrados extraordinarios cuya competencia se determinaba en cada caso, y se hiciera al elegirlo, y esto era lo regular por medio de una ley especial anterior al nombramiento y

2) Los Jueces permanentes u ordinarios que conocían diversos litigios, no necesitaban nombramiento para cada caso, ya que su competencia no se extinguía al resolver “magistrados ordinarios aquellos cuya competencia se

³⁹ Fue un periodo de la historia de Roma caracterizado por el régimen republicano como forma de gobierno, que se extiende desde el 509 a. C., cuando se puso fin a la Monarquía Romana con la expulsión del último rey, Lucio Tarquinio el Soberbio, hasta el 27 a. C., fecha en que tuvo su inicio el Imperio romano

determinaba y regulaba de una sola vez para siempre y para los cuales hay una denominación fija”. Al finalizar el segundo sistema procesal ya casi no hay jueces particulares”⁴⁰. Ninguno de ellos tenía facultades legales para proponer a las partes arreglo convencional de su diferencia; el magistrado regulaba el derecho de interponer la demanda generalmente en forma provisional, determinando “el papel que las partes habían de desempeñar en el proceso.

La Conciliación no existió como tal. El juez era receptor de pruebas y pretensiones, un vigilante severo del cumplimiento de las formalidades de la ley procesal, especialmente durante el sistema de las Acciones de la Ley.

Dicho lo anterior era un reconocimiento sin regulación especial. Los romanos erigieron a la memoria de los Césares uno de sus mejores monumentos: una columna, al pie de la cual el pueblo acudió durante mucho tiempo a ofrecer sacrificios, transigir sus controversias, etc., como actividad absolutamente extrajudicial⁴¹

El ilustre Maestro español Don José Vicente y Caravantes en su obra “Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil”, afirma, en forma categórica, la existencia del juicio conciliatorio en el Derecho Romano: “Respeto del juicio conciliatorio, hallamos disposiciones en el Derecho Romano que no dejan duda en su existencia desde las leyes de las XII Tablas. Esta ley prescribía a los Magistrados que aprobaron el convenio que hubieren hecho los litigantes. Disposición tomada

⁴⁰ Joel Ruiz et.al., “*La Conciliación*” (Tesis, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales Universidad de El Salvador, San Salvador El Salvador 1998) 12–15.

⁴¹ Manresa, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, 532.

de los atenienses.⁴² Casi siempre antes de invocar la autoridad de los Pretores se intentaban las vías de Conciliación. Cada casa, dice Tito Livio era en Roma un Tribunal de confianza, velaban para que se evitaran los litigios, por medios conciliatorios”⁴³. Propiamente no se trata de Conciliación procesal, sino de la extrajudicial en la que existe conformidad entre los autores.

1.1.3. La Conciliación en el Derecho Canónico

El cristianismo con sus nuevos valores: la caridad y la paz, introdujo un modo de pensar distinto. Espíritu conciliador encierran estas expresiones del Evangelio: “al que quiera litigar contigo y quitarte la túnica, dale también el manto”; “aquel a quien se reclame una cosa, de lo que le pidan y algo más”, expresiones que ponen de manifiesto el deseo de encontrar el arreglo voluntario, evitando así, los pleitos, producto de las pasiones humanas⁴⁴

El Derecho y Legislación Canónica, comprende tanto normas sustantivas como adjetivas, aquellas establecen los derechos y estas los protegen, fijan y restablecen cuando están dudosos, perjudicados o desconocidos. La tramitación y resolución legítima del litigio, corresponde a un tribunal eclesiástico puede ser penal o civil, aquel se instruye de oficio o a instancia de parte (para delitos privados como en la legislación común).

El Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria, en el Libro Cuarto, contiene las regulaciones de los procesos. En el Título XVII se encuentran los modos de evitar los juicios contenciosos, con dos títulos: de la

⁴² Samuel Petit, *Leges Atticoe*. 339

⁴³ Caravantes, *Tratado Histórico Crítico*, 47.

⁴⁴ *Ibíd.* 321.

Transacción y el arbitramiento

La transacción está regulada en los Arts. 1925 al 1928. Impone al juez la obligación de tratar de lograr que las partes eviten el juicio por medio de una transacción, que se puede obtener antes del juicio o en cualquier momento del mismo. Algunas veces se encomendaba esta función a los jueces sinodales, cuando por la dignidad del que juzgaba no convenía.

El Art. 1926 se remite a la ley civil del país en que se presenta el litigio, lo que puede permitir que se consideren sus regulaciones más propiamente del juicio de Conciliación y no de transacción en puridad de técnica jurídica.

Este modo de evitar el juicio contencioso no tiene la característica de acto previo, sino que establece que el juez “los exhortará a zanjar el pleito”⁴⁵

Es una obligación del juez, que cumple con proponerla, pero no puede imponerla. Está prohibida la transacción en las causas criminales, excepto en el juicio de injuria⁴⁶. En los juicios civiles está permitida en los casos que solo hay interés privado

El mismo Código Canónico se remite a la ley del lugar y esta nunca puede referirse a las regulaciones de la Transacción.

1.1.4. La Conciliación en España

Evidentemente los antecedentes españoles son los que más nos interesan, ya que directamente inciden en el desarrollo de la figura conciliatoria en El

⁴⁵ Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria, (Madrid MCMXL VII. I. La Editorial Católica, S.A. Art. 1925).

⁴⁶ Eduardo Eichmann, *Manual de Derecho Eclesiástico*, tomo II (Barcelona: Librería Bosch, 1931), 339.

Salvador. Se encuentran antecedentes de la institución en estudio dentro del Fuero Juzgo, en el caso de los llamados "pacis adsertores"⁴⁷ o "mandaderos de paz", que enviaba el Rey para que intervinieran en un pleito concreto, buscando la avenencia entre las partes.

Sin embargo, no tenían carácter permanente y sólo tenían participación en el asunto que concretamente les era encargado por el Monarca; incluso, la misma legislación prohibía la transacción de los litigios una vez iniciados. Otros antecedentes los encontramos en el Tribunal de los Obispos en la época de la dominación visigótica en España y en las Partidas.

Pero el nacimiento de la conciliación como tal lo podemos encontrar en las jurisdicciones consulares, en concreto, en las ordenanzas de Burgos y de Sevilla. En ambos casos se ha interpretado que se trata de conciliaciones voluntarias, llevadas a cabo ante el Prior y los Cónsules que conocerían del proceso, encontrándose su regulación en el capítulo XVII de la ordenanza de Burgos y XII en la de Sevilla⁴⁸. Cabe hacer notar que en ambos casos se habla de la participación de terceros llamados por las partes (antecedentes de la figura de los "hombres buenos"); aunque no se sabe con exactitud si su función era ayudar al Prior y los Cónsules a lograr el acuerdo, procurar extrajudicialmente la avenencia o realizar un arbitraje.

En las ordenanzas de Bilbao, del año de 1737 se establece la obligatoriedad de la conciliación ante el Prior y los Cónsules, siempre que las partes "pudieran ser habidas". Las futuras partes harían una exposición verbal de sus acciones y excepciones, después se intentará el avenimiento y, de no ser posible, se admitirán los escritos. Se trata, como en el caso de las

⁴⁷ *Ibíd.* 36.

⁴⁸ Caravantes, *Tratado Histórico Crítico*, 122

ordenanzas de Burgos y Sevilla, de una conciliación previa a la admisión de la demanda. En las nuevas ordenanzas de Burgos, del año de 1766, se establece la obligatoriedad sin ninguna referencia a si las partes pueden ser "habidas" o no, y el procedimiento es idéntico al caso de Bilbao.

En las nuevas ordenanzas de Sevilla, fechadas el año de 1784⁴⁹, el intento de conciliación se traslada de antes del inicio del proceso (caso en que opera como un auténtico medio evitador del mismo), al momento posterior a la presentación y declaración de testigos, y previa a la votación de la sentencia (caso en que opera como un medio evitador de la sentencia). La conciliación alcanza el más alto rango legal con la Constitución gaditana de 1812, que la regula en el capítulo II del título V, constituyéndose así en el antecedente directo de la conciliación en nuestro país.

Lo anterior daba lugar a que si fuera un conflicto, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del mismo. En el Estatuto provisional de 1815 se derogó dicho Tribunal, pero se estableció que los jueces de primera instancia invitarían a las partes a obtener un arreglo que finalizara el conflicto, antes de entrar a conocer del asunto.

Como vestigios del intento de Conciliación, citan los tratadistas dos grandes monumentos de la legislación hispana: El Fuero Juzgo y Las Siete Partidas publicadas en el Siglo XIII, de nuestra era.

Manuel De la Plaza⁵⁰, en su obra "Derecho Procesal Civil Español" expresa que: "para conocer el *juris intium* de la institución" deben consultarse, además, Las Ordenanzas de Bilbao, El número 6 del Capítulo VII de dichas

⁴⁹ *Ibíd.* 123

⁵⁰ Manuel De La Plaza Navarro, *Derecho procesal civil español*, tomo II (España Tomo II, 1982), 122.

Ordenanzas prescribía: “*oyéndolos verbalmente sus acciones y excepciones procuraran atajar entre ellas el pleito y diferencia que tuvieren con la mayor brevedad*” En el año 1230, Jaime el Conquistador, otorgó el Fuero de Mallorca para los conflictos de los particulares, o como expresa Don José de Vicente y Caravantes: “los fueros de Baleares, 1230, en lo que se dispuso que los hombres buenos de Mallorca pudieran entender en la pacificación” .

Los antecedentes más próximos fueron encontrados en el Siglo XVIII en el Capítulo III de las Instrucciones de los Corregidores y en el Título I de las Ordenanzas de Matrícula de los Reyes Carlos III y su hijo Carlos IV.

1.1.4.1. El fuero juzgo y las siete partidas

La traducción del Código Visigodo que recibió el nombre de “Fuero Juzgo⁵¹”, estableció en España, durante el reinado de Fernando III, los “Mandadores de Paz” o “Pacis Adsertores”, en la Ley 15 del Título III del Libro II.

Mientras en las Partidas del Rey Alfonso X “El Sabio”, en la Ley 23, Título IV de la Partida 3ª. Que trataba de la Justicia y modo de administrarla en juicio, para la expedición de los pleitos, creó los “Jueces Avenideros”.

La Ley 25 del Título I del Libro II del Fuero Juzgo, señala que hay varios funcionarios para resolver los conflictos jurídicos y entre ellos menciona al “Adsertor de Paz”, así nos dice: “los negocios son muchos, y no solo el Duque, el Conde, el Vicario –sino también- el Adsertor de Paz”

⁵¹ El Fuero Juzgo constaba de unas 500 leyes, divididas en doce libros y cada uno de ellos subdividido en varios títulos. Destacan, entre otras disposiciones. Las fuentes del *Fuero Juzgo* que son códigos visigodos anteriores, derecho romano e intervenciones de personajes eclesiásticos importantes –la llamada *influencia canónica*– que influyeron en el texto revisándolo o haciendo sugerencias –como por ejemplo el obispo San Braulio de Zaragoza

El avenimiento de las partes era el fin de estos funcionarios para evitar el juicio: « tenían la misión de entender en la pacificación y decisión de los conflictos que ocurriesen entre particulares” Los principios reguladores de la audiencia de los funcionarios mencionados: pacis adsertores, jueces avenideros, los hombres buenos de Mallorca, corregidores, etc., no constituían ningún procedimiento sistematizado que le diera perfiles de institución a la Conciliación.

El Mandadero de Paz no era permanente, ni nombrado para un período. Para cada caso se designaba un pacificador. Era previo a la demanda, en el sentido de que una vez iniciado el juicio ya no procedía el avenimiento, por prohibirlo la ley. No existía disposición expresa que la impusiera a las partes, tácitamente quedaba a voluntad de ellas. “recibían delegación inmediata y especial del monarca para conocer ciertos negocios o pleitos especiales con el fin de terminarlos pacíficamente”. Don José de Vicente y Caravantes dice: “*meter paz entre las partes*” era su misión.

Los pacificadores mencionados fueron más árbitros o amigables componedores que jueces conciliadores. En ellos se confunden por su semejanza en la finalidad instituciones que en el fondo son muy dispares: El Arbitraje y la Conciliación.

Estos son los antecedentes remotos de La Conciliación “hasta que la idea tomó cuerpo y cristalizó en la Constitución Diocesana⁵²

1.1.4.2. La Conciliación como institución

⁵² Ruiz, *La Conciliación Universidad de El Salvador*, 18-25.

Fue regulada con carácter permanente e institucional en los siglos XVII y XIX de Inglaterra y Alemania llega a la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII, Las ideas liberales de los revolucionarios fueron la base para combatirla ardorosamente y, con ello, su divulgación propició.

En la Ley del 24 de Agosto de 1790, decretaba por la Asamblea Constituyente de Francia se establece la facultad de conciliar del Juez. Esta ley es el antecedente inmediato de la Conciliación Española, cuyos frutos encontramos en la Constitución Política de Cádiz de 1812, cuando Fernando VII, había abdicado su corona a petición de Napoleón Bonaparte. Dicho sea de paso, en Las Cortes Españolas estaba representada la provincia de San Salvador, por el diputado José Ignacio Ávila⁵³.

Fernando VII recupera la corona y en 1814 deroga la Constitución; para recuperar, en 1820 la vigencia su texto íntegro, y con él el Capítulo II del Título V que establecía el juicio especial de Conciliación,⁵⁴ el cual declaraba la Conciliación obligatoria y previa a todo juicio, no se podía entablar proceso civil y penal por injurias, sin la certificación de que se había intentado, infructuosa, la Conciliación.

Entre los años de 1820 y 1855 se declara una serie de leyes y reglamentos que regulan la institución; en 1821 la declara obligatoria para eclesiásticos y militares; el reglamento de 1835 le da el carácter de juicio (demanda, contestación y sentencia que obliga con el consentimiento de las partes). La autoridad competente era el Alcalde. En 1829 el Código de Comercio creó los Jueces avenideros.⁵⁵, para los conflictos jurídicos de naturaleza mercantil, en 1855 se decreta la primera Ley de Enjuiciamiento Civil. Faculta a los

⁵³ Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. (Argentina, Buenos Aires: Editor EDIAR.1965), 259.

⁵⁴ Caravantes, *Tratado Histórico Crítico*, 92.

⁵⁵ *Ibíd.* 450.

Jueces Municipales para que conozcan la Conciliación que previa al juicio declarativo, tiene que promover el actor. En términos semejantes se regula en otras naciones: Francia, Italia, Alemania, Argentina, etc.⁵⁶

El desconocimiento de la ley y de principios jurídicos fundamentales por parte del Juez Conciliador El Alcalde- generó tantos errores y desconfianza en las personas que fue necesario privarlos de las funciones judiciales y concederlas al Juez de Paz. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 llamo jueces municipales al de paz.

También se decreta la segunda Ley de Enjuiciamiento Civil en 1881, vigente hasta nuestros días, que alberga en su texto las disposiciones de la Conciliación como “acto previo y obligatorio”. Precisamente en el año que en El Salvador, se dicta el Código que por último reguló la Conciliación con esas dos características.

Se encuentran antecedentes de la institución en estudio dentro del Fuero Juzgo, en el caso de los llamados "pacis adsertores" o "mandaderos de paz", que enviaba el Rey para que intervinieran en un pleito concreto, buscando la avenencia entre las partes. Sin embargo, no tenían carácter permanente y sólo tenían participación en el asunto que concretamente les era encargado por el Monarca; incluso, la misma legislación prohibía la transacción de los litigios una vez iniciados.

Otros antecedentes se encuentran en el Tribunal de los Obispos en la época de la dominación visigótica en España y en las Partidas, pero el nacimiento de la conciliación como tal se puede encontrar en las jurisdicciones

⁵⁶ Jaime Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (Madrid: M. Aguilar 1945), 18

consulares, en concreto, en las ordenanzas de Burgos y de Sevilla. En ambos casos se ha interpretado que se trata de conciliaciones voluntarias, como se mencionó anteriormente.⁵⁷.

En las ordenanzas de Bilbao, del año de 1737 se establece la obligatoriedad de la conciliación ante el Prior y los Cónsules, siempre que las partes "pudieran ser habidas". Las futuras partes harían una exposición verbal de sus acciones y excepciones, después se intentará el avenimiento y, de no ser posible, se admitirán los escritos. Se trata, como en el caso de las ordenanzas de Burgos y Sevilla, de una conciliación previa a la admisión de la demanda.

En las nuevas ordenanzas de Burgos, del año de 1766, se establece la obligatoriedad sin ninguna referencia a si las partes pueden ser "habidas" o no, y el procedimiento es idéntico al caso de Bilbao. En las nuevas ordenanzas de Sevilla, fechadas el año de 1784, el intento de conciliación se traslada de antes del inicio del proceso (caso en que opera como un auténtico medio evitador del mismo), al momento posterior a la presentación y declaración de testigos, y previa a la votación de la sentencia (caso en que opera como un medio evitador de la sentencia).

Más tarde, las leyes españolas medievales establecieron la conciliación, aunque no de forma permanente. En el Fuero Juzgo se encuentra la figura del Pacis adsertor⁵⁸, que era enviado por el Rey a las partes con intención de que las aviniera. Socialmente se sugería de manera habituarla conciliación ante el Tribunal de los Obispos en la monarquía Visigoda.

⁵⁷ *Ibíd.* 5.

⁵⁸ Pacis adsertores o mandaderos de paz, que enviaba el Rey para que intervinieran en un pleito concreto, buscando la avenencia entre las partes. Sin embargo, no tenían carácter permanente y solo tenían participación en el asunto que concretamente les era encargado por el Monarca; incluso la misma legislación prohibía la transacción de los litigios una vez iniciados.

Las Partidas se refieren de un modo concreto a los amigables componedores. La conciliación fue regulada como permanente en el siglo XVIII y en el XIX; apareció primero con tal carácter en los pueblos del Norte.

Sobre su aplicación se adoptaron diversos sistemas. En Francia y España, se declara obligatorio llevarla a cabo previo a todo juicio declarativo. En otros países era una potestad conferida a las partes, quienes podían celebrarla o no. En Alemania, era el propio juez de primera instancia el llamado a fungir como conciliador, mientras que en el caso español y francés, este papel correspondía a un juzgador distinto.

En la actualidad un buen número de estudiosos ubica a la conciliación dentro de los denominados métodos o mecanismos alternos de solución de controversias⁵⁹. En el siguiente apartado de este trabajo, se desarrollan los temas necesarios, a la luz de la legislación y la doctrina, para introducirse al tema de la conciliación.

1.1.5. La Conciliación en Francia

En Francia, la conciliación fue establecida por la Asamblea Nacional en las leyes del 6 y 24 de agosto de 1790. Operaba como una etapa previa al nacimiento del proceso civil, ante una oficina llamada "Bureau de paix et de conciliation";⁶⁰ esta figura pudo ser un antecedente importante del establecimiento de la conciliación en la Carta de 1812, aunque sabemos que los diputados a las Cortes Constituyentes ocultaron lo más posible las

⁵⁹ Rita Haydee Bustamante y Leonardo De Cebar, indican que "son procedimientos autogestionarios, basados en la voluntad de las partes, por medio de los cuales se procura una solución amigable, pronta, económica y eficaz a los conflictos" Estos métodos no son excluyentes de la solución jurisdiccional, sino, más bien, complementarios.

⁶⁰ Antony Umashi, *La mediación en el proyecto de reordenamiento procesal*,(1967), 1001

influencias francesas, por la razón obvia de la invasión gala a la península⁶¹.

Hasta aquí se puede concluir, que la conciliación en sus inicios no ha adquirido la categoría de institución con regulaciones propias; así mismo no puede precisarse con exactitud el lugar y fecha de origen de la misma, ya que se considera que tales datos se pierden en la infinidad del tiempo, lo que si queda claro, es que ha sido efectiva para ponerlo fin a las discordias que ha experimentado la humanidad desde tiempos muy remotos y que por ello fue tomada en consideración por los grandes pensadores de las culturas más florecientes, tales como la griega y la romana.

1.1.6. La Conciliación en América Latina (México)

Para guiarnos en el presente apartado, se realiza un estudio a partir de los diversos documentos constitucionales que ha tenido México, para darnos cuenta de la importancia y evolución de nuestro objeto de estudio. Nos encontramos referencia a la figura conciliatoria en los "Elementos Constitucionales" de Rayón, como tampoco en los "Sentimientos de la Nación" de Morelos, ni en la "Constitución de Apatzingan⁶²". El "Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano" prevé, en su artículo 58, la subsistencia de los Consulados, pero ejerciendo tan sólo actividades de conciliación y arbitraje entre los comerciantes. De dicha legislación resulta importante el artículo 71, que a continuación se transcribe, "*Artículo 71: A toda demanda civil o criminal debe preceder la junta conciliatoria en los términos que hasta aquí se ha practicado. Y para que sea más eficaz tan interesante institución, se previene que los hombres buenos presentados por*

⁶¹ *Ibíd.* 6 y 7.

⁶² Beth Raiffa, *El arte y la ciencia de la negociación*, (Perú: editorial Latinoamericana, 1999), 17

las partes, o no sean abogados, o si lo fueren, no se admitan después en el tribunal para defender a las mismas partes, en caso de seguir el pleito materia de la conciliación”

Resulta interesante la limitación a la intervención de abogados en el intento de avenimiento o en el proceso posterior. Indudablemente se trataba de que los abogados, con la intención en algunos casos de obtener un ingreso importante si el asunto no se arreglaba y era necesario concurrir a tribunales, no obstruyeran la posibilidad del arreglo. En la actualidad, el tema de la asistencia letrada desata, sin duda, una interesante controversia, ¿si se prohíbe, a efecto de que las partes, cara a cara entre ellas y con el conciliador, arreglen sus problemas sin subterfugios legales?, ¿si la prohibición no violará el derecho a la asistencia jurídica?⁶³

La tentativa de conciliación se encargaba a los Alcaldes, y el procedimiento se ajustaba a la ley referida del 9 de octubre de 1812; por último, se preveía que en los reglamentos provisionales de cada provincia se debería conceder facultades a los Alcaldes de los pueblos para realizar labores conciliatorias. En la Constitución de 1824 se establece la obligación de acudir al "medio" de la conciliación previamente a iniciar acción civil, o penal por injurias.

En la Sexta Ley Constitucional de 1836⁶⁴, se señalan como autoridades encargadas de tentar la conciliación a los Alcaldes y a los Jueces de Paz. Encontramos la obligatoriedad de la conciliación en la Quinta Ley, del mismo año.

⁶³ Ibíd.18

⁶⁴ Ibíd. 20

La figura de los Jueces de Paz permanece en el proyecto de reformas de 1840, señalándose en el mismo que las poblaciones numerosas se dividirán en secciones a cargo de dichos funcionarios, que se ocuparán de la conciliación.

La última mención de la figura estudiada en la historia constitucional la encontramos en los proyectos de 1842, tanto del 26 de agosto como en el del 2 de noviembre. En ellos se establece la obligatoriedad del intento conciliatorio estableciendo, al igual que la Quinta Ley Constitucional de 1836, que la Ley señalaría los casos de excepción y el procedimiento a seguir.

Como un ejemplo de la legislación secundaria que en la Nación Mexicana se ocupó de la figura conciliatoria, podemos citar la Ley del 3 de mayo de 1837⁶⁵, misma que mantenía la posibilidad de medidas precautorias, pero en la que no encontramos las prevenciones respecto de los abogados que contenía el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, Describiremos someramente el procedimiento previsto:

- 1.- La petición hecha por el probable futuro actor será verbal ante el Alcalde.
- 2.- El Alcalde o Juez de Paz citará al requerido (es de esperarse que el citatorio fuera por escrito, ya que debía contener el objeto sobre el que versaría el intento; el día; la hora y lugar en que se realizaría la comparecencia.
- 3.- Se prevendría a ambos participantes que concurrieran acompañados de su "hombre bueno", quien debía ser mayor de 25 años y en ejercicio de sus derechos.

⁶⁵ Ibíd. 22

4.- En caso de inasistencia del citado, se giraba un nuevo citatorio, con apercibimiento de una multa de dos a diez pesos; en caso de que continuara en su rebeldía, se tenía por intentada la conciliación, asentándose en el "Libro de conciliaciones" el resultado negativo por la inasistencia exigiéndose el pago.

5.- El peticionario puede renunciar válidamente a la misma en la primera o segunda cita, teniéndose por intentada la conciliación y asentándose la renuncia en el libro citado. En este caso, como en el anterior, firmarían el libro el Alcalde o Juez de Paz; el peticionario y el escribano.

6.- Aunque no queda muy claro del texto de la Ley en cita, parece que el citado podía renunciar al beneficio de la conciliación aún sin acudir a las citas.

7.- Los participantes en la conciliación podían acudir por sí o por apoderados; exponían ante la autoridad los hechos; el Alcalde o Juez que presidiera el intento conciliatorio escuchará el dictamen de los hombres buenos y dará en seguida (o en un plazo de 8 días) la providencia que le parezca conveniente para acabar el pleito. Como podemos observar, parece ser que más que buscar un acercamiento y comunicación entre las partes (lo que caracteriza a la conciliación moderna), se pretendía que la autoridad conociera del asunto y dictaminara; esta presunción se fortalece al no hacer la Ley en comento referencia alguna a la obligación del Alcalde o Juez de Paz de invitar las partes a formular propuestas de arreglo.

Esta figura guarda curiosa similitud con las modernas instituciones norteamericanas del "Summary Jury Trial"⁶⁶ y el "Moderated Settlement Conference"⁶⁷; así como con un procedimiento, del mismo origen geográfico, para la resolución de disputas sobre patentes. Regresaremos más adelante a estas modalidades.

Es importante hacer una breve reflexión sobre los hombres buenos; es posible conjeturar que los participantes del procedimiento conciliatorio buscaran a hombres persuasivos, que pudieran sostener su postura frente a la autoridad que fuera a emitir la propuesta de arreglo; la prevención respecto de que los abogados no fueran conciliadores sin duda refleja el temor de que buscaran más la continuación que el arreglo del pleito.

Los hombres buenos cumplían una doble función de auxiliadores⁶⁸, " del conciliador, en sus esfuerzos por lograr la avenencia, y de las partes, en cuanto salgan a la defensa de sus intereses..."; en forma parecida a como deberían funcionar los representantes del capital y del trabajo en las actuales Juntas de Conciliación y Arbitraje del proceso laboral mexicano.

En Querétaro, la conciliación, como ya se dijo, pasa de la Constitución de 1825 a la de 1833; en esta última la labor estaba encomendada a los jueces de Primera Instancia y a los Alcaldes Constitucionales.

Para terminar, y a modo de ejemplo de la reglamentación que tuvo nuestra

⁶⁶ Sebenius Lax Interests: *The measure of negotiation* (traducido por Rubin Breslin, España 1997), 179

⁶⁷ *Ibíd.* 180

⁶⁸ En México la justicia alternativa es definida como todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, por procedimiento de técnicas específicas aplicadas por especialistas

figura durante el siglo pasado, diremos que en Veracruz, en el Código de 1868 (unitario, por cierto, asunto por el cual propugna el Maestro Fairén Guillen), se establecía la conciliación preventiva. En la Ley de Procedimientos para el Distrito Federal y Territorios, de 1857, se preveía la conciliación post-alegatos.

1.2. La evolución de la Conciliación en el tiempo

Si se toma como referencia lo afirmado por varios autores del Derecho, entre ellos Manresa y Navarro, de que la institución de la conciliación adquiere, tal carácter en los siglos del XVII al XIX, debemos decir, que de Inglaterra pasa a Francia revolucionaria del siglo XVIII, donde se crea la Ley del 24 de agosto de 1790⁶⁹, en la cual se establece la facultad de conciliar del Juez, convirtiéndose esta ley en el antecedente inmediato de la conciliación en el Derecho español, resultados que se encuentran en la Constitución Política de Cádiz de 1812.

cuando Fernando VII había abdicado su corona a petición de Napoleón Bonaparte; al recuperar la corona Fernando VII y en el año de 1814 deroga la constitución, siendo hasta el año de 1820 que recupera vigencia su texto completo, y de esa manera, en el capítulo II se trataba del juicio especial de conciliación.

