

## LA CONCILIACIÓN

SUMARIO : I. *Alternativas no jurisdiccionales para resolver conflictos*; II. *La conciliación y sus posibilidades*, 1. *Antecedentes históricos de la conciliación*, 2. *La conciliación en Argentina*, 3. *Modalidades de la conciliación*; III. *Naturaleza jurídica de la conciliación*; IV. *Fundamento de la conciliación*; V. *Resultados de la conciliación*; VI. *Beneficios que reporta la conciliación en sede jurisdiccional*; VII. *Oportunidad para la audiencia de conciliación*; VIII. *El procedimiento en la audiencia de conciliación*; IX. *Efectos del acto conciliatorio*.

### I. ALTERNATIVAS NO JURISDICCIONALES PARA RESOLVER CONFLICTOS

A nadie escapa la crisis que padece el proceso como vía pacífica de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone.

Es verdad que la constatación no es una realidad presente, sino producto de una evolución en los desatinos que, persiguiendo afianzar el sistema, lo llevaron a extremos de improbable rectificación si el cambio no es absoluto. En este sentido, el aumento geométrico de las causas, la pobreza presupuestaria que particulariza la asignación de recursos, la plétora profesional cada vez más inquietante por su número y calidad resultante, entre distintos registros de variada preocupación, ponen el acento en las alternativas pensadas para lograr la misma seguridad y eficacia que la vía jurisdiccional propicia.

Surgen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otras instancias como son los incentivos económicos (arreglos que se propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos causídicos si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial), o las quejas planteadas ante organismos insti-

tucionalizados que asumen la defensa del interés (*verbi gratia* ombudsman).

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.

Lo curioso de este fenómeno se da en que de alguna manera significa una regresión a la justicia primitiva. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, interesa solamente solucionar el conflicto.

Las sentencias judiciales son una manera más de orientar la conducta de los hombres, por ende, lo manifiesto es la justa composición más que la solución a toda costa.

Fue por ello que el curso de la historia demuestra que cuando el hombre reposó su confianza en el Estado dio origen a la justicia misma, como función social. Aquella que proviene de la voluntad del hombre confiado que deposita su fe en el Estado para que lo organice en su vida de relación.

El ejercicio de la jurisdicción proyectó a través del causalismo, posibilidades alternas que excedieron del marco de la composición del litigio. El juez fue intérprete de la ley y de la norma constitucional, cubrió los vacíos legislativos denominados "lagunas de la ley", dio sentido y dirección al derecho consuetudinario y, políticamente, sirvió de contrapeso de los restantes poderes del Estado a través del control de constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso y de la fiscalización de la legalidad y legitimidad de los actos administrativos.

La evolución mostró el papel principal del juez en todo este activismo y fue lógico esperar el desplazamiento del tercero imparcial hacia el juez director del proceso, facultado a instruir de oficio y a buscar en las entrañas del litigio la verdad jurídica objetiva.

De todos modos la evolución sucintamente expuesta no refleja más que una visión parcializada del suceso. Bien cierto es que especialmente a partir de las grandes codificaciones se ha llegado a creer que el derecho existe gracias a un acto de soberanía del poder público. Además, y aunque ello esté desmentido por el diario acontecer, se piensa que este cuerpo cerrado de normas y conceptos constituye un oráculo suficiente para extraer de allí, cuando no los preceptos jurídicos que resuelven expresamente la cuestión, al menos los principios de razonamientos que conducirán a una solución que podrá ser igualmente imputada al sistema de normas puesto y mantenido en vigor por el poder público.

En consecuencia, dice Puig Brutau, se estima que el juez no crea el derecho sino que lo “aplica”, y que la “interpretación” no hace más que determinar el sentido de una norma legal para aplicarlo a un caso particular, por más que en verdad pueda tratarse de la solución adecuada de este caso según un criterio que, sin la ayuda de razonamientos cortados a medida, sería difícilmente imputable a la regla general.<sup>56</sup>

En uno u otro caso, lo que interesa subrayar es que la fuerza de los hechos demuestra que el andar de la justicia siempre depende de los hombres, tanto de los que la componen como de quienes la activan; y que no importa tener el código más perfecto —igualmente siempre lleno de lagunas— ni la mejor estructura edilicia. Lo importante es que se mantenga el espíritu de la justicia, que la confianza otrora depositada no se evada por los intersticios de la suposición, de la inmoralidad, del caos, o de la inseguridad.

## II. LA CONCILIACIÓN Y SUS POSIBILIDADES

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliatio*, que significa composición de ánimos en diferencia.

En cada una de estas precisiones está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberse promovido.

El interrogante que plantea la conciliación se cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respecto a la eficacia que de ella se espera.

En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del caso. La decisión concertada obraría sobre la base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principista.

