

ANOTACIONES SOBRE LA GESTIÓN CONCILIATORIA.
ESTÍMULOS Y PREDISPONENTES. LA LLAMADA PERICIAL
PREVALENTE

Por JORGE W. PEYRANO

I-Introducción

La conciliación judicial – es decir, la que tiene por protagonista a un tribunal- es un medio alternativo de solución de conflictos que en materia civil no ha tenido la difusión que merece, no obstante que su uso se encuentra regulado de manera generosa y sin retaceos (1). Dicho medio alternativo forma parte de los medios anormales de extinción del proceso que constituyen una expresión del principio dispositivo (2), y se diferencia, por ejemplo, de otro cual es la mediación que ha recibido un profuso respaldo legislativo y atención doctrinal preferente. La conciliación en el terreno civil, en cambio, se ha mantenido en un cono de sombras, por más que su introducción en el seno de una audiencia preliminar (v.gr., la del artículo 360 C.P.N.) ha venido a posibilitarle una aplicación más repetida.

Probablemente, la circunstancia de que cuenta con el protagonismo de un órgano jurisdiccional y de que por más que el legislador le asegure a los jueces que su gestión conciliatoria no importará prejuicio alguno (3), provoque que los tribunales se muestren renuentes a encarar la función conciliatoria a raíz de pruritos excesivos y equivocados acerca de su papel de “tercero imparcial”. A ello, se agrega el hecho de que los jueces civiles, frecuentemente olvidan que cuando decretan una audiencia conciliatoria la concurrencia a ella de las partes y de sus letrados constituye un deber procesal y que las ausencias que se registren deberán ser sancionadas disciplinaria y hasta penalmente. Obviamente que los convocados no están obligados a conciliar, pero sí a asistir a la audiencia proveída. Sobre el particular, hemos señalado que: “La providencia que dispone la comparecencia de las partes a una audiencia de conciliación, resulta irrecurrible. Las partes convocadas tienen el deber de asistir a la susodicha audiencia; deber que no involucra- claro está- el de conciliarse. El tribunal convocante puede recurrir al auxilio de la fuerza pública para obtener la comparecencia de la parte renuente a cumplir con el mencionado deber”(4). Y todo ello no puede sorprender porque la convocatoria a audiencia de

conciliación integra las denominadas facultades potestativas de los jueces (5) cuyo ejercicio es irrecurrible, siendo éste (6) un factor más que debería multiplicar las gestiones conciliatorias exitosas. Sin embargo y contrariamente a lo que sucede en otras latitudes (7), las conciliaciones civiles alcanzadas no son numerosas en el campo del proceso civil nacional.

Creemos impostergable, entonces, arrimar propuestas para que tal estado de cosas revierta. Examinaremos seguidamente algunas de las referidas propuestas, dividiéndolas en dos grandes sectores: las vinculadas con la realización de la audiencia conciliatoria en sí (consideradas en el párrafo II) y las relacionadas con el favorecimiento de la voluntad conciliatoria de las partes (consideradas en el párrafo III).

II- Elementos a tener en cuenta para la realización de una audiencia conciliatoria que no incluya factores que puedan dificultar una gestión exitosa.

Los elementos que a renglón seguido se reseñarán ya fueron objeto de nuestra atención en otra oportunidad (8). Recordemos.

1- Inicialmente, el juez conciliador debe informar a las partes sustanciales presentes los alcances y fines de la audiencia de conciliación. Necesidad de la asistencia personal de las partes sustanciales y de sus letrados. El principio de confidencialidad.

Debe el magistrado poner en conocimiento de los litigantes las consecuencias de todo tipo (económicas, lapso que puede demorar la dilucidación final del pleito, cuantía de las costas devengadas y a devengarse, etc.) que para ellas puede acarrear la prosecución de la causa. Ello debe realizarse con la máxima prudencia a fin de que no puedan sentirse “presionados” por el magistrado en orden a una conciliación que no los satisface. Quizás, convenga que se recalque –por boca del magistrado– que la meta de la gestión conciliatoria no es hacer “Justicia” sino concederles “seguridad” a las partes y que para obtener esto último deben pagar una suerte de “prima” representada por el sacrificio recíproco de pretensiones y aspiraciones. En tal sentido, es importante que una vez acercadas las partes y próximas ya a autocomponer el litigio, se las invite a ausentarse el recinto (en compañía de sus letrados) donde se desarrolla la audiencia, para que puedan discutir y reflexionar, en total libertad, la conveniencia (o no) de conciliar y los términos económicos del acuerdo.

