



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio

por MARIANA CUCATTO^(*) y TORIBIO ENRIQUE SOSA^(**)

Sumario: 1. LA DIMENSIÓN MULTIDISCIPLINARIA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES. – 2. EL RELATO: VEROSIMILITUD Y PROBABILIDAD. – 3. EL MANEJO JURÍDICO DEL CONFLICTO DE INTERESES HOY: ¿QUÉ ES LO QUE HACEMOS USUALMENTE COSECHANDO RESULTADOS INSATISFACTORIOS? – 4. EL DIÁLOGO ASISTIDO Y OBLIGATORIO PARA DELIMITAR Y DEPURAR EL CONFLICTO. 4.1. EL DIÁLOGO EN LUGAR DE LOS RELATOS UNILATERALES. 4.2. EL DIÁLOGO ASISTIDO POR UN TERCERO IMPARCIAL. 4.2.1. En la audiencia preliminar. 4.2.2. Antes del juicio. 4.2.2.1. Propiciaría negociar sobre bases más firmes un acuerdo más justo. 4.2.2.2. Facilitaría consensuar complementariamente sobre aspectos formales. 4.2.2.3. Provocaría la descongestión del posterior proceso judicial. – 5. DEBER DE COOPERACIÓN: INCUMPLIMIENTO. 5.1. PODRÍA IMPLICAR DE ALGUNA MANERA FALTA DE RAZÓN. 5.2. DEBERÍA ACARREAR CONSECUENCIAS JURÍDICAS DESFAVORABLES. – 6. LA PRUEBA TEMPRANA. – 7. SINTÉTICA PROPUESTA FINAL.

1 La dimensión multidisciplinaria de los conflictos de intereses

No se puede resolver adecuadamente un conflicto ni por vía de decisión de tercero imparcial ni por acuerdo de partes si no se sabe cuál es su consistencia básica: por un lado, versiones fácticas concurrentes o discrepantes; por otro, aval o no de pruebas para cada versión.

A fin de que resulten adecuadas, tanto la heterocomposición como la autocomposición exigen recortar esa parte

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos. Un proyecto trascendente para la Provincia de Buenos Aires*, por HÉCTOR OSCAR MÉNDEZ, ED, 176-929; *Acceso a la justicia y el sistema multipuertas: Un nuevo enfoque para la orientación y gestión de conflictos*, por ALEJANDRO LAREO, ED, 198-617; *Actividad componedora del juez de familia*, por ADRIANA M. WAGMAISTER, EDFA, 29/-3; *La mediación, un oficio en el mundo de hoy. Para buscar la paz en las familias, en las instituciones y en la sociedad*, por IRENE BEATRIZ MONTES y SUSANA MIRTA ROSSIN, EDFA, 29/-20; *Negociación y moral*, por FLORA M. KATZ, ED, 252-557; *La inexplicable persistencia de una interpretación infundada: el carácter restrictivo de la materia arbitrable*, por ROGUE J. CAIVANO, ED, 254-480; *A propósito de las conductas particulares y las intervenciones estatales en los conflictos de intereses*, por LEONARDO J. AMBESI, TySS, 12/2014-951. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

de la realidad configurada por el conflicto de intereses, hay que saber de qué se trata.

Por otra parte, para la autocomposición es importante además incursionar en los aspectos subjetivos de los interesados, más allá de los límites objetivos del conflicto de intereses: los conflictos de intereses no solo exhiben un costado jurídico, tienen dimensiones multidisciplinarias.

Jueces, abogados y juristas están acostumbrados a estudiar los aspectos jurídicos de los conflictos de intereses. Uno de sus puntos fuertes, por qué no reconocerlo, es el análisis de los principios y normas jurídicas aplicables.

Pero, si con esa actitud ya parece que ponemos en segundo plano a los intereses mismos involucrados en el conflicto, no nos colocamos así tampoco nosotros en la mejor posición para advertir que el conflicto de intereses no es solo de intereses y que es un conflicto de y entre personas. Si la persona es ella y sus circunstancias –según archiconocida reflexión de ORTEGA Y GASSET–, el conflicto de intereses termina abarcando intereses, personas, circunstancias de personas y, además, principios y normas jurídicas.

Así como en un conflicto de intereses no están abarcados solo los principios y normas jurídicas aplicables, es difícil que la persona involucrada en un conflicto de intereses ponga en juego nada más que su interés en conflicto y no, en cambio, otras circunstancias de su persona más allá de su interés en conflicto.

El conflicto de intereses excede los límites objetivos de los intereses en tensión, pues subjetivamente afecta y se convierte en un camino de acceso a otras circunstancias de las personas allende esos intereses. Esta consideración, no tan valiosa en esquemas heterocompositivos de conflictos, habrá de ser, en cambio, de vital importancia para el éxito de los medios de autocomposición.

(*) Profesora titular de Introducción a la Lengua y la Comunicación, y de Lengua II en la Facultad de Humanidades (UNLP). Profesora invitada en la Especialización en Derecho Penal y en la Especialización en Actividad Jurisdiccional y Administración de Juzgados y Tribunales Colegiados (UNLP). Investigadora del Conicet. E-mail: marianacucatto@yahoo.com.ar.

(**) Profesor titular regular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Profesor de posgrado en Derecho Procesal (UNLP). Juez de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Trenque Lauquen (Buenos Aires). E-mail: tesosa@live.com.ar.

Por ejemplo, qué sucede con las emociones o efectos psicológicos de la persona en conflicto⁽¹⁾. Aspecto central y escasamente atendido por los estudiosos del derecho –iteramos, mucho más concentrados en principios y normas jurídicas–, pese a que es sabido o debería saberse que las emociones son predisposiciones para actuar (por ejemplo, el miedo solo predispone para pelear o para huir, si es que no paraliza: a la persona atrapada por el miedo, mientras no la movamos de allí, no le pidamos otro comportamiento)⁽²⁾. ¿Qué emociones atrapan a la persona cuyo interés entra en conflicto? ¿Cómo es que ellas la conducen a adoptar determinadas decisiones –ej. el resentimiento y la desconfianza, a litigar– y no otras –ej. la confianza, a negociar–? ¿Cómo es que se puede trabajar a partir de las emociones para la resolución del conflicto?⁽³⁾.

Queda aquí sugerido el tema como asignatura pendiente, pues excede con mucho los límites de este trabajo⁽⁴⁾, pero aspiramos a que su lacónico esbozo sea, en alguna medida, útil para alertar sobre la posible repercusión en el plano jurídico de los múltiples aspectos humanos extrajurídicos de los conflictos de intereses.

2 El relato: verosimilitud y probabilidad

La *semanticidad* es la posibilidad que posee una lengua de articular con un universo extralingüístico y de referirlo, de hablar de la realidad. Siempre se habla o se escribe acerca de algo: un objeto, una persona, un lugar, un tiempo, un suceso o un conjunto de sucesos, sean reales, ideales o ficticios; el mundo solo puede adquirir sentido por la mediación del lenguaje⁽⁵⁾.

(1) Ver ponencia de BILLINGHURST DE BRAUN, NIDIA A., *La desjudicialización de los conflictos y la necesidad de habilidades y competencias en los operadores jurídicos compatibles con las formas alternativas de resolverlos*, en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, 2009, pág. 472.

(2) ECHEVERRÍA, RAFAEL, *Ontología del lenguaje*, Santiago, Granica, 1998, caps. VIII y IX. KOFMAN, FREDY, *Metamanagement*, Buenos Aires, Granica, 2001, t. 3, cap. 22.

(3) Oigamos la voz convergente de HÉCTOR ALEGRÍA: “Una asignatura pendiente, en lo personal, consiste en mi intención de encontrar apoyo en un experto en psicología que me permitiera, interactuando con la experiencia adquirida a través de un largo ejercicio profesional, escribir un trabajo sobre ‘Psicología del empresario en crisis y de su entorno’”, en *Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, La Ley, 17-11-08, LL, 2008-F-1134.