La renuncia bilateral —voluntaria—, decía Bentham, debe ser desalentada porque al Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión, y la conciliación esconde, en realidad, un mercado en donde gana el que más regatea.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, p. 131.

<sup>57</sup> cita de Alvarado Velloso, Adolfo, *La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1986, núm. 3, p. 238.

La posición desalienta el valor de la figura, pero la réplica histórica es concisa y demuestra la conveniencia de su instauración con ciertas adaptaciones necesarias que será oportuno establecer.

### 1. Antecedentes históricos 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 reunidas bajo la autoridad de un patriarca o de un jefe de familia que resolvía en equidistancia.

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

Del derecho romano nos llegan los llamados jueces de aveniencia, y de la época de Cicerón los juicios de árbitros que acudían a la equidad para resolver las disputas.

El estudio de Hitters sobre la temática, agrega que en la Revolución Francesa,

sobre la base de sus ideologías inspiradas por Voltaire, Rousseau y Montesquieu, partió la idea de que la nueva codificación basada en el racionalismo iluminista —a diferencia de las leyes del *ancien régime*— no necesitaba de grandes interpretaciones para ser aplicada ya que se trataba de normas de extrema claridad *inspiradas en la razón*; de tal modo que su aplicación al caso concreto no precisaba de jueces especialistas en derecho, sino de simples ciudadanos de buena fe y con cierta cultura.<sup>58</sup>

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 estableció la justicia conciliatoria intraprocesal en una audiencia anterior a promover la demanda introductoria. Decía el artículo 201 que “antes de promover un juicio debe intentarse la conciliación ante el juez competente”, disposición que conserva el artículo 460 de la ley reformada en 1881 exceptuando del acto a los juicios verbales, los declarativos que fueran

<sup>58</sup> Hitters, Juan Carlos, “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, en *Justicia entre dos épocas*, ed. Platense, 1983, p. 168 y sus citas.

propuestos como incidentes o provinieran de la jurisdicción voluntaria, los que tuviesen como parte al Estado y sus proyecciones institucionales, los que interesen a menores e incapacitados para la libre disposición de sus bienes, los que fuesen deducidos contra personas desconocidas o inciertas, o contra ausentes que no tengan residencia conocida, o que se domicilien fuera del territorio del juzgado en que debe entablarse la demanda, los procesos de responsabilidad civil contra jueces y magistrados y los juicios de árbitros y de amigables componedores, los universales, los ejecutivos, de deshaucio, interdictos y alimentos provisionales.

En síntesis, la conciliación fue motivo de particular interés para los asuntos posibles de transacción, pero es menester observar que viene pensada como un acto anterior al proceso, y aun antes de él, como posible audiencia preventiva y saneadora de los intereses y derechos enfrentados.

## *2. La conciliación en Argentina*

Luego de la Asamblea de 1813 se instituyó el Tribunal de Concordia, a modo de justicia depuradora y conciliatoria. Su finalidad era determinar si los hechos expuestos por las respectivas pretensiones daban motivo a la intervención jurisdiccional y, si lo fuera, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del conflicto.

El Estatuto provisional de 1815 derogó la modalidad, pero sirvió de notable antecedente por la utilidad que había prestado, al punto que indicaba que los jueces de primera instancia ante quienes se promuevan demandas deberán invitar a las partes a la transacción y conciliación de ellas por todos los medios posibles antes de entrar a conocer judicialmente.

La misma tendencia a la composición amigable tuvo aceptación en cada ordenamiento adjetivo que fue dispuesto. Tanto la ley 14.237 (de reformas al viejo código de procedimientos de la Capital Federal), la ley 17.454 (que da vida al código procesal civil y comercial de la Nación), y la última reforma trascendente como fue la ley 22.434 han establecido la posibilidad de conciliar, en cualquier estado del proceso, ordenando la comparecencia personal de las partes.

## *3. Modalidades de la conciliación*

Es menester clarificar las modalidades que admite la conciliación una vez establecido el objeto que contabiliza institucionalmente.

La conciliación puede ser procesal e instaurarse en el curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello; o ser preprocesal, y en su caso, estar fuera de la noción jurisdiccional para meditarse como mecanismo alternativo de composición a través de personas o instituciones debidamente respaldadas.

a) *La conciliación preprocesal*: Suele denominarse también conciliación extrajudicial porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa.

Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas a través de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados.