Punto importante de mencionar, es que en la Constitución referida se establecía y declaraba la conciliación como previa a todo juicio, no se podía iniciar el proceso civil y penal por injurias, sin la certificación de que se había intentado y fracasado la conciliación.

⁶⁹ Ley de Organización Judicial, (D.O. 24 de agosto de 1790).

En el Fuero Juzgo se hace alusión a los mandaderos de paz y avenidores, pero estos funcionarios no eran una institución permanente, ya que eran nombrados en cada caso particular por el Rey para avenir y conciliar los conflictos de intereses que éste les indicaba, ello para hacer referencia a la institución encargada de llevar a cabo la conciliación.

De lo anterior se puede colegir, que la conciliación como institución tuvo su origen en España y de ahí pasó directamente al Continente americano, consecuentemente a El Salvador, en donde ha tenido un papel preponderante en la solución de variados problemas que a diario enfrenta la sociedad.

1.3. Antecedentes históricos de la Conciliación en El Salvador

El Salvador, al igual que cualquier país del mundo, en su devenir histórico, presenta variadas épocas, las cuales de acuerdo al proceso de dominación española y según los historiadores, podemos dividir las así: Descubrimiento, Conquista, Colonización e Independencia; luego, conforme al proceso de formación y desarrollo del ordenamiento jurídico salvadoreño, el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz, en su obra “historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas”, distingue dos épocas:

1- La pre institucional y 2- La Institucional

1.3.1. La conciliación durante en la época pre institucional

Cuando España impuso a los pueblos conquistados su cultura, idioma, y religión, sus costumbres y leyes, se puede decir, que fue un proceso de transculturización, en el cual obligaron a los aborígenes a que se sometieran en todo aspecto a su voluntad.

Es así como se tiene que, durante esa época, muchas de sus leyes tuvieron vigencia en El Salvador, siendo algunas de ellas: Las Siete Partidas, El Fuero Real, El Fuero Juzgo, iniciándose esta época con el dominio español, lo cual acontece a los inicios del siglo XVI, finalizando en 1812, al decretarse la Ley de las Cortes Españolas.

Para la institución objeto de estudio presentan especial interés, dos leyes, en ellas se encuentran disposiciones relativas a los encargados de evitar los pleitos judiciales de naturaleza civil, nos referimos a los "Pacia Adaertoreo" y a los "Jueces Avenideros".

Vale la pena hacer la aclaración de que con anterioridad al año de 1812, en El Salvador hubo leyes que tuvieron vigencia y se referían a la conciliación, tal es el caso de "La instrucción dirigida a los corregidores del 15 de mayo de 1788, en que se daban instrucciones para que las partes logaran un avenimiento, lo cual no altera el sentido de la primera época⁷⁰, por cuanto en sus disposiciones conciliadoras, no se observan las características que perfilan la institución, No se puede determinar con certeza si los Pacio Adoertores a los Jueces Avenideros fueron nombrados alguna vez y si resolvieron algún conflicto de interés particular, siendo la razón de tal incertidumbre la falta de información acumulada o registrada.

1.3.2. La conciliación en la época institucional

Es oportuno mencionar que la Revolución Francesa fue contraria al espíritu de la conciliación, más sin embargo, es difundida y como se expresó en

⁷⁰ Jueces Avenideros que son escogidos y puestos por la partes para liberar la contienda que se da entre ellos

párrafo aparte, llegó a España con carácter constitucional, siendo la Constitución de Cádiz la que contiene en su texto la conciliación como un juicio previo y obligatorio a todo juicio criminal y civil por injurias, es así como surge a la vida jurídica como una verdadera institución procesal, en la cual se observan términos ciertos y determinados, funcionario competente, la fuerza ejecutiva de la resolución, citas, hombres buenos y otros.

En tales condiciones se recibe de España la conciliación con carácter obligatorio, que posteriormente pierde, quedando a voluntad de las partes hacer uso o no de la conciliación; en atención a este cambio, el Dr. Joel Ruiz, en su obra "La Conciliación"⁷¹ divide en dos periodos la época institucional:

- 1) La conciliación obligatoria; y
- 2) La conciliación voluntaria

La conciliación obligatoria se inicia a finales del año de 1812 con la Ley de las Cortes Españolas y termina en 1893, con la segunda edición del tercer Código de Procedimientos Civiles de El Salvador; esta forma de conciliación se tenía prestada de España y se incorpora a la Constitución Política de 1824, que la declara obligatoria y previa a la demanda, y al respecto, el Art. 61 de la primera Constitución salvadoreña, establecía: "que ningún pleito podía entablarse sin que procediera juicio conciliatorio"; no obstante tal disposición, no habían leyes secundarias que desarrollaran dicho precepto constitucional, por lo cual seguían vigentes las leyes españolas que normaban al respecto.

⁷¹Ruiz, *La Conciliación*, 12

En la "Recopilación de Leyes Patrias", del Dr. Isidro Menéndez, en el Libro V Título I, aparece como Ley I "La Ley Reglamentaria para los Tribunales y juzgados del Estado y las demandas Civiles que no pasan de doscientos colones y de los negocios criminales por injurias o faltas livianas" y el Artículo 144 decía: "También por oficio propio serán los conciliadores".

En la obra citada del padre de la Legislación Salvadoreña, la Ley de las Cortes Españolas, del 9 de Octubre de 1812 en su Artículo 1 prescribía: "Como que los Alcaldes de los pueblos ejercen en ellos el oficio de conciliadores" quiere decir, que todo aquel que quiera demandar a otro ante un Juez del partido ya sea por negocios civiles o por injurias deberá presentarse al Alcalde del lugar, con hombres buenos uno de cada parte, se los oirá a ambas partes se les informará de las razones que alegaren y oído el dictamen de los asociados, dará, dentro de ocho días lo más la providencia de la Conciliación que lo parezca propia para terminar el litigio sin más circunstancias.

En 1824 se dictó otra ley sobre el juicio de la Conciliación llamada "Ley de Instrucción sobre Juicios Conciliatorios"⁷².. se deduce la importancia que el legislador le dio a la Conciliación; no se encontró en estas leyes secundarias disposiciones que expresaran el carácter obligatorio de la Conciliación, sin embargo, se dice que es afirmativo que exista por las siguientes razones, la Ley de las Cortes Españolas estaba inspirada en la Constitución de Cádiz de 1812 y decía lo siguiente; "en el Artículo primero ya mencionado, que deberá presentarse al Alcalde del lugar", en la forma imperativa del verbo debe, no

⁷² José Mario Sibrían et.al, "Eficacia de la conciliación como alternativa para solucionar la problemática del hacinamiento de reos en los centros penales por delitos contra el patrimonio" (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales Universidad de El Salvador, San Salvador El Salvador 1997), 20-21

deja lugar a dudas y se lo agrega el Artículo 61 de la Constitución Salvadoreña al principio ya mencionado.

1.4. Historia de la Conciliación en los Códigos de Procedimiento Civiles

En el país se ha tendido tres Códigos de Procedimientos Civiles, los cuales en su orden cronológico son⁷³:

- 1 -. El Código de Procedimientos y de Fórmulas Judiciales de 1857
- 2-. El Código de Procedimientos Civiles de 1863; y
- 3-. El Código de Procedimientos Civiles de 1881.

El segundo Código de 1863 con reformas fue editado por segunda vez en 1878. La conciliación obligatoria fue regulada por los tres Códigos, hasta la reforma del tercero que se editó en 1896 en donde se deja a voluntad del actor el procedimiento conciliatorio.

1.4.1. La Conciliación en el Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales de 1857.

En esta época en el libro Primero Titulo II se regulaban los actos previos a la demanda, en el Capítulo II se trataba "De la Conciliación" Era obligatoria porque en el Artículo 165 decía "debe preceder a toda demanda por escrito". El funcionario competente era el Juez de Paz, sólo en el caso que éste fuere el demandado conocía el Alcalde; los hombres buenos en esa época ya tomaban parte en la conciliación como propositores de soluciones, lo que se mantiene hasta nuestros días.

⁷³ Sibrian, "Eficacia de la conciliación", 23 y 24

La Conciliación era irrenunciable, porque establecía una serie de juicios excepcionales en los que no procedía, pero o era necesario en el divorcio El Juez de Primera Instancia, al conocer de una demanda en que el actor no había seguido el juicio conciliatorio o transcurría un año después de celebrada, sin el avenimiento deseado se decreta que se celebrará la conciliación, como acto previo⁷⁴.

1.4.2. La Conciliación en el Código de Procedimientos Civiles de 1863.

En el libro Primero Título Quinto, Capítulo II, W Artículo 152 al 188, contiene las regulaciones referentes a la Conciliación igual al Código de Fórmulas, donde se expresa que la misma debe de preceder a las demandas como acto previo o preparatorio al juicio, que conoce el Juez de Paz o el Alcalde, en el caso que se demande al primero; los hombres buenos debían tener 25 años de edad, Artículo 163.

1.4.3. La Conciliación en el Código de Procedimientos Civiles de 1881.

La Conciliación estaba regulada en los Artículos 155 al 183. Es un acto previo y preparatorio para la demanda principal para evitar los pleitos ya en avenimiento, en transacción o en compromiso al igual que los anteriores. Era obligatorio y así se expresaba en los Artículos 156 y 183 respectivamente; "debe de preceder a todo juicio escrito o ejecutivo" la Conciliación porque si se omitía se decretaba que se celebrara inmediatamente. Los hombres buenos debían tener veintiún años y era obligatoria la resolución del Juez de Paz, si las partes están conformes.

⁷⁴ Se debe entender que es como el acto de homologación que se expresa en el Código procesal civil y mercantil vigente, destacándose que para tener validez era importante el acto del Juez de Paz.

CAPITULO II

MARCO TEORICO SOBRE EL PROCESO DECLARATIVO COMÚN, LA CONCILIACION Y EL ESTADO.

El propósito del presente capítulo es desarrollar el proceso declarativo o común para que el lector comprenda la aplicación de la norma; para ello sirve admirablemente ese interés público que es de la certeza del derecho. Este maestro italiano llama proceso de mero accertamento aquel por el cual la parte no solicita del juez que reconozca la responsabilidad de su adversario, ni tampoco que lo condene a que modifique una relación jurídica que exista en él y el adversario sino únicamente que acierte el modo de ser de la relación jurídica. Así por ejemplo el artículo 2126 del Código Civil que concede una acción para que se declare existente una obligación jurídica o se impida la prescripción.

2.1 Consideraciones generales del Proceso Declarativo o Común; concepto

El cual busca la seguridad jurídica y que exige como requisito el interés jurídico del que demanda, se puede dividir en puro y declarativo constitutivo.

2.1.1. Proceso Declarativo o de Conocimiento

Es aquel que tiene como finalidad que se declare la existencia o no de un derecho a favor del demandante. El demandante invoca la existencia de un derecho a su favor, obviamente tutelado por el ordenamiento jurídico, pero aún no es reconocido como titular del mismo, razón por la cual se afirma que en este tipo de proceso existe incertidumbre sobre la titularidad de un

derecho. Se pretende constatar la existencia de una norma que consagre un derecho a favor de quien lo invoca en la pretensión, con la finalidad de que sea reconocido por medio de la sentencia.

2.1.2. Procesos Declarativos puros o meros Declarativos

Son los procedimientos que tienen como finalidad obtener simplemente la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se imponga algún tipo de condena, prestación, ni se constituye o modifique una relación jurídica.

2.1.3. Procesos Declarativos de Condena

Se pretende que se declare que el demandado es responsable por la ejecución de una conducta que vulneró los derechos de otro, y que por ende se le debe imponer una sanción (de tipo patrimonial en materia civil, laboral y administrativa o de tipo personal en materia penal).

2.1.4. Procesos Declarativos Constitutivos

Se pretende por medio de sentencia, la constitución (creación), extinción o modificación de un determinado estado o situación jurídica, por la ocurrencia de hechos que de acuerdo con la ley deben producir esos efectos jurídicos. Hay mutación del estado de cosas existentes. Características:

- a) existencia de una relación jurídica,
- b) existencia de un interés de hacerle modificaciones a esa relación jurídica,
- c) transformación de esa relación jurídica que opera con posterioridad a la

declaración.

2.2. Naturaleza

El proceso común tiene una función pública que busca la actuación del derecho cuando se presenta un conflicto de intereses como advierte Couture el proceso es una garantía individual que “ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores.

Tanto la Declaración Universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, como la declaración americana de derechos y deberes del hombre consagra el derecho de un proceso regular, los artículos 8 y 10 de la declaración universal dicen que toda persona tiene un recurso para ante los tribunales nacionales y competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en la materia pertinente.

Dichas garantías buscan que el proceso se desarrolle con las debidas garantías en orden a proteger la dignidad de la persona humana. Y es que el proceso es un instrumento de tutela de derecho, una garantía de justicia y una de las más preciosas garantías constitucionales⁷⁵ El proceso declarativo busca la certidumbre jurídica y exige como requisito indispensable el interés

⁷⁵ Alsina, *Tratado Teórico Práctico*, 87

jurídico actual en el demandante. Tradicionalmente el proceso declarativo se ha dividido en puro y declaratorio constitutivo, según el tratadista y profesor Devis Echandia es puro cuando el interesado solicita al juez se declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica existente o que se constituya una nueva⁷⁶. El proceso declarativo busca además de la declaratoria de la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, que se imponga al demandado una condena⁷⁷.

2.3. El Proceso Declarativo

El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de reciente aprobación y cuya vigencia se fijó para el año 2010, abandonó la distinción de los juicios extraordinarios y los juicios ordinarios utilizada por el CPC/1882.

El primer cuerpo normativo adopta una clasificación distinta y novedosa en procesos patrimoniales para la fase de juzgamiento jurisdiccional, separando a los mismos en dos principales grupos, que son los siguientes: a) Primer grupo, son los procesos declarativos que comprenden a su vez, al proceso común y el proceso abreviado; y b) Segundo grupo, son los procesos especiales que incluyen a su vez: al proceso ejecutivo, el proceso posesorio, el proceso de inquilinato y los procesos monitorios

Al presentar los comentarios iniciales sobre los procesos declarativos, se dice que la nueva ley nacional adopta, como forma procesal, la denominación más amplia que pueda otorgarse a un proceso jurisdiccional. Dicha forma es la de “Proceso declarativo”, que toma su denominación del objeto del mismo

⁷⁶ Hernando Devis Echandia, *Compendio de derecho Procesal*, Tomo I (El Salvador, San Salvador: Editorial ABC, Tomo 1, 1995), 198

⁷⁷ *Ibíd.* 88

proceso tramitado en aquel; así se tiene, como punto de llegada, un contenido declarativo en la sentencia, la cual es dada con ocasión de una pretensión civil o mercantil de la misma naturaleza⁷⁸.

Según Calamandrei “es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal a través de los cuales se verídica el ejercicio de la jurisdicción⁷⁹” Todo el conjunto de procesos que contempla nuestro ordenamiento pueden ser clasificados en procesos declarativos y de ejecución. Los primeros de ellos tienen por objeto declarar la existencia de un derecho subjetivo o relación jurídica, modificarla, constituirla o anularla, o condenar al deudor al cumplimiento de una determinada prestación⁸⁰.

De lo que se trata es de otorgar satisfacción jurídica a una determinada pretensión mediante la solución definitiva del conflicto. Los procesos declarativos son, a su vez, susceptibles de ser sistematizados con arreglo a distintos criterios.

Atendiendo a la amplitud o limitación de su objeto y a la extensión de los efectos de la sentencia (ordinarios, sumarios y especiales); de conformidad con la naturaleza de la relación jurídico-material debatida (procesos de Derecho público y de Derecho privado. Al primer grupo pertenecen el proceso penal, el constitucional y el contencioso-administrativo. Al segundo pertenecen el proceso civil y el del trabajo). Según lo regula el Código Procesal Civil y Mercantil⁸¹ en su artículo Art. 239.- el cual literalmente dice

⁷⁸ Oscar Antonio Canales Cisco et.al., Código Procesal Civil Y Mercantil Comentado 2ª. Edición (El Salvador 2011).

⁷⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Procesos Declarativos y Cautelares*, (Colombia, Edit. Librería Ediciones del Profesional, 1984).

⁸⁰ Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, (Buenos Aires, ediciones de palma, 1962), 117

⁸¹ Código Procesal Civil Y Mercantil, (D.O. 5 de Julio de 2001).

“Toda pretensión que se deduzca ante los Tribunales Civiles o Mercantiles, y que no tenga señalada por la ley una tramitación especial, será decidida en el proceso declarativo que corresponda por razón de la materia o por razón de la cuantía del objeto litigioso. Las normas de determinación de la clase de proceso por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia Pertenece a la clase de los procesos declarativos”

1°. El proceso común.

2°. El proceso abreviado”.

Esta investigación se centraliza en el proceso declarativo o común ya que busca la declaración de la existencia o no de un derecho a favor del demandante, se aplicaran estos procesos cuando no haya un proceso especial para la pretensión en litigio y también cuando su valor no exceda a los 25,000 colones o su equivalente en dólares ello nos lleva a un pequeña descripción.

2.3.1 El Proceso Común y su desarrollo; competencia Judicial en Proceso Declarativo

En este apartado se tratará la competencia judicial asignada a los funcionarios judiciales, desde la perspectiva del proceso declarativo común, enfocándose exclusivamente la competencia objetiva y dejándose a un lado los comentarios sobre el resto de competencias, como la territorial, la subjetiva y la funcional para otro estudio general del mismo. El conocimiento de la competencia objetiva sobre el proceso declarativo común es atribuido, de acuerdo a la ley procesal, a los siguientes funcionarios judiciales⁸²:

⁸² Ibid.

a. Juzgados de Primera instancia, cuya competencia se someten la generalidad de personas, sin distinción alguna, según el art. 30 ordinal 1º CPCM.

b. Cámaras de Segunda Instancia de la Capital, cuando el demandado sea el Estado de El Salvador, conforme al art.29 ordinal 2º con relación al art. 39 CPCM.

La anterior aseveración debe ubicarse en el contexto de la nueva conformación de la estructura orgánica que establece el CPCM, el cual redistribuye funciones que en la actualidad se encuentran distribuidas de otra manera.

Entre las modificaciones orgánicas relevantes se encuentra la siguiente: a los Juzgados de Paz les fue suprimida totalmente la competencia contenciosa en lo civil y mercantil de menor cuantía, la cual se les confiaba de acuerdo al CPC.158 La nueva ley sólo atribuye el conocimiento de los actos de conciliación, de acuerdo a los arts. 32 y 246 CPCM, fijándole como objetivo evitar un proceso contencioso.

Frente a la anterior supresión orgánica de competencia privativa se reafirma la necesaria presencia de los Juzgados especializados de Menor Cuantía, en el ámbito nacional, a los cuales se desplazaría la labor que ejercían los Juzgados de Paz.

Luego de las aclaraciones previas debe establecerse categóricamente que son los Juzgados de Primera Instancia con competencia especializada en lo Civil y Mercantil, los que orgánicamente serán los encargados para la tramitación de los procesos declarativos comunes.

Eso sí, excluyendo de esta categoría de primera instancia a los Juzgados especializados de Menor Cuantía, los cuales poseen otras atribuciones, así se desprende de la lectura de los arts. 30 y 31 CPCM.

2.3.2. Ámbito del Proceso Común

Para un mejor entendimiento sobre cuales pretensiones deberán tramitarse en el proceso común ante el Juzgado de Primera Instancia, o bien ante una Cámara de Segunda Instancia, según sea el caso, la legislación propone distintas reglas poco comprensibles.

A pesar de la dificultad de interpretación pueden elaborarse reglas, aún más específicas que las señaladas en los arts. 239 y 240 CPCM, esto con la finalidad de lograr un mejor entendimiento del tema.

Los criterios utilizados para la elaboración de las reglas para determinar con exactitud la clase de litigios que se someterán bajo el trámite del proceso declarativo común, se extraen de la combinación realizada por la misma legislación en el art. 239 inciso 1º CPCM. De manera general las reglas de identificación de litigios se pueden enunciar de la forma siguiente: Criterio cuya pretensión se funde por razón de la cuantía del objeto litigioso, el cual siempre será de valor determinado. Este es fijado a partir de una determinada cantidad de dinero; y Criterio cuya pretensión se funde por razón de la materia; ésta se divide en litigios sobre materias en general y de materias específicas.

a) Cuando la pretensión sea únicamente sobre materia específica, tal como en el caso de litigios que versen sobre competencia desleal, propiedad industrial, la propiedad intelectual y publicidad, conforme al art. 240 inciso 2º,

primera parte CPCM. (Sólo Materia específica).

b) Pretensiones combinadas, una sobre materia específica y la otra cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, según el art. 240 inciso 2º, segunda parte CPCM. (Materia específica-Cuantía).

c) Cuando la pretensión sea únicamente por razón de la cuantía, cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, conforme al art. 240 inciso 3º, primera parte C.P.C.M. (Sólo Cuantía).

d) Pretensiones combinadas, una sobre materia que no tenga señalada por la ley procesal una tramitación especial y la otra pretensión por razón de la cuantía, cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, así se establece en el art. 239 inciso 1º CPCM. (Materia general Cuantía)

e) Pretensión cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, art. 240 inciso 3º, segunda parte CPCM.159 (Materia general-Cuantía invaluable).

2.3.3. Contenido de pretensiones sobre materias específicas.

Las reclamaciones sobre pretensiones por razón de la materia específica que afecten directamente a los derechos y las obligaciones de sus titulares, poseen un contenido particular, puesto que aquellos se encuentran regulados en leyes sustantivas especiales. Dichas pretensiones serán comentadas a continuación:

a) Competencia desleal. Comprende todo acto realizado en el ejercicio de una actividad mercantil o con motivo de ella, que sea contrario a los usos y prácticas honestas en materia comercial, según se expresa en los arts. 100-103 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos.

b) Propiedad industrial. Implica las afectaciones sobre las invenciones, modelo de utilidad o diseño industrial contenidos en la propiedad industrial, conforme al art. 113 Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos; y los arts. 105, 106, 120, 123 y 168 Ley de Propiedad Intelectual.

c) Propiedad intelectual. Se incluyen conflictos en torno a los derechos de autor provenientes de la propiedad literaria, artística y científica, conforme a los arts. 1, 4,5, 89, 90 y 91 Ley de Propiedad Intelectual.

d) Publicidad. La protección jurisdiccional se basa en torno a la publicidad engañosa o falsa, cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido, según el contenido de los arts. 31 y 150 Ley de Protección al Consumidor, la nueva legislación procesal precisa que se tramitarán las materias antes mencionadas bajo las formas comunes, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad de dinero; dicho en otras palabras, se conocerá en ámbito común las pretensiones eminentemente declarativas puras, en las cuales se persiga únicamente un reconocimiento judicial en disputa.

Por otro lado, cuando se ejerzan pretensiones amparadas en las materias especiales mencionadas en esta categoría de pretensiones, donde se reclamen además cantidades determinadas en concepto de indemnizaciones, la forma procesal declarativa que se adopte dependerá del valor a la cual ascienda la cuantía del daño reclamado.

Bajo este supuesto, la legislación especial sobre el tema brinda concretamente al juzgador y el afectado criterios objetivos para establecer el cálculo de la indemnización, entre esos criterios: los daños ocasionados, los beneficios que debió obtener el titular, los beneficios obtenidos por el infractor y las regalías no percibidas entre otros; así se interpreta del art. 173 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

2.3.4. Otros ámbitos del Proceso Común

La legislación acepta otros supuestos de pretensiones complejas de tramitación, bajo el esquema del proceso común, en particular a la figura procesal de la “Acumulación de pretensiones”, contenidas en una misma demanda.

En el caso anterior, se esta refiriendo al supuesto frente a una demanda que posee pretensiones de diversa naturaleza que, de manera aislada, deberían tramitarse en procesos separados conforme a su naturaleza.

Pero a las que, debido a la conexidad sobre el objeto del proceso, o bien por el título o causa de pedir entre las pretensiones y por razones de economía procesal, se les permite una formulación simultánea en un mismo proceso común.

Debe advertirse que se fija una regla general para que la acumulación de pretensiones se produzca, la cual consiste en que a la pretensión que deba sustanciarse por medio de proceso común, podrá acumularse la que por sí sola, se ejercitaría en proceso abreviado, siempre que ambas pretensiones lo sean por razón de su cuantía. Todo lo anterior se infiere de lo expuesto en los arts. 98, 100 y 104 CPCM.

Otro caso particular, sobre el ámbito del proceso común derivado del anterior, es el supuesto del proceso especial de inquilinato, en el que, cuando la pretensión que origina la especialidad del trámite es la terminación del contrato y se reclame además, como pretensión conexa. La falta de pago del canon de arrendamiento, podrá acumularse la pretensión de reclamación de las cantidades adeudadas, si la cuantía del canon reclamado excediere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad al art. 479 CPCM.

2.4. Etapas esenciales del Proceso Declarativo

El proceso declarativo común se compone esencialmente por las cuatro etapas siguientes:

2.4.1. Alegaciones iniciales de las partes

La cual es eminentemente escrita y comprende tanto la presentación de la demanda del demandante y las resistencias del demandado.

2.4.2. Audiencia Preparatoria

Cuyas finalidades son compartidas por otras de su misma clase, siendo estas: la conciliación del litigio, el saneamiento de los defectos procesales, la fijación del objeto de debate y la determinación de los medios probatorios que demostrarán las alegaciones de las partes;

2.4.3. Audiencia Probatoria

Que constituye el momento para la práctica de los medios probatorios;

2.4.4. Concluyendo el Proceso Común con la Sentencia

Aunque con la particularidad de que el fallo podrá dictarse inmediatamente de cerrado el debate de las partes, de forma oral, y su motivación escrita podrá ser diferida para fecha posterior, de acuerdo a la complejidad del litigio, los procesos declarativos adoptan dos criterios para acomodar la vía procesal adecuada para tramitar la pretensión contenciosa de todo demandante, siendo estos: preferentemente, la materia y de manera subsidiaria, la cuantía sobre la pretensión. Entre ambos criterios, la legislación nacional se decantó por darle preferencia a la materia, lo cual significa que prevalece sobre el valor determinado para elegir entre el proceso común o bien el proceso abreviado.

Es preciso explicar el tipo de proceso por razón de la materia, viene a constituir verdaderamente una pretensión objetiva, de tal manera que la normativa procesal indica al intérprete de la ley sobre el proceso adecuado a seguir; como consecuencia, el Juzgador competente deberá analizar inicialmente la norma por razón de la materia y, subsidiariamente, la norma por razón de la cuantía, de acuerdo con el art. 239 inciso 2° CPCM. De

manera concreta, respecto a las clases de procesos declarativos, marcan una diferencia sobre el valor determinado de la pretensión⁸³.

Otra diferencia que puede señalarse entre los procesos declarativos es que en el proceso común tienen lugar dos principales audiencias, la preparatoria y la probatoria, cuyas finalidades son distintas; en el proceso común, en cambio en el proceso abreviado hay solo una audiencia, la general, que tiene por finalidad que en la misma se realice toda la actividad procesal de manera concentrada. Para no descuidar esta resumida introducción sobre las características esenciales de los procesos declarativos⁸⁴.

2.5. Concepto de Conciliación

La conciliación desde su inicio ha tenido como fin primordial el servir como satisfacción a situaciones en conflicto.

En el transcurso del tiempo la Definición de Conciliación se ha visto descrita en diferentes maneras y por diferentes autores ha sido concebida desde muchos puntos de vista:

Etimológicamente y según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra conciliación deriva del latín “concilliatio”, proveniente del verbo “conciliare”, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o disidencia "Conciliación" se deriva del vocablo latín Moncifiatio Onís" lo que significa acción y efecto de conciliar, acto de conciliación y "Conciliar" del

⁸³ Jaime Azula Camacho, *Manual Derecho Procesal Civil*, (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1993), 266.

⁸⁴ Canales, *Código Procesal Civil Y Mercantil Comentado*.

latín."Conciliate", componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí o conformar dos o más oposiciones⁸⁵.

La conciliación es un acto efectuado por las partes o presuntas partes, con intervención del funcionario jurisdiccional, en virtud del cual se le da finalización a un proceso o se evita uno futuro, mediante la aceptación total o parcial de lo que se pide⁸⁶.