(4) Ver superficialmente el tema en ponencia de SOSA, TORIBIO E., *La antesala del proceso judicial: las emociones del justiciable (la justicia como fuente de resentimiento o de confianza)*, presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Buenos Aires en 2009. Se la puede ver en *Aportes para una justicia más transparente*, Roberto Berizonce (coord.), La Plata, Platense, 2009, pág. 395.

(5) CUCATTO, ANDREA, *El lenguaje como objeto de estudio e investigación*, en CUCATTO, ANDREA (ed.), *Introducción al lenguaje y a la comunicación: teoría y práctica*, La Plata, Edulp, 2009, págs. 17/95.

CONTENIDO

DOCTRINA

Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto, previas al juicio, por Mariana Cucatto y Toribio Enrique Sosa..... 1

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Seguro: De automotor: siniestro; rechazo; asegurado; cargas; incumplimiento. **Daños y Perjuicios:** Indemnización: reclamo; improcedencia; obrar antijurídico; falta de prueba (CNCom., sala B, diciembre 23-2016)..... 5

PROVINCIA DE CÓRDOBA

Suspensión del Juicio a Prueba: Oposición del Ministerio Público Fiscal: otorgamiento del beneficio; imputado; propuesta de reparación del daño; ley de blanqueo 26.476 (Tribunal Oral Federal de Córdoba N° 1, marzo 30-2017)..... 7

OPINIONES Y DOCUMENTOS

¿Por qué todo profesional del derecho debe conocer la legislación canónica?, por Jorge Antonio Di Nicco..... 8

Ahora bien, un relato no es más que palabras que aspiran a dar cuenta de una realidad, es la representación de una realidad mediante palabras⁽⁶⁾; en este sentido, la *mimesis* o imitación de la realidad en un relato no es en modo alguno un calco total o perfecto, es solo una aproximación, una recreación que aspira a ser *verosímil*⁽⁷⁾⁽⁸⁾.

Es *verosímil* el relato cuando aparenta ser verdadero, dicho de otro modo, cuando resulta creíble a fin de no parecer falso, y es *probable* el relato cuando hay motivos para creer que efectivamente coincide con la realidad⁽⁹⁾.

Los motivos para creer en la probabilidad de un relato en el ámbito jurídico suelen provenir *de otros relatos*⁽¹⁰⁾: los de las partes y los testigos al declarar, los de los peritos al dictaminar, los de los informantes al informar.

Para graficar la idea, diremos que, por ejemplo, es muy probable el relato acompañado:

a. por las palabras del adversario, vertidas ante el juez de la causa: se lo llama prueba confesional;

b. por las palabras de un notario cuando, en el instrumento público que autoriza, da cuenta de lo que él hizo o de lo que ha sido hecho en su presencia: hace falta un proceso de redargución de falsedad para desbaratar las palabras del notario y, consecuentemente, para herir de gravedad el relato de la parte apuntado por esas palabras del notario.

Es menos poderoso el relato solo acompañado por las palabras de otras personas que nada más percibieron con sus sentidos “en tiempo real” la realidad sobre la que versa el relato (prueba testimonial). Los sentidos, la atención, la memoria, etc., son frágiles e interfieren en la representación de la realidad. Pero, incluso dando cuenta de la misma realidad aunque de modo diverso, no será lo mismo la versión de una persona socialmente muy calificada que la de otra socialmente muy deprimida.

El relato acompañado por las palabras de expertos que no percibieron la realidad “en tiempo real” pero que, desde sus conocimientos científicos o técnicos, pueden “descubrirlo” buceando en los rastros o secuelas que ha dejado suele ser más poderoso que el relato solo avalado por prueba testimonial, aunque menos poderoso que el relato que va de la mano de prueba confesional o de instrumento público, etc.

En una sentencia de juez letrado habrá de prevalecer el relato más probable según los razonables fundamentos que deberá contener (art. 3º, cód. civil y comercial)⁽¹¹⁾.

3 El manejo jurídico del conflicto de intereses hoy: ¿qué es lo que hacemos usualmente cosechando resultados insatisfactorios?

Tomemos como referencia un proceso de conocimiento pleno, aunque cualquier tipo de proceso suele ser de todas formas ineficiente si sus resultados son confrontados con las expectativas de los justiciables.

Ante un juez letrado, ponemos en tensión relatos unilateralmente contruidos en escritos novelescos y sobrecargados de información no siempre útil: la demanda y la contestación de la demanda; más adelante, se tiene que producir la prueba pertinente y conducente; finalmente, llega la sentencia que corona el proceso, determina qué

(6) Para más sobre el relato en el discurso jurídico, ver: CUCATTO, MARIANA, *Narrar para describir; describir para argumentar. La operación lingüístico-cognitiva de la reificación en las sentencias penales de primera instancia*, Revista ALED, 9 (1), págs. 45/65; también CUCATTO, MARIANA, *Cómo narran los jueces. Reflexiones desde la lingüística cognitiva para comprender de qué modo las acciones de los ciudadanos se convierten en hechos penales*, en *Linguagem e Direito*, Virginia Colares (org.), Recife, Editora Universitária da UFPE, 2010, págs. 181/211.

(7) ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid, Gredos, ediciones de 1974 y 1999.

(8) Los fines de este trabajo no exigen desarrollar los conceptos de “mimesis” y “verosimilitud” desde tantas otras disciplinas, tales como la filosofía, la lógica, la lingüística, la literatura, etc.

(9) Sobre la equívoca traducción atribuida a CALAMANDREI del vocablo germano *wahrscheinlichkeit*, que significa tanto “verosimilitud” como “probabilidad”, con gravitante influencia hasta hoy en materia de tutela cautelar, ver TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pág. 183.

(10) No así cuando se trata de prueba directa (uso de los sentidos por el intérprete) o crítica (uso de la razón por intérprete para reconstruir por vía de inferencias). Sin embargo, siempre hay “algo” entre los hechos y la versión acerca de cómo sucedieron, sea la palabra de quienes declaran, dictaminan e informan, sea los sentidos o la razón del intérprete.

(11) Sobre la relación entre el relato o narración y la construcción lingüística de los “hechos” en las sentencias, confróntese CUCATTO, MARIANA, *Cómo narran los jueces...*, cit.

relato es el más probable y, al fin, cuál es su significación jurídica.

Y, antes del proceso judicial así concebido, “injetamos” un procedimiento obligatorio de mediación⁽¹²⁾ o conciliación⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾, orientado a la obtención de un acuerdo sin el simultáneo esclarecimiento de los respectivos relatos, siendo posible que así esos medios alternativos conduzcan: (i) a acuerdos injustos; (ii) o, en su defecto, a su tránsito con rapidez, con disgusto y sin ningún provecho, con pena y sin gloria, en tanto visualizados como rituales vacíos, inútiles y antieconómicos en tiempo y dinero⁽¹⁵⁾.

Por fin, ninguna forma heterocompositiva privada (como el arbitraje) es popularmente usual entre nosotros para abordar conflictos comunes y corrientes.

4 El diálogo asistido y obligatorio para delimitar y depurar el conflicto

4.1. El diálogo en lugar de los relatos unilaterales

Por más serio que fuera el esfuerzo unilateral del abogado de cada parte realizando cada uno una concienzuda instrucción preliminar⁽¹⁶⁾, solo serviría para tener más o menos en claro con qué cartas cuentan sus respectivos clientes (el relato y las fuentes de prueba propias), pero no para conocer con esa misma claridad las cartas del adversario (el relato y las fuentes de prueba ajenas), máxime si cada cual al mismo tiempo procura ocultarlas para utilizarse lo más sorpresivamente posible dentro del proceso. Además, sin una cierta dosis de bilateralidad en la delimitación del conflicto, siempre se correrá el riesgo de ser víctimas del humano don para la “visión de túnel”, consistente en, desde una posición parcial, filtrar los datos de la realidad rescatando los que se acomodan a la forma en que queremos que las cosas sean y descartando los que no se acomodan así⁽¹⁷⁾.