Lo indicado presupone que han comparecido “personalmente” (que es lo que corresponde) las partes sustanciales y sus letrados y pensamos que la presencia de ambos es crucial para el buen destino de la gestión conciliatoria. Es que sólo la asistencia personal de los contendientes permite que éstos tomen cabal nota de las concomitancias del pleito. Además, deviene casi imposible en la práctica arribar a una conciliación intentada con base exclusivamente en la presencia de los representantes-letrados de las partes. Es que, por lo común, llegados éstos a la discusión de las bases económicas, manifiestan carecer de instrucciones, la necesidad de consultar al comitente, etc.

Por otra parte, creemos que –como regla- es menester también la presencia de los profesionales forenses participantes. Es que además de la confianza que ellos generan en sus comitentes, posibilita también que pueda debatirse sobre temas –tantas veces decisivos para la gestión conciliatoria- como el de la distribución de las costas y el de los montos de los honorarios devengados.

En otro orden de cosas, es imperioso dar noticia a las partes que nada de lo que se diga o se proponga en el curso de la audiencia conciliatoria será tenido en cuenta al momento de resolver la causa si es que la diligencia no llegara a prosperar. Más aún: se asegurará que las manifestaciones que puedan ser vertidas por los litigantes en el curso de una audiencia (como es la de conciliación) que por sus características suele dar motivo a explosiones de ánimo, no saldrán del recinto del tribunal y que su “confidencialidad” será preservada.

2- Reducción de la litis a términos económicos concretos.

Salvo supuestos de excepción, los pleitos son reducibles a una ecuación económica y a ello debe tender el juez conciliador. Pero la ecuación deber ser concreta; vale decir que, por ejemplo, debe requerirse del actor que reclama el valor locativo de un inmueble ocupado por uno solo de varios condóminos que concrete en cuántos pesos estima su pretensión. La experiencia indica que la percepción clara de cuánto se puede ganar o perder, favorece los acercamientos entre las partes y, sobre todo, el “regateo” que casi invariablemente se produce después de cruzadas las primeras ofertas.

3. Procurar evitar ciertos diálogos o manifestaciones de los participantes en la audiencia de conciliación

En primer lugar, creemos recomendable que el magistrado que preside la audiencia proscriba como regla que las partes sustanciales dialoguen entre sí: máxime cuando intenten hacerle saber su propia “historia” de la causa en vez de abocarse a la tarea de verificar si resulta posible alguna solución transaccional. Habitualmente los litigantes traen consigo una carga de enconos personales que pueden brotar y recrudecer como consecuencia de imputaciones recíprocas, con el consiguiente quiebre del delicado “puente de plata” tendido hasta entonces por el juez conciliador.

Ni qué hablar, por supuesto, de que los letrados se explayen sobre el mérito jurídico de sus argumentaciones y posiciones, puesto que tales disquisiciones no constituyen el objetivo de una audiencia de conciliación.

4. Colaboración activa del juez en la búsqueda de fórmulas de conciliación

Creemos que el “juez conciliador” debe ser extremadamente prudente en la materia, evitando en todo momento generar suspicacias que contribuirán al fracaso de la gestión. Por ello es que, quizás, como regla no sea del todo aconsejable que el tribunal proponga derechamente cuánto debería abonar el demandado o a cuanto debería renunciar el actor, sino más bien su actividad debe apuntar a esclarecer a los litigantes acerca de posibilidades conciliatorias no advertidas por los mismos. Así, vgr., si se debate sobre la propiedad de un inmueble, indicarles la posibilidad de enajenarlo y repartirse el precio en porcentajes que acordarán.

5. Conveniencia de incluir, en su caso, una cláusula resolutoria en el acuerdo conciliatorio concertado “ad referendum”

Suele ocurrir que los participantes de la audiencia de conciliación estén muy próximos a aceptar una fórmula conciliatoria, pero que se muestren reticentes a suscribirla en virtud de pluralidad de motivos que determinan que deba acordarse una suerte de “cuarto intermedio”. Tales motivos pueden ser, entre otros, los siguientes: a) necesidad de consultar

a otras instancias por más que se cuente con la suficiente representación como para decidir per se. Ello sucede tanto tratándose de asociaciones (grandes empresas, clubes sociales, etc) donde si bien el representante legal podría resolver jurídicamente por sí y ante sí, de todas maneras reporta a una instancia superior (Directorio, Comisión Directiva, etc.), b) el representante legal cuenta con instrucciones que no serían cumplidas si es que se celebra el acuerdo conciliatorio en cuestión, por lo que debe requerir nuevas instrucciones; c) necesidad de alguna de las partes, de recabar datos acerca de si puede obtener asistencia financiera para cumplir con sus obligaciones derivadas de la conciliación o, simplemente, deseo de reflexionar más serenamente y sin las urgencias propias de la instancia conciliatoria.