La conciliación es el instituto jurídico tendiente a evitar mediante acuerdo previo concluir con la presencia de un juez o autoridad, que se produzca o excepcionalmente, que siga adelante entre varios sujetos un proceso jurisdiccional sobre asunto litigioso civil⁸⁷

Según Guillermo Cabanellas "Conciliación es la avenencia entre las partes discordantes que resuelven desistir de su actitud enemistosa, por renunciaciones recíprocas o unilaterales⁸⁸." Y en su Diccionario Jurídico menciona que: "La conciliación, representa la fórmula de arreglo concertado por las partes, donde se procura la transigencia de éstas, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar".

a) Para Eduardo Pallarés tomando la definición de otro diccionario, "la conciliación es la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase tiene lugar entre las partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra".

⁸⁵ Diccionario De La Lengua Española, Real Academia Española. Octava Edición (Madrid: 1956), 52.

⁸⁶ Azula, *Manual Derecho Procesal Civil*, 21.

⁸⁷ Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe. S.A (Madrid, 1998), 113.

⁸⁸ Ana Sonia Vega et.al. "La Conciliación como forma extraordinaria de resolución de Conflictos", Tesis para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, Marzo de 1999), 15.

El mismo critica esta definición en el sentido que puede haber conciliación aun cuando las partes pretendan demandarse mutuamente, ejemplo que en algunas leyes se puede conciliar aun cuando ya se encuentra entablado el proceso⁸⁹.

b) Jay Folberg en su obra “Mediación y Conciliación, Resoluciones de Conflictos sin Litigios”, señala que: “La conciliación es un método para evitar un litigio futuro, puesto que su objeto es estimular a las partes involucradas en él para que decidan amigablemente sus diferencias, esto sin empeñarse en el proceso contencioso, pesado y lento, lleno de obstáculos y generalmente costoso”.

c) Por otra parte, Eduardo Couture en su libro “Introducción al Estudio del Derecho”, define a la conciliación como “El acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual”.

2.5.1. Concepto Doctrinario

La Conciliación es un acto efectuado por las partes o presuntas partes, con intervención del funcionario jurisdiccional, en virtud del cual se le da finalización a un proceso o se evita uno futuro, mediante la aceptación total o parcial de lo que se pide⁹⁰.

Es una figura procesal que trata de explicar una serie de negociaciones relajadas por las partes con la intervención de un tercero imparcial, que es el conciliador, quien trata de avenirlas y les propone algunos mecanismos de

⁸⁹ José Arcadio Sánchez Valencia, “La Conciliación”, Ministerio de Justicia, Último decenio n° 2; (San Salvador: 1994), 35

⁹⁰ Azula, *Manual Derecho Procesal Civil*, 341.

solución de su litigio.

La doctrina procesal considera que la conciliación es una forma inmediata de solución a la conflictividad social⁹¹ poner de acuerdo en un punto divergente, con la intervención de un tercero que induce a ello a las partes.⁹²

Con esta definición se describe el perfil del conciliador, como sujeto primordial en el proceso conciliatorio, quien debe ser una persona capacitada para conocer e identificar el punto de conflicto, ser objetivo y neutral, hacer sentir y comprender al individuo en su situación, manejar sus conocimientos y destrezas y la comunicación, para que con todo ello proponga una solución alternativa al conflicto.

2.6. Naturaleza de la Conciliación

La Conciliación es un acto jurídico de naturaleza compleja, por cuanto para su convocatoria y celebración participan tanto las partes o litigantes como el Juez que dada su autoridad o funciones, actúa en calidad de conciliador.

La Conciliación es un acto emanado de la naturaleza de los convenios, al participar varios sujetos con distintos intereses y que el consentimiento y la voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una relación jurídica, sin que se enmarque dentro de la categoría misma del contrato; infiérase por eso que con el acto de conciliar se pueden extinguir

⁹¹ Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Colegios de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Volumen 4, Editorial Harla, (México, 2000), 74-75

⁹²Rafael Martínez Morales, Diccionario Jurídico General, Tomo 1, Editorial Iure, (México DF 2006), 210.

obligaciones, modificarlas o creadas, ya que el acuerdo a que se llegue tiene precisamente esa finalidad.

Entonces, sin descuidar el concepto y la comprensión de que en la conciliación están presentes las partes, también encontramos que hay otros elementos sustanciales, se trata de un acto jurídico donde hay relaciones jurídicas y coyunturales, que por regla general extinguen obligaciones pero que también las pueden crear o modificar⁹³.

La Conciliación deriva verbo conciliar, que significa componer o ajustar los ánimos de las personas que se encuentran en pensamientos opuestos.

Con la dispensa de la tautología. La conciliación en cada sentido es la acción y efecto de conciliar; buscar el arreglo conveniente entre las personas y sus intereses opuestos⁹⁴.

La conciliación etimológicamente deriva Utia Conciliatio onio, que a su vez deriva en un solo sitio. Y en su sentido figurado, que es el más usado, es unirse por los sentimientos, procurar un acuerdo entre dos personas diversas y generalmente antagónicas⁹⁵.

Casi similar a la idea expresa José María Manresa y Navarro, partiendo de su finalidad, es como la armonía entre las personas que anteriormente eran distintas. Que la avenencia espontánea es lo esencial de la Conciliación.

En este sentido no tiene mayor importancia si se trata de un juicio o de una diligencia preliminar y no importa la intervención de un funcionario ni de los

⁹³ José Roberto Junco Vargas, *La Conciliación*, (Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1993), 83.

⁹⁴ Sibrian, "Eficacia de la conciliación", 19.

⁹⁵ Aída Koimelmajer De Carlucci, "Principios Procesales y Tribunales de Familia", Ministerio de Justicia n. 4 (1994), 4.

auxiliares ni de los hombres buenos. Es el concepto lato en esencia extra judicialmente.

Plantea Coture una interesante cuestión terminológica que afecta la comprensión misma del sistema. Consistente en resolver si la conciliación es un acto del proceso (o procesal) o se trata de un avenimiento entre partes donde puede haber renunciaciones bilaterales y, en su caso, transacción propiamente dicha.

La naturaleza del acto conciliatorio debe diferenciarse del acto resultante que puede tener respuestas diferentes según lo hayan dispuesto las partes (verbi gratia transacción, desistimiento sin costas, reconocimientos mutuos y parciales, conciliación estricta, etc.). Igual diferencia debe trazarse allí donde la conciliación se encuentre establecida como etapa del proceso o anterior al mismo, de aquellos sistemas, como el nuestro que la reglamentan como mera dificultad de la autoridad competente.

De estas distancias cifradas de la misma organización surge que cuando la conciliación se impone como etapa previa a la introducción al proceso, su naturaleza preventiva tiende a señalar como proceso autónomo cuando logra alcanzar, el objetivo de avenimiento. De este modo, sería posible confirmar que existen procesos de conciliación independientes porque tienen partes, tienen un órgano que intermedia pacíficamente, (verbi gratia juez de paz) consigue un resultado útil y efectivo al interés de los comparecientes. Según Gausp se designa con el nombre de procesos de conciliación, a los procesos de cognición especiales por razones jurídicas procesales, por lo que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre

las partes⁹⁶

A su entender sería un proceso particular porque existe un reclamo jurisdiccional que provoca una autentica intervención judicial. El hecho de no resolver el fondo del problema, no le priva de singularidad procesal porque justamente el destino de la conciliación es la concertación pacífica.

A demás, la caracterización que hace la ley de enjuiciamiento civil Española denominado acto a esta clase de procesos de eliminación, no impide asignarle carácter procesal ya que, frente al nombre legal se encuentra el emplazamiento sistemático positivo que si está enclavado en la jurisdicción contenciosa y por lo tanto, dentro de las manifestaciones procesales estrictas La autonomía procesal de la conciliación sería obtenida desde la especialidad de su objeto. Es decir que no interesa el objeto material que se discuten la litis sino el acuerdo logrado desde el acto de avenencia. Sería un caso de especialidad por razón, no de derecho material, sino de derecho procesal⁹⁷

Otros en cambio, sostienen la tesis de que la conciliación responde a una manifestación de la jurisdicción voluntaria. No sería propiamente un proceso, porque la ausencia de una demanda unida a la inexistencia de la postulación y sustanciación que provoquen la sentencia o resolución judicial, deriva de asumirla como un acto de procedimiento por el cual se intenta que las partes entre las que existe discrepancia, lleguen a una avenencia o convenio que precisamente evite el litigio. Los efectos de esta concertación serian similares

⁹⁶ Lorena Leonor Monge Quintanilla, "El secuestro preventivo de bienes como acto previo a la demanda en materia procesal civil", (Tesis para obtener Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador 1999), 45.

⁹⁷ Osvaldo Alfredo Gozaini, *Notas y estudios Sobre el Proceso Civil*, (Mexico: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994), 56-58.

a los que se obtienen transaccionalmente, circunstancia que hace pensar a cierta doctrina que el acto sería puramente convencional; pero sin menospreciar la actividad jurisdiccional por cuanto el juez tiene activa participación y el arreglo se concreta en sede del proceso. Estas características permiten sostener a Satta que la conciliación es fruto de la actividad jurisdiccional contenciosa.

Ahora bien, la síntesis de estas posiciones refleja, de alguna manera, el destino institucional que se asigna al derecho procesal y, específicamente, a esta manifestación actual de la función jurisdiccional. En suma, a la justicia se consigue resolviendo conflictos exclusivamente, o bien, se permite conseguir también ese objetivo, cuando la institución es útil y eficaz logrando soluciones pacíficas en los conflictos intersubjetivos, evidentemente, la conciliación procesal (pero jurisdiccional) tiene sustento procesal porque se instala como un proceso de admisibilidad de la demanda cuando aquel se dispone como obligatorio. Si ella fuese en su lugar, facultativa, tampoco perdería su condición de transigir los intereses y resuelven hacerlo ante un juez y no como un negocio de carácter privado, justamente esta intervención da sentido, y utilidad y eficacia, al mismo acto de avenimiento.

La institución de la conciliación se suele confundir con otras relaciones jurídicas afines como la mediación y transacción e incluso se ha tratado de encasillar en un contrato sui generis. Ninguna de estas formas satisface y explica totalmente el funcionamiento y los alcances de la conciliación por lo cual es imperante determinar su real naturaleza.

La conciliación extrajudicial permite resolver cualquier conflicto susceptible de ser negociado, llegando también libremente, a cualquier acuerdo, a condiciones de que tampoco se viole principios fundamentales

constitucionales y que la conciliación no esté expresamente prohibida. En cuanto a su naturaleza se han planteado las siguientes concepciones⁹⁸:

2.7. Finalidad de la conciliación

La finalidad de la figura de la conciliación, a lo largo de la historia tuvo como motivo principal moderar las relaciones interpersonales y negociables, que por diversas causas resultaban alteradas; y a través de ésta se evitaba el surgimiento de un conflicto o se resolvía uno ya existente.

La idea se venía gestando desde tiempos remotos e incluso bíblicos, motivo por el cual la figura se consolidó y consagró en el Derecho Canónico, de donde se deduce que la finalidad principal allí establecida era la reconciliación entre las personas, que éstas se avengan, renueven su consentimiento y sentimientos, y revaliden su posición, con la meta única y primordial de evitar la Litis entre las partes, y si ya la había, terminaría sin necesidad de sentencia. Lo que se pretendía con la institución era conseguir la armonía interpersonal y social y así obtener la paz, buenas relaciones y entendimientos mutuos⁹⁹.

Bajo estos mismos lineamientos, apareció la conciliación en la Legislación Salvadoreña, como figura jurídica en el Derecho Civil en un principio, más tarde en Materia Laboral, Tránsito, Menores y últimamente, Penal Aquí la conciliación tiene como finalidad la economía procesal aplicada a la esencia del proceso.

⁹⁸ Gozaini, *Notas y estudios Sobre el Proceso Civil*, 59-60.

⁹⁹ Vega, "La Conciliación", 30.

Tal como lo plantea la doctrina, la conciliación no tiene como finalidad propiciar la renuncia de los derechos, menos los que el Código de Civil y Mercantil señala como irrenunciables.

Por el contrario, se trata de persuadir a las partes para que reconozcan sus derechos y deberes recíprocos y voluntariamente encuentren los medios o fórmulas de arreglo que permitan su razonable ejercicio, atendidas las circunstancias y la naturaleza del conflicto en el caso concreto.

La finalidad que persigue la conciliación es ultra valiosa no solo para las partes en conflicto sino también para la sociedad en su conjunto, ya que si se utiliza adecuadamente no solo se resuelve el conflicto de intereses entre las partes, sino que va más allá todavía¹⁰⁰.

Con la auto composición entre las partes se restablece la paz, integrante del desarrollo económico, esta es su finalidad suprema restablecer la paz social. Como la solución la han generado, elaborado y construido ellos mismos poco a poco con la ayuda del conciliador, se sienten satisfechos con el resultado, desapareciendo la enemistad, de modo no les sirva para desunirlos sino para unirlos pues ambos tendrán que trabajar conjuntamente cooperativamente para solucionar su problema, que es una solución en la que ambas partes queda mutuamente satisfechas, ambos ganan, restableciendo la paz entre ambos.

2.8. Principios procesales de la Conciliación

El fin que persigue la conciliación es ultra valiosa no solo para las partes en

¹⁰⁰ Limamark, Conciliación y Arbitraje, <http://limamarc-revista.blogspot.com/2008/03/principios-de-la-conciliacin.html>

conflicto sino también para la sociedad en su conjunto, ya que si se utiliza adecuadamente no solo se resuelve el conflicto de intereses entre las partes, sino que va más allá todavía pues con la autocomposición entre las partes se restablece la paz social, íntegramente del desarrollo económico, esta es su finalidad suprema restablecer la paz social.

Como la solución la ha generado elaborado y construido ellos mismos poco a poco con la ayuda del conciliador se sienten satisfechos con el resultado desapareciendo en muchas ocasiones la enemistad, ambos tendrán que trabajar conjuntamente cooperativamente para solucionar su problema que es una solución en la que ambas partes queda mutuamente satisfecha ambos ganan restableciendo la paz entre ambos.

Legalidad: El principio de legalidad se refiere a que los acuerdos inteligentes al que arriban los conciliantes, vale decir, el acto jurídico por el cual las partes ponen fin a su conflicto, este de conformidad con el ordenamiento jurídico y no contravenga el orden público y las buenas costumbres.

Veracidad: El principio de veracidad. Implica que todo aquel que participa en un proceso de Conciliación debe dirigir su actuar por el camino limpio de la verdad, de lo auténtico; En lo que respecta a las partes, está obligadas a proporcionar información real, autentica y no falsa, decir la verdad, sobre el origen, causas, consecuencias del conflicto así como de los intereses reales.

En cuanto al conciliador está obligado a explicar a las partes el proceso de Conciliación, ventajas, desventajas y honorarios con una alta fidelidad, así, al ingresar los conciliantes al proceso de Conciliación deben dejar a fuera de la sala de sesiones todo tipo de armas como la falsedad, la mentira, ingresando

con una sola arma, la verdad y manifestar sus verdaderos intereses para que puedan lograr un acuerdo inteligente que se puede cumplir.

Buena Fe: Implica el deber de las partes conciliantes de mostrar durante el desarrollo del proceso de Conciliación una conducta leal y honesta. Las partes han de abstenerse de engañar para obtener un acuerdo pues si este resulta fruto de aquel se desviara el proceso de conciliación de su fin natural cuales de restablecer la paz social con justicia¹⁰¹. Esta conducta también es extensiva a todos los sujetos de una conciliación.

Además es una obligación de las partes de conducirse con buena fe y veracidad durante la Audiencia Conciliatoria. La Buena fe se vincula con la información que maneja el conciliador. El conciliador debe formular las alternativas suficientes para poder resolver el conflicto. En relación a la veracidad se está haciendo referencia a que la información sea fidedigna.

Economía: debe entenderse en sus tres dimensiones de tiempo, esfuerzos y gastos; La economía de tiempo es de radical importancia pues “el tiempo no es oro, es algo más, justicia”.

La economía implica que el proceso de conciliación debe durar el menor tiempo posible, solo debe usarse el tiempo indispensable, absteniéndose de dilatar el proceso innecesariamente con la finalidad que construyan un acuerdo inteligente con el que resuelven su conflicto de intereses lo más rápido posible utilizando un espacio de tiempo reducido¹⁰². La economía de esfuerzos está referida a la eliminación dentro del proceso conciliatorio de ciertos actos innecesarios. Para la obtención de su finalidad que es resolver el conflicto.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.* 16.

La economía de gasto implica que las partes conciliantes ahorren en costos lo cual dependerá directamente del tiempo, esfuerzo y complejidad del conflicto.

Socialización: la igualdad jurídica, vale decir la igualdad de las personas ante la ley, se traslada al proceso conciliatorio, dando resultado a la igualdad de los conciliantes durante el desarrollo del proceso conciliatorio.

Este principio implica el deber del conciliador de impedir que las desigualdades entre los conciliantes, por motivos de raza, sexo, religión, idioma o condición social política o económica, perjudique el desarrollo o el resultado del proceso de conciliación. Exige que a los conciliantes se le aplique el mismo criterio de derechos y obligaciones sin ser discriminados por algún motivo. Las partes conciliantes deben ser tratadas por igual¹⁰³.

Celeridad: este principio es transcendental pues “Justicia tardía, no es Justicia”, se busca con este principio que los conciliantes arriben a un acuerdo inteligente con el que ponen fin a su conflicto en el menor tiempo posible, lo más rápido y breve que se pueda lograr y si se presenta un impase insalvable las partes o el conciliador deben dar por concluido el proceso de conciliación con el fin de evitar la utilización de tiempo, costo económico y psicológico innecesario.

2.8.1. Principios Éticos

Equidad: El principio de equidad implica que el auto composición de los conciliantes debe inspirarse en la justicia, vale decir, el acuerdo con el que

¹⁰³ Ibid.17.

los conciliantes ponen fin a su conflicto debe ser justo y equitativo, duradero, considerar los intereses de ambos conciliantes y de la comunidad.

El conciliador debe asegurar que el acuerdo que se obtenga sea aceptado por ambas partes. Sin embargo, esto no lo exime que vele por la legalidad de los acuerdos.

No puede admitir información falsa e inadecuada. No puede existir negociación de mala fe, si la hay puede comunicar a las partes sobre lo que ha venido percibiendo, inclusive podría retirarse del proceso. Cabe señalar, que el artículo 15º de la Ley contempla las formas de conclusión de la conciliación, pero no prevé esta última posibilidad. Considero que es más una potestad del conciliador que responde a su buen criterio y ética.

Confidencialidad: La confidencialidad es uno de los rasgos característicos que identifica plenamente a la conciliación. La confidencialidad permite a las partes actuar durante todo el desarrollo del proceso de conciliación dentro de un ambiente de plena libertad, a fin que puedan sincerarse, generar eficazmente opciones, asimismo ayuda a la credibilidad del conciliador y del sistema conciliatorio.

Por otro lado, protege a las partes a fin que toda la base información que se genere como consecuencia del proceso de conciliación no se haga pública, a través de cualquier medio, a la otra parte o tercero, en un proceso judicial posterior.

En virtud de este principio el conciliador tiene la obligación durante el desarrollo y aun después del proceso de conciliación de guardar reserva de la información recibida. El conciliador está prohibido de revelar la información

a la que acceda por participar en el proceso de conciliación obtenida en un causus o reunión conjunta ya sea a la otra parte o terceros. Salvo que los conciliantes lo autoricen, este obligado por Ley o vaya contra el orden público¹⁰⁴.

Guarda relación con la información que es recibida por el conciliador, la cual es confidencial, es decir que no puede ser revelada a nadie. Este principio presenta también excepciones, es decir que el conciliador puede romper ese deber de confidencialidad cuando advierte que hay de por medio un delito o que se va a producir un atentado contra la integridad de una persona. Sin embargo, es necesario precisar que dichas excepciones son planteadas en el artículo 8 del reglamento mas no de la Ley, generando un problema legislativo, debido a que la ley no admite excepciones.

Neutralidad: El principio de neutralidad está dirigido exclusivamente al conciliador, La neutralidad es un rasgo distintivo del conciliador, en virtud de este principio el conciliador ha de ser un tercero ajeno a los conciliantes.

El conciliador no debe tener antes, durante y después de la conciliación ningún tipo de relación jurídica o extra jurídica con alguna de las partes conciliantes o sus familiares, para evitar un conflicto de intereses.

Hay conflicto de intereses cuando existe una relación jurídica o no jurídica entre el conciliador su cónyuge, conviviente o está incurso dentro de las causales de recusación, abstención o impedimentos establecidos Por el Código Procesal Civil con alguna de las partes, en estos casos el conciliador está obligado a revelar todos los conflictos de intereses reales o potenciales que razonablemente conozca.

¹⁰⁴ Ibid. 18.

Antes de aceptar una designación como conciliador, deberá verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del conflicto, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso hacerla conocer a las partes.

Durante el desarrollo de la conciliación, deberá evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, neutralidad, apariencia de que existe un conflicto de intereses.

Es decir, que no exista vínculo con alguna de las partes. Esto es más para evitar la aparición de un nuevo conflicto de intereses cuando se cumple con las funciones conciliatorias. Si se rompe con dicha neutralidad, pueden suceder dos situaciones: Que se desista el mismo conciliador ¹⁰⁵

Imparcialidad: Al igual que el anterior principio está dirigido exclusivamente al conciliador, La imparcialidad es una característica del conciliador, implica el deber del conciliador hacia los conciliantes de despojarse de favoritismos o prejuicios durante el desarrollo del proceso de conciliación, con el fin de no perjudicar o favorecer a uno de los conciliantes.

El conciliador debe mostrar una conducta que refleje imparcialidad ya sea de hechos o palabra. No solo debe ser imparcial sino debe parecerlo ¹⁰⁶constituye un Estado mental que debe conservar el conciliador durante el desarrollo de sus servicios. Es en sí el compromiso que el propio conciliador asume para ayudar a las partes.

Empoderamiento o Simetría del Poder: No se encuentra previsto en la Ley. Se busca que exista un aceptable equilibrio de poder entre las partes, porque

¹⁰⁵ ibíd.19.

¹⁰⁶ Ibíd.

de lo contrario generaría un proceso conciliatorio plagado de medidas coercitivas, provocando un acuerdo injusto.

Voluntariedad: Es un principio autónomo, ya que se encuentra regulado en el artículo 3 de la Ley. Las partes son las únicas para tomar una decisión para solucionar el conflicto. La autonomía de la voluntad también tiene límites y éstos son los referidos a que no se debe contravenir al orden público y a las buenas costumbres.

Requisitos de existencia de la conciliación: Existen reglas generales en el Derecho Procesal Civil y Mercantil, de tal manera que hay algunos actos que por su naturaleza requieren de ciertos requisitos para que nazcan a la vida jurídica y produzcan efectos jurídicos. Los requisitos de existencia de un acto jurídico coinciden con los requisitos de la esencia misma de éste, puesto que si carece de algún presupuesto esencial o de algún requisito o condición de existencia, impide el nacimiento a la vida jurídica del acto de que se trate, o si nace degenera en otro diferente.

Estos requisitos son necesarios para que el acto tenga respaldo en las normas pertinentes, produzca los efectos y tenga la eficacia indispensable para regular una situación determinada¹⁰⁷.

Doctrinariamente se plantean una serie de condiciones o requisitos para que un acto nazca a la vida jurídica, tales como: a) La voluntad; b) El consentimiento; c) El objeto; y d) La formalidad solemne del acto que de forma genérica se han establecido, pero haciendo referencia a la conciliación, respecto a la existencia de esta institución, además de los requisitos genéricos ya enunciados, se debe reunir otras condiciones

¹⁰⁷ Vega, "La Conciliación", 18.

especiales como: a) La presencia de las partes en conflicto y b) La Intervención del Juez como conciliador.

2.9. La voluntad

La voluntad debe estar presente en todo acto, más aún si se trata de actos con efectos jurídicos; basta con que se vea en el acto la presencia de una voluntad manifiesta, es decir que en las partes debe haber el deseo autónomo de celebrar el acto de conciliar.

En la etapa procesal de la conciliación, las partes que ya se encuentran en disputa por alcanzar sus intereses, por distintos medios expresan su voluntad de someterse a conciliación; en algunas ocasiones esa voluntad es espontánea, ya que proviene directamente de las partes o de una de ellas y otras veces es provocada ante la convocatoria que la Ley hace por intermedio de la autoridad competente, en este caso el Juez.

Ya en el acto conciliatorio debe existir una manifestación de voluntad por cuenta de las partes, dirigida expresamente al centro de las desavenencias que entre ellas existen, y la producción de un determinado resultado con efectos jurídicos. Aquí, como en cualquier acto jurídico, se deben expresar los elementos que la conforman: la intención o deseo intrínseco de los conciliantes y la manifestación de ese deseo, que se expresa con la conducta o actitud que despliegan en el acto; unidos estos dos elementos, con prevalencia del segundo, se conforma el elemento de la voluntad para la existencia del acto conciliatorio.

De esta manera la conducta de las partes en la conciliación debe ser inequívoca de ser parte del conflicto y para el conflicto.

En la conciliación, el deseo que cada una de las partes tiene respecto del acuerdo a que se ha de llegar, debe guardar estrecha o directa relación de causalidad con lo que se manifieste, pero que de todas maneras uno u otro elemento exista en el proceso; y que, además de existir expresamente un deseo y una manifestación, debe ser proveniente de cada uno de los conciliantes.

2.9.1. El Consentimiento

El consentimiento como elemento de existencia de un acto jurídico es propio de los actos complejos, para que se diga que hay consentimiento no basta que haya manifestación de voluntad por parte de quienes intervienen en el acto complejo, se requiere que el concurso de esas voluntades sea concordante y convergente, es decir que tenga que ver con el objeto de la conciliación y que todas las voluntades apunten hacia un mismo tema o punto de acuerdo¹⁰⁸

Desde el punto de vista jurídico, el consentimiento se ha entendido como el acuerdo de varias voluntades respecto de un mismo objeto, que convergen hacia un mismo deseo o querer. También es la adhesión de una determinada voluntad hacia algo que concuerda con sus intereses y deseos.

Tratándose de la conciliación, se observa por lo menos dos voluntades que intervienen en forma paralela y concordante en un mismo conflicto, de donde emanan intereses que en la mayoría de las ocasiones son ambivalentes en relación de una parte con la otra. En la conciliación, esa divergencia que se expresa en cada una de las voluntades debe dirigirse a un mismo punto de

¹⁰⁸ *Ibíd.* 22

encuentro o convergencia, por lo que las partes ya están conscientes en aceptar recíprocamente el deseo de su contraparte, con el convencimiento que ha habido comprensión y acatamiento de sus intenciones y pretensiones. Cuando esas voluntades que en el transcurso de la fase conciliatoria han marchado paralelas pero concordantes, llegan a un punto en común, cuando se han unido y conjugado, se dice que hay acuerdo y por ende consentimiento.

Según la doctrina se denomina consentimiento a la unión de voluntades de las partes en un mismo deseo. Sin embargo, el acto conciliatorio no siempre es bilateral, ya que hay casos en que la formación del consentimiento simplemente se manifiesta con la adherencia, que una de las partes hace en relación con la posición de la otra, conducta que se da ante la evidencia de las pretensiones de la contraria, o la intención de evitar angustias ante el sometimiento a un litigio o a la continuación del mismo. En este caso, de todas maneras hay consentimiento, pues se presenta la convergencia de voluntades en el deseo y manifestación de la otra parte¹⁰⁹.

Ahora bien, cuando dos o más partes se encuentran en conflicto, la posición de una u otra parte conlleva una serie de intereses que a su vez generan las pretensiones que las llevan a la disputa; cuando las voluntades llegan un punto de unión o convergencia que pone fin a la controversia o conflicto, entonces el consentimiento es total, que equivale a decir que hay una "conciliación total"; pero hay casos en los cuales los puntos de convergencia sólo tocan unos aspectos específicos del conflicto y algunas pretensiones de las partes, esto es que hay acuerdo parcial, por lo tanto el consentimiento es parcial y por ende la conciliación también lo es.

¹⁰⁹ Ibíd. 52.