La adecuada delimitación y depuración del conflicto previa al juicio supone, entonces, el diálogo entre las partes, en una suerte de comparación y eventualmente confrontación de posiciones⁽¹⁸⁾.

4.2. El diálogo asistido por un tercero imparcial

Pero el diálogo librado solo a las partes no siempre es fructífero según la cultura de litigar imperante entre nosotros. *Si existiera una cultura de litigar que incluyera el uso fecundo del diálogo, se iniciarían menos juicios, se los iniciaría en el marco de acuerdos procesales (como demanda y contestación conjuntas), no habría necesidad o sería menor la utilidad de la audiencia preliminar y no se habría previsto la intervención obligada del juez bajo pena de nulidad, etc.*

La adecuada delimitación y depuración del conflicto supone, entonces, el diálogo entre las partes, pero asistido por un tercero imparcial.

(12) Cuya constitucionalidad ha sido rescatada por la CS en “Baterías Sil-Dar S.R.L. c. Barbeito, Walter s/sumario”, causa B-118 XXXV, del 27-9-01.

(13) Como en la ley 26.993, sobre causas en relaciones de consumo, por un monto menor que 55 sueldos mínimos, vitales y móviles conciliación previa obligatoria, ante un ente administrativo –COPREC– y, a falta de acuerdo, con chance luego de promover un juicio ante la justicia nacional de relaciones de consumo, con características similares a las de un proceso sumarísimo, sin obligación de transitar una mediación prejudicial obligatoria.

(14) Así, en el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1993, de MORELLO, EISNER, ARAZI y KAMINKER; también en el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1997, de los mismos juristas.

(15) Mismas razones por las que la tasa de acuerdos es muy baja (Italia) o incluso se ha retirado la previa obligatoriedad en Francia y España. Ver ANDREWS, NEIL en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal (Salvador de Bahía, Brasil, 2007), en *Direito Processual Comparado*, Ada Pellegrini Grinover y Petronio Calmon (orgs.), Rio de Janeiro, Forense, 2007, pág. 208 y sigs. Ver también VILLA, PEDRO S., *La etapa preliminar al proceso. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 392.

(16) FALCÓN, ENRIQUE M., *La recolección probatoria en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal. Prueba - I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, t. 2005-1, pág. 113 y sigs. TESSONE, ALBERTO J., *El abogado y la instrucción preliminar*, LL, 1997-E-151.

(17) HONORÉ, CARL, *La lentitud como método*, Barcelona, RBA, 2013, pág. 39.

(18) *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, publicación fomentada por el Gobierno alemán a través de la GIZ, Santiago, 2013, pág. 124 y sigs.

4.2.1. En la audiencia preliminar

En la audiencia preliminar⁽¹⁹⁾ ese tercero imparcial es el juez.

Si bien este trabajo postula la delimitación del conflicto previa al juicio, de camino no está de más consignar que esa tarea puede ser realizada, aunque con rendimiento en teoría menor, ya dentro del juicio.

Y a eso es que apunta la llamada “audiencia preliminar”⁽²⁰⁾ o “audiencia inicial”⁽²¹⁾, que, inserta en el proceso luego de la contestación de la demanda o de la reconvencción y después de la decisión firme sobre las excepciones previas, no es entonces tan “preliminar” ni tan “inicial”.

A esa altura:

a. las partes ya habrán introducido sus relatos a través de versiones unilaterales por principio inmodificables, cuyo entrecruzamiento habrá que efectuar para deslindar qué hechos son relevantes, y dentro de estos, cuáles son admitidos y cuáles controvertidos;

b. las partes ya habrán propuesto definitivamente sus pruebas, a veces forzadas a hacerlo a tientas en función del principio de eventualidad (por ejemplo, como cuando se obliga al demandante a ofrecer toda su prueba con la demanda), y quedará nada más establecer cuáles son pertinentes y conducentes;

c. en los umbrales de la etapa probatoria, ya no tendría sentido hablar de producción de prueba anticipada, aunque sí de producción prioritaria de prueba que, por preponderante⁽²²⁾, podría convertir en superflua o inútil la restante prueba y virtualmente hacer del proceso uno de puro derecho.

Así, a menos que se flexibilizara el principio de preclusión⁽²³⁾, el margen para delimitar adecuadamente el conflicto sería más limitado que el que permitiría una delimitación más temprana.

De todos modos, en la audiencia preliminar –lo mismo que en audiencia en cualquier otro momento del proceso–, con la delimitación del conflicto que fuera posible a esa altura y bajo la orientación del juez del proceso:

a. las partes podrían alcanzar un avenimiento, cuya sustancia podría tener el contenido de un reconocimiento de derechos (por el demandado), de renuncia de derechos (por el demandante) o de ambas situaciones mezcladas (transacción), dando lugar a sendos modos “anormales” de terminación del proceso (allanamiento, desistimiento del derecho, transacción)⁽²⁴⁾;

b. podrían desistir por mutuo acuerdo del proceso judicial y reconducir el conflicto a través de alguna modalidad de arbitraje⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾, como podrían acordar⁽²⁷⁾ –o el juzgado ordenar⁽²⁸⁾– el reenvío a alguna instancia de negociación asistida⁽²⁹⁾.

4.2.2. Antes del juicio

Determinar de qué se trata el conflicto consistiría:

(19) De dudosos resultados prácticos, según algunas encuestas, debido a la falta de compromiso de los protagonistas: abogados que no conocen acabadamente el caso, jueces que delegan la audiencia y solo pasan para preguntar “si ha habido algún arreglo”, etc.; ver LEDESMA, ANGELA, *La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio*, en Revista Derecho Privado, año II, n° 7, “El proceso civil en tiempos de cambio”, págs. 90 y 91.

(20) V. gr., CPCCN (art. 360); CPCC La Pampa (art. 345).

(21) CPCCM San Juan (art. 321).

(22) ARAZI, ROLAND, *Prueba pericial preponderante*, en <http://fundesiblog.blogspot.com.ar/2014/08/prueba-pericial-preponderante.html>.

(23) Lo permiten, v. gr., el CPCCLRM Tierra del Fuego (art. 337.9) en las pretensiones propias de la materia laboral, agraria y demás de carácter social; también el CPCC Río Negro (art. 361.1) y el CPCC Buenos Aires en materia de familia (art. 843.2), al referirse al “reajuste de las pretensiones”.

(24) CARNELLUTTI, en su *Sistema de derecho procesal civil*, aludía a los equivalentes jurisdiccionales, incluyendo la renuncia, el allanamiento y la transacción; cit. por BERIZONCE, ROBERTO O., *El abogado negociador*, JA, 1993-III-693, nota 1.

(25) El CPCC La Pampa (art. 741) y el CPCC Río Negro (art. 742.17) prevén expresamente el sometimiento a arbitraje cuando el proceso judicial esté en segunda instancia, indicando que así el laudo causará ejecutoria.

(26) ROJAS, JORGE A., *Otro modo de conclusión del proceso: la pericia arbitral*, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, t. 2012-1, “Modos anormales de terminación del proceso”, pág. 371 y sigs.

(27) CPCC Río Negro (art. 361.1).

(28) CPCCM San Juan (art. 321). Según el CPCC La Pampa (art. 37.4), el juzgado puede derivar a las partes, en cualquier momento del proceso, al procedimiento de mediación judicial, pero el Superior Tribunal pampeano ha restringido esa atribución judicial someténdola a la previa conformidad expresa o tácita de las partes (Ac. 3277/14, arts. 50 y 51).

(29) ROJAS, JORGE A., *Otro modo de conclusión...*, cit., pág. 377.

a. en, al menos, determinar cuáles son los relatos de las partes;

b. si hubiera discrepancia entre los relatos, adicionalmente establecer de qué fuentes de prueba en poder de cada parte podría extraerse respaldo para cada relato; eventualmente podría producirse cierta prueba tempranamente;

c. todo lo más, incluso sentar cuál es la calificación o sentido jurídico que cada parte atribuye a su relato y al de su adversaria.