La tercera en el conflicto no otorga carácter jurisdiccional al procedimiento encaminado, porque el conciliador toma intervención por la voluntad directa de las partes y no de la voluntad del Estado que lo predetermina como juez natural. De igual manera, el conciliador que obra fuera del proceso no ejercita heterocomposición alguna, por cuanto ésta tiene lugar —al decir de Alvarado Velloso— “en el caso de ausencia de acuerdo entre las partes respecto de la persona del tercero que habrá de resolver el conflicto: ello ocurre en el proceso judicial, el cual puede incoar el pretendiente aun en contra de la voluntad del resistente, quien no obstante quedará ligado a aquél por la simple voluntad de la ley”.<sup>59</sup>

Los buenos oficios que ponga el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto no torna lo actuado en proceso, sino que es un mero procedimiento voluntario que persigue atenuar temperamentos extremados procurando limar sus asperezas favoreciendo proposiciones de autocomposición. En definitiva, la solución depende siempre de lo que las partes resuelvan, y no de la fórmula que el mediador propicie.

Sin embargo, el fenómeno no registra esta única característica en tanto siendo un derecho transigible las partes pueden acordar que el tercero tenga incidencia y facultad resolutoria, la cual podrán acatar sin derecho a recurso alguno, o admitiendo que su proposición sea de simple acercamiento a los intereses enfrentados generando una alternativa más de solución pacífica.

De acuerdo con ello, la conciliación extrajudicial presenta estas modalidades:

—Como actividad de buenos oficios de un tercero que se limita a intentar el acercamiento entre las partes, en base a la prudente actitud

de los hombres sabios, cuya actitud no se expone en recomendaciones de obligatorio seguimiento.

—Como mediador, la conciliación se manifiesta en la actividad y diligencia que realiza el tercero ofertando proposiciones de arreglo que las partes pueden o no seguir. A diferencia del anterior, éste dirige la disputa y persigue el acuerdo, pero no decide *per se*, por cuanto la solución de la controversia permanece en lo disponible de las partes.

—No deben confundirse estas actitudes disuasorias con la actividad que ejercitan árbitros y amigables componedores, porque ellos tienen un ámbito diferente bosquejado desde las formas del juicio. De alguna manera son *jueces de conciencia que resuelven por su saber, entender, prudencia y técnica* dispuesta, siendo sus pronunciados, justamente, enjuiciamientos que los contradictores deben respetar por el sometimiento voluntario oportunamente realizado.

La conciliación extrajudicial analizada en el concierto jurídico que ofrece el derecho comparado muestra posibilidades de distinta gestación. A veces se impone como condición prejudicial y es obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos; en otras, pervive en la disposición de los interesados, es facultativa, pero efectiva y útil para resolver sin la crisis y fatiga jurisdiccional, problemas de singular relieve y presencia.

En España, el acto de conciliación se impuso como verdadero presupuesto de admisibilidad de la demanda (cuyo cumplimiento tenía que examinar el juez antes de dar curso a la pretensión), hasta 1984 que reformada la ley de enjuiciamiento civil quedó reglamentada con carácter facultativo.

Este acto preventivo es un medio autocompositivo que se ofrece a las partes. Si logra el objetivo de acercamiento y avenencia, la solución se trasunta en el desistimiento, el allanamiento o la transacción.<sup>60</sup>

Caracterizada doctrina menciona que el carácter facultativo al que torna actualmente la conciliación preprocesal, obedece a que el acto se había convertido en una mera formalidad, en una auténtica cortapisa que era preciso salvar dentro de la carrera de obstáculos en que se había convertido el proceso civil. En verdad, agregan, la historia de la conciliación es la historia de una gran ilusión desvanecida.<sup>61</sup>

Francia sufrió idéntico repliegue, por cuanto de la *grande conciliation* ejercida por los jueces de paz fue tornándose a etapa del proceso en

60 Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel, Gómez Colomer, Juan Luis, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 128.

61 Almagro Nosete, José, Gimeno Sendra, José Vicente, Cortés Domínguez, Valentín, Moreno Catena, Víctor, *Derecho procesal*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1991, p. 367.

razón de sucesivos cambios que abolieron primero a la misma conciliación y luego a la justicia de paz.<sup>62</sup>

La obligatoriedad de la conciliación antes del proceso motiva fervorosas opiniones en contrario. Unos sostienen que se constituyen en obstáculos verdaderos al acceso a la justicia sin limitaciones de tipo alguno y que su ineficacia queda demostrada por las numerosas legislaciones que abandonaron su curso —preventivo o preprocesal— para instalarlo dentro del trámite litigioso. Otros, en franca contradicción, señalan que el derecho comparado es manifiesto portavoz de la confianza que se tiene a este instituto, ya sea en África, Asia o la misma Europa y Estados Unidos donde cada cual establece la forma de instituir en las comunidades un cuerpo idóneo para la resolución de conflictos menores de tipo civil o penal en los casos en que las partes tengan la disponibilidad del derecho. Asimismo tienden a descongestionar el trabajo jurisdiccional y a obrar como agentes interesados en la búsqueda de vías rápidas para solucionar controversias.<sup>63</sup>

De su lado la conciliación voluntaria, anterior al proceso, ha germinado en instituciones de múltiples finalidades en la mira de acercar soluciones a conflictos planteados por interpretaciones de los derechos del consumidor, intereses difusos, asuntos de familia, laborales, etcétera.