Debido a su solemnidad, en materia de conciliación, el consentimiento no puede ser tácito, éste debe de ser preciso, claro y expreso, ya que es uno de los actos donde más se exige la precisión y formalidad en la declaración de voluntad y puntos de acuerdo, porque de esto depende la terminación de un proceso judicial o de un conflicto con el carácter de cosa juzgada¹¹⁰

2.9.2. El objeto

Para que un acto jurídico sea eficaz se requiere que recaiga en un objeto sobre el cual descansa la voluntad y el consentimiento expresados por las partes. El objeto consiste en las prestaciones que tiene que dar o recibir cada uno de los partícipes en el acto; el objeto si no es determinado debe ser determinable, también debe de existir para que de esta manera nazca y exista el acto jurídico. Vale decir, que el objeto jurídico es la cosa que es materia o base de la estructura de las obligaciones o prestaciones recíprocas de las partes¹¹¹..

El objeto como condición o presupuesto del acto, también se estructura en el sentido que debe existir a su vez tanto física como ideal o jurídicamente, basta que exista para que el acto también exista lícita o ilícitamente; si esto sucede, ya no es problema de existencia del acto sino de su validez. El objeto no necesita existir al momento de la manifestación de voluntad, basta que de su naturaleza misma se comprenda que en el futuro sea posible su existencia, ya sea física o jurídicamente.

Para que la conciliación exista debe haber un objeto que esté conformado por el conjunto de obligaciones a que se someten las partes, y que a su vez

¹¹⁰ Ibid. 23.

¹¹¹ Ibid. 25.

recaiga en el acuerdo mismo. Como el acto conciliatorio tiene su esencia en el acuerdo alcanzado por las partes, éste debe estar necesariamente basado en una cosa, que ante el Derecho sea física y naturalmente posible, tanto en el momento, como en el futuro. Si no existe, tampoco puede haber acto de conciliación

2.10. Clasificación de la conciliación

Hay diversas clasificaciones, al igual que denominaciones: en razón a las personas o sujetos que intervienen en ella, resultados, efectos, mecanismos utilizados o el área de que se trate.

2.10.1. Por el número de partes

Puede ser bilateral o plurilateral, según que las partes sean dos o más.

a) Bilateral: Es la modalidad más usual y corresponde a los conflictos que se pueden presentar con motivo de una relación jurídico-sustancial bilateral, con la aclaración de que quedan incluidas tanto las partes unitarias como las que son plurales, como en los litisconsorcios obligatorios y facultativos.

b) Plurilateral: Esta es relativamente escasa y se presenta cuando hay más de dos partes en un conflicto, cada una de ellas con intereses propios y autónomos recíprocamente.

2.10.2. Por el resultado

La conciliación, desde este punto de vista, puede ser total, parcial o fracasada.

a) Total: Es cuando la conciliación versó sobre la totalidad de los puntos del litigio, las partes llegaron a una concordancia y convergencia que motivó el acuerdo o arreglo en todos los temas del conflicto.

b) Parcial: cuando el conflicto está compuesto por vados aspectos y la conciliación no influye en todos ellos, sino en algunos, y sobre éstos se llega a un acuerdo se dice que la conciliación es parcial, por lo que se debe entender que entre las partes quedaron aspectos del conflicto sin resolver, entonces el proceso continuará sobre los puntos que no hubo avenimiento.

c) Fracasada: Puede suceder muy a menudo que el esfuerzo de las partes y el conciliador resulte inferior a las circunstancias de la controversia, de tal manera que las partes no tienen ningún ánimo de arreglo o porque las posiciones son tan adversas que sólo debe decidir el Juez; en este caso se dice que la conciliación es fracasada, quedando las partes en la situación de continuar con el proceso.

2.10.3. Por el momento de la celebración

La conciliación dependiendo del momento en que se presente puede ser extra-procesal, pre-procesal o procesal¹¹².

a) Extra-procesal: En este caso, la conciliación se celebra con el único fin de no recurrir a un litigio o juicio, por lo que las partes recurren ante un funcionario autorizado para ello.

¹¹² Vega, “La Conciliación”, 100.

b) Pre-procesal: Aquí se recurre a la conciliación sin que exista proceso todavía, para cumplir con un requisito o presupuesto de Ley antes del proceso, para luego instaurar la demanda respectiva.

c) procesal: Esta es la que se presenta dentro del proceso judicial, por disposición legal para todos los procesos, excepto en los que taxativamente se prohíba como trámite obligatorio o facultativo, del mismo Juez o de las partes.

2.10.4. Por la iniciativa

Desde este punto de vista la conciliación puede ser obligatoria o facultativa, por el carácter que la Ley le otorgue y la naturaleza de la materia de que se trata.

a) Obligatoria: Esto es cuando la ley expresamente prescribe que el acto de la conciliación debe darse como parte del proceso. En Materia Civil y Mercantil la fase conciliatoria es parte de una etapa de carácter obligatorio en el proceso.

b) Facultativa: Es cuando proviene a solicitud de una o ambas partes, aunque ya se haya intentado la conciliación antes del proceso, se da a iniciativa de una de las partes, o de ambas.

2.10.5. Por su aprobación.

La conciliación puede ser válida o inválida, esta clasificación alude a la exigibilidad de la ley en cuanto a la aprobación o convalidación del acuerdo por el Juez.

a) Valida: En casi todas las ramas del derecho, las normas que regulan la materia han establecido la exigencia de que la autoridad que conozca del caso.

bien sea que la conciliación se celebre procesal o extraprocesalmente, el acuerdo a que Chequen las partes esté expuesto a una convalidación, homologación o aprobación del Juez competente, quien por providencia respectiva declarará que el acuerdo está ajustado a derecho y que con él no salen lesionadas alguna de las partes, terceros o ésta no es fraudulenta. Si el acuerdo se ajusta a toda licitud se dice que la conciliación es válida y así se declarará.

b) Inválida: Si los acuerdos a que se llegaren en la conciliación no se ajustan a principios de licitud, esto es, controlan la ley o las buenas costumbres, la conciliación debe declararse inválida por el Juez¹¹³.

2.11. El Estado

2.11.1. Definición

El Estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: la población, el territorio y el poder. El poder político se manifiesta a través de una serie de normas y de actos normativamente regulados, en tanto que la población y el territorio constituyen los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico. Se ha dicho que la ordenación jurídica bajo un poder de mando es el elemento formal, mientras que la población y el territorio son los

¹¹³ Ibid. 36.

elementos materiales del Estado. Mas no hay que olvidar que lo mismo la población que el territorio hállanse en todo caso determinados por el ordenamiento jurídico.

2.12. Elementos materiales

Territorio.- Suele definirse como la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder. Siendo éste de naturaleza jurídica sólo puede ejercitarse de acuerdo con normas, creadas o reconocidas por el propio Estado. El ámbito espacial de validez de tales normas es precisamente el territorio en sentido político.

La significación del territorio se manifiesta en dos formas distintas una negativa, positiva la otra. La significación negativa consiste en que ningún poder extraño puede ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado; la positiva, en que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal.

Población. - Los hombres que pertenecen a un Estado componen la población de éste. La población desempeña, desde el punto de vista jurídico, un papel doble. Puede, en efecto, ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad estatal. En cuanto objeto del imperium, la población revélase como un conjunto de elementos subordinados a la actividad del Estado; en cuantos sujetos, los individuos que la forman aparecen como miembros de la comunidad política, en un plano de coordinación.

Poder.- Toda sociedad organizada ha menester de una voluntad que la dirija. Esta voluntad constituye el poder del grupo.

2.13. El Estado moderno

El período conocido como Edad Moderna significó para Europa importantes cambios en su ordenamiento político. El fenómeno más destacado fue el surgimiento del concepto de Estado moderno: un territorio con fronteras determinadas, la existencia de gobierno común y un sentimiento de identificación cultural y nacional de sus habitantes.

Este proceso fue iniciado a partir de los siglos XIV y XV. Los monarcas europeos, interesados en concentrar el poder en su persona, debieron negociar con los señores feudales, quienes cedieron sus derechos individuales sobre sus feudos a cambio de una serie de privilegios. Los que no estuvieron dispuestos a transigir, fueron sometidos a través de violentas guerras. Algunos de estos nobles, ante el poder del rey, no les quedó más que convertirse en una nobleza aburguesada, convirtiéndose en "burgomaestres" o vasallos directos del rey.

De este modo, el concepto feudal de lealtad, fue reemplazado por los de autoridad y obediencia, propios de un Estado con poder centralizado. En el siglo XVII, el poder político de los monarcas se fortaleció hasta eliminar cualquier representatividad, dando lugar a las monarquías absolutas.

La monarquía constituyó un Estado moderno sobre la base de una dirección fuerte, contando con los medios para sostenerla. Con esto, el rey consiguió la resignación de la sociedad, a cambio de un cierto orden y progreso. Uno de los más claros ejemplos del absolutismo fue Francia. Durante el siglo XVII, este país se convirtió en la mayor potencia europea, después de consolidar sus fronteras, gracias a innumerables guerras con los países vecinos. El rey Luis XIV (1643-1715) fue la mejor personificación de la imagen del monarca absoluto.

CAPITULO III

CRITERIOS DEL LEGISLADOR PARA LA NO CONCILIACION DEL ESTADO

El propósito del presente capítulo es distinguir los criterios del legislador por las cuales no es posible intentar la conciliación cuando El Estado es parte, para esto es importante realizar una retroalimentación, en el capítulo anterior El proceso declarativo común se compone esencialmente por cuatro etapas las cuales son:

- a) Alegaciones iniciales de las partes
- b) Audiencia preparatoria
- c) Audiencia probatoria
- d) Concluyendo el proceso común con la sentencia

La segunda etapa del Proceso Declarativo común, por ser el momento oportuno que tienen las partes es importante para poder llegar a una conciliación, que como ya se dijo tiene finalidades de saneamiento de los defectos procesales; la fijación del objeto de debate y la determinación de los medios probatorios que demostrarán las alegaciones de las partes. Pero para poder profundizar se tratara punto por punto.

3.1. Audiencia preparatoria: aspectos generales

La audiencia preparatoria se ubica en el proceso común, luego de los actos introductorios (demanda y contestación), y concentra diversas actividades que comprenden fundamentalmente, el intento de conciliación, el saneamiento de los defectos procesales, la fijación definitiva del objeto del

proceso y de la prueba, la proposición y admisión de la prueba. Se desarrolla bajo la presidencia y dirección del tribunal bajo pena de nulidad insubsanable, con presencia de las partes y sus abogados.

Según lo dispone el artículo 292, la audiencia preparatoria servirá, por este orden: *“para intentar la conciliación de las partes a fin de evitar la continuación innecesaria el proceso”*; para permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; para fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia. Excepcionalmente, en casos de urgencia podrá recibirse la prueba que, por su naturaleza, sea posible diligenciar en dicha audiencia; aunque la audiencia preparatoria no tiene asignada una función probatoria, sino de ordenación del debate.

Las ventajas de concentrar esa actividad en audiencia resultan evidentes en términos de abreviación de la duración del proceso, teniendo presente que la actividad realizada en la audiencia preparatoria es muy variada y comprende resoluciones judiciales (la que se pronuncia sobre las excepciones procesales, la que admite o rechaza un medio de prueba, la que fija el objeto de la prueba, las que se pronuncien sobre eventuales incidentes planteados en audiencia, etc.), actos de proposición (proposición de la prueba), notificaciones (a las partes presentes en la audiencia, que por esa sola circunstancia quedan notificadas de todas las resoluciones pronunciadas en la audiencia) y eventuales impugnaciones de las partes.

La audiencia preparatoria recoge los institutos principales del sistema oral previsto en el Código Modelo para Iberoamérica, y en particular el conocido

como “*despacho saneador*”¹¹⁴, que consiste en la depuración inicial de los defectos procesales alegados por las partes o relevados de oficio por el tribunal, mediante el dictado de una resolución que sana el proceso y permite ingresar al fondo o mérito de la cuestión debatida. La significación de este instituto es prioritaria en el modelo de proceso por audiencia, al permitir concentrar la actividad procesal en lo que realmente interesa para la resolución del litigio (prueba y alegaciones sobre el fondo de la cuestión debatida), resolviendo desde el inicio del proceso las cuestiones formales que se hubieren planteado, o bien concluyendo el proceso en una instancia inicial cuando así corresponda (por ejemplo, por existir cosa juzgada, o litispendencia), evitando de esa forma un dispendio innecesario de tiempo y esfuerzos (principio de economía procesal). Este instituto ha tenido un lugar destacado en la reforma del proceso civil en Iberoamérica.¹¹⁵

Pero las virtudes de la audiencia preparatoria no se limitan al referido “despacho saneador”, sino que comprenden todas aquellas derivadas del

¹¹⁴ La finalidad del Despacho Saneador es purificar el proceso, es decir, una vez admitida la demanda y para facilitar la tramitación de la misma, el juez o jueza debe examinar el libelo y señalar las vaguedades, impresiones y contradicciones que contenga, y ordenarle al demandante la corrección. En este sentido está obligado a exigirle al demandante que cumpla con los requisitos previstos en el ordenamiento legal. La idea es que el juez o jueza, a través del despacho Saneador, resuelva en forma oral todos los vicios procesales que pudiera detectar, es imprescindible cumplir con el Despacho Saneador para evitar reposiciones inútiles, y obstáculos en la tramitación de la causa. El Despacho Saneador viene a ser una especie de inventario y balance de la pretensión formulada, que redundaría en economía de tiempo. Esto es posible gracias al carácter que tiene este juez o jueza en el proceso.

¹¹⁵ Sus orígenes pueden encontrarse en la audiencia preparatoria del proceso abreviado portugués (1907) y en el despacho saneador del Código de Proceso Civil brasileño (1973). Su principal utilidad práctica deriva de la economía que traduce en términos de racionalización de la actividad procesal, al evitar que, tras varios años de litigio con el consiguiente dispendio de gastos y esfuerzos, se revele un defecto procesal que obste al pronunciamiento de mérito (por ejemplo, la inexistencia de un presupuesto procesal, una cuestión de incapacidad o falta de personería, cosa juzgada o litispendencia, o bien una nulidad procesal), cuando tales cuestiones pudieron relevarse desde el inicio del proceso ya sea para permitir la subsanación de los defectos o para concluir el proceso en una etapa inicial. Depurado el proceso de estas cuestiones formales, se puede focalizar la actividad procesal en la decisión de mérito, que es lo que a las partes realmente interesa.

principio e inmediación que dicha audiencia manifiesta en toda su dimensión, de esa forma, la audiencia potencia las perspectivas de una solución transaccional del pleito, mediante los poderes de conciliación que se le otorgan al juez.

Siendo esta una inmejorable oportunidad de acercar a las partes pues ya se está en conocimiento de sus respectivos argumentos (a través de la demanda y la contestación).

También contribuye a economizar esfuerzos y tiempo la fijación en audiencia, de los términos del debate y del objeto de la prueba, lo que permite descartar, en la misma audiencia, las pruebas manifiestamente impertinentes, para concentrar la actividad probatoria en los hechos sobre los que exista disconformidad.

3.1.1. Convocatoria de la audiencia preparatoria, causas de suspensión e interrupción

La audiencia preparatoria debe convocarse en el plazo de tres días de evacuados los trámites correspondientes de alegaciones iniciales, y deberá celebrarse en un plazo no mayor de sesenta días contados desde la convocatoria judicial (art. 290).

La fijación de plazos máximos para la convocatoria y realización de la audiencia preparatoria, contribuye a asegurar la vigencia del derecho a un proceso de duración razonable¹¹⁶

¹¹⁶ Es del caso señalar que otras legislaciones inspiradas en el mismo sistema, uruguayo, no prevén un plazo máximo para la realización de la audiencia, lo que determina en muchos casos una inconveniente dilación del proceso.

Las causas que habilitan a suspender la audiencia preparatoria están previstas con carácter general en el artículo 208, en el capítulo referido al régimen de las audiencias. De acuerdo a lo previsto en dicha norma, la audiencia sólo podrá suspenderse por alguna de las siguientes causas: por indisposición del juez o magistrado, cuando no pudiera ser sustituido; por causa grave que impida la comparecencia de algún sujeto procesal que hubiera sido citado; por causa grave comprobada que impida la asistencia del abogado de cualquiera de las partes; por coincidir dos audiencias simultáneas para el abogado de cualquiera de las partes. El artículo 210 prevé otra causa de suspensión, referida a la recusación del Juez planteada en audiencia.

Iniciada la audiencia preparatoria podrá interrumpirse por alguna de las causas previstas con carácter general en el artículo 211: cuando sea preciso resolver una cuestión incidental que no se pueda decidir en el acto; cuando haya que practicar una diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal (hipótesis prevista, en principio, para la audiencia probatoria en el proceso común o para la audiencia del proceso abreviado); cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente (al igual que el anterior, este supuesto estaría referido a la audiencia probatoria, aunque podría aplicarse a la audiencia preparatoria cuando sea necesario diligenciar prueba para resolver alguna excepción procesal); cuando se produzca la indisponibilidad del juez, de la parte o de su abogado; cuando lo soliciten todas las partes, alegando justa causa.

Sin perjuicio de resaltar la conveniencia de las reglas legales que limitan las causas de suspensión e interrupción de las audiencias, el juez deberá tener siempre presente la incidencia de principios fundamentales como el de defensa y contradicción, que pueden determinar la conveniencia de

interrumpir la audiencia preparatoria en otros supuestos no previstos en las normas citadas. A modo de ejemplo, si durante la audiencia preparatoria se admitiere al demandante añadir nuevas pretensiones accesorias o alegar hechos nuevos, el demandado podría solicitar la interrupción de la audiencia alegando no estar en condiciones de ejercer en audiencia una adecuada defensa respecto de esas nuevas pretensiones o alegaciones, por carecer de la información y pruebas necesarias al efecto.¹¹⁷.

Se abordara específicamente el aspecto de la conciliación cuando El Estado es demandado, en un proceso declarativo o común, lo cual, se encuentra regulado en los Artículo 246 y 247 ordinal 3° en relación con relación al artículo 64 todos del CPCYM; puesto que debemos tomar en cuenta que la competencia, como lo decreta el Art. 29 del CPCYM del proceso es diferente por el solo hecho que El Estado está dentro del mismo.

3.1.2. Partes procesales

Los Sujetos procesales. Son personas capaces legalmente para poder participar en una relación procesal de un proceso, ya sea como parte esencial o accesoria. Partes procesales. Son personas (individuales o colectivas) capaces legalmente, que concurren a la substanciación de un proceso contencioso; una de las partes, llamada actor, pretende, en nombre propio la actuación de la norma legal y, la otra parte, llamada demandado, es al cual se le exige el cumplimiento de una obligación, ejecute un acto o aclare una situación incierta¹¹⁸.

Es decir son sujetos procesales:

¹¹⁷ Canales, *Código Procesal Civil Y Mercantil Comentado*.

¹¹⁸ Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*,(Buenos Aires: ediciones de palma 1962),117.

- a) las partes (actor y demandado),
- b) el juez,
- c) los auxiliares,
- d) los peritos,
- e) los interventores,
- f) los fiscales.

Son partes esenciales o principales:

- a) el actor,
- b) el demandado y
- c) para el código procesal boliviano es parte, también, el juez

Son partes accesorias:

- a) los peritos,
- b) los auxiliares,
- c) los interventores. El fiscal es parte accesoria sólo si el Estado es actor o demandado.

3.1.2.1. El Juez como sujeto Procesal y Conciliador

Si la Ley o la voluntad de las partes exigen o convienen el sometimiento de una determinada controversia a conciliación, donde interviene el Juez, con su facultad de decisión y con la necesaria presencia en calidad de conciliador, interviniendo para moderar la controversia, da nacimiento así al acto conciliatorio.

De este modo, si entre las partes no interviene el Juez en las condiciones y calidades antes mencionadas, el acto nacerá a la vida jurídica y tendrá alcances, pero no se llamará conciliación ya que degeneraría en uno distinto, llámesele transacción, contrato, convención de novación etc. pero no conciliación .

3.1.2.2. Poder creador del Juez

La doctrina, al clasificar según sus efectos las varias categorías de sentencia, considera como una categoría especial de sentencia constitutivas la llamadas sentencias dispositivas, grupo que debe ponerse en relación con la distinción entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho, de la que hemos partido para la definición del acto jurisdiccional.¹¹⁹

Se llaman dispositivas las decisiones que el juez toma, no en aplicación de una norma jurídica ya formulada anteriormente por el legislador, sino en el ejercicio de un poder de equidad que significa pues, en sustancia, poder de crear el derecho para el caso singular. Las providencias dispositivas se podrían, por tanto, llamar también providencias de equidad, en contraposición a las providencias de derecho (secundumius) que serían todas demás en las que el juez no hace otra cosa que aplicar al caso concreto una jurídica preexistente.

Es fácil comprender que estas providencias de equidad, si en un sentido genérico se pueden considerar como constitutivas en cuanto las mismas aparecen como productoras de una situación jurídica que antes no existía, porque faltaba el derecho para regularla, en realidad difieren profundamente, por sus efectos, de las providencias, constitutivas en sentido propio que antes hemos considerado en efecto, mientras que en estas el cambio jurídico operado por el juez no es más que la aplicación de una norma preexistente (la cual establece en que caso y con que forma el juez está obligado a constituir aquel cambio), en la providencias dispositivas el juez, a falta de una norma preexistentes, está llamado a crear discrecionalmente, según su

¹¹⁹ Piero Calamndrel, Instituciones de Derecho Procesal Civil, (Colombia, Bogotá: ediciones jurídicas). 70

sentido de equidad, el derecho objetivo que parezca más adecuado para regular el caso concreto; de suerte que mejor que de pronunciamientos constitutivos se podría en estos casos hablar de pronunciamientos creadores del derecho.

Si se quiere esquematizar la actividad decisoria del juez en el tradicional silogismo, se podrá decir que, en las decisiones constitutivas, el cambio jurídico deriva de la conclusiva, a la cual la norma preexistente sirve de premisa mayor; mientras que en las decisiones dispositivas, el cambio deriva de la creación de la misma premisa.

Los casos en los cuales al juez se le atribuye semejante poder están taxativamente determinados por el legislador porque constituyen una excepción al principio de legalidad; pero la extensión dentro de la cual se admite tal excepcional sustitución de la equidad a la ley, varía según los casos.¹²⁰

Sin embargo, no se debe confundir el fenómeno excepcional del juicio de equidad con el poder, que tiene normalmente el juez de derecho, de interpretar la ley para aplicarla al caso concreto la individualización del mandato, que el juez lleva a cabo poniendo frente a los hechos reales el hecho específico formula en hipótesis por la norma, requiere siempre como se sabe un cierto desarrollo y una cierta prosecución de las directrices contenidas en la ley, hasta llegar, en ciertos casos, aquellas directrices supremas que son los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, pero con esto el juez, lejos de crear el derecho, no hace otra cosa que poner en evidencia aquel derecho que existía ya potencialmente en la

¹²⁰Ibíd. 72

norma formulada por el legislador como lo es en el caso de la conciliación cuando el Estado de El Salvador es parte el Juez se ve obligado a solo cumplir el mandato de la norma tratamos específicamente el caso del artículo 247 ordinal 1° del CPCM, que inhibe al Juez de utilizar su facultad dispositiva y de ser un conciliador del conflicto, por el contrario se limita a solo aplicar la norma ya existente.

En la práctica en la Audiencia Preparatoria solo hace mención “*en este tipo de casos* (refiriéndose cuando el litigio es entre El Estado de El Salvador con otra persona natural o jurídica) *no es posible la conciliación por lo dispuesto en el artículo anteriormente mencionado.*

En muchos casos la misma ley difiere al juez el oficio de cumplir, en cada uno de ellos, las valoraciones políticas que normalmente se llevan a cabo, por el legislador.

La forma más atenuada de este fenómeno es la que se presenta cuando el poder de equidad deferido al juez, no excluye que él deba igualmente decidir según la norma jurídica preexistente, sino solamente consiente, al aplicarla, integrarla o templarla según las circunstancias como lo es en el caso del tema de la conciliación cuando El Estado es parte en un proceso Declarativo: no como cuando la norma es formulada en términos deliberadamente vagos y genéricos, que el juez, deberá, en cada caso, precisar en conformidad con las concepciones que mejor respondan en aquel momento a la conciencia social, que deja al juez la facultad de valorar, caso por caso, si el incumplimiento tiene escasa importancia, en otros casos, en cambio, el alcance de la equidad es mucho más amplio.

En cuanto la regulación jurídica, en lugares de dictada anticipadamente por la ley, es esta enteramente confiada al juez, al cual corresponde llevar a cabo,

caso por caso, aquella especie de decantación del derecho de la política, que normalmente es realizada por clases por el legislador. Aquí el juez está llamado a decidir directamente sobre relaciones sociales, todavía no jurídicamente calificadas; y a él le corresponde, cuando las partes no se pongan de acuerdo mediante el contrato, encontrar, a base de sus sentimientos de equidad, la calificación más apropiada a aquellas y transformarlas así en relaciones jurídica, a quien se puede decir, verdaderamente, que al sistema de la formulación legislativa del derecho , se sustituye, en los límites queridos por el legislador, el sistema de la formulación judicial: y la providencia del juez está a mitad de cambio entre la jurisdicción y la legislación, porque aun no teniendo aquí caracteres de generalidad y de abstracción que son propios de la ley, tiene sin embargo, aun cuando sea dentro de los limites restringidos del caso singular, la eficacia innovativa o creadora del derecho, que es típica de la ley y no del acto jurisdiccional.¹²¹

3.1.2.3. Deberes del Juez

Con esta tendencia de desarrollo por el autor¹²², de la presencia del juez, podemos decir que no está en oposición con las disposiciones legales de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil según el artículo 15 la *Obligación de resolver*, el juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar, negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Código será sancionado de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica Judicial.

¹²¹Ibíd. 74.

¹²²Echandiá, Compendio de Derecho Procesal, 306

¹²²Ibíd. 307

Como un correlator del derecho a la tutela jurisdiccional del justiciable ya mencionado, el Código sanciona en este otro precepto la conocida prohibición del *non liquet*, a cuya virtud y dando por supuesto que no existen circunstancias de orden procesal que lo impidan, el juez debe proveer siempre a una respuesta de fondo respecto de la pretensión que se le plantea. No puede el juzgador en consecuencia, suspender el procedimiento sin causa prevista en la ley y acreditada en los hechos.

Pero sobre todo, una vez se han completado los trámites del mismo, ha de dictar resolución definitiva en el expediente sin que pueda dejar de resolver ninguno de los puntos controvertidos en ese proceso, aduciendo dudas o ignorancia sobre cómo aplicar o interpretar la ley, ni la presunta injusticia material de la decisión que en su caso tendría que adoptar, como excusa para no hacerlo. Debe pues resolver el juez o colegio de Magistrados lo que proceda, debe dar una solución al conflicto de intereses planteado, sin que le quepa justificar el silencio como respuesta. El incumplimiento de este deber judicial, como se previene en esta misma norma del Código procesal, llevará aparejada la apertura de las responsabilidades a que haya lugar civil, penal y administrativa sancionadora para el juzgador.¹²³

Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas. Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones suadentadas en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa aplicable en resolución debidamente motivada,

en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan. Las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, dando cumplimiento al principio de legalidad procesal con un alcance amplio, parte así de la Constitución para abrazar también el marco de las normas de rango legal y en su caso reglamentarias.

En el art.2 C.P.C.Y M se recoge la vigencia del imperio de la legalidad desde el punto de vista del fundamento de todas las decisiones judiciales, el cual no puede ser otro que las fuentes establecidas por el ordenamiento, desterrando así toda tentación de arbitrariedad, voluntarismo y discriminación por motivos subjetivos del juzgador, completado luego con lo establecido en el art. 19, ahora bien, tiene un límite la sujeción a la legalidad y es cuando precisamente la norma se muestra contraria a los postulados constitucionales.