En el fuero de familia de la provincia de Buenos Aires cada juzgado cuenta con una consejera de familia, con atribuciones que van más allá de las conciliatorias⁽³⁰⁾, en una etapa previa al juicio⁽³¹⁾⁽³²⁾.

La propuesta sería, entonces, que en cada juzgado pudiera desempeñarse un funcionario con la misión de *delimitar y depurar* el conflicto⁽³³⁾, *mutatis mutandis* con atribuciones similares a las de un consejero bonaerense de familia.

Y si por cualquier motivo (v. gr., presupuestario)⁽³⁴⁾ eso no fuera considerado factible, deberían utilizarse para la temprana delimitación del conflicto las estructuras actualmente existentes, como la de la justicia de paz⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾ o la de la mediación preprocesal obligatoria⁽³⁷⁾.

Podría asignarse esa función a la justicia de paz, que ya sabe de diversificación de roles⁽³⁸⁾.

Y machacamos, para que la mediación preprocesal obligatoria sea útil yendo más allá de buscar nada más una solución autocompositiva para el conflicto, debería ser un ámbito fértil para su delimitación y depuración, tarea esta que serviría incluso para facilitar el logro de un acuerdo.

Nótese que en todas las hipótesis señaladas el delimitador y depurador del conflicto previo al juicio no es el juez que debería conocer del caso⁽³⁹⁾ si efectivamente se tuviera

[30] Art. 834, CPCC Buenos Aires: "Atribuciones. A tal efecto podrán convocar a las partes y a toda otra persona vinculada, disponer comparendos, solicitar informes, requerir tanto la colaboración del Cuerpo Técnico Auxiliar, de la Oficina Pericial y efectuar el reconocimiento de personas o lugares.

Asimismo, podrán solicitar al Juez, todas las medidas que hagan al mejor cumplimiento de sus fines, incluyendo las de carácter cautelar".

[31] Tanto así que solo una vez cerrada la etapa previa orquestada por el consejero de familia, recién queda habilitada la posibilidad de introducir la demanda (art. 837 *in fine*, CPCC Buenos Aires).

[32] Por ejemplo, en supuestos de reclamación de paternidad extramatrimonial, una de las partes alega la paternidad del futuro demandado y este lo niega o lo desconoce; en esa encrucijada, es común que las partes acuerden realizar, en la etapa previa al juicio y por influjo de la gestión del consejero de familia, una prueba biológica de carácter preponderante, de cuyo resultado dependerá el desenlace del caso según sus particularidades, por ejemplo: a. reconocimiento de la aducida paternidad, sin necesidad de juicio a menos que fuera necesario remover una paternidad formalmente preexistente; b. conciliación, mediación, arbitraje o juicio para la determinación de la existencia y monto de los hipotéticos daños derivados de la falta de reconocimiento previo de la paternidad.

[33] Acaso el secretario/a del juzgado, si se estuviera a favor de un cambio en sus funciones, como lo ha propuesto el profesor de Barcelona JORDI NIEVA FENOLL en *La desburocratización de los procedimientos judiciales (Reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)*, en <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-RjZZRmiDWGh5b2c/view?usp=sharing>. También LEDESMA, ÁNGELA, *La oralidad del proceso...*, cit., pág. 98.

[34] Prevenía MORELLO que todos los propósitos innovadores se estrellan en las reales posibilidades financieras del erario provincial; en *La Justicia de Paz en la provincia de Buenos Aires. Necesidad de su reforma*, JA, 1965-III-30.

[35] BERIZONCE, ROBERTO O., *Justicia conciliatoria y Justicia de paz*, JA, 1984-I-778. Lo he propuesto antes de ahora para la Justicia de Paz lega de la provincia de La Pampa, a través de ponencia presentada en el XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafío al Campo Jurídico", desarrollado en Santa Rosa (La Pampa) en noviembre de 2011, en <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-eTINeklvUzF1WVv/view?usp=sharing>.

[36] Aplicar la justicia de paz, aunque para conciliar conflictos cuya elucidación contenciosa corresponde a la justicia ordinaria, fue propuesta de HITTERS, JUAN C., *La justicia conciliatoria y los conciliadores*, en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, pág. 180, nota 59.

[37] LEGUISAMÓN, HÉCTOR E., *Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 449. GRILLO CIOCCINI, PABLO, *Intercambio de información y prueba antes de la demanda (...y al diablo con la teoría del proceso)*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 425.

[38] V. gr., en Buenos Aires es justicia especial civil y comercial, es justicia rural, es justicia de faltas, es auxiliar de fiscalías en materia penal, etc. (art. 61, ley 5827); incluso en La Pampa funciona como registro civil, ver SOSA, TORIBIO E., *Organización del Poder Judicial de La Pampa*, en *La Ley Patagonia*, 8-2-12.

[39] Dado que la depuración y la delimitación del conflicto pueden conducir a una conciliación, que el delimitador y depurador del conflicto no sea el juez que debiera conocer del posterior proceso va en línea con la idea, propugnada por CAPPELLETTI y MORELLO, entre otros, según

que llegar a un proceso judicial⁽⁴⁰⁾, sino un funcionario judicial interno al juzgado que debería intervenir (delimitador y depurador dentro del juzgado), un funcionario judicial externo al juzgado que debería intervenir (juez de paz) o un particular o funcionario no necesariamente judicial (mediador).

Se propone, así, un diálogo previo asistido pero presencial, *que no coincide con el discovery estadounidense* (que está librado a las partes, salvo la intervención judicial para algunas puntuales medidas, en caso de abuso de la *discovering party* o de irrazonable falta de colaboración de su rival)⁽⁴¹⁾, excede la medida de un intercambio informal y no vinculatorio (como el *mini trial* en Estados Unidos)⁽⁴²⁾ y va mucho más allá de la *letter before action*⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾.

Así las cosas, el conocimiento del relato de cada parte, de la prueba en aval de cada cual (de alguna forma producida o cuanto menos revelada como fuente) y de su comprensión jurídica daría lugar a lo que se detalla en los puntos siguientes.

4.2.2.1. Propiciaría negociar sobre bases más firmes un acuerdo más justo

"Sin clarificación de los hechos, aun en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación 'pedalea en el aire', es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso con *conocimiento de causa*, lo que garantiza un consentimiento 'maduro' fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso"⁽⁴⁵⁾.

Negociar con las cartas sobre la mesa, no ocultando cada parte las suyas y hasta procurando engañar a su adversario sobre las que tiene como si fuera una partida de truco⁽⁴⁶⁾. Alguien puede creer que la posición del adversario es débil —cuando no lo es— para no proponer ni aceptar un acuerdo justo, embarcándose así envalentonado en un proceso judicial con la guardia baja y sufrir allí los efectos de una sorpresiva defensa o de un contraataque demoledores. Alguien puede creer que la posición del adversario es muy fuerte —cuando no lo es— y disuadirse por eso de promover un proceso judicial para, en cambio, achicado, proponer o aceptar un acuerdo injusto; etc. Como al fin y al cabo es humano que, en una contienda librada a su sola suerte, cada contendiente procure engañar al adversario sobre sus fuerzas, procurando que sus puntos débiles no sean vistos o que sean vistos como puntos fuertes, o que sus puntos fuertes sean vistos como extraordinariamente fuertes o como débiles, etc.⁽⁴⁷⁾, y como ambos saben o sospechan que

la cual no es conveniente reunir la función de conciliador y juzgador (ver HITTERS, JUAN C., *La justicia conciliatoria...*, cit.; LEDESMA, ÁNGELA, *La oralidad del proceso...*, cit., pág. 91).

[40] En cambio, según el método de la justicia de paz lega bonaerense anterior a 1979, como la demanda y la contestación, tenían que ser planteadas en una audiencia, el juez podría él mismo contribuir a que las partes delimitaran y depurasen el conflicto (ver arts. 45 a 72, ley 1853, en <https://drive.google.com/folder?id=0B9Y-8wCRdSJ-fZZdzRJR3JXb1FqLWllQWlao0NpYIRqVjdNdk5YTFRKMVc3UjNdc2J0SFU&usp=sharing>).