La misma inspiración, pero en un marco de competencia indiscriminada, asumen organismos parajudiciales como los Colegios de Abogados,<sup>64</sup> ombudsman, etcétera.

b) *La conciliación procesal*: La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses.

La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.

Posicionar la conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso.

62 ver: Pellegrini Grinover, Ada, "Conciliación y juzgados de pequeñas causas", en *Jus*, núm. 40, p. 40; Denti y Vigoritti, "Le role de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit", *Rapport général al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Würzburg, 1983, p.354.

63 Cappelletti, Mauro, "Appunti sul conciliatore e conciliazioni", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, ed. Giuffrè, 1981, p. 53; Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, supra, nota 59, p. 170.

64 Morello, Augusto Mario, *La reforma de la justicia*, Buenos Aires, Editorial Platense-Abeledo Perrot, 1991, pp. 143 y ss.

Por otra parte, la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejujuamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta.

Asimismo, instalada en el proceso el juez puede ordenar o no la comparecencia al avenimiento, porque si las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, tanto como si fuese prohibida la disposición por no ser materias transigibles, sería inútil e inoficioso propiciar la vía.

Creemos que este es el justo camino para la conciliación, un acto poder para el juzgador, y un derecho absolutamente dispositivo para las partes.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCILIACIÓN

Plantea Couture una interesante cuestión terminológica que afecta la comprensión misma del sistema. Consiste 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.<sup>65</sup>

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, etcétera).

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 una mera facultad del órgano judicial.

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 señalarla como proceso autónomo cuando logra alcanzar el objetivo de avenimiento.

De este modo, sería posible confirmar que existe un proceso de conciliación independiente porque tiene partes, tiene un órgano que intermedia y pacífica (*verbi gratia* juez de paz) y consigue un resultado útil y efectivo al interés de los comparecientes.

<sup>65</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, t. I, p. 229.

Según Guasp se designa con el nombre de proceso de conciliación a los procesos de cognición especiales por razones jurídico procesales, por los 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 partes.<sup>66</sup>

A su entender sería un proceso particular porque existe un reclamo jurisdiccional que provoca una auténtica 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. Además, la caracterización que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil Española denominando 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.<sup>67</sup>

En síntesis, la autonomía procesal de la conciliación sería obtenida desde la especialidad de su objeto. Es decir que no interesa el objeto material que discute la litis sino el acuerdo logrado desde el acto de avenencia. Sería un caso típico de especialidad por razón, no de derecho material, sino de derecho procesal.<sup>68</sup>

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 postulación y sustanciación que provoquen la sentencia o una resolución judicial, derivaría en asumirla como un acto del 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.<sup>69</sup>

Los efectos de esta concertación serían similares 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

<sup>66</sup> Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 1234.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 1235.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Almagro Nosete, José y otros, *op. cit.*, *supra* nota 62, p. 366. De similar idea participarían Montero Aroca, Ortells Ramos y Gómez Colomer, quienes sostienen que la conciliación supone términos equívocos, pero con claridad suficiente para saber que no es un proceso, sino un acto solícito, disponible para las partes (*op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 127-128). También Calamandrei decía que cuando la conciliación se confiaba a órganos judiciales formaba parte de la jurisdicción voluntaria (*op. cit.*, *supra* nota 15, p. 198).

a Satta que la conciliación es fruto de la actividad jurisdiccional contenciosa.<sup>70</sup>

Ahora bien, la síntesis de estas posiciones reflejan, de alguna manera, el destino institucional que se asigna al derecho procesal y, específicamente, a esa manifestación actual de la función jurisdiccional. En suma, o 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 preprocesal (pero jurisdiccional) tiene sustento procesal porque se instala como un presupuesto de admisibilidad de la demanda cuando aquel se dispone como obligatorio.

Si ella fuese, en su lugar, facultativa, tampoco perdería su condición como acto del proceso porque si las partes están en condiciones de transigir los intereses y resuelven hacerlo ante un juez y no como un negocio de carácter privado, justamente esa intervención da sentido, utilidad y eficacia, al mismo acto de avenimiento.

Por su parte, si la composición se alcanza en una audiencia (conciliación intraprocésal), sin hesitación alguna se obtiene idéntica conclusión. Por ejemplo, el artículo 36 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina establece que jueces y tribunales pueden *disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito, sin que la mera proposición de fórmulas conciliatorias importe prejuzgamiento.*

#### IV. FUNDAMENTO DE LA CONCILIACIÓN

Una vez más el acto procesal que supone la conciliación podría aparejar una contradicción de sus propios términos y finalidades.