En tal situación, faculta al juez de la causa este art. 2 CPCYM para inaplicar el dispositivo de que se trate, lo que significa, como su nombre indica, no que el órgano judicial pueda invalidar la norma ni declarar su nulidad formal con efectos *erga omnes* ,potestad ésta que le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema en el ámbito de sus competencias, sino que cualquier juez puede decretar su no aplicación al caso concreto el art. 185 CN, por apreciar su contradicción con alguno de los derechos fundamentales u otro mandato constitucional, explicándolo así en su resolución judicial, susceptible por lo demás del control por vía de recursos que corresponda en lo concerniente a las cuestiones de legalidad ordinaria resueltas en la sentencia. No así por lo que respecta estrictamente al juicio de inconstitucionalidad de la ley, cuya validez sólo será revisada por la Sala

de lo Constitucional de la Corte Suprema en virtud del procedimiento establecido.¹²⁴

Resultado de la importancia de sus funciones es también que los jueces y los magistrados estén sujetos a deberes y obligaciones de orden reglamentario; horario de trabajo, asistencia a las audiencias y diligencias, practica personal del reparto de negocios y termino para resolver las peticiones

3.1.3. La presencia de las partes en conflicto

La voluntad y el consentimiento de las partes se manifiesta a través de la presencia de éstas; para que se lleve a cabo el acto conciliatorio es necesaria la presencia de las partes en conflicto, de manera que éstas puedan manifestar su opinión acerca de los intereses en controversia.

Así puedan llegar a un acuerdo, esto sólo puede suceder con la presencia real de ellas o su representante con facultades especiales para conciliar.

El principio de dualidad de partes, Implica que, como regla general, en todos los procesos, las partes ocupan siempre una de estas posiciones o roles: demandante o demandado. Como se verá, puede haber más de dos partes en el proceso, pero en principio cada una de ellas debe situarse en una de estas posiciones (es decir, puede haber varios demandantes y/o varios demandados).

En ocasiones, la posición de las partes puede cambiar a lo largo del proceso. Por ejemplo, alguien puede ser llamado a un proceso como demandado para darle la oportunidad de defender sus intereses y esta parte puede decidir

¹²⁴Ibíd. 307.

asumir las pretensiones del demandante y defenderlas frente a otros demandados. También es posible que los papeles se inviertan, como se verá, a través de la reconvencción, que implica que el demandado reclama a su vez una determinada pretensión al demandante¹²⁵.

En el caso cuando El Estado es parte por ser una figura ficticia por ello el Art. 193 ordinal 5º nos dice que esté será representado por la Fiscalía General de la Republica, también será representado por representantes designados que laboran dentro de la institución los cuales son abogados de la Republica y estos deben estar presentes en todo el proceso para que pueda llevarse a cabo y como lo analizaremos en el siguiente apartado.

3.1.3.1. Presencia del Juez y de las partes

Como en toda audiencia, el juez tiene el deber de presidirla personalmente, bajo pena de nulidad insubsanable (arts. 10 y 200 CPCYM). La solución refleja la vigencia del principio de inmediación, junto con otras disposiciones que aseguran la presencia del juez en la audiencia probatoria y la identidad del juez de prueba y sentencia. De ese modo, el juez ordenará el debate y mantendrá el orden en la audiencia con los poderes de dirección que le son inherentes e indispensables para su normal desarrollo (arts. 14 y 204 CPCYM); pronunciará directamente y en forma oral las resoluciones necesarias de acuerdo al contenido habitual y eventual de la audiencia, e impulsará su trámite para asegurar el cumplimiento de las actividades previstas legalmente durante su curso.

¹²⁵ Antonio Alvarez Del Cuvillo, Apuntes de derecho procesal, (España: Universidad de Cadiz, , 2008), 14.

Respecto de las partes, rige la carga de comparecer a la audiencia, teniendo presente las consecuencias desfavorables a su interés en caso de no presentarse, previstas en el art. 291: la ausencia injustificada del demandante determina el fin del proceso sin más trámite, salvo que el demandado muestre interés legítimo en la prosecución del proceso, y lo mismo ocurrirá si dejaran de concurrir ambas partes; si el ausente fuera el demandado, se realizará la audiencia y se continuará con la tramitación del proceso en lo que resulte pertinente, pero aquél no podrá ya realizar los actos previstos durante la audiencia preparatoria (por ejemplo, proponer pruebas, oponerse a las propuestas por su contraria, interponer recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas en audiencia, solicitar constancias en acta, etc.)¹²⁶

Las consecuencias referidas en caso de ausencia de las partes durante la audiencia preparatoria, suponen en todo caso, que tal ausencia sea injustificada, pues el juez siempre podrá atender a motivos fundados que justifiquen razonablemente tal ausencia y, en ese caso, convocará a nueva audiencia.

Sin embargo, la norma (art. 291) establece que en los supuestos de ausencia de las partes durante la audiencia, la resolución judicial correspondiente deberá adoptarse sin más trámite. Ateniéndonos a una posible interpretación de la norma, comprobada la inasistencia del demandante en la audiencia, el juez debería dictar resolución sin más trámite en la misma audiencia, poniendo fin al proceso, lo que permitiría plantear la duda acerca de la oportunidad para justificar las razones de la ausencia, que eventualmente

¹²⁶ A diferencia del Código Modelo para Iberoamérica, el CPCM no exige la comparecencia personal de las partes durante la audiencia preparatoria, las que, en consecuencia, podrán concurrir a través de apoderado.

pueden determinar la inaplicación de la consecuencia enunciada en la norma (clausura del proceso).

En muchos casos, las circunstancias que pueden justificar la ausencia de la parte durante la audiencia, resultan imprevisibles y sólo pueden acreditarse con posterioridad a la misma.

En esos casos, tratándose por ejemplo de una enfermedad o indisposición que sobreviene a la parte o su apoderado el mismo día de la audiencia, debería admitirse la prueba de tal circunstancia con posterioridad a la audiencia, y el correspondiente señalamiento de nueva fecha¹²⁷

El artículo 291 del CPCM prevé que, ante la ausencia de la parte demandante, la resolución que pone fin al proceso deberá adoptarse “siempre que tal ausencia no esté debidamente justificada”, por lo que, en una interpretación razonable y armónica de la disposición comentada, corresponde conceder a la parte ausente una razonable oportunidad para justificar los motivos de su ausencia, antes de dictar la resolución que pone fin al proceso. De otro modo, la parte afectada por tal resolución sólo podría intentar justificar su ausencia mediante recursos de revocatoria y apelación, aportando en ese marco las pruebas respectivas para obtener la revocación de la resolución que pone fin al proceso.

Otra cuestión de interés en lo relativo a la comparecencia de las partes, refiere a las circunstancias que pueden configurar un motivo fundado para no

¹²⁷ Con un marco normativo similar al del CPCM, que prevé el pronunciamiento judicial “sin más trámite” ante la ausencia del demandante, los jueces uruguayos suelen admitir la prueba del motivo fundado de incomparecencia, para lo cual conceden a la parte que no concurrió a la audiencia un plazo para su justificación, pues de otro modo, la parte se vería en la necesidad de impugnar la resolución que, ante su incomparecencia a la audiencia, pone fin al proceso.

comparecer a la audiencia. La casuística resultaría inabarcable, aunque pueden señalarse algunas hipótesis que, con un marco normativo similar.¹²⁸

3.2.1. Intento de conciliación

El intento de conciliación constituye la primera etapa de la audiencia preparatoria (arts. 292, 293), en la que el juez debe instar a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso, manteniendo, no obstante, la imparcialidad.

Se trata de la denominada “conciliación intraprocesal”, aquella que se procura durante el trámite del proceso principal, para diferenciarla de la conciliación previa, anterior a la demanda.

Las ventajas del instituto se vinculan con la etapa en la que se inserta este intento de conciliación, luego de presentada la demanda y la contestación, lo que permite a ambas partes y al juez tener un panorama más claro de los argumentos en que se apoyan la pretensión y la defensa, propiciando de esa forma una mayor eficacia en el intento de conciliación.

En ese sentido, la norma indica que “a la vez que insta a las partes a lograr un acuerdo, el Juez les advertirá de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia” no así en los casos cuando El Estado es parte puesto que el juez se limita solo a saltarse esta etapa y continua con la audiencia, del intento de conciliación solo hace mención que no es posible conciliar según lo dispone

¹²⁸ Se admiten en la jurisprudencia uruguaya como motivo fundado de incomparecencia a la audiencia: ausencia por viaje de negocios al exterior, enfermedad certificada con indicación de reposo, internación por indicación médica, condiciones climáticas que configuren causa de fuerza mayor, etc.

el artículo 247 ordinal 1° más adelante veremos cuáles son los motivos por los que no se puede conciliar cuando es El Estado parte en un proceso declarativo.

La prevención final del artículo citado refleja el complejo rol que se asigna al juez en esta etapa, pues, siendo el mismo juez que finalmente habrá de sentenciar la causa, su participación activa en el intento de la conciliación solamente se traduce a predisponer la norma ya establecida limitándole su función de conciliador y sus facultades de mediador en el caso en particular comprometiendo hasta cierto punto su imparcialidad puesto que todos tenemos derecho de ser escuchados, en los casos cuando el demandante o demandado según sea el caso quiera conciliar y se le anula esa posibilidad, debiendo en consecuencia extremar el cuidado para evitar cualquier manifestación que pueda interpretarse como prejuizgamiento, esta limitación a la conciliación constara en el acta de la audiencia preparatoria y como por lo tanto no se logra acuerdo entre las partes, continua la audiencia.

3.3. Criterios del legislador para la no conciliación del Estado

La conciliación siendo una forma alternativa para poder solucionar el conflicto entre las partes no es aplicable cuando de controversias del Estado se refiere, pues nunca serán de libre disposición¹²⁹, pues en esa medida la

¹²⁹ Benjamín Villegas Basavilbaso, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Argentina, Buenos Aires), 36. Este tratadista sostiene que el poder del Estado es uno solo, pero diferenciadas de sus funciones jurídicas (tomo 2, p. 220) Fraga refiriéndose al Estado, dice que en la práctica se usan indistintamente los términos “atribuciones” y “funciones”, pero que estos hacen referencia a nociones diferentes, por lo que es preciso darles significación exacta. Para el “las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones” (Gabino Fraga, Pagina 33) pero este concepto no es concluyente ni satisfactorio, pues contrariamente a lo que expresa Fraga, por lo que podría decirse que las “atribuciones” constituyen la forma de ejercicio de las “funciones”. Quizá esta última sea una noción más precisa aceptable.

conciliación no es una opción para dichas partes, así fue establecido por el legislador, por lo que resulta como la pregunta más importante del presente estudio, que motivo al legislador para establecer que no podrá intentarse la conciliación en los procesos en que estén interesados el Estado y las demás administraciones públicas, así como corporaciones o instituciones de igual naturaleza. También quedan excluidos aquellos procesos en los que, siendo parte el Estado, intervenga junto a éste personas privadas, como parte principal o coadyuvante?, versa en el numeral 1° del artículo 247 del CPCM, es en respuesta a esta pregunta que planteamos los siguientes argumentos que posiblemente adoptó el legislador para fundamentar el artículo en comento, los cuales son:

3.3.1. En cuanto a su función de administración pública

La experiencia universal demuestra que para lograr tal satisfacción es indispensable, el último término, la coacción. Esto se logra mediante el “imperium” poder- del Estado, que se hace efectivo en el cualquiera de los ordenes donde este desenvuelve su actividad

En términos generales, la actividad estatal se concreta en tres funciones: legislación, justicia y administración, cuyos respectivos “organos” ejercitan partes o secciones del “poder” del Estado.

Pero adviértase que el “poder” del Estado es único; las “funciones” son múltiples. Las “atribuciones de las funciones a los organos no significa división de poder sino dis

separacion de los poderes, podra hablarse mas bien de una separacion de las funciones”¹³⁰, y con ello garantizan las funciones del Estado.

La llamada “division de poderes” es una medida que tuvo por miras de evitar el depotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedarse concentrado en una sola mano, en un solo organo. Con ello tendiendose a asegurar los beneficios de las libertades publicas e individuales. Pero no se trato de una “division de poderes”, sino de una “distribucion de funciones” en este sentido el estado siendo un ente superior que debe garantizar la estabilidad del pais, debe cuidar esos limites de su potestad en cuanto a velar por la seguridad lo que beneficie a la mayoria.

El poder del Estado se actualiza en la “funcion” asignada a sus “organos” esenciales, que son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El poder estatal se manifiesta, pues, en las funciones de legislacion, jurisdiccion y ejecucion, que como bien dijo un autor son los medios para la realizacion de los fines estatales.

No hay que confundir “poder”, que es atributo estatal¹³¹, con “potestades”, que en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una funcion verbigracia de la funcion correspondiente a la administracion publica, pues esta, ciertamente tiene diversas potestades: la reglametaria, la imperativa, la sancionadora etc. Dichas “potestades” constituyen un reflejo cualificado del “poder” general del Estado, pero no pueden confundirse con

¹³⁰ Fischbach Oskar Georg, *Teoría general del Estado*, (Barcelona:Editorial Labor), 138. En igual sentido: Jellinek *“Teoría General del Estado”* p. 376-377, quien expresa que es posible hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes.

¹³¹ El “poder”, o “imperium”, juntamente con el “territorio” y el “pueblo”, representan los elementos constitutivos esenciales del Estado.

este “poder”¹³² . no resulta, entonces, acertada la posición de Hausiou, quien pretende distinguir entre “poder” administrativo y función “administrativa”: el “poder” no es precisamente “administrativo”, sino “estatal”, vale decir es un atributo del Estado y no de la Administración; esta última no hace otra cosa que “actualizar” o “manifestar” la parte pertinente del poder del Estado.

El contenido de cada una de esas funciones esenciales (legislación, ejecución y justicia) varía con relación a la ley y con relación al tiempo. De todo lo dicho se desprende que, con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de “separación de poderes, sino de “distribución de funciones” entre los órganos legislativos, ejecutivo y judicial. Cada uno de estos ejerce una sección de poder general del Estado.¹³³

Los bienes que integran el dominio privado del estado son las tierras que, de acuerdo a los artículos 571 y 572 del Código Civil, pertenecen al dominio privado del Estado, por lo tanto son “tierras fiscales”¹³⁴

Por lo que es de reconocer a la Administración pública la capacidad jurídico-privada, esto es, la posibilidad de figurar como sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas de Derecho privado, la conclusión a que se llega es necesariamente la de la posibilidad de que la Administración contrate lo que significa tanto como el reconocimiento por parte del Derecho del principio de

¹³² Villegas, *Teoría General*, 220-221.

¹³³ El principio de la “separación de poderes” fue expuesto por Montesquieu- cuyo verdadero nombre era Carlos de Secondat Barón de la Brede et Montesquieu, cabe afirmar que Montesquieu adoptó por regla general, el vocablo “poder” dándole un sentido amplio, ajeno a la moderna técnica y comprensivo de los conceptos de poder en sentido estricto, de órgano y función... “Montesquieu, llevado por la confusión conceptual a que se viene haciendo referencia, empleo las expresiones genéricas “poder legislativo”, “poder ejecutivo”, y “poder Judicial”, para denominar con ellas, sucesivamente, cada una de las tres series, de poderes, de órganos y de funciones, respectivamente. Esta desgraciada ocurrencia ha segado a muchos comentaristas y ha sembrado tal grado de confusión en la materia, que resulta casi imposible tratar de eliminarla.

¹³⁴ Son todos aquellos bienes cuyo uso y pertenencia no es de los particulares.

la autonomía de la voluntad de los particulares para obligarse recíprocamente.

En el campo del Derecho privado la principal fuentes generadoras de obligaciones es cabalmente el contrato¹³⁵. Pero en cuanto a la contratación administrativa se refiere a supuestos distintos. Desentendiéndose de la actividad jurídico-privada estatal (o de otras entidades administrativas) se trata de saber hasta qué punto la consecución de las finalidades específicamente públicas y, por tanto, el ejercicio de las potestades administrativas puede lograrse empleando la técnica contractual.

El Estado es un ente que vela y garantiza sus actuaciones en función de la protección del ciudadano, ya que el Art 1 CN establece que su fin único es la persona humana por ende la población en general, pero podemos observar que en la mayoría de las ocasiones el ciudadano no se encuentra en igualdad de condiciones por ser el Estado un ente supremo, ante los administrados sin embargo en cuanto al tema de la conciliación cuando el estado es parte puede El Estado vulnerar derechos de algunos de sus administrados siendo que estos sean demandados o demandantes en un proceso declarativo con la idea de proteger a la mayoría, por la imposibilidad de conciliar, y aunque esto afecte un derecho de un tercero.

3.3.2. En cuanto al dominio publico del Estado

Si el Estado (y como se verá otras entidades publica) es simultáneamente titular de propiedades privadas, resulta necesario establecer el que nos sirva para distinguir los bienes que constituyen uno y otra. Criterio está llamado a

¹³⁵ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Parte General, (Madrid España: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 30.

desempeñar, desde el punto de vista la interpretación jurídica, una función múltiple. En primer lugar, ha de servir para determinar, a la vista del régimen legal especial que se establezca para ciertos bienes, si se trata del régimen propio del dominio público en segundo lugar, debe proporcionarnos, a la vista de un bien que legalmente sea declarado como de dominio público, en qué consiste el régimen jurídico aplicable: finalmente, debe resolver el problema del carácter de los bienes pertenecientes a entidades públicas que legalmente no estén clasificados en ninguna de las especies del dominio¹³⁶.

El autor Garcia Montufar, considera en su trabajo sobre afectaciones en uso que “existe dominio público cuando el bien se considera parte integrante del Estado, el que lo administra para el logro de un fin de uso público, protegiéndolo con un régimen especial (derecho público)” administración que para el autor es facultad propio del derecho de propiedad que detenta del Estado, pero propiedad entendida desde el campo del derecho público.

Respecto a los bienes que se encuentran bajo el ámbito del dominio público no solo están destinados al uso público sino también al servicio público, es importante también aclarar que el dominio público se encuentra referido a bienes y no solo a cosas por cuanto siendo las cosas susceptibles de valorización quedarían excluidas de los derechos, lo cual resultaría imposible si tomamos en cuenta la finalidad del dominio público. es quizá por ello que se habla indistintamente de bienes del dominio público o bienes públicos por ser equivalentes dichas expresiones¹³⁷.

De tal manera que el dominio público referido a bienes, debe cumplir una finalidad o estar destinado o afectado al uso público o al servicio público; al

¹³⁶ Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, 60 y 61.

¹³⁷ Sara Copa Almerco, *El Dominio Público y su desafectación*, (Lima Peru Agosto-2004), 35.

respecto el profesor español Prada señala que se considera que el estado es el titular dominical de los bienes del dominio público, entendiéndolo como una variante del derecho de propiedad en atención a los fines públicos a que se orientan estos bienes

Esto significa, examinado ahora el problema desde otra perspectiva, que, desde el punto de vista del Derecho positivo, los bienes pertenecientes a entidades públicas pueden encontrarse en una de estas tres situaciones:

Bienes cuyo régimen jurídico esté especialmente regulado por leyes especiales, con peculiaridad respecto del régimen normal de la propiedad, Es el caso de las aguas, los montes o minas cuyo régimen especial está determinado con mucho y precisión en leyes específicas sobre cada una de materias, el problema será el de determinar hasta qué Punto la especialidad de estos regímenes justifica la afirmación que nos encontramos ante una del dominio Público.

Bienes calificados por el Derecho positivo como pertenecientes al dominio público, pero sin que se determine cual su régimen jurídico. En tal caso el problema consiste cabal mente en determinar este régimen, sobre todo si se tiene en cuenta, de una parte, que no existe una regulación positiva general del dominio público, de otra, que los distintos regímenes especiales (por ejemplo, los señalados en el apartado anterior no coinciden en la totalidad de sus notas características.

Bienes no calificados expresamente por el ordenamiento como de dominio público ni privado. La posibilidad de que en esta hipótesis se pueda hablar de dominio público depende, desde luego, de la contestación que se dé a la siguiente pregunta ¿Constituyen *numerus clausus* los bienes que integran el dominio Público? Cualesquiera que sean las soluciones que pueda

aportarnos el Derecho comparado y las opiniones que puedan mantenerse sobre conveniencia, lo cierto es que nuestro Derecho vigente contesta en sentido negativo: la enumeración de bienes de dominio público¹³⁸.

3.3.2.1. Elemento subjetivo la titularidad del dominio público

Solo entidades de Derecho público pueden ser titulares del dominio público, El dominio público no se con por tanto, respecto de personas privadas.

El Derecho positivo confirma, desde luego, esta exigencia. El hecho es que entidades este tipo pueden presentarse y que nada impide que la Ley les atribuya la titularidad de bienes calificados como de dominio público¹³⁹

3.3.2.2. Elemento objetivo del dominio público; las cosas susceptibles de dominio público

A- Las porciones del territorio y los edificios

Como ha observado BALLBE la doctrina de la demanialidad sólo incluye, en sus comienzos, entre las dependencias del dominio las porciones del territorio nacional, Esta concepción había de superarse radicalmente al ser aceptado el criterio de la afectación como típico de la demanialidad; pues está claro que no sólo porciones del territorio, sino edificios y cosas muebles, pueden ser destinadas al uso público o al mantenimiento de un servicio público. Por lo demás, el Derecho positivo no solamente no se opone en absoluto a esta solución, sino que nos ofrece explícitas declaraciones acerca

¹³⁸ Falla, *Tratado de Derecho Administrativo* 62 y 63.

¹³⁹ Fernando Sainz Moreno, "El Dominio Público", *Revista de administración Publica*, 1º publicación, (Madrid España, 1999), 479.

de cuál es la opinión del legislador, considerando, por ejemplo, como pertenecientes al dominio público los edificios destinados a escuelas de enseñanza primaria, los mataderos, mercados, y, asimismo, los hospitales, hospicios, museos Por lo que se refiere a los edificios del Estado en que no concurren tales cualificaciones, la voluntad del legislador no se ha mostrado, hasta recientemente, con tanta claridad, los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo»; pero hay que admitir que es la propugnada por gran parte de nuestra doctrina aunque quizás la única razón sea propia deformación al que -como cualquier otro especialista padecemos los administrativistas¹⁴⁰.

B- Los bienes muebles

Ballbe ha defendido la posibilidad del dominio público mueble afirmando que a la conexión con el interés público es, si cabe, mayor en los bienes muebles que en los inmuebles, pues si es susceptible de sustitución por otro el inmueble soporte del servicio, no ocurre otro tanto con los numerosos objetos muebles, cuyo valor radica intransferiblemente en ellos el peligro de su alienabilidad y prescriptibilidad ocasionaría un daño muy superior al que se originase por la de los inmuebles, a la vista de la legislación especial particularmente la dictada para protección del Tesoro artístico no puede haber duda sobre las facultades exorbitantes que el Estado tiene sobre sus propios bienes de carácter histórico y artístico (incluidos, naturalmente, los muebles), ya que, incluso sobre los bienes de propiedad privada de valor histórico o artístico, concede tal legislación poderes exorbitantes¹⁴¹.

¹⁴⁰ Sainz, "El Dominio Público", 480-481.

¹⁴¹ *Ibíd.* 482-483.

Es evidente la posibilidad teórica de que existan contratos “administrativos” propiamente dichos, celebrados entre la Administración Pública y los Administrados o particulares, la desigualdad que existe en esos contratos no radica precisamente en las “voluntades” de las partes que aparecen niveladas como con secuencia de la autolimitación de la Administración Pública, propia del Estado de Derecho si no en los intereses que persiguen esas Voluntades, mientras el contratante persigue la satisfacción de su propio interés, la administración Pública persigue la Satisfacción del interés Público o general; cuando el contrato es de derecho común de la administración causa una desigualdad de intereses.

Hay que tener siempre en cuenta que el Estado no puede prescindir de su carácter de Poder aun en las relaciones contractuales, y si no impone como poder el contrato impone al que quiere contratar con el condiciones que dejan a salvo ese poder, esto a la vez que justifica la validez de las cláusulas exorbitantes expresas también determina, como lo dejo dicho el límite de la juridicidad de tales cláusulas todo aquello que, de acuerdo al orden jurídico general vigente exceda de las posibles potestades o prerrogativas de poder inherentes al estado o a sus órganos esenciales determina la invalidez de la respectiva cláusula exorbitante expresa¹⁴².

El contrato de derecho común de la administración Pública por principio hallase sometido a las normas del derecho privado, El contrato administrativo se rige por las normas y principios del derecho público entre estas últimas normas y principios es oportuno recordar que en los contratos administrativos por razón su objeto las cláusulas exorbitantes del derecho privado existen virtual o implícitamente, en tanto que en los contratos que son administrativos por virtud de cláusulas exorbitantes, estas deben ser expresas, cabe tener

¹⁴² Ibíd. 484-485.

presente que dado que la diferencia entre el contrato de derecho común de la Administración pública y el contrato administrativo propiamente dicho es substancial u objetiva y de ningún modo orgánica o subjetiva en ambos tipos de contratos de la Administración lo relacionado con la competencia del órgano de la administración para emitir el acto se rige por las disposiciones del derecho público.

Cuando hay controversia o contienda, la jurisdicción ante la cual debe recurrir varía: tratándose de un contrato administrativo stricto sensu dicha jurisdicción es la que el ordenamiento jurídico imperante haya establecido para entender en lo contencioso administrativo; tratándose de un contrato de derecho privado dicha jurisdicción es la civil¹⁴³

3.4. Bienes destinados al uso público

Como los canales, ríos, torrentes, puertos, y puentes, construidos por el estado, las Riberas las playas, y otros análogos, se observa esta enumeración, aparte de su carácter ejemplificativo de una parte que mientras unos de éstos bienes pertenecen al dominio público necesario, otros solo son demaniales en cuanto pertenecientes al Estado¹⁴⁴

3.4.1. Bienes de uso público por naturaleza

El Dominio hídrico: las aguas se clasifican en marítimas y terrestres, solo estas últimas no interesan en este momento.; por ejemplo basta con que una corriente de agua tenga la categoría de Río para que estemos frente a un bien de dominio público. Entre otros casos, en cambio se trata de aguas que

¹⁴³ Ibíd. 486-487

¹⁴⁴ Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, 514-529.

pertenecen al dominio público accidentalmente, pues sobre ella cabe una propiedad privada.

El Dominio Minero: de que por su naturaleza se trata de sustancias minerales en relación con los hidrocarburos, líquidos y gaseosos en territorios nacionales “constituyen patrimonio inalienable e imprescriptible de la nación” diecisiete

El Dominio Marítimo: junto a las aguas terrestres a las que ya nos hemos referido constituyen también dominio público las aguas marítimas y las denominadas zonas marítimas – terrestre, se trata ahora de un conjunto de pertenencias del dominio, las cuales pueden ser las siguientes:

- las playas; entendiéndose como tales las riberas del mar o las de los ríos formados por arenales o pedregales en superficie casi planas con vegetación nula o escasa¹⁴⁵..

La Zona marítima – terrestre que en el espacio de las costas marítimas que bañan el mar en su flujo y reflujo en donde sean sensibles las mareas y las mayores olas en los temporales ordinarios en donde no lo sean, esta zona se extiende as mismo por los márgenes de los ríos, hasta el sitio donde sean vegetales o se hagan sensibles las mareas. Así mismo los terrenos que se unen a la zona marítima – terrestre por ocasiones o aterramientos por accesiones producidos por causas naturales. El mar territorial que ciñe la costa o frontera nacional con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y de más abrigos utilizables para pesca o navegación.

El lecho y el subsuelo del mar territorial y el del adyacente al mismo hasta donde sea posible la explotación de sus recursos naturales

¹⁴⁵ Ibíd. 514-529.

Se sostiene que las personas jurídicas públicas son creadas por el Estado, en tanto que las privadas lo son por los particulares. Se ha objetado ese punto de vista diciendo que hay entes públicos de origen privado, como también entes privados de origen estatal¹⁴⁶.

Control administrativo. Se dice que las personas jurídicas públicas están sujetas a dicho control, no así las privadas. Se ha objetado este criterio diciendo que ciertas entidades privadas, por la índole de sus actividades, hállese sometidas a un control estatal que varía en intensidad según los casos. Asimismo, se ha dicho acertadamente que el control de referencia es una resultante del carácter público de la entidad, pero no la razón de este carácter.