[41] Para las características del *discovery* y su comparación con nuestra prueba anticipada, *brevitatis causae* remito a SOSA, TORIBIO E., *La prueba anticipada con finalidad proactiva*, en *Aportes para una justicia...*, cit., pág. 357 y sigs. Ver <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-SHIIOWhCMzNWRFE/view?usp=sharing>.

[42] ROJAS, JORGE A., *Etapa preliminar al proceso civil*, ponencia general para la Subcomisión 3 en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 356.

[43] Mecanismo según el cual, cuando una persona decide accionar contra otra, debe escribirle una carta informando de su intención con sumaria noticia del alcance y fundamentos de su pretensión, en algunos lugares —ciertas regiones del Brasil— con obligación de contestarla, y a continuación negociar so pena de alguna clase de sanción en caso de violarse el protocolo. Ver ANDREWS, NEIL en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, cit., pág. 207.

[44] Entre nosotros, podría rescatarse el obligatorio envío de intimación de pago de los alquileres antes de la demanda respectiva (derogado art. 5°, ley 23.091; art. 1222, cód. civil y comercial). Pero también es destacable el bastante común inicio de hostilidades a través del intercambio de cartas documento, cuyos términos es inadmisibles que las partes abandonen injustificadamente luego, en juicio, por violatorio de la doctrina de los propios actos, tributaria del principio de buena fe.

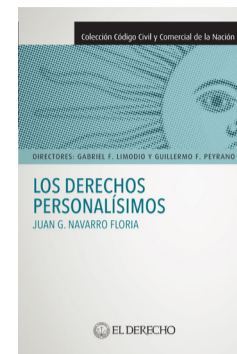
[45] BERIZONCE, ROBERTO, *Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación "valorativa"*, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, t. 2012-1, "Modos anormales de terminación del proceso", pág. 305.

[46] Juego de naipes rioplatense en el que vale tanto el azar como la picardía, inspirador incluso de una magistral poesía de JORGE LUIS BORGES (*El Truco*, 1923); ver SUÁREZ, CASIANO, *Dichos del truco*, Buenos Aires, MACLA, 1998.

[47] SUN TZU, *El arte de la guerra*, Buenos Aires, Ed. Libertador, 2009, capítulo V "De las fuerzas", pág. 65 y sigs.

FONDO EDITORIAL

Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Los derechos personalísimos

ISBN 978-987-3790-44-7
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

el otro puede intentar hacer ver su postura más fuerte o más débil de lo que es, no será fácil para ninguno advertir cuál es la real fuerza del otro y así, en ese marco de incertidumbres y especulaciones, cabe preguntarse cuán atinada pudiera ser la decisión de acordar o, en su defecto, litigar, como no fuera a ciegas "salga pato o gallareta".

4.2.2.2. Facilitaría consensuar complementariamente sobre aspectos formales

Si no se llegase a un acuerdo, no olvidemos que al menos ambas partes conocerían sus respectivos relatos y, con la prueba propuesta e incluso en alguna medida producida, estarían en condiciones de medir las chances de éxito de cada quien de cara a una eventual salida heterocompositiva.

Sin autocomposición pero desde la perspectiva de un conflicto delimitado, las partes verían al menos:

a. más asequible la chance de acordar alguna modalidad de arbitraje, en vez de la justicia estatal; o, en su caso, acordar o profundizar alguna modalidad de negociación asistida;

b. más cercana la posibilidad de realizar *acuerdos procesales*⁽⁴⁸⁾ para abreviar o simplificar el proceso judicial⁽⁴⁹⁾ al que tuvieran que acudir en procura de una resolución para su conflicto, v. gr., demanda y contestación conjuntas⁽⁵⁰⁾.

4.2.2.3. Provocaría la descongestión del posterior proceso judicial

En el peor de los casos, a falta de avenimiento y de acuerdos formales, se habría acotado el volumen del posterior proceso judicial, el que podría haber pasado a ser de puro derecho o, en todo caso, a tener una controversia fáctica reducida a una mínima expresión⁽⁵¹⁾.

5 Deber de cooperación: incumplimiento

Cooperar en la etapa previa de delimitación y depuración del conflicto no debe ser una concesión gentil. No cooperar o cooperar insuficientemente daría lugar a las situaciones de los siguientes puntos.

5.1. Podría implicar de alguna manera falta de razón

Como debe mediar un diálogo para delimitar y depurar el conflicto, no deberíamos desatender a la lingüística pa-

[48] MORELLO en la década del sesenta del siglo pasado ya pensaba que era *deber* de los jueces provocar "acuerdos procesales" que tuvieran por fin la simplificación del tema en debate, la abreviación de sus desarrollos y la economía en los procedimientos, ver en *La Justicia de Paz...*, cit., pág. 33.

[49] Si el proceso fuera inevitable, flexibilizando las formas no solo el juez podría determinar el tipo de procedimiento aplicable, sino que las partes deberían poder acordarlo para asegurarse un *fast track*, ej. uno sumarísimo (ver BIAVATI, PAOLO, *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, t. 2008-1, "Sentencia - II", pág. 538 y sigs.; mismo autor, *Apuntes introductorios sobre el nuevo proceso de cognición simplificada*, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, t. 2010-1, "Sistemas cautelares y procesos urgentes (2ª parte)", pág. 556.

[50] CPCCN (art. 336); CPCC Buenos Aires (art. 335); CPCC La Pampa (art. 318); etc.

[51] HITTERS, JUAN C., *La justicia conciliatoria...*, cit., pág. 163.

ra, superando la mera intuición, rescatar los estudios sistemáticos allí realizados en torno al diálogo como fenómeno lingüístico⁽⁵²⁾.

Entre esas *reglas rectoras de todo diálogo como fenómeno del lenguaje*, solo trataré aquí, como ejemplo, las máximas que dan forma al *principio cooperativo* de PAUL GRICE, las cuales de un modo u otro están intuitivamente reflejadas en las leyes de procedimiento como rectoras del diálogo dentro del proceso.

Según el filósofo inglés nombrado⁽⁵³⁾, la comunicación entre dos o más personas está sujeta tácitamente a cuatro máximas que caracterizan esa comunicación como una conducta cooperativa⁽⁵⁴⁾. Estas cuatro máximas son:

a. Calidad:

Haz que tu contribución sea verdadera:

– No digas aquello que consideres falso.

– No digas aquello de lo cual carezcas de pruebas adecuadas.

b. Cantidad:

Haz tu contribución tan informativa como se requiera para los propósitos del intercambio informativo:

– No hagas tu contribución más informativa de lo necesario.

c. Relevancia:

– Sé pertinente (que tu aporte “vaya y llegue al grano”).

d. Claridad:

– Evita las expresiones oscuras o complicadas.

– Evita las expresiones ambiguas.

– Sé breve (evita las divagaciones innecesarias).

– Sé ordenado.

Como se puede apreciar, en la interpretación de los enunciados es tan importante “lo que se dice” (el contenido literal o proposicional de los enunciados) como “lo que se comunica” (toda la información que se transmite con ese enunciado y que no es su significado literal o proposicional). Estos contenidos “comunicados”, implícitos, son las *implicaturas*, que son inferencias pragmáticas que se definen y explican de acuerdo con el principio cooperativo y sus máximas.

Si para arribar a una interpretación adecuada y consistente el significado literal de un enunciado no alcanza (incluso porque acaso ese enunciado ni siquiera exista debiendo haber existido), eso podría entrañar algún otro significado o interpretación ocultos: la importancia de lo que se dice pasaría a estar en lo que “no se dice o no se dice literalmente” pero de alguna manera “se comunica”, y estaríamos “autorizados” a buscar esos otros significados “no dichos” o “comunicados”, *implicaturas* o interpretaciones alternativas.