Si el avenimiento se formula como un proceso natural e independiente sería ilógico considerar que obre como tal, ya que la decisión de acudir a un juez para solucionar una diferencia de intereses supone el fracaso anterior de negociaciones tendientes a evitar justamente el litigio.

Sería tanto como decir que la conciliación es un proceso que tiende a eliminar el proceso ulterior, circunstancia que destaca la dificultad para entenderla como proceso independiente.

<sup>70</sup> Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1971, vol. I, p. 292.

En su lugar, si la conciliación se interpreta como acto procesal puede colegirse una finalidad clara y precisa, alcanzar un acuerdo voluntario en la diferencia de pretensiones sin necesidad de agotar una instancia judicial que, generalmente, es larga y fatigosa y no responde al espíritu inquieto del hombre ansioso por lograr el reconocimiento del derecho.

## V. RESULTADOS DE LA CONCILIACIÓN

Establecido el carácter del acto conciliatorio, observemos que resultados pueden obtenerse.

Propiciada como etapa del proceso la concertación amigable se transmite en posibilidades diferentes como son las tres formas típicas de la avenencia: el desistimiento, la transacción y allanamiento; mientras que si la audiencia se da en el plano de un proceso ejecutivo existen modalidades parecidas como la quita, espera, remisión o novación de la deuda.

Cualquiera de estas formas convenidas responde a decisiones propias de quien las asume. Si se manifiesta como reconocimiento de una parte a la otra podrá hallarse un allanamiento expreso o sometimiento voluntario a las pretensiones del actor; si fuese un acuerdo que tiende a evitar el proceso (*verbi gratia*: quita, espera, desistimiento, etcétera) la declaración consecuente del juez homologando el acto determinará el sentido jurídico asignado a la autocomposición.

Cada supuesto interroga el alcance que corresponde dar a esa consecuencia (resultado de la conciliación) en relación con la actividad que cumplen las partes y el juez.

Esta condición demuestra que cuando se habla de conciliación no se piensa en el sentido estricto del término, sino en un sentido más amplio que tolera la declinación de los intereses, el sometimiento absoluto y la misma transacción o renuncia recíproca a posiciones precedentes irreductibles.

Tal situación confrontada con las realidades de la *praxis* incide para comprender por qué la conciliación es posible en asuntos de probable transacción.

Es claro Couture cuando indica que lo que se prohíbe es la avenencia por transacción de derechos indisponibles, pero sumamente útil ante procesos posibles de desistimiento o culminación voluntaria.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> *Op. cit.*, *supra* nota 66, p. 232.

Asimismo, para deducir eficacia y ejecución inmediata al acuerdo alcanzado es preciso dotarlo de la autoridad que le agrega la sentencia homologatoria; condición que nos permite entrar a una dificultad hasta ahora doctrinariamente insuperable.

## VI. BENEFICIOS QUE REPORTA LA CONCILIACIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL

En párrafos anteriores citamos superficialmente la discusión que problematiza la instalación del acto conciliatorio en sede judicial o administrativa.

Las experiencias del derecho comparado son interpretadas diversamente concluyendo en resultados auspiciosos o desilusionantes tanto para uno como otro sistema.

Inclusive Denti refleja que no existe entre los países una identidad tal que permita enunciar características comunes y proponer sistemas homogéneos; en cambio, Cappelletti (también Vescovi, Hitters, Morello, entre otros) sostiene un denominador común instalado en la tendencia hacia formas conciliatorias no contenciosas.<sup>72</sup>

También se bifurca el sendero cuando se ocupa el rol del Estado en estas discusiones acontece. Ya decía Calamandrei que la conciliación por organismos públicos que resuelven controversias entre particulares era típicamente un caso de administración pública del derecho privado que, sin reparo alguno, podía confiarse a órganos no judiciales.<sup>73</sup>

En verdad, la experiencia vernácula demuestra que la intención conciliadora en estamentos públicos (*verbi gratia* reclamo administrativo; instancia ante el Ministerio de Trabajo en los diferendos laborales; Comisiones arbitrales de las Bolsas de Cereales, Valores, etcétera) tiene respuestas disímiles y su eficacia depende mucho de la difusión y conocimiento que de la posibilidad tenga el particular.

La desinformación genera el interrogante, y con ello caminan juntos la aventura a lo desconocido, el riesgo posible a afrontar, las dificultades para captar y confiar en lo que no se conoce. En síntesis, la clave está en el conocimiento de los derechos y en las bondades evidentes que el sistema pueda mostrar.

<sup>72</sup> Denti *ed alter*, *op. cit.*, *supra* nota 63, p. 419; Vescovi, Enrique, "La justicia conciliatoria", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1982-2, p. 166; Morello, Augusto Mario, *op. cit.*, *supra* nota 65, p. 149.

<sup>73</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, *supra* nota 15, p. 198.