Potestad de imperio. Para algunos, la potestad de imperio caracteriza a las personas jurídicas públicas. Pero a esto se contestó que hay entes privados que también gozan de potestad de imperio, en mayor o menor grado, los concesionarios de servicio públicos, que aparte de la posibilidad de expropiar, ejercían política específica del respectivo servicio público. Así se ha expresado que existen personas jurídicas consideradas públicas, que carecen de dicha potestad de imperio es lo que ocurre con entes públicos económicos.

Criterio del servicio público. Las personas jurídicas públicas tendrán a su cargo la prestación de un servicio público. Este punto de vista es inaceptable, pues actualmente debido a una verdadera falla del sistemática jurídica, suele atribuírsele carácter de “entidad autárquica”, vale decir de persona jurídica pública estatal, a entidad cuya actividad nada tiene que ver con el servicio

¹⁴⁶ Enrique Silva Cimma et.al., *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Tomo II, (Chile: Editorial Jurídica de, 1996), 149 y 150

público stricto sensu, ya que se trata de una actividad típicamente comercial o industrial; es lo que ocurre con ciertos “sectores del estado”. Todo ello sin perjuicio de las controversias existentes acerca de lo que ha de entenderse por servicio público:

Fin público. Según este punto de vista serían personas jurídicas de derecho público las destinadas a satisfacer intereses públicos, coincidentes con los fines esenciales del Estado y que este considere como “suyos propios”. Según estos serían entes públicos los que cumplen con un fin colectivo de interés general, en común con el Estado, y que al mismo tiempo cumplen un fin propio. En lo atinente al expresado fin colectivo de interés general, en común con el Estado.¹⁴⁷

Pero considerando que, en definitiva, es la Administración Pública la titular de esa competencia especial ejercida excepcionalmente por los establecimientos o personas denominados de “interés público” o de “interés colectivo”.

Se ha sostenido que estos colaboradores de la administración pública no pueden ser considerados como personas públicas, sino como personas privadas, mientras que otras tratadistas tiene el criterio distinto entre entidades públicas y privadas el “finalístico”, sostiene que, en estos supuestos, por el “fin” perseguido, estamos en presencia de personas jurídico públicas. Siguen en pie, pues las dificultades para desentrañar el carácter público del ente.

¹⁴⁷ Silva, *Derecho Administrativo chileno y comparad*, 151.

3.5. El Estado y la administración pública

Cuando se hace referencia a la personalidad en el derecho administrativo se alude al “Estado” y a la “administración pública”, considerada esta en sentido lato. Desde luego el “administrado” puede ser, y generalmente es, uno de los sujetos de la relación jurídico administrativa. Pero el particular o administrado por principio y salvo expresa excepción o exigencia legal, concurre al campo del derecho administrativo para actuar en él con el “status” que la reconoce o asigna el derecho privado. La originaria y específica personalidad para actuar en el campo del derecho privado no obsta para que, ocasionalmente, despliegue su capacidad en el campo del derecho público, del mismo modo que la originaria o específica capacidad de las entidades públicas para actuar en él la esfera del derecho privado¹⁴⁸

La personalidad de la administración pública depende del punto de vista desde el cual se la analiza. Considerada como uno de los órganos esenciales del estado, vale decir, como integrante del “poder ejecutivo” la administración carece de personalidad; en ese ámbito la personalidad no le incumbe a la administración ni a alguna de los otros poderes (legislativo y judicial), sino al Estado. Personalidad de la administración va subsumida en la del “Estado”. Tratase de la administración centralizada o general.

La administración meramente descentralizada (descentralización burocrática) carece así mismo de personalidad se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la administración general, pero que no se apegan originariamente de esta: la separación es meramente funcional; más aún desde este punto de vista tratase de una separación “relativa”.

¹⁴⁸ Fernando de Velazco Calvo. “Resumen de Derecho Administrativo” Tomo 1, (España:editorial española), 125.

Algo similar cuadra decir acerca de los poderes “legislativo” “judicial”. Ninguno de ellos tiene personalidad jurídica. No obstante como la Corte Suprema de Justicia, dentro del poder judicial, como las cámaras de lo civil, dentro del poder legislativo se suelen celebrar contratos con terceros, de índole y fines estrictamente administrativos, ya sea de compraventa de suministros, de localización etc. No existe texto constitucional alguno que faculte expresamente tales contratos es posible, admitir que la facultad de celebrar contratos directa e inmediatamente vinculados al funcionamiento de cada uno de esos poderes legislativo, ejecutivo y judicial surja de la atribución constitucional que cada uno de ellos, tiene para dictar su reglamento interno; y en cuanto a dichos contratos “exclusivamente” a facilitar el desenvolvimiento del respectivo poder¹⁴⁹.

El Estado a través de la Corte Suprema de Justicia celebra contratos para la impresión y distribución de sus fallos. Pero es evidente que tales contratos, aunque parezcan directamente celebrados por el Estado, son celebrados por ellas no en nombre propio, sino en nombre de la nación, ya que al celebrarlos ejecutan facultades que se deducen de la constitución. Exactamente lo mismo ocurriría con un contrato de suministros, por ejemplo, celebrado por el Poder Ejecutivo, tiende a facilitar el cumplimiento de la tarea administrativa aunque el contrato aparezca celebrado por el poder ejecutivo, lo ha sido en nombre de la nación. De modo que, en el supuesto de controversias originadas por los contratos en referencia, la eventual demanda judicial debe ser promovida por la Nación contra Nación, ya que la personalidad jurídica le corresponde a esta, al Estado, considerado como unidad, y no aisladamente a cada uno de los poderes que integran al gobierno.

¹⁴⁹ *Ibíd.* 178. El principio de “la legalidad” en la Administración no solo requiere que esta quede sometida a las normas que le sean impuestas (reglas “exteriores”, o leyes “formales”) sino también a las reglas que ella misma se imponga; verbigracia, “reglamentos”.

3.5.1. Límites de la administración, en el ejercicio de su actividad

La Administración, no se desenvuelve con libertad absoluta, vale decir con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario, debe desenvolverse con “sujeción” al ordenamiento jurídico. La actividad de la administración esta, entonces, “limitada”. Es esa la consecuencia primaria que en este orden de cosas deriva del Estado de Derecho .

Los “límites” puestos a la actividad de la administración pueden hallarse establecidos en “interés privado” (de los Administrados) o en “interés público”. A su vez, los límites establecidos en “interés público” pueden resultar, según se trate de actividad reglada o de actividad discrecional, de normas jurídicas leyes materiales y formales, o de normas no jurídicas (estas corresponden a datos que, en la especie concreta, se vinculan exigencias de la técnica o de la política, y que representan el “merito”, “oportunidad” o “conveniencia” del acto; el comportamiento o la actitud de la administración deben a acomodarse dichos datos)¹⁵⁰ vale decir, cuando aquí se habla de límites impuestos por normas jurídicas y por normas no jurídicas, se requiere establecer la diferencia entre límites resultantes de normas o criterios no legislativos; estos últimos están constituidos por los expresados datos revelados por la técnica o la política en relación al caso que se considere. Por supuesto, el comportamiento o actitud de la administración basados en dichos datos ha de tener un substrato totalmente “jurídico”, por más que no reposen en una norma legislativa “expresa”¹⁵¹

Se ha dicho además, que el principio de legalidad también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener

¹⁵⁰ Ernst Forsthoﬀ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*,(Alemania, 1958) 89.

cuenta, en su acción, el interés público: es esta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto, incurriéndose, por ejemplo, en “desviación de poder”, que es una de las formas en que se concreta la “ilegitimidad”. Ciertamente, el principio de la legalidad a que debe atenerse la administración no excluye la posibilidad de que, en circunstancias “excepcionales”, dicho principio sea soslayado y se adopten válidamente resoluciones “contra legem”; reglamentos de necesidad y urgencia. Pero esto es verdaderamente “excepcional” y requiere la concurrencia de circunstancias especiales.

CAPITULO IV

MARCO LEGAL Y DERECHO COMPARADO SOBRE LA CONCILIACION

La Legislación Salvadoreña contempla, la figura de la conciliación en las diferentes ramas del derecho, brindando de esta manera la oportunidad a las partes de solucionar sus conflictos de una manera no litigiosa, aun cuando ya se haya comenzado un proceso.

Ahora bien, esta forma de solución no ha tenido el suficiente desarrollo que le permita su plena vigencia práctica, no obstante las ventajas que presenta, entre las cuales se puede mencionar: la celeridad, la disminución del costo económico y emocional, la instauración de la cultura del diálogo y el abandono de la cultura del litigio, etc. Por todo esto se vuelve necesario que esta figura sea retomada de manera que permita resolver los conflictos en un menor tiempo y con un menor costo que los procesos judiciales.

El propósito del presente capítulo es abordar la legislación que ampara la conciliación en nuestro país, además en el derecho comparado se estudiara la legislación en algunos países que permiten la conciliación entre El Estado y un particular.

4.1. Ley primaria que regula la figura de la conciliación

Así, es que el Art. 49 Inc. 2°. C.N¹⁵². Se establece: "El Estado tiene la obligación de promover la Conciliación y el Arbitraje, de manera que

¹⁵² Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo. Podrán establecerse juntas administrativas especiales de conciliación y arbitraje, para la solución de conflictos colectivos de carácter económico o de intereses", el constituyente ha querido con esta disposición sentar las bases para la solución en forma rápida de los conflictos que se generen en ocasión de una relación jurídico laboral entre patrono y trabajador.

En el Artículo 23 C.N. se consagra el derecho que tiene toda persona, sin ninguna incapacidad legal y que tenga la libre administración de sus bienes, de ponerle fin a los asuntos civiles y comerciales por transacción o arbitramento.

Se considera que es lamentable, siendo la Conciliación una Institución que por años ha sido eficaz para solucionar los problemas de la Sociedad Salvadoreña, no se ha generalizado su aplicación cuando es un tercero ó particular quien quiere conciliar con el Estado, lo que haría más viable, la solución de los problemas que se presentan en los Tribunales de Justicia.

4.1.1. Convenios y Tratados Internacionales que regulan la figura de la conciliación

El Salvador, como parte integrante de un todo, no puede quedar al margen de los cambios que a diario se suscitan, ello como producto de la evolución histórica de la sociedad, en tal sentido, la sociedad salvadoreña ha experimentado radicales cambios, los cuales se reflejan en la legislación que tenemos. Siendo así que la Constitución de la República ha incorporado en su texto, dándoles supremacía inclusive, sobre las leyes de la República, los Tratados y Convenios Internacionales.

4.1.2. La conciliación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en New York 1,976.

En su artículo 42¹⁵³, si Un asunto no se resuelve a satisfacción de los estados partes. Intervalos el comité con el previo consentimiento de los estados partes intervalos, podrá designar una comisión especial de conciliación, donde se formará una comisión con el fin de llegar a una solución amistosa”.

Los miembros de la comisión ejercerán sus funciones a título, personal. Y si se alcanza a una solución amistosa el asunto basado en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente pacto.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos parte de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, y tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia, y sus derechos iguales inalienables.

4.1.3. La conciliación en el código procesal civil y mercantil

La conciliación su desarrollo más notable lo ha tenido en materia de procedimientos Civiles¹⁵⁴, así tenemos que en el Código Procesal Civil y Mercantilen el Artículo 164¹⁵⁵, trata a la figura de la Conciliación como un acto preparatorio, que tiene su momento oportuno en la audiencia

¹⁵³ Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, (Aprobado el 16 de diciembre de 1966, Ratificado por El Salvador , D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de1979, D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979).

¹⁵⁴ Código Procesal Civil Y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa, D.C. No. 712, del 18 de Septiembre del año 2008, D.O. No.224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008).

¹⁵⁵ Código Procesal Civil Y Mercantil, Art. 246

preparatoria con el fin de evitar la continuación innecesaria del proceso.

En el Artículo que sigue, del mismo cuerpo de leyes, se refiere a la voluntariedad de dicho acto, una vez abierta la audiencia preparatoria el juez instara a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en este proceso.

De la misma forma en audiencia pública también el juez intentara que las partes lleguen a un arreglo que pueda evitar la prosecución del proceso según lo cita el artículo 426 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En el Artículo 246 del mismo cuerpo de ley, se refiere a la voluntariedad de dicho acto, o sea que el actor tiene la opción de ocurrir primeramente a ese acto o no antes de promover un proceso, y con el objeto de evitarlo, las partes podrán intentar la conciliación¹⁵⁶.

Sin embargo, en el artículo 247 del mismo cuerpo legal regula las materias excluidas de la conciliación, y en su ordinal número uno prohíbe expresamente al estado conciliar “los procesos en que estén interesados el Estado y las demás administraciones públicas, así como corporaciones o instituciones de igual naturaleza. También quedan exceptuados aquellos procesos en los que, siendo parte el Estado intervenga junto a estas personas privadas, como parte principal o coadyuvante” siendo así una contradicción con el artículo 426 del mismo cuerpo legal que como ya lo hemos dicho “el juez, constituido en audiencia pública, intentara que las partes lleguen a un arreglo que pueda evitar la prosecución del proceso”, contradicción ya que en un artículo manda a conciliar pero sin embargo en el art. 247 es prohibición cuando el estado es parte.

Código Procesal Civil Y Mercantil, art. 246

4.1.4. Según nuestra legislación

Mediante una solicitud: según el Artículo Art. 248¹⁵⁷ La conciliación se pedirá mediante solicitud escrita dirigida al juez competente, en la que se harán constar los siguientes extremos: Los datos personales del solicitante y de los demás interesados, así como sus domicilios respectivos, Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su petición y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza, Fecha y firma.

A la solicitud se acompañarán los documentos en que el solicitante estime fundado su derecho. Tanto del original como de los documentos que se acompañen se entregarán tantas copias como partes interesadas haya, más una. Plazo para la audiencia: según el artículo Art. 250 inc. Segundo entre la citación y la audiencia deberán mediar al menos veinticuatro horas, término que podrá ser reducido por el Juez si hubiese causa justa para ello.

Puede ser oral o escrita: según el Artículo 250 que se lee anterior mente, donde se citan los requisitos de forma escrita, y el Artículo 293 en relación a la forma oral, Abierta la audiencia preparatoria, el juez instará a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso.

La garantía de los principios y derechos procesales: Artículo 294 Si las partes logran una transacción, ésta requerirá de homologación judicial. A tal fin, el juez examinará el contenido del acuerdo adoptado por las partes, debiendo comprobar que lo convenido no implica fraude de ley o abuso de derecho, ni versa sobre derechos indisponibles, ni tampoco compromete el interés

¹⁵⁷ Código Procesal Civil Y Mercantil, art. 248.

público o el de menores, o se realiza en perjuicio de tercero. En estos casos, no habrá lugar a la homologación.

Se tendrá como título Ejecutivo: según Artículo 295.- Lo convenido en conciliación o transacción en la audiencia preparatoria, una vez aprobado homologado judicialmente, tendrá en su caso la consideración de título de ejecución y podrá llevarse a efecto por los trámites de ejecución de sentencias regulados en este código.

4.2. Viabilidad de la conciliación entre el estado y un particular

Se ha observado que la institución objeto de estudio es, por demás, una de las que a través del tiempo ha servido para solucionar los problemas de la humanidad, sin tener que recurrir a la judicialización de los mismos, ha bastado la credibilidad que ha generado para que se recurra a ella, entonces, partiendo de esta situación, no hay motivo ni razón para pensar que por la relativa "antigüedad" su aplicación esté en decadencia, todo lo contrario, tiene mucha actualidad porque permite a las partes resolver un conflicto de interés, ya sea en procesos del orden civil o penal, en donde, si bien es cierto, en materia procesal Civil y Mercantil el artículo 426 manda a conciliar se entiende que es permitido cuando ambas partes son personas naturales o jurídicas¹⁵⁸..

pero cuando es el Estado una de las partes involucrada como demandante o demandado esta facultad de la figura de la conciliación cambia drásticamente pues está expresamente la prohibición de que el Estado llegue a una conciliación con un tercero particular sea esta persona natural o jurídica,

¹⁵⁸ Sibrian, "*Eficacia de la Conciliación*", 21.

pues así lo prohíbe el artículo 247 Ord. 1, puesto que no hay igualdad entre el Estado que es el pretensor y el tercero particular, pero si hay un sujeto activo y uno pasivo, que por la general este último lo único que desea es llegar a un acuerdo que logre poner fin a un litigio, pero debido a la no viabilidad de la conciliación en la legislación actual, lo único que se impone el pago total de la deuda

Ante esta situación importante y dado el número cada vez mayor de procesos civiles que se inician, los tribunales de la República en los que el estado está involucrado como parte procesal versus otra persona ya sea esta natural o jurídica, dadas estas circunstancias se hace necesario la implementación de una medida alternativa como la conciliación, lo cual conllevaría la solución inmediata de tales problemas, contribuyendo con la armonía y paz social, con una mejor, pronta y cumplida justicia. Por otra parte, es bueno hacer notar que El Salvador está inmerso en el proceso del cambio social, el cual es natural en toda sociedad, consecuentemente, ya se está viendo como hoy en día tenemos en vigencia un nuevo código Procesal Civil y Mercantil que introduce novedosas variantes para el Sistema Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.

4.3. Ventajas al permitirse la conciliación del Estado entre los particulares

Son muchas las ventajas que podemos encontrar utilizando la figura de la conciliación, según algunos autores.

En cuanto al proceso, pues al conciliar se acortaría el mismo, Solamente bastara, que una de las partes la solicite la figura de la conciliación, o abierta

la audiencia, el juez instará a las partes a llegar a un acuerdo con relación a la pretensión deducida, sin requerir mayor Formalidad.¹⁵⁹

La conciliación establecería una mayor flexibilidad para tramitarla de forma oral, o escrita.

Se Respetarían los Principios, Derechos y Valores Procesales, ya que en ningún momento se pretende prejuzgar el contenido de la eventual sentencia.

La homologación judicial que tiene que realizar el juez, tendrá que ser de manera que no realice diferencias preferenciales con el Estado es decir que se trate al Estado igualitariamente con el particular.

El Juez encargado de la ventilación de la Conciliación deberá realizar en un corto tiempo el trámite no debiendo retrasar el mismo por el solo hecho de tener al Estado como parte procesal y debiendo realizarse con imparcialidad.

Previene futuros litigios; ya que evita que la labor jurisdiccional se vea congestionada.

Simplificación del trámite, siendo breve y sencillo durante las diligencias. Cuando se utiliza la figura de la conciliación se tiene un título de ejecución¹⁶⁰

4.4. Desventajas de no poder conciliar cuando el Estado es parte

¹⁵⁹ Juan Gabriel López Quijano, *La conciliación como forma excepcional o anormal de concluir el proceso*, (El salvador: Universidad Francisco Gavidia, 2003), 29.

¹⁶⁰ Echandia, *Teoría General del Proceso*, 65.

La Incredibilidad que se genera para una de las partes en cuanto al juez ya que al instarlas a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida se aparenta el beneficio al estado por su jerarquía ante el particular.

La no satisfacción completa de la contraparte ya que pueda que la cantidad o situación conciliable sea inferior a lo que podría obtenerse al momento de la sentencia.

En cuanto a la economía procesal por ser un proceso engorroso y dilatorio ante la instancia correspondiente, no quedando otra alternativa sino llevar el proceso completo.

4.5. Principales obstáculos para la implementación de la conciliación entre el Estado y un particular

La conciliación desde tiempos históricos, ha tenido un papel preponderante en la solución de diferencias que surgen de las relaciones que a diario se suscitan entre las personas, no obstante, hasta hace muy poco tiempo se le ha reconocido su verdadero rol, y en ese sentido se ha implementado en aquellas áreas que no son exclusividad del Derecho Civil, así tenemos que hoy en día se remiten el Derecho Laboral, Derecho Mercantil, Derecho Procesal de Familia, en materia de Tránsito, y más recientemente se incluye en la ley contra la Violencia Intrafamiliar¹⁶¹. Uno de los factores que influyen en forma negativa en la aplicación de la Conciliación entre el estado y un particular es la soberanía que tiene el estado frente a un particular puesto que el estado tiene poder supremo en cuanto a la facultad que posee cada

¹⁶¹ Sibrian, “Eficacia de la Conciliación”, 25.

estado de ejercer el poder sobre su sistema de gobierno, su territorio y su población

Otro factor es la falta de una regulación expresa en nuestra Constitución Salvadoreña que trate de la conciliación en materia Procesal Civil y Mercantil lo cual naturalmente es una limitante para el legislador; así mismo, es de tener en cuenta que no hay una actitud por parte de los juzgadores que le facilite a las partes la solución al problema que les aqueja.

Se tienen casos en los cuales las personas particulares quieren conciliar con el estado con la intención de arreglar la situación, siendo el caso que por no estar contemplado en la normativa jurídica, al Juez no le queda otra alternativa que darle trámite al proceso correspondiente, aunque la voluntad de las partes intervinientes sea llegar a un acuerdo conciliatorio.

Esa situación en sí, se convierte en una limitante real para buscar la convivencia social, inspirado en la ley del más fuerte, ya que demuestra la debilidad de la otra parte, en donde sí se recibe un perjuicio en un bien jurídico hay que hacerlo reivindicar a como dé lugar, no importa que la reparación del mismo tenga consecuencias mayores que involucran a más personas, y realmente ya no interesa la reparación del daño recibido, pues éste queda inmerso en la problemática mayor generada a raíz del mismo.

Para lograr una convivencia en paz y armónica, es conveniente sujetarse a las normas jurídicas previamente establecidas, pero también tomar en consideración que si alguno de los miembros de la sociedad violenta una o más normas, como humano y por el hecho mismo de ser parte de esa sociedad, tiene derecho a que se le brinde una oportunidad para reivindicarse, siendo una de las formas, que de alguna manera se le permita

conciliar con el estado, ya sea en lo económico o con la entrega de otro equiparable al dañado o destruido, lo cual tiene que ser a voluntad de ambas partes y jamás como una imposición de ninguna persona o autoridad¹⁶².

4.6. Derecho comparado

4.6.1. La figura de la conciliación en Colombia

La conciliación en Colombia es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual dos o más personas gestionan la solución directa de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado (diferente al juez) denominado conciliador.¹⁶³

4.6.1.1. Fundamentos de la conciliación en Colombia

A la figura de la conciliación, algunos la califican como principio y otros como regla técnica, y sea lo uno o lo otro, lo cierto es que ella no es cosa distinta a una transacción asistida por un tercero calificado llamado conciliador, al paso que la transacción a secas supone la terminación extrajudicial de un litigio pendiente o que se evite uno eventual, directamente por las partes, con efectos de cosa juzgada. Transigir, y por tanto conciliar, nos coloca en el terreno de las concesiones mutuas y no en la simple renuncia de derechos. Por ser ese su talante, la relación de los términos, de género a especie, es que resulta importante el estudio minucioso de la transacción comprendida en el Código Civil Colombiano, artículos 2469 a 2487, con las interpretaciones jurisprudenciales más autorizadas en la materia

¹⁶² *Ibíd.* 27 y 28.

¹⁶³ Hernán Fabio López Blanco, *Procesamiento civil. Parte general*. 6ª ed. (Colombia: Bogotá, Dupré Editores, 2002), 565 - 578.

A pesar de la antigüedad de la institución conciliatoria pues en Colombia viene desde la ley del 13 de mayo de 1825 del Libertador, en el derecho administrativo es bastante reciente su aplicación, ya que fue a penas introducida por la ley 23 de 1991, con mucha timidez, dada la naturaleza de su campo jurídico.

Más tarde se dictaron otras disposiciones para reglamentarla, entre las más sobresalientes tenemos: Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Decreto 2511 de 1998 y Ley 640 de 2001.

La conciliación como método alternativo de solución de conflictos no se había permitido para el Estado, en la creencia que él actuaba como príncipe, y no tenía por qué igualarse con los particulares, y, en efecto, ordenaba y se hacía obedecer aun contra la voluntad de los asociados, situación que hizo crisis con las modernas tendencias de la responsabilidad estatal, en el entendido que se responde por el daño, independientemente de quien lo ocasione, eso sí respetando la orientación o escuela de responsabilidad integral y en equidad, con fundamento en actos, contratos, hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupaciones temporales o definitivas de inmuebles por causa de obras públicas o por cualquier otra causa.

Lo cierto es que ya en Colombia el Estado responde en pie de igualdad con los particulares que a diferencia de nuestro país El Salvador siempre el estado está en una posición jerárquica frente a todas las personas, previsión hecha en el artículo 90 de la Constitución Política cuando indica: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de la autoridades públicas”, norma que consagra el principio de la integridad del patrimonio de los

administrados.¹⁶⁴ Entonces, quien causa un daño lo indemniza, trátase del Estado o de un particular, observando la plenitud del principio del debido proceso, la noción del daño resarcible y las causales eximentes de responsabilidad.

Se pensó en un comienzo que se consagraba así la responsabilidad objetiva: “No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración”. Con todo, en la actualidad la jurisprudencia tiene definido que la responsabilidad subjetiva es la consagrada realmente en la Constitución Política, y que la objetiva es subsidiaria y sólo para eventos taxativamente señaladas.

Admitida como en efecto está, la figura conciliatoria dentro del campo que nos ocupa participa de las mismas características generales que operan en las demás áreas; esto es, que recae sobre asuntos transigibles, no puede violar normas de orden público ni las buenas costumbres, y logrado el acuerdo mediante acta, surte efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

La conciliación engloba, como es lógico, los elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio jurídico¹⁶⁵, porque ella misma constituye vía comercial, toda vez que al acuerdo se llega libremente, siendo obligatorio sólo el trámite, cuando la ley lo impone, saltando a la vista, en consecuencia, que

¹⁶⁴ Rodrigo Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, (Colombia: Bogotá, Edit. Legis, 2003), 228.

¹⁶⁵ Fernando Hinestrosa. *Escritos varios*, (Colombia: Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983), 365 - 389.

se trata de la disposición de intereses, las más de las veces particulares y patrimoniales, con relevancia jurídica, para ponerle fin a un diferendo. Conciliar, por tanto, es negociar, lo que nos lleva a que miremos igualmente los esquemas de la existencia, validez¹⁶⁶ y eficacia de ella, a la luz de la misma concepción dispositiva y declarativa. Celebrada una conciliación, sin importar el campo donde nos encontremos, preguntaremos: ¿existe?, ¿adolece de nulidad?, ¿es eficaz, inicial y finalmente? Si las respuestas son positivas, salvo por nulidad, entonces presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada, sin prejuicios de las excepciones de fondo ante un eventual proceso judicial.

Vale observar que el Ministerio de Justicia y del Derecho estableció que “el servicio de los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho sólo se presentará a personas de escasos recursos económicos y por ello, con el fin de darles trámite a las solicitudes de conciliación, estos centros deberán verificar la capacidad económica del usuario. En consecuencia, los centros de conciliación de las universidades con facultades de derecho únicamente colaborarán con el servicio de la conciliación cuando realmente las partes carezcan de respaldo económico para atender su necesidad en otros centros de conciliación, en los cuales el servicio es oneroso.

En otras palabras, la competencia de los centros de conciliación de las facultades de derecho es residual, sólo en defecto de que los usuarios no puedan acudir a otros, y presupone gentes materialmente limitadas en sus recursos económicos. Como la ley lo indica, los consultorios jurídicos de las universidades son para personas con restricciones económicas. Igual criterio

¹⁶⁶ Hinestrosa. *Escritos varios*, 879 - 882.

debe seguirse en la Procuraduría para los negocios civiles, comerciales y de familia, para evitar inclusive congestiones indebidas, en mengua función disciplinaria que le compete.

Las gentes normalmente hacen cuantas irreales con los pleitos que inician, esperando reparaciones fuera de los común, y la sorpresa se tiene cuando adviene sentencia en contra, por cualquier razón¹⁶⁷. Fundamento suficiente para que en atención a esa incertidumbre las partes tomen conciencia y procuren la solución directa o con intervención del tercero, acogiendo el adagio popular, según el cual “más vale un mal arreglo que un buen pleito”. Otros, para significar lo mismo dirán: “más vale pájaro en mano que cientos volando”. Expresiones de pueblo, que mucho enseñan al campo jurídico, y que pueden, en un momento dado, llevar al arreglo conciliatorio. Sin embargo, frente al Estado esto no es tan contundente ni decisivo, por la especialidad de la materia que lleva a exigencias infranqueables para la celebración del negocio jurídico conciliatorio.