Por ejemplo, según el principio cooperativo de GRICE podemos (*rectius*, deberíamos) entender que, mediante su silencio frente a la demanda, el demandado nos comunica que sensatamente no tiene con qué o cómo resistirla, es decir, podemos interpretar que, a falta de toda justificación razonable en otro sentido, el silencio del demandado implica que admite que el demandante “tiene razón”⁽⁵⁵⁾. Más genéricamente, el incumplimiento de las máximas del principio cooperativo de GRICE, como v. gr., las falsedades y omisiones en materia de alegación⁽⁵⁶⁾, pueden valer

(52) CUCATTO, MARIANA - SOSA, TORIBIO E., *Breve introducción a la pragmática conversacional en el proceso judicial*, en Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, ISSN 2250-4087, vol. 4, N° 1, año 2013, sección “Divulgación científica”; *Sobre cuestiones y argumentos*, La Ley del 19-6-14 y *La pretensión es algo más que un pedido*, exposición en el I Simposio Internacional de Estudios sobre el Discurso Jurídico - I DISJURI, organizado por la UFRN, Natal (Brasil), del 25 al 28 de noviembre de 2014, en prensa. ROJAS, E. GUSTAVO - SOSA, TORIBIO E., *La lógica del diálogo en el proceso judicial: su descripción e interpretación a partir de la pragmática lingüística*, exposición en el XIV Congreso de la Sociedad Argentina de Lingüística, Catamarca, 22 al 24 de abril de 2014, en prensa.

(53) GRICE, PAUL, *Las intenciones y el significado del hablante y Lógica y conversación*, en VALDÉS VILLANUEVA, LUIS M. L. (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 481/510 y 511/530 respectivamente.

(54) Dicho de otro modo, estas máximas derivan del “principio cooperativo”, que se formula del modo siguiente: haga usted su contribución a la conversación tal y como lo exige, en el estadio en el que tenga lugar el propósito o la dirección del intercambio que usted sostenga.

(55) MORELLO, en el art. 17.E de su anteproyecto para la Justicia de Paz de la provincia de Buenos Aires, a comienzos de la década del sesenta en el siglo pasado, proponía como *deber* del juez “admitir como reconocidas o confesadas las afirmaciones litigiosas, cuando quienes tengan la carga de desconocerlas o impugnarlas no comparezcan o guarden silencio, sea al contestar la demanda o absolver posiciones o al evacuar el traslado...”, ver en *La Justicia de Paz...*, cit.

(56) TESSONE, ALBERTO J., *El abogado...*, cit.

como argumentos de prueba o como indicios relevantes que autoricen a formar presunciones *hominis* capaces de coadyuvar a la formación de convicción, etc.

En suma, “evadirse” de las reglas del diálogo es lingüísticamente oneroso y, para estar a tono, debería ser “oneroso” también cuando se aborda la solución de un conflicto de intereses precisamente mediante el diálogo.

5.2. Debería acarrear consecuencias jurídicas desfavorables

Las normas jurídicas deberían considerarlo un comportamiento socialmente inaceptable y, por ende, pasible de oportunas consecuencias jurídicas adversas.

En efecto, no participar en esa etapa previa, o participar sin cooperar suficientemente, debería ser visto como infracción al deber de buena fe⁽⁵⁷⁾ e implicar consecuencias desfavorables regladas específicamente, como ser económicas (costas agravadas si quien no participa en la etapa previa es derrotado en el juicio posterior; costas a cargo de quien no participe en la etapa previa aunque gane en el juicio posterior)⁽⁵⁸⁾, o acaso jurídicas (imposibilidad de fundar la demanda posterior en hechos que no hubieran sido informados; considerar admitidos en un juicio posterior los hechos constitutivos aducidos por el rival en la etapa previa; imposibilidad en el juicio posterior de plantear hechos impeditivos, extintivos, invalidativos o modificativos que hubieran podido ser dados a conocer en la etapa previa; que la falta de participación sin justificado motivo permita al juez, al sentenciar en el ulterior proceso, extraer de allí argumentos de prueba⁽⁵⁹⁾; imposibilidad de prueba que no se hubiera revelado a la contraria), o tal vez profesionales (descalificación para actuar en el juicio del abogado no cooperativo en la etapa previa)⁽⁶⁰⁾.

6 La prueba temprana

El diálogo asistido previo al juicio podría ser suficiente para poner al descubierto cada parte, ante los ojos de la otra, su relato y las fuentes de prueba en su poder.

Pero como consecuencia de ese diálogo podría resultar de la mayor importancia la producción de alguna prueba para esclarecer circunstancias fácticas controvertidas y conducentes que se consideren cruciales para tomar luego las partes la decisión, v. gr., de acordar una solución o de ir a juicio.

Esa cuestión nos enfrenta a la problemática de la prueba temprana, sea sin intervención judicial –preconstituida⁽⁶¹⁾– o con ella –anticipada–.

Como fruto del diálogo asistido, sin orden judicial podría ser impulsada, v. gr., la recepción de declaraciones testimoniales⁽⁶²⁾ o la realización de un dictamen pericial preponderante⁽⁶³⁾ a través de un experto designado por quien actúe como asistente del diálogo⁽⁶⁴⁾ o

(57) La buena fe exige un esfuerzo para evitar un litigio innecesario y sus costos consecuentes.

(58) Sobre los incentivos económicos: en la conciliación, ver HITTERS, JUAN C., *La justicia conciliatoria...*, cit., págs. 163 y 180; en la mediación, según la experiencia inglesa, ver ANDREWS, NEIL en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, cit., pág. 212. Sobre los *pre-action protocols* de Inglaterra y Gales, ver VILLA, PEDRO S., *La etapa preliminar...*, cit., pág. 394 y sigs.

(59) En Italia, art. 8.5 del decreto legislativo 28 del 4-3-10 sobre mediación civil y comercial.

(60) Es la figura del *collaborative law*, ver PONCE, CARLOS R., *Negociación previa al proceso: hacia un cambio de mentalidad*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 405.

(61) GOZAÍNI, OSVALDO A., *La prueba extraprocesal (sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)*, LL, 1995-C-1363.

(62) Sin descartar la utilidad de extender en alguna medida la preconstitución de prueba testimonial recibida unilateralmente por las partes, aunque luego eventualmente ratificable, ya prevista, v. gr., a los fines cautelares o en el beneficio de litigar sin gastos: arts. 79 y 197 del CPCCN. Ver PRADA ERRECART, MARÍA L. - PÉRSICO, MARIELA - ALONSO, MARÍA J., *La producción anticipada de prueba como medio de autocomposición de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 465. Ver también RAMÍREZ CARBAJAL, DIANA M., *Breve mirada a la reforma del proceso civil con tendencia oral. Perspectiva del caso colombiano*, en Revista Derecho Privado, año II, n° 7, cit., pág. 144.

(63) PEYRANO, JORGE W., *Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente*, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, t. 2010-2, “Sistemas alternativos de solución de conflictos”, pág. 97 y sigs. ARAZI, ROLAND, *Prueba pericial preponderante*, cit.

(64) El mediador solo (art. 16, Ley de Mediación 5487 de Corrientes).

de común acuerdo por los interesados⁽⁶⁵⁾; o, en su defecto, podrían procurar su realización judicial anticipada pero con fines proactivos⁽⁶⁶⁾ y no meramente asegurativos.

La prueba temprana que se colecte en el transcurso del diálogo asistido, y con salvaguarda del principio de bilateralidad en su producción, debería, en principio, quedar adquirida para el eventual proceso posterior⁽⁶⁷⁾, sin necesidad de expreso acuerdo de las partes⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾.

Aunque en los códigos rituales del país –y en los de la mayor parte de Sudamérica⁽⁷⁰⁾– se concibe la prueba anticipada como una variante cautelar –para asegurar su producción antes del juicio o prematuramente dentro de este y así contrarrestar el peligro de que no pudiera ser producida en la etapa instructoria regular del proceso–, aplicando criterios de *reingeniería procesal*⁽⁷¹⁾ nada podría impedir, hoy, que el juez válidamente hiciera lugar a la producción anticipada de prueba para delimitar el conflicto antes del juicio⁽⁷²⁾: a. si ambas partes de común acuerdo lo pidieran; b. si una sola de ellas lo pidiera y el juez “estimare justo”⁽⁷³⁾ que el pedido se fundara en la meta de delimitar el conflicto antes del juicio, atenta la apelabilidad solo de la resolución que no hace lugar a la anticipación de la prueba⁽⁷⁴⁾. Sin embargo, sería conveniente reformar la ley procesal para despegar lo cautelar de la anticipación de la prueba, de modo que pueda considerarse legítima su producción temprana sin fines asegurativos necesariamente.