Ante tales hipótesis u otras análogas, la experiencia enseña que, por lo común, la concesión de “nueva audiencia” se traduce en el fracaso de la gestión. En cambio, habitualmente ésta fructifica y se consolida cuando el litigante “con dudas” de todos modos suscribe la conciliación, reservándose todas las partes la facultad de resolver unilateralmente el acuerdo (y pedir el dictado de la resolución respectiva) dentro de un lapso que pactarán (habitualmente entre cinco y diez días hábiles) bajo expresa prevención de que el silencio guardado durante dicho término determinará la firmeza e irrevocabilidad de lo acordado.

De tal manera, se facilita la gestión conciliatoria y se les ahorra a todos (jueces, partes y letrados) las molestias y pérdidas de tiempo inherentes a la celebración de una segunda audiencia de conciliación

III- Estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes. La llamada pericial prevalente.

Usamos la voz estímulo en su acepción de “incitar para obrar” (conciliar, en la especie) y el término “predisponente” en su significado de “preparar el ánimo de las personas para un fin determinado” (conciliar, en el caso).

Pensamos que debe distinguirse entre los estímulos tendientes a aceptar propuestas conciliatorias razonables y lo que denominamos “predisponentes” que cumplen la misión de persuadir a alguna de las partes acerca de la conveniencia de conciliar ante la comprobación de la inminencia de una sentencia que probablemente le sea desfavorable.

Los estímulos conciliatorios han sido instrumentados en diversas formas. Así, por ejemplo, el artículo 326 del texto originario del Código Procesal Civil y Comercial peruano de 1993 rezaba lo siguiente: “Audiencia de conciliación. Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días. Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma. Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el Juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia”.

En otras ocasiones, la falta de aceptación de propuestas conciliatorias razonables se ha traducido en sanciones consistentes en el pago de la totalidad de los gastos causídicos. Cappelletti, destaca: “Reconociendo la importancia de los factores económicos, algunos sistemas han creado incentivos para arreglar los conflictos. El más conocido de ellos es el “pago de las costas”, que aparentemente tiene mayor auge en Inglaterra pero que también se aplica en Australia y Canadá. Este sistema sanciona al actor que no acepta la transacción propuesta por el demandado, considerada razonable por el tribunal, aplicándole a aquél tanto las costas del adversario como las propias” (9). Tal sistema sancionatorio de la parte que no acepta propuestas conciliatorias razonables, ha sido mejorado por el llamado sistema americano de Michigan (10).

Dentro de la categoría de “mecanismos predisponentes” en vista a convencer a las partes (y especialmente a una) respecto de la conveniencia de que concilien, encontramos el aporte *ab initio* y en el momento de presentar la demanda y contestación, de dictámenes periciales privados confeccionados por expertos designados por actor y

demandado (11). De tal guisa, las partes pueden tener conocimiento recíproco (al menos en determinadas causas en las cuales la opinión pericial es definitiva) del grado de chances con que cuentan para salir vencedores del litigio en el cual están involucrados.

Recientemente, la Provincia de Corrientes ha incorporado a su Código Procesal Civil y Comercial el artículo 326 bis que establece otro claro “mecanismo predisponente” (al que se ha dado en denominar *pericial prevalente*) concebido de la siguiente manera: “Prueba pericial anticipada: En todas las acciones judiciales donde las partes hayan ofrecido la prueba pericial y acompañados los interrogatorios periciales con los puntos a peritar, una vez contestada la demanda por los emplazados, el tribunal, antes de ordenar la producción de la restante prueba ofrecida por las partes, designará a los peritos que intervendrán para el correspondiente informe pericial, que se practicarán con intervención de las partes y de los consultores designados por las partes, que refrendarán la pericia o practicarán las observaciones de impugnaciones que correspondieren. Audiencia de Conciliación: Inmediatamente de concluida la pericia y resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación a la que concurrirán las partes personalmente, sus letrados, el perito y los consultores técnicos de parte, en la que se procurará con los resultados de la pericia, que las partes se avengan a un acuerdo resolutorio de todas las cuestiones en litigio, homologándose por el tribunal, en su caso, lo convenido por las partes. Ausencia de acuerdo. En caso de no lograrse en dicha audiencia que las partes se avengan para dar por concluido el proceso, las actuaciones proseguirán en la forma dispuesta por este Código”.