4.6.1.2. Requisitos de procedibilidad

Como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial sólo se empezará a exigir cuando el Ministerio del Interior y de Justicia expida la resolución que así lo indique, como lo señala el artículo 42 de la Ley 640 de 2001. Es decir, que por ahora tenemos la ley que regula integralmente la materia de la conciliación extrajudicial, en todas las áreas, incluida la administrativa, empero como requisito obligatorio previo al proceso en ésta aún no se exige, por cuanto el Ministerio no lo ha ordenado, atendiendo los criterios del citado artículo 42, punto que no es óbice para acudir a ella como efectivamente se

¹⁶⁷ Ibíd. 673 - 711.

viene haciendo, de manera facultativa. Este Ministerio dictó las Resoluciones 198 y 841, de 2002, que estatuyen la entrada en vigor del requisito de procedibilidad en las jurisdicciones civiles (también la comercial) y de familia.

La conciliación prejudicial en derecho privado opera para los procesos ordinarios, abreviados y algunos de familia, salvo norma en contrario, y de modo voluntario para el resto de trámites procesales, siempre que las pretensiones sean transigibles y no se vulneren normas de orden público o las buenas costumbres, incluida lógicamente, la jurisdicción agraria¹⁶⁸.

El requisito prejudicial de procedibilidad en el derecho administrativo, se debe reevaluar para no condicionar su entrada en vigencia, tal como está en el artículo 42 de la Ley 640, es decir, si se cumple el 2% de conciliadores capacitados, porcentaje deducido del total de expedientes anuales que sobre la materia ingresen a cada distrito judicial. Ello no debe ser así, porque el 2% en los términos de la ley no se cumplirá, si tenemos en cuenta que los únicos conciliadores en Colombia son los procuradores judiciales administrativos, que no superan los sesenta en todo el país.

Cosa distinta sería que para ese porcentaje se incluyera a los conciliadores de los centros de conciliación, como lo preveía el artículo original 23 de esta ley, pero que luego fue declarado inconstitucional en el entendido de que la función conciliadora no podía ser permanente, calificativo que de ser válido universalmente nos dejaría sin piso todo el andamiaje de la figura. Cambiando los hechos cambia el derecho, como ocurrió con el artículo comentado, lo que nos lleva a que acudamos a los principios constitucionales tales como tutela judicial efectiva del derecho sustancial, igualdad, acceso a

¹⁶⁸ Hineyrosa. *Escritos varios*, 720.

la administración de justicia, eficacia de la justicia¹⁶⁹, etc., para de todos modos dictar la resolución y exigir el requisito de procedibilidad extrajudicial. Si dentro de ese inicial 2% se incluyó a los conciliadores de los centros de conciliación, que luego desaparecieron por decisión de la Corte Constitucional, ¿cómo es que se le siga incluyendo para exigir dicho requisito? Aquí el panorama es totalmente diferente al del derecho privado. Tal porcentaje en la actualidad ya no debe ser punto de referencia, y en todo caso ha de prevalecer la materia sobre la formalidad de la estadística, el derecho sustancial sobre la tramitología.

Desde otro ángulo, la conciliación extrajudicial, en materia de derecho civil, comercial y de familia, se adelanta antes los conciliadores de los centros de conciliación, los notarios, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, comisarios de familia, la Procuraduría General de la Nación, y la falta de todos ellos, en el respectivo municipio, podrá ser adelantada por los personeros y los jueces civiles o promiscuos municipales¹⁷⁰. Del mismo modo, en muchas ciudades puede ser conocida por los jueces de paz y las casas de justicia, que han, venido cobrando cada vez mayor importancia. También algunas Superintendencias están autorizadas para lo mismo. Aspecto bien diferente a lo acontecido en el derecho administrativo, como se acaba de resaltar, en atención a que la competencia, por ahora, se radica en cabeza del Ministerio Público.

4.6.1.3. La Conciliación como administración de justicia

La conciliación es justicia auto compositiva, mediante la cual las partes

¹⁶⁹ José Fernando Ramírez Gómez. *Principios constitucionales del derecho procesal*, (Señal Editora, 1999), 132 - 229.

¹⁷⁰ Hineyrosa. *Escritos varios*, 725.

ponen fin total o parcialmente a sus diferencias, con la ayuda del conciliador oficial o privado, firmando un acta de sentencia judicial, y constituyendo título ejecutivo.

La Constitución Política le ha querido dar ese carácter al método alternativo evaluado, con el ánimo de no seguir recargando la administración de justicia tradicional, la que ha hecho crisis por la congestión patológica, que sacrifica el derecho a la pronta y cumplida justicia. La conciliación, es verdadera función jurisdiccional, pues no otra cosa es lo que dice el artículo 116 de la C. P.: "...los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para preferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Función de administrar justicia, y ¿cómo hacen los particulares? Algunas formas son la de la conciliación y el arbitraje. Entonces no se puede dudar que la conciliación también está dentro del esquema de la justicia del país, sólo que delegada por el Estado, limitada en el tiempo y en la materia, siempre sometida en un todo al ordenamiento jurídico que nos rige.

Todo esto es la conciliación en derecho¹⁷¹. Obviamente que del mismo modo se permite la conciliación en equidad, que no tiene como punto de referencia al derecho sino la conciencia, los principios de sana convivencia, las máximas de experiencia, la ciencia, la técnica, los valores sociales, la verdad, la cultura, en una palabra, se repite la "equidad", que no significa arbitrariedad, sino bondad en aras de la paz social. La Constitución Política dejó la reglamentación de la conciliación y demás métodos alternos de solución de conflictos a la ley, en consecuencia, ésta se ha encargado de

¹⁷¹ Juan Ángel Palacio Hincapie, *La conciliación en materia contencioso administrativa*, (Colombia: Medellín, Edit. Librería Jurídica Sánchez, 2001).

hacerla, siendo la última de las dictadas la 640 de 2001.

Ya el artículo 13 numeral 3 de la Ley 270 de 1996, sobre la función de administrar justicia, había dicho que también los particulares estaban investidos para hacerlo, ya como conciliadores ora como árbitros: “Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción”

Algún sector de la doctrina ha querido negarle la función jurisdiccional a la conciliación, asunto no aceptable, de acuerdo con lo explicado. Lo que no se puede confundir es con su modalidad extrajudicial, pues las partes son sus propios jueces en colaboración del conciliador, empero que del mismo modo puede ser frente a un juez, en las etapas procesales en que se permite por la ley. “La conciliación es como la califica la ley: un sistema jurisdiccional de solución de conflictos”¹⁷².

4.6.1.4. La Corte Constitucional señaló como indiscutibles características:

1. La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia.
2. La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo.
3. Es una forma de resolver conflictos con la intervención de un tercero, La conciliación extrajudicial constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal.

¹⁷² Edgardo Villamil Portilla. *Teoría constitucional del proceso*, (Colombia: Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999), 282.

4. La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional porque el conciliador (agente del Ministerio Público), no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; sin embargo, el acuerdo conciliatorio requiere aprobación judicial.

5. La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico.

6. La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador.

7. La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria. c) Finalmente, por definición, la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos¹⁷³”

4.6.1.5. La Conciliación Extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo.

Es un mecanismo de solución de los conflictos entre los particulares y el Estado, la cual debe, obligatoriamente, adelantarse ante un agente del Ministerio Público como requisito de procedibilidad, antes de presentar una demanda de nulidad y restablecimiento, de reparación directa o sobre controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en asuntos de naturaleza conciliable.

¹⁷³ Villamil, *Teoría constitucional del proceso*, 2284.

En este sentido el requisito de procesabilidad para poder acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo significa que Toda persona natural o jurídica (pública o privada) que con ocasión de la expedición de un acto administrativo particular o de la ocurrencia de un daño antijurídico derivado de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de un contrato estatal o como consecuencia de un hecho, una omisión ó una operación administrativa, considere que le han causado un detrimento en su patrimonio, debe intentar, obligatoriamente, la celebración de un acuerdo conciliatorio de las controversias existentes con las entidades u organismos de derecho público o con el particular, (qué ejerza funciones públicas) antes de presentar la respectiva demanda encaminada a obtener una pretensión económica¹⁷⁴.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo o cuando vencido el término previsto, es decir, 3 meses contados a partir de la presentación de la solicitud, la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento, se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

4.6.1.6. Tramite de la conciliación extrajudicial

La solicitud puede presentarse individual o de manera conjunta por los interesados, que bien pueden ser personas naturales o personas jurídicas públicas o privadas. Dicha solicitud de conciliación debe dirigirse a los procuradores judiciales que desempeñan sus funciones de intervención ante

¹⁷⁴ Procuraduría General De La Nación De Colombia, “Conciliar Antes de Demandar”, Conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo, (Colombia, 2010), 7 - 8.

los jueces o tribunales administrativos competentes para aprobar la respectiva conciliación. En las ciudades donde exista más de un procurador judicial para asuntos administrativos, el asunto se someterá a reparto. Si la controversia es de competencia del Consejo de Estado en única instancia, el trámite conciliatorio estará a cargo del procurador delegado que actúe ante la sección competente para conocer del asunto.

En aras de la protección de los derechos de las personas involucradas en el conflicto la ley establece que en la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, las partes deben estar representadas por abogado, quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación¹⁷⁵.

4.6.1.7. Requisitos de la solicitud de conciliación extrajudicial

- a. La designación del funcionario a quien se dirige
- b. La individualización de las partes y de sus represen antes si fuere el caso;
- c. Las diferencias que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;
- d. La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;
- e. La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, a través del acto expreso o presunto, cuando ello fuere necesario;
- f. La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;
- g. La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;
- h. La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, y
- i. La firma del solicitante o solicitantes.

¹⁷⁵ Procuraduría General De La Nación De Colombia, “Conciliar Antes de Demandar”, 9-10.

j. La copia llevada a la convocada con el sello de recibido.

En el caso que falte alguno de estos requisitos el agente del Ministerio Público para Asuntos Administrativos informará a los interesados, sobre la falta de alguno de ellos, para que subsane la omisión a más tardar el día de la audiencia.

Si durante el trámite de la audiencia se observa que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta y se devolverán los documentos aportados por los interesados.

La citación a la audiencia la hace el agente del Ministerio Público ante quien se realice el trámite. El agente del Ministerio Público al avocar el conocimiento de la solicitud de conciliación, admitirá el trámite conciliatorio, si está ajustado a derecho y formulará la correspondiente citación.

4.6.1.8. Asuntos susceptibles de conciliación

Las personas jurídicas de derecho público por medio de sus representantes legales o por conducto de apoderado podrán conciliar (extrajudicialmente) total o parcialmente, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85 , 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo¹⁷⁶.

4.6.1.9. Las ventajas de conciliar antes de demandar

¿Qué asuntos no son susceptibles de conciliación? De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 8° de la Ley 640 de 2001, es deber del

¹⁷⁶ Ibíd. 10 -11.

conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los mínimos e intransigibles. De igual forma, no procederá la conciliación cuando haya operado el fenómeno de la caducidad o el acuerdo verse sobre conflictos de carácter tributario. Si la solicitud incluye asuntos conciliables y no conciliables el agente del Ministerio Público expedirá constancia al interesado respecto de los asuntos no conciliables; y respecto de la parte conciliable, el agente del Ministerio Público deberá citar a las partes para realizar la audiencia de conciliación.

4.6.1.10. Desarrollo de la audiencia de conciliación

Fijada la fecha para celebrar la respectiva diligencia y previa citación de los interesados, por parte del agente del Ministerio Público, se lleva a cabo la audiencia de conciliación “bajo la Dirección -personal e indelegable- del Agente del Ministerio Público”, tal como lo consagra en forma perentoria y expresa el Decreto 2511 de 1998, norma que, además, regula el desarrollo de la audiencia en los siguientes términos¹⁷⁷.

a) El agente del Ministerio Público dirigirá libremente el trámite de la conciliación guiado por los principios de imparcialidad, equidad, justicia y legalidad.

b) La intervención activa del Ministerio Público en las conciliaciones extrajudiciales, que le obliga incluso a proponer fórmulas de acuerdo cuando encuentre estructurados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa, así como a solicitar al Comité de Conciliación que reconsidere sus decisiones cuando a ello haya lugar.

¹⁷⁷ Ibíd. 12 -14.

c) El agente del Ministerio Público concederá el uso de la palabra a cada una de las partes por el término que considere necesario, para la debida exposición de los hechos alegados y sus pretensiones.

d) Los interesados justificarán sus posiciones con los medios de prueba que se acompañaron a la solicitud de conciliación o que se presenten en el curso de la audiencia. El agente del Ministerio Público podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.

e) Si los interesados no plantean fórmulas de arreglo, el Agente del Ministerio Público podrá proponer las que considere procedentes para la solución de la controversia, las cuales pueden ser acogidas o no por las partes.

El acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.

Si el acuerdo es parcial se dejará constancia de ello, precisando los puntos que fueron materia de arreglo y aquellos que no lo fueron, advirtiéndole a los interesados su derecho de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para demandar lo que no fue objeto de acuerdo.

Si no se celebrare el acuerdo, el agente del Ministerio Público firmará el acta en la que se manifieste la imposibilidad de acuerdo y devolverá a los interesados la documentación aportada. También en este evento, resulta importante que se deje en el acta expresa constancia del objeto de la solicitud de conciliación, toda vez que solo así el Juez o Corporación podrá

determinar con exactitud si se agotó o no el requisito de procedibilidad respecto de todas las pretensiones.¹⁷⁸

4.7. Fundamentos de la figura de la conciliación en España.

Se Puede decir, que se trata de un medio del intento de solventar los conflictos surgidos inter-partes con intereses contrapuestos, mediante la búsqueda del acuerdo o consenso de las posiciones enconadas de las partes ante un tercero; dicho medio, es alternativo y previo a la interposición de una demanda civil. El acto se resuelve, normalmente, ante un Secretario Judicial o del Juez de Paz competente; no obstante, pueden existir otros medios de conciliación alternativos al judicial; incluso, podría resultar un sustituto a tener en consideración al del escrito inicial que da origen denominado Juicio Monitorio¹⁷⁹. (Arts. 812 y ss., de la LEC 1/2000).

La conciliación, a diferencia de la antigua regulación, actualmente tiene carácter meramente facultativo, pues ya no resulta obligado acudir a ella como paso previo a la interposición de la demanda. Debiendo señalar, la existencia de una serie de supuestos exceptuados de acuerdo al Art. 460, del Real Decreto de 03 de febrero de 1881 (LEC).

4.7.1. Tipos de conciliación

Como se puede deducir de la propia definición, ésta puede ser tanto judicial, cuando se acude a un Juzgado para intentar la búsqueda de un acuerdo que resulte viable a las partes encontradas, respecto al objeto de la disputa o

¹⁷⁸ *Ibíd.* 17-18.

¹⁷⁹ Juan Fernando Ramírez, *Explicaciones practicas sobre diversas materias jurídicas de uso e interés común* (España, 3ª edición, Editorial BB española 2005), 54.

diferencia e igualmente, podemos resolver la cuestión fuera de los juzgados, es lo que denominamos solución extrajudicial. Siendo destacable, que el acto de conciliación puede ser utilizado tanto en los procedimientos de jurisdicción voluntaria como en cualquier otro tipo de juicio; incluso, en los procedimientos de ejecución, pues no existe obstáculo alguno para ello, si las partes así lo decidiesen, mas no es lo habitual.

Considerando la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC),¹⁸⁰ se distinguirá entre los actos de conciliación judicial y los civiles, conciliación previa a la vía procesal (Artículos 460 a 480 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881), y los actos de la conciliación intraprocesal (Artículos 415 y 428.2 de la LEC 1/2000, de 7 de enero), para los procesos declarativos (Art. 248 LEC 1/2000, de 7 de enero: juicios verbal y ordinario).

4.7.2. Ventajas de conciliar

La principal es de carácter económico¹⁸¹, pues no requiere del pago de las tan denotadas tasas judiciales impuestas en su día; tampoco resulta preceptivo estar asistidos de abogado ni procurador; ello, evidentemente, resulta muy ventajoso, para el bolsillo. Así mismo, podemos destacar la brevedad de los plazos de solución y su eficacia, pues aún en el supuesto de no haberse encontrado una solución aceptada por las partes en conflicto, es decir, sin avenencia, el documento del acto nos servirá de prueba documental no impugnabile.

¹⁸⁰ Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, (España: Jefatura de Estado España, BOE- A -2000-323).

¹⁸⁰ Juan Fernando Ramírez, *Explicaciones prácticas*.56

No obstante, conviene aclarar que la acotación del órgano judicial que interviene en la conciliación, lo hace cual mediador; ello, ha permitido derivar la competencia en los actos de conciliación a los Secretarios Judiciales, de acuerdo a lo establecido en La Ley, 19/2003 de 23 de Diciembre,¹⁸² la cual tiene en cuenta las Recomendaciones del Consejo de Europa que propone como remedio para descargar de trabajo a Jueces y Magistrados encomendar a los Secretarios Judiciales aquellas funciones que no sean estrictamente jurisdiccionales.

En definitiva, podemos decir que la conciliación es un acto más eficaz para las partes al depender del acuerdo entre la puesta en común de los deseos de los implicados, mucho más atractivo, por más que sea objetivo, que depender de la solución de un tercero. La conciliación es un acto de consenso entre las partes enfrentadas, con el visto bueno del mediador.

De conformidad a lo establecido en la LEC de 1881, la conciliación se encuentra recogida en el Libro II, Título I, artículos 460 a 480; extractamos dichos preceptos legales: Art. 460¹⁸³: Antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes. Excepciones “numerus clausus”: No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con:

1º Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.

¹⁸² Ley Orgánica 19/2003, España, modificación de la Ley Orgánica 6/1985 Rey de España, de 23 de diciembre 2003).

¹⁸³ Ley 1/2000 De 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, (España: Jefatura de Estado España, BOE- A -2000-323).

2º Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.

3º Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados (Arts. 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y Art. 403 de la LEC. 1/2000, de 7 de enero)

4º En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

Art. 463. Los Juzgados de Primera Instancia o de Paz del domicilio del demandado serán los únicos competentes para que ante ellos se tramiten los actos de conciliación. Si el demandado fuere persona jurídica serán asimismo competentes los del lugar del domicilio del demandante, siempre que en éste radique delegación, sucursal u oficina abierta al público y sin perjuicio de la adecuada competencia que resulte para caso de posterior litigio. En las poblaciones en que hubiere más de un Juez de Primera Instancia la competencia se determinará por reparto.

Art. 464. Si se suscitaren cuestiones de competencia del Juzgado o de recusación del Secretario judicial o del Juez de Paz ante quien se celebre el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites.

Art. 465. El que intente el acto de conciliación presentará solicitud por escrito, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. El demandante podrá igualmente formular su solicitud de conciliación cumplimentando unos

impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el Tribunal correspondiente. La solicitud se presentará con tantas copias como fueren los demandados y una más. Art. 466. El Secretario judicial en el caso de los Juzgados de Primera Instancia o el Juez de Paz en otro caso, en el día en que se presente la solicitud de conciliación o en el siguiente hábil, mandarán citar a las partes, señalando el día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible.

Entre la citación y la comparecencia deberán mediar al menos veinticuatro horas, cuyo término podrá, sin embargo, reducirse si hubiere justas causas para ello. En ningún caso podrá dilatarse por más de ocho días desde que se haya presentado la solicitud de conciliación.

Art. 467¹⁸⁴. El Secretario del Juzgado notificará la diligencia de citación al demandado o demandados de acuerdo con lo previsto generalmente para las notificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero en lugar de la copia de la diligencia le entregará una de las solicitudes que haya presentado el demandante, en la que pondrá una nota el Secretario, expresiva del Juzgado de Primera Instancia o de Paz en el que se vaya a celebrar el acto de conciliación y del día, hora y lugar de la comparecencia. En la solicitud original, que se archivará después, firmará el citado recibo de la copia, o un testigo a su ruego si no supiere o no pudiere firmar.

Art. 468. Los ausentes del pueblo en que se solicite la conciliación, serán llamados por medio de oficio dirigido al Juzgado de Primera Instancia o de Paz del lugar en que residan. Al oficio se acompañarán la solicitud o

¹⁸⁴ *Ibíd.*

solicitudes presentadas por el demandante, que han de ser entregadas a los demandados. El Secretario del Juzgado de Primera Instancia o de Paz del pueblo de la residencia de los demandados cuidará, bajo su responsabilidad, de que la citación se haga en la forma prevenida en los artículos anteriores, el primer día hábil después de aquél en que se haya recibido el oficio, y devolverá esta diligencia en el mismo día de la citación, o lo más tarde en el siguiente. Este oficio se archivará con la solicitud, en los términos que previene el artículo anterior.

Art. 469. Los demandantes y los demandados están obligados a comparecer en el día y hora señalados. Si alguno de ellos no lo hiciere ni manifestare justa causa para no concurrir, se dará el acto por intentado sin efecto, condenándole en las costas.

Art. 471¹⁸⁵. El acto de conciliación se celebrará en la forma siguiente: Comenzará el demandante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en los que la apoye.

Contestará el demandado lo que crea conveniente, y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones. Después de la contestación, podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren, si no hubiere avenencia entre ellos, el Secretario judicial o el Juez de Paz procuraran avenirlos.

Si no pudieren conseguirlo, se dará el acto por terminado sin avenencia. Si las partes alcanzaran la avenencia, el Secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz auto aprobándola y acordando, el archivo de las actuaciones.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

Art. 472. Se extenderá sucintamente el acta de conciliación en un libro que llevará el Secretario del Juzgado. Esta acta será firmada por todos los concurrentes, y por los que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo a su ruego. El acta extendida que refleje lo convenido en el acto de conciliación será firmada por todos los concurrentes

Art. 473. En el libro de qué habla el artículo anterior se hará constar por diligencia, que suscribirán el Juez y los concurrentes, haberse dado por intentado el acto de conciliación a que no hayan concurrido los demandados. Si, siendo varios, concurriese alguno de ellos, se celebrará con él el acto, y se tendrá por intentado sin efecto respecto a los demás.

Art. 474. Se dará certificación al interesado o interesados que la pidieren del acta de conciliación, o de no haber tenido efecto y dándose por intentado, en el caso de no comparecer los demandados o alguno de ellos.

Art. 475. Los gastos que ocasionare el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido; los de las certificaciones, del que las pidiere.

Art. 476. A los efectos previstos en el artículo 517. 2. 9^o¹⁸⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución aprobando lo convenido por las partes tendrá aparejada ejecución. Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo Juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado. En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

Art. 477. Contra lo convenido en acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. La demanda, ejercitando dicha acción, deberá interponerse ante el Juez competente, dentro de los quince días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía.

Art. 479. La presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación.

Art. 480. Los Jueces de Paz remitirán a los de Primera Instancia de sus respectivos partidos, para que se archiven en ellos, relaciones semestrales de los actos de conciliación convenidos.¹⁸⁷

4.8. Fundamentos de la figura de la conciliación en Argentina

Es de interés destacar que si cabe hablar de la conciliación como un acto anormal autónomo de conclusión del proceso, solo puede serlo, como principio general en el sentido de que ella supone la iniciática y la intervención del juez en la celebración del acto, sin perjuicio de que en el primer aspecto, sean las partes o una de ellas, quienes sugieran a aquel la conveniencia de la respectiva convocatoria.

En lo que concierne a su contenido, la conciliación es susceptible de participar, eventualmente de las características correspondientes a los

¹⁸⁷ *Ibíd.*

restantes actos de conclusión procesal analizados en el presente capítulo, pues mediante ella las partes pueden concretar un desistimiento.¹⁸⁸

4.8.1. Requisitos subjetivos y objetivos

a) Los requisitos subjetivos de la conciliación dependen de la naturaleza del acto conclusivo que a través de ella se realice. Deberá estarse, en otras palabras a las condiciones de capacidad y personería exigidas por la ley con respecto al acto o actos contenidos en la conciliación.

b) Desde el punto de vista objetivo son aplicables a la conciliación los requisitos de idoneidad y posibilidad jurídica de que se hizo merito en relación con los restantes actos de conclusión procesal.

4.8.2. Requisitos de lugar tiempo y forma

a) El lugar de la conciliación debe de coincidir, como regla general, con el de la sede del órgano judicial interviniente en el correspondiente proceso e incluso, como se verá en seguida con el del órgano de segunda instancia.

b) La conciliación puede llevarse a cabo en cualquier estado del proceso anterior al llamamiento de autos en segunda instancia. Lo que confirma (el artículo 36, inc. 2º,a) del CPCN, en tanto prescribe que los jueces y tribunales pueden disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación desde luego que una vez dictada la sentencia definitiva de segunda instancia no cabe la convocatoria de las partes a que alude la norma citada, pues el acto decisorio final resulta

¹⁸⁸ Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*, Argentina: Buenos Aires, segunda edición, Edit. Abeledo Perrot, Artes Gráficas Candil, 4 de abril 2011) 520 - 521.

incompatible con una ulterior conciliación, cuya índole por lo demás, descarta su celebración durante el trámite de eventuales instancias extraordinarias.¹⁸⁹

A diferencia de lo que sucede en otros regímenes legales¹⁹⁰, la conciliación no se halla instituida como un trámite previo y obligatorio, sino como lo faculta cuyo ejercicio queda librado al arbitrio judicial, y no se encuentra subordinado a la limitación alguna de orden temporal.

No obstante, con específica referencia a los procesos de conocimiento (ordinario, sumario, y sumarísimo o especiales que remiten a ello, el art. 360, inc.5° de acuerdo con la reforma que le introdujo la Ley 24.573, elevo a la tentativa de conciliación a la categoría de un acto que el juez debe realizar obligatoriamente en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar que dicha norma prevé.

a) En cuanto a su dimensión formal, por último, paso previo a la conciliación es la fijación de una audiencia, o de la específicamente prevista en el artículo 360, a la cual deben concurrir personalmente las partes quienes pueden hacerlo, naturalmente las partes, quienes pueden hacerlo, naturalmente, acompañadas de sus apoderados y letrados.

En el acto de la audiencia la función del juez que es indelegable no puede circunscribirse a la de un mero espectador, según lo entendía la jurisprudencia anterior a la promulgación del CPCN, ya que en tal caso, la convocatoria carecería de verdadero sentido y bien podría sustituirse por el

¹⁸⁹ Palacio, *Derecho Procesal Civil*, 522-523.

¹⁹⁰ La ley 18.345 sobre organización y procedimientos de la justicia del trabajo, erige en deber del órgano judicial el de procurar que las partes antes de que el demandado conteste la demanda oponga excepciones, arriben a un avenimiento. Este debe de promoverse en la audiencia que corresponde designar con motivo de la interposición de la demanda y tras ilustrarse a las partes sobre el objeto y alcance del procedimiento conciliatorio.

avenimiento extrajudicial de sus diferencias que las partes pueden concretar en cualquier momento, debe por lo tanto asumir un papel activo ilustrando a las partes acerca de las bases sobre las cuales es posible concretar la conciliación, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36, inc. 2° a) del CPCN y de las normas contenidas en los códigos provinciales que se adaptaron a ese ordenamiento, “la mera proposición de formulas conciliatorias no importara prejuzgamiento” ello no implica, desde luego, atribuir al juez la potestad de imponer en los términos del avenimiento, sino facultarlo para suministrar a las partes, en forma directa y sin perjuicios que estas consulten con sus letrados, las orientaciones indispensables para concretar dicho acto¹⁹¹.

La solución a que arriben las partes para dirimir el pleito debe quedar documentada en el acta que se levante al efecto. Pero en el supuesto de no llegarse a una conciliación en dicha acta no deben constar las manifestaciones formuladas por las partes, las cuales como acertadamente lo prescribe el código de Mendoza “en ningún caso tendrían incidencia en la resolución del litigio” (Art. 83-VI)

4.8.3. Efectos

a) Concretado el avenimiento, el juez debe verificar la capacidad de las partes para la suficiencia de las facultades de sus representantes necesarios y la disponibilidad de los cuales aquel verso.