7 Sintética propuesta final

Si bien las normas vigentes no impiden un diálogo previo entre las partes tendiente a delimitar y depurar el conflicto (antes bien, parecen desearlo, v. gr., propiciando la posibilidad de demanda y contestación conjuntas, alternativa inimaginable sin diálogo), la cultura de litigar imperante no lo registra entre sus prácticas, de modo que tornarlo operativo para revertir el *statu quo* requeriría de *ciertas reformas normativas inductoras*⁽⁷⁵⁾.

Para empezar, el intento de una etapa previa de diálogo para la delimitación y depuración del conflicto debería ser un requisito de admisibilidad de la eventualmente posterior demanda judicial.

(65) El mediador, con la conformidad de las partes, puede recabar el apoyo de expertos neutrales (La Pampa, art. 54, ley 2699); San Juan (art. 32, ley 7454), Río Negro (art. 9°, ley 3847); San Luis (art. 17, ley IV-0700-2009).

(66) SOSA, TORIBIO E., *La prueba anticipada...*, cit. Ver también PERRACHIONE, MARIO C., *La prueba anticipada como una especie de medida cautelar*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal..., cit., pág. 436.

(67) Salvo excepciones puntuales, como la confesión extrajudicial sucedida durante la mediación, evidentemente excluida debido a la opacidad del principio de confidencialidad, v. gr., art. 388 del CPCCM San Juan.

(68) Opina eso con respecto a la prueba recogida en la mediación preprocesal LEGUISAMÓN, HÉCTOR E., *Los adelantos tecnológicos...*, cit.

(69) Según el art. 15 de la ley de mediación 7844 de Tucumán, el dictamen del experto puede ser utilizado como elemento de prueba en el proceso posterior. No obstante, los arts. 4° y 54 de la Ley de Mediación 2699 de La Pampa requieren acuerdo de las partes para hacer valer en juicio la prueba producida durante la mediación, lo mismo que el art. 5° de la Ley de Mediación 804 de Tierra del Fuego. Y, en tesitura extrema, el art. 6° de la Ley de Mediación 7324 de Salta prohíbe “bajo ningún motivo” usar las pruebas reunidas en la mediación en el proceso judicial.

(70) Chile (arts. 281, 284, 286 y 288); Bolivia (art. 305 y sigs.); Perú (art. 284 y sigs.; aunque los arts. 284 y 294 no requieren objetivo meramente asegurativo); Venezuela (art. 813 y sigs.); Paraguay (art. 270 y sigs.); Brasil (art. 846 y sigs.); Uruguay (art. 306.2 y sigs.). No restringen la anticipación de prueba solo a los fines asegurativos: Colombia (art. 183 y sigs.) y Ecuador (art. 64 y sigs.).

(71) SOSA, TORIBIO E., *Reingeniería procesal*, La Plata, Platense, 2005 y *Reingeniería procesal: la garantía del debido proceso y la norma de habilitación*, en Doctrina Judicial del 16-2-05, ver <https://drive.google.com/file/d/0B9Y-8wCRdSJ-cHU4bmxXeWc5UkU/view?usp=sharing>.

(72) Se trataría de prueba anticipada proactiva, en contraposición a la tradicional prueba anticipada asegurativa, ver SOSA, TORIBIO E., *La prueba anticipada...*, cit., págs. 437/448.

(73) La posibilidad de evitar un proceso o de alcanzar una conciliación son motivos justos. Así, el art. 485 del ZPO alemán y el art. 145 del CPC francés, recordados por GRILLO CIOCCHINI, PABLO, *Intercambio de información...*, cit., pág. 424.

(74) CPCC Buenos Aires (art. 327), CPCCN (art. 327), CPCC La Pampa (art. 310), etc.

(75) La regla no es la innovación, sino la tendencia al *statu quo*: eso explica por qué siempre tendemos a sentarnos en el mismo sitio en la clase o en casa, aunque no haya ninguna distribución asignada de los asientos, o por qué nos quedamos con el mismo banco o compañía de teléfonos, aunque la competencia ofrezca servicios más ventajosos. Se lo llama “efecto Einstellung”. Ver HONORÉ, CARL, *La lentitud como método*, cit., pág. 37.

Por otra parte, cooperar en la etapa previa de delimitación y depuración del conflicto no debe ser una concesión gentil: no cooperar o cooperar insuficientemente podría implicar de alguna manera falta de razón o, llegado el caso, las normas jurídicas deberían considerarlo un comportamiento socialmente inaceptable y, por tanto, pasible de oportunas consecuencias jurídicas adversas.

Además:

a. si no fuera por algún motivo viable designar en cada juzgado un funcionario delimitador y depurador de conflictos, esa función debería ser encomendada a la justicia de paz o ser insertada dentro de los fines de la mediación procesal;

b. debería contemplarse la producción temprana de prueba, preconstituida o anticipada –en este último caso, sin fines cautelares–, que en cualquier caso quedaría, en principio, adquirida para el juicio eventualmente posterior en defecto de otra salida auto o heterocompositiva.

Y, desde luego, los cambios no deberían ser solo normativos, sino en la formación de los operadores jurídicos. ¿Por qué en la formación? No solo para ver que el juicio no es ni la única ni la mejor, ni tan siquiera la primera alternativa para resolver conflictos, sino para saber qué hacer concretamente para delimitar y depurar un conflicto⁽⁷⁶⁾.

Por otra parte, sería deseable que, como todo cambio que desafía el *statu quo*, la delimitación y depuración temprana del conflicto se implementaran a través de experiencias piloto, empezando incluso con asuntos de menor cuantía⁽⁷⁷⁾, cuidando de no limitarse a copiar simplemente instituciones de derecho comparado sin analizar su acomodamiento a nuestra realidad⁽⁷⁸⁾.

VOCES: DERECHO CIVIL - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - PRUEBA - PRUEBA ANTICIPADA - MEDIACIÓN Y PROCESO - DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES - PODER JUDICIAL - JUECES - ABOGADO

(76) BERIZONCE, ROBERTO O., *El abogado negociador*, cit.; ROJAS, JORGE A., *Etapas preliminares...*, cit., págs. 371/373; BILLINGHURST DE BRAUN, NIDIA A., *La desjudicialización de los conflictos...*, cit.; VILLA, PEDRO S., *La etapa preliminar...*, cit., pág. 399. BOURGUIGNON, MARCELO, *Etapas preliminares del proceso. Judicialización o desjudicialización del conflicto*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., pág. 412.

(77) MORELLO, AUGUSTO M., *El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (el tribunal de pequeñas causas de Brasil)*, en JA, 1985-III-743. La justicia de las pequeñas causas fue tema tratado en el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989.

(78) BERIZONCE, ROBERTO O., *Justicia conciliatoria...*, cit., pág. 775; HITTERS, JUAN C., *La justicia conciliatoria...*, cit., pág. 180.

circunstancias invocadas por aquel únicamente revelan cierta vinculación entre las partes.