Cierto es que la norma transcripta presenta algunas deficiencias de redacción, pero resulta palmaria su intención de persuadir respecto de la conveniencia para alguno de los contendientes de avenirse a la conciliación del asunto; máxime cuando en sus fundamentos se expresan que la *pericial prevalente* se habilita a efectos de que “las partes en conocimiento de los resultados de la pericia, propongan una solución concordada que dé por concluido el pleito” (12). Dicha figura reconoce como antecedentes algunas iniciativas originadas en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires (13), que hacen hincapié en

que la sobrecarga de tareas que pesa sobre distintos tribunales bonaerenses justificaría su adopción.

El artículo 326 bis del C.P.C. correntino no es –como bien lo señala César Ferreyra- (14) una prueba anticipada por más que el legislador correntino así parece haberla calificado. Es que en el caso, no hay peligro de que si la prueba en cuestión se llevara a cabo más luego su producción será imposible o muy dificultosa. Además, en la especie no hay anticipación probatoria alguna y sí más bien una postergación probatoria (15). Pese a las ya citadas flaquezas del texto del artículo 326 bis correntino, debemos señalar que, indudablemente, se trata de un *mecanismo predisponente* de la voluntad conciliatoria que puede y debe merecer atención doctrinal por su novedad e implicancias. Sólo la experiencia derivada de su aplicación, proporcionará datos ciertos acerca de sus ventajas y desventajas.

IV - Conclusiones

- 1- La conciliación judicial es un medio alternativo de solución de conflictos, que en el terreno del proceso civil no es utilizado con frecuencia y de manera mayoritariamente exitosa.
- 2- La obtención de tan magros resultados puede ser revertida a poco que se observen algunos parámetros dentro del curso de la audiencia conciliatoria, y se monten estímulos tendientes a que se acepten propuestas conciliatorias razonables y *mecanismos predisponentes* que apunten a persuadir acerca de la conveniencia para alguna de las partes de avenirse a una conciliación ante la probabilidad de una sentencia desfavorable.
- 3- La denominada *pericial prevalente* es una institución novedosa incorporada recientemente al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes que, con sus más y sus menos, procura instrumentar un *mecanismo predisponente* sobre cuyas bondades sólo nos podrá aleccionar el curso del tiempo.

J.W.P.

- (1) FALCÓN, Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado Anotado y Concordado”, Santa Fe 2006, Editorial Astrea, tomo 1, página 116.
- (2) FALCÓN, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo III, página 648.
- (3) ARAZI, Roland y Jorge ROJAS, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”, Santa Fe 2007, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, página 145.
- (4) PEYRANO, Jorge W., “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Rosario 1997, Editorial Zeus, página 51.
- (5) Ibídem, página 45: En ejercicio de sus facultades potestativas, los jueces pueden decidir, fundadamente, llevar adelante (o no) determinadas actividades jurisdiccionales, de manera discrecional. Por regla, el ejercicio de facultades judiciales potestativas, es irrecurrible. Forman parte de las facultades jurisdiccionales potestativas las siguientes: las convocatorias del juez a las partes para que concurran a una audiencia de conciliación, el despacho de una inspección judicial, el careo de testigos y el dictado de medidas para mejor proveer”
- (6) KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado” Buenos Aires 2005, Editorial LexisNexis Abeledo Perrot, tomo 1, página 80.
- (7) CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH, “El acceso a la Justicia”, traducción de Samuel Amaral, Buenos Aires 1983, Edición del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, página 94: “El sistema legal japonés proporciona un buen ejemplo y amplio uso de la conciliación en un tercio de los casos planteados”.
- (8) PEYRANO, Jorge W, “Cartilla para jueces conciliadores”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales”, Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 41 y siguientes.
- (9) Ibídem, página 99.
- (10) Ibídem, página 100 al pie: “El sistema de Michigan es el siguiente: La mediación tiene lugar por pedido de una o ambas partes o por decisión del tribunal. Luego se celebra una audiencia ante tres peritos que emiten su dictamen, evaluando el perjuicio. Si el actor no está de acuerdo con esa

estimación, deberá obtener posteriormente del tribunal una indemnización no menor del 110% del justiprecio de los peritos para no cargar con todas las costas del juicio, incluso los honorarios del abogado de la contraparte. Sin embargo, opuestamente a lo que sucede en el sistema inglés, el demandado tendrá una sanción similar en caso que se le condene a pagar una cantidad superior al 90% de la indicada por los mediadores”.

(11) Tal como lo regula el artículo 336 de la ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

(12) Vide de César FERREYRA, “Prueba pericial prevalente. El artículo 326 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes”, trabajo a la fecha inédito que será publicado en el n° 94 de la Revista Jurisprudencia Santafesina.

(13) *Ibídem.*

(14) *Ibídem.*

(15) *Ibídem.*