Convencidos de tales deficiencias, y teniendo en cuenta la expresión popular *más vale un mal arreglo que el mejor de los pleitos* que es una realidad incontrastable, pensamos que —por el momento— no es conveniente abrir la alternativa conciliatoria a instancias que no sean jurisdiccionales.

Además, como es preciso reconquistar la confianza del ciudadano en la justicia, cabe preguntarse que aportamos hacia este destino si continuamos relegando sus posibilidades de perfección.

En el fondo, la solución de conflictos estuvo pensada como un deber-poder del Estado que asumió el compromiso de resolverlos, para adecuar y armonizar la vida de relación. Si tornamos esa orientación, fácilmente podemos alcanzar las fórmulas autocompositivas de las sociedades tribales.

No desalentamos la perspectiva de pacificación concertada a partir de organismos institucionalizados, pero es menester antes de ello ejercer un gran trabajo de orientación, docencia y difusión.

Creemos no es discutible la solución constructiva que ofrece una modalidad poco solemne y de fines precisos, sobre todo en asuntos tales como los de familia, vecindad, laborales, comerciales, accidentes de tránsito con daños en vehículos, etcétera, pero debe propiciarse el cambio, adecuado en la oportunidad. De otro modo, sin tener en claro estos repliegues, puede caerse en un afán poco convincente, un asedio a ilusiones sensacionalistas que lleven a creer que mediante esta vía se descongestionará el tráfico judicial. Si fuera esta la tesis, o la misión encomendada a la conciliación, firmemente nos oponemos a ella, porque serviría tanto como para negar la esencia misma de la jurisdicción y del sentido de la justicia.<sup>74</sup>

Fue Calamandrei quien anticipó que:

si la conciliación debiera servir para hacer callar el sentido jurídico de los ciudadanos habituándolos a preferir a las sentencias justas las soluciones menos fatiosas de acomodaticia renuncia, la misma estaría en antítesis con los fines de la justicia...En otros países, la simpatía con la cual se mira a la conciliación (otra manifestación de la tendencia, ya observada,

<sup>74</sup> Las bondades de la conciliación no se discuten, pero sirve anotar la aclaración que de ella hacen Morello-Sosa-Berizonce cuando indican que *no se trata de impulsar una justicia de segunda, que privilegiando una mal entendida paz social haga naufragar en definitiva, por defecto cualitativo, la justicia del caso. La conciliación no puede edificarse ni consolidarse, ganándose el favor de los justiciables, sino a partir de la premisa esencial de que sirve definitivamente a la justa composición de las controversias, no a un resultado cualquiera (Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, Buenos Aires, Ed. Platense-Abeledo Perrot, 1989. t. IV-A. p. 20)*

que querría transformar todo el proceso civil en jurisdicción voluntaria) se funda en un sentido de creciente escepticismo contra la legalidad y contra la justicia jurídica, tanto que se ha creado incluso una palabra irónica para indicar la desilusión de aquellos que creen poder resolver todas las controversias con una decisión según el derecho (decisionismus); puede ocurrir así que el favor con que se mire la función conciliadora, vaya de acuerdo con el descrédito de la legalidad, y sea índice de un retorno a la concepción de la justicia, como mera pacificación social.<sup>75</sup>

## VII. OPORTUNIDAD PARA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

El tiempo dispensado para celebrar la audiencia conciliatoria tiene gran importancia porque incorpora el requisito de la oportunidad adecuada con los fines que se intentan conseguir.

Los distintos sistemas que fueron dispuestos para establecer la conciliación como etapa del proceso atendieron esa cuestión de tanta significancia, de modo tal que aparecen como formas de ella:

a) la actividad preventiva, cifrada como facultativa para las partes al tener un órgano del Estado dispuesto a componer el conflicto sobre la base de aproximar con sus buenos oficios los intereses que colisionan (*verbi gratia*: juez de paz, conciliadores, etcétera).

b) la actividad prejudicial, establecida como requisito de admisibilidad de la demanda, donde se obliga a las partes a deducir sus pretensiones ante un juez de la conciliación o ante el mismo que deba conocer sobre la razón material del proceso, quien tentará arreglar la controversia sin llegar a la sentencia definitiva.

c) la actividad celebrada en cualquier etapa del proceso (*verbi gratia* artículo 36, inciso 2, apartado a, Código argentino) generalmente normada como actitud discrecional del juez, o disponible a la petición de las partes. De esta manera se convierten en meras facultades ordenatorias poco vistas en la praxis.

d) actividad obligatoria de cierto tipo de procesos. En nuestro país los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, el artículo 34 inciso 1 apartado final resuelve que

en la providencia que ordena el traslado de la demanda se fijará una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del ministerio público, en su caso. En ella el juez tratará de

75 Calamandrei, Piero. *op. cit.*, *supra* nota 15, p. 199.

conciliar a las partes y de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.