3 – *No cabe responsabilizar a la empresa coaccionada por el robo a mano armada del camión con el cual el actor distribuía en forma exclusiva, a través de una distribuidora, los productos fabricados por aquella, pues no ha sido probado su obrar antijurídico, por lo cual el mencionado servicio exclusivo solo resulta una particularidad en su prestación y no una circunstancia generadora de responsabilidad.*

4 – *Resulta inadmisibles atribuir responsabilidad a la empresa de rastreo satelital coaccionada por el robo a mano armada del camión con el cual el actor distribuía en forma exclusiva los productos fabricados por la otra coaccionada, pues, por un lado, el accionante aceptó la instalación del equipo de aquella, pero con la única prestación a favor del dador de la carga y no para el recupero de su camión, y, por otro, nunca reportó a la primera la sustracción de su unidad para su recupero, por lo cual mal puede atribuírsele responsabilidad por el hecho generador del reclamo. R.C.*

59.469 – CNCom., sala B, diciembre 23-2016. – N., A. A. y otro c. Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. y otros s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 23 días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, fueron traídos para conocer los autos seguidos por “N. A. A. y otro” contra “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. y otros” sobre ordinario, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar según las respectivas vocalías en el siguiente orden: Doctoras María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi. La Dra. Matilde E. Ballerini no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Juez de Cámara Doctora *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero* dijo:

I. LA CAUSA

(a) A fs. 10/12 y fs. 64/79 A. A. N. y E. J. D., promovieron demanda contra La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. –actualmente Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.–, Search Organización de Seguridad S.A., Net Alarm S.A. –actualmente G4S Servicios de Seguridad S.A.– y Unilever Bestfoods de Argentina S.A., en procura del cobro de pesos cuatrocientos veintidós mil quinientos (\$422.500) con más los intereses correspondientes hasta el efectivo pago.

Para fundar la pretensión, relataron que los actores afectan al camión Iveco dominio ... al transporte de productos “Unilever”, a quien facturaban mensualmente la cantidad de tránsitos realizados.

Explicaron que “Unilever” les exigía la contratación de un seguro que debían concretar a través del “broker AON”, y la instalación de un sistema de rastreo satelital por intermedio de “Search”, cuyo costo era debitado por la primera de las liquidaciones de sus servicios de transporte.

Que las unidades afectadas al servicio no podían salir del predio de la codemandada sin la autorización de “Search”, quien como se dijo verificaba el funcionamiento de los equipos de rastreo satelital. Que en una inspección de rutina, se detectó la falla del equipo asignándosele turno para concurrir al taller el 02/05/06.

Cuando el chofer de la unidad se dirigía al taller, fue víctima del robo a mano armada del camión, ante ello formuló la denuncia en la aseguradora impuesta, quien pese a aceptar el evento, luego de un año se negó a cumplir.

El rechazo extemporáneo se fundó en el incorrecto funcionamiento del sistema satelital, cuando éste en modo alguno agravó el riesgo para la aseguradora.

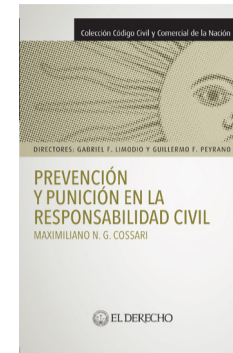
Formularon reclamos a “Unilever” y a “Search/Net Alarm” sin resultado.

La demanda fue ampliada por lucro cesante, daño moral, publicidad de los antecedentes y el fallo, gastos, daño físico y psicológico, tal como da cuenta la presentación de fs. 64/79 y donde argumentaron en torno a la responsabilidad atribuida a las demandadas; finalmente a fs. 384 los cuantificaron.

(b) A fs. 206/213 Search Organización de Seguridad S.A. y G4S Servicios de Seguridad S.A., contestaron demanda y luego del desconocimiento pormenorizado de los hechos, opusieron al progreso de la acción la excepción de falta de legitimación pasiva.

FONDO EDITORIAL

Novedades 2017



MAXIMILIANO N. G. COSSARI

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Prevención y punición en la responsabilidad civil

ISBN 978-987-3790-45-4
241 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

Expusieron que los actores fueron contratados para brindar un servicio de seguridad integral, donde “Search” se ocupaba de la seguridad física y “G4S” de la parte técnica controlando los rastreadores satelitales, para monitorear los camiones.

(c) A fs. 265/295 Unilever de Argentina S.A. contestó la demanda, formuló una negativa de los hechos y expresó que los actores intentan construir y hacerle extensiva la responsabilidad por la falta de pago del seguro, la cual calificó como inexistente en tanto negó haber celebrado con los actores contrato de seguro y/o de transporte.

Sobre ello, expuso que los actores omitieron traer a juicio a “Ryder, Tibbet & Britian” –actualmente “DHL”– la empresa de logística para quien realmente prestaron los servicios de transporte, siendo aquella la que en forma sucesiva enviaba a los actores para efectuar los fletes, y les exigieron la contratación del seguro; y respecto de la cual solicitó la citación como tercero.

Sostuvo que el servicio de monitoreo genera un cargo fijo mensual que se le pagaba a “Search” y que no se le debita a nadie, por lo que si los actores pretendían tener controlado su camión, debieron haber contratado el servicio y con mayor razón si era un requisito que le exigía la aseguradora.

Resistió la atribución de su responsabilidad y su deber de indemnizar los daños reclamados instando el rechazo de la demanda.

(d) A fs. 532/548 –dilucidada la cuestión planteada a fs. 241/245 en torno a la excepción de defecto legal–, Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. –que absorbiera a La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.– contestó la demanda, formuló una negativa de los hechos y adhirió a la contestación de “Unilever” en relación a los reclamos indemnizatorios.

Opuso excepción de falta de legitimación activa, en relación al codemandado D. por no ser su asegurado ya que N. era el tomador y titular de la póliza.

Efectuó un relato cronológico de los hechos, transcribió las misivas, el informe del liquidador del siniestro, y concluyó afirmando que de ello, surge evidente el claro incumplimiento de las cargas contractuales emergentes de la póliza y la ausencia de responsabilidad de su parte; rechazó el siniestro denunciado, y que en virtud de ello la demanda debe ser rechazada.

(e) A fs. 605/616 DHL Exel Supply Chain Argentina S.A., contestó la citación en calidad de tercero, solicitando el rechazo de la demanda.

Sostuvo que el hecho de haber sido quien contrató con los actores sus servicios de transporte para “Unilever” no lo torna responsable por los daños alegados por la demandada.

También afirmó no haber exigido la contratación de seguro del camión, ni el sistema de rastreo satelital, lo que sí fue exigido y abonado por aquella.

Resistió la atribución de responsabilidad a su parte y manifestó que todo se reduce a una cuestión entre el asegurado y la aseguradora.

(f) Las restantes consideraciones fácticas que rodean la causa se encuentran debidamente reseñadas en la sentencia de la anterior instancia, por lo que a ella me remito en orden a evitar innecesarias repeticiones.

JURISPRUDENCIA

Seguro:

De automotor: siniestro; rechazo; asegurado; cargas; incumplimiento. **Daños y Perjuicios:** Indemnización; reclamo; improcedencia; obrar antijurídico; falta de prueba.

1 – *Al haber quedado acreditado que, por un lado, el actor no instaló en el vehículo asegurado –un camión afectado al transporte de mercaderías producidas por una única empresa– el equipo de seguimiento satelital como lo disponía la póliza, sino que simplemente aceptó la instalación del equipo de rastreo a instancias del dador de la carga, pero con la única prestación contemplada a favor de este y no para el recupero de su camión, y que, por otro, el accionante nunca reportó a la empresa de rastreo la sustracción de su unidad para el recupero, cabe concluir que, al ser ambas cargas las que debían ser concretadas por el asegurado conforme los términos de la póliza, su incumplimiento justificó el rechazo del siniestro por parte de la aseguradora accionada.*

2 – *Dado que, en el caso, solo quedó corroborado que la empresa codemandada contrató con una distribuidora la distribución de sus productos, la cual, a su vez, contrataba a terceros, dentro de los cuales se encontraba el actor, para efectuar los transportes, y que la primera contrataba los servicios de una empresa de rastreo satelital para la custodia y el seguimiento en el traslado de sus mercaderías, no es posible, ni siquiera por vía de hipótesis, atribuírsele responsabilidad en relación con el hecho dañoso que generara esta litis, ello es, el robo a mano armada del camión del accionante, pues no se ha probado el obrar antijurídico que se le atribuye, sino que las*