En el caso de encontrarse reunidos los requisitos correspondientes, incumbe al juez de dictar la resolución homologatoria, la cual debe contener además

¹⁹¹ Palacio, *Derecho Procesal Civil*, 524 - 525.

pronunciamiento sobre costas en la hipótesis de que las partes no hubieren dispuesto que fueren impuestas en el orden causado.

b) En el supuesto de no homologar la conciliación, el juez debe disponer la prosecución de los procedimientos¹⁹².

4.9. Fundamentos de la figura de la conciliación en Perú

En la historia peruana se puede encontrar en la primera constitución del Perú, la conciliación Extrajudicial, de manera obligatoria, y esa era la tónica de todas las legislaciones que recientemente se había emancipado e independizado del yugo español.

Esto en las leyes de India tenía pues establecido el llamado Juicio de Conciliación, una copia tardía de estas instituciones lo podemos ver en Cuba

4.9.1. Requisito prejudicial

La conciliación, en el Perú es un requisito de admisibilidad, para todo tipo de procesos civiles patrimoniales que versen sobre derechos disponibles, ello implica que para todo tipo de procesos a iniciarse actualmente está en un plan piloto en los distritos judiciales de Arequipa, Trujillo, y Cono Norte de Lima así como desde el 01 de Marzo del presente año en el Distrito Judicial de Lima¹⁹³.

¹⁹² Ibíd. 526.

¹⁹³ Iván Ormaechea Choque y Roció Solís Vargas, “Retos y Posibilidades de la Conciliación en el Perú” (Perú: Lima, Primer Estudio Cualitativo, Cuadernos de Debate Judicial, Investigaciones Volumen 2. Consejo de Coordinación Judicial, Marzo de 1998), <https://www.pj.gob.pe/>.

4.9.2. Procedimiento de la conciliación

A- actos previos: revisar solicitud de conciliación

Una vez que es presentada la solicitud de conciliación por las partes, el conciliador debe de conocer detalladamente las controversias que se han puesto en su conocimiento y los extremos de dichos conflictos, las partes que concurrirán a la audiencia, puede ser apoderado y la relación que tiene con el poderdante. Verificar la posibilidad de entrevistarse con ambas partes por separado previo a la audiencia, la entrevista personal previo implica el conocer a las partes y la personalidad que irradia cada uno, tanto psicológica como físicamente, su carácter, su personalidad, su actitud frente a la conciliación. La oportunidad será también propicia para la tomar confianza con cada uno de ellos, la confianza que debe tener cada una de las partes con el conciliador es muy importante, ya que posibilitara la comunicación fluida en el acto de conciliación.

B- Preparación del ambiente

El lugar donde se llevará efecto debe estar acorde a las circunstancias del propósito del procedimiento conciliatorio, el ambiente será poco propicio si está pintado con colores fuertes, agresivos, chillantes, será mejor si tenemos colores suaves que inviten a la paz, a la tranquilidad, al sosiego¹⁹⁴.

C- Conocimiento previo del asunto y consulta de casos:

El conciliador debe de haber estudiado previamente todos los documentos

¹⁹⁴ *Ibíd.* 402

que hayan sido presentados por las partes para sustentar su solicitud de conciliación y otros que con posterioridad hayan sido alcanzados al Centro de Conciliación, y si tiene preguntas o dudas respecto del carácter probatorio o jurídico de algún o algunos instrumentos alcanzados como anexos, deberá de haberlo consultado previamente con el abogado o el auxiliar profesional pertinente de manera previa a la audiencia.

4.9.3. Exposición de hechos controvertidos

Es la comunicación de las partes, es la conversación, discusión, debate de las partes, el conciliador, las consultas a sus respectivos asesores, todo este proceso como ya advertimos será dirigido por el conciliador, es hasta cierto punto el director del proceso conciliatorio, no obstante que su papel es de simple facilitador de la comunicación, haciendo uso de las diversas técnicas que crea por conveniente para hacer un ambiente propicio para la conciliación.

Aquí es imprescindible que las partes puedan sentir una EMPATIA¹⁹⁵ para con el CONCILIADOR, y viceversa, que facilitará una comunicación fluida y efectiva, comunicación necesaria para la solución del problema, dicha empatía no es sentir SIMPATIA por una o ambas partes, no es lo simpático que el conciliador debe ser ante las partes, ni lo parasimpático o ANTIPATICO.

Lo cual será mucho más fácil, la empatía implica que las partes como el conciliador entiendan los mismo respecto de la controversia a solucionar y

¹⁹⁵ La empatía es la intención de comprender los sentimientos y emociones, intentando experimentar de forma objetiva y racional lo que siente otro individuo. La palabra empatía es de origen griego “*empátheia*” que significa “emocionado”.

sienta que es necesidad de ambos dar una solución a su conflicto de intereses, y de esta manera llegar a un acuerdo dar soluciones.

El conciliador, debe de escuchar con toda la atención posible la versión de cada una de las partes, con el interés que el conflicto sea merecedor, por cada una de las versiones, y deberá de realizar los apuntes necesarios, hacer una clasificación de las informaciones con relevancia para el proceso y para el conciliador y resumir, hacer un resumen de lo versado por las partes.

En este momento el conciliador debe de realizar todas las indagaciones y averiguaciones sobre el real intereses de las partes respecto de la controversia, los basamentos y fundamentaciones que realiza cada parte, intereses disociantes e intereses conjuntos El conciliador podrá realizar todo tipo de preguntas tendientes a esclarecer los aspectos que a criterio del conciliador deban de ser ampliados para los fines de la conciliación. Podrá realizar preguntas lineales, estratégicas, circulares, reflexivas etc. con la finalidad de conciliar.

En este momento también se verificará ciertas situaciones emocionales de las partes que podrán ir desde negativos (intención de nunca perdonar, llantos, emociones negativas) hasta los positivos (risas, alegrías, reconciliaciones, concordancias, reencuentros, reunificaciones etc.).

Dichas conductas propias de un proceso negocial deben de ser reducidas, bajar los temperamentos, superar las trabas y obstáculos puestas por estas conductas. Aquí se podrá dar lugar a las audiencias privadas¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Dra. Janette Sulca Sayritupac “ Aspectos Esenciales de la Conciliación Extrajudicial”, (Perú: Lima 2005), <http://geco.mineroartesanal.com/>.

4.9.4. La audiencia conciliatoria y su desenvolvimiento

La norma no manifiesta como debe realizarse la audiencia, quien debe de hablar primero, luego quien etc. La estructura del desenvolvimiento en sí de la audiencia, como si lo hacen otras legislaciones como la española, en su Ley de Enjuiciamientos Civiles Español, que prescribe:

“Quien intente esto -la conciliación-, deberá presentar tantas papeletas como demandados haya y una más (esta para constancia judicial); donde se indicará los nombres, domicilio y profesión del demandante y del demandado, la pretensión y la fecha y la fecha en que se presenten al juzgado. El Juez municipal citará con urgencia a las partes a una comparecencia en la cual el demandante expondrá su reclamación y los fundamentos de la misma; luego contestará el demandado lo que crea conveniente; a continuación aquel podrá replicar y contrarréplicar éste. De no surgir así la avenencia, la intentarán los hombres buenos y el mismo Juez”.

4.9.5. Acuerdo final y redacción del acta de conciliación

Es el acto de conciliación, en sí, una vez redactado en los formatos previamente elaborados, firmado por las partes, el abogado y el conciliador¹⁹⁷. El Centro de Conciliación debe de entregar en el acto final, copia certificada de dicha acta de conciliación, sin requerimiento de ningún tipo, a efecto de que las partes puedan hacer valer su derecho en caso de inejecución de los acuerdos contraídos en el proceso de conciliación.

¹⁹⁷ Al redactar el acto, no es suficiente plasmar en ella el acuerdo genérico a la cual se haya arribado, los conciliadores deberán necesariamente velar por la ejecutabilidad de dicho instrumento, que los acuerdos e hagan realidad, que no haya problemas en la interpretación.

El pago realizado al Centro de Conciliación incluye también el concepto de la primera Copia Certificada del Acta de Conciliación, las copias futuras tendrán otra tasa que dependerá del Centro de Conciliación.

4. 10. Fundamentos de la conciliación en el Perú

A.- La conciliación Judicial

Es la que se realiza como una de las etapas obligatorias del proceso judicial, en todos los procesos de conocimiento quiérase decir (SUMARISIMO, ABREVIADO Y DE CONOCIMIENTO (), ésta, dependiendo del tipo de proceso puede darse conjuntamente con otras diligencias procesales como saneamiento, pruebas e inclusive sentencia, en una sola sesión.

B.- La conciliación administrativa

Es la conciliación que se realiza ante las diversas entidades de la administración pública, así tenemos la que se realiza; ante el Ministerio de Trabajo, -con la particularidad de que la inasistencia del invitado (empresa-principal-empleador) es sancionada; Las que se realizan ante INDECOPI, etc.¹⁹⁸.

C.-La conciliación extra-judicial

Es la que se realiza fuera de proceso judicial, fuera de los órganos jurisdiccionales, antes de iniciarse un proceso judicial, constituyendo un requisito de admisibilidad de cualquier proceso judicial, en nuestro país se iba a aplicar obligatoriamente en toda la república a partir del 14 de Enero del

¹⁹⁸ Ibíd. 15- 16.

año 2001, aunque como proyectos pilotos solo empezó a aplicarse desde el mes de noviembre del año 2001, entre otros en el Cono Norte de Lima, Arequipa y desde el 01 de Marzo del 2001, en Lima de manera obligatoria.

4.10.1. Materias conciliables

De acuerdo a nuestra legislación nacional se puede determinar tres tipos de materias conciliables con respecto de la conciliación; obligatorias, facultativas y prohibidas.

A.- Obligatorias: Para la prosecución judicial de cualquier proceso respecto de estas materias deberá previamente ser sometidas a procesos extrajudiciales en centros de conciliación acreditadas ante el Ministerio de Justicia, siendo un requisito de admisibilidad para la substanciación válida de un proceso, entre estos se puede considerar: los procesos respecto de bienes ciertos, inciertos, presentes, futuros que tenga un contenido patrimonial y sean derechos disponibles, que pueda ser objeto de actos jurídicos comerciales según la norma.

B.- Facultativos: Inicialmente varios de las controversias que mencionaremos habían sido excluido en busca de conciliadores especializados en Familia, pero ahora son facultativos, entre otras materias: CON EL D.S. 016-01-JUS Y LA LEY 27398.- Con este dispositivo las modificaciones realizadas se incorporan dentro de las materias conciliables facultativamente:

a.- Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia sobre un asunto se verifique en la vía arbitral.

b.- En aquellos asuntos en que el Estado sea parte.

c.- En las controversias sobre cuantías de la Reparación Civil derivada de la comisión de delitos o faltas, siempre que no se haya fijado en resolución judicial firme.

4.10.2. Reparación civil

Este es un concepto que está inmerso dentro de los procesos penales, así, se entiende por tal, la indemnización que debe de realizar el condenado a la persona que ha sufrido el agravio o a los familiares en caso de que sea imposible, hacerlos directamente. (Caso de muerte del agraviado). En nuestra legislación su sometimiento a la vía conciliatoria de manera previa al proceso judicial es voluntario.

4.10.3. La exclusion legislativa de determinadas materias

Las modificatorias que ha sufrido nuestra legislación en materia conciliatoria Ley 26872, y su Reglamento el D.S.001-98-JUS, sustancialmente primero mediante la Ley 27398 y posteriormente mediante el D.S. 016-01-JUS, ha variado el campo de materias conciliables obligatorios, para incluirlos en las materias facultativas y otras en las negativos; así tenemos por ejemplo la Violencia Familiar que en un inicio estaba en materias conciliables obligatoriamente, actualmente se encuentran en las excluidas de la conciliación, de igual modo se puede verificar en las siguientes materias:

4.10.4. Exclusión del proceso contencioso administrativo

Es la facultad de revisar fuera de la vía jerárquica las decisiones definitivas de la administración pública. En la vía judicial. Esta facultad fue excluida por

la Ley 27398, sin embargo en el D.S. 016-01-JUS, manifiesta que son materiales conciliables facultativamente los asuntos en los cuales el estado sea parte.

4.10.5. La conciliación en los casos que el Estado sea parte

En este caso son también FACULTATIVAS, se reitera el caso no son obligatorios la interposición de solicitudes de conciliación. Inicialmente en la mayoría de ellos existe un derecho ya reconocido, así en las medidas cautelares, y las ejecuciones de resoluciones judiciales, y la ejecución de laudos arbitrales. Sin embargo, fueron posteriormente excluidas, al manifestar claramente la Ley N°. 27398, que no procede la conciliación en asuntos¹⁹⁹:

- a.- La parte emplazada domicilia en el extranjero
- b.- En los procesos contenciosos administrativos
- c.- En los procesos cautelares
- d.- De Ejecución
- e.- De garantías constitucionales
- f.- Tercería
- g.- En los casos de violencia familiar
- h.- Cuando se trate de Derechos y bienes de incapaces a que se refieren Los Artículos 43 y 44 del Código Civil.

4.10.6. Base legal de la conciliación extrajudicial en Perú

- a) Ley N° 26872 Ley de Conciliación

¹⁹⁹ Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Enero de 1998, Lima. p. 242. disponible en <https://www.pj.gob.pe/>

- b) Decreto Supremo N° 001-98-JUS “Reglamento de la Ley de Conciliación”
- c) Resolución Ministerial N° 032-98-JUS “Modelos de formatos tipo de invitación y Acta de Conciliación”
- d) Resolución Ministerial N° 117-2001-JUS Directiva de Tarifas²⁰⁰

²⁰⁰ *Ibíd.* 243.

CONCLUSIÓN

Al iniciar esta investigación, se tiene la finalidad de investigar y conocer el porqué de la prohibición de la figura de la conciliación entre un particular y el Estado cuando este último es parte en un proceso Declarativo; común, más concretamente el por qué el legislador plasma dicha prohibición en el Código Procesal Civil y Mercantil. Dejándonos así la problemática que el Estado no pueda conciliar con un particular, partiendo de la hipótesis general en cuanto a la prohibición expresa de la conciliación del Estado por el código procesal civil y mercantil en su artículo 247 ordinal 1º, genera una contradicción entre normas al facultar al juez a instar a las partes a conciliar como lo establece el artículo 293 del mismo cuerpo normativo; otra hipótesis general se refería a “la falta de Conciliación en el proceso declarativo o común cuando el estado es parte genera una dilatación del proceso y la posibilidad de solución temprana del mismo”

En relación a las hipótesis específicas, se tiene que una de ellas es la relativa a que la falta de agilidad del proceso ante las cámaras de lo civil propicia un retardo en la resolución del conflicto.

Tomando como base el objetivo general y de las hipótesis planteadas, se procedió a la selección de la estrategia metodológica, determinando que el tipo de investigación se llevaría a cabo mediante investigación bibliográfica o documental, basándonos en el tipo de investigación Dogmatica Jurídica, para lo que se consultó la Constitución de la República, Código Procesal Civil y Mercantil, Libros, Tesis doctorales, Trabajos de Graduación, Revistas Jurídicas, textos de Derecho Procesal Civil y Mercantil así como diferentes autores. Diccionarios Jurídicos, Convenios y Tratados Internacionales, con el

propósito de enriquecer los conocimientos teóricos que se tienen sobre la figura de la conciliación.

Una vez descrito la forma de como se realizó la investigación, se hacen las siguientes conclusiones:

NÚMERO UNO Podemos decir que existe una prohibición del cuerpo normativo vigente en relación a la conciliación, cuando el Estado es parte, esto lo encontramos tipificado en el artículo 247 código Procesal Civil y Mercantil siendo así una contradicción con el artículo 426 del mismo cuerpo legal, que como ya lo hemos dicho expresa “el juez, constituido en audiencia pública, intentara que las partes lleguen a un arreglo que pueda evitar la prosecución del proceso”, se sostiene dicha contradicción, ya que en un artículo manda a conciliar pero sin embargo como se mencionó anteriormente en el art. 247 hace una prohibición cuando el estado es parten dejándonos con esto un problema de antonimia por no existir coherencia en este caso, por existir conflicto entre una obligación y una prohibición que está regulada en una misma materia.

NÚMERO DOS Existe una violación de derechos en cuanto a que no se permita conciliar con un particular cuando el Estado es parte en un proceso declarativo, puesto que se pone de manifiesto el poder soberano que solo le corresponde al estado todo ello en vista del bien público que tiene por su calidad general un rango superior al bien particular o individual, y El Estado mismo que dentro de sus fines supremos tiene obtener la paz y la tranquilidad en una comunidad social con la creación misma y el cumplimiento de leyes, impone en este caso de manera obligatoria sus decisiones porque si una persona particular quiere conciliar o llegar a un acuerdo o arreglo de la situación , el juez correspondiente , no le queda otra

alternativa que seguir el trámite y hacer omisión a la voluntad de las partes , violentando principio Derechos y valores procesales.

NÚMERO TRES Al no ser permitida la conciliación entre El Estado y los particulares se están violentando una serie de derechos y principios entre los más importantes está el principio de economía procesal al darle el curso completo que corresponde al proceso que se lleva a cabo cuando el Estado es parte, existen otros países como por ejemplo Colombia y Perú que facultan que el Estado pueda conciliar con un particular brindando muy buenos resultados con el fin de solucionar conflictos que es la función social a la cual se debe el derecho.

RECOMENDACIONES

Como propuesta a la problemática planteada para esta investigación se procede a proponer algunas recomendaciones a fin de contribuir, en cierta medida a solucionarlo:

Que la asamblea Legislativa reforme el Artículo 247 específicamente el ordinal primero y que en su consecuencia le sea permitido al estado conciliar con un particular en materia Procesal Civil y Mercantil que permitan poder respetarse todos los principios procesales que se involucran, tales como la igualdad procesal, la economía procesal y el principio dispositivo todos regulados en el mismo cuerpo normativo, la prohibición expresa de la conciliación cuando el Estado es parte en un proceso civil y mercantil se debe a que los artículos 247 inciso primero y 293 ambos contenidos en la legislación procesal civil y mercantil no concuerdan entre sí; es por este motivo que se debe de reformar la permisibilidad de la conciliación cuando el Estado es interviniente, ya que esto permitiría una transparencia y la utilización adecuada de los principios procesales inherentes a las partes y acortar procesos innecesarios mediante la salida alterna como es la conciliación .

Para el mejor desarrollo y conocimiento del proceso debería realizarse capacitaciones a los resolutores de las cámaras de lo civil las cuales son encargadas de conocer estos procesos.

En cuanto a la competencia de las cámaras sobre conocer de los casos donde el Estado es parte, debería ser instancias normales por el principio de igualdad, tanto para El Estado como para el particular se debería permitir la conciliación de parte del Estado, cuando ello no afecte bienes de uso común

como tampoco afecte su poder potestativo ello en razón de economía procesal, es por ello también necesaria una reforma en cuanto a quien le compete conocer cuando se da un litigio cuando El Estado sea parte ya que las cámaras de lo civil que tienen carácter de primera instancia cuando se trata de un proceso en el cual el Estado es demandado y el desarrollo del proceso no se realiza de igual manera que cuando solo es entre particulares, lo cual deja en desventaja a las demás partes que tienen interés en el proceso.

Cuando existen terceros o coadyuvantes y se dé el caso que el Estado es parte debería permitirse la conciliación no sólo entre particulares sino también con el Estado esto ayudaría y cual simplificaría los procesos, si se permitieran los casos de conciliación cuando el Estado es parte brindaría más posibilidad de resolución del conflicto ya que la mayoría de ocasiones estos procesos se archivan no resolviendo nada y dejando insatisfacción.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* 2ª. Edición Buenos Aires. Editor EDIAR.1965.

Álvarez Del Cuvillo, Antonio. *Apuntes de derecho procesal,* Universidad de Cádiz, España, 2008.

Aragoneses, Pedro. *Introducción y parte general del derecho procesal Civil* ,4 edición.

Azula Camacho, Jaime. *Manual Derecho Procesal Civil,* 411 Edición, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá: 1993.

Bianchi A., Roberto. *La conciliación prejudicial,* 5ta. Edición Buenos Aires Argentina, 1996.

Caravantes, José de Vicente. *Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil,* 1ª y 2º. Edición. Madrid 1856.

Carnelutti, Francisco. *Sistema Derecho Procesal Civil,* Editorial UTEM, Buenos Aires Argentina. 1944.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil,* Buenos Aires, ediciones de palma, 1962.

De La Plaza Navarro, Manuel. *Derecho procesal civil español*, Tomo II 8va Edición España 1982.

Domat, Jean. *Derecho Público* tomo II, Libro 1º, Imprenta de Benito Cano, Madrid, 1788

Echandía, Devis. *Teoría General del Proceso*, Editorial Universitaria; Argentina; 1985

Echandia, Hernando Devis. *Compendio de derecho Procesal*, Editorial ABC, Tomo 1, San Salvador 1995

Eichmann, Eduardo. *Manual de Derecho Eclesiástico*, 3ª. Edición. tomo II. Librería Bosch. Barcelona 1931

Engels, Federico. *El Origen de la Familia*, La Propiedad Privada y el Estado, Tercera Edición Editores Mexicanos Unidos, S. A. 1980.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Edit. Legis, 2003.

Fischbach, O.G., *Teoría general del Estado*, Editorial Labor, Barcelona.

Fudenberg, Tirole. *La teoría del juego*, 3 edición Estados Unidos, traducción Latinoamérica

Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, pte. Gral., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 1983.

Gómez Orbaneja, Erce Quemab. *Derecho Procesal*, 2a. Edición Madrid. Vol.1, 1949

Gordillo, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires Argentina, Edit. Del Rey, 2000

Gozaini Osvaldo, Alfredo. *Notas y estudios Sobre el Proceso Civil*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994

Guasp. Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civi*, 1ª Edición editor M. Aguilar Madrid. 1945.

Hinestrosa, Fernando. *Escritos varios*, Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002

Junco Vargas, José Roberto. *La Conciliación*, Ediciones Jurídicas Radar, Santa Fe de Bogotá: 1993

Koimelmajer De Carlucci, Aída. *Principios Procesales y Tribunales de Familia*, en Revista del Ministerio de Justicia 4a.1994

López Blanco, Hernán Fabio. *Procesamiento civil. Parte general.* 8.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2002

López Rodo, Laureano. *El Patrimonio Nacional*, Madrid 1954.

López, Zavalía. *Teoría de la conciliación parte general*, tercera edición

Manresa y Navarro, José María. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Reus, Madrid 1953.

Marienhoff Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Editorial. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966

Maynez, Carlos. *Curso de Derecho Romano*, Jaimes Molina, Segunda Edición Barcelona, Edit. Valencia 1892

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Procesos Declarativos y Cautelares*, Colombia, Edit. Librería Ediciones del Profesional, 1984

Neuman, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Argentina, Ediciones Depalma. 1997.

Osorio Morales J. *Notas para una teoría general del contrato*.

Palacio Hincapie, Juan Ángel. *La conciliación en materia contenciosa administrativa*, Medellín, Edit. Librería Jurídica Sánchez

Palacio Lino, Enrique. *Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Edit. Abeledo Perrot, Artes Gráficas Candil, Buenos Aires Argentina, cuatro de abril de 2011.

Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Pizzoni, Mario Cecilio. *Necesidad de la conciliación obligatoria en el proceso civil*, 1ª Edición, Editorial Aeledo Perrot Buenos Aires Argentina 1969.

Plaza, Manuel. *Derecho procesal civil español*, la edición Madrid, revista de derecho privado, tomo II. 1943.

Prieto Castro, Leonardo. *Exposición de derecho procesal civil*, de España, librería general, Zaragoza, tomo II, 1945.

Raiffa, Beth, *El arte y la ciencia de la negociación*, 10º Edición editorial Latinoamericana Perú 1999.

Ramírez Gómez, José Fernando. *Principios constitucionales del derecho procesal*, Señal Editora, 1999.

Ramírez, Juan F. *Explicaciones practicas sobre diversas materias jurídicas de uso e interés común*, 3ª edición editorial BB española 2005.

Retortillo Baquer, Martin. *El derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Madrid, Edit. Civitas, 1996.

Rodríguez Ruiz, Napoleón. *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, 5ta Edición, San Salvador.

Sainz Moreno, Fernando. *El Dominio Público*, Revista de administración Pública en Madrid España, 1999.

Sánchez Valencia, José Arcadio. *La Conciliación*, en Revista del Ministerio de Justicia, 44 Época N° 2; Ediciones Último decenio, San Salvador, 1994.

Silva Cimma Enrique y Alirio Verdugo Lay. *Derecho Administrativo chileno y comparado*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1 de enero 1996.

Umashi, Antony, *La mediación en el proyecto de reordenamiento procesal*, 3ª Edición, 1967.

Velazco Calvo, Fernando. *Resumen de Derecho Administrativo*, Tomo 1, editorial española.

Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá, Ediciones Doctrina, y Ley, 1999.

Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Teoría General del Derecho Administrativo*, tomo 1, Buenos Aires Argentina.

Waline, Jean. *Criterios de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas*, Francia.

Tesis

López Quijano, Juan Gabriel. *La conciliación como forma excepcional o anormal de concluir el proceso*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Francisco Gavidia, El salvador. 2003.

Mena Silva Héctor Emmanuel y Oscar René Murcia Hernández, *Análisis del grado de eficacia de los medios alternativos para dirimir conflictos en materia civil y la necesidad de legislarlos*, Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador 1997.

Monge Quintanilla, Lorena Leonor. *El secuestro preventivo de bienes como acto previo a la demanda en materia procesal civil*, Trabajo de graduación para obtener el Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador 1999.

Orellana López, Juan Sebastián. *Análisis del grado de eficacia de los medios alternativos para dirimir conflictos en materia civil*, Trabajo de graduación para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Universidad de El Salvador 1997.

Ruiz, Joel. *La Conciliación*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador 1998.

Sibrían José Mario y Orlando Otilio, Rodríguez Morales, *Eficacia de la conciliación como alternativa para solucionar la problemática del hacinamiento de reos en los centros penales por delitos contra el patrimonio*, Tesis de Grado, Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador El Salvador 1997.

Vega, Ana Sonia, Amilda, Escobar De Gómez y Blanca Celia Quintanilla. *La Conciliación como forma extraordinaria de resolución de Conflictos*, debajo de graduación para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de El Salvador, San Salvador, Marzo de 1999

Legislación

Código Civil Salvadoreño. D.L. N° 512, del 11 de noviembre del 2004, publicado en el D.O. N° 236, Tomo 365, del 17 de diciembre del 2004.

Código Procesal Civil Y Mercantil, D.C. No. 712, del 18 de Septiembre del año 2008, D.O. No.224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008.

Constitución de la República de El Salvador, D.C. No. 38, del 15 de Diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, Aprobado el 16 de diciembre de 1966, Ratificado por El Salvador por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979.

Revista

Procuraduría General De La Nación De Colombia, Conciliar Antes de Demandar, en Revista, de Conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo, Colombia, 2010.

Diccionario

Diccionario De La Lengua Española, Real Academia Española. Octava Edición Madrid: 1956, Décima.

Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe. S.A Madrid, 1998.

Diccionario Jurídico General, Rafael Martínez Morales, tomo I, Editorial Iure, México DF 2006.

Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Colegios de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Volumen 4, Editorial Harla, México, 2000.

Páginas Web

Dra. Janette Sulca Sayritupac “Aspectos Esenciales de la Conciliación Extrajudicial”, (Perú: Lima 2005), <http://geco.mineroartesanal.com/>.

El mecanismo de la conciliación

<http://elmecanismodelaconciliacionblogspot.com//>.

Iván Ormaechea Choque y Roció Solís Vargas, “Retos y Posibilidades de la Conciliación en el Perú” (Perú: Lima, Primer Estudio Cualitativo, Cuadernos de Debate Judicial, Investigaciones Volumen 2. Consejo de Coordinación Judicial, Marzo de 1998), <https://www.pj.gob.pe//>.

Limamark, Conciliación y Arbitraje, <http://limamarc-revista.blogspot.com/2008/03/principios-de-la-conciliacin.html>.

Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Enero de 1998, Lima. p. 242. disponible en <https://www.pj.gob.pe/>.

Revista el mecanismo de la conciliación 28 de marzo de 2009 disponible en [http //elmecanismodelaconciliacionblogspot.com//](http://elmecanismodelaconciliacionblogspot.com//) consultada el 12 de marzo de 2016.