Igual objetivo tiene la audiencia preliminar que se fija en el proceso de alimentos, donde se hace comparecer personalmente a las partes y al representante del ministerio pupilar, si correspondiere, a fines de propiciar el juez un acuerdo directo que, eventualmente, homologaría en ese acto (*verbi gratia* artículo 639, CPC de Argentina).

e) actividad desplegada antes de abrir a prueba el litigio. Así lo establecen ordenamientos procesales que utilizan el acto como tentativa de conciliación y despacho saneador (*verbi gratia*: Brasil, Uruguay), y no fue desconocido en nuestra legislación por cuanto lo tuvo dispuesto la Ley 14.237.

Nosotros pensamos que esta es la oportunidad precisa e indicada, no sólo porque favorece la presencia del mismo órgano jurisdiccional que lleva la dirección del proceso, sino porque en esa audiencia será posible adoptar otro tipo de medidas saneadoras que agilicen la prosecución del juicio, si no fuese alcanzado el objetivo de pacificación concertada.

Audiencia preliminar y conciliación son actitudes prudentes de buena orientación, y ha sido penoso que las sucesivas reformas procesales no retornaran a esa feliz iniciativa.<sup>76</sup>

### VIII. EL PROCEDIMIENTO EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Sin importar el tiempo o el lugar donde la conciliación fuese intentada, distintos matices problematizan concretar el acto sin arriesgar su eficacia ulterior.

Uno de ellos, quizás el principal, se asienta en la necesidad o conveniencia de encontrarse las partes asistidas mediante abogados.

Cuando el avenimiento se propicia antes del proceso, parece lógico indicar que el requisito es innecesario a no ser que una de las partes tuviere patrocinio en cuyo caso, a fin de resguardar la igualdad, tendría que aportarse el equilibrio restaurador.

Esta actitud de prudencia no debe interpretarse como una modalidad de asistencia legal basada en la condición económica de quien la necesita o requiere, sino como una medida técnica que deviene necesaria para evitar ventajas indeseables.

<sup>76</sup> ver nuestra posición al respecto en: *Respuestas procesales*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1991, pp. 127 y ss.

Por ejemplo, el Tribunal de pequeñas causas de Brasil, diseña esta actitud ofreciendo una defensa técnica siempre y cuando la otra pueda obtener una presencia preponderante al concurrir a la instancia con abogado propio. Dice Dinamarco que si el beneficiario de esa asistencia así concebida no contara con servicios profesionales gratuitos, se alteraría la finalidad que se persigue, a cuyo fin el artículo 54 de la ley creadora del sistema dice de la “prohibición de la puesta en marcha de los juzgados de pequeñas causas mientras no esté implementado el servicio de asistencia jurídica específica para cada juzgado”.<sup>77</sup>

En sistemas donde la audiencia se implementa como un acto anterior de la demanda (preprocesal, obligatoria o facultativa) la ausencia de formas y el carácter específico que reúne la modalidad a la cual se convoca, permite sostener que los abogados no resultan teóricamente imprescindibles en tanto la dirección y orientación parte del conciliador. Pero si afinamos el concepto y nos despojamos de cierta ilusión teórica comprenderemos, inmediatamente, que no hay mejor mediador que el abogado, el cual operando en su rol preventivo, consejero, impide la discusión entre ánimos caldeados por la circunstancia que los encuentra, logrando persuadir al cliente hacia el buen entendimiento de sus ventajas y oposiciones.

Esta participación letrada, enderezada hacia los buenos oficios diligentes con la télesis que inspira la audiencia, señala otra característica en aquellos procesos donde la conciliación no está reglamentada específicamente.

Cuando la audiencia se formula ritualmente, no existen problemas para conocer sus reglas; habitualmente establecidas sobre cimientos de simplicidad e informalidad pero obligando el comparendo personal de los interesados.

En cambio, impuesta como etapa del proceso, cabe reflexionar sobre la posibilidad de agregar expresiones escritas que formulen proposiciones de acuerdo, o dejen la iniciativa de ellas a la deliberación que surja de la audiencia y el juez actúe en su calidad de conciliador

La informalidad del encuentro debe privar en las relaciones que se traben en ella, si acuden las partes con proposiciones escritas, corresponderá al juez analizarlas en su contenido para resolver su admisibilidad formal y someterla a consideración de la contraparte. De lo contrario, restará el compromiso que el director tenga con la finalidad de la

<sup>77</sup> Dinamarco, Cándido R., *Principios y criterios de las pequeñas causas*, p. 33 citado por Morello, Augusto Mario, *El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (el Tribunal de Pequeñas causas de Brasil)*, J.A., 28 de agosto de 1985, núm. 5426.

audiencia para ejercer, con moderación y prudencia, la promoción de la vía pacífica que resuelva con paz y seguridad, la diferencia que motivara el proceso.

La misma noción que importa el acto, obliga a sustanciarlo en solo un acto. No es conveniente el fraccionamiento, sea ya por el principio de concentración como por la celeridad que debe impulsar todo proceso. Por ello, si las conversaciones auspician posibilidades de arreglo, sólo la disponibilidad de las partes permitirá suspender el curso normal de los actuados. De otro modo, debe el juez proveer lo que en derecho corresponda.

Va de suyo que la presencia personal del juez en la audiencia y la homologación del acto convenido, son resortes que validan lo obrado y justifican la conciliación en sí misma.

#### IX. EFECTOS DEL ACTO CONCILIATORIO

De acuerdo a los resultados que se obtengan, es posible dividir las cuestiones en dos posibilidades diversas. En primer término corresponde atender qué efectos causa la conciliación cuando se frustra el objetivo tentado; y en segundo lugar, cuales son las consecuencias que surgen si hubo avenimiento.

Respecto a la primera posibilidad, nadie puede dudar de la conveniencia de intentar la conciliación, porque si es preprocesal, servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera, qué probables alternativas de composición tengan en prospectiva. Si fuese jurisdiccional, la ventaja inmediata está en el conocimiento que tenga el juez del problema que deberá afrontar y de quiénes son las partes. El expediente perderá la frialdad de su contenido para convertirse en un juego de emociones y sensaciones conocidas, tendrá una cara a recordar y una inteligencia a decir. El comportamiento de las partes no siempre se advierte con precisión de las lecturas de los alegatos, siendo menester convenir que la inmediación consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que le dieron vida.

Por otra parte, si la conciliación no fuese alcanzada, la misma audiencia debe servir para depurar la materia en controversia, fijar los hechos en discusión, incorporar otros que no fueron motivos atendibles al tiempo de promover la demanda, propiciar los medios de demostración más precisos y convincentes, etcétera.

Por su parte, si fuese lograda la avenencia entre las partes deberá el juez encuadrar la figura concertada con las previstas al efecto por el código civil (renuncia, transacción, quita, espera, remisión, novación, etcétera) y las que obren correspondientes en el derecho procesal (allanamiento, desistimiento, transacción).

Ahora bien, esta labor de precisión nos lleva a delimitar el terreno donde se abona la autocomposición, porque si atendemos únicamente lo hecho por las partes, estaremos presenciando un negocio jurídico de carácter privado que el juez homologa dando satisfacción a una pretensión compartida por litigantes.

En cambio, si priorizamos el suceso mismo de la audiencia, la participación del órgano jurisdiccional y las partes, y en conjunto, la unidad que inspira la mecánica de la conciliación, tendremos que concluir que la avenencia es el producto de un acto procesal.

La diferencia transporta a la teoría general del derecho procesal un problema que incide en la resolución que merecen los actos que desenvuelven voluntades de quienes los realizan y que tienden a producir efectos jurídicos a partir de la convalidación judicial.

Sin embargo, Palacio ha dicho que

la eventual diferencia sólo se traduciría, en definitiva, en la mayor o menor relevancia que la ley otorga a las declaraciones de voluntad de las partes para producir determinados efectos jurídicos en el proceso, es decir, en una mera cuestión de medida que, como tal, no logra alterar la identidad esencial existente entre todos los actos procesales provenientes de las partes.<sup>78</sup>

Nosotros hemos compartido esta posición, estimando que desde la absoluta distancia que tomó el derecho procesal del derecho civil para lograr su identidad científica, hasta la simple confrontación respecto a que los actos requieren de la actividad jurisdiccional para tomar eficacia, queda en claro que los actos de composición voluntaria (allanamiento, desistimiento, transacción, conciliación) solamente tienen validez una vez que el juez los acepta, otorgándoles definitivamente efectos jurídicos.<sup>79</sup>

78 Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1977, t. IV, p. 21.

79 Gozáini, Osvaldo Alfredo, *op cit.*, *supra* nota 3, p. 343.

La cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes.

Esta cualidad de la sentencia debe considerarse producida tan pronto como el acto de conciliación se verifica. Al respecto dice Guasp que

no se admite en la ley, ni sería compatible con el régimen jurídico general del acto, la posibilidad de un recurso en relación con las actividades que en el acto realizan tanto el Juez como las partes. La celebración del acto de conciliación, con o sin avenencia, extingue el procedimiento y no da margen a la posibilidad de un nuevo proceso para que se revise lo que en la conciliación se haya hecho o se hubiera debido hacer. Por lo tanto, hay que entender que la firmeza del resultado del acto de conciliación, sin perjuicio del remedio que a continuación se señala, se obtiene inmediatamente, y que recursos, en cuanto tales, no existen contra lo que en el acto de conciliación se pueda realizar.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> Guasp, Jaime, *op. cit.*, *supra* nota 67, p. 1248.